

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Plagio. Usurpación. Explotación ilícita. Concurso de delitos

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Tribunal Supremo, Sala 2ª

FECHA: 14-2-1984

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo en copia del original.

OTROS DATOS: Recurso de Casación contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

SUMARIO:

“La usurpación de la personalidad intelectual que ataca el elemento espiritual o subjetivo del derecho de autor y la defraudación que ataca al elemento patrimonial de aquel derecho y que, a su vez, presenta doble vertiente: el ataque al patrimonio del autor y el perjuicio que puede causarse al público engañado con la suplantación, doble ofensa que, ya se comprende, puede darse también en el plagio, si la copia se utiliza con fines lucrativos”.

COMENTARIO:

Independiente de que el tipo penal exija o no la finalidad lucrativa como condición objetiva de punibilidad, la usurpación de la paternidad ajena y/o la utilización de una obra sin el consentimiento del autor, siempre genera una responsabilidad, así sea civil o administrativa, según lo que disponga la ley donde se reclame la protección. La doble ofensa de la que se ocupa el fallo se produce generalmente en el caso de plagio, cuando además de la usurpación de la paternidad del autor, se incurre en reproducción, distribución o comunicación pública no autorizada de la obra. © **Ricardo Antequera Parilli, 2007.**

TEXTO SUSTANCIAL:

Resultando: *Que por la mencionada Audiencia, se dictó S 28 Jun. 1982, que contiene el siguiente: Resultando: probado y así se declara: Primero: "... S.A.", la querellante, por documento de fecha 2 Ene. 1975 contrató en exclusiva, con J., en calidad de intérprete vocal, toda clase de grabaciones (incluidas "cassettes") para su explotación y venta en todo el mundo, en la forma que "... S.A." estime oportuna, sin limitación de clase alguna, reconociéndose a ésta la propiedad absoluta de dichas grabaciones, junto con el derecho exclusivo de fabricación, impresión y venta; Segundo: El procesado M., de 25 años de edad en la fecha de autos, sin antecedentes penales, Gerente de la entidad "... S.A.", constituida mediante escritura de fecha 7 Dic. 1977, y domiciliada en esta ciudad, calle ..., ordenó a principios del año siguiente a la empresa "... S.A." la fabricación de una "musicassette" o "cassette" (que seguiremos llamándole "cinta magnetofónica"), en cuya cinta se contienen las canciones que creó o popularizó dicho cantante: "Soy un truhán, soy un señor",*

"Abrázame", "Manuela", "Río Rebelde", "La vida sigue igual", "A flor de piel", "Un canto a Galicia", "Noche de ronda", "Por el amor de una mujer" y "Minueto"; Tercero: En el envoltorio o carpetilla de la caja que contiene dicha cinta se lee en su parte superior en letra de color morado sobre un fondo negro, "Homenaje a J. ", luego aparece la figura del cantante con un micrófono en la mano, ocupando en 90 mm. casi toda la extensión del impreso, en el centro el nombre "J." que abarca 20 mm. de alto, debajo aparecen los nombres de las canciones citadas, y en la parte inferior del impreso se lee: "Intérprete Tony", en letras de 2'5 mm. de color rojo, parte de ellas sobre fondo marrón oscuro; en el lomo se lee tan solo "Homenaje a J."; la parte posterior externa es de color verde, idéntico al utilizado en la cinta propiedad de la querellante de la que se ha hecho referencia, siendo la tipografía empleada para los nombres de las canciones, la misma, igualmente, que la que aparece en la cinta de "... S.A."; Cuarto: La presentación, de la cinta de "... S.A. se verificó con la idea de que se adquiriera como si se tratara de la grabación original realizada para la entidad "... S.A.", con ánimo de atraer hacia la empresa querellada la atención del mercado y beneficiarse en perjuicio de aquélla, de su explotación comercial; Quinto: La cinta de ... S.A. fue promocionada y difundida mediante una revista donde se observa la imagen de J., su nombre, y el título de algunas de sus canciones más conocidas, pero no hay referencia alguna a que cante otra persona, distinguiéndose la marca "...S.A. dentro de un 7 que es la utilizada por el querellado; Sexto: La cinta de "...S.A.", no aparece, en lo actuado, que tuviera permiso de la Sociedad General de Autores de España, ni aparece tampoco que hubiera hecho el depósito legal; Séptimo: De las referidas cintas magnetofónicas editadas por orden de "...S.A.", se llegaron a fabricar un total de 6.718 unidades, que vendidas al precio neto de 537.440 ptas., reportaron a "...S.A.", un beneficio de 222.366 ptas.

Resultando: Que la referida sentencia, estimó que los indicados hechos probados, eran constitutivos de un delito del art. 534.1 CP, por la infracción intencionada de los derechos de autor de la querellante, siendo autor el procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; y contiene la siguiente parte dispositiva: Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al procesado M., como autor responsable de un delito de infracción intencionada de los derechos de autor, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 20.000 ptas., con arresto sustitutorio de 20 días, en caso de impago, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas la mitad de las producidas por el acusador particular, así como a que abone solidariamente con ... "... S.A.", a "...S.A." la cantidad de 222.366 ptas. como indemnización de perjuicios, debiendo entregar el encausado o en su caso "...S.A." a "...S.A." las cintas reproducidas objeto de este proceso que pudieran estar todavía en su poder; hágase entrega asimismo, a la querellante, de la cinta denominada "master" que fue intervenida al querellado según consta a folio 22. Y debemos absolver y absolvemos al procesado del delito de estafa de que se le acusa, declarando de oficio la otra mitad de las costas causadas; aprobando el auto de solvencia del procesado que dictó el JI en el ramo correspondiente.

Resultando: Que la representación de la acusación particular "..., S.A.", al amparo del art. 849.1 LECrim., alega como único motivo, infracción por no haberse aplicado el art. 528 (defraudación en la calidad) núm. 2 en relación con el art. 3 párr. 2, todos ellos del CP. Además del delito de defraudación de la propiedad intelectual del art. 534 párr. 1 por el que viene condenado el procesado M., su comportamiento integra también una estafa frustrada por defraudación en la calidad de las cosas vendidas, porque ha querido confundir a los compradores de las cassettes que producía, haciéndoles creer que adquirirían una grabación original de J., siendo así que quien cantaba era un vulgar plagiaro, si bien la estafa no puede ser calificada de consumada, sino sólo de frustrada, porque aunque la sentencia establece la "presunción de que ha habido compradores perjudicados", ello no ha podido constatarse con absoluta seguridad.

Resultando: Que la representación del procesado M., al amparo del art. 851.3 y núms. 1 y 2 del art. 849, LECrim., alega los siguientes motivos: por quebrantamiento de forma: Primero: Al no haberse resuelto en la sentencia sobre todos los puntos que fueron objeto de la acusación y defensa, incurriendo en la falta de procedimiento consistente en no haber tratado ni estudiado en sus fundamentos fácticos doctrinales y legales la existencia o no de plagio de grabación que fue el objeto principal de la causa; punto de hecho y de derecho que fue planteado por ambas partes, la acusadora particular y esta parte recurrente, en su escrito de conclusiones definitivas. Segundo: Al no haber resuelto la Sentencia sobre todos los puntos que fueron objeto de la acusación y defensa sobre el contenido y alcance en los derechos de interpretación de composiciones musicales en grabación sonora cedidos por J., a "..., S.A.", en su contrato privado de prestación de servicios artísticos. Por infracción de Ley. Tercero: Error de hecho en la apreciación de las pruebas al no tener en cuenta documentos auténticos que mostraban la equivocación evidente del juzgador y que no estaban desvirtuados por otras pruebas. Noveno: Error de derecho calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de infracción intencionada de los derechos de autor de "..., S.A." con violación del art. 534 párr. 1 CP, que había sido infringido por aplicación indebida con relación a la falta de aplicación de los arts. 36 párr. 1 de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 Ene. 1879 y 24 de su Regl. 3 Sep. 1880. Décimo: Error de hecho calificando los hechos enjuiciados, como constitutivos de un delito de infracción de los derechos de autor, sin que en los declarados probados consten los requisitos indispensables para configurar una infracción punible de los derechos de autor, elemento este fundamental para la tipificación de dicha figura delictiva, con violación del art. 534 párr. 1 CP, precepto sustantivo que ha sido infringido por aplicación indebida en relación con la indebida aplicación del art. 2 OM Educación Nacional 10 Jul. 1942 en concepto de vulneración de la misma. Décimo bis: Error de derecho calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de infracción de los derechos de autor, sin que en los declarados probados consten los requisitos indispensables para configurar una infracción intencionada de los derechos de autor con violación del art. 534 párr. 1 CP, infringido por aplicación indebida en relación a la indebida aplicación del art. 3 OM 10 Jul. 1942 M.º Educación Nacional en concepto de violación. Undécimo: Infracción por aplicación indebida del art. 534 párr. 1 CP en relación a la falta de aplicación en concepto de violación del art. 26 Ley de Propiedad Intelectual. Duodécimo: Infracción por aplicación indebida del art. 534 CP e inaplicación del art. 1, párr. 1 del propio Código en concepto de violación por ausencia de intencionalidad o dolo para la estimación de cometida la infracción penal.

Resultando: Que por TS 2.ª A 8 Nov. 1983, se declaró no haber lugar a la admisión de los motivos cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y octavo bis... del recurso, por las razones que en el mismo se contienen.

Resultando: Que el MF se instruyó de ambos recursos; y las representaciones de los recurrentes, lo verificaron también, recíprocamente, de los interpuestos respectivamente por las mismas; y en el acto de la Vista, que ha tenido lugar en 7 de los corrientes, los Letrados de ambos recurrentes, mantuvieron sus recursos, impugnándose los al propio tiempo, de forma recíproca, y el MF impugnó los 2 recursos interpuestos.

Considerando: Que el recurso de la acusación particular, plantea abiertamente el interesante problema, tocado de modo incidental en anteriores resoluciones de esta Sala, de si la defraudación de la propiedad intelectual -hoy infracción de los derechos de autor- puede coexistir, en concurso de delitos con la estafa o defraudación en la calidad al público consumidor del producto amparado por aquella titularidad sobre la obra del autor; o si, por el contrario, dicho fraude al mercado adquirente del producto protegido queda ya embebido en la defraudación perpetrada por quien realiza ilícitamente la reproducción de la obra, problema que, se echa de ver fácilmente, está conectado al régimen jurídico del derecho de autor tan precariamente atendido en nuestro derecho interno, cuyo arcaísmo ha sido denunciado por el propio legislador con simultánea promesa de

proceder a una moderna revisión de tal estatuto jurídico (OM 7 Oct. 1938) hasta la fecha incumplida.

Considerando: *Que el propio nomen iuris de propiedad intelectual que intitula la Ley y Reglamento reguladores de la misma (de 10 Ene. 1879 y de 3 Sep. 1880, respectivamente) ha sido sustituido en los Convenios internacionales, de tanta resonancia en nuestro ordenamiento, al haber sido ratificados sucesivamente por España, por el más aceptado y concorde con su naturaleza jurídica de derecho de autor, desde el Convenio de Berna de 9 Sep. 1886 que estableció la Unión internacional para protección de obras artísticas y literarias hasta su última revisión en París el 24 Jul. 1971, pasando por la también efectuada en París 1896, en Berlín 1908, Berna 1914, Roma 1928, Bruselas 1948 y Estocolmo 1967; sucesión de textos que no hacen sino poner de relieve, a su vez, la progresiva y cambiante multiplicidad del "soporte material" (el llamado corpus mechanicum) en que encarnan las obras -literarias y artísticas- o cualquiera de sus géneros (art. 2.2 del Convenio de París 1971), cuya variedad de medios de reproducción o difusión se tuvo en cuenta, providentemente, por nuestro ordenamiento, no obstante su data ochocentista, al describir el objeto de la propiedad intelectual y considerar como tal las obras científicas, literarias o artísticas que puedan darse a luz por cualquier medio sean tales sistemas reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo (art. 1 Ley y art. 1 Regl.).*

Considerando: *Que de lo ya dicho se desprende una primera dicotomía de elementos integrantes del derecho de autor, recogidos por el Convenio de Roma de 3 Jun. 1928, a saber, un elemento espiritual o vínculo moral que liga la obra a su creador (del que dimanar un haz de derechos, como el de publicar o no la obra, defender su paternidad intelectual, perseguir el plagio, etc.) y otro patrimonial, ligado al interés económico del autor y que fundamentalmente le otorga el derecho de reproducir en exclusiva la obra, elemento éste que alzaprima la protección de esta propiedad sui generis o derecho sobre bienes inmateriales, de tal manera que es este bien jurídico protegido, transportado al campo penal, el que se sitúa entre los delitos patrimoniales, con el nombre genérico de defraudación.*

Considerando: *Que bajo dicho nomen defraudatorio se cobijan en la Ley especial distintas conductas, no sistematizadas (arts. 45 y ss. de la Ley, 3 del Reglamento), pero que cabe reconducir a las de falsificación, imitación y usurpación, y que la doctrina refunde en 2 tipos fundamentales: el plagio y la suplantación de la personalidad del autor, de modo que si el primero, de acuerdo con su significación semántica, trata de copiar la obra original o auténtica (ya de una manera servil o falsificación, ya de manera que induzca a error sobre la autenticidad o imitación), y ya sea de modo total o parcial, la suplantación tiende a presentar como propia una obra ajena para aprovecharse de la fama y mérito intelectual de su autor, de suerte que aquí se da una doble conducta delictiva: La usurpación de la personalidad intelectual que ataca el elemento espiritual o subjetivo del derecho de autor y la defraudación que ataca al elemento patrimonial de aquel derecho y que, a su vez, presenta doble vertiente: el ataque al patrimonio del autor y el perjuicio que puede causarse al público engañado con la suplantación, doble ofensa que, ya se comprende, puede darse también en el plagio, si la copia se utiliza con fines lucrativos.*

Considerando: *Que después de diseñar el anterior esquema, conviene también poner de relieve que la propiedad original del autor en su aspecto moral permanece en el mismo (derecho a reivindicar la paternidad, de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra o a cualquier atentado de la misma que cause perjuicio a su honor o reputación), en tanto que sus derechos patrimoniales pueden ser cedidos a un 3.º (art. 6 bis, 1 del Convenio de París 1971); distinción que cobra superlativo relieve en las obras dramático-musicales y musicales cuyos autores tienen el derecho exclusivo de autorizar la representación y ejecución pública, así como la transmisión pública por cualquier medio (art. 11. 1 de dicho Convenio); protección ésta que nuestro derecho interno otorga en el doble aspecto tratado, a las obras fonográficas por OM Educación Nacional de 10 Jul. 1942, cuyo art. 7 remite a los arts. 46 y ss. Ley 1879 respecto a la*

defraudación de tales derechos, reenvío que, por ende, alcanza al art. 534 CP según dicción del art. 46 de dicha Ley; siendo de notar, en fin, que la OM del mismo Ministerio, de 15 Jun. 1959, remite al art. 7 Ley, la protección de la reproducción a través, entre otros medios, de cinta magnetofónica, al igual que el Convenio de 29 Oct. 1971 sobre protección de fonogramas, que entiende por tales toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos (art. 1 a), encomendando la protección de dichos productos a los Estados contratantes a fin de evitar "la producción de copias sin el consentimiento del productor" (art. 2), incluso mediante sanciones penales (art. 3).

Considerando: Que después de cuanto antecede cabe ya enjuiciar con garantías de acierto el tema planteado por el recurso de la acusación particular, en el sentido de que, ciertamente, cabe apreciar, como se pretende en dicho recurso, un doble delito: El de infracción a los derechos de autor, en tanto que la empresa regenteada por el procesado ordenó la fabricación de una "casette" o cinta magnetofónica con canciones que creó o popularizó el cantante J., , no obstante haber cedido éste a "... S.A." y en exclusiva toda clase de grabaciones de dichas canciones; cintas de la empresa usurpadora que, a pesar de alguna variante en la presentación, en su conjunto creaban la impresión de ser las canciones originales, cuando en realidad habían sido interpretadas por otro cantante, y en ese falso sentido fueron promocionadas primero y vendidas después. Y otro delito de defraudación en la calidad en cuanto fueron vendidas con un lucro cifrado en 222.366 ptas. y correlativo perjuicio para la empresa concesionaria, pero debiéndose advertir, de inmediato, que este lucro no debe ser confundido con el logrado, si es que lo hay, a costa del público comprador y que es el que, en su caso, sustentaría el delito concurrente de defraudación en la calidad, puesto que faltan datos fácticos en la sentencia recurrida que acrediten el valor de las cintas originales y el de las plagiadas para así deducir si se dio el perjuicio al consumidor y cuantía del mismo, al menos de una manera global, lo que daría lugar a un delito-masa; pero sin que, dado el factum probatorio, pueda afirmarse categóricamente que el engaño perpetrado a los compradores de las cassettes que, en verdad, lo hubo, llevó consigo una lesión patrimonial en la economía de los adquirentes, ya singular, ya conjuntamente considerados; lo que impide estimar que el delito fuera frustrado, como pretende la acusación, ya que, repetimos, no sólo se trata de ignorancia de la cuantía del perjuicio, sino, incluso, si lo hubo de hecho; debiendo, finalmente, advertirse que esta recepción de la doctrina del concurso de delitos, no contraría a la antes sentada por esta Sala, en especial por la S 27 Abr. 1979, antes bien la confirma, puesto que en el caso de dicha resolución, perpetrada la usurpación musical de las cintas o cassettes con mengua de los derechos legítimos del autor, no llegó a venderse la partida ilegítima, con lo que mal pudo cometerse esa segunda defraudación al consumidor, además de la ya inferida al autor de la obra, y, si bien se llegó a vender una partida de modesta cuantía, cuida la sentencia en cuestión de subrayar que tal venta se realizó conforme a las condiciones y precios usuales en el mercado "sin acreditarse engaño"; llegándose a la conclusión en dicho fallo, que robustece la tesis ahora mantenida, que la doctrina jurisprudencial ha venido acentuando la separación entre la estafa y la defraudación intelectual (SS 8 May. 1971 y 23 May. 1975), separación confirmada por la reforma penal de 1963 que extrajo de las estafas la defraudación de la propiedad intelectual o industrial, dando a la primera de ellas el nombre -más acorde con el postulado en los Convenios internacionales suscritos por España- de "infracciones del derecho de autor"; razones todas que, en última instancia, obligan a desestimar el recurso de la acusación particular.

Considerando: Que el recurso del procesado, propugna en sus 2 primeros motivos el quebrantamiento formal del art. 851.3 LECrim. desde 2 ángulos distintos: La falta de resolución de dos puntos debatidos en la causa, a saber, la existencia o no de plagio de grabación (motivo 1.º), así como el contenido de los derechos de interpretación en grabación sonora cedidos por J., a "... S.A."; temas ambos perfectamente definidos en el factum de la sentencia a quo y, congruentemente, resueltos en su tesis jurídica y fallo; puesto que respecto del primero se afirma que el procesado ordenó la fabricación de una "casette" ("cinta magnetofónica") en la que se contiene las canciones "que creó o popularizó dicho cantante", con el título evidentemente falaz y

equivoco de "Homenaje a J." que aparece tanto en el envoltorio como en el lomo de la caja que contiene la cinta, apareciendo, la figura del cantante para mayor sensación de autenticidad, en casi toda la extensión del impreso y en la parte inferior del mismo, en letras de dos y medio milímetros el nombre de otro intérprete, aparte de emplearse letras, colores y tipografía idénticas a las empleadas en las cintas grabadas por "... S.A."; de tal modo que la presentación de la cinta apócrifa se presentó como si se tratara de la grabación original, con ánimo de beneficiarse con la venta de la primera; términos todos éstos que acusan ya que no la copia servil, sí la imitación en términos tales que habían de inducir a confusión al público comprador de la "casette" sobre el verdadero intérprete de las canciones contenidas en la misma, lo que, según la doctrina antes apuntada constituye una de las modalidades de plagio más características; y, en cuanto al otro tema que también se dice no resuelto, afectante al "derecho en exclusiva", fundamento de la usurpación perseguida, basta con leer los términos del contrato de cesión de aquel derecho por parte de J. a la empresa "... S.A.", reproducidos por el relato probatorio, para percatarse de todo su alcance, puesto que el cantante en su calidad de intérprete vocal -dice el factum- cede el derecho a toda clase de grabaciones (incluidas "cassettes") para su explotación y venta en todo el mundo, en la forma que "... S.A." estime oportuna, sin limitación alguna, reconociéndose a ésta empresa la propiedad absoluta de tales grabaciones, junto con el derecho de exclusiva fabricación, impresión y venta; términos del contrato de cesión, tan categóricos y expresivos que por sí solos bastan a desestimar, lo mismo que el 1.º por las razones antedichas, el motivo 2.º del recurso en examen.

Considerando: Que la finalidad que persigue la impugnación de una sentencia, cuando se hace al amparo del art. 849.2 LECrim., es la de demostrar el error de hecho en que incurrió el Tribunal de instancia al apreciar las pruebas practicadas, lo que exige extraer de la declaración de hechos probados ciertos extremos y restituirlos por lo que resulte del documento auténtico aportado para justificar el error padecido, y ese propósito queda desvanecido al carecer, en primer lugar, del carácter de autenticidad intrínseca, material o de fondo, a efectos casacionales, el documento invocado como tal, -S 23 Mar. 1981, dictada en juicio verbal civil por el Juez de Distrito núm. 13 de Barcelona- pues tiene declarado el TS 2.ª SS 19 Jun. 1965, 26 Ene. 1968, 19 Oct. 1970 y 7 Jun. 1972 que las sentencias civiles no vinculan a la jurisdicción penal, siempre soberana en la apreciación de la prueba y siempre preferente, ni desvirtúan la declaración de hechos probados formulada por la Audiencia al conocer de los mismos hechos, pero es que, además, no podría aducirse la excepción de cosa juzgada al faltar la identidad de personas, ya que la querellante no fue parte en el proceso civil de mínima cuantía que se designa por el querellado como documento auténtico, por lo que procede desestimar el motivo 3.º del recurso en el que, al amparo del núm. 2 art. 849 LECrim., se denunciaba supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba.

Considerando: Que el motivo 9.º del recurso del procesado -inadmitidos que fueron los anteriores-, ya por corriente infracción de Ley, alega la aplicación indebida del art. 36, párr. 1.º L de Propiedad intelectual y art. 24 de su Reglamento, con la consiguiente violación del art. 534, párr. 1.º CP que por ser norma en blanco se nutre de aquellos preceptos especiales, tanto de rango legal como reglamentario; tema éste que se ha polemizado en doctrina en la que predomina la tesis de que si la inscripción registral es de rigor en lo civil y en lo gubernativo para gozar de protección en tales órdenes, no lo es en lo penal, en sus 2 tipos fundamentales de plagio y suplantación, que no quedan afectados por la falta de inscripción en el Registro ni aún por el pase al dominio público, si se tiene en cuenta que el derecho de autor, tal como ha sido configurado por los sucesivos Convenios internacionales, desde el primitivo de Berna, vigentes, no se olvide, en España, y a los que es preciso recurrir también para llenar de contenido el art. 534 CP, se integra -como ya dijimos- tanto por un ingrediente moral vinculado a la personalidad del autor y fundamental en su configuración como derecho sobre bienes inmateriales, como por un elemento patrimonial, lo que explica que una obra inédita, que en España no exige la inscripción registral, goce la misma protección penal que la publicada, además, de que existen obras, como las que son producto de las artes plásticas (pinturas, esculturas) que gozan de la misma protección que las demás, a pesar

de no tener acceso al Registro de la Propiedad intelectual; todo lo cual lleva a la conclusión de que la inscripción registral no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo del derecho, al menos en el aspecto ideal e inmaterial que ha quedado realzado en lo penal tras la reforma de 1963, como ya se ha dicho, al ser independizado de las estafas, de modo que ya no es elemento del tipo la determinación del perjuicio ni tampoco el valor de la defraudación (S 8 May. 1971), protección de la faceta moral de los derechos de autor que se reitera posteriormente (S 25 May. 1975 y la ya citada de 27 Abr. 1979); debiendo finalmente advertirse que en el factum de la sentencia se afirma que la empresa regentada por el procesado no aparece que tuviera permiso de la Sociedad General de Autores de España (a la que sólo tienen acceso los que acrediten su condición de autor, según el art. 9 de sus Estatutos aprobados por D 16 May. 1963), ni tuviera hecho el depósito legal (prescrito en el art. 34 de la Ley), de lo que se deduce a sensu contrario que la empresa concesionaria tenía cumplidos tales requisitos legales; presunción que se refuerza con la declaración de esta Sala (S 8 Jul. 1919) de que comete este delito de defraudación quien copia obras musicales sin autorización y se lucra con su reventa, sin que obste la alegación de no estar registradas al cometerse el hecho, ni constar la fecha de la inscripción, pues es al procesado a quien corresponde probar esta alegación; razones todas las expuestas que llevan a denegar este motivo.

Considerando: Que el motivo 10.º del recurso del procesado insiste en negar la existencia de una infracción de los derechos de autor del art. 534 CP por entender vulnerado el art. 2 OM Educación Nacional de 10 Jul. 1942, según el cual: Tanto el autor de la obra original como la entidad fonográfica que la impresione, tiene cada uno, respecto de su obra los derechos que a los propietarios de obras musicales les reconocen los arts. 19 y ss. L de Propiedad Intelectual; pero olvida esta argumentación el elemental principio de que la impresión o reproducción de toda obra, la musical incluida, implica el permiso de su autor y este ius disponendi se recoge como fundamental en el art. 428 CC y, como no podía por menos, en el art. 20 Ley especial; aparte de que el art. 3 de la invocada OM exige al que reproduce la obra fonográfica, tanto el depósito legal como la inscripción en el Registro de la Propiedad intelectual, cosa negada por la sentencia recurrida, según hemos visto, y que no podía darse por otra parte, dado que el autor de autos había otorgado su permiso de reproducción en exclusiva, de manera absoluta, a la empresa perjudicada por la actuación del recurrente; todo lo cual conlleva la desestimación de este motivo.

Considerando: Que el motivo 10 bis alega ahora como fundamento de su impugnación en el fondo la inobservancia del art. 3 OM 1942; pero como acabamos de ver dicho precepto es precisamente el incumplido por el procesado y el que, por contra, ampara los derechos del querellante; lo que, sin más, abona por la desestimación del motivo.

Considerando: Que el motivo 11, alega ahora la violación del art. 26 L especial en relación con el art. 534 CP; precepto que se refiere a obras anónimas cuyos editores tendrán respecto de ellas los mismos derechos que los autores, mientras no se pruebe en forma legal quién es el autor omitido o encubierto; alegato que es preciso rechazar por ir en contra de la narración fáctica en la que se afirma que las canciones de la "casette" usurpadora fueron creadas o popularizadas por J., lo que implica inventiva propia de la obra musical en una parte y en otra la transmisión difusora en el mercado, lo que presume, salvo prueba en contrario que no ha aportado el procesado, el permiso o consentimiento de quienes dieron vida a las demás canciones; razones bastantes a desestimar este motivo del recurso.

Considerando: Que, finalmente, el motivo 12 invoca la inaplicación del art. 1, párr. 1.º CP por ausencia de dolo o intencionalidad exigida por el art. 534 del mismo Código; pero sin necesidad de recurrir en esta materia al *dolus in re ipsa*, repudiado por esta Sala (S 6 Abr. 1968), es lo cierto que basta con recordar el *modus operandi* del procesado al presentar la cinta magnetofónica usando de la figura del autor de las canciones originales, la leyenda, tipografía y colores elegidos, a que se ha hecho antes referencia, para comprender sin más que se tenía plena conciencia y voluntad de

que se quería imitar la obra usurpada para engañar a los adquirentes de la misma, a fin de que creyeran que se trataba de la auténtica versión del popular cantante, tal como se afirma en los hechos probados con datos fácticos y juicio de valor incontestable; lo que lleva a desestimar también este motivo y con él la totalidad del recurso del procesado.

FALLAMOS: *Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a ninguno de los recursos de casación por infracción de Ley interpuesto por "... S.A." y por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, interpuesto por M., ambos contra AP Barcelona, S 28 Jun. 1982, en causa seguida al último por infracción intencionada de los derechos de autor. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos y a la pérdida de los depósitos constituidos por ambos recurrentes, a los que se dará el destino que previene la Ley.*