

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 2/1989, de 20 de abril, precisiones sobre algunos aspectos de responsabilidad civil en delitos contra la propiedad intelectual tras la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre.

Referencia: FIS-C-1989-00002

El delito contra la propiedad intelectual tras la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, se halla regulado en los arts. 534 bis, a); 534 bis, b), 534 bis, c) y 534 ter. Sustituyen al art. 534 cuya última redacción procedía del Código Penal texto revisado de 1963. Desaparecidos los tipos normativos las conductas delictivas hallan expresión directa en el Código, Penal. Mas los conceptos que utiliza la norma no siempre son claros por lo que precisan de una adecuada interpretación. Esto acontece en la construcción de la estructura normativa pero también en tema de responsabilidad civil en donde el art. 534 ter se remite sin más a la Ley de Propiedad Intelectual, también de 11 de noviembre de 1987, que habrá de tenerse en cuenta para la integración de la norma penal.

Resulta obligado que por el Ministerio Fiscal se mantenga el criterio interpretativo derivado de cuanto aquí se expone porque es muy difícil que, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1988, 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).

A) Notas que caracterizan la tipicidad

1. Los tipos penales que hasta ahora protegían la propiedad intelectual eran abiertos, al modo de normas penales en blanco a integrar por disposiciones extrapenales contenidas básicamente en la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 y en su Reglamento de 3 de septiembre de 1880. La estricta tipicidad no sólo era normativa sino que incluso la penalidad se establecía por remisión a otras figuras de delito. Tipos, pues, irregulares, porque tanto los elementos o caracteres del delito como la penalidad había que buscarlos fuera de ellos.

En el Código Penal de 1932 se configura como delito patrimonial incluido en la sección de la estafa consistente en la enajenación, arrendamiento o gravamen de bienes inmuebles fingiéndose dueño (art. 525). Lo mismo acontecía en el Código penal de 1944 para los que cometieran alguna defraudación en la propiedad intelectual (art. 533). Para el Código penal revisado en 1963 (art. 534), aparte de incluirse en una sección propia, la denominación es infracción de los derechos de autor y la pena asignada es autónoma o no referida a la de delitos análogos.

En el nuevo texto la tipicidad es directa y, en lo esencial, descriptiva; prepondera, en efecto, el componente descriptivo aunque concretado conforme a criterios o referencias normativas. Esto es lo que acontece en los artículos que regulan los delitos contra la propiedad intelectual. En ellos están desarrolladas particulares formas de comisión, pero el núcleo del tipo básico de injusto (art. 534 bis, a), no es ajeno a elementos normativos, por lo que para dotar de un exacto

contenido a aquellos términos descriptivos (reproducir, plagiar, distribuir, comunicar públicamente) hay que acudir de modo necesario a la Ley de Propiedad Intelectual, en donde se halla su significado. No se trata, sin embargo, en ningún caso de cláusulas normativas que precisen, de una valoración por parte del intérprete o del juzgador para determinar su contenido, sino de cláusulas normativas de contenido concretamente determinado. En cualquier caso, lo cierto es que, ha desaparecido la remisión directa que los preceptos penales anteriores hacían a la legislación sustantiva sobre propiedad intelectual en general.

2. En cuanto al art. 534 bis, a), describe distintas modalidades de conductas alternativas unidas en ocasiones por la conjunción o, el tipo, estructuralmente, es mixto. Importante es precisar si se trata de un tipo mixto propiamente alternativo o mixto acumulativo. Los primeros son aquellos que están completos por la realización de cualesquiera de las conductas descritas, por lo que si concurren más de una, sólo existirá un delito. Al contrario, en los mixtos acumulativos cada una de las conductas integra un delito, con lo que, si concurren varias, estaremos ante un concurso de infracciones. Parece que a esta última naturaleza corresponde el art. 534 bis, a).

3. Contiene el tipo una referencia subjetiva: la expresión intencionadamente. Ello significa que el injusto no está completo con la simple realización de las acciones que se expresan en el tipo. Es, así, rechazable la comisión culposa. Pero si, además, concurre otra intención, la de lucro, surge un tipo agravado: el del art. 534 bis, b), 1, a). De modo que si la conducta no es intencionada el acto es impune, y si, siéndolo está ausente el ánimo de lucrarse, el comportamiento se conforma con el tipo normal del art. 534 bis, a).

Que la culpabilidad que se requiere no es otra que la dolosa, quedando al margen de lo penal las formas de incriminación culposa, es reconocido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de mayo de 1964, de 15 de diciembre de 1969, de 23 de mayo de 1975, de 27 de abril de 1979 y de 13 de junio de 1987).

4. No se requiere el ánimo de lucro para la conformación del tipo básico. Tal animus origina el subtipo agravado del art. 534 bis, b), 1, a). Tampoco es necesaria la constatación de un perjuicio patrimonial. Como declara la Sentencia de 13 de octubre de 1988 la infracción penal ha de entenderse cometida en cuanto se ataque o lesione el derecho de autor en cualquiera de sus manifestaciones, sin que por lo tanto sea menester para apreciar la consumación del delito la existencia de perjuicio económico. En igual sentido las Sentencias de 8 de mayo de 1971 y 14 de febrero de 1984.

5. Existe un elemento negativo: sin la autorización de los titulares del derecho de autor o de sus cesionarios en los casos en que proceda. La autorización del autor para las conductas de explotación se exige en distintos preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual (arts. 33, 88, 92, 99, etc.) y se concretan en la cesión de los derechos de explotación de la obra, habiendo de constar por escrito y en otro caso puede instarse la resolución de la transmisión (art. 45). La falta de autorización no sólo impide la reproducción, distribución o comunicación pública (arts. 17, 31) sino que es un elemento del tipo delictivo. Ha de preceder a los actos de explotación y emanar del titular del poder jurídico. El consentimiento del titular elimina, pues, la antijuricidad.

Para los titulares de los derechos conexos al de autor (derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas, etc.) también se exige que la autorización para la reproducción y comunicación pública de sus actividades o prestaciones ha de otorgarse por escrito (arts. 102, 109, 113, 116 y 118).

6. Es indiferente, para la protección penal que la obra esté inscrita en el Registro, ya que ésta no tiene carácter constitutivo sino sólo declarativo del derecho. La inscripción no forma parte de la estructura de la tipicidad. Ya lo había establecido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo bajo la vigencia de la legislación anterior: no es precisa la previa inscripción para la efectividad de la protección penal (Sentencias de 19 de mayo de 1964, de 27 de abril de 1979, de 14 de febrero de 1984 y 13 de junio, de. 1987). Y se establece expresamente en el art. 130 de la Ley de Propiedad Intelectual que los derechos de propiedad intelectual podrán ser objeto de inscripción en el Registro.

7. El tipo normal o básico es de mera actividad o de consumación anticipada, al no ser elemento del mismo la producción de un resultado ulterior como puede ser un perjuicio efectivo

patrimonial. No son imaginables las formas imperfectas de ejecución. Sin embargo no participan de esta naturaleza los supuestos agravados para cuya perfección es indispensable que el daño o perjuicio causado revista especial gravedad (art. 534 bis, b), 2, b).

8. El encuadre sistemático del precepto es el mismo que tenía en el anterior marco penal, pues la Ley Orgánica 6/1987 no modifica ni su colocación dentro del sistema -en el título de delitos contra la propiedad- ni la rúbrica de la sección -infracciones contra los derechos de autor-. Lo primero no es totalmente exacto; menos aún lo segundo, 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 art. 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.

9. En la nueva ordenación, a la inversa de lo que sucedía en los anteriores Códigos penales, no todas las infracciones contra los derechos de autor están sujetas al mismo tratamiento punitivo. Al contrario, se recogen diversas figuras de delito y con distinta penalidad en los arts. 534 bis, a), 534 bis, b), 1 y 534 bis, b), 2. De otra parte están ya perfectamente delimitadas las responsabilidades penales y civiles.

B) *Formas de comisión de las infracciones contra la propiedad intelectual*

Tanto la doctrina como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 27 de abril de 1979, de 14 de febrero de 1984, de 30 de mayo de 1984, de 13 de junio de 1987 y de 13 de octubre de 1988) distinguen dos formas perfectamente diferenciadas de comisión en armonía con la declaración del art. 2.º de la Ley de Propiedad Intelectual de que la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial. Una es ideal (el plagio) y otra material (las llamadas explotaciones usurpatorias). Las primeras atentan al moral o personal de autor, cuyas facultades recoge el art. 14 de la Ley de Propiedad Intelectual. Las segundas, a las facultades patrimoniales de disposición y explotación, que comprenden los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación (art. 17 de la Ley de Propiedad Intelectual).

Las conductas que describe el art. 534 bis, a), constitutivas del tipo normal o básico son las de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente en todo o en parte una obra o transformarla o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio. El párrafo segundo del art. 534 bis, a), agrega el hecho de importar, exportar o almacenar tales obras.

1. Infracciones al contenido moral del derecho de autor: el plagio

El art. 534 bis, a), sanciona el hecho de plagiar, en todo o en parte, una obra, su transformación o una interpretación o ejecución artística. Por su parte el art. 534 bis, b), apartado c) configura el plagio como violación del derecho moral del autor (art. 14 de la Ley de Propiedad Intelectual) o del artista o intérprete (art. 107 de la Ley de Propiedad Intelectual), que consiste en la acción de «usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución». Plagio es, pues, la apropiación ideal de la obra o interpretación ajena, o como dice el Tribunal Supremo (Sentencia de 27 de abril de 1979), plagio es aquella conducta en que «se suprime y prescinde del creador de la obra, poniendo a otro en su lugar, siendo la persona más bien que la cosa la que sufre el atentado, perpetrado por el plagiarlo, al ser aquélla la que desaparece, permaneciendo la obra más o menos incólume». En fórmula descriptiva, la Sentencia de 14 de febrero de 1984, dijo que plagio es comportamiento que «trata de copiar la obra original o auténtica ya sea de una manera servil o falsificación ya de manera que induzca a error sobre la autenticidad o imitación, y ya sea de modo total o parcial la suplantación tiende a presentar como propia una obra ajena para aprovecharse de la fama y mérito intelectual de su autor».

El plagio total de una obra literaria o artística no ofrecerá dificultades probatorias. Sí la simulación en parte de la originalidad de la creación intelectual o plagio parcial, sobre todo cuando con relación a la totalidad de la obra es de poca entidad; supuestos estos en que los límites de la tipicidad de la responsabilidad por plagio serán, en cada caso, apreciados a través

de prueba pericial para determinar si constituyen acción plagiaría antijurídica o si por el contrario la identidad de los materiales o ideas de una obra ajena no tienen esa entidad. A esta prueba ha acudido la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En unas ocasiones para concluir que no existía plagio parcial; así la Sentencia de 7 de abril de 1965 estimó que no es suficiente, para integrar tal modalidad de plagio la similitud del título de un cuplé porque la música y el contenido eran distintos. Y en otras para entender que existía plagio parcial; en este sentido las Sentencias de 23 de mayo de 1975 y 30 de mayo de 1984. La primera apreció plagio en quienes cambiando la armonía, el contrapunto y el carácter poético de la canción, reprodujeron una romanza de la zarzuela «La Tabernera del Puerto». La otra sentencia citada, condenó por plagio porque sobre el estuche que contenía las cintas magnetofónicas y sobre la versión fonográfica, se reproducían, respectivamente, la imagen de un conocido cantante español y una imitación servil de su voz.

Así como el plagio está mencionado en dos momentos -art. 534 bis a), y 534 bis b), 1, c)- el Tribunal Supremo declara (Sentencias de 14 de febrero de 1984 y 30 de mayo de 1984) que en el plagio se da una doble conducta delictiva: La usurpación de la personalidad intelectual que ataca el elemento espiritual y subjetivo del derecho de autor, y la defraudación que ataca el elemento patrimonial de aquel derecho, y que, a su vez, presenta una doble vertiente, el ataque al patrimonio del autor y el perjuicio que puede causarle al público, engañado con la suplantación, doble ofensa que ya se comprende puede darse también en el plagio si la copia se utiliza con fines lucrativos.

2. Infracciones al contenido patrimonial del derecho de autor

El *ius disponendi* concedido por el art. 428 del Código Civil al autor de una obra literaria, científica o artística comprende la explotación de las mismas y la concreta disposición a su voluntad; estos mismos términos se utilizan también en el art. 2.º de la Ley de Propiedad Intelectual al disponerse que los derechos que reconoce esta Ley «atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra». Las formas de explotación o uso de una obra son las relacionadas en el art. 17 de la Ley de Propiedad Intelectual: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. La violación o infracción de cada uno de estos derechos están considerados en el art. 534 bis a), como específicas formas de comisión:

a) Reproducción

En su objetividad el tipo delictivo consiste en reproducir una obra o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte. Según el art. 18 de la Ley de Propiedad Intelectual por reproducción se entiende «la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella». El medio o soporte en que queda fijada la obra puede ser tangible o intangible como se reconoce en el art. 10 de la Ley de Propiedad Intelectual. Medio o soporte para la reproducción, es, pues, el vehículo empleado para difundir las creaciones originales. Los medios tradicionales para difundir son los impresos, dibujos, grabados, etc.; el desarrollo tecnológico ha producido gran variedad de medios de difusión: fotografías, fotocopias, microfilms, cintas de cassette de sonido, disco de microsurco, cintas de vídeo, etc. o medios informáticos que permiten almacenar cualquier información codificada en forma numérica (disquete de ordenador, cinta magnética de ordenador, disco óptico o compact disc).

No siempre la reproducción sin autorización es acto ilícito penal. No constituyen delito, entre otros casos, la reproducción de obras ya divulgadas para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa (art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual); tampoco la reproducción para fines de investigación no lucrativa con los requisitos que prevé el art. 37 de la LPI. Una excepción está representada por los programas de ordenador, ya que la reproducción del programa, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular del derecho de explotación (art. 99.2 de la LPI). Se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma (art. 4 de la LPI).

b) Distribución

Otra de las formas de explotación de una obra -independientes todas ellas (art. 23 LPI)- es la distribución. Este derecho -cuyo desconocimiento tipifica el art. 534 bis, a)- se atribuye no sólo al autor sino también a otros titulares de derechos conexos, y comprende (art. 19 de la LPI) la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma.

No se menciona este derecho entre los que corresponden al artista, intérprete o ejecutante (art. 102.1 de la LPI); sí se atribuye a los productores de fonogramas (art. 109), y a los de grabaciones audiovisuales (art. 113).

c) *Comunicación pública*

Es comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas (art. 20.1 de la LPI). En particular, los actos de comunicación pública son los que enumera el art. 20.2. Se hallan entre ellos los clásicos de representaciones escénicas o teatrales, proyección de películas cinematográficas y exposiciones de obras de arte.

Otras formas de comunicación pública son la emisión, la transmisión y la retransmisión de obras. La emisión es siempre inalámbrica o por espacio aéreo (radio, televisión, satélite). La transmisión es la comunicación por cable o algún otro medio físico; puede por tanto, al ser conceptos distintos, autorizar el autor la emisión y no la transmisión, pero esta idea desaparece en el art. 36.1 de la LPI, conforme al cual la autorización para emitir una obra comprende la transmisión por cable de la emisión. Retransmisión, por su parte, significa que recibida una señal de cualquier clase, -inalámbrica o no- se vuelve a transmitir pero por entidad distinta:

a') La emisión es la difusión de sonidos, de imágenes o de sonidos e imágenes por ondas electromagnéticas propagadas en el espacio sin guía artificial con el fin de recepción a distancia por el público en general. Esta difusión puede hacerse por vía terrestre o sirviéndose de un satélite, circunstancia esta última que debe ser contemplada en la autorización, pues aunque el concepto de emisión comprende la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación (art. 20.2, c) de la LPI), el tratamiento jurídico es diverso según se esté en presencia de una emisión terrestre, una emisión por satélite de radiodifusión o una verificada por satélite de telecomunicación (llamado también de servicio fijo).

Los satélites de radiodifusión (denominados de radiodifusión directa) permiten la recepción de las señales por el público sin la intervención de una entidad intermediaria, y dado que esa recepción se produce en un amplio territorio (huella del satélite), cubriendo incluso varios países, la autorización para emitir deberá prever dicho territorio (art. 43 LPI), pues, en otro caso, la emisión no puede considerarse lícita.

En el caso de los satélites de telecomunicación o de servicio fijo intervienen, al menos, dos entidades, la de emisión de la señal al satélite y la que la recibe del mismo y la pone a disposición del público en forma apta para su recepción (bien por cable o por ondas hertzianas). En este supuesto si los titulares de la obra han autorizado a la segunda entidad, la autorización a la primera deviene ineficaz, quedando además exenta de todo pago (art. 36,2)

b') La transmisión es la operación por virtud de la cual las señales portadoras de esos sonidos, imágenes o imágenes y sonidos, producidas electrónicamente, son difundidos por cable o por cualquier otro dispositivo conductor a los fines de su recepción por el público. Esas señales pueden tener su origen en una emisión de radio o televisión o constituir un programa propio de la entidad que lleva a efecto esta operación.

En todo caso, la transmisión de cualquier obra al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, se trata de un acto de comunicación pública (art. 20.2, d) que ha de ser considerado en sí mismo, independientemente del origen de las señales conducidas, y que precisa de la autorización del autor. Normalmente se habla de cable para hacer referencia al cable coaxial, que permite enviar señales de televisión; la fibra óptica es un cable especial que envía señales en forma óptica en lugar de eléctrica y puede transmitir televisión y cualquier otro tipo de información,

Sin embargo, en el supuesto de transmisión de una emisión: de radio o televisión efectuada simultánea e íntegramente por la entidad de origen y sin exceder la zona geográfica prevista en la autorización para emitir, esta autorización comprende, dicha transmisión (art. 36.1); es decir, en esta hipótesis excepcionalmente no es necesaria una autorización específica para la transmisión.

c') Otro acto de comunicación pública es la retransmisión, operación que ha de entenderse como la emisión (inalámbrica) o transmisión (por cable, fibra óptica, etc.) simultánea de la obra radiodifundida o televisada por entidad emisora o transmisora distinta de la de origen (art. 20.2, e). Una redifusión «en diferido» no es una retransmisión sino una emisión o transmisión, según sea inalámbrica o por cable, y en estos casos además del derecho de comunicación pública, queda afectado el derecho de reproducción, sin que la entidad de radiodifusión pueda invocar la facultad que le confiere la Ley (art. 36.3) para registrar la obra por sus propios medios y para sus propias emisiones inalámbricas al objeto de realizar por una sola vez la comunicación pública de aquélla, ya que se trata de una «regrabación» efectuada a partir de una emisión de otra entidad, lo que implica aprovecharse de los servicios de la emisora de origen.

También dice la Ley cuándo la comunicación no es pública: no se considera pública cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (art. 20.1, párrafo segundo). Esta norma indirectamente confirma que los llamados «videos comunitarios» tienen el carácter de comunicación pública. Lo mismo el art. 25.3 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones 31/1987, de 18 de diciembre. Dice esta disposición que no tendrá consideración de televisión la emisión o transmisión de imágenes realizadas por instalaciones que sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público presten servicio en un vehículo, en un inmueble o en una comunidad de propietarios o en una manzana urbana de fincas colindantes. Se obtiene de este contenido que siempre que los videos comunitarios cuyos cables invadan el dominio público (cruzando calles por ejemplo) se considerarán como televisión y por tanto comunicación pública, por lo que para difundir una obra determinada se precisará la autorización de los respectivos titulares del derecho.

En los «videos comunitarios» los particulares adquieren el derecho a recibir las emisiones (por lo general películas cinematográficas) mediante el pago de una cantidad periódica y otra fija por su conexión a la red de distribución. O como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1987 (Sala Quinta) refiriéndose a Videos comunitarios más restringidos: «consisten en la distribución por medio de cable, de emisiones de televisión procedentes de un aparato reproductor de vídeo conectado a los aparatos de televisión de los domicilios existentes en un mismo bloque o bloques de casas, integrantes de una comunidad de vecinos».

d) *Transformación*

Otro derecho de explotación cuya infracción se recoge en la formulación típica del art. 534 bis, a) es la transformación de la obra; está definido en el art. 21.1, de la LPI y comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. Es, pues, ilícita toda transformación que no cuente con la autorización del autor; mas como quien transforma una obra literaria, artística o científica (traducciones, adaptaciones, arreglos, revisiones, etc.) con autorización, se convierte en titular de derechos sobre la obra derivada o resultado de la transformación (arts. 11 y 21.2 de la LPI), que coexisten con los del autor originario, estas transformaciones sucesivas pueden dar lugar a una obra en colaboración (art. 7 LPI) o a una obra compuesta o sin la colaboración del autor de la obra preexistente (art. 9.1), siendo en este caso necesario para los actos de explotación las autorizaciones del autor originario y la del autor de la obra nueva.

e) *Particularidades de las infracciones al contenido patrimonial de los derechos conexos*

Cuanto se ha expuesto en relación con el contenido patrimonial de los derechos de autor, es válido en general para los derechos de igual carácter reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas, los de grabaciones audiovisuales, las entidades de radiodifusión y los editores de obras inéditas caídas en dominio público (art. 122 LPI). Sin

perjuicio de las precisiones señaladas al tratar de algunos de los indicados derechos, hay que advertir que las cuatro primeras categorías de titulares (arts. 102, 109, 113 y 116) carecen del derecho de transformación, y que los artistas intérpretes o ejecutantes y las entidades de radiodifusión no tiene atribuido el de distribución (arts. 102 y 116) sobre sus respectivas prestaciones.

f) *Importación, exportación o almacenamiento*

El párrafo segundo del art. 534 bis, a) incrimina a quien, sin autorización, intencionadamente, importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones. La conducta forma parte del derecho de distribución. Pero, de modo expreso, sólo está reconocido al productor de fotogramas. Se le atribuye el derecho de distribución y establece el art. 109.2 de la LPI que este derecho «comprende especialmente la facultad de autorizar la importación y exportación de copias de fonogramas con fines de comercialización». En su literalidad esta facultad no está conferida por la Ley a los demás titulares del derecho de distribución. Al autor originario, implícitamente, sí, pues en el acto de transmisión de los derechos de explotación puede limitarla a un ámbito territorial determinado (art. 43.1 y 2 de la LPI). Pero el derecho de distribución, como modalidad del derecho de explotación, corresponde además a los cesionarios del autor (art. 42) y en particular al editor (art. 58) incluido el de obras musicales y dramático-musicales (art. 71), al productor de obras audiovisuales (art. 88.1) y a los de grabaciones audiovisuales (art. 113). ¿Significa ello que la facultad de autorizar la importación o exportación sólo se reconoce al autor y a los productores de fonogramas?. En este caso el radio delictivo sería muy limitado. La interpretación literal debe rechazarse. El art. 534 bis, a) párrafo segundo está concebido en tono de generalidad. La conducta que describe es punible siempre que se realice «sin la referida autorización», y en el párrafo anterior del art. 534 bis a), la autorización procede «de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios». Así, exportación e importación en cuanto actividades instrumentales de la distribución o comercialización, no son legítimas sin que preceda autorización de los respectivos titulares de los derechos, para comercializar los ejemplares fuera del ámbito estricto previsto.

El otro verbo del tipo delimitador de la acción es almacenar. Se trata, obviamente, del almacenamiento o depósito de obras o interpretaciones artísticas importadas o a exportar ilícitamente.

El comportamiento típico de este párrafo segundo del art. 534 bis, a) puede plantear, en su aplicación, algunas dificultades.

La primera es si la concurrencia de las acciones delictivas, atribuidas a una misma persona, de los incisos primero y segundo del art. 534 bis, a), no sitúa ante conductas copenadas en el marco de algunos de los tipos de concurso de infracciones. Parece que es posible la aplicación de los arts. 69 y 71 del Código penal.

Y otra es la de si la importación y exportación, y sobre todo el almacenamiento de obras, producciones o ejecuciones realizadas por un tercero extraño a las conductas de reproducción ilegal, pero en auxilio del autor de éstas o en beneficio propio, deberán ser penadas siempre conforme al art. 534 bis, a) párrafo segundo, o podrían integrarse en alguna forma de encubrimiento o receptación. La solución negativa ha de acogerse. De una parte, porque el art. 534 bis, a) aparecería como Ley especial respecto al art. 17.1 y 2 del Código penal; y de otra porque el tipo del art. 534 bis a) está completo sin la obtención de beneficios económicos, y si los tipos cualificados del art. 534 bis, b) sí incluyen el ánimo de lucro y el perjuicio patrimonial, no pueden considerarse como delitos contra el patrimonio como requiere el art. 546 bis, a) del Código penal.

C) *Titulares de la protección jurídica en el art. 534 bis, a) o sujetos protegidos*

Las conductas que se relacionan en el tipo básico son delictivas sólo cuando se realicen sin la autorización «de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios» (art. 534 bis, a), inciso último de su primer párrafo). Expresión esta última con la que se afirma la existencia de titulares directos u originarios del derecho y titulares derivados o por transmisión. Nada más se especifica. Para integrar este elemento e interpretarlo ajustadamente, deberá acudir, una vez más, a la Ley de Propiedad Intelectual determinar si

existe coincidencia entre las personas que en ella aparecen como titulares de los derechos personales y patrimoniales que reconoce y los sujetos abstractamente protegidos por la norma penal. Por lo pronto, hay que señalar qué sujetos protegidos en el art. 534 bis, a) no son sólo los titulares del derecho de autor o creador originario de la obra, a los que se refiere el Libro I de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, sino también los titulares de otros derechos de propiedad intelectual distintos de los atribuidos al autor -los llamados derechos conexos- o vecinos de los que se ocupa el Libro II de aquella Ley; esta conclusión se extrae del texto del art. 534 bis, a) en cuanto alude a los titulares de «los correspondientes derechos de propiedad intelectual», que según el mismo recaen no sólo sobre la obra en sí sino también sobre su interpretación o ejecución artística. Serán así sujetos protegidos a efectos penales los titulares del derecho de autor en sentido estricto y los titulares de otros derechos de propiedad intelectual afines al derecho de autor. También por supuesto, sus respectivos cesionarios. Llegados a este punto y ante la variedad de sujetos protegidos penalmente es preciso individualizar al menos los más caracterizados.

1. Titulares originarios del derecho de autor y sus cesionarios

Es autor la persona natural que crea una obra literaria, artística o científica (art. 5.1 LPI) pero de la protección concedida al autor pueden beneficiarse en determinadas circunstancias (ediciones de obras colectivas, por ejemplo) las personas jurídicas (arts. 5.2 y 8).

Al subrogarse en los derechos de explotación del autor están tutelados por la norma penal los cesionarios, en exclusiva de estos derechos, no los cesionarios sin exclusividad (art. 50.1) por cuanto son los primeros los que están facultados, salvo pacto en contrario, para otorgar autorización no exclusiva a terceros, y en todo caso gozan de legitimación, independientemente del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se les haya concedido (art. 48).

Las formas de transmisión inter vivos de los derechos patrimoniales integradores del derecho de autor se concretan frecuentemente en los contratos de edición, representación o ejecución musical y producción de obras audiovisuales (art. 57). Cabe también la transmisión de esos derechos como consecuencia de un contrato de trabajo, en cuyo caso el empleador cuando no exista estipulación escrita goza de la presunción (*iuris tantum*) de haber adquirido en exclusiva del autor los derechos de explotación de la obra creada en ejecución de tal contrato, si bien con el alcance necesario para el ejercicio de actividad habitual de aquel, en el momento de la entrega de dicha obra (art. 51.2).

Por el contrato de edición se ceden al editor los derechos de reproducir la obra y distribuirla (art. 71), razón por la cual el editor será uno de los cesionarios del derecho de propiedad intelectual que ampara el art. 534 bis, a) siempre que esos derechos hayan sido transferidos en exclusiva. Y como al cesionario del contrato de representación teatral y ejecución musical se le confiere tanto el derecho de representar o ejecutar públicamente una obra como el de comunicación pública de la misma (art. 74) es obvio que le alcanza la tutela penal durante el plazo de vigencia del contrato, cuando los citados derechos se le hayan transmitido en exclusiva.

En las obras cinematográficas y demás audiovisuales, son autores (art. 87) el director, realizador, los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos, así como los de las composiciones musicales creadas especialmente para la obra. Los derechos sobre estas obras en cuanto son resultado unitario de la colaboración corresponde a todos ellos (art. 7). Mas por el contrato de producción de la obra audiovisual (art. 88) se presumen cedidos en exclusiva al productor los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, con lo que aquél tiene la cualidad de cesionario que protege el art. 534 bis, a). Y lo mismo ocurre en relación con los derechos de explotación de las obras preexistentes adaptadas o transformadas para la obra audiovisual (art. 89.1). Sin embargo, cuando se trate de una obra cinematográfica, esa presunción *iuris tantum* no alcanza a la explotación de la obra en videogramas o a través de la radiodifusión (art. 88.1, párrafo segundo), debiendo acreditar el productor haber adquirido los correspondientes derechos en su contrato con los autores.

Los programas de ordenador son también objeto del derecho de autor (art. 10. 1 apartado i), con lo que la efectiva tutela penal dispensada por el art. 534 bis, a) se extiende a ellos, así como a los cesionarios en exclusiva de los derechos de explotación (art. 98 LPI).

2. Titulares del derecho de autor por transformación de la obra

Como los autores de obras originales los autores de obras derivadas (arts. 11 y 12 LPI) gozan también de protección penal.

3. Titulares de derechos conexos al de autor y sus cesionarios

Ya antes de la vigente legislación sobre propiedad intelectual la protección penal de los denominados derechos conexos al de autor se asimiló a la del derecho de autor por obra de la jurisprudencia. Así las sentencias de 14 de febrero de 1984 y 30 de mayo de 1984.

a) *Artistas intérpretes o ejecutantes de una obra*

Aparte del derecho moral al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones y a oponerse a toda deformación (art. 107 LPI) les corresponde el derecho exclusivo, de autorizar la reproducción y la comunicación pública de las mismas (art. 102.1), sin perjuicio de que cuando celebren un contrato para realizar un fonograma o una obra audiovisual se entiendan necesariamente cedidos aquellos (art. 102.3) al productor (art. 103). La reproducción y comunicación pública de los mismos a través de cualquier medio sin la oportuna autorización halla encaje directo con el art. 534 bis, a), así como la usurpación del nombre del artista en alguna interpretación o ejecución está tipificado en el art. 534 bis, b, 1, c). Ahora bien, cuando la infracción de los derechos de reproducción o de comunicación de los artistas se efectúe a partir de un fonograma o de una grabación audiovisual realizados mediante contratos con ellos, los titulares legitimados para perseguirla no serán los artistas. de las interpretaciones o ejecuciones fijadas, sino los productores con los que éstos hayan contratado (y sus cesionarios), ya que en virtud de esos contratos los aludidos derechos han pasado al patrimonio de tales productores (art. 102.3).

Pero ¿quiénes se incluyen entre los artistas intérpretes o ejecutantes? De modo genérico en el tipo normal del art. 534 bis, a) únicamente hallamos los términos titulares de los derechos derivados de interpretaciones y ejecuciones artísticas. Por su parte la Ley de Propiedad Intelectual individualiza entre ellos tan sólo al director de escena y al director de orquesta, más expresando en general que aquel concepto alcanza (art. 101) «a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra». Aplicando estas normas a la práctica puede decirse que, en el caso de la música vocal, el artista intérprete es el cantante y los ejecutantes son los instrumentos, el grupo o la orquesta que le acompañe; ejecutantes son también todos los músicos que se dedican a servir de apoyo, de soporte sonoro musical, a las grabaciones que realizan cantantes (líricos, de ópera o de otro tipo). En el caso de un director de orquesta, el director es el intérprete y la orquesta conforma la figura del ejecutante, cualesquiera sea su número.

b) *Otras personas o entidades protegidas*

La protección penal abarca no sólo al autor de la obra y, a sus intérpretes o ejecutantes. También a las personas o entidades productoras de fonogramas, de grabaciones audiovisuales, a las entidades de radiodifusión y a los editores de obras inéditas caídas en dominio público.

- Productores de fonogramas. Como se extiende el art. 534 bis, a) a las interpretaciones y ejecuciones artísticas fijadas en cualquier tipo de soporte, es claro que alcanza a las fijadas en un soporte fonográfico (discos, cassettes) siempre que sean distribuidas, reproducidas o comunicadas públicamente sin autorización del productor de los fonogramas, que es el titular de estos derechos según establecen los arts. 102.3, 109 y 110 de la LPI en los contratos de interpretación para realizar un fonograma o primera fijación sonora de la ejecución de una obra (art. 108).

- Productores de grabaciones audiovisuales. La Ley define como productor de esta clase la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de la fijación de un

plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales (art. 112). Así, estos productores, pueden beneficiarse de la protección penal por un doble concepto: como titulares originarios de un derecho conexo sobre la grabación (fijación), que les faculta para autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública (art. 113), y como cesionarios de los autores, en virtud del correspondiente contrato de producción, cuando esa grabación consista en una obra audiovisual. Lógicamente en el radio de esa protección se encuentran los derechohabientes de los indicados productores.

- Entidades de radiodifusión. Respecto de sus emisiones y transmisiones, las entidades de radiodifusión tienen el derecho exclusivo de autorizar la retransmisión, la grabación de cualquier soporte sonoro o visual y su reproducción, así como la comunicación pública de dichas emisiones o transmisiones cuando se efectúen en lugares a los que el público acceda mediante el pago de una entrada (art. 116). La consecuencia es que toda reproducción o retransmisión de las emisiones o transmisiones sin autorización son hábiles para incardinarse en el tipo que define el art. 534 bis, a), así como la comunicación no autorizada de unas y otras cuando se realice en lugares a los que el público acceda mediante el pago de una entrada.

4. Los extranjeros titulares de derechos de autor y conexos

El art. 10.4 del Código Civil establece que los derechos de propiedad intelectual se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la Ley española sin perjuicio de lo establecido por los Convenios y Tratados internacionales de los que España sea parte. Y la Ley de Propiedad Intelectual extiende su ámbito de protección no sólo a los autores artistas intérpretes o ejecutantes, productores fonográficos y audiovisuales y editores de obras inéditas ya en dominio público españoles, sino también a los extranjeros (arts. 145.1, 146.2 y 147.1). El tratamiento dado en la Ley es distinto según se trate del derecho moral de autor o de los derechos de explotación.

Con relación a los derechos de explotación hay que distinguir:

Los extranjeros con residencia habitual en España, están plenamente protegidos, pues gozan de los mismos derechos que los españoles, ya se trate de autores (art. 145.1, a), de productores, intérpretes o ejecutantes (art. 146.2, a) o de entidades de radiodifusión (art. 148.1).

Los extranjeros que no tengan residencia habitual en España (autores, productores de fonogramas, grabaciones audiovisuales, realizadores de meras fotografías y editores de obras inéditas) están protegidos respecto de las obras publicadas por primera vez en territorio español o dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan sido en otro país, pero con ciertas restricciones si no existe trato de reciprocidad (arts. 145.1, b) y 174.1. b). También los artistas intérpretes o ejecutantes ostentan los mismos derechos que los españoles cuando la interpretación se efectúe en territorio español o sea grabada en un fonograma o en un soporte audiovisual o se incorpore a una emisión de radiodifusión protegidas por la Ley (art. 146.2, b), c), d) sin que en este caso haya restricciones.

El derecho moral de autor es reconocido cualquiera sea la nacionalidad del titular (art. 145.4).

En tema de extranjeros han de tenerse en cuenta los Convenios y Tratados internacionales ratificados por España en materia de propiedad intelectual (arts. 10.4 del Código Civil y arts. 145.3, 146.3, 147.2 y 148.2 de la Ley de Propiedad Intelectual).

Con relación al derecho de autor ofrecen una particular importancia los siguientes instrumentos internacionales: el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886, cuya última revisión es de 24 de julio de 1971, y la Convención Universal de Ginebra de 6 de noviembre de 1952 sobre los derechos de autor, revisada, también en París el 24 de julio de 1971. Ambos Convenios establecen el principio de asimilación al nacional del autor convencional por virtud del cual este último se beneficia de la protección que nuestra Ley concede a los autores españoles, incluso de aquellos derechos que no le estén reconocidos en la legislación del país de origen de la obra art. 5.4 del Convenio de

Berna arts. II y IV de la Convención Universal de Ginebra, con la salvedad del plazo de duración del derecho (arts. 7.8 del Convenio de Berna y IV.4 de la Convención de Ginebra).

En orden a los derechos conexos España sólo tiene ratificado el Convenio de 29 de octubre de 1971 para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, por lo que la protección específica de los extranjeros artistas, productores de obras audiovisuales, entidades de radiodifusión y editores de obras inéditas caídas en dominio público, se rigen exclusivamente por las disposiciones de la legislación española.

D) *Objeto del delito*

En el área del art. 534 bis, a) se incluyen las obras, las prestaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes y las de carácter técnico organizativo de los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales y de las entidades de radiodifusión. Tanto las obras como las mencionadas prestaciones, con independencia de su naturaleza -creativa radicalmente las primeras, mediadora entre el autor y el público la de los artistas y técnica las restantes ofrecen una individualidad formal y una posibilidad de goce simultáneo y plural a través de su multiplicación material y su difusión por medio de las energías que las hacen protegibles con separación del soporte físico al que se hayan incorporado. En este sentido vale para todas ellas la distinción tradicional entre *corpus mysticum*, la creación intelectual ya realizada y *corpus mechanicum* o resultado creador que se materializa en un sustrato fáctico (libros, dibujos, discos, etc.), quedando protegidos los derechos de autor y otros afines pero no los soportes materiales de las obras, interpretaciones o ejecuciones.

Figuran en el art. 534 bis, a) como objeto material de la acción -que es el mismo sobre el que recae la propiedad intelectual- las obras literarias, artísticas o científicas, así como las interpretaciones artísticas fijadas en cualquier tipo de soporte o comunicadas públicamente a través de cualquier medio. Son objeto de la propiedad intelectual que tutela el art. 534 bis, a), «todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte tangible o intangible actualmente conocido o que se invente en el futuro» (art. 10.1 inciso inicial de la LPI). unas son obras originales (las del art. 10) y otras obras derivadas (arts. 11 y 12: traducciones, adaptaciones, arreglos, colecciones). El art. 10 de la LPI especifica, sin carácter limitativo, los objetos sobre los que recae la propiedad intelectual. Unas veces se refiere a las obras y otras a su soporte. Tienen un amplio radio las actividades creadoras, pues, aparte las obras literarias y científicas, se hallan en él las artes plásticas (pintura, escultura, fotografía), composiciones musicales, obras cinematográficas audiovisuales, arquitectónicas y programas de ordenador. Que el art. 10 no es exhaustivo se obtiene de las siguientes citas que vienen a completarle. El art. 94 agrega las obras radiofónicas; el art. 112 las grabaciones audiovisuales y el art. 118 las meras fotografías. Y la protección se extiende, como ya quedó anotado, a las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes (arts. 101-107) siempre que se hayan incorporado a algún soporte (fonograma, videograma, grabación audiovisual) o se hayan comunicado por cualquier medio (emisión de radio o televisión), con lo que se tutelan, indirectamente, los fonogramas, grabaciones audiovisuales y emisiones de radiodifusión en los que tales actuaciones se han fijado o difundido.

E) *Los tipos agravados*

Son los contenidos en el art. 534 bis, b). En unos casos -art. 534 bis, b), 1- la penalidad se eleva desde la pena de multa de 30.000 a 600.000 pesetas a la de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.500.000 pesetas. Y en otros -art. 534 bis, b), 2- la pena es de prisión menor, multa de 50.000 a 3.000.000 de pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido.

De otro lado, los comprendidos en los apartados b), c) y d) del art. 534 bis, b), 1 representan un ataque al derecho moral de los titulares de los derechos de propiedad intelectual derivados del llamado «derecho de paternidad». El relacionado en el apartado a) de aquel artículo lo mismo que los descritos en los párrafos a) y b) del art. 534 bis, b), 2 constituyen ataques al derecho patrimonial del autor.

La actividad delictiva es la misma que se prevé para el tipo básico: «realizar cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior» (el 534 bis, a) que ya ha sido analizado. A ella se agregan estas circunstancias:

1. Infringir el derecho de divulgación del autor (art. 534 bis; b), 1, b)

Este derecho, como los demás de carácter moral, irrenunciable e inalienable, está reconocido fundamentalmente en el art. 14, 1 y 2 de la LPI. Corresponde al autor decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, así como determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo o anónimamente. Ahora bien ¿cuándo puede decirse que se ha infringido el derecho de divulgación? Atendido el concepto de divulgación contenido en el art. 4, inciso primero de la LPI, cuando sin consentimiento del autor se haga accesible la obra por primera vez al público de cualquier forma.

Afecta el derecho de divulgación a la primera facultad que corresponde al autor una vez terminada su obra: resolver sobre si la divulga (el llamado derecho al inédito). Vigente este derecho puede el autor eliminar su obra, modificarla o reelaborarla, por lo que en tanto no se extinga con el ejercicio del derecho de publicación, nadie puede obligarle a divulgar la obra. Si la infracción del derecho de distribución o reproducción de la obra ya divulgada es capaz de desencadenar el tipo de injusto del art. 534 bis, a), la infracción del derecho moral de divulgación se encuadra en el tipo cualificado del art. 534 bis, b), 1, b).

2. Usurpar la condición de autor de una obra o de parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución (art. 534 bis, b), 1, c)

Aquí hallamos dos situaciones distintas que protegen, respetivamente, el derecho de autor y el conexo que corresponde a los intérpretes o ejecutantes. Es una sanción a la infracción de los derechos de paternidad intelectual atribuido a aquellos titulares. Así, el art. 14.3 de la Ley de Propiedad Intelectual expresa que al creador intelectual le corresponde el derecho a exigir el reconocimiento de su condición de autor de una obra; y el art. 107 establece que el artista, intérprete o ejecutante, goza del derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones ejecuciones.

a) Usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella

Plagio usurpativo o suplantación de la personalidad del autor, es el término empleado para referirse a estas conductas por las sentencias de 14 de febrero de 1984 y 30 de mayo de 1984, que han ampliado el concepto tradicional de plagio -que al centrarse en la obra no implicaba la usurpación de la cualidad de autor o intérprete- hasta comprender en él el hecho de atribuir una obra propia a un autor, no siendo sin embargo de su creación, con el fin de aprovecharse de su fama y mérito.

b) Usurpar el nombre de un artista en una interpretación o ejecución

Las sentencias antes citadas se refieren de modo específico a esta modalidad de plagio usurpativo, afirmándose que se halla en el tipo agravado no la conducta estricta de plagio, (aprovecharse de la paternidad de la creación ajena) sino el hecho de atribuir públicamente la autoría propia al artista creador de la producción intelectual.

La sentencia de 30 de mayo de 1984 valoró como suplantación de la personalidad los siguientes hechos: una entidad adquirió en exclusiva la reproducción fonográfica de canciones de un determinado intérprete musical, creando una versión mezcla conjuntada de la voz y la letra de la canción que la dieron singularidad. Otra casa fonográfica ordenó la fabricación de cassettes con aquellas canciones interpretadas por distinta voz y con distinto acompañamiento orquestal, pero haciendo en la interpretación del cantante y en el conjunto de la impresión discográfica una perfecta imitación de la versión anterior, presentando así la cinta apócrifa como si se tratara de la grabación original a lo que contribuía un dibujo del rostro de este artista.

La sentencia de 14 de febrero de 1984 incluyó también en esta forma de plagio la fabricación de cintas magnetofónicas con canciones, que creó un artista no obstante haber cedido este en exclusiva a otra empresa toda clase de grabaciones; las cintas de la empresa

usurpadora, a pesar de alguna variante en la presentación, en su conjunto daban la impresión de ser las originales, cuando en realidad habían sido interpretadas por otro cantante y en ese falso sentido fueron promocionadas y vendidas.

No concurren, sin embargo, los caracteres de la modalidad del plagio de grabaciones sonoras en las nuevas versiones de interpretaciones musicales, presentadas como propias, en forma parecida a la del artista creador originario pero sin hacerse pasar por éste (las llamadas *cover version*).

3. Modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor (art. 534 bis, b), 1, d)

Otra faceta del irrenunciable derecho moral de autor es el derecho a la integridad o inalterabilidad del resultado creador. Está reconocido para el autor en el art. 14.4.º y 5.º de la LPI y halla dos manifestaciones. Una es la de exigir el respeto a la integridad de la obra, impidiendo cualquier deformación, modificación o alteración que suponga perjuicio para sus intereses o menoscabo a su reputación. Y otra es modificar él mismo la obra pero respetando los derechos adquiridos por terceros.

También al artista, intérprete o ejecutante, se le reconoce el derecho de oponerse a toda deformación o mutilación sobre su actuación que lesiona su prestigio o reputación (art. 107, inciso segundo). Al mismo tiempo para los autores de obras audiovisuales se establece (art. 92.2.º) que cualquier modificación de la versión definitiva, supresión o cambio de cualquier elemento de la misma necesitará autorización.

De cuanto antecede se desprende que el derecho a la integridad queda vulnerado, tratándose del que corresponde a los autores, ante cualquier deformación o modificación, y el de los artistas, intérpretes o ejecutantes, ante toda deformación. Sin embargo el nacimiento del tipo agravado no se produce con cualquier deformación o modificación, sino que se condiciona a que la modificación sea sustancial. No toda modificación, por tanto. Sólo la sustancial, esto es la que suponga modificar una parte importante o fundamental de la obra o interpretación o ejecución artística.

4. Obrar con ánimo de lucro (art. 534 bis, b), 1, a)

Este ánimo va referido a las conductas de reproducción, distribución o comunicación pública, tales como reproducciones ilegítimas de obras, fonogramas o videogramas para su enajenación o alquiler y utilizaciones no autorizadas de esas obras y soportes en emisiones de radio o televisión, videos comunitarios y discotecas.

Como estas conductas de explotación usurpatoria muy raramente se producen sin estímulos económicos, el subtipo que aparece en este artículo como agravado o singular, en la práctica realmente será lo que normalmente acontezca.

5. Otros subtipos especialmente agravados

Frente a los subtipos de protección personalista se hallan otros en que, partiendo del ánimo de lucro, el perjuicio económico es elemento esencial. En su configuración el desvalor del resultado tiene una especial relevancia, que se proyecta en la imposición de la pena, que es diversa y más grave no sólo que la del tipo básico sino también que la de otros subtipos que lesionan derechos morales del autor. Nos estamos refiriendo al art. 534 bis, b), 2, a) y b). En ellos en la penalidad -aparte la mayor entidad de las penas privativa de libertad y pecuniarias- se incluye la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con, el delito cometido y el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. Para que tal consecuencia punitiva se produzca es necesario que al realizar cualesquiera de las conductas típicas del art. 534 bis, a) se obre con ánimo de lucro y además concorra alguna de estas circunstancias: a) Que la cantidad o valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica. b) Que el daño causado revista especial gravedad.

La especial gravedad del daño lo mismo que la especial trascendencia económica el objeto del delito (cantidad o valor de las copias ilícitas) diferencian el tipo básico de los cualificados pero sin que tales índices hallen una descripción típica. Se presentan así como conceptos

jurídicos indeterminados cuya concreción es facultad del juzgador, y que en el futuro, con la vigencia de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, escapará a la uniformidad interpretativa al ser obra atribuida en exclusividad a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Estas mismas circunstancias -las que recoge el art. 534 bis, b), 2- u otras de análogo significado gramatical, son tenidas en cuenta en diversos lugares del Código como motivos de agravación en los delitos patrimoniales. Así, en el art. 506.8 se atiende a la especial gravedad del objeto de la sustracción y a la especial consideración de los daños producidos; en el art. 516.3 se ponderan la especial gravedad de los efectos sustraídos y la especial consideración de los perjuicios; y el art. 529.7 se fija también en la especial gravedad atendido el valor de la defraudación. Mas lo cierto es que la literalidad no es absolutamente idéntica. En estos artículos la especial gravedad se predica del objeto o valor de lo sustraído o defraudado, y la especial consideración se refiere a los daños y perjuicios. En tanto que en el art. 534 bis, b), 2, la especial gravedad califica al daño causado y la especial trascendencia al objeto (las copias ilícitas). Siendo esto así la continuada Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la especial gravedad de lo sustraído, apropiado o defraudado, o sobre la especial consideración de los daños, no es referencia trasladable automáticamente a los tipos agravados en análisis; a la misma conclusión se llega si observamos que la especial gravedad individualizadora de la agravación no se ha cifrado en el mismo quantum para los delitos de hurto, robo y estafa.

En el primero de los subtipos -art. 534 bis, b), 2, a)-- bastará con el dato objetivo de apreciación directa de la cantidad o valor de las copias ilícitas. Muchas copias ilícitas o pocas pero de gran valor. Dada la alternatividad de las expresiones en una de ellas se pondera la cantidad y en otra la calidad. La trascendencia económica no equivale a la producción de un efectivo daño o perjuicio valorable económicamente producto de la ilícita reproducción (fonogramas, videos, reprografías), pues la gravedad del daño sólo es exigible en el art. 534 bis, b), 2, b). Luego un perjuicio patrimonial concreto no condiciona la aplicación del subtipo.

En el art. 534 bis, b), 2, b), sí se precisa la cuantificación de un daño. Y de un daño de especial gravedad. Aun cuando acudiendo a otras normas penales (arts. 101 y 104) pueden diferenciarse daños y perjuicios por su contenido, pues el primero de los conceptos se refiere al daño efectivo y actual (daño emergente), y el de perjuicios al lucro cesante, entendemos que el término daños abarca las dos especies; el Código no lo emplea aquí en sentido restringido o técnico, y así puede observarse en los artículos citados antes (506.8 516.3) que tienen relación con el art. 534 bis, b), 2, ya que para referirse a un mismo concepto en un caso se dice «daños de especial gravedad» y en otro «perjuicios de especial gravedad».

F) *La responsabilidad civil*

La responsabilidad civil va aparejada a cualesquiera de los tipos delictivos que hemos examinado, ya se trate de aquellos que suponen una explotación usurpatoria o de los atentados al derecho moral de autor. A la responsabilidad civil se refiere el art. 534 ter del Código penal para señalar que la «derivada de los delitos tipificados en los arts. 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». En este orden, el art. 123 de la Ley de Propiedad Intelectual enumera las acciones que corresponden al titular de los derechos de autor ante la infracción de los mismos. Una es la que va dirigida al cese de la actividad ilícita del infractor y está regulada en el art. 124 de la Ley de Propiedad Intelectual. Otra es la encaminada a exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados y está desarrollada en el art. 125. Y, por último, la que tiene por finalidad solicitar con carácter previo la adopción de medidas cautelares de protección urgente, de la que se ocupan los arts. 126 y 127.

Y si del art. 534 ter, como hemos visto, se desprende que en tema de responsabilidad civil son de aplicación al campo penal los arts. 124 y 125 sobre cese de actividad ilícita e indemnización de daños y perjuicios, del art. 128 de la Ley de Propiedad Intelectual obtenemos que las medidas cautelares previstas en el art. 126 podrán ser acordadas en las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley.

Resulta, pues, que no sólo para la adecuada formulación de la estructura de los tipos, sino también para fijar el contenido de la responsabilidad civil y acordar medidas urgentes de protección haya que acudir a la Ley de Propiedad Intelectual.

Dos cuestiones hay que tratar aquí. Una es la relativa a las medidas cautelares que pueden adoptarse en los procesos por delitos contra los derechos de autor y su tratamiento jurídico, y otra la de la extensión y contenido de la responsabilidad civil derivada de la acción penal.

1. Medidas cautelares

En el orden civil las medidas cautelares se instan, bien al tiempo de la incoación del proceso o antes de que en virtud de demanda se ejerciten las acciones de cese de la actividad ilícita o de indemnización de daños y perjuicios, pues la ley legítima al titular de los derechos de autor para solicitar «con carácter previo la adopción de medidas cautelares de protección urgente» (art. 123, párrafo segundo).

Recogidas las medidas cautelares en el art. 126 de la Ley de Propiedad Intelectual, con ellas se pretende neutralizar o prevenir las situaciones de riesgo para el titular del derecho de autor que se producirían de continuar la actividad infractora (*periculum in mora*); y por otro lado, en cuanto formas de ejecución provisional anticipada aseguran la futura realización del derecho, en peligro adelantando, provisionalmente, algunos de los efectos propios de la resolución definitiva, por lo que no es aventurado afirmar que el procedimiento en que se adoptan puede considerarse sujeto a condición resolutoria.

Evidentemente es presupuesto necesario para la adopción de toda medida cautelar no sólo una sumaria *cognitio* de hechos, sino acreditar la existencia del derecho (el llamado doctrinalmente *fumus boni iuris*). El objeto básico de las mismas es la paralización o suspensión de la actividad ilícita mientras se sustancia el proceso y la eliminación de los efectos producidos por aquella. De ahí que el art. 126 de la Ley considere como medidas cautelares la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, el secuestro del material empleado para la reproducción y comunicación pública, así como el de los ejemplares producidos y utilizados, y la intervención o depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita y de las cantidades debidas. Los dos tipos primeramente citados anticipan efectos de la sentencia referentes al cese de la actividad ilícita y el último adelanta la indemnización.

a) *El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública*

En virtud de resolución judicial es perfectamente legítima la medida de secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información (art. 20.5 de la Constitución). Es el secuestro un acto de ocupación material limitado del *ius disponendi* que consiste en la privación de la posesión sobre la totalidad de los efectos e instrumentos provinientes del delito, siendo estos puestos a disposición de la autoridad judicial legitimada para acordarla.

Uno de los temas que deben tratarse aquí es el de la extensión y límites del secuestro en las infracciones contra el derecho de autor, materia cuya interpretación no deja de ofrecer dificultades.

La medida de secuestro ordenada en el art. 126.3 no es una novedad. Está prevista también para otros tipos delictivos. En particular para todos aquellos cometidos por medio de la prensa u otros medios de difusión, ya sean sonoros o fotográficos, En el art. 816 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el secuestro se limita a los ejemplares del impreso o la estampa El art. 3.º de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, da mayor amplitud al secuestro, en cuanto dispone que los Jueces podrán acordar el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produce la actividad delictiva, al iniciar el procedimiento por delitos cometidos a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares.

En el art. 126.3 se hace referencia al secuestro de efectos e instrumentos del delito. Pero así como puede abarcar a todos los efectos -los ejemplares producidos o utilizados- no se

comprenden en él la totalidad de los medios o instrumentos empleados para la realización delictiva, pues, aquél se contrae al material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública, con lo que implícitamente se está declarando la insecuestrabilidad de los instrumentos utilizados en actividades ilícitas que no sean la reproducción o la comunicación pública.

Pero dado que en la órbita del art. 126.3 estén todos los efectos, procede declarar si en el giro de ejemplares producidos o utilizados han de incluirse sólo los ejemplares gráficos o también los sonoros. Aunque la expresión ejemplares en el lenguaje usual se aplica preferentemente a las publicaciones, que se identifican con impresos (copias de un libro, folleto, escrito, etc.), la secuestrabilidad debe predicarse, de todos los ejemplares cualesquiera sea su naturaleza física -impresos o no- derivados del objeto del delito. Luego serán objeto de secuestro no sólo los ejemplares derivados de las infracciones que atenten a obras literarias, sino también los que provengan de obras científicas y artísticas ya estén representados por las artes plásticas (copias de pinturas, grabados, etc.) por la fijación sonora de la ejecución de una obra o por la fijación de un plano o secuencia de imágenes (discos, cassettes, videos, películas, etc.).

Otra cuestión: es secuestrable el material empleado para la reproducción o comunicación pública ¿pero cuáles son esos materiales? Si a la reproducción es esencial la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias (art. 18 de la Ley de Propiedad Intelectual), el material utilizado para la reproducción de ejemplares ilícitos será el que se relaciona en el art. 124.1, d), esto es, los moldes, planchas, matrices y negativos. En orden al material empleado para la comunicación pública sobre el que puede recaer también el secuestro, el art. 124.1, e) especifica algo más y dice los aparatos utilizados. Luego si el art. 20.2 expresa que son actos de comunicación pública en sentido legal, los aparatos objeto del secuestro serán los destinados a tales comunicaciones susceptibles de aprehensión.

b) La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda

Con esta medida se paraliza la actividad infractora. Es provisional y limitada temporal y cualitativamente, pues no se trata de una suspensión general o indeterminada de la actividad que desarrollen las personas o entidades responsables de la ilícita reproducción o comunicación pública; y es temporal, por cuanto según los resultados de la investigación llevada a cabo en el proceso penal en que se adopte puede alzarse o convertirse en suspensión definitiva.

Sólo alcanza, pues, a la concreta actividad relacionada con la conducta infractora, sin que, en ningún caso suponga precinto o cierre del medio. Suspensión únicamente de la actividad ilegítima, básicamente reprográfica, fonográfica o audiovisual. Y de la comunicación pública. Pero no suspensión de la empresa editorial ni de las productoras de fonogramas o grabaciones audiovisuales. Sólo la edición, emisión o grabación determinada.

Objetivamente tiene mayor extensión que la medida de secuestro pues la suspensión alcanza a una actividad, la de distribución, que no está en la órbita individualizada del secuestro.

c) La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate, o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración

Se pretende con esta medida cautelar asegurar el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Materialmente, atendido el momento en que se acuerda, se trata de un secuestro; si se quiere de segundo grado o secuestro impropio, porque puede tener contenido no real sino simplemente obligacional (las remuneraciones debidas). Así como el art. 126.3 se refiere al secuestro de los ejemplares producidos o utilizados, el art. 126.1 contempla la ocupación (intervención) y subsiguiente depósito de los ingresos, o cantidades obtenidas por la explotación ilícita de los derechos de autor y de las debidas aún en concepto de remuneración. Estamos, pues, ante un secuestro si no de los objetos creados directamente por la actividad ilícita (*producta sceleris*), sí de sus sustitutos, representado por el precio procedente de la infracción ya ingresado o a ingresar en el patrimonio del infractor. Quedan así intervenidos no

sólo las cosas que constituyen el producto de la ilícita actividad, sino cualquier ventaja patrimonial recibida como contraprestación por el infractor, es decir todo provecho, lucro o ilícita ganancia obtenida por la acción delictiva (*fructus sceleris*).

d) *Cuestiones que plantean la adopción de las medidas cautelares previstas en el art. 126 de la Ley de Propiedad Intelectual*

Estas medidas, como ya se dijo, tienen proyección práctica en los procesos penales (art. 128, párrafo primero de la Ley de Propiedad Intelectual), que dada la penalidad prevista para los delitos tipificados en los arts. 534 bis a) y 534 bis b) del Código penal, será el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. En el ámbito procesal-penal se nos presentan varias cuestiones no siempre de fácil solución interpretativa.

a') Legitimación para solicitar estas medidas en el proceso penal. ¿La ostentan sólo los titulares del derecho de autor y sus conexos y los cesionarios respectivos? ¿O procede adoptarlas ante cualquier denuncia por infracción de los derechos de autor que dé lugar a la iniciación de diligencias previas, incluida la que pueda provenir del Ministerio Fiscal? En el orden civil, si no directamente determinados, son fácilmente determinables los legitimados para instar las medidas, ya que corresponde a «los titulares de los derechos reconocidos en esta Ley» (art. 126 párrafo inicial de la Ley de Propiedad Intelectual). En el orden jurisdiccional penal no hay dudas de la legitimación plena y general de las entidades de gestión de derechos de explotación, porque el art. 135 de la Ley expresa que están legitimadas para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Si la denuncia proviniera de un tercero totalmente extraño a la titularidad del derecho violado, al menos algunas de las medidas de referencia (las del art. 126.3) pueden acordarse, porque los arts. 334 y 338 de la LECr permiten la intervención y depósito a disposición judicial de los efectos e instrumentos del delito. Cuando ejercite la acción el Ministerio Fiscal, ya sea en forma de denuncia o de querrela, pueden solicitarse y adoptarse por la autoridad judicial la totalidad de las medidas que se comprenden en el art. 126, porque tanto el art. 781 de la LECr como el 3.5.º del Estatuto autorizan al Ministerio Fiscal para solicitar del Juez de Instrucción la adopción de las medidas cautelares que procedan, sin distinguir entre medidas cautelares personales y reales; lo no permitido al Ministerio Fiscal es decidir directamente en la investigación iniciada por él, la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos (art. 5 del Estatuto en relación con el 785 bis de la LECr).

b') Momento procesal de la adopción de medidas cautelares. En caso de infracción consumada del derecho, las medidas se pueden solicitar y adoptar con carácter previo al ejercicio de las acciones civiles del cese de la actividad ilícita y de indemnización de daños materiales y morales; esta afirmación se extrae tanto de la remisión que el art. 127, párrafo primero hace al art. 1428 de la LEC -conforme al cual las medidas cautelares pueden solicitarse antes de entablarse la demanda- como porque el propio art. 127.1 así lo reconoce. Pero la solicitud de adopción de medidas puede ser también previa a la infracción del derecho de autor, pues de una parte, dice el art. 126 párrafo inicial que pueden decretarse «cuando exista temor racional y fundado de que esta -la infracción- va a producirse de modo inminente», y de otra, el art. 127.1 las supedita a la existencia de «indicios racionales» de que vaya a producirse. Así, las medidas cautelares son previas a una eventual y futura infracción siempre que ésta pueda presentarse como inminente (especie de *actio damni infecti*) y previas a la iniciación de un específico proceso ulterior.

¿Estas dos posibilidades de adopción previa de las medidas provisionales urgentes tienen encaje en el proceso penal? Ni el temor ni los indicios, aun racionales, de que la infracción del derecho de autor vaya a producirse pueden integrar eficazmente el contenido de una denuncia o de una querrela, pues estas no se construyen con eventuales hechos antijurídicos. Una querrela de tales características no tendría más destino que la desestimación automática (art. 313 de la LECr), y las denuncias de esa misma naturaleza desembocarían, desde luego, en el archivo, tanto si se presentaran ante la autoridad judicial competente (art. 269 de la LECr), como si se formularan ante el Ministerio Fiscal (art. 5. del Estatuto y 785 bis 1, de la LECr), pues su admisión a trámite y la subsiguiente apertura del proceso están condicionadas siempre a que los hechos objeto de las mismas revistan en aquel momento caracteres de delito.

Si los posibles hechos futuros no legitiman la admisión de denuncias, ni, en consecuencia, la adopción de medidas cautelares, debe rechazarse también su adopción, aún provisional, por el anuncio de que después se formulará denuncia, aunque de por sí ya es difícil distinguir entre manifestación de voluntad interesando la adopción de medidas que no constituyan una denuncia, porque en aquél han de constar unos hechos de los que se desprenda la infracción del derecho. ¿Y antes de presentarse querrela, y tras el anuncio de ésta, son posibles algunas de las medidas cautelares? El art. 273 de la LECr permite al particular, antes de formalizar querrela, solicitar de la autoridad judicial o de funcionarios de Policía, que se practiquen las primeras diligencias necesarias para hacer constar la verdad de los hechos. Entendemos que la adopción de medidas cautelares a prevención no encaja en el concepto de primeras diligencias. Si se resuelve en admitir la querrela no porque los hechos no sean constitutivos de delito sino porque el Juez se considere incompetente o por defectos formales esenciales, tampoco podrá resolverse a prevención sobre las medidas cautelares, dado que su adopción está subordinada a la estimación.

En definitiva, si en el proceso civil están permitidas las medidas cautelares urgentes anteriores a la presentación de la demanda con un plazo de caducidad muy breve (arts. 127 LPI y 1428 LEC), tales medidas no pueden anticiparse al acto de iniciación de un proceso penal. En estos, el auto de admisión es constitutivo para la apertura y la adopción de medidas cautelares. El *dies a quo* de las medidas cautelares coincide con el momento de la apertura de un proceso penal.

c') Sobre el carácter potestativo o imperativo de la adopción de las medidas una vez iniciado el proceso penal. ¿Necesariamente se superponen apertura y concreción de medidas hasta el punto de que en aquel auto deben acordarse, sin más, las solicitadas? ¿Su adopción, tras la apertura, es una facultad del Juez instructor o un imperativo que ha de subseguir a toda denuncia o querrela que provoque la formación de un procedimiento por infracción de los arts. 534 bis a) o 534 bis b)? O lo que es igual, si al iniciarse un proceso penal, el acto de adopción de medidas debe ser entendido como una facultad que se concede al Juez (medidas discrecionales) o si debe ser imaginado como un imperativo (medidas automáticas) que se impone al Juez en cuanto decida incoar el procedimiento. En el primer caso, el Juez puede optar entre adoptarlas o no; en el segundo la opción estriba en iniciar o no el sumario, pero si la elección se resuelve con la iniciación del procedimiento, las medidas son ineliminables. En el orden civil se trata de una mera facultad -la autoridad judicial «podrá decretarlas», dice el art. 126 primer párrafo de la Ley- y este mismo tratamiento tendrán en el proceso penal, así se obtiene del art. 128 párrafo primero cuando afirma que las medidas cautelares podrán ser acordadas en las causas criminales. Pero dado que la decisión del Juez sea la de acceder a la petición de medidas ¿deberán acordarse todas? La Ley, de modo expreso, no dice que, conjuntamente, deban adoptarse todas las del art. 126, sino sólo que podrá decretar aquellas que según las circunstancias fueren necesarias para la protección urgente de los derechos infringidos y «en especial» las que inmediatamente después se enumeran. Parece que resuelta la opción de acordarlas en sentido positivo, deben decretarse todas, pues suponen el complemento necesario que garantiza el efectivo cese de la violación del derecho y asegura al menos parte de las reparaciones civiles.

2. El cese de la actividad ilícita y la indemnización de daños y perjuicios

Como acciones específicas protectoras de los derechos de propiedad intelectual se recogen en el art. 123 de la Ley la dirigida al cese de la actividad ilícita del infractor y la tendente a exigir la indemnización de daños materiales y morales. Pueden ejercitarse, según las circunstancias, conjunta o separadamente. La primera de ellas impone un no hacer al demandado, y es una acción propiamente de condena. La segunda es una acción de resarcimiento y su pretensión se concreta en un dar. Mas en el ámbito del proceso penal constituyen, de modo conjunto, el contenido de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra el derecho de autor (art. 534 ter del CP).

a) El cese de la actividad ilícita del infractor

La extensión del cese de la actividad ilícita a que se refiere el art. 124.1 presenta dos facetas. Una se contrae al cese de la actividad de reproducción y otra a la distribución y comunicación pública. Así como la suspensión de la explotación infractora y la prohibición de

reanudarla (art. 124.1, a), b) unidas a la inutilización de los moldes, planchas, matrices y negativos (art. 124.1, d), impiden la reproducción, la retirada del comercio de ejemplares ilícitos (art. 124.1, e) obstaculizan las actividades de distribución y comunicación pública. Es claro, pues, que la extensión del cese de la actividad ilícita estará, en cada caso, determinada por la modalidad delictiva que se haya imputado.

a') Las medidas cautelares del art. 126 y las medidas que conllevan el cese de la actividad ilícita del art. 124.1, son virtualmente coincidentes, mas debería haber superposición total. Por dos razones. En primer lugar, porque si las primeras, acordadas durante el procedimiento, pretenden evitar de modo provisional un daño posible al titular del derecho, por los mismos medios las segundas, ahora ya en la Sentencia, tienden a impedir el daño o lesión de modo definitivo, con lo que la única diferencia sería que nota característica de las primeras es su provisionalidad y la de las segundas su sentido definitivo. Y en segundo término, porque otra de las funciones de las medidas cautelares propias es asegurar los efectos del proceso, en el cual el cese de la actividad ilícita plena forma parte de la responsabilidad impuesta al condenado. De igual modo que permitir durante el procedimiento la circulación de los efectos objeto de la actividad infractora conduciría a la inejecución del comiso o destrucción de los mismos, la falta de suspensión de la actividad ilícita no evitaría la continuidad en la producción del daño.

El paralelismo, antes anotado, de las medidas cautelares adoptadas con carácter de urgencia para anticipar provisionalmente los efectos de la resolución ulterior las medidas definitivas que se materializan en el cese de la actividad, tiene las siguientes manifestaciones:

- La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos del art. 124.1, c) se conforma con el inciso primero del art. 126.3 referente al secuestro de ejemplares producidos o utilizados. En el primer precepto se prevé, además, la destrucción de ejemplares y no en el segundo, porque aquella medida al ser definitiva y acordarse en la Sentencia, equivale al comiso de los efectos del delito, que es una pena accesoria.

- La inutilización y, en su caso, la destrucción de los instrumentos (moldes, planchas, matrices, negativos) utilizados en la reproducción ilícita (art. 124.1, d) equivale al secuestro del material empleado para la reproducción del art. 126.3.

- La remoción (destrucción) o precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada del art. 124.1, e) se corresponde con el secuestro del material empleado para la comunicación pública (art. 126.3).

- La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública del art. 126.2, está confirmada por la posterior definitiva suspensión de la explotación infractora (reproducción, comunicación, distribución) y su prohibición de reanudarla del art. 124.1, a) y b).

b') Mas si existe una gran analogía entre la estructura objetiva de las medidas del art. 126 y las que integran la actividad ilícita que ha de cesar (art. 124.1), los efectos de unas y otras son distintos en cuanto distintos son los conceptos de secuestro de los efectos e instrumentos (medida cautelar) y el comiso de los efectos e instrumentos (medida definitiva) con la categoría de pena accesoria a la que van unidas las consecuencias patrimoniales del art. 48 del Código penal:

- En el art. 124.1 la incautación u ocupación de los efectos e instrumentos es definitiva, en tanto que en el art. 126 el secuestro es provisional.

- En el art. 124.1 presupuesto indispensable para su adopción es la conclusión del proceso penal por Sentencia firme; en el art. 126 basta con la apertura del procedimiento.

- Con las medidas patrimoniales del art. 124.1 se produce la privación de la propiedad, bien sea para proceder a la transmisión a un tercero o a la inutilización o destrucción; en el art. 126 hay sólo privación de la posesión para garantizar el cese de una actividad contraria a los violados derechos de autor.

- Las medidas cautelares se extinguen con la resolución que ponga fin al proceso penal iniciado si aquélla es liberatoria de responsabilidad, ya lo sea de modo provisional

(sobreseimiento) o definitivo (sentencia absolutoria), atribuyéndose entonces el poder de disposición a quien se privó de la posesión salvo los supuestos excepcionales de los arts. 635 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si la resolución es atributiva de responsabilidad penal con la extinción de las medidas provisionales surgen otras, ya definitivas, cual es el comiso o pérdida de los efectos provenientes del delito y de los efectos con que se hubiere ejecutado. Ya se expuso que tanto el art. 126.1 como el 126.3 representan supuestos de secuestro. Pues bien, al coincidir el objeto del secuestro con el de comiso, la modalidad de éste consistente en el cese de la actividad ilícita del art. 124.1 -que es la confirmación de las medidas cautelares integradas en el secuestro- debería tener los mismos efectos asignados al comiso común o general en el art. 48 del Código Penal. Y lo cierto es que no es así. En el art. 48 el comiso supone, con relación a los efectos e instrumentos, la venta si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado, pero si su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal podrá no decretarse el comiso (comiso facultativo) o no decretarse en su totalidad (comiso parcial); y si los efectos e instrumentos fueren de ilícito comercio se inutilizarán. Por su parte el art. 124 establece la destrucción de los ejemplares ilícitos (art. 124.1, c) -concepto que no se identifica con efectos de ilícito comercio del art. 48 del Código penal- la inutilización, y en caso necesario, la destrucción de los instrumentos destinados a la reproducción de ejemplares ilícitos (art. 124.1, d), así como la destrucción de los aparatos utilizados, en la comunicación pública (art. 124.1, e); y a instancias del infractor, la destrucción o inutilización sólo lo será en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita (art. 124.2). Por último, si con el producto de la venta en el art. 48 del Código penal se atiende a las responsabilidades civiles del penado figurando en lugar preferente la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios (art. 111.1.º del Código penal), en el art. 124.3, y a cuenta de la indemnización de daños y perjuicios, se faculta al titular del derecho infringido para pedir la entrega in natura, y a precio de coste, de los efectos e instrumentos.

c') El art. 534 ter del Código penal prevé la aplicación de todas las medidas sobre el cese de la actividad ilícita a los delitos tipificados en los arts. 534 bis, a) y 534 bis, b). Se separa de la individualización que de ellas hacen los arts. 124 y 126 de la Ley de Propiedad Intelectual, el último párrafo del art. 534 bis, b) del Código penal, al establecer, exclusivamente para los subtipos agravados del art. 534 bis, b), 2 -especial trascendencia económica de las copias ilícitas y especial gravedad del daño causado- que el Juez podrá decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado.

Los arts. 126.2 y 124.1, a) de la Ley de Propiedad Intelectual -uno con carácter provisional y el otro de modo definitivo- ordenan la suspensión de la actividad o explotación infractora. Es desconocida en esta Ley como medida dirigida al cese de la actividad ilícita el cierre de la industria o establecimiento, pero el Código penal lo autoriza cuando en ellos se haya ejercido la actividad que dio lugar a la apreciación de los tipos agravados. El cese, aún definitivo, de la actividad infractora, es medida rebasada en sus consecuencias por la de cierre de la industria o establecimiento en que se haya desplegado la actividad objeto de sanción penal. No se trata aquí de la suspensión parcial de las actividades de la empresa o establecimiento sino de su cierre o clausura. No, por ejemplo, de determinadas emisiones sino de las emisoras, no la actividad fonográfica concreta sino de la editorial fonográfica, no supresión de proyecciones cinematográficas y representaciones artísticas sino cierre de los establecimientos.

Se trata de una facultad. El Juez podrá decretarla, dice la norma. Es preciso aclarar cuál es el radio de esta facultad. Cabe pensar que es amplio: puede acordar o no la clausura. O entender que es más estricto: la clausura siempre se acordará pero puede optarse por el cierre temporal o por el definitivo. En este último caso el cierre es preceptivo con lo que la facultad se reduce a la duración del cierre. Entendemos que la facultad conferida abarca la posibilidad de acordar o no acordar el cierre al modo previsto, en los arts. 344 bis, b), 344 ter y 546 bis, d), y distinto a la formulación del art. 452 bis, d), 2 en la que el cierre es imperativo y la discrecionalidad se proyecta sólo sobre la temporalidad o definitividad.

Si se opta por un cierre temporal el plazo está absolutamente indeterminado. Se trata de una facultad absolutamente discrecional del Juez, pero que, como índice, podría tenerse en cuenta el plazo entre dos y cinco años que aparece en el artículo 534 bis, b), 2 para la inhabilitación especial referida al ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido.

Otras cuestiones sugiere este precepto.

Una es si la vulneración o infracción de la sanción que consista en la apertura ilegítima del establecimiento clausurado supone quebrantamiento de condena. La tesis positiva se fundamenta en que el cierre de la industria o establecimiento forma parte de la condena aunque su naturaleza, atendido el art. 27 del Código Penal, no es formalmente, una verdadera pena. Lo mismo cabe decir para las hipótesis de apertura a nombre de otra persona en virtud de traspaso o de venta del negocio o industria.

De la naturaleza material de pena que debe asignarse al cierre, puede concluirse que únicamente podrá adoptarse cuando titular del establecimiento o industria delictiva sea el autor del delito, pero si este fuera un arrendatario el cierre lo sería para la continuidad en la industria de éste, sin que se prive al propietario del *ius disponendi*. Que sólo procede el cierre cuando concurren en una misma persona las condiciones de responsable del delito y titular dominical del establecimiento o industria, se desprende de los términos del precepto objeto de interpretación al referirse al cierre «de la industria o establecimiento del condenado».

Para el supuesto en que se imponga el cierre definitivo, es de señalar que se ha omitido un precepto -necesario por lo demás- paralelo, por ejemplo, al del art. 347 bis, que en los casos de cierre provisional o definitivo de los establecimientos, puede el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

b) *Indemnización de daños y perjuicios*

Es otra de las acciones reconocidas a los titulares de los derechos de autor y sus conexos (art. 123 de la Ley de Propiedad Intelectual), cuyo contenido desenvuelto principalmente en el art. 125, tiene aplicación inmediata en los procedimientos penales (art. 534 ter del Código penal).

Fuera del art. 125 también se regulan aspectos relacionados con la responsabilidad civil. Una indemnización al menos parcial, se consigue por la vía de la transformación de las medidas cautelares y de la efectividad del cese de la actividad ilícita, pues si con la ocupación a disposición del perjudicado de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita se asegura un cumplimiento limitado de la obligación de indemnizar (art. 126.1), el titular del derecho infringido también puede pedir, a cuenta de la indemnización, la entrega de los ejemplares ilícitos, así como el material y aparatos empleados para la reproducción y comunicación públicas (art. 124.3).

Pero, de modo específico, se ocupa de esta materia el art. 125 de la Ley:

a') Al daño material o patrimonial se alude en su párrafo primero. Aunque la indemnización de daños y perjuicios comprende el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener (art. 1.106 del Código Civil), en realidad en este art. 125 más que de daños materiales, efectivos, actuales o emergentes (valor de las pérdidas sufridas), vienen a fijarse los criterios que determinan el lucro cesante o ganancias dejadas de obtener. Dispone, en efecto, que podrá optar el perjudicado como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita y la remuneración o precio que hubiere percibido de haber autorizado la explotación.

Mas entendemos que la indemnización debe rebasar el lucro cesante. Puede ocurrir que la violación del derecho de autor no cause daños, sino que produzca incluso beneficios para el titular, en cuyo supuesto, ciertamente, no puede hablarse de acción de resarcimiento; pero si ha habido una intromisión o explotación ilegítima de un derecho ajeno, con lo que, independientemente del quantum del posible menoscabo patrimonial, el infractor debe todo el valor obtenido por su intromisión, debiendo restituir la totalidad de aquello con que se ha enriquecido o lucrado injustificadamente o sin título. Es cierto que en los artículos del Código penal reguladores de la responsabilidad civil derivada del delito, el contenido de ésta es exclusivamente de resarcimiento: los daños y perjuicios causados (arts. 101-104), lo que no autoriza la restitución de la totalidad del valor o lucro obtenido por el infractor. Pero no sólo por el principio del enriquecimiento injusto estimamos pertinente la restitución del íntegro lucro ilícitamente obtenido, sino también por la remisión que hace el art. 534 ter a la Ley de

Propiedad Intelectual en temas de indemnización de daños y perjuicios; en el art. 125 inciso primero, se rebasa el lucro cesante regulándose una forma de restituir el enriquecimiento total (pagar la remuneración que se hubiere percibido por la autorización de la explotación). Aparece así perfilada la separación entre indemnización de daños y la restitución del valor de lo ilícitamente obtenido, pues de otro modo se originaría un enriquecimiento injusto para el infractor.

b') Al daño moral o extrapatrimonial está dedicado el párrafo segundo del art. 125. Según su tenor «en caso de daño moral procederá su indemnización, aún 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».

Implícitamente viene a distinguirse entre daños puramente morales («aún no probada la existencia de perjuicio económico») y daños morales impropios, o patrimoniales indirectos, porque la lesión de los valores inmateriales que comportan los derechos de autor trasciende al patrimonio. Ambos son resarcibles, pero en los daños morales en estricto no es exigible justificar un perjuicio económico. Por esta razón, en ellos la determinación o graduación del dinero del dolor (*pecunia doloris*) será distinta a la de los daños morales indirectamente económicos, además en los daños morales puros no existe una indemnización propiamente dicha o equivalente mensurable, sino que más bien se persigue compensar al perjudicado por el menosprecio a su personalidad.

A la satisfacción moral de los daños morales alude el artículo 534 bis, c) del Código penal: el Juez podrá decretar la publicación de la Sentencia condenatoria, a costa del infractor, en un periódico oficial.

Las bases para determinar o valorar el perjuicio económico se hallan también en el art. 125. El criterio tenido en cuenta es bastante más especificativo que el de los arts. 103-104 del Código penal,

Aunque en el art. 125, párrafo segundo, uno de los índices en la valoración del daño moral es el «grado de difusión ilícita de la obra», ello no significa que sólo sean titulares de esta indemnización los autores en sentido estricto, sino que también lo serán los artistas, intérpretes o ejecutantes de la obra. Y, es más, como el daño moral no es, en todas sus formas, la reparación proporcional al derecho moral del autor o del artista, los titulares de la acción indemnizatoria o reparadora por daño moral no son únicamente los titulares del derecho moral infringido, sino también los de los derechos de explotación.

Madrid, 20 de abril de 1989.- El Fiscal General del Estado.