

Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO

Profesor titular de Derecho penal. Universidad de León

SUMARIO: I. Generalidades. II. La regulación positiva de la llamada propiedad intelectual y su protección penal. 1. Situación actual. 2. Diferencias principales entre la regulación actual del CP y la anteriormente vigente. 3. Proyectos de reforma. *a) Proyecto de CP de 1980. b) Propuesta de Anteproyecto del nuevo CP de 1983.* **III. Terminología: ¿propiedad intelectual o derechos de autor?** 1. Exposición de la cuestión. 2. Opinión personal. **IV. Naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido.** 1. Planteamiento. 2. Referencias extrapenales. 3. La cuestión desde la perspectiva del Derecho penal. *a) La postura patrimonialista extrema. b) La postura personalista extrema. c) La postura mixta neutral. d) La postura mixta patrimonialista. e) La postura mixta personalista.* 4. Posición personal. *a) Rechazo de las posturas extremas. b) Análisis de los principales argumentos ofrecidos desde las distintas posturas.* b.1) El perjuicio patrimonial. b.2) El potencial perjuicio patrimonial. b.3) La ubicación sistemática de los preceptos sobre las infracciones de los derechos de autor en el CP. b.4) La credibilidad de la mayoría de los derechos protegidos, especialmente en el tipo básico. b.5) La protección en el CP de algunos derechos distintos al del autor. b.6) La dificultad de la protección penal de los derechos morales. b.7) La protección simultánea de intereses patrimoniales incluso cuando lo que inmediatamente se protege son facetas personales. b.8) El argumento «numérico». b.9) La utilización parcial del lenguaje. b.10) La configuración legislativa como básicas de la mayoría de las infracciones patrimoniales y como agravantes de la mayoría de las personales. b.11) Un nuevo argumento para la discusión: la facultad del juez de ordenar la publicación de la sentencia condenatoria. *c) Conclusión: Protección mixta e incoherente.* 5. La protección de intereses supraindividuales. 6. Breve alusión al reconocimiento constitucional de las distintas facetas de los derechos de autor. **V. Reflexiones finales y consideraciones de lege ferenda.**

I. Generalidades

La regulación jurídica de la llamada propiedad intelectual en sin duda compleja, entre otras razones, por producirse en diferentes frentes: internacional convencional (1), civil y penal, e incluso gubernativo (2) (entre otras manifestaciones, medidas cautelares, en España al menos hasta la reforma de 1987, a la que enseguida me referiré), olvidando de momento la cuestión de si algunos aspectos de tal propiedad encuentran además reconocimiento constitucional superior al de la propiedad en sentido estricto. Seguramente no es la jurídicopenal la protección más importante de esa llamada propiedad intelectual; desde luego no lo es cuantitativamente, pues es de suponer que los conflictos que se planteen en este terreno se solucionarán la mayoría de las veces en el ámbito civil. Por otro lado, y probablemente en relación con lo anterior, el recurso al Derecho penal no aparece, al contrario que en la protección de otros bienes jurídicos, como evidente, al menos en la contemplación social de las conductas infractoras (incluso las gravemente infractoras) de la llamada propiedad intelectual: los actos de pirateo de cassettes musicales o de videocassettes no producen desde luego una grave alarma social (si por tal entendemos la que se origina en la mayoría de los miembros de la sociedad), hasta el punto de que un altísimo número de personas (desde luego mayor al que encontraría reparos en ello) no tiene ningún escrúpulo en adquirir esas cassettes, aun a sabiendas (o, al menos, con grandísimas sospechas) de que se trata de copias piratas, convirtiéndose así (ahora no hablo necesariamente en sentido técnico) en encubridores

(1) Vid., entre otros, CARMONA SALGADO, *La nueva Ley de propiedad intelectual Especial consideración al delito introducido en el Código penal tras la reforma de 1987*, 1988, 37-52; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 271-289.

(2) Así QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte especial*, tomo III, *infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales*, 2.ª ed., puesta al día por GARCÍA VALDÉS, 1978, 593 (sobre la protección gubernativa, también 594 s., 597); BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial II. Delitos patrimoniales y económicos*, 1987, 222; y en: *Código Penal comentado*, coordinado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, 1990, 1010 (advierto que este último trabajo de BAJO, aunque aparece en 1990, está redactado, según manifiesta el propio BAJO en la p. cit., en 1986, es decir, bajo la vigencia de la anterior redacción del CP, cuando la Ley de Propiedad Intelectual —LPI— de 1987 y la correspondiente Ley Orgánica —LO— de reforma del CP no eran más que un Proyecto; por ello, en lo que sigue, sólo citaré la *PE II* de BAJO, también referida al Derecho anteriormente vigente y al Proyecto de LPI, pero más completa, pues, en el otro trabajo citado, BAJO se limita más bien a una recopilación de jurisprudencia sobre infracciones penales de los derechos de autor); SOTO NIETO, *Delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual*, en: *Poder Judicial, Número especial IX: Nuevas formas de delincuencia (PJ especial IX)*, que recoge las Jornadas de estudio sobre nuevas formas de delincuencia, celebradas en el Centro de Estudios Judiciales, en Madrid, del 28 al 30 de noviembre de 1988), 1989, 383. En la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS se alude también a veces a la triple protección, civil, administrativa y penal, de los derechos de autor y conexos o propiedad intelectual: así las STS 15-12-1969 (A 5917), 27-4-1979 (A 1967), 13-6-1987 (A 4799).

o receptadores (3). Pues bien, la justificación de la intervención del Derecho penal en la protección de la llamada propiedad intelectual y los límites de la misma sólo pueden establecerse una vez que se conozca mínimamente el contenido de dicha propiedad intelectual y la forma en que se plasma hoy dicha protección penal en el Derecho español.

Probablemente no corresponde a un penalista (o al menos yo no lo abordaré) el estudio de los aspectos convencionales y civiles de la propiedad intelectual. Sin embargo, al estudiar el mecanismo más drástico y, a la vez, más limitado de protección de esa propiedad, o sea, el mecanismo jurídicopenal, no habrá más remedio que acudir a la concreta regulación de la materia en la ley (no penal) que se ocupa de la propiedad intelectual (a veces también a las prescripciones convencionales), sobre todo porque, como se verá, los tipos penales están llenos de elementos normativos referidos a esa ley, y, por tanto, habrá que acudir también en ocasiones a la interpretación que de las normas de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) hacen los expertos en las mismas, en general los civilistas.

No debe olvidarse que, sin duda, la regulación de una materia como la llamada propiedad intelectual se verá afectada por la progresiva unificación europea (o de una parte de Europa), probablemente ya en 1993, cuando empiece a funcionar el mercado único. Que ello tendrá repercusiones en la protección penal de esa propiedad me parece evidente (entre otras cosas porque en esta materia los tipos penales, como he dicho, van estrechamente unidos a la normativa extrapenal), por mucho que se insista en que el Derecho penal es quizá la rama del ordenamiento jurídico más unida a la soberanía estatal. Esta realidad hace que sea importante en esta materia el estudio del Derecho comparado (4), para conocer los distintos modelos posibles y elegir el que sea mejor (o la combinación que resulte mejor) para la unificación.

Pues bien, aunque probablemente la protección penal de la propiedad intelectual no sea la más importante ni la más eficaz (5), aunque su estudio plantee el problema de tener que acudir constantemente a normas extrapenales, lo cual dificulta la labor del penalista, no

(3) En sentido similar, *El problema de la fotocopia de libros. Libro blanco sobre la reprografía ilegal* (editado por el grupo de entidades adheridas a la Campaña para la protección de los Derechos de Autor), 1986, 9 s.

(4) Vid. un resumen de varias legislaciones comparadas en CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 53-57, 80-100.

(5) Aunque al respecto no existe unanimidad doctrinal; veamos dos ejemplos opuestos: para MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 7.ª ed., 1988, 288, «hay que tener en cuenta que los preceptos penales no deben ser aplicados más allá de lo que permiten sus propios términos, y sobre todo la existencia de otros sistemas de protección jurídica que, además, se contienen en la Ley 22/1987, que generalmente son más eficaces» (el subrayado es mío); sin embargo, para VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 174, la protección penal de los derechos de autor «es la más enérgica y eficaz».

acostumbrado a lo mismo, el estudio de tal protección penal se hace muy necesario, precisamente porque la complejidad de su análisis puede hacer que el mismo no se intente con rigor o se abandone a los civilistas, quienes, lógicamente, sólo incidirían de un modo superficial en la problemática penal, creándose así una situación de inseguridad jurídica nada deseable. En este sentido, en Alemania, donde los penalistas se han ocupado muy poco de la protección penal del derecho de autor, probablemente por hallarse la misma regulada, no en el StGB, sino en la *Urhebergesetz* (6), ley en que se regula todo lo relativo a dicho derecho (en lo cual la parcela penal es mínima), señala U. WEBER (7) que existe un bajo nivel en la parte dedicada a la protección penal en las obras que, más en general, se ocupan del derecho de autor. La necesidad de ocuparse de la protección penal de los derechos de autor y conexos parece haber sido entendida por la doctrina penal española, que, desde la aparición de la nueva LP1 y la correspondiente ley de reforma del CP, se ha prodigado en artículos y monografías sobre el tema, prodigalidad que contrasta con la escásima atención que los penalistas le habían prestado antes de la entrada en vigor de esa ley (8).

(6) *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (UrhG), de 9 de septiembre de 1965.

(7) *Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts. Unter Berücksichtigung der bestehenden zivilrechtlichen Schutzmöglichkeiten*, 1976, 1 (citando un pasaje del comentario a la UrhG de FROMM/NORDEMANN, con el que pone de manifiesto el bajo nivel de los trabajos en cuanto a la protección penal del derecho de autor).

(8) En cuanto a la jurisprudencia, en el momento de redactar estas líneas, el TS no ha tenido ocasión de aplicar los preceptos penales introducidos por la Ley Orgánica 6/1987, a la que enseguida me referiré. Y debe recordarse, como lo hace la Circular de la Fiscalía General del Estado (CFGE) 2/1989 (Precisiones sobre algunos aspectos 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), que «es muy difícil que, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica /1988, de 28 de diciembre, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo vaya a ocuparse de los delitos contra la propiedad intelectual en su actual formulación, pues, atendida su penalidad, el procedimiento a seguir será el "abreviado para determinados delitos" (art. 779 de la LECr.) cuyo conocimiento y fallo corresponde al Juez de lo Penal (art. 14.3 de la LECr.) sin que, contra la Sentencia que se dicte, quepa el recurso de casación al estar previsto sólo el de apelación ante la Audiencia Provincial (arts. 795.1 y 796.1 de la LECr.)» (*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales —ADP— 1989*, 677); la citada CFGE 2/1989 aparece sin fecha en la revista *Actualidad Penal (AP) 1989-2*, 1527-1553, y en el Repertorio cronológico de legislación Aranzadi de 1990 (A 724); sin embargo, en el *ADP 1989*, 677-706, aparece como Circular 2/1989, de 20 de abril. En el momento de redactar este trabajo, las STS, Sala 2.ª, relativas a los delitos contra los derechos de autor y conexos de que tengo conocimiento, a partir de 1963 (todas ellas operando, como he dicho, sobre preceptos penales hoy derogados), son las de 5-5-1964 (A 2417), 19-5-1964 (A 2723), 7-4-1965 (A 1578), 15-12-1969 (A 5917), 8-5-1971 (A 2204), 23-5-1975 (A 2325), 27-4-1979 (A 1967), 14-2-1984 (A 1129), 30-5-1984 (A 3492), 17-12-1985 (A 6336), 13-6-1987 (A 4799), 13-10-1988 (A 7912), 30-5-1989 (A 4990), 19-1-1990 (A 446), y 2-2-1990 (A 1035) (también guarda relación con la posible infracción de alguna faceta de los derechos de autor y conexos el supuesto de hecho de la STS 9-2-1963, A 483, pero la misma no analizó esa posibilidad por razones que aquí no vienen al caso). Las STS citadas posteriores a 1987 se refieren a casos ocurridos antes de la entrada

II. La regulación positiva de la llamada propiedad intelectual y su protección penal

1. La llamada propiedad intelectual se halla recogida como «propiedad especial» en los arts. 428 y 429 del Código civil (Cc), el primero de los cuales se limita a expresar que «el autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad», mientras que el segundo remite a «la ley sobre propiedad intelectual» para la determinación de «las personas a quienes pertenece a ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración», señalando la aplicación subsidiaria del Cc para lo no previsto por dicha ley (9). La LP1 vigente hasta hace poco

en vigor de la LO 6/1987; sin embargo, ello no implica que necesariamente tuvieran que aplicar el tipo penal (antiguo art. 534 CP) vigente antes de la reforma introducida por tal LO, tal y como hicieron las STS citadas, pues, en virtud de lo establecido en el artículo 24 CP, «las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena», con lo que, de ser más favorable para el reo, la nueva regulación debería aplicarse incluso a los casos juzgados antes de la entrada en vigor de la LO 6/1987, si el condenado todavía cumplía la condena al producirse esa entrada en vigor y, por supuesto, a los todavía no juzgados entonces. ¿Resulta en algún caso más favorable la nueva regulación penal? El antiguo art. 534 CP imponía la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 60.000 pts. en todos los casos de infracción intencionada de los derechos de autor, pasando la pena a ser de prisión menor si se apreciaba reincidencia. Prescindiendo de la comparación en el caso de concurrir esta agravación específica, hoy suprimida, con la nueva regulación la pena es claramente superior en los tipos agravados (como mínimo, arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 pts. —50.000 a 1.500.000 pts. en la LO 6/1987, cuantía modificada después por la LO 3/1989—, según el art. 534 bis b 1 CP); sin embargo, en el tipo básico del nuevo art. 534 bis a), se impone la pena de multa de 100.000 a 2.000.000 pts., que originariamente, según la LO 6/1987, era de 30.000 a 600.000 pts., es decir una pena pecuniaria igual a la que imponía el antiguo art. 534, y hoy una pena pecuniaria de cuantía superior, pero, sin embargo, no se impone, al contrario que en el antiguo art. 534 CP, ninguna pena privativa de libertad. Por lo tanto, el tipo básico del art. 534 bis a) era, en el momento de su creación (y, en mi opinión, aunque podría plantearse algún problema en el que no entraré, también hoy, pese al aumento de la cuantía de la pena de multa operada en el tipo que nos ocupa en virtud de la LO 3/1989), sin duda más beneficioso para el condenado que el antiguo art. 534 CP, por lo que aquél podía ser aplicado retroactivamente. En virtud del anterior razonamiento, no resulta tan claro lo manifestado por la STS 30-5-1990 (A 4990): «Perpetrados los hechos de autos, durante el mes de enero y los primeros días de febrero de 1985, y enjuiciados los mismos el 12 de mayo de 1986, es evidente que todavía no regía la Ley Orgánica de 11 de noviembre de 1987, debiéndose, por tanto, aplicar, a dichos hechos, el párrafo primero del artículo 534 del texto del Código Penal anterior a la mencionada reforma de 1987». No obstante, la cuestión carece, en mi opinión, de relevancia práctica en los concretos supuestos juzgados por el TS, pues o bien el TS casó la sentencia de la Audiencia para absolver a los procesados (STS 30-5-1989, A 4990, y 2-2-1990, A 1035), o bien, según la propia exposición y razonamiento del TS, se trataba de casos en que los procesados actuaron con ánimo de lucro, lo que haría que, tras la reforma de 1987, las conductas encajaran, como mínimo, en el tipo agravado del art. 534 bis b) 1 a) CP, cuya pena es siempre mayor a la del antiguo art. 534 CP, partiendo de la base de que en estos supuestos no hubo reincidencia (STS 13-10-1988, A 7912; y 19-1-1990, a 446).

(9) El Cc contiene además otra disposición relativa a la propiedad intelectual: en su artículo 10.4, establece que «los derechos de propiedad intelectual e industrial se

tiempo en España data de 10 de enero de 1879 (10). El desfase de esa Ley con la realidad actual de la llamada propiedad intelectual, que conoce nuevos medios técnicos donde plasmar las creaciones que la constituyen, y, a la vez, nuevas posibilidades de infringir masivamente y con relativa facilidad las facultades inmanentes a la propiedad intelectual (11), hacen que en 1987 se apruebe y entre en vigor una nueva LPI (12) y, correlativamente, una Ley Orgánica (LO) que modifica los preceptos del CP relativos a la protección de la propiedad intelectual (13). Esta última no modifica la rúbrica de la Sección tercera («De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial») del Capítulo IV («De las defraudaciones») del Título XIII («De los delitos contra la propiedad») del Libro segundo del CP, pero sí modifica su contenido, dando al art. 534 CP una nueva redacción relativa sólo a la infracción de los derechos de la propiedad industrial, y regulando todo lo relativo a la llamada propiedad intelectual en unos artículos de nueva creación (14), que paso a transcribir (15):

«Art. 534 bis a) Será castigado con la pena de multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas quien intencionadamente reproducere, distribu-

protegen dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en que España sea parte».

(10) La misma era desarrollada por un Reglamento, aprobado por RD de 3 de septiembre de 1880, que debe reputarse en vigor (igual que otras disposiciones reglamentarias relativas a la propiedad intelectual), a tenor de lo establecido en la DT 6.ª de la nueva LPI de 1987, en cuanto no se oponga a ésta. También existían otras leyes (cinematografía, libro), que afectaban al régimen jurídico de la llamada propiedad intelectual, que han sido derogadas (total o parcialmente) por la nueva LPI.

(11) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual, en: *PJ especial IX* (1989), 353 s., 357 (el citado trabajo está también publicado en: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain —Homenaje Beristain—*, 1989, 741-747); ARROYO ZAPATERO/GARCÍA RIVAS, Protección penal de la propiedad intelectual. Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la sección III del Capítulo 4.º, Título XIII del Libro II del Código Penal, en: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual y a la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la sección III del Capítulo 4.º, Título XIII del Libro II del Código Penal (Comentarios LPI)*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1989, 1986 (el citado trabajo se encuentra también publicado en: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 7, 1989, 221-250).

(12) Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual (BOE de 17 de noviembre).

(13) LO 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la Sección 3.ª del Capítulo IV, Título XIII del libro II del Código Penal (BOE de 17 de noviembre).

(14) Cuyo modo de numeración, derivado de la desafortunada costumbre del legislador penal de «parchear» el CP con reformas parciales que ya ni siquiera guardan coherencia entre sí, ha sido calificado, con razón, de «rocambolésco» por BOIX, en: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON/ORTS BERENGUER/BOIX REIG/CARBONELL MATEU, *Derecho penal, Parte especial*, 2.ª ed., 1988, 883 (lo relativo a infracciones del derecho de autor ha sido publicado también por BOIX, bajo el título Nuevo sistema de protección penal de la propiedad intelectual, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada —RFDUG—* 12, 1987 —publicado en 1989—, *Homenaje al profesor José Antonio Sainz Cantero*, vol. I, 27-40).

(15) La cuantía de las multas viene determinada por la LO 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código penal (BOE de 22 de junio).

yere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte, o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

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

Art. 534 bis b) 1. Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior, concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Obrar con ánimo de lucro.
- b) Que el daño causado revista especial gravedad.
- c) Usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución.
- d) Modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor.

2. Se impondrá la pena de prisión menor, multa de 175.000 a 10.000.000 de pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando, además de obrar con ánimo de lucro, concurra alguna de las siguientes circunstancias:

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

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

534 bis c) En el supuesto de sentencia condenatoria, el juez podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial.

534 ter. La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los artículos 534 bis a), y 534 bis b), se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios.»

2. No señalaré aquí las múltiples diferencias que se derivan de la sustitución de la antigua LPI por la nueva, sino que me limitaré a poner de manifiesto los cambios que, sin necesidad de una observación detenida, se perciben en la regulación del CP.

Tras una regulación que arranca del CP de 1848 (16), que incluye

(16) Una exposición más detallada de la evolución histórica de la protección penal de Propiedad Intelectual, en: *La Ley*, 1985-2, 1077-1009; CARMONA, *Propiedad intelectual* puede verse en MISERACHS SALA, Acotaciones históricas a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, en: *La Ley*, 1985-2, 1077-1009; CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 61-71; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 62-70 (dentro de una perspectiva histórica más amplia, contenida en las pp. 44-77, y no ceñida exclusivamente al Derecho penal). En concreto, sobre los cambios introducidos en el Texto revisado del CP de 1963, en que se fija la redacción que enseguida reproduczo en el texto, cfr. DÍAZ VALCARCEL, *La revisión del Código penal y otras leyes penales. Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963*, 1964, 261-269.

las infracciones de la llamada «propiedad literaria» entre las estafas y otros engaños (y con el cierto paréntesis que supone el CP de 1928), en 1963 se produce una reforma del CP en la materia, que se convierte en la ley vigente hasta que, en 1987, tiene lugar el cambio legislativo al que ya he hecho referencia. Desde 1963 y hasta finales de 1987, la protección penal de la propiedad intelectual se encuentra en la Sección 3.^a («De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial») del capítulo IV («De las defraudaciones») del Título XIII («De los delitos contra la propiedad») del Libro segundo del CP, sección formada por un solo artículo, el 534, que rezaba:

«El que infringiere intencionadamente los derechos de autor será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pts., independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales.

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

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

Los cambios introducidos por la LO de 1987 que saltan a la vista son los siguientes:

— Se describen conductas concretas y no se produce una referencia indiferenciada a la infracción de los derechos de autor.

— Se matizan las penas, según la gravedad de las infracciones, existiendo penas menos y más graves que la que, con carácter único (salvo el caso de la reincidencia), se imponía hasta la reciente reforma del CP.

— Desaparece la mención de las sanciones determinadas en las leyes especiales (17).

— Desaparece toda referencia a la reincidencia.

— Para los supuestos de mayor gravedad se establece la consecuencia accesoria de cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado (art. 534 bis 2, *in fine* CP).

— Se permite que el juez decrete, a costa del infractor, la sentencia condenatoria en un periódico oficial.

— Se señala expresamente, aunque mediante una remisión normativa, cuál será el especial régimen de la responsabilidad civil *ex delicto*.

En realidad, y al margen de la ya señalada separación de las infracciones de la propiedad industrial, lo único que no ha variado es la ubicación sistemática y el rótulo de la sección en que se contienen los delitos de que nos estamos ocupando.

(17) Mención que había aparecido en 1963 y que, en lo relativo a los derechos de autor, se refería sobre todo a determinados artículos de la LPI de 1879 y el Reglamento de 1880, aunque también a otras disposiciones (cfr. DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 266-268; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 250-253).

3. La reforma del CP operada por la LO de 1987 no ha seguido la línea propuesta por los dos proyectos de reforma global del CP más importantes, que más bien mostraban, en cuanto a la tipificación de conductas, un carácter continuista con la regulación vigente hasta 1987, si bien desgajando, eso sí, estas infracciones de las relativas a la propiedad industrial y con alguna modificación en otros aspectos. En el Proyecto de Código Penal de 1980 (P 80), la principal novedad respecto de la regulación entonces vigente consiste en la nueva ubicación sistemática de la materia: la misma pasa a ser, dentro del Libro II del Proyecto, el Capítulo III («De las infracciones de los derechos de autor») del Título VIII («De los delitos contra el orden socioeconómico»), en lugar de encuadrarse en los delitos contra el patrimonio. Tal capítulo contiene un solo artículo, el 352, con el siguiente tenor literal:

«El que infringiere intencionadamente los derechos de autor legalmente reconocidos será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la infracción.»

Es decir que las principales diferencias respecto de las normas del CP entonces vigentes radican, además de en la distinta ubicación sistemática, en la supresión de la referencia a la reincidencia, en las penas, graduables según la «gravedad de la infracción», y en que aparece una mención a que los derechos de autor han de ser los «legalmente reconocidos», mención que no parece que añada demasiado.

Por su parte, la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 (PA 83) vuelve a ubicar sistemáticamente esta figura en el lugar en que estaba antes de 1987 (y después de 1963) y también actualmente; así, la Sección 3.^a («De las defraudaciones de los derechos de autor») del Capítulo VI («De las defraudaciones») del Título XI («Delitos contra el patrimonio») del Libro II de dicha PA contiene un solo artículo, el 250, con el siguiente tenor literal:

«1. El que infringiere los derechos de autor será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, según el perjuicio causado.

2. Se decretará, además, la publicación de la sentencia condenatoria en los periódicos oficiales con expresa autorización para ser reproducida, total o parcialmente, en los demás medios de información.»

En este caso la novedad más llamativa es que desaparece el requisito de que la infracción de los derechos de autor se produzca intencionadamente, requisito que se halla presente antes y después de 1987 y en el P 80; tal supresión, si no se debió a un lapsus, pretendió

probablemente conseguir la incriminación de las conductas infractoras de los derechos de autor realizadas con cualquier clase de dolo, no desde luego las conductas imprudentes (que podrían darse, por ejemplo, en casos de error de tipo vencible), pues en la PA 83 los hechos imprudentes sólo se castigan cuando así se establezca expresamente de la conducta. La pena no se gradúa en virtud de la modalidad de la conducta, ni de su gravedad, sino en atención al perjuicio causado. Por fin, se establece, como en la regulación vigente, la publicación en periódicos oficiales de la sentencia condenatoria, pero, a diferencia de lo que ocurre en dicha regulación vigente, tal publicación parece que se establece con carácter obligatorio y no potestativo para el juez; la referencia a la autorización para la reproducción parcial o total de la sentencia en otros medios de comunicación no parece tener mucho sentido, pues tal reproducción es posible sin que la ley lo diga (18).

III. Terminología: ¿propiedad intelectual o derechos de autor?

1. Sin entrar todavía a determinar más en concreto el carácter del bien jurídico protegido en los delitos que nos ocupan, cosa que, como veremos, es hasta cierto punto discutida, intentaré comprobar si, de entrada, es más correcto denominar a ese bien jurídico «propiedad intelectual» o «derecho de autor» (19).

En la legislación española, penal o no, se utilizan ambas expresiones:

— De «propiedad intelectual» hablan el art. 149,1,9 de la Constitución española (CE), la rúbrica del Capítulo III del Título IV del Libro II del Cc y los arts. 10,4 y 429 del mismo, el mismo nombre de la LPI, las rúbricas de su Libro II y del Título II de su Libro

(18) Pues no parece que las limitaciones establecidas en raras ocasiones a la publicación de sentencias, como las del art. 906 LECrim (relativo sólo a sentencias de casación), sean aplicables por lo general a las sentencias que pudieran condenar por delitos contra los derechos de autor y conexos.

(19) Parece que son los sistemas similares al francés los que prefieren la denominación «propiedad intelectual», mientras que en el órbita germánica se prefiere hablar de «derecho de autor» (*Urheberrecht*), como ocurre en la ya citada ley de ese nombre de 1965, de la República Federal Alemana. Cfr. QUINTANO, *Tratado III*, 2.ª, 1978, 579, en quien se inspiran los tres autores que cito a continuación; CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 72; BOIX, *PE*, 2.ª, 1988, 896; MORILLAS CUEVA. Sobre la denominación de la Sección III del Capítulo IV del Título XIII del Libro II del Código penal, en: *PJ especial IX* (1989), 421. Por su parte, VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 26, estima que «si nos fijamos en el Derecho comparado, observaremos que la expresión “derechos de autor”, o simplemente “derecho de autor”, es utilizada en la casi totalidad de las legislaciones más progresistas sobre la materia», y cita varios ejemplos (26 s.). Sobre otras denominaciones utilizadas en el Derecho internacional y comparado por diferentes normas, y por la doctrina, cfr. p. ej., CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 72-77; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 27 s.

III, y muchos de sus artículos: 1, 2, 3.3.º, 6.2, 7.4, 10.1, 11, 12, 13, 21.2, etc., y el art. 534 bis a) CP, como sabemos.

— De derecho o derechos de autor hablan la rúbrica del Libro I LPI y varios artículos suyos: 3, 11 y, como sabemos, la rúbrica de la Sección 3.ª del Capítulo IV del Título XIII del CP (20).

¿Qué denominación resulta más correcta, especialmente en atención al contenido de la mencionada sección del CP, que es lo que más nos interesa?

Los autores que recientemente se han pronunciado expresamente sobre la cuestión, se hallan divididos. Unos prefieren la denominación de «propiedad intelectual». Se argumenta que el concepto de propiedad tal como se lo entiende hoy («derechos absolutos que conceden a sus titulares todas las facultades posibles sobre un objeto frente a todos los demás») abarca «todo tipo de propiedades especiales, incluida la propiedad intelectual» (21); que el contenido y extensión que se dé a este tipo de derechos «dependen del modelo de reconocimiento y protección de la propiedad privada existente en un determinado ordenamiento jurídico» (22); que los derechos de autor son una parte de la propiedad intelectual, pero no toda ella, pues en el Libro II y III de la LPI se protegen derechos de propiedad intelectual distintos de los del autor (23).

Por su parte, otros autores prefieren la denominación «derecho (o derechos) de autor», fundamentalmente porque consideran que la otra denominación se queda corta y se refiere sólo al aspecto patrimonial de este derecho o a los intereses de otros titulares de los derechos de explotación (24).

(20) Aunque ello parece deberse a un lapsus en la tramitación del Proyecto de LO de reforma de la materia, en el que la rúbrica de la sección del CP se referiría a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

(21) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en: *Comentarios LPI* (coordinados por él mismo), 1989, 27.

(22) ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1988 s.

(23) MORILLAS, *PJ especial IX* (1989), 422 s. Este autor realiza una crítica, en mi opinión exagerada, a la rúbrica de la Sección 3.ª del Capítulo IV del Título XIII del Libro II CP, pero tiene sin duda razón en que lo que no está justificado es el orden de referencia a «las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial», pues, en el articulado de esa sección, las segundas preceden a las primeras (op. cit., 424). De todas formas, esta última cuestión carece de trascendencia práctica. El argumento señalado en el texto lo utiliza también la CFGE 2/1989, que, si bien no considera «totalmente exacto» encuadrar los delitos que nos ocupan dentro de los delitos contra la propiedad, como hace el CP, menos exacto todavía le parece rubricar la sección correspondiente del CP como «De las infracciones del derecho de autor...», «porque a los derechos de autor está dedicado sólo uno de los libros de la Ley de Propiedad Intelectual, coexistiendo con ellos otros derechos conexos, modalidades de la propiedad intelectual que no son propiamente de autor que incluso están protegidos penalmente en el artículo 534 bis, a) (el derecho de los ejecutantes o intérpretes). Se protegen así no sólo los derechos de autor, enunciado de la rúbrica en el Código penal, sino también otros derechos de propiedad intelectual próximos a los del autor» (*ADP* 1989, 679).

(24) Ya en sentido similar DÍAZ VALCARCEL, *La revisión*, 1964, 263, con cita de otros autores; más recientemente, ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad*

Como señala BOIX REIG (25), «la discusión sobre la denominación del objeto de protección ... refleja el diverso sentir ... sobre el alcance del bien jurídico, según se contemple o no en el mismo el contenido moral del derecho que se tutela». Efectivamente, suelen preferir la denominación «propiedad intelectual» quienes conciben el bien jurídico como exclusiva o primordialmente patrimonial, y la de «derechos de autor» quienes conceden bastante importancia al elemento personal o moral del bien jurídico (26).

2. Por mi parte, en contra de lo que opina MORILLAS CUEVA (27), quien califica la cuestión terminológica como «de enorme importancia», considero que la misma no es demasiado trascendente (28), aunque no llego a afirmar, como hacía QUERALT JIMENEZ (29), refiriéndose al cambio de terminología operado en 1963 en

jurídica, 1988, 155; ROLDAN BARBERO, *Personalismo y patrimonialismo en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales*, en: *La Ley 1988-2*, 918, quien, a este argumento, añade que la mención constitucional (art. 149.9) a la propiedad intelectual «no puede condicionar, ni por su enclave, ni por su limitada función, la esencia de un bien jurídico, que quedaría, en verdad, confundida con la utilización de un término inadecuado». ROLDAN, que da excesiva importancia, en mi opinión, a la cuestión terminológica, cree que «por mucho que se adjetive espiritualmente» el término propiedad, con él «queda degradada la personalidad del autor». En realidad, ROLDAN tampoco se conforma con la denominación «derechos de autor», sino que considera ideal (op. cit., 919) que se hable de derechos de autor y, a renglón seguido, de propiedad intelectual, para poner de manifiesto los dos tipos de intereses, personales y patrimoniales, en juego; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 29-32, 72, 174, 204, criticando tanto el sustantivo «propiedad» como el adjetivo «intelectual», como alguna otra adjetivación propuesta por la doctrina («propiedad intelectual estática»), prefiriendo la expresión «derecho de autor», aunque utilizando «análoga e indistintamente ambas denominaciones (scil. ésta y la de propiedad intelectual)». BAJO, *PE II*, 1987, 220, sin entrar en la discusión, señala que «puede sostenerse que es la expresión "derecho de autor" la que ha adquirido carta de naturaleza para referirse al conjunto de facultades que el creador tiene sobre su obra literaria, artística y científica». La jurisprudencia reciente de la Sala 2.ª del TS, cuando se pronuncia al respecto, prefiere la terminología «derecho o derechos de autor», aunque sin extenderse demasiado en explicar por qué: vid. STS 23-5-1975 (A 2325), 14-2-1984 (A 1129), 30-5-1989 (A 4990).

(25) *PE*, 2.ª, 1988, 895.

(26) Sin embargo, ello no siempre es así: p. ej., BUENO ARUS, Las últimas reformas del Código penal español, en: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, segunda época, 96 (1988), 819, considera que la denominación «propiedad intelectual» es «más clásica y más coherente con el conjunto de derechos aquí protegidos», pero añade que, no obstante ello, la nueva regulación sigue una postura más personalista que patrimonialista (aunque esta afirmación de BUENO ARUS no tiene por qué reflejar, claro está, sus preferencias personales).

(27) *PJ especial IX* (1989), 421.

(28) Sin negar que, como señalan QUINTANO, *Tratado III*, 2.ª, 1978, 579, CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 72, BOIX, *PE*, 2.ª, 1988, 896, y MORILLAS, *PJ especial IX* (1989), 421, en determinados momentos históricos, como en el Convenio de Berna de 1886, ha tenido una transcendencia grande en la realidad; lo que ocurre es que, en mi opinión, también en esa circunstancia histórica, se le dio a la terminología un valor del que en realidad carece. En cualquier caso, el propio QUINTANO, *Tratado III*, 2.ª, 1978, 579, refiriéndose al cambio de terminología introducido en el CP por la reforma de 1963 (en la que se adopta la expresión «derecho de autor»), quita importancia a la cuestión terminológica, calificando la innovación de 1963 de «inocente».

(29) *Derecho penal español, Parte especial*, vol. I, 1986, 334.

el CP (se pasa de hablar de propiedad intelectual a hablar de los derechos de autor), que se trata de un «desahogo estilístico». Me parece que ambas expresiones, «propiedad intelectual» y «derecho de autor», pueden emplearse, porque no prejuzgan totalmente la naturaleza del objeto a que se refieren. Ciertamente, por propiedad no sólo hay que entender el derecho real por excelencia, sino que jurídicamente se habla desde antiguo de propiedades especiales, y, en el lenguaje común, a la palabra propiedad se le dan distintos significados, entre ellos el de característica o cualidad de una cosa (se habla de propiedades de un elemento químico, un alimento, etc.) (30), sin que exista una relación patrimonial. Además, como señala JIMÉNEZ VILLAREJO (31), aunque la expresión «propiedad intelectual» no es del todo adecuada, tampoco es inaceptable, pues es adoptada por la ley por razones históricas y con cierta prudencia en el legislador (32). Por otra parte, es verdad que, según la LPI vigente, la propiedad intelectual abarca más supuestos que el estricto derecho (o derechos) del autor. Lo que tampoco cabe negar es que, cuando en un contexto jurídico se habla de «propiedad», ello se asocia casi automáticamente a la propiedad por excelencia y, por tanto, se resalta un contenido patrimonial. Como veremos enseguida, me parece fuera de discusión (aunque pueda debatirse si se trata de derechos distintos, la jerarquía entre ellos, etc.) que la LPI reconoce claramente al autor facultades de carácter personal y otras de carácter patrimonial, estando ambos aspectos siempre implicados; también adelanto que, en contra de lo que opina una minoría de penalistas y en concordancia, por tanto, con la opinión mayoritaria, considero que el CP protege (ya veremos cómo y con qué jerarquía) ambos aspectos. Por ello, la terminología «propiedad intelectual», que es aceptable, que es la legalmente más amplia, sin embargo me parece que no describe del todo bien el objeto al que se refiere, pues da una imagen en exceso patrimonialista. La idea de que el régimen que en un ordenamiento se da al derecho que nos ocupa depende del que se da a la propiedad privada quizá sea correcta en cuanto al aspecto patrimonial del derecho, pero no en cuanto al personal.

Por su parte, la expresión «derecho de autor», aunque se liga tradicionalmente a las concepciones personalistas, en realidad es un tér-

(30) Este significado del término propiedad parece que fue sacado a la palestra por el diputado socialista Del Pozo i Álvarez, en los debates de lo que hoy es LPI. cfr. ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 918 s.

(31) La responsabilidad civil dimanante de las infracciones de la propiedad intelectual y las vías judiciales para su exigencia, en: *PJ especial IX* (1989), 359 s.

(32) Que, en el Preámbulo de la LPI, habla de los derechos «denominados» de la propiedad intelectual. J. VILLAREJO, *PJ especial IX* (1989), 360, prefiere en todo caso la denominación imperfecta «propiedad intelectual» que la de «derechos de autor», que, como enseguida señalaré, deja fuera ciertos derechos relacionados con los de éste y protegidos por la LPI.

mino bastante neutro (33), pues no alude al contenido del derecho, sino sólo a su titular, de modo que podría valer incluso para quienes consideraran que el contenido es exclusivamente patrimonial o que la protección penal sólo se centra en ese aspecto. Sin embargo, sobre todo teniendo en cuenta la LPI vigente, el que el CP hablara exclusivamente (como lo hacía desde 1963 y hasta la reforma de 1987) de «derecho (o derechos) de autor» podría tener una consecuencia importante, dado que, para integrar el significado de tal término, probablemente no habría más remedio que acudir a la LPI (elemento normativo, si bien no cabe descartar una cierta autonomía del concepto en Derecho penal), y, en ella, como sabemos, junto al derecho (o derechos) de autor, se protegen los derechos de otros sujetos (Libro II LPI); resultaría que, por tanto, determinados derechos conexos o afines al del autor quedarían sin protección penal y ello sería al menos discutible. El problema no se da con la redacción del CP tras la reforma de 1987, pues, aunque la rúbrica de la Sección en que se encuadran los delitos que nos ocupan siga hablando de «derecho de autor», las rúbricas de los Títulos, Capítulos y Secciones del CP no son vinculantes (aunque tienen valor para la interpretación), y el tipo básico del art. 534 bis a) CP habla de «derechos de propiedad intelectual», pero, sobre todo, enumera conductas, alguna de las cuales ataca derechos distintos del de autor, como el de los intérpretes o ejecutantes artísticos. En definitiva, aunque el problema apuntado no se da en el CP, seguimos constatando que la expresión «derecho (o derechos) de autor», más adecuada por su carácter neutro respecto del contenido del derecho, es sin embargo incompleta. Por ello, la denominación «derechos de autor y conexos» (34) me parece, si bien algo larga, la preferible, resumidamente por tres razones: 1) Al contrario que la expresión «propiedad intelectual», no prejuzga lo más mínimo (ni siquiera como mera imagen) el contenido de esos derechos, aunque los identifica perfectamente; 2) No tiene el carácter incompleto de la expresión «derechos de autor»; 3) Ni siquiera prejuzga una cuestión que, en mi opinión y desde el punto de vista jurídico-penal, tampoco tiene mayor trascendencia: la de si existe uno o varios derechos de autor (cualquiera que sea su contenido) o más bien un solo derecho con un haz de facultades diversas; efectivamente, el plural de la palabra «derecho» no significa necesariamente que se reconozca que el autor es titular de distintos derechos (aunque tampoco

(33) Así lo reconoce BERCOVITZ, *Comentarios LPI*, 1989, 26.

(34) Esta expresión la utilizan en el título de su monografía GÓMEZ BENITEZ/QUINTERO OLIVARES, *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, si bien a lo largo del trabajo se refieren también a la propiedad intelectual. La primera parte del libro citado (Introducción y tipicidad básica, pp. 17-122) corre a cargo de QUINTERO, y la segunda (Los tipos penales cualificados del artículo 534 bis, b, y sus penas. Otros delitos relativos a la propiedad intelectual, pp. 123-191) la escribe G. BENITEZ, por lo que en adelante sólo citaré al autor que haya escrito la parte que se traiga a colación.

lo excluye), si no que se refiere (al menos) a que junto al derecho (o derechos) del autor, hay otros, los conexos (35).

Pese a todo, en lo que sigue utilizaré, por mor de la brevedad, al igual que lo he hecho hasta ahora, también las expresiones «derechos de autor» y «propiedad intelectual» como equivalentes.

IV. Naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido.

1. Hablando en términos generales, se puede decir que el bien jurídico protegido por los tipos penales de los arts. 534 bis a) ss. CP lo constituyen los derechos de autor y conexos o, para quienes prefieren esa terminología, la propiedad intelectual. Sin embargo, lo acabado de decir es demasiado vago, sobre todo porque no indica cuál es el contenido de esos derechos, que, al contrario de lo que ocurre en otros casos (patrimonio, vida, etc.), no es algo en lo que haya acuerdo generalizado; y, si hay cierto acuerdo en el contenido de esos derechos en general, el acuerdo es menor en cuanto a qué faceta de ellos se protege fundamentalmente en el Derecho penal, que es lo que aquí verdaderamente nos interesa.

Por tanto, lo primero que intentaré descubrir es si, en la regulación del CP, se presta protección a la faceta personal, a la patrimonial o a ambas de los derechos de autor, y, en caso de que, como creo, se preste a las dos, a cuál de ambas se presta mayor atención.

Esta cuestión se confunde a veces con otra que, aun estando relacionada con ella, no es idéntica: la de la naturaleza constitucional de los derechos de autor y el rango que cada faceta de los mismos tiene en el texto constitucional (si es que lo tienen distinto); no se justificaría el estudio, siquiera sea somero, de esta segunda cuestión, en un trabajo que no pretende referirse a todas las cuestiones que plantean los derechos de autor y conexos, sino fundamentalmente a algunas relacionadas con el Derecho penal, si la misma no tuviera incidencia en la regulación penal; pero, como en su momento explica-

(35) DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual*, 1985, 25, deduce precisamente de la utilización del plural de la rúbrica del Libro I LPI («Derechos de autor») que la LPI sigue una concepción no monista, es decir que el autor tiene diferentes derechos y no un derecho con diferentes facultades; es posible que ello sea verdad, aunque pudiera pensarse que la LPI no ha tomado una decisión consciente, sino que ha utilizado una noción algo vulgar de derechos (no derechos subjetivos en sentido técnico); ciertamente, si nos fijamos en la génesis de la LPI, la utilización de «derechos» no parece casual, pues se introdujo en lugar de «facultades», que era la expresión utilizada por el Proyecto de LPI (cfr. CARMONA, *PJ especial IX*, 1989, 336 s.; M. CONDE, *PE*, 7.^a, 1988, 286). Pero, sea como sea, ya he explicado que la denominación que propongo no toma partido, pese a utilizar el plural, pues se refiere a los derechos de autor y conexos.

ré, la tiene, al menos en cuanto valiosa para informar la crítica del Derecho vigente y hacer propuestas de *lege ferenda*.

Naturalmente, sobre todo al dilucidar la primera de las cuestiones citadas, es inevitable ir haciendo referencia a las distintas conductas típicas recogidas en el CP

2. Sin entrar todavía en la cuestión que más nos interesa, que es la de qué faceta de los derechos de autor es la que se protege en el CP, conviene señalar que, fuera del ámbito penal, no parece haber ninguna duda de que existen dos vertientes o facetas de estos derechos: una personal, llamada también moral, y otra patrimonial (36). Lo que se discute, en una polémica que creo no tiene demasiada trascendencia para el Derecho penal y en la que, por tanto, no entraré, es si, admitida esta diversidad de facetas, el derecho de autor es un solo derecho subjetivo, del que se desprenden distintas facultades, en las cuales unas veces prima el aspecto patrimonial y otras el personal, o bien existen distintos derechos subjetivos del autor, unos de contenido personal y otros patrimonial.

Parece también claro, sin entrar a juzgar todavía la trascendencia de cada uno de los aspectos, patrimonial y personal, del derecho de autor, que, al menos desde un punto de vista lógico, la faceta personal es previa e incluso origen de la patrimonial: el acto creador de una obra artística, científica y literaria es, sin duda, algo relacionado estrechamente con la persona del creador (37), no es algo en cierto modo externo a él, a lo que accede (como ocurre con los objetos sobre los que existe un derecho de propiedad en sentido estricto: las facultades patrimoniales derivadas del mismo tienen su origen en un modo de acceso a la propiedad —accesión, usufructo, herencia, compraventa, donación, etc.— que no está estrechamente vinculado a la persona). De ese acto creador —sin duda personal y primario— derivarán facultades personales y patrimoniales, que casi siempre van a estar muy relacionadas entre sí, de modo que probablemente no se podrá realizar un deslinde absoluto, pues en cada tipo de facultad habrá componentes o implicaciones del otro tipo.

La doble vertiente, personal y patrimonial, de la propiedad intelectual queda clarísimamente reflejada en la LPI. Así, su art. 2 declara que «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carác-

(36) Cfr., por muchos, CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 149 ss.; BERCOVITZ, *Comentarios LP*, 1989, 25-27. Un análisis de las tendencias patrimonialistas y personalistas en perspectiva histórica puede verse en ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 909-915.

(37) Un argumento similar a éste, completado con otros, como el de que el escritor, el artista y el científico no crean sus obras con el pensamiento puesto en la rentabilidad económica, sino fundamentalmente para obtener satisfacciones morales, es utilizado (con mayor vehemencia que como yo lo he hecho) por ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 920, para apoyar su defensa de la primacía de la faceta personal en los derechos de autor, primacía que parece aceptar MUÑOZ CONDE, *PE*, 7.^a 1988, 286, aunque cree que la misma ni se refleja ni puede reflejarse en la protección penal de los derechos de autor, como enseña veremos.

ter personal y patrimonial» y el Capítulo III del Título II del Libro primero, dedicado al contenido de los derechos de autor, está dividido en tres secciones, que llevan por rúbrica, respectivamente «Derecho moral», «Derechos de explotación» y «Otros derechos» (estos últimos también de contenido patrimonial).

3. Lo más interesante, sentado lo anterior, es comprobar qué aspectos del derecho (o derechos) de autor protege el CP. Entre los penalistas, teniendo en cuenta sobre todo a quienes se han manifestado tras la reforma de 1987, nos encontramos con prácticamente todas las posturas posibles, que agruparé en cinco: la de quienes consideran que se protege exclusivamente (o casi exclusivamente) la vertiente patrimonial; la que señala que se protege tanto la vertiente personal como la patrimonial; la de los que opinan que, aun protegiéndose ambos aspectos, prima el patrimonial; la que considera también que se protegen ambos aspectos, pero pone especial énfasis en la vertiente personal; la de un autor que, si bien no niega absolutamente cierta protección del aspecto patrimonial, considera que se protege de forma casi exclusiva la vertiente personal. Comenzaré analizando las posiciones más extremas, o sea la primera y la última de las mencionadas, que son claramente minoritarias.

a) El sector doctrinal que opina que en los arts. 534 bis a) ss. CP exclusivamente (o casi exclusivamente) se protegen intereses patrimoniales está representado por GIMBERNAT y POLAINO NAVARRETE (38). En realidad GIMBERNAT no se ha pronunciado claramente sobre la naturaleza del bien jurídico protegido, pero, por un lado, de la ausencia total de referencias en su único trabajo sobre el tema al contenido moral de la propiedad intelectual (39), y, por otro, de algunas de sus manifestaciones, puede deducirse que considera que

(38) DELGADO PORRAS no niega que en los tipos que nos ocupan se contemplen infracciones a las facetas morales o personales, aunque da prioridad a las patrimoniales. Por ello, incluyo a este autor en la postura mixta patrimonialista. Pero aquí me interesa destacar que este autor se halla próximo a la postura más extrema que ahora estoy exponiendo, pues, a diferencia de la mayoría de los partidarios de la postura mixta patrimonialista, nunca da a la infracción de las facetas personales, ni siquiera en el plagio, el carácter de tipicidad básica. La argumentación que ofrece DELGADO para sostener esta postura me parece escasa y quizá sólo apoyada en la ubicación sistemática de los delitos que estudiamos en el CP; así, señala que las acciones descritas por los tipos pueden dividirse en «a) las plagiarías (ideales) y b) las (materiales) de explotación usurpatoria. Lo que no quiere decir que en las primeras no se dé siempre una explotación de dicha clase, toda vez que 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 [aunque sí circunstancia de agravación de la pena —art. 534 bis b), 1.b), c) y d)]» (*Propiedad Intelectual*, 1988, 116 s.; vid. también 122, párrafo 102).

(39) Cfr. todo este trabajo: *PJ especial IX* (1989), 351-357. Por cierto, GIMBERNAT es sin duda alguna el autor que más alaba la regulación de la protección penal de la propiedad intelectual introducida por la LO de 1987, hasta el punto de que, al contrario que el resto de los autores que se han ocupado de la misma, no parece encontrar ningún defecto en ella.

el bien jurídico protegido es de naturaleza patrimonial. Así, GIMBERNAT, cuando niega la necesidad de engaño para que se den las conductas típicas de los arts. 534 bis a) ss., considera, contra lo que opina el resto de la doctrina, que en esos tipos es necesario un «perjuicio patrimonial», deduciendo tal exigencia de la ubicación sistemática de esos tipos entre las defraudaciones (40), si bien posteriormente da a entender que tal perjuicio puede ser real o potencial (41); además, GIMBERNAT acentúa la importancia cuantitativa y cualitativa de los daños y beneficios económicos que se pueden producir con la infracción de la propiedad intelectual mediante los nuevos medios técnicos, comparándolos «a los que se consiguen con el contrabando y con otras manifestaciones de *gran delincuencia económica*» (42), alabando la nueva regulación del CP como instrumento útil de lucha contra esas conductas atentatorias a la propiedad intelectual (43). Se podría contestar que, con todo ello, GIMBERNAT no excluye que los tipos de que nos estamos ocupando protejan también facetas morales de la propiedad intelectual; es verdad, pero por ello he advertido que encuadraba a GIMBERNAT en este sector doctrinal *por indicios*, tanto positivos (los acabados de citar), como negativos (en relación con la ausencia prácticamente total de alusiones a los aspectos personales); en cualquier caso, lo que parece claro es que, al valorar los tipos penales de protección de los derechos de autor, GIMBERNAT otorga muchísima más importancia a los aspectos patrimoniales que a los personales.

Más clara todavía es, en mi opinión, la postura de POLAINO (44). Este autor, al referirse a los tipos delictivos creados en 1987, señala que responden a «una configuración *eminentemente* patrimonialista» (45), lo que podría interpretarse como que, además, aunque con menor intensidad, se tiene en cuenta la vertiente personal; pero POLAINO continúa señalando (46) que «la norma penal se circunscribe a la protección de valores patrimoniales derivados de los derechos económicos y de explotación de las obras del ingenio, científicas, literarias y artísticas del hombre, a diferencia de las de aplicación inherentes a la propiedad industrial»; en esta afirmación, ya queda más

(40) *PJ especial IX* (1989), 351.

(41) *PJ especial IX* (1989), 352 (en referencia a los actos de piratería y, unas líneas más abajo, con carácter general).

(42) *PJ especial IX* (1989), 353 (el subrayado es mío).

(43) *PJ especial IX* (1989), 354 s.

(44) También BUSTOS RAMÍREZ, *Puesta al día conforme a reformas legislativas hasta la L.O. 3/1989 de 21 de junio del Manual de Derecho Penal, Parte especial (Adenda PE)*, 1989, 24, opina que POLAINO defiende una consideración exclusivamente patrimonialista.

(45) Aspectos de la protección típica de la propiedad intelectual, en: *PJ especial IX* (1989), 426 (el subrayado es mío). El citado trabajo de POLAINO también se halla publicado, con ligerísimas diferencias formales, en: *Homenaje-Beristain*, 1989, 869-882, bajo el título Los delitos contra la propiedad intelectual en la reforma penal española.

(46) *PJ especial IX* (1989), 426.

claro que POLAINO considera que el CP no contempla la faceta personal, aunque todavía se podría responder que POLAINO en esa frase lo que intenta resaltar es que, en los arts. 534 bis a) ss. CP, se protege la propiedad intelectual exclusivamente y no la industrial (lo cual sin duda es verdad), sin querer afinar todavía demasiado en el bien jurídico protegido por esos tipos. Pero, cuando POLAINO admite la relevancia socioeconómica y no sólo patrimonial individual de las infracciones de los derechos de autor, refiriéndose a la concreta regulación del CP, vuelve a señalar que «el sistema penal español circunscribe su tutela positiva a las facultades jurídicas de ejercicio de los *derechos económicos* derivados de la propiedad intelectual» (47). Y, por si quedara alguna duda, POLAINO nos resume, apoyándola con dos argumentos, su concepción: «Tanto de la estimación de la ubicación sistemática de los preceptos incriminadores contra la propiedad intelectual, como de la ponderación del contenido valorativo de las facultades jurídicas afectadas por las respectivas conductas típicas, se deriva que el objeto de protección de las normas penales, en las figuras delictivas de referencia, se halla constituido por los *bienes patrimoniales inherentes a los derechos económicos de la propiedad intelectual*» (48). La alusión de POLAINO a las conductas típicas se refiere a las del tipo básico del art. 534 bis a) CP (49), aunque no indica en ninguna parte que no sirva para los tipos del artículo siguiente, en una de cuyas conductas sin embargo, la modificación sustancial de la obra, ve POLAINO, aunque sin ulteriores explicaciones, que, «incidiendo en el ámbito de las *infracciones puramente morales* de la propiedad intelectual, afecta a la esfera típica de las falsedades» (50). Por fin, el autor de que me estoy ocupando deja muy claro que existe una exigencia politicocriminal de incriminación restrictiva de los injustos típicos en la materia objeto de nuestro examen, que «requiere básicamente la constatación de una afectación de los bienes de contenido patrimonial protegidos por el Derecho penal, que, de una parte, atienda a la gravedad objetiva del comportamiento lesivo de tales bienes patrimoniales, y, de otro lado, pondere convenientemente la actitud subjetiva del desvalor de autor», para lo que propone, además de la conservación de la exigencia de dolo, «homologar los específicos criterios de incriminación de los ataques típicos contra la propiedad intelectual a las pautas valorativas que rigen en general para los delitos contra bienes patrimoniales» (51), y acaba solicitando que, de *lege ferenda*, se atienda «primordialmente a la ponderación del contenido patrimonial de injusto y, adicionalmente, a

(47) *PJ especial IX* (1989), 427 (el subrayado es mío).

(48) *PJ especial IX* (1989), 428 (el subrayado es mío).

(49) Vid. *PJ especial IX* (1989), 428 n. 13.

(50) *PJ especial IX* (1989), 433 (el subrayado es mío).

(51) *PJ especial IX* (1989), 435.

la significación socioeconómica del mismo» (52), dejando fuera, por lo que se ve, toda ponderación del ataque al contenido personal o moral del derecho de autor (53).

b) El extremo contrario a la postura a la que acabo de referirme lo representa BUSTOS, para quien el Derecho penal español prácticamente se fija sólo en la vertiente personal o moral de la propiedad intelectual. Este autor señala que sería un contrasentido que la ley penal protegiera sólo el aspecto patrimonial y no el personal, que es el más importante (según este autor) (54); la ley habría tenido esto en cuenta claramente en el tipo básico del art. 534 bis a), al castigar el plagio, pero también claramente en las agravaciones de las letras, b, c y d del art. 534 bis b), 1 CP (55). Pero BUSTOS va más lejos (y en ello se diferencia de los autores que defienden las posturas intermedias que enseguida expondré), en una argumentación que cito textualmente: «Ciertamente el derecho moral no se puede decir que es un derecho patrimonial, sino que es un derecho personalísimo. Más aún, a pesar de que la ley en el tipo base se refiere al derecho moral (56) (reproducir, distribuir o comunicar la obra), sin embargo, como no exige perjuicio o daño patrimonial, resulta entonces que basta con la afeción del derecho en sí, con lo cual aparecen tales comportamientos propios al derecho de explotación, no en su carácter patrimonial, sino como consecuencia del derecho moral o personalísimo de autor, a lo más se podría decir que se trata de conductas de puesta en peligro de carácter abstracto y, por tanto, entonces tampoco ello serviría como argumentación patrimonialista (sólo en las agravaciones aparece tanto el perjuicio para la víctima como el ánimo de enriquecimiento por parte del autor). Luego, habría que concluir que en la actualidad, con la reforma y (57) modo consecuente con la Constitución y la Ley de Propiedad Intelectual el bien jurídico protegido es un derecho personalísimo de autor y, por tanto, se trata de un delito que debe quedar excluido de los delitos contra el patrimonio y colocado sistemáticamente dentro de los delitos contra la libertad y seguridad, ya que aparece como una forma de la libertad de expresión (58).

(52) *PJ especial IX* (1989), 437.

(53) La tutela de las facetas morales la deja POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 435, para la legislación civil.

(54) *Adenda PE*, 1989, 24.

(55) *Adenda PE*, 1989, 24.

(56) Me parece que se ha de tratar aquí de un lapsus o de un error de imprenta y que debería decir «derecho de explotación», pues claramente así califica a las conductas que inmediatamente cita BUSTOS el art. 17 LPI, contraponiéndolas al «derecho moral», cuyas facultades se recogen en el art. 14 LPI; además BUSTOS no cita el plagio, que acaba de mencionar precisamente para probar que el CP protege las facultades morales; en general, de la argumentación de BUSTOS, se deduce que no ha querido escribir «derecho moral».

(57) A continuación falta obviamente un «de».

(58) Obviamente, aunque gramaticalmente parece que sí, BUSTOS no considera que

Sólo en el caso de las agravaciones especiales del art. 534 bis b) (59) el legislador considera el interés patrimonial» (60). Posteriormente BUSTOS desmiente algo su afirmación, pues señala que los comportamientos de importar, exportar o almacenar ejemplares de las obras, contenidos también en el tipo básico, son «de carácter estrictamente material» y «tendrían más sentido desde un punto de vista patrimonial, y ligados a las agravaciones (o más bien como agravaciones)» (61). Más adelante vuelve a señalar, respecto del tipo básico y en consecuencia con su primera afirmación, que no se requiere perjuicio, porque no se protege el aspecto patrimonial del derecho de autor, añadiendo (62): «Por eso que en el fondo lo que se protege es el sello personal en la libertad de expresión (cualquiera que ella sea, artística, científica, interpretativa, etc.) de una persona».

c) En la tercera posición doctrinal, la de quienes consideran que el Derecho penal protege tanto el aspecto personal como el patrimonial de la propiedad intelectual, habría que citar al resto de la doctrina moderna (incluido el propio BUSTOS, quien, como sabemos, admite limitadamente la protección de aspectos patrimoniales), pero, en la agrupación de posturas que he realizado al comienzo de esta exposición, creo que queda claro que ahora me quiero referir a quienes, reconociendo la protección penal del doble aspecto, no establecen un orden jerárquico, o sea no observan un carácter prioritario para uno de ellos. Estos autores (63) son, en mi opinión, fundamentalmente BAJO, BOIX (aunque con alguna manifestación que lo aproxima a quienes se pronuncian por la preeminencia de la protección de la faceta personal), RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, CHIRINOS RIVERA, JIMÉNEZ VILLAREJO y VEGA VEGA (64). Señala BAJO (65), en una exposición

el delito aparece como una forma de la libertad de expresión, sino que es el derecho de autor el que aparece como tal.

(59) No todas, pues BUSTOS considera que en ese art. hay agravaciones de carácter personal (las del n.º 1, letras b, c y d), junto a otras de carácter mixto (la de la letra a del n.º 1) y otras de carácter patrimonial (las dos del n.º 2): cfr. *Adenda PE*, 1989, 28 s.

(60) *Adenda PE*, 1989, 24 s.

(61) *Adenda PE*, 1989, 26.

(62) *Adenda PE*, 1989, 27.

(63) Cito sólo a los que se refieren al Derecho penal hoy vigente, aunque cuando se manifestaran la actual regulación del CP sólo fuera un proyecto de ley.

(64) También la CFGE 2/1989 parece seguir esta postura, apelando a la doctrina, a la jurisprudencia del TS y a distinciones contenidas en la LPI, distinguiendo entre atentados al «derecho moral o personal de autor» y «facultades patrimoniales de disposición y explotación». No parece que esta CFGE otorgue preeminencia a la protección de uno u otro aspecto, si bien, al referirse a las conductas del tipo básico, encuadra la mayoría entre los atentados a la vertiente patrimonial y sólo el plagio como atentado al derecho moral, señalando sin embargo que en el mismo se ataca también «el elemento patrimonial ... que, a su vez, presenta una doble vertiente, el ataque al patrimonio del autor y el perjuicio que puede causarle al público engañado». En realidad, la CFGE considera que el plagio no sólo está recogido en el tipo básico, sino también en la conducta del tipo agravado del art. 534 bis b) 1 c), es decir, mantiene un concepto amplio de plagio, acogiendo para el tipo agravado la terminología

a medio camino entre el Derecho penal vigente antes de la reforma de 1987 y el que se aprueba en ella, que «el objeto de protección jurídicopenal lo constituye en principio el conjunto de facultades inherentes a la persona del autor por el solo hecho de la creación de su obra y las facultades de explotación y disposición libre de la misma, es decir, el derecho de autor», insistiendo en que se protege «la doble manifestación de este derecho», su «contenido moral» y su «aspecto patrimonial» (66). BOIX indica que ya en la reforma de 1963 el CP tuvo en cuenta «la naturaleza mixta, moral y patrimonial, del bien jurídico» y que «la reforma de 1987 supone tanto por sí misma como por sus referencias integradoras a la nueva LPI, la asunción indudable de la naturaleza mixta del objeto protegido, incidiendo también, en consecuencia, en el contenido moral de dicho derecho de autor» (67), idea en la que insiste posteriormente (68). De una de sus manifestaciones podríamos intuir que BOIX observa una mayor atención al contenido moral por parte del CP: cuando se ocupa de la conducta recogida en el art. 534 bis b) 1 d), referente a la modificación sustancial de la integridad de la obra, BOIX afirma: «Una vez más nos encontramos con la protección de otro elemento de naturaleza moral, por lo que cabe reiterar la idea del *especial afán protector de la reforma de 1987 respecto al contenido moral* de los derechos de autor» (69), pero, dada la insistencia de BOIX a lo largo de su trabajo en destacar la protección de ambos aspectos, moral y patrimonial, no me he decidido a encuadrar a BOIX entre los autores que dan preeminencia al aspecto moral. R. DEVESA/SERRANO no ofrecen explicaciones al respecto, pero constatan que, en el CP, «la protección jurídica es doble, de una parte de carácter moral, ... y de otra, de tipo patrimonial» (70). CHIRINOS RIVERA, más preocupada por descubrir la naturaleza constitucional del derecho de autor que por analizar la concreta protección ofrecida al mismo por los concretos artículos del CP, se limita a manifestar: «Que la propiedad intelectual, es decir, el derecho de propiedad intelectual del autor, tenga un contenido esencialmente moral, no es óbice para concluir en la naturaleza mixta —moral y patrimonial— del bien jurídico protegido a través de la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual

«plagio usurpativo o suplantación de la personalidad del autor», expresión esta última utilizada ya por MISERACHS RIGALT, voz *Delitos contra la propiedad intelectual*, en: *Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ)*, editada por Seix, tomo VI, 1954, 682, y por las STS 14-2-1984 (A 1129) y 30-5-1984 (A 3492), citadas ambas por la CFGE 2/1989. Sobre las apreciaciones de la citada GFGCE resumidas en esta nota, vid. *ADP 1989*, 680 s., 691 s. (y, en general, las pp. ss. a las citadas).

(65) *PE II*, 1987, 223.

(66) *PE II*, 1987, 224.

(67) *PE*, 2.ª, 1988, 896.

(68) Vid., *PE*, 2.ª, 1988, 897, 898, 900, 901, 902, 903.

(69) *PE*, 2.ª, 1988, 902 (el subrayado es mío).

(70) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte especial*, 12.ª ed. revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, 1989, 536.

tual» (71). JIMÉNEZ VILLAREJO señala la doble vertiente, sin mayores explicaciones (72). Y, por fin, VEGA VEGA insiste continuamente en la doble vertiente de los derechos de autor y conexos, al parecer, sin otorgar prevalencia a uno u otro de los aspectos en relación con la protección penal (73).

d) La tesis de que, en los arts. 534 bis a) ss. CP, se protege tanto la faceta moral como la patrimonial de la propiedad intelectual, pero se prima la patrimonial, es defendida por CARMONA SALGADO, MUÑOZ CONDE, DELGADO PORRAS [si bien con peculiaridades (74)], SOTO NIETO (aunque no de un modo tan claro) y ARROYO/GARCÍA RIVAS (75). También en las conclusiones de las Jornadas de estudio sobre nuevas formas de delincuencia (76), según las recoge GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA (77), se consideró que «la protección penal se centra prioritariamente en el contenido patrimonial del derecho de autor en mengua de la protección del aspecto moral de éste, que únicamente cabría a través de la figura del plagio» (78), si bien parece que

(71) A propósito de la naturaleza del derecho de propiedad intelectual del autor, en: *PJ especial IX* (1989), 407.

(72) *PJ especial IX* (1989), 360. En realidad, este autor sólo se manifiesta muy marginalmente sobre la cuestión, y lo hace en relación con el concreto tema que analiza en su trabajo: la responsabilidad civil derivada de las infracciones de la propiedad intelectual.

(73) *Derecho de autor*, 1990, 181 s., refiriéndose al bien jurídico protegido en los tipos penales y remitiéndose al resto de su obra, en que continuamente se alude a la doble faceta personal y patrimonial del derecho de autor. Sin embargo, el proceden que, en algunas partes de su trabajo, utiliza este autor no me parece del todo correcto, pues, como señalo en otras partes del presente estudio, de la doble faceta que en el ámbito extrapenal presentan los derechos de autor y conexos no puede deducirse sin más que el CP proteja o proteja de modo igual o diferente ambas facetas: ello ha de deducirse de la observación de los propios tipos penales, en relación, eso sí, con las disposiciones de la LPI. Ya con más apoyo en las disposiciones penales, cfr. op. cit., 203 s., 207, 216, 219. En la p. 206 se ve la importancia otorgada a las dos facetas: «... se está tutelando una especialísima forma de propiedad, en la que, si en cierta medida, cuenta su carácter patrimonial también cuenta —y no en menor medida— su sentido espiritual» (el subrayado es mío). En la p. 257, afirma que las conductas delictivas contra los derechos de autor, «en cierta medida y con las reservas que les son propias, vienen a ser una simbiosis» de infracciones contra la propiedad e infracciones contra el honor.

(74) Vid. lo dicho acerca de este autor en nota a pie de página al ocuparme de la postura patrimonialista extrema.

(75) Aunque he preferido no citarlo en el texto y aunque no se pronuncia al respecto, del contenido de su trabajo en *PJ especial IX* (1989), 421-424, creo que se puede deducir que MORILLAS defiende también esta postura.

(76) Celebradas en el Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 28 a 30 de noviembre de 1988. Las ponencias y comunicaciones presentadas a estas jornadas se recogen en el número monográfico especial IX (1989) de la revista Poder Judicial.

(77) Resumen y consideraciones finales, en: *PJ especial IX* (1989), 441-447; en concreto lo referente a los delitos contra la propiedad intelectual, p. 446.

(78) En esta última afirmación parece olvidarse que quienes defienden (algunos de los cuales intervinieron en esas Jornadas con ponencias o comunicaciones) la primacía del aspecto patrimonial consideran que en varias de las agravaciones se protegen (en mayor o menor medida) aspectos morales. Sin embargo, no puedo juzgar si esta opinión (la de que no sólo en el plagio se protegen esos aspectos) fue mayoritaria,

el que ello sea así fue objeto de «observaciones críticas». Los autores citados reconocen que el contenido moral se encuentra protegido (aunque no con carácter exclusivo necesariamente), en la modalidad del plagio del tipo básico y en las letras b, c y d del n.º 1 del art. 534 bis b) CP (79), pero que, pese a todo, lo fundamental es la protección del aspecto patrimonial (80). CARMONA resume del siguiente modo los motivos en que basa esta afirmación (81): 1) La *ubicación sistemática* de los tipos de que nos ocupamos entre las defraudaciones patrimoniales, junto a las estafas (ahora e históricamente en todos los CP españoles) (82). 2) La coincidencia de la mayoría de las acciones del tipo básico del art. 534 bis a) CP (reproducir, distribuir o comunicar públicamente) con los llamados por la LPI (arts. 17 ss.) *derechos de explotación*, derechos que corresponden a sus titulares o a los *cesionarios*, es decir, que son derechos que se pueden ceder, cosa impensable en los de carácter personal (83). También presentan

pues desconozco el contenido de las intervenciones orales (u otras escritas) no publicadas posteriormente.

(79) Cfr., con mayores o menores matices, CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 197; Sujetos penalmente protegidos en la reforma de 1987 sobre propiedad intelectual, en: *PJ especial IX* (1989), 338; M. CONDE, *PE*, 7.ª, 1988, 286, 287 s., 288 s.; SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 370, 380 s., 382, entre otras pp.; ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1989, 1991.

(80) CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 196; *PJ especial IX* (1989), 338 s., 350 (en esta última p., CARMONA indica que, si se siguiera de *lege ferenda* una de las proposiciones regulativas que apunta, «ello supondría un cierto cambio de mentalidad en el legislador, que tendría que ceder algo en cuanto a su configuración predominantemente patrimonial del delito, a favor de una más enérgica tutela del aspecto moral de los derechos de autor»); M. CONDE, *PE*, 7.ª, 1988, 286 s., 287 s., 290; SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), no de modo muy claro en algunas ocasiones; p. ej., en p. 382, escribe lo siguiente, que podría ser interpretado en el sentido de la preeminencia de los aspectos patrimoniales, pero también como indicador de la igual protección de los derechos patrimoniales y morales: «A lo largo de la regulación legal la atención a los aspectos morales tiende a igualarse con la prestada a los valores patrimoniales. Pese a esa cualificación de las facultades morales del titular intelectual, la protección penal de las mismas anda entreverada, la mayoría de las veces, entre los tipos predominantemente atentados a las incidencias patrimonialistas de las conductas vulneradoras. A una y otra manifestación de los derechos de la propiedad intelectual atiende la nueva regulación penal»; más claramente pone de manifiesto la preponderancia de los aspectos patrimoniales en las pp. 370 s., 389, 397. Sin embargo, en la p. 390, citando a ROLDAN, señala que «la producción ilegal que contempla el artículo 534 bis, a), no puede entenderse sólo —ni siquiera prioritariamente— en términos patrimonialistas, consumándose el delito con la mera actividad reproductora, no requiriéndose producción de perjuicio patrimonial alguno»; ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1990 s.

(81) Vid., ordenados como los expongo en el texto (aunque no los he recogido literalmente), *PJ especial IX* (1989), 339; también *Propiedad intelectual*, 1988, 195-197.

(82) Alude a este argumento, pero quitándole importancia, M. CONDE, *PE*, 7.ª, 1988, 286 s. ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1991, no utilizan la ubicación sistemática como argumento, sino que, una vez apoyada en otros argumentos su creencia de que el CP protege prioritariamente los aspectos patrimoniales, y precisamente por ello, justifican la ubicación sistemática de estos delitos en el CP vigente.

(83) En sentido similar, M. CONDE, *PE*, 7.ª, 1988, 287; ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989 s., poniendo de relieve que el art. 534 bis a), por ser el tipo básico, tiene un rango superior a los demás; completan (p. 1990) el argu-

un contenido patrimonial las figuras de exportación, importación y almacenamiento recogidas en el último párrafo del tipo básico (84). 3) Tres de las circunstancias *agravantes* (dos de ellas especialmente *agravantes*) del art. 534 bis b) son *de carácter patrimonial*: el ánimo de lucro (art. 534 bis b 1 a), la especial trascendencia económica de las copias ilícitas y la especial gravedad del daño causado (art. 534 bis b 2 a y b, respectivamente) (85). 4) Las *agravaciones de carácter personal* antes citadas *requieren* para su apreciación, por expresa prescripción legal, que se dé alguna de las *conductas del tipo básico*, con lo que, dado que la mayoría de estas últimas tienen carácter patrimonial, en las agravaciones citadas *también* hay una protección del aspecto patrimonial (86). 5) El CP protege algunos de los *derechos conexos o afines* al del autor, derechos que la LPI contempla en su Libro II y que, en su práctica totalidad, son de carácter económico.

A los argumentos anteriores añade M. CONDE que se protege más el aspecto patrimonial que el personal, por las propias dificultades que entraña la protección penal de este último aspecto (87), pues, por un lado, el derecho a la producción y creación intelectual reconocido en el artículo 20,1,b) CE sólo puede ser lesionado mediante coacciones o amenazas (88) y, por otro, el derecho moral relativo a la relación entre el autor y su obra, a su paternidad y a la defensa de su integridad, que no es reconocido en el citado artículo de la CE, pero que sí es protegido por el art. 534 bis a) CP, sobre todo al sancionar el plagio, plantea problemas en su protección, que tiene necesariamente carácter limitado, «por la propia configuración del trabajo intelectual como un trabajo asalariado a veces, o, en lo que se refiere a su explotación económica, por los plazos de caducidad marcados, por ej., en el art. 26 de la Ley 22/1987» (89). Añade M. CONDE que, incluso en el caso del plagio, «existe simultáneamente un derecho patrimonial que normalmente es el que motiva la intervención del Derecho penal. Recuérdesse, por ej., que sólo suelen presentarse

mento de que los derechos de explotación se pueden ceder, aludiendo a la igualación del consentimiento del titular y de los cesionarios, como elemento negativo del tipo básico.

(84) Se refieren también a este párrafo ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1990.

(85) Vid. también M. CONDE, *PE*, 7.ª, 1988, 290; refiriéndose sobre todo a la agravación por la especial trascendencia económica de las copias ilícitas (art. 534 bis b 2 a CP), ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1991, 2003.

(86) En igual sentido, SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 397; ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1991.

(87) *PE*, 7.ª, 1988, 286 s.; le siguen ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1991.

(88) *PE*, 7.ª, 1988, 287, siguiendo en esta apreciación a BAJO, *PE II*, 1987, 223, y éste, a su vez, a STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, Derecho a la producción y creación intelectual, derecho de autor y derecho de propiedad sobre la obra concreta. Reflexiones para una construcción jurídica de dichos derechos, en: *La Ley 1986-2*, 1178, 1178 n. 4.

(89) *PE*, 7.ª, 1988, 287.

querellas por plagio en caso de obras que han ganado un concurso o tienen un gran éxito comercial» (90).

e) Por fin, ve en los tipos del Derecho penal vigente una mayor tendencia a la protección de los aspectos morales que de los patrimoniales ROLDÁN BARBERO; BUENO ARÚS también considera más protegidos los aspectos personales; aunque en realidad se mantiene en una postura intermedia, opinando que se protegen tanto los aspectos personales como patrimoniales, da la impresión de que acentúa algo la voluntad personalista de la reforma ROMEO CASABONA (91); y QUINTERO, cuya concepción es probablemente compartida por GÓMEZ BENÍTEZ, parece estar en la línea mixta personalista, acercándose incluso a la personalista más extrema.

ROLDÁN señala que el mantenimiento inalterado de la ubicación sistemática de los delitos contra los derechos de autor, así como su mantenimiento junto a los delitos contra la propiedad industrial indicarían una (equivocada y) «renovada voluntad patrimonialista» (92); sin embargo, en lo que es más importante, es decir, en la construcción de los nuevos tipos, la reforma habría seguido «una opción claramente personalista» (93). Ello se basa en que en el art. 534 bis a) se recoge el plagio y en el art. 534 bis b) 1 a, b y c (aunque no debería hacerse como agravaciones) la infracción del derecho de divulgación, la usurpación de la condición de autor y la modificación sustancial de la integridad de la obra sin permiso del autor, modalidades delictivas en las que «además del atentado personal que ondea en toda infracción a las creaciones intelectuales, se lesionan específicos derechos que integran el llamado derecho moral de autor, regulado en el artículo 14 LPI» (94). Además, según ROLDÁN, «tampoco la reproducción ilegal que contempla el art. 534 bis a) puede entenderse sólo —ni siquiera prioritariamente— en términos patrimonialistas. En primer lugar, porque es del autor del que depende, en definitiva, la irrupción en el mundo comercial; la explotación no es sino una secuencia, plausible, de la libertad de crear y del dominio moral sobre lo creado. En segundo lugar, porque, aun debilitada por intereses mercantiles dominantes, el creador conserva una elemental autonomía en la contratación. Y, en tercer lugar —y es ésta la razón fundamental—, porque el delito del art. 534 bis a) se consume con la mera actividad reproductora, no requiriéndose la producción de perjuicio patrimonial alguno; el ánimo de lucro aparece en el artículo siguiente, como una mera circunstancia agravante, y no como

(90) PE, 7.º, 1988, 288; le siguen SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 382, y ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1990.

(91) Según ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1991 n. 13, ROMEO defiende una «posición marcadamente "personalista"».

(92) *La Ley 1988-2*, 919.

(93) *La Ley 1988-2*, 921.

(94) *La Ley 1988-2*, 921.

un elemento estructural de la prohibición» (95). Por fin, ROLDÁN critica la regulación penal, porque la misma, según él, en lo que atañe a las personas que pueden ser ofendidas por el delito, «pliega velas hacia el patrimonialismo», al incluir a los cesionarios entre las mismas (96).

BUENO ARÚS se limita a manifestar, citando a ROLDÁN, que «hay que tener en cuenta, como señala la doctrina, que la nueva regulación protege más los derechos morales de autor que los derechos económicos. Es, pues, personalista y no patrimonialista, con una visión más amplia y humanista de los bienes jurídicos protegidos» (97).

ROMEÓ considera que son dos los bienes jurídicos protegidos, ambos derivados del derecho de autor: por un lado, «el derecho a la propia imagen, como síntesis del derecho moral de autor, en cuanto respeto a su paternidad sobre la propia obra, su integridad y destino», y, de otro, «derivados de los derechos de explotación sobre la obra, el beneficio patrimonial que puede obtener de la misma» (98). Como la mayoría de la doctrina, considerará que el aspecto moral es protegido mediante la tipificación del plagio en el tipo básico del art. 534 bis a) (99) y mediante las agravaciones de las letras b, c y d del n.º 1 del art. 534 bis b) CP (100), mientras que el aspecto patrimonial inherente a los derechos de explotación está protegido en el resto de las figuras del tipo básico (101) y las agravaciones de los arts. 534 bis b) 1 a y 534 bis b) 2 (a y b) (102). Hasta aquí, nada dice ROMEÓ acerca de cuál de los aspectos (o bienes jurídicos, si fueran dos como él afirma) es el más protegido, por lo que quizá habría que haber ubicado a este autor junto a aquellos que se limitaban a señalar el doble aspecto de la protección, sin establecer una clara jerarquía. Pero, de algunas frases de ROMEÓ, creo poder deducir que ve una especial preocupación personalista en la ley. Al defender una nueva ubicación sistemática de estos delitos, con su actual configuración y dentro de la actual sistemática del CP, «inmediatamente antes de los delitos contra el patrimonio y después de otros bienes jurídicos más personalísimos, como son la libertad y la seguridad» (103) (con lo que en realidad no está tampoco dando prioridad a ninguno de los dos aspectos, pues no dice que haya que incluir

(95) *La Ley 1988-2*, 922.

(96) *La Ley 1988-2*, 923.

(97) *RGLJ 96* (1988), 819 (y la cita a ROLDÁN en n. 11 de esa misma p.).

(98) *Poder informático*, 1988, 154; La protección penal del software en el Derecho español, en *Cuadernos de Política Criminal —CPC— 35* (1988), 325 (este último trabajo, coincidente casi por completo con una parte del primeramente citado, está publicado también en: *AP 1988-2*, 1829-1845).

(99) *Poder informático*, 1988, 156; *CPC 35* (1988), 326.

(100) *Poder informático*, 1988, 160; *CPC 35* (1988), 330.

(101) *Poder informático*, 1988, 158; *CPC 35* (1988), 328.

(102) *Poder informático*, 1988, 161 s.; *CPC 35* (1988), 332.

(103) *Poder informático*, 1988, 155.

estos delitos en ninguna de las dos clases de infracciones penales señaladas, sino *entre* ambas), apoya tal consideración en «la especial protección que se ha querido otorgar a los aspectos morales del derecho de autor a partir de esta reforma del Código penal de 1987» (104). Quizá también en su idea de que habría sido preferible separar los tipos (y crear también agravaciones separadas) referentes a los derechos morales de los relativos a los derechos de explotación (105) (o sea, dotar de independencia a los atentados a los derechos morales y no considerarlos, en la mayoría de los casos, meras agravaciones, como parece que hoy sucede) pueda verse una posición personalista (106), pero ello sería más de *lege ferenda* que según los preceptos vigentes. También se puede deducir que ROMEO observa una especial protección personalista en el CP de su afirmación de que «en el artículo 534 bis b se recogen varios tipos agravados, que *responden sobre todo a una más estricta protección de los derechos morales*, aunque también se refuerce *en ciertos casos* (cuando medie el ánimo de lucro) la protección penal de los derechos de explotación» (107).

Por fin, QUINTERO considera que «la simple lectura del artículo 534 bis, a), pone de manifiesto que la conducta descrita puede realizarse sin que sea precisa contingencia alguna de perjuicio económico u obtención de lucro» (108); pero «la modificación del régimen penal de la tutela de la propiedad intelectual no se reduce al nuevo artículo 534 bis, a), sino que, además, incluye tipos cualificados, alguno de los cuales *puede quizá alcanzar y castigar la dimensión estrictamente económica* del ataque a la propiedad intelectual» (109); tal dimensión estaría contenida, según QUINTERO, en las agravaciones del art. 534 bis b) 1 a) y 534 bis b) 2 (a y b) (110); en definitiva y prescindiendo de las consecuencias que, según QUINTERO, esta situación y la concreta configuración de las agravaciones citadas suponen para determinadas cuestiones relacionadas con el concurso de delitos (111), lo que más nos importa ahora es que, según QUINTERO, el aspecto patrimonial no estaría contemplado en el tipo básico ni en el resto de las agravaciones, lo que indicaría una preponderancia clara de la protección del aspecto moral o personal, como lo confirma la conclusión de QUINTERO: «La nueva protección de la propiedad intelectual no excluye la posibilidad de concurso con otros delitos de puro contenido patrimonial, ya que *las contingencias meramente económicas no*

(104) *Poder informático*, 1988, 154.

(105) *Poder informático*, 1988, 155.

(106) Así parecen creerlo ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1991, n. 13.

(107) *Poder informático*, 1988, 159; (los subrayados son míos).

(108) *Derechos de autor*, 1988, 31.

(109) *Derechos de autor*, 1988, 32 (el subrayado es mio).

(110) *Derechos de autor*, 1988, 32.

(111) Cfr. *Derechos de autor*, 1988, 32-35.

están ni siempre ni necesariamente contempladas en estos nuevos tipos» (112).

4. Conocidas las posturas, hemos de preguntarnos quién tiene razón. La cuestión no puede resolverse más que acudiendo a la propia legislación penal, puesta en relación con los preceptos de la LPI. No basta desde luego con señalar la doble naturaleza personal y patrimonial que con carácter general tienen los derechos de autor y conexos (113), ni siquiera con afirmar el carácter de derecho fundamen-

(112) *Derechos de autor*, 1988, 35 (el subrayado es mío). Clarísima es la postura personalista (en esta afirmación, cercana a la más extrema) de QUINTERO respecto del tipo básico en op. cit., 121, donde afirma que «el artículo 534 bis, a), *únicamente* contempla como objeto de ataque *la dimensión espiritual* de la propiedad intelectual». También GÓMEZ BENÍTEZ, coautor con QUINTERO del libro que vengo citando, aunque no aborda directamente la cuestión, está probablemente de acuerdo con la concepción mixta personalista de QUINTERO, como se deduce de consideraciones como la siguiente (op. cit. 128): «... es sabido que ni las tipicidades básicas del artículo 534 bis, a), ni tampoco las calificadas del artículo 534 bis, b), 1, salvo la primera, son de naturaleza patrimonial» (insiste en esa idea en la p. s.).

(113) Quizá ello bastara bajo la vigencia de la anterior regulación de la materia en el CP, en la que, al hablarse simplemente de infracción intencionada de los derechos de autor, se estaba haciendo una remisión *in totum* (probablemente limitable a través de determinados principios propios del Derecho penal, eso sí) a la normativa extrapenal y, por tanto, al contenido de los derechos de autor en esa normativa. Esta es la principal razón por la que no me he preocupado hasta ahora de exponer las opiniones de la *doctrina anterior a la reforma de 1987*; al respecto, diré resumidamente que consideraban protegidos penalmente los dos aspectos, penal y patrimonial, acentuando a veces uno de ellos, MASCAREÑAS, Notas para un estudio sobre la defraudación de la propiedad intelectual, en: *Revista Jurídica de Cataluña (RJC) 1953-4*, 324; MOUCHET/RADAELLI, Protección penal de los derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas, en: *RGLJ 196* (1954), 202, 203 s. y *passim* (el trabajo se publicó también como separata de la *RGLJ*, con paginación independiente), adhiriéndose (203) a la opinión de un autor francés de que «la defensa del derecho pecuniario pasa a ser ... una consecuencia de aquél (scil. del derecho moral)» y la de otro autor italiano (204) de que la intervención del Derecho penal se justifica precisamente por la existencia del elemento personal; MISERACHS RIGALT, *NEJ IV*, 1954, 681; MISERACHS RIGALT/MISERACHS SALA, Ensayo sobre la protección jurídica de los fonogramas, en: *RJC 1982-3*, 637 s. (refiriéndose en concreto a las grabaciones musicales); R. DEVESA, *PE*, 10.ª ed., 1987, 535, como se deduce de su alabanza a la supresión, en la reforma de 1963, de la forma de fijar la pena de multa (del tanto al tripo del perjuicio causado). Una postura exclusivamente patrimonialista mantenían M. CONDE, *PE*, 6.ª ed., 1985, 267; BUSTOS, *Manual de Derecho penal, Parte especial*, 1986, 252; QUERALT, *PE I*, 1986, 333, 335 (al margen de que admitiera que la infracción de aspectos personales podía dar lugar a otros tipos). Una postura patrimonialista parecía mantener QUINTANO, *Comentarios al Código penal*, tomo II, 1946, 460, reconociendo que, en general, los derechos de la propiedad intelectual poseen las dos facetas que conocemos, pero que, dado que el CP en esa época (art. 533 en relación con el 531) fijaba la cuantía de la multa en el tanto al tripo del perjuicio, el Derecho penal estaba prestando atención al elemento patrimonial (aunque QUINTANO no lo expone de un modo tan expreso, creo que ése es el sentido de su razonamiento, apoyado en las normas penales vigentes, lo que es aplaudir); sin embargo, ya en su *Compendio de Derecho penal*, vol. II, *Parte especial*, 1958, 445, pese a referirse a las mismas normas penales y seguir un razonamiento análogo al acabado de exponer, añade: «Serán, por lo tanto; infracciones gubernativas y no defraudaciones delictivas, las que no entrañen perjuicio alguno material o moral para el autor» (el subrayado es mío), de donde cabe deducir que, para QUINTANO, también los aspectos morales recibían protección penal, siempre y cuando el perjuicio derivado de la infracción de esas facultades morales fuera evalua-

tal amparado constitucionalmente (que ya veremos si tienen) de las facultades morales del derecho de autor [aunque a veces se cae en ese error, como por ejemplo hace CHIRINOS RIVERA (114)], pues el Derecho penal (correcta o incorrectamente, ésa es otra cuestión) podría haber seleccionado sólo una de las dos facetas, personal o patrimonial, para protegerla, o proteger una más que la otra.

a) En mi opinión, no tienen desde luego razón las posturas extremas, que pretenden ver en la regulación del CP una protección exclusiva (o casi exclusiva) de la vertiente patrimonial o personal de los derechos de autor. Si bien hay que convenir con la doctrina prácticamente unánime que la actual regulación de los delitos contra los derechos de autor ha abandonado la anterior técnica de la ley penal en blanco (115), no puede olvidarse (aunque no me puedo detener

ble en dinero, dada la forma de fijación de la cuantía de la multa en el CP; ya después de la reforma de 1963, en que se suprime ese modo de fijación de la cuantía de la multa, QUINTANO sigue la línea de aceptar que se protegen las dos facetas del derecho de autor: *Curso de Derecho Penal II*, 1963, 256; *Comentarios*, 2.ª ed. (tomo único), 1966, 1011 (en p. 1012 parece considerar insuficiente el cambio introducido por la reforma de 1963); de todas formas, es en *Tratado III*, 2.ª, 1978, 582, donde QUINTANO deja más clara su postura: «...en estas infracciones se trata primordial, aunque no únicamente, de intereses patrimoniales»; por tanto, se trata de una postura mixta patrimonialista (vid. también op. ult. cit., 582 s., aclarando que la citada configuración es una «realidad legal», guste más o menos, 585, 607, 608 s., 609 s., 614). La *jurisprudencia* de la Sala 2.ª del TS que he manejado, que, como sabemos, no ha aplicado nunca la regulación posterior a 1987, considera que, en el tipo penal anterior a la reforma, se protegían los dos aspectos, moral y patrimonial, de los derechos de autor, relacionando por lo general el primero con la punición del plagio y el segundo con la punición de las conductas infractoras de los derechos de explotación, hablando a veces de «explotación usurpatoria», siguiendo probablemente la terminología utilizada por QUINTANO, *Tratado III*, 2.ª, 1978, 614 (la 1.ª ed. data de 1965) y luego seguida por otros autores; en general, no se aprecia en la jurisprudencia un pronunciamiento sobre la fuerza con que se protege uno y otro aspecto (aunque de la lectura detenida de alguna STS podría deducirse la ligera preponderancia de uno de ellos, normalmente el personal); vid. STS 23-5-1975 (A 2325), que se refiere a la doble vertiente y, aunque no niega radicalmente (en mi opinión, porque en el caso se dio un perjuicio económico y, por tanto, no merecía la pena entrar a discutir este punto) la alegación del recurrente de que es exigible «la causación de un perjuicio material, aunque sea mínimo», lo que podría hacer pensar en una posición patrimonialista, después destaca «los aspectos personales y espirituales de la creación artística como uno de los derechos del hombre», por lo que prefiere la denominación «derecho de autor» frente a la «vetusta designación de propiedad intelectual», de todo lo cual cabría deducir una postura mixta más bien personalista; 27-4-1979 (A 1967), que considera «capital» el plagio (ataque a facetas morales) frente a la «explotación usurpatoria»; 14-2-1984 (A 1129), que, en algún momento, parece dar mayor importancia a la faceta patrimonial, aunque, en mi opinión, ello se debe más a una incorrecta expresión de la STS que a una convicción real, dado el resto del razonamiento; 30-5-1984 (A 3492); 13-6-1987 (A 4799); 13-10-1988 (A 7912); 30-5-1989 (A 4990); 19-1-1990 (A 446).

(114) *PJ especial IX* (1989), 407.

(115) Así LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, 1987, 195; BOIX, *PE*, 2.ª, 1988, 897; CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 195, 332; DELGADO PORRAS, *Propiedad Intelectual*, 1988, 113; M. CONDE, *PE*, 7.ª, 1988, 286; QUINTERO, *Derechos de autor*, 1988, 28 s.; BUSTOS, *Adenda PE*, 1989, 25, lo que considera «un avance desde el punto de vista del principio de legalidad», pero le parece una medida que «no es totalmente indiscutible»; GIMBERNAT, *PJ especial IX* (1989), 353, 355; J.

ahora en este aspecto, que habría que matizar) que la mayoría de sus elementos han de considerarse fundamentalmente como normativos y no como descriptivos, dada la identidad que presentan con las descripciones de la LPI. Además del plagio (art. 534 bis a CP), en cuya evitación es difícil no reconocer intereses personales más allá de los puramente económicos, encontramos en el art. 534 bis b) CP conductas como «infringir el derecho de divulgación del autor» (letra b), «usurpar la condición de autor» (c) o «modificar sustancialmente la integridad de la obra» (d), que, incluso considerados como elementos puramente descriptivos, sobrepasan el mero atentado (lesivo o peligroso) para el patrimonio, pero, desde luego, no cabe lugar a dudas que lo hacen, si se los interpreta (como parece correcto) como elementos normativos en relación con determinados preceptos de la LPI: así, las tres conductas señaladas parecen correlativas a los derechos o facultades reconocidos como «irrenunciables e inalienables» del autor en el art. 14, 1.º [«decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma» (116)], 3.º («exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra»), lo que también estaría relacionado con el plagio), y 4.º LPI («exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputa-

VILLAREJO, *PJ especial IX* (1989), 360; SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 380; MORILLAS, *PJ especial IX* (1989), 422; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 206; implícitamente también BAJO, *PE II*, 1987, 422; BUENO ARUS, *RGLJ 96* (1988), 819, al señalar que la nueva regulación «rompe acertadamente con el clásico sistema de la remisión normativa», que antes (817) ha calificado como sistema de «normas penales en blanco» (considera sin embargo criticable, en la primera de las pp. citadas, el que se empleen «conceptos jurídicos indeterminados»). También se refiere al abandono de la técnica de la ley penal en blanco, aunque con una terminología no del todo precisa, la CFGE 2/1989, cuando señala: «Desaparecidos los tipos normativos las conductas delictivas hallan expresión directa en el Código Penal» (el subrayado es mío), añadiendo que anteriormente se trataba de «normas penales en blanco», mientras que, tras la reforma de 1987, «prepondera, en efecto, el componente descriptivo aunque concretado conforme a criterios o referencias normativas» (*ADP 1989*, 677 s.). Sólo ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1987, afirman que «la norma penal sigue siendo una norma penal en blanco», pero matizan que «define el núcleo esencial de la conducta criminal y, con ello, se satisfacen las exigencias del principio de legalidad»; R. DEVE-SA/SERRANO, *PE*, 12.ª, 1989, 535, afirman que «el art. 534 bis a) es una ley penal en blanco», sin matizar más. PUIG PEÑA, *Derecho penal, Parte especial*, 7.ª ed. actualizada con la colaboración de ORTIZ RÍCOL, 1988, 635, no se pronuncia sobre la cuestión, pero parece que considera en exceso cerrada la descripción de conductas típicas. POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 429, considera que estamos ante «una norma penal mixta», pero no estoy seguro de si ello guarda alguna relación con el carácter de norma en blanco o no de la regulación que estudiamos; POLAINO (loc. cit.) considera en cualquier caso que el tipo básico del art. 534 bis a) CP «constituye un cabal ejemplo de exacerbada descripción alternativa» (por ello, creo que, al hablar de norma penal mixta, se refiere más bien a que nos hallamos ante un tipo mixto alternativo).

(116) Téngase en cuenta que, por divulgación, habrá que entender, no cualquier clase de reproducción, distribución o comunicación pública, sino, de conformidad con el art. 4 LPI, «toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma».

ción)), facultades todas ellas recogidas en lo que la propia LPI llama «derecho moral» (rúbrica de la Sección 1.ª del Capítulo III del Título 1.º del Libro 1.º LPI), frente a los que (en la rúbrica de la Sección 2.ª de ese mismo Capítulo) llama «derechos de explotación»; por todo ello, parece innegable que, frente a la postura de GIMBERNAT y POLAINO, hay que afirmar que el CP sí protege (todavía no entro a determinar en qué medida) aspectos morales o personales del derecho de autor. Pero también parece obvio que las referencias al ánimo de lucro (art. 534 bis b 1 a CP, y presupuesto de todo el n.º 2 de ese artículo), a la especial trascendencia económica de las copias ilícitas (art. 534 bis b 2 a CP), a conductas como reproducir, distribuir o comunicar públicamente (534 bis a CP), entendidas éstas incluso en un sentido puramente descriptivo, pero mucho más puestas en relación con los arts. 17 ss. LPI, que las recogen entre los antes citados «derechos de explotación», en contraposición al «derecho moral», y a las conductas de importación, exportación y almacenamiento (párrafo final del art. 534 bis a CP) son claramente indicativas de la protección del contenido patrimonial de los derechos de autor y conexos, lo que llevaría a rechazar la posición de BUSTOS, sin necesidad de mayor argumentación, además de que, para dotar de un cierto o mínimo sentido a la ubicación sistemática (que, pese a todo, puede que resulte criticable) de estos delitos, en el CP, entre las defraudaciones, dentro de los delitos contra el patrimonio, habría que admitir que dichos delitos tienen, al menos, un cierto contenido patrimonial.

b) Sin embargo, me voy a enfrentar más en concreto con alguno de los argumentos de las dos posiciones extremas que acabo de rechazar, pronunciándome a la vez sobre alguno de los argumentos aducidos por las otras posturas, para continuar analizando el resto de los argumentos que éstas ofrecen.

b.1) Para empezar, la primera afirmación (luego matizada) de GIMBERNAT, de que en estos delitos es necesario que se produzca un perjuicio patrimonial, es, en mi opinión [coincidente con la de prácticamente toda la doctrina que se pronuncia al respecto (117)] in-

(117) BAJO, *PE II*, 1987, 220, 226, 228; BOIX, *PE II*, 2.ª, 1988, 900 (respecto de los tipos básicos); CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 243, 334, 349 (advirtiendo que el perjuicio sí es necesario en la agravación del art. 534 bis b 2 CP); *PJ especial IX (1989)*, 345, donde, sin embargo, plantea la conveniencia de contemplar el perjuicio patrimonial en el tipo básico; ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 922; ROMEO, *Poder informático*, 1988, 159; *CPC 35 (1988)*, 329 (considerando que no es necesario un perjuicio patrimonial ni moral, aunque la existencia de perjuicio podrá dar lugar al tipo agravado del art. 534 bis b 2 CP); QUINTERO, *Derechos de autor*, 1988, 31, 119 s., 121 (indicando que la existencia de un daño material tendrá relevancia sólo para la determinación de la responsabilidad civil y para la agravación del art. 534 bis b 2 CP; vid. también las consideraciones de G. BENÍTEZ, coautor de la citada obra, en las pp. 128 s.); ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1988 s. (salvo para la agravación del art. 534 bis b 2 a CP); BUSTOS, *Adenda PE*, 1989, 24 s., 27; RODRÍGUEZ DEVEZA/SERRANO, *PE*, 12.ª, 1989, 537 (no es necesario perjuicio patrimonial ni moral, salvo —op. cit., 540— en el caso de la agravación del art. 534 bis b 2 CP, en que consi-

correcta. Tal requisito no se exige expresamente en ninguno de los tipos del CP que estamos analizando y ni siquiera puede deducirse automáticamente de algunos de ellos. Ciertamente, en las modalidades

deran que debe haber un daño real económico, no moral); SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 370, 388 (respecto del tipo básico), 398, 402; POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 431 s., quien considera la no exigencia de perjuicio en el tipo básico una «grave deficiencia axiológica»; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 206, 440 (especialmente referido al tipo básico). También declara que «no es necesaria la constatación de un perjuicio patrimonial» la CFGE 2/1989 (*ADP 1989*, 678 s.). La opinión de la *doctrina* y la *jurisprudencia referidas a la regulación anterior a la reforma de 1987* no tiene excesiva importancia, por referirse a unas normas esencialmente diferentes a las actuales. En cualquier caso, diré que la *doctrina* opinaba (a veces no sobre la base de un Derecho positivo concreto) mayoritariamente que no era necesario el perjuicio patrimonial: así MASCAREÑAS, *RJC 1953-4*, 329 (aunque con unas no muy claras apreciaciones sobre la inexorabilidad de la producción de un perjuicio moral o económico); MOUCHET/RADAELLI, *RGLJ 196* (1954), 224, 236 (aunque hablan de demostración del «daño potencial» patrimonial o moral); MISERACHS RIGALT, *NEJ VI*, 1954, 679 (menciona la cuestión de pasada y no parece exigir siempre perjuicio económico, pues señala que éste estará «muchas veces» —luego no siempre— entre «los elementos indispensables»); M. CONDE, *PE*, 6.º, 1985, 268 («Tras la reforma del 63 no es preciso que se produzca el perjuicio patrimonial»); BUSTOS, *PE*, 1986, 253; R. DEVESA, *PE*, 10.º, 1987, 535 (niega la necesidad de perjuicio material o moral tras la reforma de 1963); MANZANARES SAMANIEGO, en: MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia)*, 1987, 1282; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, 2.ª ed., 1987, 357; CONDE PUMPIDO FERREIRO, *Contestaciones de Derecho Penal al programa de judicatura*, sin fecha (1987 ó 1988), tema 37, p. 17 (parece claro que se refiere a la regulación anterior a la reforma de 1987); ya conocemos la opinión de BAJO, que opera a caballo entre el Derecho vigente hasta 1987 y lo que entonces era un proyecto de ley de reforma y hoy es Derecho positivo. Exigia, antes de 1987, perjuicio patrimonial QUERALT, *PE I*, 1986, 335. Parecía requerir el perjuicio QUINTANO, *Comentarios II*, 146, 460, como parece deducirse de su alusión al modo de fijación de la cuantía de la multa en el artículo 533 en relación con el 531 CP de la época (del tanto al triple del perjuicio), al que ya me referido anteriormente; sin embargo, ya en *Compendio II*, 1958, 445 s., parece más claro que el perjuicio que sigue exigiendo puede ser patrimonial o moral (lo que probablemente indica que lo importante no era la naturaleza del perjuicio, sino que éste fuera evaluable en dinero, para poder fijar la cuantía de la multa); en sentido similar, ya tras la reforma de 1963, *Curso II*, 1963, 256. Más claramente se pronuncia QUINTANO ya por la posibilidad de que no exista perjuicio patrimonial en *Tratado III*, 2.ª 1978, 609: «Es más que dudoso, por tanto, que con arreglo a la fórmula actual (scil. la que surge en 1963), de penas perfectamente sustantivas, siga siendo requerible, como sostuvo la anterior doctrina y la jurisprudencia, la concreción del daño patrimonial»; en cuanto a su apreciación sobre «la anterior doctrina», QUINTANO, op. cit., 609 n. 1, cita a CUELLO CALÓN y remite a un trabajo de CAMARGO que no he podido manejar (cita también a MASCAREÑAS como contrario a tal doctrina); pues bien, en la edición (14.ª, revisada y puesta al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, 1975) del *Derecho penal*, tomo II, *Parte especial*, vol. 2.º, de CUELLO CALÓN que he manejado, este autor no se pronuncia sobre la exigencia de perjuicio, pero el abandono (deducible de su no mención) de la posutra que le atribuye QUINTANO es probablemente explicable por la alabanza que CUELLO hace de reforma de 1963 (op. cit., 954 s. n. 4), «sobre todo, por haber abandonado el criterio consistente en imponer la pena de multa, con la que se sancionaban estas infracciones, en relación al perjuicio causado». En cuanto a la jurisprudencia que he manejado, cuando se pronuncia al respecto, niega unas veces importancia al perjuicio patrimonial y su cuantía: así STS 14-2-1984 (A 1129) y 13-10-1988 (A 7912); en otras ocasiones exige o no descarta totalmente la exigencia de un perjuicio patrimonial, aunque, en mi opinión, tal exigencia se derivará tal vez (es dudoso en cualquier caso) de las particularidades del caso enjuiciado (así STS 19-5-1964, A 2723), o la no exclusión de la exigencia de un «perjuicio material aunque

des niperagravadas (que, al fin y al cabo, sólo constituyen una parte de todas las conductas descritas), se habla de la «especial trascendencia económica» poseída por la cantidad o el valor de las copias, y de la «especial gravedad» del daño causado. De entrada, resultaría extraño que en las dos se estuviera aludiendo a la magnitud del perjuicio económico, pues probablemente estaríamos ante una reiteración, salvo que se interpretara que la primera de las circunstancias tiende más a proteger el lucro cesante y la segunda se refiere al daño emergente. Pero, además, el análisis separado de cada circunstancia demuestra que ninguna de las dos ha de identificarse forzosamente con la existencia de un perjuicio patrimonial. En cuanto a la primera, no necesariamente ha de identificarse con perjuicio económico, pues puede suceder, por ejemplo, que, con ánimo de lucro, se realice una reproducción y copia pirata a gran escala de cassettes de un célebre cantante, infringiendo así ya uno de los derechos de explotación protegidos en el tipo básico (art. 534 bis a CP, en relación con el art. 18 LPI), y que el número de copias tenga una gran trascendencia económica (dejando de lado la imprecisión de este elemento del tipo), pero, sin embargo, todavía no se haya vendido (o regalado) ninguna de ellas en el momento en que la operación es descubierta y detenida por la policía, de modo que, pese a poder hablarse de gran trascendencia económica por el número de copias, no se pueda hablar de un perjuicio patrimonial (y tampoco de un beneficio de la parte contraria), ni siquiera en su versión de lucro cesante (independientemente de que lo más normal sea que el perjuicio exista) (118). En cuanto a la especial gravedad del daño causado, si bien la necesaria presencia del ánimo de lucro va a hacer que en la mayoría de los casos estemos ante supuestos de perjuicio patrimonial, ello no tiene tampoco por qué ser necesariamente así: el art. 125 LPI, referente a las indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de las infracciones a los derechos reconocidos en dicha ley, establece en su párrafo 2.º que «en caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración, se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra», o sea que se admite (como es lógico) que en las infracciones referidas exclusivamente a derechos morales existe una lesión, o sea un daño, cuya gravedad es graduable. Por tanto, la especial gravedad del daño causado, como circunstancia hi-

sea mínimo» alegada por el recurrente se debe a que en el caso se apreciaba el perjuicio, por lo que no merecía la pena discutir este extremo, deduciéndose además del contexto de la STS que el perjuicio no es exigible y que tienen primacía los aspectos personales o morales del derecho de autor en cuanto a su protección penal (STS 25-5-1975, A 2325).

(118) En sentido similar al del texto, GÓMEZ BENÍTEZ, *Derechos de autor*, 1988, 178-180. Por su parte, BOIX, *PE*, 2.ª, 1988, 903, señala que «la referencia típica es claramente patrimonial, si bien no identificable con la existencia de perjuicios realmente ocasionados».

pergravante, podría apreciarse en un caso de lesión de un derecho moral, realizada con ánimo de lucro, en que no se ha conseguido el propósito lucrativo pretendido, pero sí se ha lesionado de un modo muy grave un derecho moral de autor, por ejemplo porque la difusión de la obra plagiada ha sido muy grande. Es verdad que la exigencia de ánimo de lucro indica más bien un contenido económico, que, en relación con la palabra «daño causado» utilizada por el CP, apunta quizá en el sentido del perjuicio patrimonial (aunque prefiero no pronunciarme categóricamente al respecto), pero lo que he pretendido demostrar es que una interpretación no exclusivamente patrimonialista entra dentro de lo teóricamente posible (119).

b.2) En cuanto a la apreciación más matizada de que el CP tiene en cuenta el potencial perjuicio económico, lo mismo parece más razonable, pero desde luego para nada apoya la idea de que los intereses patrimoniales sean los únicos tenidos en cuenta por la regulación del CP. Y ello, no porque tenga razón BUSTOS al señalar, como vimos, que a lo sumo se tendría en cuenta el peligro abstracto de perjuicio económico y con ello entonces ya no se podría defender la versión patrimonialista (justamente al contrario: si se acepta que se

(119) Boix, *PE*, 2.ª, 1988, 903, indica igualmente que «en realidad, el concepto de daño no excluye su relación directa con el contenido moral del derecho de autor», y cita el art. 125 LPI; sigue a Boix, citándole, SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 402; también VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 220, señala que «es claro que, al exigir el precepto sólo la existencia de un daño, no puede quedar reducido el mismo al aspecto económico, por lo que, al no distinguirse en el tenor literal de la norma, puede colegirse que se incurrirá en esta acción típica tanto cuando exista daño moral como patrimonial. Quizá esta interpretación no pueda descansar en la *mens legislatoris*, pero es evidente que se encuentra en el tenor del precepto» (vid. también op. cit., 242, 243); en la p. 219 de esa misma obra, refiriéndose a los tipos hipergravados del art. 534 bis b) 2 CP, señala que «parece, *prima facie*, que se pretende proteger más drásticamente los derechos patrimoniales. Sin embargo, una hermenéutica más ajustada al texto nos lleva a la conclusión de que lo que el legislador pretende con este precepto es dotar de una tutela más efectiva a los derechos morales en supuestos en que la conducta reviste mayor relevancia»; BUSTOS, *Adenda PE*, 1989, 28, 29, defensor de una postura marcadamente personalista, señala sin embargo que las dos hipergravaciones del art. 534 bis b) 2 CP son de carácter patrimonial, aunque en referencia a la de la especial gravedad del daño, indica (op. cit., 29) que la imprecisión de tal fórmula «puede llevar al equívoco que no puede haber daño en el caso de la lesión de los derechos morales del derecho de autor, lo cual ciertamente es incorrecto, pues éstos pueden verse perjudicados gravemente y requerir de indemnización». ARROYO/GARCÍA RIVAS, autores que, como sabemos, se decantan por la postura mixta patrimonialista, van sin embargo más lejos en la interpretación personalista de la hipergravación que nos ocupa y consideran que se refiere a la «comisión de una conducta del tipo básico con ánimo de lucro que ocasiona un daño moral "especialmente grave"» (*Comentarios LPI*, 1989, 1991, 2004; sin embargo, en la p. 2003, ven en la otra figura hipergravada «una atención especial hacia lo patrimonial por parte del legislador»). Sin embargo, un autor que defiende (o, al menos, parece compartir) posiciones mixtas personalistas (bastante acentuadas en su personalismo, por cierto), como es GÓMEZ BENÍTEZ, cree (*Derechos de autor*, 1988, 184) que «el tipo de artículo 534 bis, b), 2, b), sí exige expresamente ... que se haya producido un daño económico de especial gravedad», consideración que estimo incorrecta desde luego, al menos, en cuanto a que la exigencia de daño económico sea expresa.

han construido los tipos por el peligro abstracto que suponen para un bien patrimonial es precisamente porque se pretende defender, muy anticipadamente, dicho bien), sino porque, para dotar de cierto sentido la regulación del tipo básico, creo que es necesario también reconocer un elemento personalista, aunque sea secundario, en la tipificación de las conductas distintas al plagio en él contenidas. Me explico: el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal no se compagina muy bien con el castigo indiscriminado, sin límites mínimos, de las conductas atentatorias a derechos de explotación económica (reproducción, distribución y comunicación pública), sin exigirse un perjuicio económico, sin existir un especial desvalor de acción, como el que puede implicar el ánimo de lucro. La tipificación como delito y la imposición de una pena (aunque sea pecuniaria, sentida, en el caso del tipo básico al que nos referimos, por algunos como excesiva, pero a la vez por otros como escasamente intimidatoria) es difícilmente explicable por la mera existencia de un peligro abstracto de lesión de intereses patrimoniales de cualquier entidad (mucho menos por la mera posibilidad de existencia de un enriquecimiento injusto); ello no ocurre en ningún otro delito contra el patrimonio. Por tanto, la única explicación posible (en mi opinión, por otro lado, insuficiente) de la intervención del Derecho penal radicaría en que el atentado a los derechos de explotación supone secundariamente también un peligro para los derechos morales de autor. O sea que, como he apuntado al principio de estas reflexiones sobre el bien jurídico, y como hemos visto que señala ROLDAN, tampoco las conductas que atentan exclusivamente a los derechos de explotación de la obra tienen un carácter únicamente patrimonial, aunque considero que sí prioritariamente patrimonial, entre otras cosas por el expreso contraste entre estos derechos y el que llama «derecho moral» la propia LPI. Aun intentando dotar así de sentido la existencia del tipo básico en el CP, me parece que la actual configuración de éste no está suficientemente justificada.

Por lo acabado de señalar, tampoco es argumento suficiente, como ellos pretenden, para apoyar la postura casi puramente personalista de BUSTOS y prioritariamente personalista de ROLDAN (y quizá habría que incluir aquí también la argumentación de QUINTERO), la no exigencia de perjuicio patrimonial en los delitos que nos ocupan.

b.3) En cuanto al argumento de la ubicación sistemática, utilizando por POLAINO para apoyar (junto al contenido de los tipos, en lo que hemos visto que no tiene razón) su afirmación de que el CP protege sólo la faceta patrimonial, y por otros autores en auxilio de su concepción prioritariamente patrimonialista, hay que contestar que tal argumento evidentemente apoya una concepción patrimonialista, como reconoce, desde el campo contrario, como sabemos, ROLDAN, pero desde luego no es suficiente para descartar que también se protejan intereses personales y ni siquiera significa necesariamente que és-

tos sean los menos protegidos, como realmente vienen a reconocer autores, como M. CONDE (120), que se inclinan por una concepción mixta predominantemente patrimonialista. La ubicación sistemática es un indicio, pero hay que tener en cuenta que no es descartable que el CP «se equivoque» alguna vez completamente de ubicación y, por otra, que la ubicación de un delito de un determinado lugar del CP puede estar *sólo parcialmente justificada* o, estando justificada por otras razones, no significar que el bien jurídico primordialmente protegido en el delito sea el que se corresponde con la ubicación sistemática del mismo. Así, por ejemplo en los robos violentos más graves, como el robo con homicidio, aunque se encuentra entre los «delitos contra la propiedad» en el CP, desde luego no es la propiedad o el patrimonio el único bien jurídico protegido, y es dudoso que sea el principalmente protegido, como lo demuestra por ejemplo el precepto del art. 512 CP, que anticipa la consumación del delito al momento de la producción del resultado lesivo para la vida o la integridad física, aunque no se hayan perfeccionado los ataques al patrimonio.

b.4) El argumento a favor de la naturaleza principalmente patrimonial del bien jurídico protegido consistente en aludir a que la mayoría de los derechos protegidos en el tipo básico (los de explotación) son cedibles, efectivamente refuerza el carácter primordialmente patrimonial de esos derechos, al que ya me he referido. La prueba es que el tipo no es de aplicación si concurre el consentimiento del titular o, lo que aquí nos interesa más, del cesionario del derecho en la correspondiente conducta (121), lo que por cierto nos permite realizar ya una primera crítica a la regulación del CP: la referencia al consentimiento del cesionario no se compagina nada bien con la inclusión del plagio en este tipo básico; no se entiende por qué ha de quedar fuera de la órbita penal, en virtud del consentimiento de una persona distinta del autor, la conducta plagiaría, que, al margen de la amplitud con que se conciba el plagio y de que en esa figura también se puedan entender lesionados intereses patrimoniales, fundamentalmente pone en duda la verdadera paternidad del contenido de una obra o de parte de ella, o sea algo que afecta fundamentalmente a un derecho personal del autor y no del cesionario de un derecho de explotación. Sin embargo, el que la referencia al consentimiento del cesionario en el art. 534 bis a) CP sea indiferenciada podría plantear problemas a la hora de intentar castigar, por ejemplo, a quien plagia la novela o el libro científico de otro con permiso (consentimiento expreso) del cesionario del derecho de distribución de la obra, lo cual parece absurdo. Creo que existen interpretaciones que permiten solucionar esta absurdo, como la consistente en desta-

(120) *PE*, 7.ª, 1988, 286 s.

(121) No entro a determinar aquí la naturaleza de dicha exclusión del tipo.

car que el art. 534 bis a) CP habla del consentimiento de los titulares o cesionarios *de los correspondientes derechos* de la propiedad intelectual, es decir, tomando literalmente las conductas descritas en ese artículo, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra (que existen), pero también el derecho de plagio, que, al no existir, no podría ser consentido por ningún titular ni cesionario; o la interpretación, menos formalista y más convincente y correcta, de que, al referirse al titular o cesionario del correspondiente derecho de propiedad intelectual, hay que buscar, para saber concretamente quién puede consentir, cuál es el derecho vulnerado por cada conducta y, en el caso de plagio, éste es el propio derecho a que se reconozca la paternidad de la obra, derecho eminentemente personal y, en cuanto tal, no cedible, con lo que, para excluir el tipo de plagio, sólo sería válido el consentimiento del titular del derecho (si es que, cuando tal consentimiento existe, puede seguir hablándose de plagio). En cualquier caso, el que el problema se plantee demuestra en este caso una mala técnica legal en la tipificación de conductas, explicable sin duda en la génesis parlamentaria del precepto, pues, en origen, sólo se contemplaban las conductas lesivas de los derechos de explotación y, posteriormente, se añadió el plagio, sin modificar el resto de la redacción del artículo.

En relación con lo anterior, no sería válido argumentar en favor del carácter predominantemente patrimonial del bien jurídico protegido en los delitos contra los derechos de autor, aduciendo que, incluso cuando las que se realizan con consentimiento del autor son las conductas agravadas relativas a derechos calificados de morales (las de las letras b, c y d del art. 534 bis b 1), no sería de aplicación el tipo (en el caso de la letra d de dicho precepto, por expresa disposición legal), pues tal exclusión del tipo mediante el consentimiento del titular del bien jurídico vendría a demostrar que, contra lo afirmado por el art. 14 LPI, que declara tales derechos como irrenunciables e inalienables, en realidad son disponibles, con lo que su carácter personal (o altamente personal) habría de ponerse en duda. Tal argumentación es errónea, en primer lugar porque, desde el punto de vista del Derecho penal (y sin que ello prejuzgue otras perspectivas jurídicas), la lesión consentida de ciertos bienes altamente personales puede no dar lugar a responsabilidad (piénsese incluso en las lesiones consentidas que, según un sector doctrinal, son en general impunes, pese a que se ataca un bien jurídico tan personal como es la integridad física), y, por otro lado, lo que aquí ocurre es que, cuando el autor consiente en que otro divulgue su obra por primera vez o en que la modifique sustancialmente (dejo aparte el más complejo precepto de la letra c del art. 534 bis b 1), en realidad no está disponiendo de su derecho de divulgar la obra o de exigir que se respete su integridad, sino que precisamente está haciendo un uso de esos derechos.

b.5) Me ocuparé ahora del argumento según el cual, al compren-

derse en el CP algunos ataques a los derechos conexos o afines al de autor, recogidos en el Libro II LPI, se está protegiendo una faceta puramente económica. Efectivamente, el tipo básico del art. 534 bis a) CP protege las interpretaciones o ejecuciones artísticas, a las que se refiere el Título I del citado Libro de la LPI, y es verdad que, en principio, los derechos distintos de los del autor a los que el CP otorga protección en el tipo básico son derechos de explotación, reconocidos en los arts. 102 ss. LPI, y, por tanto, derechos fundamentalmente de contenido patrimonial. Pero me parece incorrecta la afirmación de que todos los derechos conexos protegidos en el CP carecen de carácter personal: el art. 107 LPI establece que «el artista, intérprete o ejecutante goza del derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones y a oponerse, durante su vida, a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación»; este derecho se relaciona por tanto expresamente por la ley con el prestigio y la reputación, es decir con bienes personales (altamente personales) relacionados con la propia imagen e incluso con el honor; pues bien, una parte de la letra c del art. 534 bis b) 1 CP se refiere a la usurpación del nombre de un artista en una interpretación o ejecución, es decir, protege claramente el derecho de carácter personal reconocido en el citado artículo de la LPI. Por tanto, el que el CP proteja no sólo el derecho de autor, sino también otros conexos, no excluye que en los mismos se contengan también elementos personales (122).

b.6) En cuanto al argumento de MUÑOZ CONDE de la dificultad de proteger los derechos morales a través de los preceptos del CP que nos ocupan (123), pues tal protección ha de tener carácter limitado, por ejemplo, por ejercerse la creación intelectual a veces como trabajo asalariado, he de reconocer que no comprendo muy bien la intención o el sentido del argumento: en primer lugar, el que esa protección fuera en realidad difícil o poco efectiva no implicaría que en la regulación vigente del CP se protegiera menos la vertiente personal, sino precisamente que tal protección sería menos efectiva; la alusión al trabajo asalariado me parece que para nada ha de interferir en la mayor o menor protección de los aspectos personales; pues la relación laboral nunca podrá obligar al autor a renunciar a su derecho de inédito (de divulgación) o a otros estrictamente personales y, cuando se produzcan conflictos entre el ejercicio de tales derechos y las obligaciones laborales, podrá haber lugar, en su caso, a responsabilidad laboral, pero ello nada tiene que ver con la protección penal

(122) Sobre los derechos morales reconocidos por la LPI a los artistas, intérpretes o ejecutantes, cfr. p. ej., VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 167 s.; vid. también la CFGE 2/1989 (ADP 1989, 680, 688).

(123) Dejando de lado el primitivo derecho a crear, que efectivamente sólo sería atacable mediante amenazas o coacciones, como indican STORCH, BAJO y M. CONDE, o con la eliminación física del individuo.

del aspecto personal del derecho de autor. En cualquier caso, aun aceptando que fuera verdad lo que afirma M. CONDE, él mismo desmiente que su afirmación sea un argumento a favor de la mayor protección de las facetas patrimoniales, pues a renglón seguido señala, como hemos visto, también las dificultades de la protección de éstas.

b.7) Tampoco es decisivo el argumento de M. CONDE de que, incluso en la punición de conductas como el plagio, existe a la vez la protección de un interés patrimonial. Ello es verdad, pero para nada significa que la conducta plagiaria no suponga primordialmente un ataque al contenido personal o moral del derecho de autor, del mismo modo que en las conductas infractoras de derechos de explotación, fundamentalmente patrimoniales, coexiste un interés personal o moral. Cuando M. CONDE señala que, en la infracción plagiaria, es la lesión del contenido patrimonial la que motiva la intervención el Derecho penal, recordando que la mayoría de las querellas por plagio se presentan frente a obras que han ganado un concurso o tienen gran éxito comercial, entonces el citado autor no se está refiriendo más que a los motivos por los que las personas normalmente inician un proceso penal, lo que guarda cierta independencia de las razones que han de guiar al legislador en la tipificación de conductas: si, como da a entender M. CONDE, en verdad las razones de las querellas por plagio radican en la búsqueda del resarcimiento económico, entonces habría que dudar de que la vía penal sea la más adecuada para dar respuesta a esas motivaciones. Pero, en segundo lugar, me parece discutible que se pueda afirmar que los autores plagiados acuden a los Tribunales, ya sean civiles o penales, en general en busca de resarcimiento económico y en los casos de gran trascendencia económica: ciertamente, es más normal que se ataque por las vías judiciales el plagio de obras comerciales de gran éxito, pero ello no sólo por razones patrimoniales, sino también porque, dada la difusión grande de las mismas, la conducta plagiaria lesiona más gravemente el derecho moral correspondiente del autor; además, a veces hay demandas civiles por plagio en las que se solicita una indemnización simbólica, pues lo que se pretende es que se declare la existencia de tal plagio y se reponga al autor en sus derechos morales.

b.8) Es curioso cómo un argumento que podríamos llamar numérico se esgrime tanto por quienes defienden el carácter predominantemente patrimonial del bien jurídico protegido como por quienes defienden su carácter personal. Se suele reconocer por la mayoría de los autores, si bien con matices (124), que, en definitiva, se protegen

(124) Por ello hablo de intereses *predominantemente* patrimoniales o personales. Las matizaciones son múltiples y he puesto de relieve algunas de éstas a lo largo de la exposición de las diversas posturas o al discutir los argumentos de alguna de éstas. P. ej., ya conocemos los matices que los autores plantean respecto del carácter de la segunda hiperagravación del art. 534 bis b) 2 CP (fundamentalmente, pero no sólo, en el sentido de no excluir de ella los daños morales); p. ej. también diversos autores

intereses predominantemente patrimoniales en todas las conductas del art. 534 bis a) CP, excepto el plagio (e incluidas entre las que atacan a intereses patrimoniales las conductas de importación, exportación y almacenamiento, cuya naturaleza es, en otro sentido, discutida y discutible), en la agravación por el ánimo de lucro del art. 534 bis b) 1 a) y en las dos hiperagravaciones del art. 534 bis b) 2; por otro lado, las conductas que atacarían predominantemente intereses personales serían las del plagio del art. 534 bis a), y las de las letras b, c y d del n.º 2 del art. 534 bis b). Ello me parece correcto, con la salvedad antes insinuada de que la hiperagravación del art. 534 bis b) 2 b) por la especial gravedad del daño causado podría interpretarse como comprensiva (sólo o también, si es que la gravedad del daño patrimonial no encajara ya en la otra hiperagravación) de los graves daños morales (probablemente ello sería además lógico); ahora bien, la exigencia de ánimo de lucro para poder apreciar esta hiperagravación parece indicar que está referida a daños patrimoniales, salvo que se conciba el ánimo de lucro como una circunstancia reveladora de un móvil bajo en la actuación y, con ello, de un mayor desvalor de acción desvinculado del perjuicio patrimonial, de un modo parecido al que por ejemplo opera la circunstancia de precio, recompensa o promesa en el asesinato. De cualquier manera, el argumento numérico alegado por ambas posturas citadas no es en realidad muy claro, pero, en todo caso, favorecería levemente la concepción mixta, pero preferentemente patrimonialista.

b.9) Es curioso además observar cómo a veces, probablemente de una manera no plenamente consciente, se intenta apoyar la postura propia con un modo de expresión un tanto engañoso: así por ejemplo, cuando ROLDAN señala, en apoyo de su concepción mixta pesonalista, que el ánimo de lucro aparece como una «*mera* circunstancia agravante y no como un elemento estructural de la prohibición» (125), silenciando que, al menos aparentemente, las otras tres figuras del mismo número del artículo en que se recoge el ánimo de lucro y que protegen facultades personales o morales, serían también «*meras*» circunstancias agravantes.

b.10) De lo hasta ahora visto, se puede deducir que hay algunos ligeros indicios (ubicación, argumento numérico) en favor de la tesis mixta patrimonialista, pero que tales indicios no son probablemente suficientes para decantarse decididamente por tal tesis y habría quizá

diferencian conductas que atacan facetas personales, conductas que atacan aspectos morales y, por fin, conductas mixtas; éste es el caso, p. ej., de BUSTOS, como ya conocemos, o de VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, calificando de mixta la conducta de transformación de la obra descrita según él en el tipo básico del art. 534 bis a) CP (207), y la de modificación sustancial de la integridad de la obra del art. 534 bis b) 1 d) CP (219).

(125) *La Ley 1988-2*, 922 (el subrayado es mío).

que adscribirse a la que no establece rango entre la protección de unos y otros aspectos de la propiedad intelectual en el CP.

Pero conscientemente he dejado para el final el argumento más importante, alegado por los partidarios de la concepción mixta patrimonialista. El mismo consiste en decir, como sabemos, que, si bien la mayoría de las figuras contempladas en el art. 534 bis b) 1 se refieren a facultades eminentemente morales, el propio artículo determina que la pena que fija se impondrá a «quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior» concurriendo algunas de las circunstancias que el mismo artículo a que nos referimos describe. Se podría pensar que, en las tres circunstancias que afectan al derecho moral, nos hallamos ante agravaciones de la infracción al derecho moral que se describe en el tipo básico, o sea, el plagio, mientras que la agravación del ánimo de lucro se referiría a las conductas del tipo básico relativas a los derechos de explotación. Esta interpretación sin embargo no es posible, y ello no sólo porque el art. 534 bis b) 1 se refiere a «cualquiera de las conductas del artículo anterior», sino porque es imposible establecer una relación entre las tres figuras de las letras b, c y d del n.º 1 del art. 534 bis b) y el plagio (126). Quizá (aunque ello no es absolutamente claro y de hecho existe una polémica doctrinal al respecto) sí estemos ante una modalidad de plagio agravado en la usurpación de la condición de autor, pero no así en la infracción del derecho de divulgación, ni en la modificación sustancial de la integridad de la obra, que parecen por definición exigir una clara identificación del autor original de la misma. Por tanto, parece que hemos dado con el argumento definitivo para afirmar que, aun protegiéndose las dos facetas, patrimonial y personal de la propiedad intelectual, la protección es más fuerte para la primera, pues, para la protección de la mayoría de las facultades de la segunda clase, la ley exige que se dé como requisito la infracción de las facultades patrimoniales.

Sin embargo, esto que parece tan claro, se enturbia en una contemplación más detenida. En primer lugar, aun aceptando que las infracciones de las facultades morales de los derechos de autor son mayoritariamente circunstancias agravantes (desde luego no genéricas, sino elementos típicos de agravación), habrá que ver cuál es su efecto agravatorio, pues no sólo es importante, para medir qué facultades se protegen más, saber cuáles son básicas y cuáles agravantes, sino también cuánto agravan éstas. Y la agravación que suponen las con-

(126) Esto se puede probablemente explicar diciendo que el plagio constituye un cuerpo extraño en el tipo básico, tal y como éste está configurado; el plagio se introdujo debido a una enmienda socialista al proyecto de ley, que contemplaba en dicho tipo básico sólo ataques a derechos de explotación; el que en el tipo básico deban contemplarse sólo esos ataques es discutible y, en mi opinión, criticable, pero con la introducción del plagio quizá, más que subsanar un defecto, se estableció una fuente de problemas interpretativos (por incoherencia o descoordinación).

ductas atentatorias a las facultades morales a que ahora nos referimos suponen, respecto del tipo básico, nada menos que una subida del 75 % del límite mínimo de la multa (pasa de 100.000 a 175.000 pesetas) y de más del doble en cuanto al límite máximo (pasa de 2.000.000 a 5.000.000 de pts.) y, lo que es todavía más importante, hace aparecer una pena privativa de libertad (arresto mayor) ausente en el tipo básico. Ello significaría que, pese a tratarse de agravaciones de un tipo básico, la ley les ha concedido una importancia enorme, pues la diferencia de penas demuestra que la ley considera que el desvalor de las conductas agravadas es muy superior al de las básicas (en términos matemáticos podríamos asegurar que más del doble), lo que, como poco, tendría que hacernos reconocer que la protección que encuentran las facultades personales o morales del derecho de autor en el CP es tan importante como la que hallan las facultades personales.

En mi opinión, el que el art. 534 bis b) 1, en lo que respecta a la infracción de las facultades personales, se haya configurado como un subtipo agravado es algo que se debe a una mala técnica legislativa (127), que da lugar a consecuencias importantes. Algunas de las conductas descritas en las agravaciones relativas a facultades morales van acompañadas siempre de la realización de una conducta de las del tipo básico. Dejando de lado la usurpación de la condición de autor, que plantea problemas específicos en los que aquí no puedo detenerme, se ve claramente que, para que pueda vulnerarse el derecho de divulgación del autor (derecho de inédito), es necesario, bien fijar la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella (o sea, reproducción, art. 18 LPI), bien poner a disposición del público el original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma (distribución, art. 19 LPI), bien realizar un acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas (comunicación pública, art. 20 LPI), con lo que, en este caso, en realidad estamos ante una tipicidad independiente, puesto que daría igual que la ley la hubiera regulado en tipo aparte; es más, incluso la ley podía haber redactado el hoy tipo básico, comenzando con un «quien, sin infringir el derecho de divulgación del autor, etc.» y quizá una parte de la doctrina habría interpretado que estábamos ante un tipo privilegiado. En reali-

(127) Critican, en el punto que nos interesa, esta técnica BAJO, *PE II*, 1987, 222, quien señala que, en los tipos agravados, a menudo estamos ante «nuevas tipicidades»; BOIX, *PE*, 2.^a, 1988, 901, añadiendo que la deficiencia técnica existe «tal vez porque se haya producido una cierta confusión entre modalidades estrictamente usurpatorias y atentados a derechos de contenido sólo moral»; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 216, según el cual la configuración legal de los tipos agravados «no es acertada, dado que en algunos casos más que tipos agravados resultan conductas autónomas que no necesariamente tienen su apoyo en los tipos básicos y que podrían tener una tipificación independiente».

dad ello tampoco sería así: estaríamos ante dos tipos distintos, cuyas posibles fricciones habría que solucionar con las reglas concursales habituales (en este caso concurso de leyes normalmente); sin embargo, incluso en este supuesto, el que la ley haya utilizado la técnica del tipo básico y el tipo agravado podría dar algún problema más que estético; me refiero al caso poco probable de que el cesionario de un derecho de explotación consintiera en que un tercero realizara una reproducción, distribución o comunicación pública de la obra y, con ella, se infringiera el derecho de divulgación del autor; al faltar la tipicidad básica, no se podría castigar la infracción del derecho moral, lo cual parece absurdo; tal absurdo podría solucionarse interpretando que la remisión realizada por el art. 534 bis b) 1 a las conductas del tipo básico se refiere a la parte positiva del mismo y no a la negativa (consentimiento), con lo que, para que el consentimiento excluyera la tipicidad de las conductas del tipo agravado, dicho consentimiento tendría que recaer sobre estas mismas conductas y no sólo sobre las del tipo básico: en el caso de la infracción del derecho de inédito, no sería necesario expresar en el tipo el elemento negativo, pues, por definición, si el autor consiente en la divulgación, no se infringe tal derecho, sino que el autor está haciendo uso de él (es decir, es por definición imposible infringir el derecho de divulgación con el consentimiento del autor); en cambio, al hablar de la modificación sustancial de la integridad de la obra, el legislador vuelve a expresar el elemento negativo de la ausencia de consentimiento (aunque no sería estrictamente necesario), pues es posible realizar tal modificación con y sin consentimiento del autor. Sin embargo, esta complicada argumentación se viene abajo por culpa de nuevo de la pésima técnica legislativa utilizada, pues lo que se ha afirmado para las agravantes de contenido personal debería valer para todo el artículo, es decir, también para la agravación por la existencia de ánimo de lucro, y, en este caso, es sin embargo absurdo considerar que la remisión se refiere sólo a la parte positiva del tipo básico, pues ello supondría (al menos literalmente) que se podría castigar la infracción de un derecho de explotación consentida por su titular o cesionario por el mero hecho de concurrir ánimo de lucro (que será lo normal). En definitiva, el problema es que el CP mezcla continuamente elementos y valoraciones muy distintas (el ánimo de lucro puede funcionar como agravante, pero el resto de agravaciones en realidad deberían ser tipos distintos), de modo que se hace prácticamente imposible descubrir a qué faceta da mayor importancia. Los problemas derivados de la utilización de la técnica del tipo agravado se acentúan en el caso de la modificación sustancial de la obra, pues tal modificación no presupone siempre en la práctica la realización de las conductas del tipo básico, sobre todo en los casos de obras de un único ejemplar: piénsese en quien pinta encima de uno de los cuadros de un museo o modifica (mutilándola) una estatua instalada en un edificio

público. De él no se puede decir que reproduzca, distribuya o comunique públicamente la obra (y tampoco, claro, que la plagie), por lo que la conducta habría que quedar impune desde el punto de vista de la infracción (en este caso a menudo gravísima) de los derechos del autor sobre su obra (al margen de otras posibles responsabilidades, por ejemplo, por daños); ello resulta absurdo. Por tanto, la ley, que parece haber querido proteger fuertemente los derechos morales, no lo consigue a menudo por haber utilizado una mala técnica para ello. Además, el argumento de la comparación de penas a que aludía más arriba hace también agua, pues, al margen de que se iguale la pena de la infracción de los derechos personales con la de la infracción de los derechos patrimoniales, si en ésta concurre ánimo de lucro, sucede que, además, a la hora de agravar todavía más la pena en el n.º 2 del art. 534 bis b) (hasta el punto de que, si bien el límite mínimo de la pena pecuniaria no se altera respecto al de la primera agravación, el máximo sube al doble —de 5.000.000 a 10.000.000 pts.—, la privativa de libertad sube en un grado —de arresto mayor a prisión menor—, y aparece una pena restrictiva de derechos, la inhabilitación especial para la profesión relacionada con el delito cometido, pena por cierto poco frecuente en los delitos contra el patrimonio y, concretamente, inexistente en las demás defraudaciones), se tienen en cuenta, de nuevo probablemente debido a un error quizá involuntario en la técnica legislativa, como ya he explicado más arriba, circunstancias exclusiva o principalmente relacionadas con lo económico o patrimonial.

b.11) A lo largo de la cada vez más complicada argumentación (porque complicada es también la regulación del CP), pocas cosas hemos podido sacar en claro respecto a cuál de los aspectos del bien jurídico es el que más protege el CP, pero, de poderse afirmar la primacía de alguno de ellos, con contradicciones, eso sí, sería del aspecto patrimonial. Pues bien, para acabar de complicar las cosas y no poder sentar esa conclusión, creo que puede mencionarse un argumento que normalmente pasa desapercibido a la doctrina: El art. 534 bis c) CP faculta al juez para decretar la publicación de la sentencia condenatoria en un periódico oficial, a costa del condenado. La lógica ya nos indica que tal publicación no tiene un sentido reparador (ni consolador) del daño patrimonial que se haya producido [aunque se debería introducir algún matiz (128)], sino de los derechos morales

(128) Consistente, como señalan algunos autores, en decir que la medida tendería también a evitar ulteriores perjuicios patrimoniales al autor (o al titular del derecho de que se trate), y en advertir de la infracción a la comunidad, en favor del interés de la misma en no ser engañada en los productos del ingenio que recibe, engaño que se produciría, por cierto, fundamentalmente en las modalidades de plagio en sentido amplio (como enseguida se verá, a este aspecto del plagio como «engaño» a la sociedad se refieren algunas STS y la CFGE 2/1989, *ADP 1989*, 681, si bien lo considera una parte de la faceta patrimonial atacada por las conductas plagiarías). Lo que no me

del autor, algo así como una ayuda a recuperar públicamente la paternidad puesta en duda sobre la obra o, en general, su buena imagen como creador. Esta impresión se ve confirmada al constatar que una medida semejante no se impone en ningún otro delito contra el patrimonio, sino sólo y precisamente en un delito que guarda relación con un bien jurídico altamente personal o moral, el honor: el art. 456, párrafo 2.º CP obliga a la publicación de la sentencia condenatoria por calumnia en los periódicos oficiales, si el calumniado lo pidiere (aquí decide el agraviado y no el juez) (129). Pues bien, la medida del art. 534 bis c) CP, destinada a dar cierta satisfacción a quienes han visto lesionado su derecho moral de autor, se refiere sin embargo [probablemente de nuevo por un fallo de técnica legislativa (130)] a cualquier sentencia condenatoria por infracción de los derechos de autor, aunque se trate de derechos de explotación, con lo que parece que se estaría dando especial relevancia al aspecto per-

parece muy explicable es que este aspecto fuera el único o el fundamental tenido en cuenta al instaurar la medida, pues, entre otras cosas, no se explicaría muy bien por qué el legislador no ha introducido medidas similares para casos que presentan alguna similitud (estafas masivas, falsificaciones, etc.), prescindiendo de la cuestión de si la frecuencia y entidad del «engaño» social en la infracción de los derechos de autor justificaría la medida. En opinión de la doctrina, unas veces se relaciona la medida del art. 534 bis c) CP con alguno de los aspectos señalados en esta nota; así, BOIX, PE, 2.ª, 1988, 905, quien opina que «se trata de una medida en evitación de que se produzca incremento de los perjuicios ocasionados por la conducta delictiva o *de sus efectos sociales negativos*» (el subrayado es mío); VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 254 s., quien sin embargo resalta la relación de esta medida con la protección de los aspectos morales, considerando que no debería dejarse en manos del juez, sino del particular afectado la decisión de que se publique la sentencia. Otras veces se relaciona la medida exclusivamente con aspectos morales; así, para CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 197, se trata de «una disposición sobre resarcimiento moral del derecho de propiedad intelectual afectado» (en igual sentido, 236); de modo similar, ROMEO, *Poder informático*, 1988, 167, y CPC 35 (1988), 336, habla de «una especie de reparación moral para el autor» (soy consciente de que las afirmaciones de estos autores no implican *necesariamente* que la infracción cometida haya recaído sobre aspectos morales, pues podría pensarse que la reparación moral la recibiera, junto a la económica derivada de la responsabilidad, quien fue lesionado en derechos de otra índole, en concreto, patrimoniales, si bien ciertamente ello constituye una medida inusual —inexistente— en el resto del CP). La CGFE 2/1989 refiere la medida exclusivamente al aspecto moral: «A la satisfacción moral de los daños morales alude el artículo 534 bis, c) del Código Penal» (*ADP 1989*, 706).

(129) Además, el art. 465 CP establece que «los directores o editores de los periódicos en que se hubieran propagado las calumnias o injurias insertarán en ellos dentro del término que señalen las leyes o el Tribunal en su defecto, la satisfacción o sentencia condenatoria. si lo reclamare el ofendido»; me parece que aquí ya no existe el paralelismo con la medida establecida para los delitos contra los derechos de autor (sin embargo, ha de ser a ese art. 465 CP al que se refieren RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO, PE, 12.ª, 1989, 541, al hilo de la exposición del art. 534 bis c) CP).

(130) O porque se piense exclusivamente en alguno de los otros posibles sentidos del precepto, especialmente el del aviso a la sociedad «engañada», lo que me parece extraño y, si bien podría apoyarse en la circunstancia de que la ley otorga la decisión al juez y no al particular, tampoco explicaría por qué se establece la medida con carácter general, pues en algunas clases de infracciones de la propiedad intelectual parece que no se produce «engaño» social alguno o éste no es relevante.

sonal del bien jurídico incluso en esos casos, por pequeño que tal aspecto sea.

c) En definitiva, mi conclusión es que en los preceptos del CP se protegen dos facetas del bien jurídico «derechos de autor y conexos» o, si se prefiere (no entraré en la discusión del matiz, aunque quizá podría tener cierta relevancia), dos bienes jurídicos derivados de una misma figura: una faceta patrimonial, coincidente aproximadamente con los derechos de explotación económica, y otra personal o moral, que se corresponde con las más importantes facultades de lo que la LPI llama «derecho moral». Ahora bien, es difícil establecer una jerarquía o preeminencia en cuanto a qué faceta está más protegida. Ni siquiera se puede afirmar sencillamente que ambas facetas lo están por igual; lo que ocurre es que la LO de 1987 que reformó el CP en esta materia, con una censurable técnica legislativa, introdujo unos tipos y disposiciones que, de un modo no coordinado y coherente, protegen una y otra faceta, conviviendo en cada precepto y en el conjunto de ellos valoraciones distintas y no fácilmente conciliables entre sí.

5. Hay autores que indican que, en los delitos de que nos estamos ocupando (o al menos en algunos de ellos), se lesionan no sólo derechos individuales (personales o patrimoniales), sino otros intereses supraindividuales, como el de la sociedad a identificar la titularidad de las obras del ingenio humano, patrimonio de la cultura de toda esa sociedad (131). Sin entrar a discutir a fondo la cuestión, señalaré que, aun cuando ello fuera cierto y este interés estuviera (o hubiera de estar) protegido penalmente y aun cuando se considerara que el mismo está protegido en éstos (o en alguno de éstos) y no en otros preceptos penales, habría que afirmar que tal protección es secundaria frente a la de los derechos individuales antes señalados y que, desde luego, no justificaría la ubicación sistemática de estos delitos entre los delitos contra el orden socioeconómico, como defien-

(131) A ello debe de referirse también la CFGE 2/1989, cuando señala que, en el plagio (que considera recogido tanto en el tipo básico del art. 534 bis a CP como en el agravado del artículo 534 bis b 1 c), se produce un ataque a facetas personales y patrimoniales y, dentro de estas últimas, se comprende el ataque a los intereses patrimoniales del autor y «el perjuicio que puede causarle al público engañado por la suplantación», apreciación que, según creo, la Fiscalía toma literalmente de la STS 14-2-1984 (A 1129), a la que sigue en este punto, aunque con otras palabras, la de 30-5-1984 (A 3492), ambas STS citadas por la CFGE (ADP 1989, 681). MOUCHET/RADAELLI, *RGLJ* 196 (1954), 202, iban más lejos, afirmando que «ciertos ataques al derecho intelectual afectan los intereses generales de la cultura» y, más aún (203), «algunas de estas infracciones entrañan una lesión al decoro y la dignidad de un país» (desarrollan estas ideas en las pp. 204-206); MISERACHS RIGALT, *NEJ* VI, 1954, 681, consideraba parte del bien jurídico protegido los derechos «morales pertenecientes a la sociedad guardadora del elenco cultural y artístico, aun después que aquellos derechos económico-patrimoniales (scil. del autor) hubieren recaído al *dominio público*», considerando a la «comunidad política o sociedad» también sujeto pasivo del delito. En la nota siguiente me referiré a la opinión de algunos autores más modernos.

de algún autor [RODRÍGUEZ RAMOS, a juzgar por la ubicación de estos delitos en su *Compendio de la PE* (132)] y propuso el P 80.

6. Antes de terminar con este punto que nos ocupa, conviene aludir brevemente a una cuestión de orden constitucional. El rango constitucional del derecho de autor o de cada una de sus vertientes tiene trascendencia para el Derecho penal, en el sentido de que la selección de conductas que la ley penal realiza para tipificar los delitos está, prescindiendo de matizaciones que resultaría conveniente hacer aquí, directamente relacionada con la entidad del bien jurídico que se trate de proteger y con la forma y magnitud de la lesión o puesta en peligro de dicho bien jurídico. Concretamente, en nuestro tema, si, por ejemplo, llegamos a la conclusión de que el aspecto moral del derecho de autor es reconocido constitucionalmente con mayor rango que el aspecto patrimonial, habrá que concluir que, a igualdad de gravedad del ataque (o puesta en peligro) a ambos aspectos, el Derecho penal deberá reaccionar antes o más fuertemente contra los ataques a los aspectos personales que contra los ataques a los patrimoniales (o sea, en general y una vez establecida la barrera a partir de la cual el Derecho penal debe empezar a actuar, antes en defensa del derecho de divulgación del autor en relación con su obra, que de los cesionarios del derecho de explotación, etc.). El resultado, pues, del análisis constitucional nos permitirá sobre todo observar si es correcta la regulación penal vigente (una vez conocidos los puntos de partida de ésta en cuanto al bien jurídico protegido) y hacer, en su caso, propuestas de *lege ferenda*. La cuestión es compleja y sólo resumiré brevemente mi opinión, sin detenerme en la exposición pormenorizada de la discusión doctrinal, ni en el análisis profundo de los problemas, que requeriría un estudio aparte por sí solo (133).

(132) Vid. R. RAMOS, *PE*, 2.ª, 1987, 356 s.; resalta también este aspecto supraindividual, siguiendo a R. RAMOS, POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 427. CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 194 s., considera que el interés general de la sociedad podría ser una circunstancia de agravación, pero no la base de la tipificación; ROMEO, *Poder informático*, 1988, 154, opina que en realidad sólo se protegen intereses supraindividuales cuando se tipifica la conducta de «usurpar el nombre de un artista en una interpretación o ejecución» (uno de los supuestos del art. 534 bis b 1 c CP). Contra la opinión de R. RAMOS y la opción del P 80 se manifiestan ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 919, quien considera que haber llevado en el P 80 los delitos que nos ocupan al título de los delitos contra el orden socioeconómico supone una «catastrófica técnica»; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 180 (contra R. RAMOS), quien no obstante señala (181) que «las conductas incriminadas atacan, no sólo facultades patrimoniales e ideales, sino que también tienen trascendencia social, dado que con la tutela de los derechos de autor y afines se protegen, además, intereses culturales o científicos de honda incidencia social», de lo que deduce que estamos ante delitos «*sui generis*», de difícil asimilación a otras conductas punibles (vid. también op. cit., 202, 204); sin embargo considera (206) que en la redacción dada por la LO de 1987 a los preceptos del CP que nos ocupan «no se tiene en cuenta, de una forma directa, la trascendencia social que suponga la conducta». Sobre distintas concepciones suprapersonales acerca del interés penalmente protegido, cfr. CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 189-192.

(133) Tampoco me detendré en la exposición de otras consecuencias que se deriva-

La discusión se centra fundamentalmente en si al menos las facultades morales del derecho de autor están reconocidas, como opina un amplio sector doctrinal (134), en el que están representados bastantes penalistas (seguramente una mayoría dentro de éstos), como derecho fundamental en el art. 20,1,b CE (enunciado en la sección 1.ª del capítulo 2.º del título 1 de la CE), o, si como opina otro sector doctrinal, en el que se encuentran también algunos penalistas, todas las facultades derivadas del derecho de autor se hallan reconocidas constitucionalmente de modo implícito en el art. 33,1 CE (den-

rían de la discusión sobre el reconocimiento constitucional de los derechos de autor, como, por ejemplo, la necesidad de ley orgánica para el desarrollo de tales derechos, en virtud de lo dispuesto en el art. 81 CE.

(134) PÉREZ DE CASTRO, El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho de autor al respeto de la obra, en: *Actualidad Civil 1987-1*, 224 s. (en las pp. 220-224 expone y rechaza otras posturas); BOIX, *PE*, 2.ª, 1988, 898; QUINTERO, *Derechos de autor*, 1988, 30; ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 916 s. (con exposición de otras posturas en las pp. 915 s.); DELGADO PORRAS, *Propiedad Intelectual*, 1988, 28 s.; CHIRINOS RIVERA, *PJ especial IX* (1989), 407 (todo el trabajo, 405-408, se dedica a la cuestión del reconocimiento constitucional de los derechos de autor); VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 71 (aunque criticando la imprecisión del texto constitucional). OTERO LASTRES, La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1 b) de la Constitución española de 1987, en: *La Ley 1986-2*, 370-379, va más lejos todavía y considera que en el artículo de la CE mencionado en el título del trabajo se contemplan las facultades morales y las patrimoniales del derecho de autor, apoyando la opinión del voto particular de un magistrado, contrario a la mayoría, en la famosa STS, Sala 1.ª, 9-12-1985 (A 6320); la opinión de OTERO es seguida por JUFRESA PATAU, El fundamento constitucional del derecho de autor, en: *La Ley 1988-4*, 954 s. (en las pp. 951-953 expone distintas posturas jurisprudenciales y doctrinales). BUSTOS, *Adenda PE*, 1989, 25, no indica en qué artículo de la CE se encuentra el reconocimiento del derecho de autor, pero, en consecuencia con su posición personalista, lo sitúa como derecho personalísimo relacionado con la libertad de expresión: «...habría que concluir que en el actualidad, con la reforma y modo *consecuente con la Constitución* y la Ley de Propiedad Intelectual el bien jurídico protegido es un derecho personalísimo de autor y, por tanto, se trata de un delito que debe quedar excluido de los delitos contra el patrimonio y colocado sistemáticamente dentro de los delitos contra la libertad y seguridad, ya que *aparece como una forma de libertad de expresión*» (los subrayados son míos). En contra de esta postura (no sólo de la de OTERO y los autores citados a continuación de él, sino también de la de los autores primeramente citados), además de los autores que se citarán en otros puntos del presente apartado, CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 138; POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 427, como es lógico desde su postura patrimonialista extrema, señala que «las esferas típicas de la protección penal de la propiedad intelectual ... no se interfiere (sic.) en absoluto ni se identifica sustancialmente *in totum* con el contenido de la básica proclamación jurídico-constitucional de la libertad de expresión y de difusión de pensamientos, ideas y opiniones, y la libertad de producción y de creación literaria, artística, científica y técnica, que como derechos fundamentales consagra el artículo 20.1 de la Constitución Española». Resume las principales posturas, al hilo de la citada STS, Sala 1.ª, 9-12-1985 (A 6320) y del voto particular a la misma, pero estimo que no se pronuncia al respecto, SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 381 s. En cuanto a la *jurisprudencia*, la STS, Sala 2.ª, 23-5-1975 (A 2325), aunque evidentemente sin referirse a la entonces inexistente CE, destacaba «los aspectos personales y espirituales de la creación artística como uno de los derechos del hombre», prefiriendo por ello la denominación «derecho de autor» a la «vetusta designación de propiedad intelectual». Vid. también la STS, Sala 5.ª, 5-6-1987 (A 4006), aplaudida por F. SAINZ MORENO. El derecho de autor de los funcionarios públicos, en: *Civitas. Información jurídica*, marzo 1990. 5 s.

tro de la Sección 2.^a del mismo capítulo y título, y, por tanto, con una menor protección), que recoge el derecho a la propiedad privada (135). Los argumentos a favor y en contra del encuadramiento en uno u otro precepto constitucional son diversos, pero no entraré en ellos; sólo señalaré que, si bien es verdad que en el art. 20,1,b CE («Se reconocen y protegen los derechos ... a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica») se contiene *prima facie* un reconocimiento del derecho a crear, que sólo podría ser vulnerado penalmente mediante la eliminación física de la persona o mediante coacciones o amenazas (136), es también cierto que de ese primer derecho, para que tenga algún contenido más allá de la pura libertad de pensamiento, imposible en realidad de coartar, se desprende una serie de facultades, algunas de las cuales están tan indisolublemente unidas al reconocimiento (y a la protección) de la labor creadora del autor, que, si a su vez no se reconocen, se vacía absolutamente de contenido real el primitivo derecho a crear: no tiene sentido decir que *se reconoce y protege* el derecho a crear obras literarias, artísticas, científicas y técnicas, si al creador no se le permite decidir en general (a salvo de que pueda haber casos en que, por conflicto con otros derechos superiores, éste se limite: quizá pudiera ser el caso de quien, descubriendo un remedio infalible contra el cáncer u otra enfermedad grave, se niega a divulgar su obra científica) si la obra que ha creado debe ser dada a conocer, o reivindicar frente a quienes pretendan lo contrario su cualidad de autor de la obra; es decir, que, en mi opinión, al menos las más importantes facultades personales derivadas del derecho de autor se encuentran reconocidas, siquiera sea de modo implícito, en el citado precepto constitucional al más alto nivel; es más, aunque se llegara a la conclusión de que ello no es así, probablemente habría que afirmar (aunque no voy a profundizar en la cuestión) que dichas facultades son inherentes a otro derecho reconocido constitucionalmente al mismo nivel: el derecho a la propia imagen (art. 18,1 CE), pues parece aceptable, como pone de manifiesto ROMEO CASABONA (137), que las creaciones del espíritu forman parte (importante) de esa imagen.

(135) Así, entre los penalistas, ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1988 s.; y, entre los civilistas, p. ej., BERCOVITZ, *Comentarios LPI*, 1989, 22-24 (vid. un resumen del planteamiento de la cuestión y de los argumentos utilizados por los defensores de las distintas posiciones en op. cit., 19-25).

(136) Así STORCH, *La Ley 1986-2*, 1178, 1178 n. 4; BAJO, *PE II*, 1987, 223; M. CONDE, *PE*, 7.^a, 1988, 287.

(137) *Poder informático*, 1988, 154; *CPC 35* (1988), 325. Aclaro que no imputo a ROMEO la idea de incluir el reconocimiento constitucional de las facetas morales del derecho de autor en el art. 18,1 CE, posibilidad sobre la que él no se pronuncia expresamente, sino que cito a este autor porque creo que es el único que relaciona esas facetas con el derecho a la propia imagen. Sin referirse expresamente al derecho a la propia imagen, STORCH, *La Ley 1986-2*, 1180, considera que «acaso» en el art. 18,1 CE (y no en el 20,1,b) se encuentra el reconocimiento constitucional de las facultades morales del derecho de autor, del que antes (1179) ha opinado que no puede ser un «derecho de la personalidad».

Distinto es el caso de las facultades puramente patrimoniales (derechos de explotación de la obra), que, aunque no están desde luego expresamente recogidas en el precepto constitucional que reconoce el derecho a la propiedad privada, ciertamente pueden guardar relación con el régimen de ésta. El reconocimiento de los derechos de explotación no es consustancial al propio hecho de crear, pues es fácilmente concebible que un ordenamiento establezca, garantizadas las facultades esenciales del creador de decidir sobre la divulgación de la obra, reivindicar el reconocimiento de su paternidad, etc., que, una vez que el autor ha puesto la obra literaria, artística o científica a disposición de la sociedad, ésta pasa a ser (al menos en parte) dueña de ella y, desde luego, no tiene por qué pagar un precio para disfrutarla; el que ello se considere legítimo o no irá normalmente unido en gran medida al grado de reconocimiento de la propiedad privada.

Débil me parece el argumento que pretende negar carácter de derecho fundamental a las facetas personales del derecho de autor, por el solo hecho de que las mismas no corresponderían a todo ser humano, sino sólo a los capaces de crear obras literarias, artísticas o científicas, que no son ni mucho menos todas las personas. Baste contraargumentar que la libertad de cátedra tampoco le corresponde a todo hombre, sino a quienes ejercen funciones docentes y, sin embargo, está reconocida como derecho fundamental del máximo nivel en la CE (art. 20,1,c).

En definitiva, el rango de derecho fundamental reconocido y protegido al máximo por la CE de las facetas personales o morales del derecho de autor, o, al menos, de las principales de ellas (frente al menor rango constitucional de las facetas patrimoniales) ha de ser tenido en cuenta por el legislador penal, que, ante una agresión de iguales características a la faceta patrimonial y a la personal, debe reaccionar antes o más fuertemente frente a esta última, cosa que, como sabemos, no siempre hace la actual regulación del CP. El fenómeno de que muchas veces se pretenda reducir la importancia de la protección penal de los aspectos personales del Derecho de autor frente a los patrimoniales se inscribe en una corriente de pensamiento que tiende a minusvalorar (al menos desde el punto de vista penal) todos aquellos ataques que recaigan sobre bienes inmateriales y personalísimos (otro ejemplo son las ofensas al honor), pensando que el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal aconseja abandonar la protección de tales aspectos a otras ramas jurídicas. Aunque no me puedo entretener en profundizar en este fenómeno, lo que nos llevaría muy lejos, creo haber dado algunos argumentos que demuestran que ello no siempre debe ser así y que, en muchas ocasiones, ante modalidades de ataque similares, hay que primar la protección penal de algunos bienes inmateriales (siempre, naturalmente, que el ataque a los mismos tenga la suficiente entidad, y de acuerdo con los principios y fines del Derecho penal), muy unidos a la persona, sobre la de

otros materiales, especialmente los patrimoniales, que, pese a la impresión que se obtiene de la contemplación de algunas ramas del Derecho en sociedades de economía capitalista o mixta, como la nuestra, e incluso del sentir de una parte de la sociedad, tienen una valoración constitucional sólo relativamente fuerte y, desde luego, menor que otros bienes jurídicos que son olvidados con demasiada frecuencia.

V. Reflexiones finales y consideraciones de *lege ferenda*

A modo de conclusión y por razones que, en algunos casos, he explicado, pero también por alguna otra, me parece que la actual regulación de la protección penal de los derechos de autor y conexos es deficiente. Aun sin atreverme a proponer una regulación concreta, sí creo que se pueden señalar ciertas directrices, que evidentemente tienen carácter parcial y limitado o provisional, pues las reflexiones contenidas en este trabajo —y algunas otras personales de su autor— sólo abarcan algunos aspectos de la protección penal de los derechos de autor y conexos y las propuestas globales y definitivas de *lege ferenda* sobre la materia deberían basarse en una investigación sobre el conjunto de cuestiones que plantea:

— La ubicación sistemática más correcta de estos delitos dentro de la actual estructura del CP sería, en mi opinión y dada la doble vertiente, personal y patrimonial, de los mismos, a continuación de los delitos contra la libertad y seguridad [y no entre ellos, como proponen BUSTOS (138) y ROLDAN (139)] y justo antes de los delitos contra el patrimonio, tal y como propone ROMEO CASABONA (140). Una ubicación similar debe procurarse en el futuro CP, si es que el mismo llega alguna vez a hacerse realidad (141).

— Conviene diferenciar claramente, como también propone ROMEO (142), las infracciones relativas a facultades eminentemente personales y las relativas a facultades eminentemente patrimoniales, así como, en principio, las agravaciones que correspondan a unas y otras. Los problemas de concurrencia entre unos y otros tipos se resolverán con los principios concursales comunes. Sólo me queda la duda de si no convendría establecer una (hiper)agravación mixta, cuando se vulneren gravemente ambos tipos de facultades, conviniendo quizá

(138) *Adenda PE*, 1989, 25.

(139) *La Ley 1988-2*, 920.

(140) *Poder informático*, 1988, 155.

(141) También aboga por el cambio de ubicación sistemática SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 370, quien considera oportuno buscar una mejor para estos delitos «automatizándose (sic.) respecto de rúbricas generalizadas, comprometidas por inexactas» (vid. también op. cit., 370 n. 2).

(142) *Poder informático*, 1988, 155.

establecer una pena superior a la del concurso, dejando de cualquier modo claro que en tales casos no es satisfactorio acudir al concurso de leyes.

— En lo referente a las infracciones de facultades eminentemente personales, por lo menos cuando se trate de las más importantes de éstas (derecho de divulgación, reconocimiento de la paternidad y exigencia de no modificación sustancial), es adecuado acudir a la protección del Derecho penal, siempre que la infracción sea dolosa, pues se atenta (con consciencia y voluntad) contra algo muy vinculado a la persona del creador, a su libertad y capacidad creadora y a su propia imagen, es decir, porque estamos ante ataques de bastante importancia (por ello se ha de exigir dolo) a un bien jurídico de primer orden. El Derecho penal tiene mecanismos para excluir de su órbita conductas de poca trascendencia que, pese a encontrarse dentro de las señaladas, tengan un escasísimo contenido de antijuridicidad material (por ejemplo, podrá utilizarse el principio de insignificancia).

— También se deberán establecer agravaciones para los casos especialmente graves de lesión relativa a los aspectos personales. No es fácil, desde luego, establecer los criterios demostrativos de tal gravedad y reflejarlos en un tipo, pues se corre el peligro de acudir a fórmulas indeterminadas, como la de la «especial gravedad». En este sentido, señalaré en cualquier caso que me parece que habrá de tenerse en cuenta el grado de difusión de la obra lesionada y, sobre todo, del propio hecho lesivo (gran número y difusión de las copias ilegales, exposición de una obra pictórica o escultórica ante un número elevadísimo de personas, plagio que se convierte en un *best seller*, etc.); también habría que tener en cuenta la propia extensión de la plasmación de la lesión (quizá no sea igual el plagio parcial que el total), etc. (143).

— En cambio, en cuanto a las conductas que atentan contra aspectos eminentemente patrimoniales de los derechos de autor y conexos, al ser en definitiva el bien jurídico de menor rango, habrá que seleccionar más las conductas punibles. La regla general es que, para que una de estas conductas infractoras merezca y necesite la intervención del Derecho penal, habrá que exigir que la misma sea equiparable en lesividad a otras conductas recogidas en los delitos patrimoniales, es decir, que la protección de esta faceta de la propiedad intelectual

(143) La propuesta de VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 258, de convertir, como ocurre en algunos ordenamientos extranjeros, en delitos privados o semipúblicos los atentatorios contra los derechos de autor, si bien sólo cuando afecten a aspectos personales o morales de tales derechos, me parece, cuando menos, muy discutible, como me lo parece el carácter de privados o semipúblicos que tienen los delitos contra el honor en el CP (delitos que menciono, pues en una analogía con los mismos se basa la petición de VEGA VEGA) o, incluso más en general, la existencia de delitos no perseguibles de oficio (crítico también en general frente a esta categoría se manifiesta LUZÓN PEÑA, Protección penal de la intimidad y derecho a la información, en: *ADP 1988*, 61).

se rija por los parámetros valorativos válidos en general para los delitos patrimoniales (144). En concreto, creo que habría que exigir, desde luego dolo (145), pero siempre además ánimo de lucro, como proponen CARMONA (146) y POLAINO (147), y probablemente habría que distinguir entre conductas constitutivas de delito y de falta (148), como ocurre con otras infracciones patrimoniales. Estos tipos básicos no deberían estar conminados con penas superiores a las de los tipos básicos de delitos contra la vertiente personal.

— Se podrían establecer agravaciones específicas de contenido patrimonial, que no deberían por sí mismas conducir a una pena mayor que las de los atentados agravados a las facetas personales. El problema vuelve a ser aquí encontrar los criterios correctos de agravación y no caer en fórmulas vagas e inseguras en la redacción de los tipos. Desde luego ha de tenerse en cuenta la magnitud del perjuicio económico o del beneficio reportado al infractor, naturalmente, siempre que el dolo de éste abarque estas circunstancias, e incluso quizá la trascendencia económica general de la conducta (149).

Hay que reconocer que, si la tarea del legislador nunca es fácil, en estos delitos es más complicada de lo normal. Por ello, quizá haya que disculpar en cierta medida al legislador penal de 1987, quien, probablemente urgido por la propia dinámica legislativa de la nueva LPI y por la necesidad de mejorar la antigua regulación penal [como de hecho lo ha conseguido en algunos aspectos: por ejemplo, el rechazo de la antigua técnica de la ley penal absolutamente en blanco,

(144) Implícitamente alude a esto último CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 244, criticando la actual regulación; y explícitamente lo pide para todos los delitos contra la propiedad intelectual, desde su posición patrimonialista, POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 435.

(145) Así, POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 436 s., apreciación que extiende a todos los delitos contra la propiedad intelectual, que, en su opinión, deben tener siempre contenido patrimonial.

(146) *Propiedad intelectual*, 1988, 197 s., 243, 245, 332; Algunas consideraciones sobre el plagio como modalidad de conducta del nuevo delito contra la propiedad intelectual, en: *RFDUG 12* (1987/1989), 53; *PJ especial IX* (1989), 349.

(147) *PJ especial IX* (1989), 435, de nuevo para todos los delitos contra la propiedad intelectual, desde su posición patrimonialista.

(148) Considera conveniente «la configuración de un tipo de falta» SOTO NIETO, *Pj especial IX* (1989), 379; y pide con carácter general para los atentados penalmente típicos a los derechos de autor la distinción de *lege ferenda* entre delitos y faltas VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 257.

(149) POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 437, pide que, en una futura regulación penal, se tenga en cuenta, además del contenido patrimonial del injusto, «la significación socioeconómica del mismo». Bastante diferente de la realizada aquí es la propuesta de *lege ferenda* de CARMONA, *PJ especial IX* (1989), 349 s., que aconseja la reducción de la regulación a un tipo básico de contenido marcadamente patrimonial (con inclusión en el mismo del ánimo de lucro y quizá del perjuicio patrimonial) y unas agravaciones cuando además se ataquen algunos aspectos morales (subsidiariamente propone otra regulación, de no aceptarse ésta). Pero tampoco coincide mi propuesta con la idea, de signo contrario a la acabada de ver de CARMONA, de ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 920, de considerar correcto que las infracciones personales sean tipos básicos y las infracciones contra facetas patrimoniales sólo sean agravaciones de aquéllos.

o la graduación de las penas, aunque no siempre bien plasmada (150)), estableció una regulación plagada, en mi opinión, de errores técnicos y valorativos. Ello no es óbice para que se inste al legislador futuro a mejorar la regulación y se le intenten ofrecer algunas pautas, desde una posición que, sin pretender tener solución para todo, esté al menos suficientemente razonada.

(150) Aplauden también el sistema de penas diferenciadas CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 362, aunque manifiesta su desacuerdo con la pena del tipo básico; ROMEO, *Poder informático*, 1988, 167; *CPC 35* (1988), 335 s.; ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1987; GIMBERNAT, *PJ especial IX* (1989), 354.

