

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Alicia Armengot Vilaplana

SUMARIO: I. El sistema de los privilegios de impresión como punto de partida del reconocimiento del moderno derecho de autor. II. El progresivo abandono del sistema de los privilegios de impresión y el tránsito hacia el reconocimiento del moderno derecho de autor. III. La Ley de propiedad literaria de 1847 y su coexistencia con el código penal de 1848. Concurrencia de sanciones. IV. La Ley de Propiedad Intelectual de 1879: A) *Caracterización general*. B) *La fuerte intervención administrativa configurada por la LPI de 1879: Registro y depósito de las obras*. C) *La triple protección de los derechos de propiedad intelectual tras la entrada en vigor de la LPI de 1879. Criterios jurisprudenciales de delimitación de los distintos órdenes jurisdiccionales: a) La delimitación de los órdenes penal y civil. b) La protección gubernativa cautelar de las obras musicales y dramáticas: a. Regulación legal. b. Naturaleza jurídica, ámbito, presupuestos y efectos. c. Procedimiento. d. La pervivencia de las medidas gubernativas tras la entrada en vigor de la CE. La disposición derogatoria única de la LPI*. V. La Ley de Propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987 y la LO 6/1987 de reforma del CP. VI. El RD Legislativo de 12 de abril de 1996 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y el CP de 1995.

I. EL SISTEMA DE LOS PRIVILEGIOS DE IMPRESIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA DEL RECONOCIMIENTO DEL MODERNO DERECHO DE AUTOR.

Es frecuente, en las obras dedicadas al estudio de la propiedad intelectual, comenzar afirmando que el moderno derecho de autor apareció en su origen vinculado al nacimiento de la imprenta y de los privilegios concedidos a los impresores¹.

Durante años, las obras de escritores y músicos se producían como las de los artistas plásticos, en ejemplar único; la reproducción de las mismas debía hacerse a mano y los ejemplares copiados no solían ser objeto de comercio. La aparición de la imprenta y la facilidad de obtener ejemplares de las obras escritas a coste reducido, cambió por completo esta situación, tanto en el orden social, por la posibilidad de gene-

1 BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia económica. Disciplina de la Competencia Deseal*, Madrid, 1993, p. 162; ROGEL VIDE, C., *Autores, coautores y propiedad intelectual*, Madrid, 1984, p. 24; VEGA, J., *Derecho de autor*, Madrid, 1990, p. 46; MARCO MOLINA, J., *La propiedad Intelectual en la legislación española*, Madrid, 1995, p. 19; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Evolución histórica del derecho de propiedad intelectual*, RGLJ, abril, 1988, n° 4, p. 521; PLAZA PENADES, J., *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución*, Valencia, 1997, p. 44.

ralizar la cultura y poner las obras al alcance de todos, cuanto en el orden económico, al haberse convertido la obra impresa en objeto de comercio².

La edición de libros se convirtió entonces en un negocio rentable. Pero para ello, los impresores convertidos en editores, precisaban de un sistema que les garantizara la obtención de unos beneficios económicos que compensasen cuanto menos las cantidades invertidas en la reimpresión gráfica de las obras. Y este sistema se articuló por medio de los privilegios de impresión³.

La concesión del privilegio no consistía en el reconocimiento de un derecho preexistente, sino en la atribución graciosa de una condición jurídica *ex novo*, sin antecedentes de ningún género, que permitía el ejercicio de una determinada actividad económica⁴. Se trataba, no obstante, de un reconocimiento en favor del editor y no del autor, el cual quedaba simplemente compensado con la cantidad que recibía del primero e independientemente del privilegio concedido al mismo. Para el autor una vez “entregado el manuscrito y recibidos los honorarios, cesaba todo su derecho a participar en los beneficios económicos que pudiera reportar la impresión y la posible reedición futura de su obra”⁵.

Progresivamente, los autores comenzaron a reivindicar la preeminencia de su derecho, como derecho propio, inalienable y autónomo, frente al de los impresores o libreros. Las Reales Órdenes de 14 de noviembre de 1762 y 20 de octubre de 1764⁶, promulgadas bajo el reinado de Carlos III, son citadas como las primeras normas en las que se limita a los autores la posibilidad de obtener los privilegios para la impresión de libros, concentrados hasta ese momento, en manos de los libreros⁷.

En la concesión del privilegio era posible distinguir entre la facultad o licencia necesaria para imprimir libros, cuya finalidad era llevar a cabo un control de precios y una censura del contenido de la obra⁸, y el privilegio propiamente dicho, que solía aparecer como añadido a esa licencia, y que consistía en una declaración por la que quedaba prohibida la reimpresión de la obra sin autorización⁹.

La creación de una jurisdicción especial y el establecimiento de un doble recurso frente a las decisiones del Tribunal del Santo Oficio, cerraban el sistema de protección de los privilegios de impresión. En cuanto a la primera, la Resolución de Carlos III de 29 de noviembre de 1785, atribuyó al juez de imprentas la competencia para el conocimiento de todos aquellos supuestos en los que se habían imprimido obras sin la autorización de quien ostentaba el privilegio¹⁰. Creada esa jurisdicción especial, y teniendo en cuenta que la censura estaba en manos del Tribunal del Santo Oficio, se posibilitó un

2 FORNS, J., *Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura*, ADC, 1951, julio - septiembre, p. 988.

3 PÉREZ CUESTA, E., *Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor*, en RDP, enero-diciembre, 1981, p. 333; BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial...*, cit., p. 155; PLAZA PENADÉS, J., *El derecho de autor...*, cit., pp. 54- 55.

4 BONDÍA ROMÁN, F., *Propiedad Intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Madrid, 1988, p. 74; ROGEL VIDE, C., *Autores, coautores...*, cit., p. 25.

5 BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial...*, cit., p. 154.

6 VEGA, J., *Derecho de autor*, cit., p. 51.

7 PÉREZ CUESTA, E., *Una perspectiva histórico-jurídica...*, cit., pp. 340 y ss.

8 PÉREZ CUESTA, E., cit. nota ant., p. 339.

9 BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial...*, cit., p. 161; en el mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual y Derecho Administrativo*, Madrid, 1999, p. 46.

10 BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial...*, cit., p. 155.

doble recurso frente a las decisiones de este Tribunal: en queja ante el juez de imprentas y en apelación ante el Consejo de Castilla. De esta forma, y como explica Vega, se establecía una doble garantía, pues no sólo esa jurisdicción especial - el juez de imprentas- podía dilucidar sobre la legitimidad del veredicto del primer órgano jurisdiccional - el Tribunal del Santo Oficio- “en el que el requisito de la imparcialidad puede ser dudoso que existiera”, sino que además, se posibilitaba una segunda instancia: “la apelación ante el Consejo de Castilla, máximo órgano del Estado”¹¹.

II. EL PROGRESIVO ABANDONO DEL SISTEMA DE LOS PRIVILEGIOS DE IMPRESIÓN Y EL TRÁNSITO HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL MODERNO DERECHO DE AUTOR.

Con el advenimiento del Estado liberal se fue abandonando progresivamente el sistema de los privilegios de impresión, y lo que se concedía de una manera graciosa y discrecional, pasó a convertirse en un derecho que el autor tenía sobre sus escritos, sin necesidad de ejercer ninguna actividad previa¹².

Diversas disposiciones fueron apareciendo durante el siglo XIX español, siendo común en todas ellas el reconocimiento del derecho de propiedad del autor, pero oscilando entre admitir una propiedad idéntica a la ordinaria y sin quedar sujeta a límite temporal alguno, o una propiedad especial, por su limitación temporal. Destacaremos los principales hitos legislativos de la regulación de esta materia, reflejo de los continuos cambios de gobierno que caracterizaron el siglo XIX español.

Reunidas las Cortes de Cádiz, aprobaron el Decreto de 10 de junio de 1813, primera disposición en la que se reconocía al autor - y no a los editores o libreros- la propiedad sobre sus obras¹³. El autor pasaba a ser el titular exclusivo del derecho a imprimir y reimprimir sus obras cuantas veces quisiera, derecho que se transmitía a sus herederos durante un plazo de diez años, contados desde el fallecimiento del autor. La vuelta de Fernando VII en 1814, supone la derogación de todas las disposiciones sobre la materia y el restablecimiento de la legislación anterior, es decir, la relativa a los privilegios de impresión, contenida ahora en la Novísima Recopilación¹⁴.

Durante el segundo período constitucional (1820-1823), una nueva disposición se sucede en esta materia, el Decreto de 5 de agosto de 1823, conocido por todos como Ley Calatrava¹⁵. Norma de limitadísima vigencia¹⁶, pero de especial importancia, por ser la única

11 VEGA, J., *Derecho de autor*, cit., p. 52.

12 ROGEL VIDE, C., *Autores, coautores...*, cit., p. 41; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Evolución histórica...*, cit., p. 529.

13 Se trataba del Decreto nº 265 de las Cortes de Cádiz de 10 de junio de 1813, regulador de las “reglas para conservar a los escritores la propiedad de sus obras”, MARCO MOLINA, J., *Bases históricas y filosóficas del derecho de autor*, ADC, 1994, XLVII, I, p. 137.

14 VEGA, J., *Derecho de autor*, cit., p. 53.

15 Fue firmada por José María Calatrava en calidad de Secretario del despacho de Gracia y Justicia, MARCO MOLINA, J., *La propiedad...*, cit., p. 20.

16 No estuvo en vigor ni durante el período absolutista en el que fue declarada nula por Fernando VII (manifiesto de 1 de octubre de 1823) ni durante la Regencia de María Cristina en la que se vuelve con el Reglamento de Imprentas de 1834 a restaurar el antiguo sistema de los privilegios de impresión, MARCO MOLINA, *La propiedad...*, cit., p. 20; ALVAREZ ROMERO, *Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual*, Madrid, 1969, p. 21; por el mismo autor, *El derecho de propiedad intelectual: su temporalidad*, en Estudios de Derecho civil en Homenaje del Profesor Castán Tobeñas, Pamplona, 1969, V, pp. 13 y 14.

de la historia legislativa española en la que la propiedad intelectual quedaba totalmente equiparada a la propiedad común, y por tanto sin quedar sujeta a límite temporal alguno¹⁷.

De forma paralela a esta regulación civil de los derechos sobre las obras del ingenio, se aprueba el 9 de junio de 1822, el primer Código Penal español. Su art. 782 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”. El artículo siguiente completaba la regulación declarando que “Si las obras de que trata el artículo precedente hubieran sido contrahechas fuera del reino, sufrirán la pena de perturbadores en el uso exclusivo de la propiedad los que a sabiendas las hubieren introducido o las expendieren”. Dos ideas destacaríamos de este primer código penal español. De un lado, el empleo de la expresión “a sabiendas” y con ella, la característica de intencionalidad o de dolo directo que va a presidir todo el desarrollo histórico de los delitos contra la propiedad intelectual. Por otra parte, y a diferencia del Código francés en el que se inspiró¹⁸, el CP de 1822 no contemplaba junto a la pena de multa, la medida accesoria del comiso de los objetos o bienes defraudados y su entrega al propietario perjudicado.

La razón de esta última circunstancia quizás estribara en la discutida naturaleza de la medida del comiso. Para el CP de 1822, el comiso era una pena equiparada a la multa pero diferenciada de las responsabilidades civiles¹⁹, de tal forma que si para los perturbadores de la propiedad intelectual estaba prevista la pena de multa, no cabía la imposición de una segunda pena, el comiso de los objetos contrahechos. Para otros autores, en cambio, la razón por la que el CP de 1822 no incluyera la sanción del comiso debió responder a la idea de que esta sanción, “por no ser verdadera pena y sí disposición de indole civil, tenía su lugar condigno en las normas de derecho privado sobre propiedad literaria”²⁰, y así fue como años más tarde, el comiso se incluyó en las leyes de propiedad literaria de 1847 y de propiedad intelectual de 1879, entre las sanciones civiles.

En cualquier caso, y resumiendo lo dicho hasta ahora, el que hoy denominamos derecho de autor, quedaba limitado en su origen al derecho de propiedad que el autor tenía sobre el soporte en el que se materializaba la obra, constituyera ésta una creación literaria, dramática o musical, derecho que le facultaba a imprimir y reimprimir la obra cuantas veces quisiera. Siendo éste el contenido de un derecho privado cual era el de propiedad, la tutela que el autor o propietario de esos escritos podía solicitar y obtener de los Tribunales, era exclusivamente la contemplada en el Código penal, cuyo precepto en blanco obligaba a la integración del mismo mediante la remisión a la norma extrapenal²¹.

III. LA LEY DE PROPIEDAD LITERARIA DE 1847 Y SU COEXISTENCIA CON EL CÓDIGO PENAL DE 1848. CONCURRENCIA DE SANCIONES.

Elaborado el primer proyecto de Ley de Bases del Código Civil de 1844, y bajo la influencia de las ideas de la codificación, se dicta la primera ley especial para regu-

17 PÉREZ CUESTA, E., *Una perspectiva histórico-jurídica...*, cit., p. 342.

18 VEGA, J., *Derecho de autor*, cit., p. 55.

19 TERUEL CARRALERO, D., *El comiso y las faltas*, en RDP, 1955, p. 115.

20 VEGA, J., *Derecho de autor*, cit., p. 55.

21 El CP de 1822 es un texto que ha presentado dudas sobre el tiempo que estuvo en vigor, VEGA, J., *Derecho de autor*, cit., p. 54; véase, ALONSO Y ALONSO, *De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822*, en RDP, nº 11, febrero, 1946; CASABÓ RUIZ, *El Código penal de 1822*, tesis, Valencia, 1968.

lar y sistematizar todas las normas existentes sobre esta materia: la ley de propiedad literaria de 10 de junio de 1847²². Se trataba de una ley avanzada, por cuanto reconocía al autor un derecho de “propiedad” sobre sus obras, pero anclada todavía en algunos aspectos en el antiguo sistema de los privilegios de impresión²³.

En efecto, para la ley de 1847, la obra no era jurídicamente relevante sino a partir de su reproducción o impresión, tal como ocurría en la etapa de los privilegios en la que la protección recaía sobre el producto de la imprenta y no sobre la obra del espíritu. Además, era necesario el depósito de la obra ante la autoridad administrativa para lograr su protección, lo que recordaba a las anteriores normas sobre la censura y exhibición previa de las creaciones. En definitiva, las obras del ingenio eran protegidas en la medida en que eran susceptibles de reportar ventajas patrimoniales, desde que se convertían en res *intra commercium*²⁴.

La ley constaba de tres Títulos y el tercero de ellos estaba dedicado a las medidas sancionadoras. El art. 19 establecía: “Todo el que reproduzca una obra ajena sin el consentimiento del autor o del que le haya subrogado en el derecho de publicarla quedará sujeto a las penas siguientes: 1º A perder todos los ejemplares que se le encuentren de la obra impresa fraudulentamente, los cuales se entregarán al autor de la obra o a sus derechohabientes. 2º Al resarcimiento de daños y perjuicios que hubiesen sufrido el autor o dueño de la obra (...). 3º A las costas del proceso”.

Es cierto, y así lo explica Carrasco Perera²⁵, que “la forma original de sanción de las infracciones civiles a los derechos protegidos la constituía el comiso de los ejemplares resultantes de la infracción”. Lo destacable es que esta medida se contemplara desde un principio en leyes de carácter civil. No obstante, - continúa el mismo autor -, “el comiso puede revestir diversas modalidades y consecuencias, según se acerque o se aleje del modelo penal, es decir, según se tienda en mayor o menor medida a adoptar una función resarcitoria, en lugar de limitarse a cumplir la función de pena”. Resulta de lo dicho que el comiso contemplado en la LPI de 1847 cumpliría una función de restitución de los ejemplares producidos fraudulentamente, pero sin que el valor de los mismos se computara a los efectos de la indemnización, la cual, se contemplaba en el párrafo segundo de esta ley, de manera acumulada a la sanción del comiso. De este modo, si las reacciones frente a los ataques a la propiedad intelectual debían regirse exclusivamente por esta ley, podríamos pensar que o bien ambas medidas (el comiso y la indemnización) eran aplicables indistintamente al delito de defraudación y al ilícito civil, o bien que cada una de las sanciones era aplicable a los respectivos comportamientos: el comiso como pena correspondiente al delito, y la indemnización como sanción aplicable al ilícito civil.

La entrada en vigor del CP de 1848 vino a enturbiar esta amalgama de preceptos civiles y penales característica de la LPI de 1847²⁶. El art. 466 del citado cuerpo puniti-

22 MARCO MOLINA, J., *La Propiedad...*, cit., p. 20.

23 La ley empleaba el término propiedad más por influencia francesa y por motivos de conveniencia, que por asimilación con el derecho de propiedad. Así, explica MARCO MOLINA, J., *La Propiedad...*, cit., p. 21, “Para el legislador no es excesivamente importante que el derecho del autor sobre su obra sea o no un verdadero derecho de propiedad sino que en tanto que derecho exclusivo sobre un objeto, admita ser regulado por medios análogos al derecho de propiedad”; también BONDÍA ROMÁN, F., *Propiedad Intelectual...*, cit., p. 82, explica el motivo por el que se acudió al derecho propiedad para reconocer el derecho que correspondía al autor sobre sus obras: “Los revolucionarios franceses, para afianzar el derecho de los autores y expresar la plenitud del señorío que tienen sobre sus obras, recurrieron al expediente de la propiedad, que significa la relación jurídica más completa que puede vincular a un titular con el objeto de su derecho”.

24 MARCO MOLINA, J., *La propiedad...*, cit., pp. 31 y ss.

25 CARRASCO PERERA, A., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 1997, p. 1780, (a partir de ahora, *Comentarios*).

26 VEGA, J., *Derecho de autor*, cit., p. 57.

vo, bajo la rúbrica “Estafas y otros engaños”, tipificaba las defraudaciones de la propiedad intelectual. El precepto establecía: “Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el artículo 444²⁷ los que cometieran alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial (párrafo primero). Los ejemplares máquinas u objetos contrahechos, introducidos o expedidos fraudulentamente se aplicarán al perjudicado, y también las láminas o utensilios empleados para la ejecución del fraude cuando sólo pudiesen usarse para cometerle (párrafo segundo). Si no pudiera tener efecto esta disposición se impondrá al culpable la multa del duplo del valor de la defraudación que se aplicará al perjudicado (párrafo tercero)”.

A diferencia del Código penal de 1822, que sólo había contemplado la pena de multa para el que turbare en el uso exclusivo que concediera la ley al autor, el CP de 1848, incluyó junto a esa misma pena, la medida accesoria del comiso y entrega al perjudicado de los objetos fraudulentamente obtenidos. Como explica Pacheco, el segundo párrafo del CP de 1848 en el que se contemplaba el comiso, constituía “una segunda pena (la penalidad es cumulativa) pero con la salvedad de que esta segunda pena es aplicable al interesado civilmente y la otra es sólo penal”²⁸.

Con ello, vino a plantearse una cuestión de concurrencia de sanciones, las previstas en la vigente LPI de 1847, que como hemos visto eran el comiso y la indemnización, y las contempladas en el CP de 1848, esto es, la multa y la confiscación de efectos. Tal cuestión consistía en determinar si las reglas de penalidad de la Ley de 1847 continuaban en vigor tras la aprobación del CP de 1848²⁹, o si este último texto punitivo pasaría a regular todas las infracciones contra la propiedad intelectual.

Por una parte, el art. 7 del CP establecía que “No estarán sujetos a las disposiciones de este Código los delitos que estuviesen penados por leyes especiales”, lo que llevaba a pensar que la LPI de 1847 y su tercer Título donde se contemplaban las sanciones penales seguía vigente. Pero, al mismo tiempo, el último artículo de este Código (art. 457) establecía: “Quedan derogadas todas las leyes penales anteriores a la promulgación de este código, salvo los delitos no sujetos a las disposiciones del mismo con arreglo a lo prescrito en el artículo 7”, concluyendo por algunos autores que con ello el CP había dejado sin efecto los arts. 19 y siguientes de la Ley de 1847, en lo referente a lo penal³⁰. Pacheco, en sus Comentarios al Código Penal, señaló que el art. 457 modificaba “en todo lo que les fuere contrario, así la ley de 10 de Junio de 1847 sobre propiedad literaria, cuanto el decreto de 26 de marzo de 1826 sobre la propiedad industrial”³¹.

La escasa jurisprudencia existente sobre este tema - salvo la relativa al concepto de plagio- contribuyó aún menos al esclarecimiento de la cuestión³². Por lo que el problema de fondo, esto es, el de la indefinición entre lo que se debía considerar delito de defraudación de la propiedad intelectual y lo que debía ser únicamente ilícito civil usurpatorio³³, no sólo no se resolvió en aquel momento, sino que perdurará hasta la LPI de 1987 y su paralela LO de 1987 de reforma del CP, como después veremos.

27 Estas penas consistían en la multa del tanto al triplo del importe del perjuicio irrogado; véase, VEGA, J., *Derecho de autor*, cit., ant., p. 58.

28 PACHECO, J., *Código Penal. Concordado y comentado*, Madrid, 1867, p. 375.

29 El CP de 1848, explica VEGA, J., *Derecho de autor*, cit., p. 59, fue reformado el 30 de junio de 1850 aunque la reforma no afectara a los delitos contra la propiedad intelectual. El art. 446 pasó a ser el 457 y el art. 444 conformó el 455.

30 VEGA, J., *Derecho de autor*, cit. ant., p. 59.

31 PACHECO, J., *Código penal...*, cit., p. 376.

32 ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Jurisprudencia civil de España, conforme a las doctrinas consignadas en los fallos del Tribunal Supremo de justicia*, Madrid, 1869, T. I, p. 211.

33 VEGA, J., *Derecho de autor*, cit., p. 59.

Para finalizar esta etapa señalar que al CP de 1850 le sucedieron los Códigos de 1870, 1928 y 1932, pero en todos ellos se mantuvo la amplia fórmula del Código Penal de 1848: “Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el artículo 550 los que cometieren alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial”.

IV. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1879.

A) Caracterización general.

En 1876, un grupo de diputados muy destacados por su labor literaria³⁴, presentó al Congreso una proposición de ley, en la que la propiedad intelectual quedaba totalmente equiparada a la propiedad ordinaria, sin quedar sujeta a límite temporal alguno. Sin embargo, y desde el primer momento, el Gobierno se mostró contrario a la instauración de una propiedad intelectual perpetua, llegándose al final a una solución intermedia, en la que el plazo de duración de la misma quedaba ampliado a ochenta años. “El plazo de ochenta años representó una fórmula transaccional entre las tesis encontradas de la perpetuidad y de la temporalidad y en ella se encuentra la explicación de su larga duración, cuando los plazos que ofrecía el derecho comparado de aquella época se movían entre los cinco y los cincuenta años”³⁵. No obstante, pese a ese cambio de orientación inicial, la Ley de 1879 se inscribe en una nueva época en la consideración del derecho de autor, abonada por las ideas que en torno a esta institución estaba elaborando la doctrina extranjera.

En efecto, tras una primera etapa en la que la mayoría de los ordenamientos habían reconocido el derecho del autor sobre sus obras, recurriendo para ello al instituto de la propiedad, se asiste a una segunda fase en la que comienza a cuestionarse por la doctrina la naturaleza jurídica de este derecho, intentando hallar el lugar que le correspondía dentro del Derecho privado³⁶. En esa labor sistemática, dos fueron principalmente los frentes de ataque a los que se sometió la institución. De un lado, la doctrina centró su atención en el objeto del derecho, destacando que si bien el derecho de propiedad recaía sobre un bien material - el libro o el cuadro -, el derecho de autor recaía sobre una entidad inmaterial, la propia creación, la obra del espíritu o del ingenio³⁷. De

34 FORNS, J., *Temas de propiedad intelectual. Fuerza obligatoria del Registro*, RDP, 1944, pp. 640 - 645; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Evolución histórica...*, cit., p. 530; como explica PÉREZ CUESTA, E., *Una perspectiva...*, cit., p. 343, los firmantes de la proposición fueron: Manuel Danvila Collado - reconocido por todos los comentaristas como el autor de la ley -, Víctor Balaguer, Mariano Carreras, Emilio Castelar, Emilio Santos, Gaspar Núñez de Arce e Ignacio Escobar.

35 ROGEL VIDE, C., *Autores, coautores...*, cit. p. 46.

36 Según explica CARMONA SALGADO, C., *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1988, p. 106, la imposibilidad de incluir exactamente esta figura jurídica en la tradicional clasificación tripartita romana de derechos reales, personales y obligacionales, provocó la aparición de teorías por parte de los civilistas que pueden agruparse en torno a dos grandes posturas. Las tesis personalistas, centraron su atención en los intereses extrapatrimoniales o de carácter moral existentes en el derecho de autor, adscribiendo el mismo a la categoría de los derechos de la personalidad. Otras, cuyo énfasis se centró en la vertiente patrimonial del mismo, tendieron a asimilar esta institución a los derechos reales de propiedad. Entre ambas teorías “parece triunfar en la actualidad una tercera teoría ecléctica, que califica estos derechos de inmateriales o *sui generis*, como una cuarta categoría junto a la clásica división tripartita romana a la que antes aludíamos”; acerca de las teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor, RODRÍGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE, *Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales*, en RDP, 1969, p. 750; también en MARCO MOLINA, J., *Bases históricas y filosóficas...*, cit., pp. 146 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, Madrid, 1978, T. III, p. 578.

37 Esta idea desarrollada por KOHLER dará lugar a la doctrina de los bienes inmateriales, KOHLER, J., *Die Idee des geistigen Eigentums*, en *Archiv für die Zivilistische Praxis*, 1894.

otro lado, la doctrina advirtió que junto a los derechos económicos que derivaban del derecho de autor, coexistían en el mismo ciertos intereses de carácter personal, intereses en los que parte de la doctrina alemana descubrió caracteres similares a los derechos de la personalidad, y que llevaron a calificar al derecho moral de autor como uno de los derechos de la personalidad³⁸.

La doctrina española, preocupada más por el tema de la perpetuidad o temporalidad del derecho que por el de su naturaleza jurídica, se limitó a recoger este tipo de propiedad en el CC, como una de las propiedades especiales - junto a la de aguas y minas (arts. 428 y 429)-, y remitiendo para su concreta regulación, a la ley especial. No será hasta principios del siglo XX, cuando comienza a hablarse del derecho moral de autor en España³⁹.

Con todo, la LPI de 1879 no fue extraña a algunas de las ideas que en ese momento estaba elaborando la doctrina extranjera. Así, y por un lado, la ley reconocía al autor su derecho de propiedad intelectual con independencia del soporte sobre el que se materializaba la obra⁴⁰. De otro lado, los intereses de carácter no estrictamente patrimonial fueron escasamente reconocidos no tanto en la ley de 1879, pero sí en el Reglamento de 3 de septiembre de 1880⁴¹.

B) La fuerte intervención administrativa configurada por la LPI de 1879: Registro y depósito de las obras.

Como contrapartida a los avances que acabamos de describir, la Ley de 1879 fue una norma que dificultó enormemente la protección reconocida a los autores, toda vez que la misma quedaba subordinada al cumplimiento de dos requisitos formales: el depósito legal de las obras y la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual⁴². De este modo, unos derechos subjetivos de naturaleza privada como eran los derechos del autor, quedaban sujetos a un profundo mecanismo de intervención administrativa que conducía al no reconocimiento de estos derechos sino en virtud de aquellas formalidades⁴³.

En efecto, por una parte, el autor tenía la obligación ineludible de inscribir la obra en el Registro de la Propiedad Intelectual si quería “gozar de los beneficios de la ley” (art. 36 LPI). Esta inscripción debía practicarse en el plazo de un año a partir del día de la publicación de la obra, y su incumplimiento acarrea la grave consecuencia de que

38 El impulsor de esta postura fue GIERKE, aunque la mayoría de los autores defensores de la misma atribuyeron a KANT la paternidad de las ideas de derecho de la personalidad (*persönliches Recht*) y derecho innato (*angeborenes Recht*); un interesante estudio sobre las tesis de este autor en MARCO MOLINA, J., *Bases históricas...*, cit., p. 163.

39 MARCO MOLINA, J., *La propiedad...*, cit., p. 138.

40 Así, establecía el art. 9 LPI de 1879: “La enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor o a sus derechohabientes”.

41 Así por ejemplo, el art. 69 del Reglamento aludía al derecho del autor de velar por la exacta reproducción o representación de la obra y el art. 85 del mismo texto legal, al derecho a que se anuncien las obras con los exactos títulos y con los nombres de sus autores o traductores.

42 Quedaban exceptuadas de estos formalismos, las obras de artes plásticas. El art. 37 de la LPI de 1879 establecía en su párrafo primero que “Los cuadros las estatuas, los bajos y altos relieves, los modelos de arquitectura o topografía, y en general todas las obras del arte pictórico, escultura o plástico quedan excluidas de la obligación del Registro y del depósito”, norma lógica con el carácter no reproducible de las obras plásticas y la imposibilidad de depositar ejemplares de las mismas.

43 MARTINEZ JIMENEZ, J. E., *La función certificante del Estado (con especial referencia a las intervenciones administrativas sobre los Derechos de autor)*, Madrid, 1977, pp. 213 y ss.

la misma entraba en el llamado dominio público relativo, consistente éste en la posibilidad de que la obra pudiera ser utilizada por cualquier persona, durante el plazo de diez años, sin derechos para sus autores y titulares⁴⁴. Transcurridos esos diez años de dominio público relativo, el autor o sus derechohabientes, disponían de un año más para poder inscribir la obra en el Registro, agotado el cual sin haberse practicado la inscripción, entraba aquélla absoluta y definitivamente en el dominio público (art. 39 LPI de 1879)⁴⁵.

La doctrina, contraria a este sistema⁴⁶, sostuvo que este mecanismo registral debía interpretarse restrictivamente, es decir, permitiendo que las obras pudieran ser inscritas durante el plazo de diez años de dominio público relativo, y respetándose en tal caso, las posibles publicaciones e inscripciones realizadas por terceros. Pero la jurisprudencia, reacia a esta interpretación, siguió manteniendo que el plazo de un año inicial era indeclinable⁴⁷, debiendo esperar el autor o sus causahabientes diez años más para poder inscribir la obra en el Registro.

Como acertadamente apunta Rogel Vide, el excesivo formalismo mantenido por la jurisprudencia podría quedar justificado tras una comparación con la legislación histórica precedente, en la que los plazos de protección del derecho de autor, habían sido notablemente inferiores⁴⁸. La LPI de 1879 había ampliado el plazo de duración del derecho hasta 80 años, y quizás en compensación con esa ampliación, decidió, para poder otorgar la protección debida, establecer unos requisitos rigurosos como el de la inscripción obligatoria, casi constitutiva, de la obra en el Registro⁴⁹.

44 El art. 38 de la LPI de 1879 establecía: “Toda obra no inscrita en el Registro de la propiedad intelectual podrá ser publicada de nuevo, reimpresa por el Estado, por las Corporaciones científicas o por los particulares durante diez años a contar desde el día en que terminó el derecho de inscribirla”; sobre el tema, MOLAS VALVERDE, J., *Propiedad Intelectual, Suma Jurídica para la práctica forense*, Barcelona, 1962, p. 212; ROGEL VIDE, C., *Autores, coautores...*, cit., p. 85. La STS, Sala 1ª, de 14-10-1983 (RA 5326) - citada también por PÉREZ DE CASTRO, N., *Comentarios*, (ed. 1989), cit., p. 628- alude a esta situación de dominio público por falta de inscripción de la obra dentro del plazo de un año inicial. La sentencia resolvía un supuesto de publicación de una obra sin la autorización del autor, el cual había dejado transcurrir el plazo de un año inicial sin inscribir la obra. La parte recurrente (Edival Ediciones, S.L), alegaba que “a pesar de haber editado (...) los ejemplares, no por ello habría infracción alguna de la Ley de Propiedad Intelectual, ya que la demandante no es titular de la obra «El arte de cocinar», que ha entrado en el dominio público por falta de la oportuna inscripción registral”. El TS dijo en este caso que “no consta la fecha de publicación de la obra por «Edival Ediciones, S.L.», (la parte recurrente) a los efectos del cómputo del plazo de un año que el art. 36 de la Ley especial fija y que fundadamente hay que presumirlo cumplido por lo que toca a su observancia, pues el desarrollo de la relación contractual acontece en el primer semestre de 1977 (...) y la inscripción provisional en el Registro ha sido efectuada el 8 de enero de 1978 (...)”.

45 STS (Sala 1ª) de 26-6-1901, en RGD, nº 570, marzo 1992, pp. 1768 y 1769; STS (Sala 1ª) de 14-5-1961, en RGD, nº 570, marzo 1992, p. 1781; sobre el régimen registral instaurado por la LPI de 1879, MARTINEZ JIMENEZ, J. E., *Actividad registral de la Administración en materia de derecho de autor: Registro de la Propiedad intelectual y Múltiples de Arte*, REDA, núm. 78, 1975, p. 89; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual y...*, cit., p. 48; MARCO MOLINA, J., *Comentarios*, cit., p. 1840; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *Propiedad intelectual, dominio público relativo y dominio público absoluto*, en ADC, pp. 877 y ss.

46 LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2º, Barcelona, 1980, p. 354; ROGEL VIDE, *Autores, coautores...*, cit., p. 90; BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial...*, cit., p. 524, que califica la obligatoriedad del depósito e inscripción de la obra como uno de los desaciertos más graves de la LPI de 1879.

47 STS, Sala 1ª, 12 - II- 1946 (RA 123).

48 ROGEL VIDE, C., *Autores, coautores...*, cit., p. 89.

49 El citado autor llega a esta conclusión a partir de la STS de 12-2-1946 (RA 123 y en RGD, nº 570, marzo 1992, pp. 1778-1779); en ella se resolvía sobre la validez o nulidad de unas anotaciones de reversión hechas en el Registro de la Propiedad a favor de la heredera y sucesora de don José Zorrilla respecto del drama «Don Juan Tenorio» y otras obras que éste había vendido a un editor con anterioridad al año 1847. La STS se pronunció a favor de la validez de las anotaciones en cuestión señalando en uno de sus considerandos que “el art. 36 de la ley de 10 de enero de 1879...establece con carácter de generalidad la exigencia

No obstante, cuando años más tarde empezaron los trabajos para la elaboración de una nueva ley, defensores de la centenaria norma pusieron de manifiesto que el sistema registral establecido en la misma, no tenía carácter constitutivo, sino que la inscripción se configuraba como un requisito para gozar de los beneficios de la ley, es decir para obtener la protección establecida por la misma, pero que el derecho nacía cuando se concebía y realizaba la obra, cuando se creaba o ejecutaba, sin ningún otro añadido⁵⁰. Afirmación que, a mi juicio, conducía a la misma solución: que una persona tenga un derecho reconocido a su favor y que no pueda obtener la tutela del mismo si no cumple ciertos requisitos formales, equivale a decir que para que el derecho exista como tal es necesaria la inscripción. De nada sirve el reconocimiento de un derecho si no se puede obtener la tutela del mismo, y si en este caso, esa tutela venía condicionada por la inscripción registral, habría que concluir afirmando que la misma era en definitiva constitutiva⁵¹.

De otro lado, y continuando con las formalidades, la obra inscrita en el Registro debía ser depositada en la sede de las oficinas del Depósito legal antes de su difusión social, con la finalidad de que el patrimonio cultural del país contara en sus Bibliotecas y Fonotecas, al menos con un ejemplar de toda obra que se pretendía difundir⁵². La ley además coordinaba ambas intervenciones administrativas, de manera que la solicitud de la inscripción de una obra en el Registro quedaba subordinada al cumplimiento previo del requisito del Depósito legal⁵³.

Con todo, la LPI de 1879 fue un texto positivamente valorado, que pudo adaptarse a las innovaciones tecnológicas que a lo largo de más de cien años fueron apareciendo, ello merced al acierto de sus autores en incluir cláusulas elásticas como la de su art. 1, por la que se consideraba obra no sólo a las actuales, sino también a las que pudieran darse a la luz por cualquier medio. O cláusulas como la del art. 1 del Reglamento,

de la inscripción en el Registro General de la Propiedad Intelectual dentro del plazo de un año, a contar desde la publicación de la Ley (-"desde el día de la publicación de la obra"-, dice exactamente el artículo) para poder gozar de los beneficios de la mayor temporalidad en su disfrute que establece el artículo 6º...". Recalca el autor esta frase: "«Los beneficios de la mayor temporalidad»; ahí podría estar la clave. Antes de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, - se refiere a la de 1879- el plazo de protección de la propiedad intelectual terminaba veinticinco o cincuenta años después de la muerte del autor. A partir de la Ley de 1879, el plazo se amplía notoriamente: ochenta años «post mortem». Es posible que, como contrapartida de los beneficios de la mayor temporalidad se hubiera decidido establecer requisitos rigurosos para que la protección tuviera lugar, cual el de la inscripción obligatoria casi constitutiva de la obra en el Registro"; véase, ROGEL VIDE, C., *Autores, coautores...*, cit., p. 89.

50 CHICO Y ORTIZ, J. M., *Principios y problemas de la Propiedad intelectual*, en RCDI, 1984, II, p.1343; por el mismo autor, *Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual*, RCDI, 1988, I, p. 109; por el mismo autor, *La seguridad jurídica y el registro de la propiedad intelectual*, RGLJ, abril 1988, p. 605.

51 La STS (Sala 1ª) de 14-10-1983 (RA 5326), antes citada, alude al carácter constitutivo que la ley atribuye al Registro: "(...) aun sin desconocer el significado que la regulación de la materia confiere al Registro, *desvirtuando su verdadero carácter y convirtiéndolo en fuente de creación del derecho*, lo que puede provocar, por carencia del asiento tabular harto frecuente en la realidad, la desposesión por parte de quien, desprovisto de buena fe, se beneficia del trabajo del autor- arts. 36 y 38 de la Ley especial y 22 de su reglamento de 3 de septiembre de 1880 (...)".

52 La SAP de Madrid de 2-11-1995 (RGD, nº 618, marzo 1996, p. 2451) declaraba: "Esta norma - se refería a la LPI de 1879-, en sus artículos 33 y siguientes se ocupa de la regulación del Registro de la Propiedad Intelectual, siendo de interés para nosotros el artículo 36 que dice lo siguiente: «Para gozar de los beneficios de esta Ley es necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la Propiedad Intelectual, con arreglo a lo establecido en los artículos anteriores», esto es, mediante la constitución del depósito que se regula en el artículo 34 de la Ley a que nos estamos refiriendo. Es pues el depósito, que supone tanto como la inscripción en el registro designado al efecto, el determinante de la titularidad del derecho".

53 Arts. 33 y 34 LPI de 1879 y art. 23 de la Orden 5-II-1949; véase, MARTINEZ JIMENEZ, J., *La función...*, cit., p. 206.

según el cual podían considerarse obras “todas las que se producen y *puedan publicarse* por los procedimientos de la escritura, dibujo, la imprenta”, o “cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o *que se inventen en lo sucesivo*”⁵⁴.

C) La triple protección de los derechos de propiedad intelectual tras la entrada en vigor de la LPI de 1879. Criterios jurisprudenciales de delimitación de los distintos órdenes jurisdiccionales.

Una vez descritas las condiciones necesarias para el reconocimiento del derecho de autor en la Ley de 1879, vamos a detenernos en las distintas vías de protección contempladas por la misma. Para ello debe partirse de la idea de que nuestro ordenamiento “no ha considerado a los derechos que corresponden a los autores, como derechos subjetivos privados (negocio civil en la terminología del art. 51 de la LEC de 1881), sino como un bien jurídico tutelable penalmente, o una cuestión de orden público competencia de las autoridades gubernativas”⁵⁵.

Los ataques a la propiedad intelectual han sido incluidos tradicionalmente entre las estafas y considerados como un tipo de defraudación⁵⁶. El CP de 1932 en su art. 533 situado dentro de la sección dedicada a las estafas, establecía que “Incurrirán en las penas señaladas en el artículo 531 los que cometieran alguna defraudación de la propiedad intelectual o industrial”. Años más tarde, la ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, desarrollada por el Decreto 691/1963 de 28 de marzo, por el que se aprobó el texto revisado de Código penal de 1963, creó una nueva sección, “De las infracciones del derecho de autor y de la Propiedad industrial”, dando autonomía a estos delitos y desplazándolos de las estafas y otros engaños en los que estaban incluidos⁵⁷. Vigente entonces el CP de 1963 volvía a reproducirse el problema que años antes se había planteado entre la regulación civil y penal de estos derechos. Las penas previstas en el texto punitivo para los defraudadores de la propiedad intelectual debían cohonestarse con la antigua pero todavía vigente LPI de 1879, y con las reglas de penalidad que la misma contenía.

Por una parte, el CP contemplaba con gran imprecisión, las penas de arresto mayor y multa del tanto del importe del perjuicio irrogado, al que cometiere “alguna defraudación de la propiedad intelectual o industrial”. “No se especificaba tipos ni penas diferentes según cuál fuese la actuación infractora, sino que se declaraba delito cualquier infracción de derechos correspondiente a cada uno de estos sectores, siempre que fuese intencionada”⁵⁸.

Para precisar entonces cuándo se había producido una defraudación de la propiedad intelectual, debía acudir a la LPI de 1879, y concretamente a sus arts. 45 a 49, en los que se contenían las reglas de penalidad. Estas normas, describían una serie de conductas en las que podía consistir la defraudación y señalaban que, además de las penas previstas en el Código, los defraudadores sufrirían la pérdida de todos los ejemplares ilegalmente publicados, los cuales se entregarían al propietario defraudado (art.

54 MARCO MOLINA, *La propiedad...*, cit., p. 71.

55 CARRASCO PERERA, A., *Comentarios*, cit., p. 1742.

56 GARCÍA RIVAS, N., *Comentarios*, cit., p. 2371.

57 VEGA, J., *Derecho de autor*, cit., p. 67.

58 BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial...*, cit., p. 681; asimismo explica ASEN-CIO MELLADO, J. M^º, *La protección procesal del Derecho de patentes*, en *Estudios de Derecho procesal en Homenaje a V Fairén Guillén*, Valencia, 1990, p. 53, que la dificultad de probar la intencionalidad de la conducta defraudatoria del derecho de patentes, convertía al procedimiento civil en instrumento de protección preferido al penal.

46 LPI), atribuyendo la competencia para la aplicación de estas reglas a los Tribunales ordinarios «en la parte que fuera de su competencia» (art. 49 LPI de 1879).

Por último, la propia LPI de 1879 y, sobre todo su Reglamento de 1880, atribuían a Gobernadores de provincia y Alcaldes, una serie de competencias en materia de espectáculos públicos, que les facultaban para decretar la suspensión de la representación teatral de una obra y la intervención del producto de las entradas, cuando esa explotación se realizaba sin la autorización de los autores o propietarios de las obras (art. 49 segundo párrafo).

De este modo, la ley contemplaba una protección de los derechos de propiedad intelectual en una doble vía, criminal y gubernativa, pues las reglas de penalidad comprendidas en la ley civil no tenían otra finalidad que la de integrar el tipo penal en blanco recogido en el texto punitivo⁵⁹. La jurisprudencia sin embargo llevó a cabo una traslación de las reglas de penalidad al ámbito civil, aplicándolas de manera autónoma, y proclamando la existencia de una triple protección, civil, penal y gubernativa⁶⁰.

Así las cosas, el problema que se planteaba no era tanto el de saber que sanciones correspondían a cada una de las conductas sino el de determinar en qué casos las conductas eran constitutivas de delito y en qué otros se trataba de un ilícito civil; con otras palabras, cuándo debía iniciarse un proceso penal al que podría acumularse la acción civil *ex delicto*, y cuándo correspondía únicamente el ejercicio de la acción civil por el perjudicado.

a) La delimitación de los órdenes penal y civil.

Desde el punto de vista penal, su campo de actuación se fue cercando “mediante una autorrestricción guiada por el sano principio de intervención penal mínima”⁶¹. De acuerdo con este criterio, sólo aquellos comportamientos atentatorios de la propiedad intelectual más graves por su entidad, objetiva y subjetiva, podían ser conocidos por los tribunales penales⁶². Se trataba pues del criterio de la mayor gravedad que, en verdad, “nunca se define ni precisa”⁶³.

59 Como explica JUFRESA PATAU y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, G., en *La protección judicial y extrajudicial de los derechos de autor*, en RJC, 1988, 2, p. 413, “(...) no dejaban de ser extrapolaciones al orden jurisdiccional civil de disposiciones complementarias de la norma penal en blanco que tipificaba el delito correspondiente, a pesar de su inserción extramuros del Código Penal y, en consecuencia no podía hablarse de acciones específicas genuinamente establecidas para la protección civil de los derechos de autor”; otros autores han preferido hablar de una protección en tres órdenes o direcciones: la registral, la judicial y la gubernativa, CHICO ORTIZ, J. M., *Principios y problemas...*, cit., p. 1330.

60 STS, Sala 2ª, de 15-12-1969 (RA 5917); QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, cit., p. 593.

61 CARRASCO PERERA, A., *Comentarios*, cit., p. 1743; en la misma obra, GARCÍA RIVAS, N., *Los delitos contra la propiedad intelectual en el código penal de 1995*, cit., p. 2380; ASENSIO MELLADO, J. Mª, *La protección procesal...*, cit., p. 49, señala también la conveniencia de suprimir o limitar la protección penal del derecho de patentes por cuanto podría resultar en ciertos casos desmesurada.

62 Como declaró la STS, Sala 2ª, de 15-12-1969 (RA 5917): “La protección de los derechos de autor, plasmada en la vigente legalidad española en virtud de la fundamental ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879 (...) se ejerce según los casos en una vertiente triple y no necesariamente concurrente, *civil, administrativa y penal* prevista esta última en el art. 534 del Código punitivo, cuya genérica e imprecisa remisión integradora a la normativa extrapenal en la materia no puede implicar sin más la global e indiferenciada criminalización de toda conducta antijurídica desentendida del debido respeto a tales derechos inmateriales, (...) sino que la atracción a la órbita penal, más allá de los ordinarios remedios impetrables de la jurisdicción civil y de la pronta y resuelta intervención de la autoridad gubernativa, queda reservada para aquellos comportamientos más graves por su entidad objetiva y subjetiva, en que tanto su neta tipificación criminal y no mera antijuridicidad civil - resultante aquélla de la ponderada conjugación del mentado artículo 534 del Código con los pertinentes preceptos, 25, 47 y concordantes de la Ley 1879- como la cierta culpabilidad del agente impongan la subsunción penal adecuada, realizada ponderadamente por los Tribunales de este carácter”; en el mismo sentido las Ss TS, Sala 2ª, de 13-6-1987 (RA 4799), y de 4-6-1992 (RJ 1992\5446).

63 CARRASCO PERERA, A., *Comentarios*, cit., p. 1743.

Por otro lado, era requisito imprescindible para declarar la existencia del delito la comprobación del dolo, del llamado «dolo específico»⁶⁴ o voluntariedad del defraudador: “para saber si existía delito, lo primero de todo era acudir a la ley civil y comprobar si la acción presuntamente delictiva constituía o no una infracción de los derechos garantizados en aquélla. Luego, la operación final consistía en el caso de que la infracción existiese, en determinar si había habido en ella intencionalidad, que era la nota peculiar que calificaba como delito a las infracciones civiles. Se daba pues, una correspondencia total entre la Ley penal y la ley civil”⁶⁵. Con todo, doctrina y jurisprudencia no llegaron a estar de acuerdo en cuanto a quién correspondía la prueba de la intencionalidad, pues mientras alguna posición doctrinal la consideraba presumible en atención al art. 1 del CP⁶⁶, reiteradas resoluciones declararon la inexistencia de delito ante la falta de prueba del mencionado dolo⁶⁷.

Por tanto, si sólo las conductas más graves por su entidad, y de las que resultaba probada su intencionalidad, eran competencia de los tribunales penales, el resto de conductas debían ser conocidas por los tribunales del orden civil, de suerte que la delimitación del ámbito de competencia de estos últimos “se ha hecho posible mediante la simple decisión de no examinar nunca de oficio su propia incompetencia”⁶⁸.

En efecto, como antes adelantábamos, la LPI establecía en su art. 46 que “Los defraudadores de la propiedad intelectual, además de las penas que fijan el artículo 552 y correlativos del Código penal sufrirán la pérdida de todos los ejemplares ilegalmente publicados, los cuales se entregarán al propietario defraudado”. El art. 47 enumeraba distintas conductas en las que podía consistir la defraudación⁶⁹, el art. 48 contenía dos circunstancias agravantes⁷⁰, y el art. 49, con el que se cerraba el título, declaraba en su primer párrafo (los dos párrafos restantes estaban dedicados a las competencias gubernativas que después estudiaremos) que “Los tribunales ordinarios aplicarán los artículos de este título en la parte que sea de su competencia”.

Ya sabemos cuáles eran “los artículos de este título”, el que contemplaba la medida del comiso (art. 46), el que tipificaba las conductas infractoras (art. 47), y el que contemplaba las circunstancias agravantes (art. 48). Queda ahora por saber en qué sentido empleaba la LPI la expresión *tribunales ordinarios* y, lo que es más importante, qué significaba que éstos debían aplicar dichos artículos *en la parte que fuera de su competencia*. Recordemos que con el Decreto de Unificación de Fueros de 1868 desaparecía

64 Las Ss TS, Sala 2ª, de 13-6-1987 (RA 4799), de 17-12-1985 (RA 6336), y de 30-10-1987 (RA 7636), declaraban: “(...) la tipicidad descrita en el artículo 534 del texto sancionador, que se refiere, desde reforma introducida en el precepto el año 1963, al «que infringiere intencionadamente los derechos de autor», proclama que en los delitos de esta naturaleza «puede afirmarse con claridad y así aparece admitido, en pacífica opinión, que la culpabilidad requerible no es, ni puede ser otra, que la dolosa, quedando al margen de lo penal las formas de incriminación culposa”.

65 BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial...*, cit., p. 681.

66 MOLAS VALVERDE, *Propiedad Intelectual...*, cit., p. 131.

67 CARRASCO PERERA, A., *Comentarios*, cit., p. 1743; así, por ejemplo, la STS, Sala 2ª, de 17-12-1985 (RA 6336) declaró: “Pero como quiera que se trata de un delito de defraudación, requiere la constancia clara del dolo fraudulento y éste falta por completo en el supuesto enjuiciado”; asimismo, en Ss TS, Sala 2ª, de 13-6-1987, de 17-12-1985 y de 30-10-1987, antes citadas.

68 CARRASCO PERERA, A., *Comentarios*, cit., p. 1743.

69 Reproducir en España las obras de propiedad particular impresas en español por vez primera en país extranjero, falsificar el título o portada de alguna obra, o estampar en ella haberse hecho la edición en España si se ha verificado ésta en país extranjero, imitar dichos títulos de manera que pueda confundirse el nuevo con el antiguo, importar del extranjero obras en que se haya cometido defraudación con fraude de los derechos de Aduana.

70 La variación del título de una obra o la alteración de su texto para publicarla y la reproducción en el extranjero, si después se introduce en España.

ron gran parte de las jurisdicciones especiales, proclamándose a la jurisdicción ordinaria como la única competente en el territorio español⁷¹. Recordemos también que la LOPJ de 1870 y más tarde la LEC de 1881, consideraron necesario reiterar que la jurisdicción ordinaria era la única competente para resolver los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros⁷². En fin, habida cuenta de la proximidad temporal, parece lógico pensar que la LPI de 1879 empleaba la expresión tribunales ordinarios en el mismo sentido en que fue utilizada por la LOPJ de 1870, esto es, por contraposición a los especiales, e incluyendo por tanto a los del orden civil y a los del orden penal.

Así pues, lo que la LPI en su art. 49 vendría a decir era que “los tribunales ordinarios”, es decir los tribunales del orden civil y los del orden penal, aplicarían “los artículos de ese título”, esto es, las reglas de penalidad y fundamentalmente la medida del comiso, “en la parte que sea de su competencia”, por tanto, en la medida en que fueran tribunales del orden civil o del orden penal. La sanción del comiso de los objetos producidos en contravención de los derechos de autor, podía ser por tanto aplicada por los tribunales penales como medida accesoria de las penas previstas por el CP (arresto mayor y multa), o por los tribunales civiles como pronunciamiento declarativo de condena del proceso civil.

De este modo fue entendido por doctrina y jurisprudencia, que admitieron la compatibilidad de la medida del comiso tanto en el procedimiento civil como en el penal. Se afirmaba que, aunque la LPI al establecer estas reglas de penalidad parecía estar pensando únicamente en el proceso penal - las referencias a los defraudadores eran continuas -, la competencia que su art. 49 atribuía a los Tribunales ordinarios y la generalidad con la que estaba redactado este precepto llevaban a la conclusión de que la competencia podía ser tanto de los Tribunales civiles como penales: “Todo el título de que se trata es de carácter esencialmente penal y parecería exclusivamente redactado para los procedimientos criminales si el párrafo primero del artículo 49 (cuyos otros párrafos son de orden gubernativo) no señalase a los Tribunales ordinarios la aplicación de los artículos de dicho Título que sean de su competencia, que puede ser por tanto civil o criminal”⁷³. En idéntico sentido, las SsTS, Sala 1ª, de 6 de octubre de 1915⁷⁴, de 24 de junio de 1965⁷⁵, de 15 de febrero de 1972⁷⁶, y de 9 de febrero de 1977⁷⁷.

71 ALONSO Y COLMENARES, E., *Jurisdicciones especiales*, Madrid, 1884, pp. 28 y 29.

72 Tal declaración se encontraba en el art. 267 de la LOPJ de 15 de septiembre de 1870 y en idénticos términos en el art. 51 de la LEC de 3 de febrero de 1881; véase, ALONSO Y COLMENARES, E., *Jurisdicciones...*, cit. nota ant., pp. 55 y 66.

73 MOLAS VALVERDE, J., *Propiedad Intelectual...*, cit., p. 134.

74 STS, Sala 1ª, de 6 de octubre de 1915 (citada por MOLAS VALVERDE, J., *Propiedad Intelectual...*, cit., p. 387): “Por el carácter de especialidad que reviste la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, la disposición penal de su artículo 46 y por la generalidad del precepto del artículo 49, es compatible con el procedimiento civil y con el criminal; con éste cuando se trata de castigar el delito de defraudación de la propiedad literaria o artística mediante el ejercicio de la acción penal y conjuntamente la civil; con el civil, cuando separadamente se hace uso de la acción civil para poner término a una usurpación de aquella propiedad, procedimiento que sólo persigue la reparación o indemnización de perjuicios causados por el defraudador, siendo en tal concepto también legal en este procedimiento que el Tribunal sentenciador acuerde a instancia de parte, la recogida de los ejemplares de la obra en que se cometió el despojo (...)”.

75 La STS (Sala 1ª) 24-6-1965 (RA 3680), que resolvía el recurso de casación interpuesto por Editorial Planeta frente a la Compañía Espasa Calpe, en su CDO. último demuestra como la sanción del comiso era la condena típica en los procedimientos civiles: “Que en el motivo cuarto y último, como los demás acogido al nº 1 del art. 1692 de la Ley procesal civil, se alega que al declarar el fallo que los ejemplares editados de «Obras Selectas» deben entregarse a Espasa Calpe y condenar a la demandada propietaria de editorial Plantea a que haga entrega a dicha actora de los volúmenes editados, infringe por violación el art. 46 de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, según el cual los ejemplares ilegalmente publicados

De esta forma, y durante largo tiempo, los Tribunales penales sólo castigaban aquellas conductas graves en las que quedaba probada la intencionalidad del culpable, imponiendo las penas previstas en el código (arresto mayor y multa) y conjuntamente la medida del comiso contemplada en la ley civil. Por su parte, los tribunales civiles eran competentes para el enjuiciamiento de todas las demás conductas, decretando en su caso, y siempre que no hubiera existido intencionalidad, la condena a la indemnización de daños y perjuicios, y la entrega de los ejemplares obtenidos fraudulentamente⁷⁸.

Con todo, y volviendo a la idea de la que hemos partido, el problema no era tanto el de determinar las sanciones aplicables cuanto el de delimitar *ab initio* los respectivos ámbitos de enjuiciamiento⁷⁹. En un caso quedaba clara la sujeción al orden jurisdiccional civil, las pretensiones mero declarativas relativas a la titularidad de los derechos. El problema surgía cuando, afirmada esa titularidad, lo que se había producido era una infracción de los mismos⁸⁰. Además, al configurarse los delitos contra la propiedad intelectual como delitos públicos, perseguibles de oficio, no cabía por parte del perjudicado optar por una u otra vía sino que una vez en marcha la acción civil por la parte, era “factible y aún teóricamente obligado que se deduzca por el Juez el tanto de culpa para su enjuiciamiento aparte en el correspondiente procedimiento penal de oficio; siendo en cambio imposible el supuesto contrario, esto es, que en el curso de un proceso criminal se deriven automáticamente otras acciones o responsabilidades civiles que las propias *ex delicto*”⁸¹.

se entregarán al propietario defraudado, arguyendo en síntesis que la accionante no tiene el derecho de colección y que éste pertenece al doctor M. - hoy sus herederos- por lo que estimaba obligado que la sala rechazase la pretensión de la actora sobre este particular y al respecto debe notarse que en efecto, el derecho de colección corresponde al autor o sus herederos y que la sentencia combatida acuerda la entrega de lo editado a la entidad actora, por no oponerse a ello el propietario Doctor M., ni sus herederos, y como en el acto de la vista de este recurso, la defensa de dichos herederos, personados en concepto de recurridos, expresamente pidió que, conforme a lo acordado en la sentencia la entrega se hiciese a la Sociedad editorial accionante, no se ha cometido por lo tanto la infracción denunciada lo que impone la desestimación del recurso en su totalidad, con los pronunciamientos del art. 1748 de la Ley procesal pertinente”.

76 La STS (Sala 1ª) de 15-2-1972 (RA 713): “(...) en armonía con lo mandado por el art. 46, en relación con la generalidad del 49 que dispone que «Los Tribunales ordinarios aplicarán los artículos comprendidos en este título en la parte que sea de su competencia» resulta que su disposición es compatible en el procedimiento civil y en el penal, siendo en tal concepto legal que en este procedimiento el Tribunal acuerde a instancia de parte la recogida de los ejemplares de la obra en que se cometió el despojo, en el sentido de no legalidad de la edición y su entrega al que resultó perjudicado por el mismo acodando dicha entrega, en armonía con lo resuelto en sentencias de 6 de octubre de 1915 y 24 de junio de 1965 (3680) (...)”.

77 STS (Sala 1ª) de 9-2-1977: “(...) los defraudadores de la propiedad intelectual a que se refiere el art. 46 de la Ley especial, no son sólo los que mediante el empleo de fraude - civil o penal -, lesionen los derechos del autor, sino que abarca también a los que, de cualquier modo menoscaben los derechos literarios del autor, publicando ilegalmente sus obras, todas cuyas personas - físicas o jurídicas -, tienen que ser castigadas - en la vía penal- o, condenadas en la vía civil a «la pérdida de todos los ejemplares ilegalmente publicados» para que el derecho del autor quede debidamente restaurado”.

78 Tampoco el TS aclaró si esta condena era una forma de indemnización o una medida autónoma (cfr. Art. 127 CP y Consulta 7/1973 de la fiscalía del TS, BIMJ, núm. 984), CARRASCO PERERA, A., *Comentarios*, cit., p. 1781.

79 QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, cit., p. 596.

80 De este modo afirmaba MOLAS VALVERDE, J., *Propiedad Intelectual...*, cit., p. 134, que “era único y verdaderamente propio del proceso civil aquel asunto que requiera una declaración de derecho previa para que se concrete una infracción o defraudación de la propiedad intelectual o de otro modo aquel caso que, de ser perseguido, desde un principio, por la vía criminal, es susceptible de planteamiento y concesión, a su hora, de una cuestión prejudicial civil”.

81 QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, cit., p. 596; asimismo, JUFRESA PATAU, F., y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., *La protección Judicial...*, cit., p. 413, “(...) no parece eludible el tanto de culpa que obligadamente el Juez (Civil) debería formular al tratarse de un delito público, con las consecuencias, añadamos nosotros, del paralización y suspensión del pleito civil por mor de la prejudicialidad del art. 114 de la LECrim”.

b) La protección gubernativa cautelar de las obras musicales y dramáticas.

Por último, conviene detenerse en la regulación de las medidas que en materia de espectáculos públicos podían decretar Gobernadores de provincia y Alcaldes (art. 49 LPI, y art. 63 del Reglamento), medidas consideradas como el inmediato precedente de las actuales cautelares, y cuya subsistencia devino incompatible con la entrada en vigor de la CE, y de los principios proclamados por la misma.

a. Regulación legal.

El art. 49 LPI 1879, tras atribuir la competencia a los Tribunales ordinarios para aplicar las reglas de penalidad comprendidas en la propia ley, establecía: “Los Gobernadores de provincia y donde éstos no residieran, los Alcaldes, decretarán a instancia del propietario de una obra dramática o musical, la suspensión de la ejecución de la misma o el depósito del producto de la entrada en cuanto baste a garantizar los derechos de propiedad de la mencionada obra”. Y añadía el mismo precepto: “Si dicho producto no bastase a aquel objeto podrá el interesado deducir ante los Tribunales la acción competente”.

En desarrollo de esta competencia, el Reglamento de 3 de septiembre de 1880, en su título II dedicado a los Teatros, y en su capítulo I titulado “De las obras dramáticas y musicales”, establecía que “Los Gobernadores, y donde éstos no residieran los Alcaldes, mandarán suspender inmediatamente la representación o lectura que se haya anunciado de toda obra literaria, o musical, siempre que el propietario de ella o su representante acudan a su Autoridad en queja de no haber obtenido las empresas el correspondiente permiso, y aun sin necesidad de reclamación alguna si les constase que semejante permiso no existe” (art. 63). El art. 104 del Reglamento, añadía que esas mismas autoridades “decretarán a instancia del interesado, el depósito del producto de las entradas para el pago de los atrasos que adeude una empresa por derechos de propiedad de obras, después de satisfechos los correspondientes a los propietarios de las obras que en cada noche se ejecuten”.

Por último, el art. 119, a modo de norma de cierre, atribuía a los Gobernadores y Alcaldes la competencia para decidir todas las cuestiones que se suscitaban en la aplicación del Reglamento entre las empresas de espectáculos públicos y los autores, actores artistas y dependientes de los mismos, cuyos acuerdos serán ejecutados sin perjuicio de las reclamaciones ulteriores.

b. Naturaleza jurídica, ámbito, presupuestos y efectos.

Partiendo de esta regulación legal, podemos afirmar que el anterior régimen de la propiedad intelectual contemplaba - junto a la difusa protección civil y penal- una tercera modalidad de tutela, de origen administrativo, en atención a las autoridades a las que se confiaba, y de naturaleza cautelar, en la medida en que el perjudicado podía ejercitar la acción competente ante los Tribunales ordinarios (segundo inciso del art. 49 de la ley). No obstante, y en cuanto a esta segunda nota, la lectura del precepto parecía indicar que la interposición de la demanda principal sólo procedía cuando el resultado de la intervención administrativa no bastara para garantizar los derechos del propietario de obras dramáticas⁸². De ahí que se afirmara que a Gobernadores y Alcaldes correspondían unas facultades que no se limitaban como sería lógico a *prevenir* la consumación de las defraudaciones, sino a reparar y sancionar en planos más bien propios del poder judi-

82 Como explica QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, cit., p. 594, “Parece la precitada cláusula un impedimento para el ejercicio de las acciones judiciales, civiles o penales, que han de ser factibles sólo en el supuesto de no cubrirse por la retención los derechos económicos devengados por los autores”.

cial⁸³. Fueron precisas disposiciones posteriores que aclararan el alcance preventivo de estas medidas y su articulación con el ejercicio de la acción civil, de las que nos ocuparemos más adelante. Pero situemos esta modalidad de tutela en el contexto de la LPI de 1879, y en atención al concepto de comunicación pública que la misma manejaba.

En efecto, la única forma de utilización incorporal de las obras del ingenio en el anterior régimen de la propiedad intelectual, era la representación y ejecución pública de obras dramáticas y musicales (arts. 19 y ss. LPI de 1879 y arts. 61 y ss. del Reglamento de 1880)⁸⁴. Por comunicación pública entendía la centenaria norma el acto por el cual una pluralidad de personas tenía acceso a una obra en un mismo lugar y a un mismo tiempo, concepto coincidente con los supuestos contemplados en el actual apartado 2.ª del art. 20 LPI⁸⁵. En este particular contexto de las creaciones intelectuales (obras teatrales y musicales), y en relación a ese concepto de comunicación pública, se circunscribían exclusivamente las medidas que estamos estudiando, consideradas por ello como normas de policía de espectáculos públicos.

La prolongada vigencia de la LPI de 1879, y la aparición de nuevas formas de difusión de las obras del ingenio, supuso la ampliación del concepto de comunicación pública, y por extensión, la aplicación de esta tutela cautelar gubernativa a otras formas de comunicación: proyección y ejecución cinematográficas, ejecución por medio de aparatos mecánicos receptores de radio y televisión en locales o sitios públicos⁸⁶, etc. (Orden circular del Gobernador General del Estado de 21 de diciembre de 1937).

No resultaba extraño el establecimiento de una tutela administrativa en atención a una materia como la de la propiedad intelectual, cuyas características requerían la acción rápida de las autoridades gubernativas⁸⁷. Además, y en la medida en que dicha tutela se enmarcaba en un espectáculo público, la intervención administrativa quedaba justificada por la satisfacción del interés de la colectividad, del público en general. Lo criticable o cuanto menos cuestionable, resultaba ser que dichas medidas fueran consideradas como cautelares, esto es, instrumentales de un proceso ante los órganos jurisdiccionales⁸⁸.

Se trataba por lo demás de un sistema que, pese a causar asombro en la doctrina extranjera⁸⁹ y suscitar algunas críticas (resultaba insólito que el Estado interviniera

83 QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, cit., p. 595.

84 Como explican HERNÁNDEZ MORENO, A., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Comentarios*, cit., p. 1143, "La representación teatral y musical fue históricamente la primera manifestación de lo que hoy se conoce como comunicación al público"; asimismo, MARCO MOLINA, J., *La Propiedad...*, cit., p. 267; la LPI de 1879, explica RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *Siete Derechos en busca de Autor. La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987*, en ADC, 1988, I, p. 237, fue una norma centrada en las obras dramáticas y musicales, destinada en gran parte a regular la representación y ejecución de las mismas en los teatros, y que desatendió en cambio importantes manifestaciones de la propiedad intelectual como las obras literarias o las obras audiovisuales. Por esta razón, fueron precisas normas posteriores que regularan este tipo de obras: la ley 17/1966 de 31 de mayo sobre películas cinematográficas y la Ley 9/75 de 12 de marzo del libro.

85 En ese apartado se incluyen: La representación escénica, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales (...). En realidad los diferentes apartados del art. 20 LPI reflejan la evolución del concepto de comunicación pública, desde la ejecución en público de una obra musical o teatral hasta el acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación.

86 FERNÁNDEZ-SHAW, F., *Derechos de autor en la radiodifusión española*, ADC, 1975, nº XXVIII, p. 343.

87 MOLAS VALVERDE, J., *Propiedad Intelectual...*, cit., p. 88.

88 Sobre la instrumentalidad de las medidas cautelares, ORTELLS RAMOS, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, con CALDERÓN CUADRADO, M.ª P., Granada, 1996, p. 8.

89 RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *Siete Derechos...*, cit., p. 310.

incluso de oficio en el terreno de lo patrimonial privado⁹⁰), existía en otros ordenamientos: Argentina (decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 8248 de 1965⁹¹), Francia (art. 66 de la Ley de 11 de marzo de 1957)⁹², Costa Rica (art. 134 de la ley de derecho de autor y derechos conexos, de 24 de septiembre de 1981)⁹³.

El presupuesto de la situación jurídica para cuya tutela se instaban estas medidas estaba integrado por la comunicación pública de una obra dramática o musical, sin que se hubiera obtenido la correspondiente autorización de sus autores; o bien en la existencia de datos que revelaban una inminente comunicación. Tenía cabida pues en dicho presupuesto, tanto la infracción iniciada de derechos de propiedad intelectual como la puesta en peligro de los mismos, esto es, la existencia de una preparación de todos los elementos necesarios para la infracción, sin que ésta llegara a consumarse. En ambos casos, la situación jurídica cautelable debía quedar acreditada mediante la alegación por el solicitante de las medidas de la titularidad de su derecho, y la ausencia de todo consentimiento para la explotación del mismo⁹⁴.

El *periculum in mora* de estas medidas gubernativas estaba integrado por los riesgos de ineffectividad que derivaban del mero retraso en obtener una resolución judi-

90 QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, T. III., cit., p. 595; también RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *Comentario al auto de 5 de enero de 1988 del Juez de Primera Instancia n° 2 de Palma de Mallorca aplicando la nueva LPI*, en PJ, n° 9, p. 87.

91 “Si se tratara de ejecución pública de música sin la previa autorización pertinente o se negara la exhibición de ésta, el decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 8248 de 1965 establece que los autores o sus sociedades autorales o representantes podrán denunciar ante las autoridades policiales de la ciudad de Buenos Aires y de la jurisdicción nacional, en forma verbal o escrita, al organizador, dueño del local, empresario, etc., sin perjuicio de que se proceda de oficio cuando se compruebe cualquier transgresión a la ley 11.723 de propiedad intelectual”. Obsérvese sin embargo, y por lo que más tarde diremos en cuanto a la naturaleza cautelar de estas medidas, cómo continúa diciendo la misma autora “La autoridad policial labrará el acta pertinente, reuniendo los correspondientes elementos de prueba e iniciando las actuaciones sumariales de conformidad con las disposiciones del código de Procedimientos en lo penal”, DELIA LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, 1993, pp. 586 y 587.

92 “En Francia el art. 66 dispone que los Comisarios de Policía, y en los lugares en donde no los hubiere, los jueces de paz, estarán obligados a instancia de cualquier autor de una obra protegida por la ley o de sus derechohabientes, a embargar los ejemplares que constituyan una reproducción ilícita de esta obra. Si el embargo tuviere como efecto retrasar o suspender representaciones o ejecuciones públicas en curso o ya anunciadas, deberá obtenerse a instancia de parte una autorización especial por medio de mandamiento judicial del presidente del tribunal civil”, DELIA LIPSZYC, *Derecho de autor*, cit. nota ant., p. 587.

93 “En Costa Rica, explica DELIA LIPSZYC, D., *Derecho de autor...*, cit., p. 587, se admite que las medidas cautelares sean ordenadas por la agencia judicial de policía o por las delegaciones de la Guardia de Asistencia Rural del lugar del espectáculo, como simple prevención, aunque no tengan competencia para conocer del juicio. Luego se pasarán las diligencias a la autoridad judicial correspondiente (art. 134)”.

94 STS, Sala 3ª, de 11 de abril de 1991 (RJ 1991, 2876): “(...) consta en autos que se acreditó por el autor la propiedad intelectual de la obra, así como la reproducción sin su consentimiento, dándose por tanto los requisitos exigidos por la Ley y por el Reglamento de 3 de septiembre de 1880 para que se produjera la suspensión, así como los que establecen las normas reglamentarias de rango inferior sobre la materia. Respecto a este punto no puede acogerse la alegación de la parte actora en el sentido de que, contraviniendo la norma, el Gobernador Civil hizo una interpretación extensiva de sus propias atribuciones decidiendo indirectamente el fondo del asunto. Dicha alegación, basada en que pretendidamente se habían satisfecho derechos de autor y argumentada en una interpretación conjunta de las Ordenes de 25 de mayo de 1936 y de 15 de junio de 1959, debe ser desvirtuada. Pues precisamente el Gobernador Civil hubiera interpretado extensivamente sus atribuciones si hubiera actuado de contrario, es decir, si hubiera entrado a considerar la controversia planteada sobre si se actuó con el consentimiento del representante del artista y habiendo satisfecho los derechos de autor a dicho representante. Basta a la adecuación del ordenamiento jurídico del acto de la autoridad gubernativa la comprobación de la autoría y de la falta de consentimiento, siendo las demás cuestiones civiles a solventar entre el autor, su representante y las empresas que contrataron con él directa o indirectamente, sin que deba prejuzgarse en este momento y por esta jurisdicción la buena fe y la responsabilidad de unos y otros intervinientes”.

cial, pues el tiempo necesario para la obtención de la misma, constituía ocasión suficiente para la iniciación y consumación de la mencionada comunicación pública⁹⁵.

En fin, en cuanto a los efectos se refiere, estas medidas consistían en la suspensión o cese de la actividad ilícita - efectos conservativos y anticipativos del fallo - así como el depósito del producto de las entradas en cuanto bastare para garantizar la correspondiente indemnización - efectos de aseguramiento de la futura condena indemnizatoria⁹⁶.

c. Procedimiento.

Sucesivas disposiciones posteriores a la LPI de 1879, y a su Reglamento de 1880, fueron perfilando el procedimiento para la adopción de estas medidas gubernativas.

En principio, la medida de *suspensión* de la ejecución pública de una obra y la “sanción penal” que los arts. 104 y 119 del Reglamento establecían “ora embargando el producto íntegro de la entrada (...) ora disponiendo el depósito de las entradas necesarias para el pago de los atrasos”, debían acordarse a instancia de parte, en cuyo caso, no era necesario que la petición revistiera forma alguna “pudiendo ser de palabra o por escrito”. No obstante, el Reglamento hacía innecesaria la instancia de parte al posibilitar la adopción de las medidas cautelares de oficio, o como indicaba la ley “en todo caso en que por cualquier otro conducto o medio les conste que la expresada autorización no fue obtenida (Real Orden de 27 de junio de 1896)⁹⁷.

En el supuesto de que las medidas se adoptaran a instancia de parte, la Orden circular de 25 de mayo de 1936⁹⁸, exigía el acreditamiento de la *personalidad*⁹⁹ del peticionario: en caso de que éste fuera el autor, y habida cuenta del sistema registral, mediante la certificación emanada del Registro de la Propiedad Intelectual; si se trataba de los causahabientes de aquél, con la exhibición del Título que acreditase aquel derecho; y en cuanto a las Sociedades, con libros-registros que al efecto llevarán, debidamente foliados sellados y autorizados por la Dirección General de Seguridad, con arreglo a los cuales pueda certificarse en cada caso cuáles sean los autores a quienes aquéllas representen en legal forma.

Solicitada la medida o advertidas las autoridades gubernativas de la existencia de la infracción, éstas debían resolver la petición “de plano y momentáneamente, como lo exige el carácter de la atribución que para tales casos confía la ley a dichas Autoridades” (art. 1 RO 27 de junio de 1896), esto es, sin audiencia previa al sujeto soportante de la medida: “Para cumplir con exactitud cuanto se le tiene significado (...) ha de resolverse de plano por Vuestra Excelencia y por el señor alcalde tan pronto como el autor o su representante acuda en demanda de amparo a la autoridad sobre todas las cuestiones relativas a dicha ley y su Reglamento, sin necesidad de recurrir en consultas a la Abogacía del Estado ni dar audiencia al empresario o deudor moroso, puesto que no es opinable sino imperativo el contenido de los artículos 49 de la ley de Propiedad Intelectual y 104 del Reglamento para su aplicación” (Orden circular del Gobernador General del Estado de 21 de diciembre de 1937).

Por último, y en cuanto a la obligatoriedad de ejercitar la acción principal, la Orden Circular de 25-V-1936 articuló esta competencia con la de los órganos jurisdic-

95 ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial cautelar...*, cit., p. 14.

96 ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial cautelar...*, cit., p. 14.

97 (N. Dicc. 25069).

98 (N. Dicc. 25085).

99 Sobre este concepto, MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, Madrid, 1994, pp. 16 y ss.

cionales al establecer que la suspensión de actividades que leyes y reglamentos concedían a Gobernadores y Alcaldes no podía mantenerse indefinidamente, “pues ello a tanto equivaldría como a una declaración de derecho sin justificación adecuada, no siendo misión ésta que compete a la Autoridad gubernativa, sino a los Tribunales de justicia”. La suspensión duraría setenta y dos horas, siendo levantada en caso de que el actor no acreditase haber interpuesto demanda ante los tribunales, y ello “sin perjuicio de la sanción gubernativa en que incurra el que improcedentemente la hubiere instado” (art. 2 Orden 25-V-1936)¹⁰⁰.

d) La pervivencia de las medidas gubernativas tras la entrada en vigor de la CE. La disposición derogatoria única de la LPI.

El régimen gubernativo cautelar que acabamos de describir, vigente durante más de cien años, vino a cuestionarse con la entrada en vigor de la CE y de los principios proclamados por la misma. En principio, y de acuerdo con los arts. 5 y 49 de la LPI de 1879, la jurisprudencia había comenzado a pronunciarse acerca de la naturaleza civil de estos derechos, afirmando que las cuestiones que surgieran relativas a esta forma de propiedad eran de “derecho común”, correspondiendo la competencia para el conocimiento de las mismas a la jurisdicción civil y no a la jurisdicción contencioso-administrativa (Ss TS, Sala 3ª, de 7-7-1990¹⁰¹ y de 3-12-1990¹⁰²).

Semejante afirmación implicaba de un lado, que la adopción de medidas necesarias para garantizar la tutela de un derecho subjetivo privado, debía producirse a instancia de parte y no de oficio tal como lo posibilitaba el régimen descrito. Pero, de otro lado, la naturaleza privada de los derechos en cuestión exigía que una intervención en esa esfera patrimonial de los particulares, adecuada y suficiente para garantizar la efectividad de una ulterior sentencia, debía realizarse por las autoridades judiciales y no por las gubernativas. Dos eran fundamentalmente las razones por las que este régimen, tras la entrada en vigor de la CE, se consideraba insostenible.

Unas veces, la incompatibilidad de estas medidas con el nuevo orden constitucional establecido se encontraba en el art. 20.5 CE que, relativo al derecho a la información, atribuía a los órganos jurisdiccionales la competencia para el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información¹⁰³ (SAT de Valencia de 13-2-1989¹⁰⁴). Otras veces en cambio, eran las propias autoridades gubernativas las que se

100 (N. Dicc. 25085).

101 STS (Sala 3ª) de 7 de julio de 1990 (RA 6323).

102 STS (Sala 3ª) de 3 de diciembre de 1990 (RA 10029) y en La Ley, Rep. 1991, p. 2290.

103 Con base en este artículo expone BONDÍA ROMÁN, F., *Propiedad Intelectual...*, cit., pp. 107 y 108, nota pie de p. nº 122: “El art. 49 de la derogada LPI de 1879 preveía la posibilidad de embargos gubernativos para la defensa del derecho de propiedad intelectual, medida que lógicamente, no recoge la actual LPI, pues, con arreglo al sistema constitucional vigente, los embargos constituyen una medida típica de la función jurisdiccional (cfr., en particular, art. 20.5 de la CE)”; también en este precepto se basó CHICO Y ORTIZ, J. M., *Principios y problemas...*, cit., p. 1349, inmediatamente después de la entrada en vigor de la LPI de 1987, para afirmar que “La Constitución Española del año 1978 había reducido la protección de la propiedad intelectual a dos vías: “la judicial y la registral, ya que conforme al artículo 20 el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información sólo puede acordarse por resolución judicial”; asimismo, CHICO Y ORTIZ, J. M., en *La seguridad y el registro...*, cit., p. 599.

104 SAT de Valencia de 13-2-1989 (RGD, 1989, II, p. 2417): en este caso, la AT resolvía un recurso frente al acuerdo de la Delegación del Gobierno de 30 de octubre de 1985, por el que se ordenaba la incautación del total del producto de las taquillas de las salas cinematográficas propiedad de los recurrentes hasta alcanzar las cantidades reclamadas por la SGAE. Los recurrentes solicitaron la declaración de no ser conforme a derecho el acuerdo impugnado y de incompetencia de jurisdicción de la Delegación del Gobierno por infracción de lo dispuesto en los artículos 20.5 y 24 de la CE (...). La Sala declaró la legalidad del acto administrativo, alegando que “La Delegación del gobierno dictó el acuerdo impugnado en ejercicio de facultades legales, al amparo de lo dispuesto en el art. 49 de la LPI de 1879, vigente en el momento de los hechos de autos, y aplicable al caso, en relación con el art. 104 del Reglamento de 1880 y el art. 1 De la RO de 27

negaban a la adopción de las medidas, alegando que las mismas eran contrarias al art. 140 CE. Según esta postura, las entidades municipales habían dejado de ser meros órganos delegados de la Administración Central y habían pasado a tener sus propias competencias, entre las cuales no podía incluirse la adopción de las medidas a las que nos estamos refiriendo, por incidir sobre el contenido del derecho de propiedad, cuya custodia estaba encomendada a los Tribunales ordinarios (SAT de Albacete, sala de lo Contencioso Administrativo, de 10-12-1986¹⁰⁵ y SAT de Barcelona, sala de lo contencioso administrativo, de 16-11-1984¹⁰⁶).

A nuestro juicio, la incompatibilidad de estas medidas gubernativas con el régimen instaurado por la CE, no se encontraba en el art. 20.5 CE, ni en el art. 140 de la misma, sino en la naturaleza de la función que se desarrollaba con la adopción de medidas cautelares, consistente ésta en ejercicio de potestad jurisdiccional, y encomendada exclusivamente a órganos jurisdiccionales (art. 117.3 CE).

Las medidas cautelares no tienen razón de ser por sí mismas, sino que se justifican en tanto son instrumentales de un proceso principal, por la finalidad que tienen de asegurar la efectividad práctica de la sentencia que en ese proceso se dicte¹⁰⁷. Habida cuenta de esa necesaria vinculación, la función que se desarrolla con la adopción de las

de junio de 1896” y sin que pudiera concluirse a la vista de lo preceptuado en el art. 20.5 CE que el depósito del producto de la taquilla, a que se ha hecho referencia, pudiera considerarse comprendido en el supuesto de “secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de su información (...)”.

105 SAT de Albacete, sala de lo contencioso administrativo, de 10-12-1986, (fotocopia del original); en esta sentencia, se resolvía un recurso frente al acuerdo negativo del Alcalde del Municipio de Jumilla, a adoptar la medida solicitada por la SGAE de suspensión de la ejecución de música, en la empresa «Discoteca Zipper». La Sala declaró: “La anterior legislación y en consecuencia, la normativa que otorga competencia directa al alcalde para garantizar lo que se dispone en ella, no puede entenderse derogada tras la promulgación de la Constitución y la aparición de la ley 7/85 de 2 de abril reguladora de las Bases de Régimen local, ya que el Municipio puede considerarse, en la actualidad, tanto como entidad básica de la organización territorial del estado, como entidad representativa de los intereses locales; en efecto, conforme al artículo 137 CE, el Estado se organiza territorialmente en Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios, precisando de un aparato servicial que el la Administración Pública, estructurada según los principios organizativos de autonomía y de descentralización territorial (art. 103), que permiten el acercamiento del poder a los administrados; el primer aspecto viene también recogido en el art. 1 de la LBRL, al considerar a los Municipio “entidades básicas de la organización territorial del Estado), lo que permite considerar al Alcalde como un verdadero delegado del Gobierno en el término municipal, además de Presidente del Ayuntamiento y jefe de la Administración Municipal, debiendo recordarse, a estos efectos, que a tenor de lo establecido en la orden de 18 de Abril de 1979, los Alcaldes, dentro de sus respectivos término municipales deben coadyuvar a la conservación del orden público, de acuerdo con las directrices e instrucciones de los Gobernadores Civiles, norma ésta dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la CE y que sirve para reforzar la tesis de la vigencia de la legislación en que se apoya la parte recurrente”.

106 En idéntico sentido a la anterior resolución citada, en la SAT de Barcelona, Sala de lo Contencioso administrativo, de 16-11-1984, (fotocopia del original), se resolvía el recurso contencioso administrativo interpuesto por la SGAE frente al acuerdo del Ayuntamiento de Montcada i Reixac por el que declaraba que no le competía la suspensión de la ejecución del repertorio en la modalidad de amenización musical y vídeo realizada en los locales del “Bar Red Lip” y “Pub Zachary”; la Sala declaró: “Que acreditado como está que en los mencionados locales se ejecutaba un repertorio en la modalidad de amenización musical y vídeo de autores representados por la Sociedad actora, es llano, que procede el acogimiento del recurso promotor de este recurso (sic) y, consecuentemente, la nulidad del acuerdo combatido, ya que en virtud de lo dispuesto en los artículos 49 de la LPI de 10 de enero de 1879 y 63 de su Reglamento de 3 de septiembre de 1880, R. O de 27 de junio de 1896 y órdenes de 21 de diciembre de 1937 y 15 de junio de 1959, los Alcaldes deberán decretar la suspensión de plano, de la ejecución de una obra musical de no haberse obtenido la correspondiente autorización de su titular o de su representante, a su instancia; sin que resulte admisible el que para el inicio de la interesada actuación sea preciso que se demuestre que los regentes de aquellos locales carecen del oportuno permiso pues tal circunstancia negativa, mediante la prueba del correspondiente dato positivo, es de carga de los dueños de los mencionados establecimientos y, en este caso, resulta intrascendente pues el acuerdo combatido denegó, de entrada, la incoación del oportuno expediente en cuyo seno deberá demostrarse la posición o titularidad del referido permiso”.

107 ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial...*, cit., p. 8.

mismas es idéntica a la que se desarrolla en el proceso principal, esto es, función jurisdiccional, que se resuelve en actuar el Derecho en el caso concreto desde una posición de ajenidad respecto a los sujetos afectados por la tutela¹⁰⁸. La Administración pública, en su actuación, también actúa el Derecho en el caso concreto, pero a diferencia de la Jurisdicción, no se encuentra en esa posición de ajenidad, sino que es parte en el conflicto de intereses que resuelve. Aun cuando parezca que la Administración actúa el Derecho para tutelar intereses particulares, lo hace para servir los intereses generales de la comunidad (art. 103 CE)¹⁰⁹.

Se afirma que la adopción de medidas cautelares por la Administración es un exceso de la potestad de autotutela de la misma¹¹⁰, pero adviértase que en el tema que nos ocupa, la Administración no trataría de protegerse a ella misma, no se trataría de una Administración convertida en juez y parte; la Administración intervendría protegiendo derechos privados, interfiriendo en el ámbito de los intereses patrimoniales y morales de los particulares. Si la Administración pública, en materia de derechos de propiedad intelectual, adoptara medidas cautelares estaría sirviendo con su actividad a los intereses privados de una de las partes en conflicto - el autor- y no a los intereses generales de la Comunidad.

Y si bien en ciertos sectores de la propiedad intelectual existe junto al interés individual del autor el interés general de la colectividad - así por ejemplo en el ámbito de los derechos morales (art. 40 LPI) -, no por ello dejan de ser los derechos de propiedad intelectual derechos de naturaleza privada. De tal modo que una intervención en los mismos, adecuada y suficiente para garantizar la efectividad de la sentencia que en su momento se dicte, no puede ser llevada a cabo por autoridades administrativas sino por la autoridad judicial¹¹¹.

Sea entonces por la naturaleza privada de los derechos de autor, sea por la función que se desarrolla con la adopción de las medidas cautelares, o bien éstas debían decretarse por la autoridad judicial, o bien las mismas no debían calificarse como cautelares. Dicho con otras palabras, una cosa es que Gobernadores y Alcaldes ostentaran ciertas competencias en materia de derechos de autor, y otra distinta es que las medidas que ellos podían decretar fueran consideradas como medidas cautelares, pues lo que ocurría con la adopción de las mismas es que órganos de clara naturaleza administrativa, ejercían función jurisdiccional¹¹². Cuando el art. 117. 3 de la CE proclamó que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional (...) corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y

108 ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial...*, cit ant., p. 21.

109 ORTELLS RAMOS, M., *Una aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española*, en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, 1984-85, p. 450; por el mismo autor, en *Introducción al Derecho Procesal*, Granada, 1999, p. 85.

110 Existe un supuesto en el que se admite la adopción de medidas cautelares por la Administración: las medidas adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, y ello por cuanto en este ámbito existen intereses públicos económicos que pueden justificar la autotutela administrativa; véase al respecto, BARONA VILAR, S., *Competencia Desleal*, Valencia, 1991, p. 114; BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Granada, 1998, pp. 41- 43.

111 La injerencia de la Administración en la resolución de conflictos entre particulares había sido advertida en otros supuestos; al respecto puede verse, PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo, Derecho privado, Derecho garantizador*, RAP, 1967, p. 83; RIVERO YSERN, E., *Administración y Jurisdicción: La Junta Central de Publicidad y el Jurado Central de Publicidad*, RAP, 1977, nº 84, p. 590; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo, I*, con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, p. 438.

112 Como explica ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 93, estas medidas constituyen un “Ejemplo particularmente claro de (...) injerencia administrativa en la resolución de conflictos de derecho privado. (...) La vigente Ley de Propiedad Intelectual atribuye todas estas potestades a los órganos jurisdiccionales civiles, para su ejercicio mediante la tutela definitiva en la sentencia o mediante la tutela provisional o cautelar durante la pendencia del proceso”.

Tribunales”, estaba reaccionando frente a situaciones como la que en materia de propiedad intelectual ocurrían, y aquí estamos describiendo, es decir, ante la existencia de órganos de naturaleza administrativa a los que se les asignó función jurisdiccional¹¹³.

Con la aprobación de la LPI de 1987 y su paralela LO de reforma del CP, quedaron delimitados teóricamente las dos vías de protección de los derechos de propiedad intelectual, sin que la nueva ley atribuyera a la Administración las competencias preventivas que acabamos de ver. Sin embargo, la cláusula de derogación tácita empleada por la disposición transitoria 6ª de la LPI, dejó la duda acerca de la subsistencia de este régimen gubernativo, toda vez que el mismo estaba contemplado en el Reglamento de 1880, cuyo título II continuaba en vigor en tanto no se opusiera a lo establecido en la nueva ley¹¹⁴. Y para aclarar la cuestión, la redacción dada a la LPI por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual, confirmó expresamente en su disposición derogatoria única, la vigencia de estas normas, y concretamente la de los capítulos I, II y III del Título II del Reglamento de 1880, en los que se regulaban precisamente estas medidas gubernativas¹¹⁵.

Pues bien, entendemos por la razones expuestas, que si las competencias gubernativas previstas en el Reglamento de 1880 subsisten, o bien se tratará de medidas dirigidas a la investigación en el proceso penal¹¹⁶ o bien constituirán una modalidad de tutela *administrativa* pero en ningún caso cautelar, confiada ésta exclusivamente (art. 117.3 CE) a los órganos jurisdiccionales¹¹⁷. Es decir, si las medidas gubernativas que contemplaba la LPI de 1879 subsisten en la actualidad lo serán en cuanto medidas gubernativas y no en cuanto medidas cautelares.

113 Como explica MONTERO AROCA, J., con otros, *Derecho Jurisdiccional*, I, cit., p. 97: “(...) la exclusividad expresa algo de modo tan arraigado en la esencia del Estado moderno que las constituciones no podrían negarlo, pero prácticamente las negaciones han sido constantes. En los últimos años del régimen político anterior proliferaron una serie de organismos (tribunales de honor, sindicales de amparo, de prensa, de ética profesional, de publicidad, de defensa de la competencia, de contrabando y un larguísimo etcétera) sobre cuya naturaleza administrativa no existían dudas, pero a los cuales se atribuyó función jurisdiccional”.

114 “La Disposición Transitoria 6ª de la Ley, explica CARRASCO PERERA, A., *Comentarios*, (ed. 1989), cit., p. 1706, deja vigente prácticamente todo el desarrollo reglamentario de la Ley de 1879. Sólo hay una derogación implícita para el caso de contradicción con las nuevas normas. Semejante juicio de contradicción sólo podría ser apreciado a partir del artículo 126 (hoy 141) si se interpretara este precepto con un alcance excluyente de otros títulos competenciales no jurisdiccionales. Esta interpretación no me aparece adecuada, tanto por consideraciones prácticas como por suponer una injustificada restricción de medios de protección. Las medidas cautelares previstas en el artículo 126 (hoy 141) serían de hecho inoperantes en las infracciones de ejecución y consumación rápida (v. gr., anuncio de representación de un obra dramática en el mismo día)”; asimismo, apunta “la incerteza acerca de si la Administración cuenta con un título competencial que la habilite para actuar sus potestades”, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La tutela cautelar...*, cit., p. 3789, nota pie de p. 66; véase también FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Propiedad industrial, propiedad intelectual y derecho administrativo*, Madrid, 1999, p. 190.

115 CARRASCO PERERA, A., *Comentarios*, cit., p. 1803; MUERZA ESPARZA, J., *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del derecho industrial y de la competencia*, p. 105, nota pie de p. nº 194.

116 “Dado que las infracciones a la propiedad intelectual, explica CARRASCO PERERA, A., *Comentarios*, cit., p. 1772, son supuestos de hecho de tipos delictivos previstos en el CP, la competencia gubernativa se amplía en función de las responsabilidades de prevención y persecución de delitos que las leyes atribuyen a las autoridades gubernativas y a los agentes de la autoridad (cfr. arts. 282, 284 y 816 LÉCRIM, 11 Y 29 LOFCS y 444 LOPJ)”.

117 En este sentido, se aprueba en 1982 el Reglamento de Policía de Espectáculos Públicos y actividades recreativas de 27 de agosto de 1982 (BOE 6 de noviembre de 1982 y N. Dicc. 2960), que deroga el de 3 de mayo de 1935. El capítulo VI dedicado a la Intervención de la Autoridad gubernativa, en su sección 4ª “Infracciones y sanciones”, enumera una serie de actividades entre las que podemos encontrar algunas afectantes a los derechos de autor. Así por ejemplo la celebración de un espectáculo o actividad sin la previa presentación de los carteles o programas (art. 81.31) o la consignación en los carteles o programas, títulos de obras, nombres o autores o cualquiera otros datos que no sean verdaderos (art. 81.32). En tales casos (en los

V. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1987 Y LA LO 6/1987 DE REFORMA DEL CP.

Si bien la LPI de 1879 supuso en el momento de su aprobación situar al ordenamiento jurídico español en una posición privilegiada con respecto al resto de países, los numerosos y acelerados avances que la técnica y los medios de difusión de las obras de creación experimentaron, exigieron imperiosamente una radical reforma.

En 1886, con la adhesión de España al Convenio Internacional de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, se agudizó la distancia entre nuestro sistema legal y el de los países cofundadores del nuevo régimen universal de protección del autor, auspiciado por Víctor Hugo¹¹⁸. No sólo la modernización y actualización de la normativa en esta materia impulsó la reforma, también la refundición de las diversas disposiciones que, extravagantes a la LPI de 1879, habían ido apareciendo (ley 17/1966 de 31 de mayo sobre películas cinematográficas conocida como “ley del cine” y la ley 9/1975 de 12 de marzo reguladora del contrato de edición, denominada “ley del libro”), así como, en fin, la necesidad de incorporar en la nueva ley esos grupos o sectores, que desde hacía tiempo reivindicaron una protección semejante a la del derecho de autor (artistas intérpretes y ejecutantes, productores fonográficos, productores de grabaciones audiovisuales y entidades de radiodifusión).

Numerosos proyectos de reforma y trabajos fueron presentándose, siendo común en todos ellos la idea de la naturaleza híbrida del derecho de autor y la intención - dado el escaso desarrollo que esta materia había tenido en nuestro derecho- de incorporarse a alguna de las vías preexistentes en ese momento: la francesa por ser más próxima, la alemana o la sajona¹¹⁹. De esta forma, se llegó a la aprobación de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 (BOE de 17 de noviembre).

Con la nueva ley quedaron delimitadas, al menos teóricamente, las dos vías de protección de los derechos de propiedad intelectual, la penal y la civil, y dentro de esta última, se regularon sistemáticamente los instrumentos necesarios para la tutela de estos derechos: se contempló una acción dirigida a lograr la paralización de la conducta infractora (acción de cesación) y se incluyeron unas medidas de remoción destinadas a posibilitar la conducta de omisión que viene impuesta por la condena de cesación (art. 139 LPI); se establecieron, en segundo lugar, unos criterios auxiliares para el cálculo de la indemnización debida al perjudicado por una infracción de su derecho de autor (art. 140 LPI); y se reguló, en tercer lugar, un específico régimen de tutela cautelar adecuado para garantizar la efectividad del pronunciamiento principal (art. 141 LPI).

que está en juego el derecho moral de autor al reconocimiento de la autoría) las autoridades gubernativas podrán imponer multas - dentro de los límites permitidos por la legislación de régimen local- así como la suspensión o prohibición de espectáculos o actividades concretas (art. 82). Pues bien, al margen de los problemas de constitucionalidad que pueden presentar dichas multas (“tanto por la alegalidad de las sanciones como por la cuestión competencial entre Estado y CCAA, RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., y BONDÍA ROMAN, F., *Comentarios a la LPI*, ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 508), en cualquier caso, estaremos ante una tutela administrativa, cuyos actos podrán, en su caso ser revisables ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo. Tutela administrativa que quedaría justificada en la medida en que no sólo son los intereses del autor los que están en peligro sino también el interés del público o en definitiva el de la colectividad. En ningún caso se tratará de medidas cautelares dirigidas a garantizar la efectividad de la sentencia de un proceso principal. A favor de la compatibilidad de estas medidas con las cautelares previstas por la LPI de 1987 se pronuncia MORO ALMARAZ, M^a J., *Instrumentos para la protección de los derechos reconocidos en la LPI*, en PJ, 1989, n^o 16, p. 69.

118 MISERACHIS SALA, P., *Acotaciones históricas a la reforma de la ley de la propiedad intelectual*, en La Ley, 1985 - 2, p. 1007.

119 MISERACHIS SALA, *Acotaciones históricas...*, cit. p. 1009.

En el mismo Boletín Oficial en que se publicó la LPI, se publicaba la LO 6/1987, por la que se modificaba sustancialmente la regulación de la protección penal de esta materia, contenida históricamente en el art. 534 del CP¹²⁰. Con la reforma penal de 1987, se reservó el art. 534 para la propiedad industrial y se incorporaron cuatro nuevos artículos, los dos primeros (534 bis a y b) definidores de un tipo básico y otros cualificados¹²¹, y los siguientes dedicados a la publicación de la sentencia condenatoria (534 bis c) y a declarar aplicable, a la responsabilidad civil derivada del delito, el régimen establecido por la ley de propiedad intelectual relativo al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios¹²².

Con todo, el problema que ha presidido todo el desarrollo histórico de esta institución, esto es, el de la indeterminación entre el delito contra la propiedad intelectual y la mera usurpación civil de estos derechos, subsistía toda vez que el tipo básico del art. 534 *bis a*) no exigía perjuicio económico alguno para la existencia del delito: “La infracción penal (...) ha de entenderse cometida en cuanto se ataque o lesione el derecho del autor en cualquiera de las dos referidas manifestaciones (moral y patrimonial) sin que, por lo tanto sea menester para apreciar la consumación del delito, la existencia del perjuicio económico”¹²³. En consecuencia, y a falta de mejores criterios, el elemento diferenciador entre el delito de propiedad intelectual y las infracciones civiles a los mismos seguía siendo, la intencionalidad del sujeto activo¹²⁴.

VI. EL RD LEGISLATIVO 1/1996, DE 12 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Y EL CP DE 1995.

Poco tiempo después de la entrada en vigor de la LPI de 1987, se dicta la primera norma que modifica determinados preceptos de ésta, la Ley 20/1992 de 7 de julio¹²⁵. Por lo que a nosotros importa, la citada norma supuso una importante modificación del procedimiento diseñado por la LPI para la adopción de las medidas cautelares que ella misma contemplaba.

La necesidad de eliminar las diferencias existentes en la protección jurídica de los programas de ordenador por las legislaciones de los Estados miembros de la

120 Esta norma, explica GIMBERNAT ORDEIG, E., *Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual*, PJ, nº especial, IX, p. 353, calificada como vacía o creadora de un tipo penal en blanco, debía completarse con una ley, la LPI de 1879, “que había nacido en una época sin fotocopias, sin informática, sin industria fonográfica ni audiovisual, sin cine y sin televisión (...); los posibles delitos contra los derechos de autor rara vez podían consistir en algo más que un plagio artesanal que si bien eran idóneos para producir un considerable daño moral, apenas lo eran para perjudicar gravemente el patrimonio del autor o de los autores intelectuales”.

121 El art. 534 bis a) establecía: será castigado con la pena de multa de 30.000 a 600.000 pesetas quien intencionadamente reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte, o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras, producciones o ejecuciones sin la referida autorización.

122 ARROYO ZAPATERO L. y GARCÍA RIVAS N., *Protección penal de la propiedad intelectual*, en *Comentarios*, cit., p. 1986.

123 STS, Sala 2ª, de 13 de octubre de 1988 (RJ 1988\7912).

124 ARROYO ZAPATERO L., y GARCÍA RIVAS, *Comentarios*, cit., p. 1999.

125 BOE, núm. 168, de 14 de julio de 1992.

Comunidad, motivó la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, incorporada a nuestro ordenamiento por ley 16/1993, de 23 de diciembre¹²⁶.

De nuevo, en 1994, aparece otra disposición relativa a los derechos de autor: la ley 43/1994, de 30 de diciembre¹²⁷, de incorporación al derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, relativa a los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor. Hasta ese momento estos derechos se entendían reconocidos en la LPI de 1987 dentro del genérico derecho de distribución.

Las disparidades existentes entre las legislaciones nacionales de los Estados de la Unión Europea en cuanto al plazo de protección del derecho de autor y de derechos afines, fue el motivo de la Directiva 93/98/CEE, de 29 de octubre, incorporada a nuestro ordenamiento por Ley 27/1995 de 11 de octubre¹²⁸. En su virtud el plazo de protección de los derechos de explotación del autor se amplió de los sesenta años previstos por la LPI de 1987 a setenta años. Es ya en la disposición final de esta norma donde se emplaza al Gobierno para que, antes del 30 de junio de 1996, apruebe un texto que refunda las disposiciones legales en materia de propiedad intelectual.

Por último, la ley 28/1995, de 11 de octubre, incorporó al derecho español la Directiva 93/83/CEE, de 27 de septiembre, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines, en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable¹²⁹.

Todo este conjunto de normas aconsejaba la regularización, aclaración y armonización de todas ellas en un texto refundido que fue aprobado por RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril¹³⁰. La redacción dada al texto de la LPI, por el RD Legislativo de 1996¹³¹, introdujo, excediéndose de la delegación legislativa, algunas novedades que ya han sido objeto de impugnación ante la jurisdicción administrativa y que se centraron especialmente en el tema relativo a la legitimación colectiva de las entidades de gestión: amplió los supuestos de gestión colectiva necesaria u obligatoria y añadió al anterior art. 135 (hoy art. 150) un párrafo nuevo con la intención de solucionar los problemas prácticos que la anterior regulación había suscitado a las entidades de gestión¹³².

De otro lado, también la tutela penal de los derechos de propiedad intelectual ha quedado significativamente alterada con la entrada en vigor de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. Si con la reforma de 1987 se había abandonado sólo de manera formal el sistema de ley penal en blanco¹³³, hoy sigue existiendo la necesidad de acudir a

126 BOE, núm. 307, de 24 de diciembre de 1993.

127 BOE, núm. 313, de 31 diciembre 1994.

128 BOE, núm. 245, de 13 de octubre de 1995.

129 BOE, núm. 245, de 13 de octubre 1995.

130 BOE, núm. 97, de 22 de abril de 1996.

131 La LPI de 1996, ha sido objeto de una última modificación introducida por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, sobre la Protección Jurídica de las bases de datos (BOE, núm. 57, de 7 de marzo de 1998).

132 Efectivamente el segundo párrafo del art. 150 LPI fue declarado nulo por STS, Sala 3ª, de 9 de febrero de 2000 y validado nuevamente con la entrada en vigor de la LEC de 2000; sobre el tema véase mi artículo: *¿Es sumario el proceso en el que se resuelven pretensiones de cese de actividades ilícitas en materia de propiedad intelectual? El significado del párrafo segundo del art. 150 LPI*, en Revista Tribunales de Justicia, mayo 2002. En general, sobre las novedades introducidas por el RD Legislativo 1/1996, puede verse, BOTANA AGRA, M., *Las incorporaciones del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) en materia de Derechos de autor*, ADI, 1996, T. XVII, p. 49.

133 GARCÍA RIVAS, N., *Comentarios*, cit., p. 2370.

la norma extrapenal para la delimitación de las conductas descritas por el tipo¹³⁴. No obstante, el nuevo CP ha incluido, como elementos integrantes de la conducta típica, el ánimo de lucro y el perjuicio de tercero, circunstancias sólo agravantes con anterioridad, que además de ayudar a esclarecer los respectivos ámbitos de enjuiciamiento, restringen “el espectro de conductas acreedoras de sanción penal”¹³⁵.

Finalmente debe apuntarse que la protección civil de los derechos de propiedad intelectual ha experimentado importantes cambios tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. La aprobación de esta norma ha supuesto, de un lado, el establecimiento de una norma imperativa de competencia territorial aplicable a los procesos relativos a derechos de propiedad intelectual (art. 52.1.11 LEC); de otro lado, la LEC ha incluido una norma especial de determinación del procedimiento adecuado para tramitar las pretensiones fundadas en derechos de autor (art. 249.1.4º LEC); en tercer lugar, y por lo que al tema de las partes se refiere, la LEC ha dado una nueva redacción al art. 150 LPI - relativo a la legitimación de las entidades de gestión- superando el defecto *ultra vires* en el que había incurrido el Texto Refundido de la ley de propiedad intelectual (Disp. final 2ª.4 LEC). Y en fin, la norma procesal civil ha establecido también un régimen unitario de tutela cautelar y un procedimiento único que deberá seguirse para adoptar cualquier medida cautelar, pero al tiempo ha mantenido las medidas cautelares específicas que ya contemplaba la LPI (disposición derogatoria única, apartado 13º).

134 Así lo informa la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1989, de 20 de abril, al advertir que “hay que acudir de modo necesario a la LPI en donde se halla su significado. No se trata, sin embargo, en ningún caso, de cláusulas normativas que precisen una valoración por parte del intérprete o del juzgador para determinar su contenido sino de cláusulas normativas de contenido concretamente determinado”.

135 GARCÍA RIVAS, N., *Comentarios*, cit., p. 2386.