



LA PROTECCIÓN DE LAS CREACIONES DE LA INTELIGENCIA¹

THE PROTECTION OF THE CREATIONS OF INTELLIGENCE

JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA²

Universidad de Extremadura

Recibido: 14/09/2021

Aceptado: 18/11/2021

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda la necesidad de proteger las creaciones de la inteligencia, que se manifiesta, de un lado, en la tutela de la propiedad industrial y, de otro, en la defensa de los derechos de autor. Como cuestión previa a una respuesta rigurosa sobre los modos de protección, se impone la necesidad de analizar la naturaleza jurídica de estas dos clases de propiedades especiales. Con la propiedad industrial se trata de proteger las creaciones del intelecto humano encaminadas a fomentar el progreso técnico, que redundan en el bienestar social de un país. Los derechos de autor tienen por objeto la protección de las creaciones estéticas, científicas o musicales que sirven para satisfacer

¹ Con ligeras modificaciones, el texto del presente artículo se corresponde con la Lección Inaugural pronunciada por el autor el día 3 de septiembre de 2021 en la Solemne Apertura del Curso 2021/2022 en la Universidad de Extremadura.

² José Antonio Vega Vega es Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad de Extremadura. Cuenta con cinco sexenios de investigación de la ANECA. Se ha formado, entre otros países, en Alemania, Francia e Italia, donde ha ejercido también la docencia. Es autor de más de doscientas publicaciones jurídicas de su especialidad. Ha recibido, entre otros, los siguientes premios: San Raimundo de Peñafort a la excelencia jurídica, Becario distinguido del MEC, Premio Propiedad Intelectual 2019, Trayectoria Docente de Excelencia de a UEx 2020.

necesidades ideales de la humanidad. Se analiza, por último, el plagio como la principal infracción de los derechos de autor.

Palabras clave: Propiedad Industrial, Patentes, Marcas, Diseños Industriales, Propiedad Intelectual, Autor, Plagio.

ABSTRACT

This paper addresses the need to protect the creations of intelligence, which manifests itself, on the one hand, in the protection of industrial property and, on the other, in the defense of copyright. As a question prior to a rigorous response on the modes of protection, it is necessary to analyze the legal nature of these two classes of special properties. With industrial property, it is about protecting the creations of the human intellect aimed at promoting technical progress, which result in the social welfare of a country. Copyright is intended to protect aesthetic, scientific or musical creations that serve the ideal needs of humanity. Lastly, plagiarism is analyzed as the main copyright infringement.

Keywords: Industrial Property, Patents, Trademarks, Industrial Designs, Copyright, Author, Plagiarism.

Sumario: 1. Preliminar. 2. Propiedad industrial versus propiedad intelectual: 2.1. Cuestiones terminológicas; 2.2. Sus diferentes naturalezas jurídicas; 2.3. La índole de los derechos protegidos. 3. Evolución de la protección jurídica de las creaciones de la inteligencia: 3.1. Génesis y desarrollo; 3.2. El reconocimiento de la propiedad intelectual e industrial como auténtico derecho en España. 4. La protección de las creaciones de la inteligencia como derecho fundamental. 5. La protección del derecho de autor: 5.1. Premisas; 5.2. Análisis del plagio como una de las formas más graves de ataque a los derechos de autor; 5.2.1. Planteamiento introductorio. 5.2.2. Aproximación al concepto de plagio; 5.3. El bien jurídico protegido. 6. Delimitación positiva de las conductas plagiarias. 7. Delimitación negativa. Diferencia con otras figuras: 7.1. El llamado autoplagio; 7.2. La hipótesis del plagio inverso y las cover versions; 7.3. Utilización de escritores fantasmas (ghostwriters). 8. Influencia de los límites del derecho de autor en el plagio. 9. Recapitulación. Referencias bibliográficas.

1. PRELIMINAR

Las creaciones originales del intelecto humano, referidas tanto al ámbito de lo literario o artístico como a la innovación tecnológica, se han venido reconociendo desde antiguo como matrices culturales de cada época. Su protección por el ordenamiento jurídico es más reciente³.

La expresión propiedad intelectual es polisémica. Alberga distintos significados. En nuestros días se utiliza con carácter general para identificar el conjunto de bienes intangibles incluidos en los derechos de autor y en la propiedad industrial. Y, aunque el proceso histórico-cultural de las instituciones jurídicas es rico y profuso, en modo alguno podemos asimilarla a una especie de dominio. No es siquiera un único derecho, sino que se trata de un conjunto de facultades unidas por ciertos elementos comunes⁴.

Los institutos de la propiedad intelectual e industrial han tenido una evolución paralela. Sin embargo, si queremos hacer una semblanza histórica, hay que tomar como referencia la evolución del derecho de autor, que fue la institución que de forma primigenia dio cobertura jurídica a las obras del ingenio⁵.

La propiedad industrial se ocupa de las innovaciones encaminadas a fomentar el progreso técnico; esto es, las que sirven para satisfacer necesidades materiales de la humanidad. Las creaciones industriales impulsan el progreso social y económico dentro de un mercado de libre competencia. Las empresas deben desenvolverse en ámbitos de producción económica masiva y estandarizada que demandan nuevos modelos productivos. En sentido amplio, la propie-

3 Pretender que la tutela de la propiedad intelectual es un hecho remoto constituye un error cronológico y contribuye a desconocer el devenir de la historia. Al respecto puede verse Marie-Claude Dock, "Genesis y evolución de la noción de propiedad literaria". *Revue internationale du droit d'auteur*, número especial *Histoire internationale du droit d'auteur des origines à nos jours* LXXIX (enero 1974): 126.

4 Antonio Amor Fernández, *La propiedad industrial en el Derecho Internacional* (Barcelona: Nauta, 1965), 9 y 10.

5 Puede estudiarse de una forma más detenida la evolución de la protección de las obras del ingenio en nuestras monografías José-Antonio Vega Vega, *El plagio como infracción de los derechos de autor* (Madrid: Reus, 2018), 13-31, y *Protección de la propiedad intelectual* (Madrid: Reus, 2002), 25-77.

dad industrial está encaminada a potenciar la actividad inventiva para estimular la incidencia positiva de los nuevos conocimientos⁶.

La protección de la innovación pilota sobre tres bases: novedad, actividad inventiva y aplicación industrial. El presupuesto principal para patentar un invento es que merezca la consideración de obra original o novedosa frente a cualquier creación industrial preexistente, esto es, frente al estado de la técnica. Pero, además, para que tenga relevancia jurídica, debe tener un carácter creador, fruto del talento, inspiración o ingenio humano, de ahí que no se protejan los descubrimientos, porque ya están en la naturaleza y no responden a ningún esfuerzo inventivo. La creación, por último, debe tener una dimensión práctica; es decir, debe servir para satisfacer necesidades materiales.

Las creaciones literarias, artísticas o científicas, por su parte, tienen un contenido ideal y estético, de manera que los productos que se cobijan bajo esta categoría jurídica están dirigidos a satisfacer necesidades contemplativas e inmateriales de la persona humana. La propiedad intelectual ampara derechos expresados de forma ideal que se reconocen o disfrutan a través de soportes materiales en los cuales se representan⁷. Es el *corpus mysticum* sobre el *corpus mechanicum*. Cuando se disoció la parte ideal de la obra literaria o artística del soporte material, comenzó a individualizarse la propiedad intelectual, ya que antes se consideraba que obra y soporte constituían un único bien.

Para tener una idea más clara del alcance de ambos tipos de creaciones, analizaremos brevemente las diferencias entre ambas instituciones.

6 Raffaele Simone, *La tercera fase: formas de saber que estamos perdiendo* (México: Taurus, 2001), 137.

7 Para un análisis de los presupuestos de la propiedad intelectual con un cierto carácter crítico, puede consultarse N. Stephan Kinsella, *Contra la propiedad intelectual* (Madrid: Unión Editorial, 2019), 13 ss.

2. PROPIEDAD INDUSTRIAL VERSUS PROPIEDAD INTELECTUAL

2.1. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

Las consideraciones léxicas nos permiten hacer algunos distinguos aclaratorios sobre los conceptos de propiedad intelectual y propiedad industrial. A las facultades cobijadas bajo estos institutos se les denomina propiedades. En principio, no se nos antoja muy preciso tal rótulo. En efecto, el instituto del dominio tiene un contenido hondamente material o patrimonial, lejos del sentido ideal de muchas facultades contenidas en los derechos de autor e inventor⁸.

Esta inadecuación terminológica ha llevado a algún sector doctrinal a buscar otros nombres⁹. También en la jurisprudencia española se encuentra algún caso aislado que ha querido innovar en la cuestión terminológica¹⁰. A pesar de ello, últimamente es persistente la actitud del legislador en la utilización del rótulo propiedad intelectual e industrial.

En el ordenamiento jurídico español la utilización de apellidos diferencia- dores -intelectual e industrial- deja clara la diferente naturaleza jurídica de estos institutos. Pero en el orden internacional ambas facultades suelen cobijarse bajo el rótulo general de propiedad intelectual (*lato sensu*). Así acontece, por ejemplo, en el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de la OMC¹¹, y en la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), encargada de gestionar el registro de marcas y dibujos y modelos.

8 Puede verse sobre este significado: Henri Desbois, *Le droit d'auteur en France* (3ª ed., Paris: Dalloz, 1979, 234 y ss. y 182 ss.; Leonello Leonelli, "Tutela penal del diritto di autore", *Il Diritto di Autore*, 1 (1961): 502 ss.; Stig Strömholm, *Le droit moral d'l'auteur*, I (Stockholm: Norstedt & Söner Förlag, 1967), 35 y ss.; Vega Vega, *Protección...*, 90-94.

9 Calixto Valverde, *Derecho civil de España*, II (Madrid: Ed. Cuesta, 1925), 131 y ss., popuso propuso la denominación de "monopolios de derecho privado"; Sigfrido Radaelli y Carlos MOUCHET, orientándose por el pensamiento del jurista belga Edmond PICARD, se inclinaron por la expresión derechos intelectuales. Sobre el particular puede verse Evelio Sánchez Arroyo, "La protección penal del derecho de autor" (tesis doctoral, Universidad Complutense), 5.

10 Cfr. STS de 30 mayo 1989, ponente L. Vivas Marzal.

11 Anexo 1C del *Acuerdo* de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994.

Aunque aceptemos utilizar distinto apellido para nombrar estas facultades, hemos de convenir que tampoco los sobrenombres son muy precisos, pues hay que admitir que en la invención también interviene el ingenio y la inteligencia del hombre.

Por todo ello -y es una opinión personal- sería más adecuado reservar el rótulo de derecho de autor a la que hoy suele denominarse propiedad intelectual, expresión aquella que se encuentra en muchas leyes del Derecho comparado (Alemania, Bélgica, Portugal, Italia, Cuba), y que ya utilizaron algunas legislaciones o convenciones antiguas¹². Ello, pese a que el legislador español ha optado casi siempre por la denominación de propiedad intelectual, criterio que se siguió en la Constitución de 1978 y en la LPI de 1987, y que continúa subsistente en el texto refundido de 1996¹³. Por su parte, el rótulo propiedad industrial se reservaría para las creaciones industriales (patentes y diseños). Los signos distintivos y los nombres de dominio se encuadrarían dentro del Derecho de la competencia. De esta forma, la denominación propiedad intelectual (*sensu lato*) englobaría todas las instituciones anteriores, de conformidad con lo que se está imponiendo en el orden internacional y en la legislación de la Unión Europea.

Es cierto que la nomenclatura que acabamos de exponer también podría ser objeto de reparos, pero no es el momento ni el lugar para extendernos en este análisis, por lo que nos limitaremos a dejar constancia de las dificultades de alcanzar una opinión unánime en cuestiones de léxico¹⁴.

2.2. SUS DIFERENTES NATURALEZAS JURÍDICAS

A pesar de la similitud terminológica entre propiedad intelectual y propiedad industrial, lo que ha hecho que tradicionalmente se les trate como institu-

12 Por ejemplo, el Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886 se inclinó por la expresión derechos de autor.

13 Únicamente el Código Penal en la reforma de 1963 utilizó la expresión infracción de los “derechos de autor” en su artículo 534, rótulo que desapareció en el vigente Código Penal de 1995.

14 Véase José-Antonio Vega Vega, *Derecho de Autor* (Madrid: Tecnos, 1990), 29-31.

ciones siamesas, hemos de significar que son categorías bastante diferentes desde el punto de vista de su naturaleza jurídica.

La propiedad intelectual tiene una esencia y una existencia más estática, en tanto que la propiedad industrial es más dinámica. Podríamos hablar de propiedad estática frente a propiedad dinámica. O, lo que es lo mismo: la creación intelectual pertenece al mundo de la estética o de la cultura, y la creación industrial al mundo de la técnica o de la industria¹⁵.

Así, cuando decimos que las obras del ingenio con fondo artístico, literario o científico se caracterizan por su “estaticidad”, estamos dando a entender que son más aptas para ser disfrutadas de forma contemplativa, sin necesidad de una acción material del destinatario; en otras palabras, son creaciones que vienen a colmar necesidades estéticas, psicológicas, ideales o meramente culturales, frente a la dinamicidad de los resultados de las obras de los inventores, que tienen un sentido más práctico e industrial, y que sirven sobre todo para satisfacer necesidades materiales.

En suma, la propiedad industrial, desde el punto de vista del destinatario o consumidor, tiene un carácter pragmático y técnico, en cuanto que colma principalmente exigencias físicas o materiales del ser humano, en tanto que la propiedad intelectual, con un carácter más contemplativo, atiende a la satisfacción de necesidades ideales o inmateriales¹⁶.

Con esta precisión es fácil entender que, en lo que respecta a la naturaleza jurídica, el derecho de autor se apoye en principios distintos a los de la propiedad industrial. Por nuestra parte, y con el exclusivo propósito de no extendernos en cuestiones dogmáticas, diremos que somos partidarios de la teoría denominada “monismo integral”¹⁷. Esta concepción se fundamenta en la idea de que en el derecho de autor no se produce la concurrencia de un conglomerado

15 Sobre la naturaleza de los bienes inmateriales puede verse Maria-Adalgisa Caruso, *Temi di diritto dei beni immateriali e della concorrenza* (Milano: Giuffrè, 2011), 103-104.

16 Evelio Sánchez Arroyo, “La protección...”, 6-7.

17 Vid. Paolo Greco y Paolo Vercellone, *Tratatto di diritto civile italiano*, III, 11^a ed. (Milano: Giuffrè, 1974), 40 y ss.

diverso de facultades de carácter económico e ideal, sino la existencia de una combinación inescindible de poderes de la personalidad con otros de carácter patrimonial. De ahí que la obra intelectual únicamente pueda valorarse teniendo en cuenta su doble aspecto de criatura espiritual y de bien económico, perteneciente como tal a la categoría de bien inmaterial¹⁸.

De conformidad con estas premisas podemos concluir que el derecho de autor es un bien inmaterial de naturaleza *sui generis* y, por tal motivo, la denominación de propiedad no resulta muy adecuada, por cuanto al asimilarlo al concepto genérico de dominio olvidamos que el derecho de autor tiene una doble vertiente simbiótica. En efecto, de un lado, se contemplan los derechos morales del autor, como manifestación de la personalidad concreta de la persona física¹⁹. Y, de otro, existen una serie de facultades de índole patrimonial que permite al titular disfrutar exclusivamente, como derecho económico, de los frutos de su propio ingenio, extensible, claro es, a sus causahabientes.

Las creaciones industriales también pertenecen a la categoría de bienes inmateriales²⁰. Pero su alcance y finalidad son distintas. Las facultades ínsitas en este instituto son de naturaleza moral en ínfima medida, pues prácticamente solo podemos calificar como tal el derecho a ser mencionado como inventor en una patente (art. 14 de la Ley de Patentes). Estas apreciaciones nos llevan a concluir que, mientras en el derecho de autor existen facultades patrimoniales y morales, en las invenciones industriales casi todas sus prerrogativas son de ín-

18 Para un análisis de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, véase José-Antonio Vega Vega, *Protección...*, 95-105.

19 Siempre con las reservas de considerar a la persona física como único ser con capacidad creadora, ya que en la actualidad se discute sobre la posible existencia de esta capacidad en los ingenios robotizados.

20 Cfr. Wolfgang Bernharde y Rudolf Krasser, *Lehrbuch des Patentrechts* 4^a ed. (München: Beck CH, 1993.), 23 ss.; Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de Derecho Industrial*, 3^a ed. (Madrid: Civitas, 2009), 20 ss.; Manuel Díez de Velasco, "Concepto de la propiedad industrial", *Estudios e Informes sobre Propiedad Industrial* (1977): 17 ss.; Carlos Roge Vide, "Diseños, propiedad intelectual y propiedad industrial", en *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, II (Madrid: Reus, 2006), 51-75.

dole económica, primando por tanto el contenido patrimonial, habida cuenta que nacen fundamentalmente para ser explotadas en el mercado²¹.

Los derechos ínsitos en las creaciones industriales tienen una naturaleza compleja. En primer lugar, hay que significar que son bienes inmateriales de uso o explotación exclusiva que participan de la naturaleza de bien económico y que el titular puede defender *erga omnes* (cfr. arts. 59 ss. de la Ley de Patentes; arts. 34 ss. de la Ley de Marcas; arts. 45 ss. de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial). En segundo lugar, poseen la peculiaridad de tener varios ámbitos de protección: la norma jurídica tutela prioritariamente el interés individual de los titulares de estos derechos como reconocimiento a su esfuerzo investigador, pero también se dispensa protección a los consumidores, a fin de preservar su derecho a elegir libremente bienes en el mercado. Y, en tercer lugar, con las normas jurídicas se tutela asimismo el orden socioeconómico, en el que se encuentra el propio interés del Estado en mantener un régimen de libre competencia como instrumento necesario para impulsar la innovación tecnológica, elevar el nivel de competitividad de la economía y buscar la eficiencia del mercado, fines que a la postre sirven para procurar el progreso social y el bienestar económico.

2.3. LA ÍNDOLE DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS

Los derechos de propiedad industrial e intelectual de contenido patrimonial tienen la nota común de ser temporales. La justificación de la temporalidad tiene más razón de ser en la propiedad industrial que en los derechos de autor, ya que, de un lado, es más conveniente que el progreso técnico o industrial no permanezca *ad perpetuum* en manos de un particular, pues así el paso al dominio público permitirá disfrutar a toda la sociedad de esos avances. Y, de otro, porque muchas invenciones, una vez transcurrido cierto tiempo, quedan obsoletas, razón por la que una tutela perpetua o de larga duración resulta totalmente innecesaria.

²¹ Puede verse: M. Van Empel, *The Granting of European Patents* (Leyden: A.W. Sijthoff, 1975), 33 ss.

Los derechos de explotación de ambos institutos son enajenables. Los de propiedad industrial pueden transferirse o cederse de forma definitiva o temporal por todos los medios que el ordenamiento jurídico reconoce (cfr. art. 46 LM, arts. 83 y ss. LP y arts. 45 ss. LPJDI). En la transmisión de los derechos de autor se contemplan ciertas limitaciones legales en cuanto al tiempo y ámbito territorial de explotación (ver arts. 43 ss. texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual). Los derechos morales de los autores no son enajenables, al ser inembargables e imprescriptibles en determinados casos (cfr. arts. 26 ss. LPI).

La propiedad industrial, a diferencia de los derechos de autor, conlleva el deber jurídico de explotar las facultades que el ordenamiento jurídico reconoce, habida cuenta el carácter de utilidad que tienen para la sociedad²² (ver arts. 90 LP, 39 LM y 71 LPJDI), así como la obligación de pagar tasas (art. 32 LM, arts. 47, 108 y 182 LP y art. 44 LPJDI). En la existencia de estos deberes o cargas se diferencia la propiedad industrial de los derechos de autor, dado que estos últimos no comportan ninguna obligación de pagar tasas o de explotar, ni se pierden por tanto por el no uso, protegiéndose incluso el derecho moral a la no divulgación de la obra (art. 14-1º LPI).

Dada la importancia y complejidad de las facultades que se cobijan bajo estos bienes inmateriales²³, a lo largo de la historia, y en consonancia con las ideas imperantes en cada país, se ha procurado favorecer la tutela jurídica de ambos institutos. Del análisis del desarrollo legislativo se observa que ambas categorías jurídicas en muchos aspectos han ido parejas.

22 Gert Kolle, "Technik, Datenverarbeitung un Patentrecht", *Gewerlicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (1997): 58 y ss.

23 Para indagar en la compleja naturaleza jurídica de las instituciones de la propiedad industrial e intelectual puede verse: Guillermo Cabanellas, "La propiedad intelectual y la teoría de los derechos de propiedad. Observaciones críticas", en *Revista General del Derecho*, núms. 544-545 (enero-febrero 1990): 299-305.

3. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS CREACIONES DE LA INTELIGENCIA

3.1. GÉNESIS Y DESARROLLO

No podemos remontarnos más allá de la Grecia y Roma clásicas para hacer una *excursus* sobre la evolución de la tutela jurídica de los derechos de autor y de propiedad industrial²⁴. La doctrina enfrenta sus posturas en la idea de que pudiera haberse conocido estos derechos en la antigüedad helenística y latina²⁵. Podemos afirmar que, a lo sumo, en esos periodos se comienza a tomar conciencia de la particularidad de la creación autorial y se reconoce el aporte individual de los creadores²⁶. Por ende, la tesis más defendible es la que se inclina a pensar que en el Derecho antiguo no existió un auténtico reconocimiento de estas facultades, sino únicamente con carácter parcial o anecdótico²⁷.

En el período clásico la difusión de obras literarias o artísticas estaba reservada en un principio a sacerdotes y militares, quienes se preocupaban de la propagación de las artes y de las letras. El escritor o artista que deseaba difundir su obra debía contratar los servicios de un bibliópola o valerse de esclavos para reproducirla²⁸. Pero en la mayoría de los casos los creadores se veían obligados a vivir bajo la protección de sus mecenas²⁹. En suma, en las culturas clásicas

24 Algunos estudiosos plantean la existencia de una defensa antigua de la individualización de los autores. Casos como la atribución de obras a Homero o la defensa de la autoría que hacía el poeta Teognis (583-500 a. C.), no son sino meros testimonios aislados que no demuestran que funcionase la relación autor-texto como máxima garantía de coherencia y autenticidad textual. Sobre la reivindicación temprana de la autoría en el mundo helénico puede verse Kevin Perromat Augustin, "El plagio en las literaturas hispánicas. Historia, Teoría y Práctica" (tesis doctoral, Université de Paris-Sorbonne, 2010), 27-32.

<http://www.bibliotecagonzalodeberceo.com/berceo/perromat/plagio.htm>

25 Cfr. Marie-Claude Dock, "Génese et évolution...", 130 ss.

26 Marie-Claude Dock, "Génese et évolution...", 158.

27 *Videri* Paul Olganier, *Le droit d'auteur*, I, (Paris: Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1934), 19.

28 A este respecto, contemplamos el ejemplo histórico de cómo Terencio vendió el "Eunuco" o cómo Estacio enajenó su "Adalga". Esto nos da a entender que, aunque no existiese la imprenta, las cuestiones sobre derechos de autor pudieron muy bien surgir cuando se difundían y propagaban las obras por medio de copias manuscritas, extremo que se pone de relieve en diversos textos de Quintiliano y Marcial, acreditadores de que no pasaban desapercibidas esas relaciones en Roma.

29 La voz mecenas y las derivadas, como "mecenazgo", proceden del caso del poeta Publio Virgilio amparado por Mecenas.

existió un cierto mercado literario y artístico, así como una incipiente industria alrededor del libro, pero no existió una auténtica tutela de las obras del ingenio³⁰.

En cuanto a las creaciones técnicas, los inventores, que se desenvolvían casi exclusivamente en el ámbito bélico, estaban al servicio del Estado y vivían como mercenarios. La artesanía y el diseño industrial no tuvo una protección jurídica como tal, dado que estas producciones eran prácticamente para el autoconsumo o, a lo sumo, se producía un mercadeo a pequeña escala.

La Edad Media no ofreció un marco adecuado para el reconocimiento de la propiedad intelectual e industrial. El hombre culto del medievo vivía más preocupado por la vida de ultratumba que por la terrenal, por lo que solía retirarse a los monasterios. Mas en los monasterios no podía existir una defensa de la propiedad intelectual, y menos de la industrial, ya que la vida monacal suponía la renuncia a los bienes temporales, y el voto de pobreza no podía servir de estímulo para alcanzar derechos materiales³¹. El paciente monje, convertido en copista, erudito, filósofo y científico, iba transcribiendo manualmente las obras que la comunidad religiosa poseía. De este modo, las letras encuentran refugio en el silencio y recogimiento de los claustros³². La abadía se convierte en la salvaguarda de la cultura y, por ende, de la propiedad intelectual³³. Los monasterios, más preocupados por la vida contemplativa que de actividad, no eran tampoco el lugar adecuado para que floreciera la invención industrial, a lo sumo se conservaban y copiaban libros antiguos sobre ciencias de la naturaleza o relativos a la construcción de algunos inventos, especialmente máquinas de guerra.

Con la pacificación europea surgen nuevos núcleos de sabiduría: las universidades. Con ellas las letras y las ciencias comienzan una etapa de expansión. El ingenio del hombre no descansa, y fruto de ello es el descubrimiento del papel en 1440. Este evento condiciona la invención de la imprenta en 1450, que ni

30 Eugène Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique* (Paris: Hachette Livre, 1908), 21.

31 Manuel Dánvila Collado, *La propiedad intelectual* (Madrid: Imprenta de la Correspondencia de España, 1882), 43.

32 Cfr. Marie-Claude Dock, "Génese et évolution...", 57.

33 Véase José-Antonio Vega Vega, *Protección...*, 228-29.

siquiera pudo ser registrada como invento industrial. Los nuevos factores, papel e imprenta, transforman las condiciones de la edición impresa y traerán consecuencias decisivas sobre la evolución del derecho de reproducción.

Los primeros signos de protección de la propiedad intelectual aparecen en los privilegios concedidos por los príncipes reinantes a los impresores y editores³⁴. Es el germen de lo que se ha denominado protección del derecho de autor, como reconocimiento de las facultades que pertenecen incuestionablemente al hombre en recompensa de su trabajo intelectual.

En la época medieval, en la que el ejercicio de la industria o el comercio no era considerado una actividad noble, no podía tener entidad la propiedad industrial. Hay que esperar al Renacimiento para que vea la luz el Estatuto de Patentes de Venecia, de 19 de marzo de 1474, considerado como el primer sistema de patentes, que redactado en dialecto veneciano permitía la concesión de patentes para cualquier dispositivo nuevo e ingenioso, siempre que fuera útil, principios estos (novedad, innovación y carácter práctico) que siguen siendo válidos en el Derecho de patentes.

Se ha considerado como la primera protección genérica del derecho de autor la Ley inglesa de 10 de abril de 1710 (*The Queen Ann's Law*), por la que se limitan temporalmente los derechos de reproducción de los editores y se reconoce a los autores tales derechos³⁵. Dinamarca reconoció los derechos de autor en una Ordenanza de 1741.

34 Viene considerándose como el inicio de estos privilegios el otorgado por el Senado veneciano en el S. XV a Juan de Spira para que pudiera imprimir y explotar una edición de las *Epístolas* de Cicerón, privilegio que se extiende después a la totalidad de las obras durante un plazo de quince años. Otros ejemplos los tenemos en las patentes imperiales y reales otorgadas al célebre editor Plantin en Anvers, o el permiso para imprimir concedido a Roland Furieux en 1554. Del mismo modo, en tiempos de Murillo, Velázquez, Van Dick, etc. se celebran contratos sobre pinturas y grabados para proteger los privilegios de su explotación (Cfr.: César-José Álvarez Romero, *Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual* (Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, 1969), 16-18; Marie-Claude Dock, "Génese et évolution...", 163 y ss.; Pierre Recht, *Le droit d'auteur une nouvelle forme de propriété. Histoire et théorie* (Gembloux: Duculot, 1969) 26 y ss.; Carlos Rogel Vide, *Autores, coautores y propiedad intelectual* (Madrid: Tecnos, 1984), 24 ss.

35 El Queen Ann's Law vino a acabar con el privilegio real de 1557 establecido a favor de la Stationers Company, que ostentaba el monopolio de la publicación de libros en Inglaterra. La nueva ley limitaba el privilegio de los editores de explotar una obra a una duración temporal, y transcurrido el plazo pasaba a los autores, que podían explotar libremente sus obras. El ejercicio de acciones para

En Francia, tras el paréntesis del decreto del Consejo Real de 1761 por el que se reconocen privilegios a los herederos de un autor en lugar de al impresor, la Asamblea consagra la propiedad intelectual como un auténtico derecho en sendos Decretos de 13 y 19 de enero de 1791, sobre facultades de representación, y en el de 19-24 de julio de 1793, sobre derechos exclusivos de escritores, compositores de música, pintores, dibujantes, etc., a sus producciones, si bien con ciertos límites temporales. El Decreto de 5 de febrero de 1810 amplió los plazos de protección hasta los veinticinco años. Las campañas napoleónicas expandieron las ideas revolucionarias y difundieron la tutela jurídica de la entonces propiedad intelectual.

Los Estados Unidos de América amparan por vez primera el derecho de autor en el artículo 1º, sección 8ª de la Constitución de 1787, en el que se reconoce la facultad de estimular el desarrollo de las letras y artes y se establecen normativas en cuanto a su protección. La primera Ley federal data de 1790.

En Italia la primera regulación general sobre la materia se alcanza con un Decreto sobre privilegios en el año de 1603, el primero de su género, que ignora la existencia del autor y no reconoce más que el derecho del impresor; los privilegios que se conceden son temporales. El carácter de derecho perpetuo se alcanza durante el periodo que va desde 1780 a 1789.

La cuestión del origen de la protección del derecho de autor en Alemania es controvertida, pero, aunque se intenta hacer nacer la protección en el siglo XVIII, lo más acertado es pensar que no se produce hasta 1794, cuando se publica el Código civil, que reconoce derechos a los editores y autores. La primera Ley federal sobre derechos de autor es de 9 de noviembre de 1837³⁶.

Mediante Ley de 8-20 de enero de 1830, la URSS protege las obras literarias, las musicales por Ley de 1845, y las artísticas en el año 1847. Estas son las primeras leyes sobre la materia que se encuentran en la historia legislativa de lo que hoy es Rusia.

exigir daños y perjuicios requería el registro de la obra, aunque el derecho de autor seguía siendo válido.

36 Véase Pierre Recht, *La droit de 'auteur, une nouvelle...*, 23.

3.2. EL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL COMO AUTÉNTICO DERECHO EN ESPAÑA

En nuestro país suele considerarse como uno de los gérmenes de la protección de la propiedad intelectual la Real Orden de 20 de octubre de 1764, dictada por Carlos III, por la que se dispuso que "los privilegios concedidos a los autores no se extinguiesen por su muerte, sino que pasasen a sus herederos, y que a estos se les continuase el privilegio mientras lo solicitasen, salvo el caso de que se tratase de Comunidades o Manos Muertas". Del mismo rey es la Real Orden de 14 de junio de 1778, que confirma los privilegios otorgados en otras disposiciones anteriores y las completa al conceder privilegios a la Real Biblioteca, Universidades y a las Academias y Sociedades Reales para obras escritas por sus propios individuos en común o en particular³⁷. Esta forma de privilegios recuerda un tanto el carácter excepcional que las publicaciones de las universidades tuvieron desde los albores de su nacimiento³⁸.

Las ideas de la Ilustración penetraron en España con mayor intensidad a raíz de la Guerra de la Independencia. En Francia, a partir de 1791 se había reconocido que el derecho de autor tenía una naturaleza solemnemente jurídica. La Constitución o Estatuto de Bayona impuesto en 1806 para nuestro país aludía en su artículo 145 a la libertad de imprenta. El artículo 371 de nuestra Constitución de Cádiz de 1812 proclamó la libertad de todos los españoles a escribir e imprimir libros, y su artículo 131 se refería a la libertad de imprenta.

Los problemas constitucionales españoles aplazan el reconocimiento legal de los derechos de autor. Su aceptación se perfila por Decretos de las Cortes de

37 El privilegio pasaba a estas instituciones en el supuesto de que el actor o heredero beneficiados por el privilegio murieran sin haberlo podido o querido utilizar o, habiendo expirado el plazo de vigencia del mismo, dejaren transcurrir el término de un año sin solicitar prórroga u, otorgada esta, no usaren de ella tampoco en el tiempo que fijare el Consejo de Castilla

38 De Carlos III son, asimismo, una serie de disposiciones de carácter administrativo en relación con la cultura. A guisa de curiosidad, citaremos la Ley de agosto de 1783 y Cédula de 21 de octubre de 1783, sobre libertad de comercio de libros; Real Orden de 21 de junio y Cédula del Consejo de 1 de julio de 1784, en las que se reprodujo la prohibición de entrada de libros extranjeros sin licencia del Consejo. Referentes a papeles periódicos -prensa en general- son la Real Orden de 19 de mayo de 1785, que establece censura previa a publicación, y la Real Resolución de 2 de octubre de 1788, sobre reglas relativas a la publicación de periódicos. Sobre el particular puede verse José-Antonio Vega Vega, *Derecho de Autor*, 48-52.

Cádiz de 10 de noviembre de 1810, sobre la libertad de imprenta, y 10 de junio de 1813, sobre derechos de autor, que les concede una duración temporal.

Por el manifiesto de Valencia de 4 de mayo de 1814, Fernando VII declaró nulos los acuerdos de las Cortes de Cádiz, y el 5 de junio de 1817 restableció la legislación recopilada.

El Decreto de 10 de junio de 1823 contiene unas “Reglas para conservar a los autores la propiedad de sus obras”, en las que sin embargo latía aún un matiz de privilegio más que de derecho.

Poco a poco en el siglo XIX se va imponiendo la corriente codificadora y al principio es en los códigos penales donde mejor se protege la propiedad industrial e intelectual. El primer Código punitivo español de 1822, en su artículo 409, castigaba “a los que en perjuicio de tercero falsificaren las marcas, sellos y contraseñas de otra empresa española”, y el artículo 782, por su parte, penaba al que “para acreditar sus manufacturas o artefactos pusiera en ellos el nombre o la marca de otra fábrica y a cualquiera que turbare a sabiendas al inventor en el uso de la propiedad que concede la ley”³⁹.

Por Real Decreto de 27 de marzo de 1826 se regula la concesión de los denominados privilegios industriales, y se concedía a los titulares de tales derechos acciones para perseguir a los que usurparen su propiedad. Las consecuencias que establecía la norma era el comiso de las máquinas, utensilios y otros efectos, así como el pago de una indemnización de tres tantos más del valor de dichos bienes, todo lo cual se entregaría al titular.

Los códigos de 1848 y 1850, en sus idénticos artículos 446, penalizaban las infracciones de la propiedad intelectual e industrial dentro de la esfera de los

39 En el Código penal de 1822, la propiedad intelectual se protegía en el artículo 782, que castigaba con multa “de cuatro tantos del perjuicio causado” al que “turbare en el uso exclusivo de la propiedad que conceda o concediera la Ley al autor de escritos, composición de música, dibujos, pinturas o cualquiera otra producción impresa o grabada”. Disposiciones normativas tuteladoras de la propiedad intelectual son la Ley de propiedad literaria de 1823 y el Reglamento de Imprentas de 1834, así como la Ley de propiedad literaria de 10 de junio de 1847.

delitos patrimoniales en función del daño causado⁴⁰. Por su parte, entre las falsedades, el artículo 211 tipificaba la falsificación de sellos, marcas y contraseñas. En el Código penal de 1870 persiste la fórmula de los textos punitivos de 1848 y 1850, criterio que se mantendrá incólume en los posteriores de 1928 y 1932⁴¹.

El 30 de julio de 1878 se publica una ley, de naturaleza mixta (mercantil-penal), que reglamenta las patentes. En esta normativa se castigaba a los usurpadores de inventos y a los falsificadores de patentes con diversas penas, cuyo alcance se reservaba al Código penal. De esta ley merece mención especial el artículo 52, que exigía denuncia previa del agraviado para que pudiera ejercitar la acción el Ministerio Fiscal. Esta normativa estuvo vigente hasta 1902.

La Ley de 16 de mayo de 1902 sobre propiedad industrial y el Real Decreto-ley de 26 de julio de 1929, texto refundido y revisado por Orden de 30 de abril de 1930, conocido como el Estatuto de la Propiedad Industrial (EPI), contenían normas de carácter mercantil y penal sobre propiedad industrial. Las normas mercantiles marcan un nuevo periodo en la que se protege de forma específica, si bien imperfecta, institutos propios de la propiedad industrial, tales como las patentes y las marcas, regulación que, en algunos casos, como el diseño industrial, se mantiene vigente durante más de un siglo. Desde el punto de vista de la tutela penal, se tipificaban como figuras principales, respecto a patentes y marcas, la falsificación, la usurpación, la imitación y la competencia ilícita. La Real Orden de 28 de noviembre de 1925 reprime la competencia ilícita. El Decreto de 22 de mayo de 1931, elevado a rango legal por la Ley de 16 de septiembre de 1931, resolvió el problema de la duda sobre la vigencia de la Ley de 16 de mayo de 1902. La Orden de 6 de agosto de 1952 tuvo que aclarar el problema relativo a la protección temporal de los expositores que se regulaba en el título VIII del EPI.

40 El texto idéntico de los respectivos artículos 446 de los Códigos penales de 1848 y 1850 disponía: "Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el artículo 444, los que cometieran alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial". Remarquemos el uso del adjetivo "literaria", pese a que las leyes de la época ya habían adoptado la denominación de propiedad intelectual.

41 El art. 552 del Código punitivo de 1870 reiteraba: "Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el artículo 550, los que cometieren alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial". La penalidad que imponía referido art. 550 era de multa de arresto mayor, en sus grados mínimo y medio, y multa del tanto al triple del perjuicio que se hubiese irrogado.

En este periodo también son dignas de recordarse la Orden de 18 de noviembre de 1935 de los Ministerios de Agricultura, Industria y Comercio, que aclara el artículo 171 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 1930; la Orden de 8 de julio de 1936 del Ministerio de Industria, sobre rehabilitación de marcas caducadas, y los decretos de 3 de febrero de 1945, 26 de diciembre de 1947 y 14 de mayo de 1956, así como los Decretos-ley de 12 de abril de 1957 y 20 de septiembre de 1962, que modifican o aclaran determinados preceptos del Estatuto de la Propiedad Industrial. De necesaria mención son asimismo la Orden de 23 de julio de 1954, del Ministerio de Industria, que reguló el registro de marcas en España por ciudadanos de Estados Unidos, y el Decreto de 26 de septiembre de 1952, que instituyó la marca nacional de fabricación y calidad, así como el Decreto de 2 de octubre de 1954 sobre la marca de garantía.

En cuanto a los textos punitivos, digamos que el Código penal de 1944 continuó con la misma tónica de los precedentes: las infracciones contra el derecho de autor y la propiedad industrial se tipificaban en el artículo 533 como delitos de defraudación⁴². Los Códigos punitivos de 1963 y 1973 (hasta la reforma de 1987) siguen idéntico criterio en lo relativo a la propiedad intelectual e industrial, regulando las infracciones de tales derechos en el artículo 534, si bien se sustituye la expresión "cometer defraudación" por el verbo "infringir", que otorgó a dicho precepto un mayor radio de acción⁴³. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el precepto se configuró como ley penal en blanco, sin diversificar las distintas acciones delictivas, de tal manera que la tipificación representaba una clara inseguridad jurídica, al tener que integrar los tipos con las leyes de propiedad intelectual e industrial.

42 Cfr. José-Antonio Vega Vega, *Derecho de autor*, 64 y 65.

43 Las diferencias que separan al CP de 1963 del de 1944 son evidentes. El artículo 533 pasa a rotularse con el número 534, con innovaciones tales como: a) incremento de la cuantía de la sanción pecuniaria; b) creación de una nueva figura agravada, calificada por la reincidencia; c) incriminación dolosa, al exigir el tipo subjetivo de la infracción intencionada; y d) espiritualización del derecho de autor al tutelarse las facultades morales más nítidamente. Asimismo, desde el punto de vista sistemático se creó en el libro II, título XIV, capítulo IV una nueva sección, la tercera, para recoger los delitos contra los derechos de autor y la propiedad industrial, desgajándola de la sección de las "estafas y otros engaños", de conformidad con un criterio más avanzado de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual.

Resultó no obstante positiva la segregación que a partir de dichos códigos se hace entre las conductas lesivas de la propiedad industrial y las infracciones del derecho de autor, porque permitió establecer con más detalle los diferentes tipos penales. Un avance significativo se alcanza con el vigente Código Penal de 1995, que diferencia ya en secciones distintas ambas categorías de delitos (arts. 270 a 272 para las infracciones relativas a la propiedad intelectual, y artículos 273 a 277 para los delitos contra la propiedad industrial). Sin embargo, no es totalmente satisfactoria la regulación que se hace de estas infracciones al no haber tenido en cuenta el legislador la naturaleza especial de las mismas⁴⁴.

4. LA PROTECCIÓN DE LAS CREACIONES DE LA INTELIGENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

“La propiedad intelectual (*sensu lato*) está protegida como derecho fundamental en numerosos textos internacionales. Casi todos los ordenamientos nacionales la salvaguardan a nivel constitucional. El derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica también se reconoce y protege con ese carácter en nuestra Constitución [art. 20.1.b)]”⁴⁵.

Entre los textos internacionales que reconocen la propiedad intelectual como derecho fundamental está la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH)⁴⁶, la cual en su artículo 27.2 proclama: “Toda persona tiene derecho a la protección de intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”. Es claro que esta disposición no solo protege la facultad de crear, sino que eleva al rango de derecho fundamental los intereses morales y materiales sobre tales producciones.

44 Sobre el particular nos remitimos a nuestra obra José Antonio Vega Vega, “El plagio de las obras y los delitos contra la propiedad industrial”, en *Propiedad intelectual e industrial. Conexiones y puntos de encuentro*, coord. por Carlos Rogel (Madrid: Reus, 2018) 205 ss.

45 La protección jurídica del derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica la hemos analizado en nuestra monografía José Antonio Vega Vega, *Competencias estatales y autonómicas en materia de propiedad intelectual* (Madrid: Reus, 2020), 27-40.

46 La Declaración Universal de Derechos Humanos se adoptó por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A), hecha en París el 10 de diciembre de 1948.

En concomitancia con la anterior normativa, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁴⁷, en el artículo 17.2, dentro del ámbito del reconocimiento del derecho de propiedad, y debido a la creciente importancia que va asumiendo el instituto, dispone de modo específico: “Se protege la propiedad intelectual”. Debemos convenir que, en este caso, aunque a la propiedad intelectual se la caracteriza de derecho fundamental, cabe la duda de si tal explicitación hay que entenderla como equivalente a un derecho humano o si lo que intenta significar es que se trata de una facultad que exige el general tratamiento y protección en todos los ordenamientos. Se suscita, asimismo, la pregunta de si aquí la expresión “propiedad intelectual” está utilizada en sentido amplio, es decir, como comprensiva de las facultades propias del derecho de autor y las de la propiedad industrial, o solo de las primeras. A nuestro modo de entender, aunque en el ordenamiento jurídico español la diferencia terminológica es bastante clara, en el orden internacional suele utilizarse el rótulo de “propiedad intelectual” en sentido lato, tal como ocurre, por ejemplo, en el Acuerdo ADPIC de la Organización Mundial del Comercio⁴⁸.

El artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) ratifica el reconocimiento de los derechos, libertades y principios enunciados en la CDFUE, también por ende se reconocen los derechos de propiedad intelectual. En concordancia con lo anterior, antes incluso de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, texto de Lisboa, nuestra Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio⁴⁹, ya disponía que, a tenor del artículo 10-2º de nuestra Constitución y el artículo 1.8 del Tratado de la UE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a

47 El texto vigente de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se aprobó en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007.

48 El Acuerdo ADPIC es el Anexo 1C del *Acuerdo* de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994. También la UE camina en este sentido, el Reglamento (UE) 2015/2424, de 16 de diciembre de 2015, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento sobre la marca comunitaria, ha cambiado el nombre de la oficina que registra la marca europea y de los modelos y dibujos industriales, que ahora pasa a llamarse Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO).

49 Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.

las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la CDFUE.

Asimismo, el artículo 17 de la CDFUE se corresponde con el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), texto de París de 20 de marzo de 1952⁵⁰, que protege también como derecho fundamental la propiedad privada.

En definitiva, la propiedad intelectual se contempla como un derecho fundamental en numerosos tratados internacionales suscritos por España, tratamiento que es común en un gran número de constituciones nacionales. Carácter que también han consagrado numerosos fallos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el primer de ellos en la Sentencia del caso Hauer, de 13 de diciembre de 1979 (Rec. 1979, p. 3727)⁵¹. La redacción de la CDFUE se ha ido modernizando con las sucesivas reformas, pero, según el apartado 3 del artículo 52, los derechos reconocidos por este texto tienen el mismo alcance que los que se garantizan en el CEDH.

El artículo 20.1 de la Constitución Española, ubicado en la sección 1^a, capítulo 2^o, título I, correspondiente a los derechos fundamentales y libertades públicas, establece literalmente: "Se reconocen y protegen los derechos: [...] b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica". Por consiguiente, se garantizan al más alto nivel estos derechos. En cambio, la protección del derecho de propiedad se contiene en el artículo 33 CE, que se alberga en la sección 2^a del mismo capítulo, bajo el título "De los derechos y deberes de los ciudadanos", lo que, de acuerdo con una hermenéutica sistemática y lógica, nos

50 Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 11, de 12 de enero de 1991. Hay que tener en cuenta que el texto del Protocolo Adicional al CEDH incluye las modificaciones introducidas por el protocolo núm. 11, relativo a la reestructuración de los mecanismos de control contenidos en el Convenio, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 (*BOE* núm. 152, de 26 de junio de 1998). La versión última es la publicada en el *BOE* núm. 108, de 6 de mayo de 1999, mediante Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, por la que se hacen públicos varios textos refundidos correspondientes al CEDH, al Protocolo Adicional al Convenio y al Protocolo núm. 6.

51 En el fundamento jurídico 17 de la sentencia Hauer se dice literalmente: "El derecho de propiedad está garantizado en el ordenamiento jurídico comunitario de conformidad con las concepciones comunes a las Constituciones de los Estados miembros, reflejadas igualmente en el Primer Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos".

da a entender que la propiedad privada se considera como un derecho reconocido constitucionalmente, pero sin el carácter de derecho fundamental⁵².

La forma de enunciar la tutela de la propiedad intelectual en nuestro texto constitucional ha llevado a la doctrina a plantear la cuestión de si dichas facultades son una manifestación más del instituto del dominio o si, por el contrario, pueden calificarse de derechos fundamentales ínsitos en el contexto general del reconocimiento y protección de los derechos a la producción artística y científica. La respuesta es relevante de cara a su desarrollo legislativo -esto es, si necesita ley orgánica- o para interpretar las competencias legislativas que sobre la propiedad intelectual se otorgan en el artículo 149.1-9º CE⁵³.

No podemos entretenernos en analizar esta cuestión por exceder del objeto de nuestro trabajo, pero diremos en extrema síntesis que el tenor utilizado para preservar las creaciones de la inteligencia en nuestra Constitución nos lleva a afirmar que las facultades patrimoniales o morales reconocidas a los creadores e inventores sobre su producción no se consideran derechos fundamentales en nuestro texto constitucional. Esta solución es más que criticable, sobre todo si tenemos en cuenta la caracterización que de tales derechos se hace en el plano internacional y europeo, tal como hemos visto más arriba.

Por el contrario, debemos destacar como positiva la alusión que el artículo 20.1.b) hace a la creación técnica, en la que podemos considerar englobadas las creaciones industriales. De igual modo debemos considerar positiva la reserva legislativa a favor del Estado en materia de propiedad intelectual e industrial

52 Los derechos denominados constitucionalmente como “de los ciudadanos”, entre los que se encuentra el derecho a la propiedad privada, representan un segundo nivel de protección en nuestra Carta Magna. Estos derechos carecen del régimen especial de tutela que tienen denominados fundamentales. A saber, no gozan de un procedimiento preferente para su tutela; su violación no se garantiza con el recurso de amparo; no están sometidos a un procedimiento rígido de modificación o derogación (cfr. art. 167 *versus* 168 CE); ni el desarrollo de su contenido precisa de ley orgánica.

53 De conformidad con lo expuesto, en nuestro ordenamiento, al no reconocerse el carácter de derecho fundamental a los productos de la propiedad intelectual, no precisa que su regulación adopte la forma de ley orgánica. En cambio, otras legislaciones continentales aceptan su condición de derecho fundamental. Tal es el caso del artículo 42.1 de la Constitución portuguesa de 1976, conforme el “alterado de acordo com Lei n.º 16/2008, de 01/04”, así como el artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 en relación con el artículo 13 de la Ley alemana sobre el derecho de autor y derechos afines (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsgesetz, geändert durch das Gesetz vom 01. September 2017]).

(art. 149.1-9º CE). No cabe duda de que con todo ello se sientan los cimientos para estructurar una tutela más adecuada y uniforme de tales derechos en el ámbito del Estado.

5. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

5.1. PREMISAS

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos la protección de los derechos de autor y de la propiedad industrial suele ser doble: civil y penal. No obstante, hay que decir que, de estas formas jurídicas de tutela, la penal se considera *ab limine* la más enérgica y eficaz, por cuanto la índole de las sanciones, así como el carácter público de la norma, pueden actuar como resortes intimidatorios y represores contra los posibles infractores de la legalidad. En consecuencia, podría pensarse que la tutela civil siempre va a la zaga de la penal, porque parecería más conveniente para las posibles víctimas de estos delitos elegir preferentemente la norma punitiva para buscar mayor amparo contra las infracciones de sus derechos. Sin embargo, hemos de admitir que los requisitos y exigencias de los distintos tipos penales en estas materias dificultan en la práctica la sanción penal, de ahí que muchos perjudicados acudan directamente al ejercicio de las acciones civiles, máxime cuando lo que interesa a los titulares de derechos es el cese de la actividad ilícita y la condigna reparación de los daños y perjuicios sufridos. Y es palmario que la legislación civil/mercantil en estos ámbitos procura una tutela bastante efectiva, habida cuenta que el ordenamiento procesal civil arbitra medidas cautelares con una tramitación más ágil y directa.

La difusión y comunicación electrónica de las obras de la inteligencia ha evolucionado de forma tal que hay que señalar que la protección jurídica no puede remediar la multiplicidad de infracciones que se cometen contra los derechos de autor. No podemos analizar aquí todas las posibles violaciones que la práctica diaria ofrece en materia de propiedad intelectual., por ello nos limitaremos a analizar una de las mayores: el plagio.

Desde épocas antiguas las conductas plagiarias se han reputado ilícitas o inmorales, no solo por los autores o titulares de las obras de la inteligencia, sino por la sociedad en general.

Para el sentir popular la repulsa del plagio se explica fundamentalmente por dos motivos. En primer lugar, porque se engaña sobre la autoría de una obra del ingenio; y en segundo lugar porque supone un *furtum laudis*, un *vol de gloire*, al autor de una obra del espíritu. Desde el punto de vista jurídico, la persecución de las conductas plagiarias se fundamenta, pues, en la vulneración de derechos reconocidos a los autores.

La consideración del plagio como un acto ilícito es prácticamente unánime en todas las legislaciones y así se respalda en todos los ámbitos culturales, científicos o sociales. No obstante, hay sectores minoritarios que se oponen a reconocer los derechos de autor. Suelen basarse en ideas ácratas o socializantes, que en algunos casos parten incluso de la negación de la propiedad privada. Dentro de estas teorías se encuentran los que defienden la “obra libre” en literatura y los que propugnan el “software libre” en informática (método del copyleft).

A pesar del mayor o menor crédito que nos puedan merecer estas opiniones negacionistas, hay que dejar claro que una cosa es defender la inspiración o el seguimiento de estilo de un creador y otra justificar el plagio o la usurpación de la personalidad creadora, por mucho que eufemísticamente se pretendan justificar como “préstamos”, “inspiraciones” u “homenajes a un artista”.

En la actualidad, la lucha contra el plagio se proyecta en dos direcciones. De un lado, se centra en la defensa de los intereses económicos o morales de los creadores e intérpretes; es decir, en la tutela tradicional de los derechos de autor. Por otro lado, habida cuenta que las nuevas tecnologías favorecen la reproducción ilegal de trabajos científicos y docentes, ha surgido la necesidad de incrementar la lucha contra el plagio para preservar la excelencia académica y el rigor científico.

En este segundo aspecto hay que admitir que la protección en sentido judicial de la propiedad intelectual pasa a un segundo plano, pues al concurrir

la mayoría de las veces en la obra plagiaría un cúmulo de microplagios, entre los que podríamos incluir conductas conocidas como *plagio mosaico* (material extraído de múltiples fuentes en pequeñas dosis), *remix* (mezclas de textos de otros autores parafraseados), *híbrido* (combinación de elementos correctamente citados con otros sin cita), *reciclado o duplicidad* (utilización de elementos de trabajos propios anteriores sin citar), etc., conductas que en la mayoría de los casos suelen afectar a un gran número de personas, hace más difícil que cada uno de los autores plagiados pueda estar interesado en perseguir de forma individual tales acciones, dada la escasa entidad de los perjuicios patrimoniales y morales irrogados. De ahí que en estas hipótesis sea la honesta y rigurosa práctica científica lo que más importe defender, y que, por ende, la persecución de este tipo de ilícitos quede reservada a la aplicación de estrictas medidas de disciplina académica, sin perjuicio de que en los casos más graves sea necesario acudir a la justicia ordinaria⁵⁴.

5.2. ANÁLISIS DEL PLAGIO COMO UNA DE LAS FORMAS MÁS GRAVES DE ATAQUE A LOS DERECHOS DE AUTOR

5.2.1. Planteamiento introductorio

Pese a la repulsa general del plagio en la conciencia popular, no resulta fácil llegar a una noción incontrovertida, precisa y unívoca de esta conducta. Las dificultades se justifican por varios motivos. En primer lugar, porque en la concreción de su concepto se entremezclan cuestiones jurídicas y extrajurídicas. Las jurídicas hacen referencia a la dificultad de plasmar desde un punto de vista científico una única noción de plagio, habida cuenta las múltiples modalidades comisivas que pueden presentarse y los diferentes contenidos y alcances de las diversas conductas, de ahí que tampoco sea fácil encontrar definiciones en los textos legales. Las cuestiones extrajurídicas se centran en las dificultades fácti-

54 La aún *non nata* Ley de Convivencia Universitaria tipifica como falta muy grave “plagiar o cometer fraude académico en el TFG, el TFM o la tesis doctoral”. Las sanciones previstas para estas conductas son: expulsión de la universidad en que se cometió la falta por un periodo de entre 2 meses y 3 años o pérdida parcial de derechos de matrícula durante un curso.

cas para determinar los límites de lo lícito y lo ilícito en una materia tan polémica y compleja⁵⁵. En segundo lugar, la existencia de distintos tipos de plagio (literario, musical, artístico, científico, interpretativo, etc.) es otra dificultad añadida para concretar un concepto unívoco.

En consecuencia, determinar con precisión en qué situaciones existe plagio y cuándo este se produce en forma tan ínfima que no llegue a constituir un ilícito jurídico -aunque pueda recibir reproches éticos-, es un problema de difícil solución práctica y, por ende, legal y judicial.

5.2.2. *Aproximación al concepto de plagio*

Los múltiples aspectos que puede ofrecernos el plagio y la imprecisión de sus límites hacen que las dificultades para alcanzar un concepto unánime sean muchas. De ahí que se hayan elaborado tantas teorías doctrinales sobre el plagio cuantos sean los diferentes puntos de vista desde los que se analice el instituto.

Con ánimo de arrojar luz sobre el concepto, y sin detenernos en analizar una pléyade de opiniones doctrinales⁵⁶, nos centraremos en el análisis de los criterios básicos que consideramos imprescindibles para entender mejor este instituto.

Suele coincidirse con cierta unanimidad en la idea de que plagiar es copiar o imitar obras ajenas en lo sustancial. El plagio consiste, por tanto, en una actividad material, mecanizada, carente de originalidad⁵⁷. Existe plagio cuando se copia o reproduce, total o parcialmente, la obra intelectual de otra persona ocultando el nombre del autor originario. Pero también cuando se imita servilmente una obra ajena.

55 Zara-Olivia Algardi, *II plagio letterario e il carattere creativo dell'opera* (Milano: Giuffrè Editore, 1966), 210; Zara-Olivia Algardi, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio* (Padova: Cedam, 1978), 33-36.

56 Algunas de estas definiciones de plagio, no excesivamente originales, se recogen en la obra de Antonio Agúndez Fernández, *Estudio jurídico del plagio literario* (Granada: Comares, 2005), 45 y 46.

57 Ideas que se reproducen también en Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 18 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 534).

Para nosotros el concepto de plagio ha de entenderse en sentido amplio, puesto que la usurpación de la condición de autor es una forma plagiaría más, sin duda la más evidente y grosera.

No cabe duda de que existe plagio en la hipótesis de la usurpación de la personalidad del autor; esto es, en la acción de hacer pasar una obra ajena como propia. El plagio aquí es claro, de ahí que suele llamarse a esta conducta clonación de la obra. Pero también existe plagio, aunque es más difícil su calificación, en los supuestos de imitación fraudulenta o mera copia servil de la obra o las ideas ajenas para hacerlas pasar como propias cuando se imbriquen aportaciones personales y ajenas. El problema aquí será perfilar los límites que nos sirvan para definir lo lícito y lo ilícito en la utilización de elementos ajenos en una creación propia.

A nuestro modo de entender, para delimitar los contornos de la acción plagiaría hay que acudir a analizar su originalidad. La obra de la inteligencia requiere que sea producto del talento e ingenio de su autor. Sin embargo, no se exige que la originalidad sea absoluta. En la producción intelectual se admite la inspiración entre obras y la copia o adaptación de elementos accesorios de otra. Por tanto, una acción para poder calificarse de plagiaría debe estar cualificada por el hecho de resultar una exposición fraudulenta o imitación burda de una creación ajena preexistente; esto es, una apropiación ilícita del esfuerzo creador de otra persona. De ahí que cuando hablemos de plagio nos refiramos a la ejecución de una obra utilizando el ingenio de otro. En definitiva, a la apropiación del pensamiento, del esfuerzo y del talento ajenos.

Por consiguiente, la conducta de copiar o imitar lo ajeno, para que resulte plagio, ha de consistir en una copia servil, esto es, injustificada, y ha de referirse a contenidos, argumentos o estructuras básicos o fundamentales, y no a elementos accesorios, añadidos, superpuestos ni a modificaciones no trascendentes.

Podemos hablar de plagio cuando existe una apropiación de la sustancia o de las ideas fundamentales de la obra ajena, pero no podemos hablar de plagio cuando un autor modifica hábilmente la composición o la expresión de una obra

y crea otra nueva superando o diferenciándose de la preexistente⁵⁸. De ahí que solo la burda o servil imitación y la apropiación fraudulenta de las ideas o elementos contenidos en la obra ajena pueda reputarse como plagio y, por tanto, como conducta antijurídica⁵⁹.

Con fundamento en todo lo dicho, podemos concluir que, además de la usurpación de la personalidad del autor o intérprete (plagio grosero o evidente), el plagio es, a tono con su etimología griega (“plagios” significa en griego clásico ‘engañoso’, ‘trapacero’, ‘oblicuo’), un fraude doloso contra la producción literaria, artística o científica de un autor, consistente en que, basándose en una creación precedente, una persona se adjudica como propio un trabajo intelectual ajeno⁶⁰. Con palabras más simples podríamos decir que el plagio consiste en la utilización o presentación de obras o partes de obras intelectuales ajenas como propias.

5.2.2. *La doctrina jurisprudencial sobre el plagio*

La mayoría de las sentencias de nuestros tribunales coinciden con las ideas expuestas más arriba. No obstante, a la luz del análisis de una significativa muestra de resoluciones judiciales, podemos hacer una síntesis conclusiva de la doctrina jurisprudencial sobre el plagio en base a las siguientes ideas:

a) *Copia burda o imitación servil de obras ajenas haciéndolas pasar como propias*. La acción de plagiar es una actividad material mecanizada, muy poco intelectual y menos creativa, carente de originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio, maña o espabilo⁶¹.

58 Robert Plaisant decía "el plagio hábil es moralmente censurable, pero jurídicamente irreprochable". Véase *Droits des auteurs et des artistes exécutants* (Paris: Delmas, 1970), 168.

59 Véase a tal respecto Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a). Sentencia de 1 diciembre 2016 (AC 2016, 1935), que describe el plagio con fundamento en el servilismo existente en la imitación o copia de la obra ajena a través de un exceso de citas.

60 En este sentido puede verse Stig Strömholm, *Droit moral...*, 82.

61 Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 23 marzo 1999 (RGD 9115); Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 23 octubre 2001 (RJ 2001,8660).

b) *La noción de plagio ha de entenderse en sentido amplio.* La conducta plagiaría comprende, tanto la mera imitación o copia servil, como la usurpación de la condición de autor o reproducción literal de la obra o trabajo ajenos, sea esta última en su totalidad⁶² o de forma parcial⁶³.

c) *El plagio viene definido por las coincidencias en contenidos o elementos estructurales básicos.* Las coincidencias deben referirse a elementos principales o fundamentales, y no únicamente a elementos accesorios⁶⁴. Desde el punto de vista musical, tampoco se han considerado plagio los meros parecidos circunstanciales de pequeñas secuencias melódicas⁶⁵.

d) *Exigencia de originalidad en la obra plagiada.* La jurisprudencia exige que, para que pueda calificarse de plagio, debe darse el requisito de la originalidad en la obra supuestamente plagiada. Es decir, el infractor debe aprovecharse de la originalidad creativa ajena de modo contrario a las exigencias de la buena fe objetiva. No existe perjuicio si lo copiado no es original⁶⁶.

e) *El derecho de cita rigurosa y honesta no justifica su utilización abusiva.* En ningún caso el derecho de cita puede justificar la inclusión en una obra nueva de fragmentos extensos de otra obra primigenia. No es lícito, pues, un uso abusivo de la cita, dado que afecta al trabajo y creación ajeno⁶⁷.

f) *La noción de plagio es un juicio de valor y, por ende, es una cuestión jurídica.* La calificación como plagio de una obra es un juicio de valor en función de los elementos probatorios puestos en juego, pero, de por sí, no entra a formar parte de una cuestión fáctica propiamente dicha y, por tanto, permite su revisión casacional al considerarse una cuestión jurídica⁶⁸.

62 Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección Única). Sentencia de 26 noviembre 2003 (RJ 2003, 8098), y Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 23 octubre 2001 (RJ 2001, 8660).

63 Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección Única). Sentencia de 26 noviembre 2003 (RJ 2003, 8098); Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª). Sentencia de 3 marzo 2004 (AC 2004, 1756)..

64 Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 26 noviembre 2003 (RJ 2003, 8098).

65 Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª). Sentencia de 30 junio 2005 (AC 2005, 1789).

66 Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1ª). Sentencia de 2 febrero 2017 (RJ 2017, 454).

67 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). Sentencia de 1 diciembre 2016 (AC 2016, 1935).

68 Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 26 noviembre 2003 (RJ 2003, 8098); Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 7 junio 1995 (RJ 1995, 4628).

5. 3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Expuestas las precedentes ideas sobre la noción de plagio, debemos analizar el bien jurídico que se tutela en el instituto de la propiedad intelectual. Ello nos permitirá arrojar más luz sobre la índole de este ilícito jurídico.

El plagio constituye fundamentalmente un ataque a la facultad de poder proclamarse autor o intérprete de una obra de la inteligencia. Se trata, en suma, de una lesión del derecho a la paternidad/maternidad de una producción, literaria, artística o científica. El derecho a reivindicar la autoría es una facultad irrenunciable, inalienable, perpetua e imprescriptible es el pilar donde descansa la esencia del derecho de autor (arts. 14-16 LPI).

El plagio infringe gravemente los derechos de propiedad intelectual desde distintos ángulos. De un lado, lesiona intereses económicos, ya que al ocultarse el nombre del autor se priva al titular de explotar una obra como propia, con el perjuicio de no participar en los beneficios de su comercialización. De otro, el plagio causa un daño moral al privar a una persona de la satisfacción puramente interior e inconmensurable de proclamarse creador.

Pero, además de atacar de una forma directa los derechos que afectan a la creación intelectual, no debemos olvidar otro perjuicio de tipo objetivo: la lesión de intereses supraindividuales o sociales, dado que la propiedad intelectual forma parte del acervo inmaterial de los pueblos y el no respetar los derechos de autor lleva aparejada la contracción de la actividad creadora (cfr. art. 20 y 46 CE y art. 40 LPI).

6. DELIMITACIÓN POSITIVA DE LAS CONDUCTAS PLAGIARIAS

Hemos visto que no toda actividad que suponga la imitación o copia de la obra ajena puede calificarse de plagio. Se requiere la concurrencia de ciertos requisitos que evidencien de forma palpable la intención de apropiarse de la producción inmaterial de otro. Bajo las premisas que hemos analizado, podemos

establecer los elementos necesarios para que se produzca una conducta plagia-
ria:

1) *Conducta de gravedad relevante*: La acción a calificar como plagia-
ria ha de evidenciar una clara apropiación o copia de las ideas, elementos o formas de
exteriorización contenidas en una obra de la inteligencia ajena. En el caso de que
resulte una apropiación íntegra del texto o contenido, la conducta plagia-
ria es palmariamente deducible y objetivable. La crítica o cualquier tribunal no tendrá
dudas al respecto. En el supuesto de que la acción del plagiador consista en apro-
piarse de forma sutil de elementos, estructuras, formas, contenidos o argumen-
tos de una obra de otro se plantearán dificultades prácticas para concretar si la
acción alcanza la entidad de plagio (sobre todo en obras musicales o de índole
más abstrusa). En estas hipótesis será conveniente que el juzgador se valga de
dictámenes de especialistas que le ayuden a conformar una opinión más sólida.

2) *Ánimo de lucro o gloria*: Como ponderación de la gravedad ha de tenerse
en cuenta la concurrencia de una maliciosa intención de tomar lo ajeno como
propio, con ánimo de lucro o de gloria (*furtum laudis*), puesto que, aunque no
exista atentado o lesión de intereses económicos, la violación de derechos mo-
rales siempre es reprobable y podrá perseguirse por vía civil.

3) *Exteriorización*: Para que una obra incurra en plagio debe estar encami-
nada a una explotación comercial o, como mínimo, a darla a conocer al público
como propia. Por ende, ha de exigirse el requisito de la divulgación, ya que una
obra plagiada o adaptada para deleite propio -si se diera esta circunstancia- no
sería socialmente censurable ni jurídicamente perseguible, por cuanto no tras-
cendería al exterior la acción.

4) *Falta del consentimiento del titular*: Es patente que para que pueda exis-
tir plagio deberá concurrir la falta de consentimiento del titular de los derechos
de autor. Desde el punto de vista penal es un requisito objetivo del tipo. Desde
una perspectiva de la defensa civil, no podría tampoco perseguirse al carecer de
legitimación cualquier extraño que quisiera preservar la verdadera autoría de
una obra. Este requisito nos lleva a plantearnos más adelante el tema de la uti-

lización de terceros como escritores fantasmas (*ghostwriters*) o “negros” para atribuirse una falsa -pero consentida- autoría de una obra.

5) *Temporalidad*: Los derechos morales relativos al reconocimiento de la autoría y a la integridad de la obra son perpetuos e imprescriptibles (arts. 15 y 16 LPI). En consecuencia, la persecución del plagio desde el punto de vista civil estaría fuera de toda caducidad o del paso de la obra al dominio público. El problema es el ejercicio de acciones por persona legítima cuando haya transcurrido el término de protección. El artículo 15 LPI permite al autor designar persona para ejercer los derechos sobre reconocimiento de paternidad y salvaguarda de la integridad, y en su defecto lo podrán hacer instituciones públicas (art. 16 LPI).

En la esfera penal, dado que la tutela se refiere exclusivamente a la infracción de los derechos de contenido económico, el plagio deberá estar supeditado a la pervivencia de esta clase de facultades, bien en la persona del creador o en sus causahabientes, pues en otro caso no se daría el perjuicio de tercero que exige el texto punitivo español (art. 270 CP).

7. DELIMITACIÓN NEGATIVA: DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS

7.1. EL LLAMADO AUTOPLAGIO

Se plantea la duda de si el propio autor puede incurrir en la figura del plagio, conducta que la doctrina suele denominar "autoplagio". Esta figura es imposible que se dé en la práctica. En la hipótesis de que el autor no haya enajenado su obra, el publicar varias versiones de ella no constituye ningún ilícito jurídico, habida cuenta que conserva todos los derechos sobre la obra. Tampoco podrá existir plagio si el autor o artista ha enajenado sus derechos de explotación (recordemos que los morales son inalienables). En efecto, se publica la obra o parte de esta con el nombre del verdadero autor; por tanto, no se lesiona el derecho al reconocimiento de la autoría, requisito esencial de la conducta plagiaría. Se trataría de hacer pasar una obra propia como propia, pero sobre la que se carece ya de derechos de explotación. A lo sumo, podríamos hablar de reproducción o co-

municación ilegales o, en su caso, de infracciones contractuales por no respetar lo pactado, pero ya no estaríamos en presencia de una conducta plagaria⁶⁹.

Algún sector de la doctrina suele considerar autoplagio la reutilización de escritos propios en obras posteriores sin citar la anterior aportación y haciéndola pasar como obra nueva. Las duplicidades o reciclados que realice un autor no pueden calificarse de plagios. Como mucho se trataría de una cuestión de alcance ético que podría afectar a la excelencia académica y al rigor científico.

7.2. LA HIPÓTESIS DEL PLAGIO INVERSO Y LAS *COVER VERSIONS*

El llamado “plagio inverso” es una acción contraria al plagio y consiste en hacer pasar algo propio como ajeno. Esta acción supone la suplantación (no usurpación) de la personalidad de otro autor o intérprete⁷⁰. Tiene como finalidad aprovecharse en beneficio propio del nombre de un reputado creador. Suele darse sobre todo en el mundo de la composición musical. Esta acción no constituye plagio. Estaríamos ante una conducta totalmente opuesta al plagio: imputar una falsa autoría a un tercero.

Puede darse en dos hipótesis: a) *La suplantación interpretativa*, que suele producirse en obras musicales o artísticas concebidas para su explotación comercial mediante la reproducción o comunicación pública (p. ej., hacer versiones de éxitos musicales ajenos y pasarlos como interpretados por el autor o intérprete original). b) *La suplantación creadora*, consistente en atribuir la autoría de una obra propia a una tercera persona para aprovecharse de su fama. Se produce sobre todo en obras de arte y en composiciones musicales. Es más raro en el ámbito literario. Ambos tipos de suplantación podrían constituir estafas.

69 Más compleja sería la solución en el supuesto de obras colectivas. Sobre este particular puede verse nuestra monografía José-Antonio Vega Vega, *El plagio como infracción...*, 71-78.

70 Según el Diccionario de la RAE, “usurpar” significa “arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usar de ellos como si fueran propios”, lo que traducido al campo de la propiedad intelectual equivale a arrogarse la condición de autor o intérprete de una obra. Por el contrario, la voz “suplantar” debe entenderse como el acto de “ocupar con malas artes el lugar de otro, defraudándole el derecho, empleo o favor que disfrutaba”; esto es, hacer pasar como ajena una obra o interpretación propias, para aprovecharse de la fama o el nombre del autor o intérprete.

Conviene diferenciar estas acciones de las *cover versions*, que son interpretaciones autorizadas, y por tanto lícitas, de éxitos musicales, que ni constituyen delitos ni infringen los derechos de autor.

7.3. LA UTILIZACIÓN DE ESCRITORES FANTASMAS (*GHOSTWRITERS*)

Otra conducta que también suele confundirse con el plagio es el empleo de escritores fantasmas (conocidos como “negros” o *ghostwriters*). Se contratan los servicios de un tercero para componer una obra (normalmente literaria o musical) y después, con la anuencia del auténtico creador, se firma como propia. Esta práctica ha sido generalmente rechazada y censurada. Sin embargo, no puede en modo alguno calificarse como plagiaria. Tampoco encaja dentro de ninguna infracción contra la propiedad intelectual, ya que en la ilicitud de la acción participa el verdadero autor.

Desde el punto de vista civil se trata de un hecho que podría afectar al reconocimiento de la autoría (art. 14 LPI). Sin embargo, dado que el propio autor está interesado en la cesión oculta de su paternidad/maternidad, sería prácticamente imposible actuar jurídicamente contra los responsables, habida cuenta que en el proceso civil se exige la legitimación activa, correspondiendo la defensa de los derechos morales al propio autor, y solo en defecto de este correspondería a las personas e instituciones que se establecen en el artículo 16 de la LPI; pero es obvio que tal cesión de la paternidad se haría en vida del creador, lo que impediría la actuación de terceros, máxime cuando se presume autor al que aparece como tal en la obra (art. 6 LPI). Desde el punto de vista penal sería un supuesto imposible de perseguir porque la reproducción se haría en todo caso con el consentimiento de su titular (cfr. art. 270 CP).

Como cuestión de *lege ferenda* sería conveniente plantearse la necesidad de incriminar esta conducta como un delito autónomo e independiente (podría encajar entre las falsedades), en atención al daño que social y culturalmente puede causar.

8. INFLUENCIA DE LOS LÍMITES DEL DERECHO DE AUTOR EN EL PLAGIO

Los derechos de autor no confieren facultades discrecionales ni absolutas. Los ordenamientos prevén una serie de limitaciones a las prerrogativas reconocidas en la propiedad intelectual. En determinados supuestos se excluye la antijuridicidad y, por consiguiente, la falta de reproche a ciertas conductas en las que se reproduce, distribuye o comunica una obra de la inteligencia sin la autorización del titular de los derechos (cfr. arts. 31 a 40 bis LPI)⁷¹. Los límites que pueden perfilar las conductas plagiarias se refieren, entre otros, a la cita científica o docente, al derecho de información o al acceso a la cultura.

La justificación de la existencia de estas restricciones viene determinada por la colisión entre los derechos del titular y el "principio del interés preponderante". Cuando existen distintos intereses tutelados por el ordenamiento jurídico que entran en conflicto es necesario valorar el alcance de cada facultad para determinar la prelación. Ahora bien, tal como ha reconocido la jurisprudencia, en ningún caso estos límites podrán desnaturalizar las prerrogativas contenidas en el derecho de autor⁷².

Uno de los límites a los derechos de autor son las citas o reseñas con fines educativos o de investigación científica, cuyos requisitos se regulan en el artículo 32 LPI⁷³. Con la cita ocurre como con ciertos fenómenos que cambian de naturaleza en virtud de su entidad numérica. Así, un vehículo aislado no representa particularidad de relieve en el tráfico rodado. En el campo del derecho de autor

71 Sobre esta cuestión puede verse el trabajo de Carlos Rogel Vide, "De los límites a las infracciones del Derecho de Autor en España", en *La Ley*, 1 (1989): 943 y ss.

72 Sobre los límites de los derechos de autor, pueden verse las obras colectivas: AA.VV., *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, coord. por Carlos Rogel (Madrid: Reus, 2019); AA.VV., *Los límites de los derechos de autor*, coord. por Carlos Rogel (Madrid: Reus, 2006); Antonio Castán Pérez-Gómez, "Panorámica general de la cita como límite al derecho de autor en internet", en *Los límites del derecho de autor*, coord. por Carlos Rogel (Madrid: Reus, 2006), 131-162.

73 Los criterios jurisprudenciales sobre la cita como límite a los derechos de autor pueden verse en las siguientes resoluciones: Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19^a). Sentencia de 25 marzo 2004 (JUR 2004, 248592); Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a). Sentencia de 1 diciembre 2016 (AC 2016, 1935); Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9^a). Sentencia de 3 de enero de 2007 (AC 2007, 1252); Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3^a). Sentencia de 1 julio de 2016 (AC 2016,1930).

ocurre lo mismo: una o varias citas aisladas tampoco tendrán relevancia jurídica, salvo que el número sea tan amplio que obnuble la originalidad del autor citado⁷⁴. Únicamente en este caso el exceso de citas podrá ser reprochable y, por ende, perseguible.

En el ámbito periodístico, el *press clipping*, actividad consistente en recopilaciones de artículos periodísticos con fines comerciales, puede constituir también infracción de los derechos de autor si se produce una reproducción excesiva contra la oposición expresa de los editores⁷⁵. Análogamente, la utilización periódica, profusa, no consentida y para formar parte de determinados programas de televisión, de imágenes y contenidos de los que han sido emitidos por otros medios, constituye infracción de los derechos de autor⁷⁶. En el mundo de la comunicación tampoco se ampara el uso abusivo de los derechos de comunicación⁷⁷.

Una cuestión difícil de discernir en la práctica son las denominadas "citas de citas", fenómeno que se produce cuando en trabajos científicos o críticos se aportan opiniones o juicios de autores a los que por cualquier circunstancia (ejemplares limitados, obras de difícil localización, etc.) no tiene acceso directo una persona y debe acudir a fuentes indirectas. Hay que concluir que este uso es lícito siempre que sea "honrado y normal". En otras palabras, cuando no se caiga en el abuso y se indique la fuente.

En extrema síntesis, la cita tiene su amparo en los límites de los derechos de autor, por lo que prohibirlas equivaldría a suprimir la crítica literaria, científica o periodística. Pero abusar de este derecho para reproducciones injustificadas es ilícito y podría integrar conductas perseguibles jurídicamente, aunque nunca podrían calificarse de plagios.

74 Ver Evelio Sánchez Arroyo, "La protección...", 118.

75 Criterio jurisprudencial contenido en Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª). Sentencia de 14 de abril de 2014 (AC 2014, 1524).

76 Ver Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia de 14 enero 2012 (RJ 2013, 1816).

77 Cfr. Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª). Sentencia de 25 mayo 2012 (AC 2013, 1262).

9. RECAPITULACIÓN

La protección de las creaciones de la inteligencia es una cuestión polémica que genera grandes controversias en el orden jurídico, científico y económico. La obra del ingenio se tutela como un derecho fundamental en numerosos textos internacionales y prácticamente todos los ordenamientos nacionales reconocen la libertad de creación a nivel constitucional. Sin embargo, hay opiniones que niegan este derecho. Se argumenta que las ideas son libres, universales y no deben protegerse, porque se limita la producción de bienes inmateriales.

En lo que respecta a la propiedad industrial, realmente resulta un dilema moral alcanzar el equilibrio entre recompensar, de un lado, a los que han hecho un esfuerzo intelectual y económico para obtener una invención y extender, de otro, sus efectos positivos sobre el conjunto de la humanidad. Dilema que, en todo caso, hay que solucionar con sentido ético y pragmático, buscando la solidaridad de todos: inventores, multinacionales, Estados y ciudadanos.

Nunca resolveremos convenientemente esta disyuntiva negando el derecho de patente. Supondría ralentizar la investigación y el progreso técnico y social de toda la humanidad, lo que a la larga acabaría perjudicando en mayor medida a los más vulnerables.

Sin patentes no habría innovación. La tutela de las invenciones es el motor esencial que abre las vías de la investigación y de la difusión del conocimiento. La utilidad de las patentes va más allá del beneficio de las grandes compañías. Las patentes no son fines en sí mismo, sino medios al servicio de la innovación tecnológica que impulsa el desarrollo industrial, el bienestar social y el progreso económico.

Por su parte, las creaciones literarias, artísticas y científicas representan una manifestación estética y cultural que satisfacen necesidades inmateriales de la humanidad.

También en este terreno está viva la polémica sobre si debe protegerse a los creadores o debe establecerse un disfrute público, general y gratuito de las obras del espíritu. Esta controversia y la facilidad que para la reproducción proporcio-

nan las nuevas tecnologías coadyuvan a que cada vez aumenten las infracciones de los derechos de autor. La más conocida es el plagio, que puede considerarse como la falsa atribución de la autoría de una obra del ingenio.

La pregunta pertinente es si debemos proteger las manifestaciones culturales e inmateriales que se derivan de la propiedad intelectual.

Decía M. Schneider que hay dos maneras de decir que el plagio no es un problema: no verlo por ninguna parte, y afirmar que está por todos lados⁷⁸. Hegel, por su parte, sostenía que el plagio no es competencia de la crítica literaria, ni de la justicia; es más bien una cuestión de “buenos modales”. En otras palabras, un problema de buena educación o de cortesía.

Sin embargo, frente a las respetables opiniones que niegan los derechos de los autores e inventores, hemos de tener claro que nos desenvolvemos en un mundo tecnocomunicacional, al que se le ha dado en llamar sociedad de la información y del conocimiento, que da lugar a nuevas pautas de desarrollo económico y social que exigen que los Estados protejan adecuadamente los intereses de los ciudadanos. En esta línea se enmarca nuestra exposición.

Proteger las creaciones de la inteligencia sirve para preservar la facultad creadora de la sociedad. Los monopolios de explotación que se conceden a autores e inventores, lejos de favorecer de forma exclusiva los intereses económicos de sus titulares, fomentan el desarrollo de un país. La tutela de estas facultades salvaguarda y hace perdurable el patrimonio inmaterial y el progreso económico de los pueblos.

Sin el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial, no solo seríamos más pobres económicamente, sino que correríamos el riesgo de convertirnos en indigentes culturales.

78 Michel Schneider, *Voleurs de mots* (Paris: Gallimard, 1985), 29.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agúndez Fernández, Antonio. *Estudio jurídico del plagio literario*. Granada: Comares, 2005.
- Algardi, Zara-Olivia. *II plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*. Milano: Giuffrè, 1966.
- Algardi, Zara-Olivia. *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*. Padova: Cedam, 1978.
- Álvarez Romero, César-José. *Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual*. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, 1969.
- Amor Fernández, Antonio. *La propiedad industrial en el Derecho Internacional*. Barcelona: Nauta, 1965.
- Antequera Parilli, Ricardo. *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Madrid: Reus, 2007.
- Bapper, Walter. *Wege zum Urheberrecht. Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens*. Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1962.
- Baylos Corroza, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2009.
- Bernhardt, Wolfgang y Rudolf Krasser. *Lehrbuch des Patentrechts*. 4ª ed. München: Beck C H, 1993.
- Bruguière, Michely Michel Vivant. *Droit d'auteur et droits voisins*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2015.
- Cabanellas, Guillermo. "La propiedad intelectual y la teoría de los derechos de propiedad. Observaciones críticas". *Revista General del Derecho* 544-545 (enero-febrero 1990): 299-305.
- Caron, Jean-Christophe. *Droit d'Auteur et Droits Voisins*. Paris: Lexisnexis, 2017.
- Caruso, Maria-Adalgisa. *Temi di diritto dei beni immateriali e della concorrenza*. Milano: Giuffrè Editore, 2011.
- Castán Pérez-Gómez, Antonio. *El plagio y otros estudios sobre derecho de autor*. Madrid: Reus, 2009.
- Castán Pérez-Gómez, Antonio. "Panorámica general de la cita como límite al derecho de autor en internet". En *Los límites del derecho de autor*, coord. por Carlos Rogel. Madrid: Reus, 2006, 131-162.
- Colombet, Claude. *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999.
- Dánvila y Collado, Manuel. *La propiedad intelectual*. Madrid: Imprenta de la Correspondencia de España, 1882.
- Desbois, Henri. *Le droit d'auteur en France*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1979.
- Díez de Velasco, Manuel. "Concepto de la propiedad industrial", en *Estudios e Informes sobre Propiedad Industrial*. Barcelona: Estudios e informes sobre Mercados, 1977.

- Dock, Marie-Claude. *Étude sur droit d'auteur*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963.
- Dock, Marie-Claude. "Génesis et évolution de la notion de propriété littéraire", *Revue Internationale de Droit d'Auteur*. En *RIDA*, Especial sobre Historia internacional del derecho d'auteur des origines à nos jours, vol. LXXIX (enero 1974): 163 y ss.
- Edelman, Bernard. *La propriété littéraire et artistique*. Paris: PUF, 2008.
- Flick, Giovanni-Maria.M. *La tutela della personalità nel delitto di plagio*. Milano: Giuffrè Editore, 1972.
- Fromm, Friedrich-Karl y Wilhelm Norddemann. *Urheberrecht*. 7ª ed. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz: Kohlhammer, 1988.
- Greco, Paolo y Paolo Vercellone. *Tratato di diritto civile italiano*. III, 11ª ed. Milano: Giuffrè, 1974.
- Henning, Jean-Luc. *Apologie du plagiat*. Paris: Gallimard, 1997.
- Jiménez Patiño, Hernán-David y Renzo RAMÍREZ. "Plagio y autoplagio". *Historia Regional y Local*, Vol. 8º, núm. 161 (julio-diciembre de 2016), 273-283.
- Jufresa Patau, Frances de Paula y Cristóbal Martell Pérez-Alcalde. "Los derechos del artista sobre su obra". *Revista General del Derecho*, núms. 514-515 (julio-agosto 1987): 3848-3865.
- Kohler, Josef. *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*. Stuttgart: Enke, 1907.
- Kolle, Gert. "Technik, Datenverarbeitung un Patentrecht", en *Gewerlicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (1997): 58-125.
- Leclerc, Gérard. *Le Sceaux de l'oeuvre*. Paris: Seuil, 1998.
- Leonelli, Leonello.: "Tutela penal del diritto di autore", *Il Diritto di Autore*, 1961: 502-524.
- Maurel-Indart, Hélène. *Du Plagiat*. Paris: PUF, 1999.
- Nettel Díaz, Ana-Laur. "Derecho de autor y plagio". *Alegatos*, 83 (enero-abril 2013): 135-152.
- Olagnier, Paul. *Le droit d'auteur*, I. Paris: Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1934.
- Ortego Ruiz, Miguel. *Prestadores de servicios de internet y alojamiento de contenido ilícito* Madrid : Reus, 2016.
- Otero Lastres, José-Manuel. "La protección constitucional del derecho de autor. Análisis del artículo 20.1.b) de la Constitución española de 1978". *La Ley* 2 (1986): 370-398.
- Pérez Cuesta, Eugenio. "Una perspectiva histórica-jurídica sobre el derecho de autor", en *Revista de Derecho Privado*. Febrero (1981): 333 y ss.
- Perromat Augustin, Kevin. *El plagio en las literaturas hispánicas. Historia, Teoría y Práctica*. Tesis doctoral, Université Paris-Sorbonne, 2010.

- <http://www.bibliotecagonzalodeberceo.com/berceo/perromat/plagio.htm>
- Pholmann, Hansjörg. *Die Frühgeschichte des musikalischen Urheberrechts, ca. 1400-1800*. Basel-London-New York: Ed. Gesellschaft für Musikforschung, 1962.
- Plaisant, Robert. *Propriété littéraire et artistique* Paris: J. Delmas, 1985.
- Plaisant, Robert. *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*. Paris: Delmas, 1970.
- Pouillet, Eugène. *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*. Paris: Hachette Livre, 1908.
- Radaelli, Sigfrido y Carlos Mouchet. *Los derechos del escritor y del artista*. Madrid: Cultura Hispánica, 1953.
- Ramírez, Renzo y Hernán- David Jiménez Patiño. “Plagio y autoplagio”, *Historia Regional y Local*, Vol. 8º, 161 (julio-diciembre de 2016): 273-283.
- Ramos Simón, Luis-Fernando. “El derecho de cita o ‘uso honrado’ de la información en las bibliotecas y otras unidades de información”, *Boletín de la ANABAD*, Vol. L, 1 (2000): 91-106.
- Recht, Pierre. *Le droit d’auteur, une nouvelle forme de propriété. Histoire e théorie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence. Gembloux: Duculot, 1969.
- Rifaterre, Michael. “La trace de l’intertexte”, *La Pensée*, 215 (1988): 4-18.
- Rogel Vide, Carlos. “Notas sobre el derecho de cita de obras literarias y artísticas”, *La Ley* (1984): 980-987.
- Rogel Vide, Carlos. *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Madrid: Tecnos, 1984.
- Rogel Vide, Carlos. “De los límites a las infracciones del Derecho de Autor en España”, *La Ley*, 1 (1989): 943 y ss.
- Rogel Vide, Carlos. “La inclusión de obras plásticas en las literarias y el derecho de cita”, en *Nuevos Estudios de Propiedad Intelectual*. Barceloan: Bosch, 1995, 189-2008.
- Rogel Vide, Carlos. “Diseños, propiedad intelectual y propiedad industrial”, en *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, Vol. II Madrid: Reus, 2006, 51-75.
- Rogel Vide, Carlos. “Panorámica del daño moral en el Derecho español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4 (2016): 671-685.
- Sánchez Arroyo, Evelio. *Protección penal de los derechos de autor en España*, Tesis inédita, Universidad Complutense, Madrid, 1963.
- Simone, Raffaele. *La tercera fase: formas de saber que estamos perdiendo México*: Taurus, 2001.
- Strömholm, Stig. *Le droit moral de l’auteur*, I y II. Stockholm: Norstedt & Söner Förlag, 1967.
- Valverde, Calixto. *Derecho civil de España*. II Madrid: Cuesta, 1925.

- Van Empel, M. *The Granting of European Patents*. Leyden: A.W. Sijthoff, 1975.
- Vega Vega, José-Antonio. *Competencias estatales y autonómicas en materia de propiedad intelectual*. Madrid: Reus, 2020.
- Vega Vega, José-Antonio. *El plagio como infracción de los derechos de autor*. Madrid: Reus, 2018.
- Vega Vega, José-Antonio. "El plagio de las obras y los delitos contra la propiedad industrial". En *Propiedad intelectual e industrial. Conexiones y puntos de encuentro*, coord. por Carlos Valdés. Madrid: Reus, 2018, 195-249.
- Vega Vega, José-Antonio. "Acciones y procedimientos en defensa de la propiedad intelectual". En *Reformas recientes de la propiedad intelectual*, coord. por Carlos Rogel. Madrid: Reus, 2007, 159-222.
- Vega Vega, José-Antonio. *Protección de la propiedad intelectual*. Madrid: Reus, 2002.
- Vega Vega, José-Antonio. "Reflexiones sobre la protección del derecho moral". En *torno a los derechos morales de los creadores*, coord. por Carlos Rogel. Madrid: Reus, 2002, 111-146.
- Vega Vega, José-Antonio. "Nuevas tecnologías y protección de la propiedad intelectual". En *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, coord. por Carlos Rogel. Madrid: Reus, 1999, 179-220.
- Vega Vega, José-Antonio. *Derecho de autor*. Madrid Tecnos, 1990.
- Vega Vega, José-Antonio. "Consideraciones sobre el plagio como infracción de los derechos de autor". *Revue Internationale de Droit Pénal* 1 (1978): 389-395.
- Zavala de González, Matilde. *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA
Área de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Privado
Centro Universitario de Plasencia
Universidad de Extremadura
javega@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-2303-6562>