

SOBRE EL CONCEPTO DE "PLAGIO" EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL (Comentario a la STC 40/1994, de 15 de febrero)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Complutense

I

La sentencia del TC 40/1994, de 15 de febrero, se ocupa del siguiente supuesto de hecho. En un concurso para una plaza de profesor titular de Universidad, una de las aspirantes, Antonia M. P., aportó varias obras que —según la otra aspirante y ahora recurrente en amparo, Carmen E. M.— “constituían un plagio, una traducción y copias literales de obras originales de autores en su mayoría franceses, atribuyéndose Antonia M. P. la originalidad de tales obras”. No obstante, Antonia M. P. fue quien obtuvo la plaza de profesor titular, por lo que Carmen E. M., una vez desatendida su reclamación por la Comisión de Reclamaciones de la Universidad de Murcia, decidió interponer una querrela contra aquélla por un delito contra la propiedad intelectual, querrela que, por auto de 30 de diciembre de 1990, no fue admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Murcia, “pues según el único fundamento jurídico de la citada resolución existía falta de legitimación y la hoy recurrente no podía ser considerada sujeto pasivo del presunto delito del art. 534 bis a) CP, por tratarse de libros y obras de autores extranjeros”; la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Murcia, por auto de 4 de diciembre de 1991, confirmó el auto de inadmisión del Juzgado de Instrucción, “reproduciendo casi literalmente en su único fundamento jurídico las consideraciones del Juzgado de Instrucción”.

El TC otorga el amparo solicitado y “restablece en su derecho a la recurrente a quien se le tendrá por admitida la querrela en su día presentada ante el referido Juzgado de Instrucción (de Murcia)”.

En lo que sigue paso a ocuparme de dos cuestiones que suscita el supuesto de hecho de la sentencia del TC: de una cuestión procesal y de otra de Derecho penal material.

II

Por lo que se refiere a la cuestión procesal, es evidente que Carmen E. M. no es sujeto pasivo del delito y que —por consiguiente y en sentido técnico— tampoco puede ser considerada como “parte ofendida” en el sentido de los arts. 106 ss. LECr. Pues por sujeto pasivo (por “ofendido”) hay que entender al titular del bien jurídico lesionado, y como en este caso ese bien jurídico lesionado mediante las traducciones no autorizadas es la propiedad intelectual de los correspondientes autores franceses sobre las obras de cuyos derechos son titulares, son dichos autores también, por consiguiente, los únicos sujetos pasivos de los delitos supuestamente cometidos por Antonia M. P.

Pero, en contra de lo que parece sugerir el TC, la acción penal para la que está legitimada Carmen E. M. no es la acción popular (arts. 101 y 270 LECr) que puede ejercitar *cualquier ciudadano* para instar la persecución de un delito público (y los delitos contra la propiedad intelectual son públicos), sino que, sobre la base del art. 110 LECr, y *en calidad de “perjudicada”* por el delito de la otra concursante, Antonia M. P., puede mostrarse parte en la causa, ya que “perjudicado por el delito y con ello sujeto activo de la acción civil reparatoria [es] el [tercero] titular de intereses lesionados en cuantía determinada y de modo directo *por virtud del delito mismo*, sin otro nexo de causalidad entre el delito y el daño” (1), y si en un concurso para una plaza de profesor titular, uno de los dos aspirantes lo obtiene acudiendo al procedimiento delictivo de apropiarse fraudulentamente de obras científicas ajenas, es evidente que con ello está “perjudicando” al otro aspirante, quien de esta manera puede perder una plaza que, en otro caso, le hubiera correspondido si no hubiera sido porque uno de los competidores se ha atribuido, delictivamente, méritos científicos ficticios.

III

A) La conducta de traducir una obra científica ajena y atribuírsela como propia suele denominarse en el lenguaje de los concursantes a pla-

(1) GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la LECr*, tomo II, vol. I, Barcelona 1951, p. 385, subrayados en el texto original.

zas de profesorado universitario un "plagio". Desde el punto de vista del Derecho penal material surge, sin embargo, la duda de si esa conducta ha de subsumirse también en el concepto legal de "plagio" del art. 534 bis a), párrafo primero, CP, o de si, más bien, sería otra calificación la correcta.

B) 1. Una enmienda presentada a última hora en el Senado, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del CP en materia de delitos contra la propiedad intelectual, añadió a las conductas típicas básicas que hasta entonces figuraban en el art. 534 bis a) de dicho Proyecto —"reproducir", "distribuir", "comunicar públicamente"—, como ulterior comportamiento punible, el de "plagiar".

Para Roldán (2), "en realidad, si no se hubiera expresamente tipificado el plagio merced a una enmienda presentada por el Grupo mayoritario socialista en el Senado, hubiera sido posible su subsunción en la usurpación de la condición de autor", por lo que opina que el legislador ha empleado una "técnica legal... censurable". Y en parecido sentido se expresa Carmona (3), para quien "lo correcto hubiera sido dejar la redacción del art. 534 bis a) tal y como se encontraba en el texto del proyecto de Ley, antes de aprobarse la citada enmienda socialista, eliminando pues de la misma la referencia explícita al verbo 'plagiar', ya que las conductas constitutivas del mismo, en cualquiera de sus versiones, venían suficientemente abarcadas por la amplia fórmula del apartado c), párrafo 1º del artículo 534 bis b), aunque no constara en él una mención específica a dicha expresión".

Roldán y Carmona desconocen que la regulación actual se diferencia de la derogada (4) en que ha abandonado la técnica de una norma penal en blanco pura y que, por ello y por mucho que una conducta suponga una infracción del derecho de autor, no obstante será impune si no está expresamente tipificada en el texto del mismo CP. Ciertamente que el supuesto recogido en el art. 534 bis b) 1.c) ("Usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución") hace referencia a una actividad plagiaria: la de quien hace pasar como suya una obra ajena; pero el art. 534 bis b) es un tipo agravado que establece determinadas calificaciones para conductas que, previa y

(2) "Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales", *La Ley*, 1988, núm 1943, p. 7 (de la separata).

(3) *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid 1988, p. 337 (subrayados añadidos).

(4) Hasta la reforma de los delitos contra la propiedad intelectual por Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, el art. 534, párrafo primero, tenía el siguiente texto: "El que infringiere intencionadamente los derechos de autor será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas, independientemente de las sanciones determinadas en las Leyes especiales".

necesariamente, tienen que ser subsumibles *ya* en el tipo básico del art. 534 bis a), y éste, en el texto originario del Proyecto, sólo hablaba de “reproducir... una obra literaria, artística o científica”; esto es, de elaborar una copia *idéntica* a la original, con lo que quedaba fuera del CP la conducta de quien, sin reproducirla (sin fotocopiar la obra, sin duplicar el fonograma o videograma ajenos, etc.), *imitaba* el producto intelectual de otro, plagiándolo. Al criticar la enmienda del Grupo socialista del Senado —enmienda que, afortunadamente, fue acogida—, Roldán y Carmona parten de que el concepto de plagio se agota en: atribuirse la obra de otro *tal y como* ha sido creada por el autor, ignorando que, junto a esta primera, existe una segunda modalidad de plagio: atribuirse la obra de otro, *no reproduciéndola idénticamente*, sino imitándola. No se ve el motivo por el cual esa segunda y gravísima modalidad de ataque a la propiedad intelectual ajena habría de quedar impune, siendo así, además, que hasta 1987 existía acuerdo en que era una conducta constitutiva de un delito contra la propiedad intelectual: tanto en la doctrina (5) como en la jurisprudencia, donde, por ejemplo, las dos importantes sentencias del TS de 14 de febrero (A. 1129) y de 30 de mayo (A. 5251) de 1984 condenaron por defraudación de la propiedad intelectual en dos ocasiones en las que la conducta había consistido no en reproducir, sino en imitar una obra fonográfica ajena.

2. La introducción del “plagio” como ulterior conducta punible, diferenciada de la de reproducir, es la que ha permitido a la jurisprudencia castigar ataques contra la propiedad intelectual —que, en otro caso, habrían sido atípicos— consistentes, no en producir copias no autorizadas *idénticas* al original, sino en las que éste era sometido a una burda y parasitaria imitación.

De acuerdo con ello, el TS califica de delito contra la propiedad intelectual, en la sentencia de 28 de mayo de 1992 (A. 4394), la impresión de unos “christmas” que no repetían idénticamente el original —no había, pues, “reproducción de una obra literaria artística o científica” en el sentido del art. 534 bis a), párrafo primero, CP, en relación con el art. 18 LPI—, pero en los que sí existía una “*casi total* coincidencia entre los temas, composición, coloración, ambientación, etc.” de la creación artística original y la copia descaradamente imitadora —había, pues, plagio—. Y en la de 26 de septiembre de 1992 (A. 7356), estima igualmente delictiva la conducta, no de editar un libro *tal y como* ha sido publicado originalmente —por lo que tampoco en este caso se podría hablar en sentido legal de la “reproducción de una obra literaria” ajena—, sino llevando a cabo “una copia no total

(5) Ver, por todos, QUINTANO, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo III: Infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y Leyes especiales, 2.^a ed. puesta al día por GARCIA VALDES, Madrid 1978, pp. 614 ss.

pero sí en los extremos esenciales de la obra, así como de su sistemática, conclusiones y forma" —por lo que de nuevo estaríamos ante un supuesto de "plagio"—.

C) 1. Lo expuesto hasta ahora sobre el contenido y el alcance de los términos legales "reproducir [y] plagiar una obra literaria, artística o científica... sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios" nos permite ya abordar la cuestión de si es punible —y, en caso afirmativo, sobre qué base— la traducción de un libro extranjero, atribuyéndose su paternidad una persona distinta del autor original.

Sobre todo ello hay que decir, en primer lugar, que esa conducta no es subsumible en el verbo típico "reproducir... una obra literaria, artística o científica", pues como el texto original se ha escrito en francés, sólo las ediciones piratas *en ese mismo idioma* constituirían una "reproducción (idéntica)" de la obra ajena, mientras que la edición de ejemplares *traducidos al español* difiere —por estar escritos en un idioma distinto— de una "reproducción" en sentido estricto del original.

En segundo lugar, y a pesar de que en el lenguaje de los concursantes a plazas de profesor universitario esas conductas fraudulentas se denominan "plagio", tampoco son abarcadas por la expresión típica *plagiare*, pues el que traduce una obra no la *imita*, sino que la "transforma", vertiéndola a un idioma distinto de aquel en el que originariamente se ha escrito.

2. Donde sí que es subsumible la conducta supuestamente realizada por Antonia M. P. sería en la "reproducción... de su transformación (de la obra original)", ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 21.1 LPI "la transformación de la obra comprende su *traducción*, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente".

Cuando el objeto material del delito contra la propiedad intelectual consiste en una transformación (traducción) son imaginables, a su vez, dos formas de manifestación delictiva.

Si el traductor efectúa la versión española "sin la autorización" del autor original, pero sigue atribuyendo la paternidad al creador real de la obra, entonces el tipo aplicable es el básico del art. 534 bis a), párrafo primero, con la eventual aplicación de las circunstancias de agravación previstas, bien en el art. 534 bis b) 1.a) ("obrar con ánimo de lucro"), bien en el art. 534 bis b) 2 [cuando, concurriendo ánimo de lucro, a) la "cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica", o b) "el daño causado revista especial gravedad"].

En cambio, cuando —como supuestamente ocurre en el caso objeto de la sentencia del TC que comentamos—, además de realizarse la traducción sin la autorización del autor original, no se reconoce la paternidad de

aquél, suplantándose la autoría de la obra, tal como presuntamente hizo Antonia M. P., entonces, e independientemente de la concurrencia de los supuestos de agravación a los que nos acabamos de referir en el párrafo anterior, entraría en juego, como ulterior elemento agravante, el de “usurpar la condición de autor sobre una obra” [art. 534 bis b) 1.c)].