



LA RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL DEL PLAGIO Y LA FALSIFICACIÓN DE OBRA PICTÓRICA

Isabel GERMÁN MANCEBO^{1*}

RESUMEN: La obra pictórica se protege desde el Derecho penal mediante la regulación de varios comportamientos atentatorios contra la propiedad intelectual. Tras verificar los elementos comunes a estos delitos, se aborda el plagio de la obra pictórica, su aplicación y tratamiento jurisprudencial, teniendo presente la reciente reforma del Código penal operada por la Ley 1/2015. También se revisa la falsificación de obra pictórica, que se traduce en los delitos de estafa y de falsificación documental, cuya difícil detección, investigación y persecución es cada vez más evidente.

Abstract: Criminal Law protects pictorial work through the regulation of several behaviors against intellectual property. Thus, after verifying the common elements of these crimes, plagiarism of the pictorial work is studied, as well as its application and the case-law in this field, bearing in mind the recent reform of the penal Code by the Law 1/2015. Also counterfeit paintings are reviewed, related to fraud and document forgery, which constitutes crimes whose difficult detection, investigation and prosecution are increasingly evident.

Palabras clave: DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL – PLAGIO DE OBRA PICTÓRICA – FALSIFICACIÓN DE OBRAS DE ARTE – ESTAFA DE OBRA DE ARTE – FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS.

En caso de cita: GERMÁN MANCEBO Isabel. “La relevancia jurídico-penal del plagio y la falsificación de obra pictórica”. *RIIPAC*, nº 5, 2014, páginas 1 - 36 [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac>]

^{1*} Isabel GERMÁN MANCEBO es investigadora doctora en el Instituto Vasco de Criminología (UPV/EHU), y Magistrada suplente en la Audiencia Provincial de Guipúzcoa. Isabel.german@ehu.es.

Keywords: INTELLECTUAL PROPERTY CRIMES – PLAGIARISM OF ARTWORK – FORGERY OF ARTWORK – FRAUD OF WORKS OF ART – DOCUMENT FALSIFICATION.

SUMARIO:

1. LA TUTELA JURÍDICA DE LA OBRA PICTÓRICA: LA PROTECCIÓN DEL ARTE, TAMBIÉN DESDE EL DERECHO PENAL. 1.1. El concepto de originalidad. 1.2. Características comunes de los delitos contra la propiedad intelectual. 1.3. El bien jurídico protegido en los artículos 270 y ss. del Código penal. 1.4. Los comportamientos del artículo 270.1 del Código penal. 2. EL PLAGIO EN LA OBRA DE ARTE. 2.1. Los derechos a los que se refiere el tipo penal del artículo 270 del Código penal en relación al plagio. 2.2. La aplicación del artículo 270.1 en relación al plagio de obras de arte. 3. LA FALSIFICACIÓN DE LA OBRA DE ARTE Y DELITOS RELACIONADOS. 3.1. La obra de arte falsa. 3.2. La estafa relacionada con la obra pictórica. 3.3. La falsificación documental. 4. LA PROBLEMÁTICA EN LA DETECCIÓN Y PERSECUCIÓN DEL PLAGIO Y DE LA ESTAFA DE OBRA PICTÓRICA. 4.1. Las dificultades en el proceso de autenticación de las obras. 4.2. La criminalidad organizada y la globalización. 4.3. La utilización de Internet y las nuevas Tecnologías. 4.4. La ausencia de denuncia. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA TUTELA JURÍDICA DE LA OBRA PICTÓRICA: LA PROTECCIÓN DEL ARTE, TAMBIÉN DESDE EL DERECHO PENAL

La proliferación de expolios contra bienes integrantes del patrimonio histórico, artístico, cultural y científico² reveló la necesidad de plantear la protección penal de estos bienes, fundamentado esta medida en el respaldo constitucional. Dicha protección se materializó a través de la creación de una serie de delitos mediante los cuales se buscaba hacer frente a los atentados contra el patrimonio cultural.

Es preciso aludir, en todo caso, al hecho de que los tipos penales que recogen los atentados contra la propiedad intelectual son coincidentes con los que recoge la legislación en la materia (empezando por el propio concepto de obra literaria, artística o científica, patente o modelo de utilidad, modelo o dibujo industrial o artístico), tal y como subraya Díaz y García Conlledo³, y

² MOLINS RAICH, M.; GONZÁLEZ GARCÍA, J. “Medidas penales contra las falsificaciones de obras de arte y las atribuciones erróneas de la autoría”, en L. Puñuelas i Reixach (dir.). *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte. Análisis artístico y jurídico*. Barcelona: Ediciones Poligrafía y Fundació Gala-Salvador Dalí, 2013, p. 305.

³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España”. *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Vol. 30, nº 88. 2009, p. 98 y 99.

aunque se introducen elementos específicos del ilícito penal, “se ha señalado críticamente con frecuencia la tendencia legislativa a penalizar conductas coincidentes con las civil o mercantilmente prohibidas”.

Ahora bien, será esencial determinar cuándo nos encontramos ante verdaderos atentados contra la propiedad intelectual, de aquellos casos que no revisten relevancia jurídica alguna. Y este respecto, a modo de ejemplo, como indica Díaz la copia es una práctica “tan antigua como la propia actividad artística”, aunque ésta puede llevarse a cabo con finalidades muy distintas, y no siempre claras, puesto que si bien en ocasiones la copia se concibe como un método de aprendizaje, en otros casos la copia se realiza con la intención de “pasar por suyo aquello que ha copiado (plagio)”⁴.

Antes de examinar en qué consiste el plagio y la falsificación de obras de arte pictóricas, y su significación desde una perspectiva jurídico-penal, es preciso aclarar algunos conceptos que servirán de base para decidir si determinados comportamientos deben ser abordados desde el Derecho penal, o su respuesta requiere una intervención desde otros ámbitos jurídicos. Y es que, la obra plástica, en cuanto manifestación de la obra artística⁵, constituye uno de los objetos de la propiedad intelectual siempre que se trate de creaciones “originales”, y que se expresen “por cualquier medio o soporte, tangible o intangible”, como se expresa en el artículo 10.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), incluyéndose, entre otras, las “obras de pintura”, como objeto de protección por la norma.

Por tanto queda patente, a tenor de la literalidad del mentado artículo, que la originalidad se configura como un elemento esencial a la hora de determinar si una obra de arte pertenece efectivamente a un autor concreto, al objeto de discernir si nos entramos ante una conducta jurídicamente reprochable.

1.1. El concepto de originalidad

La doctrina legal ha sostenido que una obra es original cuando refleja la personalidad del autor, tal y como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992/8286), lo que ha quedado reflejado posteriormente en varias resoluciones en las que se recoge que la nota de originalidad únicamente cuando se incorpora “una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce en el destinatario”⁶.

⁴ DÍAZ, C. “Homenajes, parodias, plagios y coincidencias”. *Visual: magazine de diseño, creatividad gráfica y comunicación*, nº 167. 2014, pp. 26-35.

⁵ Sobre la expresión formal de la obra, ver: CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L. “Los derechos del autor sobre la obra plástica”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 13. *La protección de la propiedad intelectual*. 2001, pp. 35-81.

⁶ En cuanto al concepto jurisprudencial de originalidad, y los criterios necesarios para determinarlo, resulta de interés la Sentencia núm. 11/2011, de 10 enero, de la Audiencia Provincial de Valencia (AC\2011\918).

Pese a la aparente sencillez del concepto, Concepción Rodríguez⁷ pone de manifiesto que “alrededor de él pugnan los que atribuyen al mismo un carácter marcadamente subjetivo, entendiendo por tal el que la obra tenga su origen en la personalidad del autor, aunque el resultado creativo no sea nuevo, con los que estiman que con dicho concepto se hace referencia a la novedad objetiva de la obra”. En relación a esta cuestión, el Tribunal Supremo ya se pronunció en 1992 al diferenciar entre la vertiente subjetiva y objetiva como sigue: “*el requisito de ‘originalidad’ que ha de darse en la creación literaria, artística o científica para ser objeto de propiedad intelectual ha sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor*”, mientras que desde el punto de vista objetivo se “*considera la ‘originalidad’ como ‘novedad objetiva’*” (STS de 26 de octubre de 1992 [RJ 1992/8286]).

Por lo que respecta al elemento subjetivo de la originalidad, Martínez de Aguirre explica que en la obra plástica la “expresión de la subjetividad del autor se produce mediante una combinación de formas y colores: pintura, dibujo, grabado, escultura, arquitectura, tapices”, viniendo determinada en muchas ocasiones por el “material empleado (esculturas hechas con botones, con excrementos...)”, mientras que otras veces la originalidad se plasma en la “la ejecución (piénsese en dos pintores inspirándose en el mismo paisaje, pero dando lugar a dos pinturas distintas). Y en otras, lo original es la propia concepción (un simpático ratón con forma y comportamiento humanos)”⁸.

En esta misma línea, Peñuelas i Reixach afirma que la obra de arte única se puede definir como “aquella que refleja de forma novedosa la personalidad del autor”, aunando de esta manera las definiciones de autor y de obra original, lo que lleva a considerar como autor de una obra de arte original única a la persona “que la ha creado y ejecutado, consiguiendo reflejar de forma novedosa su personalidad en la misma”⁹.

En todo caso, la doctrina jurisprudencial en relación a lo que ha de entenderse por originalidad, y que se resume en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 11/2011, de 10 enero, siguiendo el criterio dictado por el Tribunal Supremo en esta materia, asienta que la originalidad de una obra “*por un lado, ha de llevar a distinguirla de las análogas o parecidas y, por otro, le atribuye una cierta apariencia de peculiaridad*” (SAP de Valencia núm. 11/2011, de 10 de enero, AC\2011\918).

Ahora bien, Concepción Rodríguez¹⁰ plantea la cuestión de si siempre que una obra recién creada, que muestre un evidente parecido con otra anterior, puede considerarse que se haya quebrado el derecho del autor de la primera,

⁷ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L. “Los derechos del autor...”, *Op.cit.*, pp. 35-81.

⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, J. “Obras protegidas por la propiedad intelectual (II)”. *Propiedad Intelectual Hoy*. 2012. [En línea: <http://propiedadintelectualhoy.com/tag/obra-plastica/>].

⁹ PEÑUELAS i REIXACH, L. “Casos problemáticos de autoría y originalidad de las obras de arte”. En L. Peñuelas i Reixach (ed.) *Autoría, autenticación y falsificación de las Obras de Arte: análisis artístico y jurídico*. Figueres: Fundació Gala-Salvador Dalí. 2013a, p. 59

¹⁰ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L. “Los derechos del autor...”, *Op.cit.*, pp. 35-81.

y se pregunta si “no es posible que existan determinadas ‘coincidencias’ o ‘asociaciones’ que nos lleven a identificar una obra con otra ya existente sin que el autor de aquélla se haya inspirado en ésta”, llegando a la conclusión de que no carecerá de originalidad su obra siempre que de modo consciente no haya copiado el precedente¹¹.

Ejemplo de lo anterior, queda reflejado en lo sucedido en el concurso de pintura “Ernesto Goday”, cuya obra premiada, y titulada "Casa de Peralto", se asemejaba mucho a un cuadro pintado hace años por Manuel Vidal, un artista con un brillante curriculum y una extensa obra pictórica nacido en Boente (provincia de A Coruña), tal y como anunciaba Méndez en el periódico el Faro de Vigo¹². En ambas obras, la de Vidal y la que ganó el concurso, explica Méndez, “se aprecia la fachada de una vieja casa, con parte de sus paredes de piedra afectadas por el musgo y una ventana semidescolgada”¹³. Manuel Vidal¹⁴ incluso dispone de un catálogo¹⁵ en su Web en la que se observan diferentes visiones de esa misma vivienda. En la imagen a continuación se observan las dos pinturas concernidas.

¹¹ Así, y para llegar a esta afirmación José Luis Concepción realiza el siguiente razonamiento tomando como ejemplo una exposición de la obra cinematográfica de Alfred Hitchcock: “Recientemente se ha celebrado en París una exposición que, titulada ‘Alfred Hitchcock y el arte: coincidencias fatales’, relaciona famosos planos del genial cineasta con grandes obras pictóricas y escultóricas y en la que se pueden observar las concomitancias existentes entre Tippi Hedren en una de las fotografías promocionales de la película ‘Los pájaros’ y el Deep Waters de René Magritte, una de las escenas de ‘Marnie la ladrona’ en la que se puede ver un trasatlántico muy similar al que aparece en el cuadro Woman and Steamship, de Raphaël Delorme o el beso que le da Gregory Peck a Ingrid Bergman en ‘Recuerda’ junto a una fotografía que representa la famosa escultura de Auguste Rodin, ‘El beso’. ¿Quiéren decir tales coincidencias que el genial director se inspiró en las citadas obras plásticas y que, consecuentemente, cabría (de concurrir los necesarios presupuestos) pensar en la existencia de una lesión de los derechos de autor de las mismas? Y, sin embargo, de contestar negativamente a esta pregunta ¿en qué consiste la falta de originalidad de una obra?. Es difícil que un director cinematográfico (como, en realidad, cualquier artista que plasme sus ideas por medio de la pintura, la escultura, la fotografía o cualquier otra técnica) parta de cero, ya que, en la mayoría de las ocasiones bosquejará vivencias que haya disfrutado en el pasado o labrará imágenes que haya visto tiempo atrás y que, inconscientemente, fueron archivadas por su cerebro y colocadas en un remoto lugar de su memoria, muchas de ellas, inevitablemente, procedentes de otra película que haya visto o de otra pintura o escultura con la que haya disfrutado. Y, ello no obstante, no carecerá de originalidad su obra siempre que de modo consciente no haya copiado el precedente ya que, amén de aquellas ocasiones en las que el azar, la ‘fatalidad’ o las tan de actualidad ‘interconexiones creativas’ propician dichas semejanzas, muchas otras veces tan desagradables resultados ven la luz como consecuencia de lo que los psiquiatras llaman ‘afinidades electivas’ o de un simple proceso de selección automática que realiza la memoria mediante el cual queda indeleblemente grabada en ella una imagen cuya procedencia es difícil recordar”. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L. “Los derechos del autor...”, Op.cit., pp. 35-81.

¹² MÉNDEZ, M. “Participantes en el concurso de pintura Ernesto Goday sospechan de plagio en la obra ganadora”. *Faro de Vigo*. 2015. [En línea: <http://www.farodevigo.es/portada-arousa/2015/01/13/participantes-concurso-pintura-ernesto-goday/1164226.html>].

¹³ *Ibíd.* p.1.

¹⁴ www.manuelvidal.es

¹⁵ <http://www.infowebgalicia.com/MANUELVIDAL/obra.htm>



La obra ganadora (a la izquierda), y la obra pintada hace años por Manuel Vidal
Fuente: MÉNDEZ, M. “Participantes en el concurso de pintura Ernesto Goday sospechan de plagio en la obra ganadora”. *Faro de Vigo*. 2015.

Tal y como explica Méndez en el citado diario, “parece ser que la artista ganadora del concurso de pintura comentó que desconoce el parecido entre las dos obras, que no sabía nada de la existencia de ese trabajo de Manuel Vidal”¹⁶, y explicaba que desde la organización del concurso se restó importancia a las acusaciones, asegurando que no se había detectado irregularidad alguna.

1.2. Características comunes de los delitos contra la propiedad intelectual

La Ley 22/1987, de 11 noviembre, de Propiedad Intelectual marcó un hito fundamental en la tutela de la propiedad intelectual desde el Derecho penal, ya que introdujo en el Código Penal una configuración de delitos que, con algunas variaciones, llegó hasta el Código penal de 1995. El Derecho anterior, como explica Quintero Olivares, se caracterizaba por una total entrega a la técnica de ley penal en blanco y, además, “un exceso de patrimonialización, en detrimento de aspectos no económicos del bien jurídico protegido (elementos espirituales)”¹⁷.

Los delitos contra la propiedad intelectual presentan una serie de rasgos comunes entre los que cabe destacar, los siguientes:

¹⁶ MÉNDEZ, M. “Participantes en el concurso de pintura...”, *op.cit.*, p. 1.

¹⁷ QUINTERO OLIVARES, G. “De los delitos relativos a la propiedad intelectual”. En G. Quintero Olivares (dir.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal* (5ª edición). Cizur Menor: Aranzadi, p. 768.

I. Se trata de delitos dolosos, por lo que se exige la intención expresa de infringir el derecho de propiedad intelectual ajeno, no siendo posible, como afirma Guerrero Zaplana¹⁸, la comisión de estos delitos por imprudencia.

Para Díaz y García Conlledo, es clara por otro lado la limitación del castigo a los supuestos de dolo directo, con exclusión de los de dolo eventual, en los supuestos en que el Código penal exige de modo expreso que la conducta se realice “intencionadamente” (segundo párrafo del artículo 270)¹⁹.

En efecto, la intencionalidad puede deducirse de la redacción del artículo 270 del Código penal, que alude al “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero”²⁰. Es suficiente, añade Guerrero Zaplana, con que se trate de un dolo eventual. Ahora bien, Córdoba y García²¹ especifican que no es posible el dolo eventual en relación con las conductas del párrafo segundo del mentado artículo 270 –importar, exportar y almacenar-.

En todo caso, el dolo debe abarcar la conciencia y la voluntad de realización de las conductas típicas y la conciencia y voluntad de la ajenidad del objeto material, y esto, como explican Córdoba y García, aunque no sepa de quién es exactamente²².

En los delitos contra la propiedad intelectual no se castigan los actos preparatorios de conspiración, proposición o provocación. No obstante, especifica Díaz y García Conlledo, el legislador ha elevado a la categoría de delito un acto preparatorio de delitos contra la propiedad intelectual distinto de los anteriores²³, concretamente el de fabricar, importar, poner en circulación o poseer “con una finalidad comercial cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones”²⁴.

En diversos delitos contra la propiedad intelectual e industrial se establece como requisito típico expreso la ausencia de consentimiento o autorización del titular del correspondiente derecho de propiedad intelectual. Tal

¹⁸ GUERRERO ZAPLANA, J. “Los delitos contra la propiedad intelectual”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 3. *Protección de la obra audiovisual*. 2007, pp. 17-48.

¹⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “Delitos contra la propiedad intelectual...”, *Op.cit.*, p. 99.

²⁰ La expresión “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto” ha sustituido al “ánimo de lucro”, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE Núm. 77, 31 de marzo de 2015), si bien en ambos casos, ya se trate de una u otra expresión, puede deducirse la intencionalidad.

²¹ CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dir.) *Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomo I*. Barcelona: Marcial Pons. 2004.

²² *Ibíd.* p. 959. Córdoba y Arán explican asimismo que cualquier tipo de error sobre el carácter ajeno de la obra objeto de las conductas deberá ser considerado como un error de tipo, así, por ejemplo, “el que actúa creyendo que su obra es original o que no pertenece a nadie anteriormente, actúa con un error de tipo”.

²³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “Delitos contra la propiedad intelectual...”, *Op.cit.*, p. 100.

²⁴ Nueva redacción tras la Ley Orgánica 1/2015.

consentimiento o autorización, explica Díaz y García Conlledo²⁵, operará a menudo como causa de justificación, excluyendo por tanto toda clase de ilicitud y no sólo el injusto penal del hecho.

II. Estos delitos, como se acaba de señalar, exigen expresamente el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, lo que, en opinión de Córdoba y García, demuestra una vez más la protección patrimonialista de estos delitos²⁶.

El ánimo de lucro ha sido tradicionalmente entendido por el Tribunal Supremo “*como el propósito del autor dirigido a la obtención de un beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero, que trate de obtener el sujeto activo y a cuyo fin despliega una conducta, incluyendo las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita*” (STS núm. 828/2006, de 21 julio, [RJ\2006\8169]).

III. Las conductas deben asimismo realizarse “en perjuicio de tercero”. Y aquí es importante señalar, como indica Guerrero Zaplana²⁷, que esto implica la producción de un perjuicio real. En relación a esta cuestión, Córdoba y García añaden que se exige “un perjuicio patrimonial como elemento objetivo del tipo y momento definidor de la consumación, poniendo el acento del bien jurídico en el perjuicio patrimonial por encima del moral”²⁸.

Morales García²⁹ especifica que la conducta debe afectar a las personas que participaron en la creación de la obra artística, científica o literaria y a los titulares de los derechos anexos a esta.

IV. También es un rasgo común a todos estos delitos, la falta de autorización del titular del derecho de propiedad intelectual, tal y como se observa en la literalidad del artículo 270 “sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”, lo que resulta lógico dada la naturaleza claramente disponible de este derecho y regulada en la LPI. La presencia de autorización por estos sujetos excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta.

En todo caso, cualquier duda sobre la legitimidad para autorizar en un caso concreto, así como la vigencia temporal y espacial de estos derechos, deberá resolverse a través de lo dispuesto en la LPI.

²⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “Delitos contra la propiedad intelectual...”, *Op.cit.*, p. 101.

²⁶ CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dir.) *Comentarios al Código penal...*, *Op.cit.*, p. 960.

²⁷ GUERRERO ZAPLANA, J. “Los delitos contra la propiedad intelectual”, *Op.cit.*, pp. 17-48.

²⁸ En consecuencia, añaden Córdoba y Arán, cuando no exista un perjuicio económico, el perjuicio moral deberá resolverse por la vía civil. E, igualmente, serán posibles las formas imperfectas de ejecución. Vid. CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dir.) *Comentarios al Código penal...*, *Op.cit.* p. 957.

²⁹ MORALES GARCÍA, O. (dir.). *Código penal con jurisprudencia*. Cizur Menor: Aranzadi. 2013, p. 643.

1.3. El bien jurídico protegido en los artículos 270 y ss. del Código penal

El bien jurídico protegido en el artículo 270 y ss. del Código penal es la propiedad intelectual. Díaz y García Conlledo explica que se protegen, en términos muy generales, como bien jurídico la llamada propiedad intelectual, con la serie de derechos que para sus titulares conllevan, debiendo mencionarse la nota de exclusividad en el uso y explotación de esos derechos³⁰. Ahora bien, añade este autor, “lo más reseñable es que el Código penal “ha optado por una configuración de carácter netamente patrimonial de estos delitos, de manera que las facetas personales (también denominadas morales) de la propiedad intelectual sólo se protegen en la medida en que su vulneración posea trascendencia económica”³¹. Este carácter patrimonial se deduce de diversos elementos, el más importante de los cuales es la exigencia de ánimo de ánimo de obtener un beneficio económico.

Bien jurídico que, como pone de manifiesto Morales García³², si bien está ligado a determinados derechos de explotación, se extiende más allá de su aspecto patrimonial. Así, y en este sentido, se pronuncia en Tribunal Supremo en sentencia de 4 de junio de 1992 (STS núm. 1302/1992 de 4 junio, RJ\1992\5446), al determinar que “*los derechos morales y económico-patrimoniales privativos del autor configuran el bien jurídico protegido a que atienden estas especiales infracciones. El objeto de protección jurídico penal lo constituye en principio el conjunto de facultades inherentes a la persona del autor por el solo hecho de la creación de su obra, así como las facultades de explotación y disposición libre de la misma. La concepción dualista que conjunta la doble vertiente moral y patrimonial campea en las exposiciones doctrinales y formulaciones legales [Cfr. art. 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10-12-1948 (ApNDL 3626)]*”.

En efecto, la jurisprudencia ha venido reiterando que el bien jurídico protegido en este precepto tiene una doble manifestación, como se especifica en la mentada resolución, “*representada por los aspectos moral y patrimonial, cada uno de los cuales comprende un haz de facultades, como son, entre las inherentes al primero, la de publicar o no la obra, defender su paternidad intelectual y su integridad, así como el plagio, y entre los comprendidos en el segundo, todas aquéllas ligadas a los intereses económicos del autor, como son las de reproducir en exclusiva la obra, así como la distribución, comunicación y transformación de la misma. De ahí que la infracción penal ha de entenderse cometida en cuanto se ataque o lesione el derecho del autor en cualquiera de las dos referidas manifestaciones, sin que, por lo tanto, sea menester para apreciar la consumación del delito la existencia del perjuicio económico [Cfr. SS. 21-6-1965, 23-5-1975 (RJ 1975\2325), 14 febrero y 30 mayo 1984 (RJ 1984\1129 y RJ 1984\3492) y 13-10-1988 (RJ 1988\7912)]*”. También, con posterioridad a esta resolución, la Audiencia Provincial de Madrid recoge la doble vertiente comentada, argumentando que el bien jurídico protegido tiene un doble contenido “*derechos morales y de*

³⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “Delitos contra la propiedad intelectual...”, *Op.cit.* p. 97.

³¹ *Ibíd.*, p. 98.

³² MORALES GARCÍA, O. (dir.). *Código penal con jurisprudencia*, *Op.cit.* p. 642.

explotación” (Sentencia de la AP de Madrid núm. 214/2007, de 820 de abril 2007, JUR\2007\231274).

Ahora bien, desde la Audiencia Provincial de Asturias, en la Sentencia de 3 de febrero de 2006 (Sentencia de la AP de Asturias, núm. 7/2006 de 3 febrero, ARP\2006\529), se matiza que el aspecto moral de los derechos de la propiedad intelectual solo se contempla en el plagio. Así, se argumenta que *“las conductas típicas descritas en el artículo 270 del Código Penal se refieren todas a facultades comprendidas en el ‘derecho patrimonial de autor’ o derechos de explotación excepto el ‘plagio’, que protege una de las facultades que forman parte del ‘derecho moral de autor’ (en concreto el derecho de este a ‘exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra’, artículo 14-3º de la LPI)”*; aunque en la misma resolución se explicita que estas conductas, de forma indirecta, protegen las *“repercusiones económicas (pues la obra plagaria puede hacer disminuir el valor o las ventas –piénsese en obras literarias o musicales– de la obra plagiada)”*.

Junto a lo anterior, resulta de interés subrayar la trascendencia supra individual de estos delitos, puesto que, como señala Díaz y García Conlledo, aunque lo que se lesiona en cada uno de los tipos (dejando al margen el del artículo 277 Cp) son derechos individuales de los titulares de la propiedad intelectual o industrial, sin embargo, el hecho de que el bien jurídico protegido en estos tipos penales sea individual no impide reconocer la trascendencia socioeconómica cada vez mayor de estos delitos y que el legislador la haya tenido en cuenta³³.

1.4. Los comportamientos del artículo 270.1 del Código penal

En el artículo 270 del Código penal se define la figura básica de los delitos contra la propiedad intelectual. La conducta típica de este delito ha estado integrada, hasta la reforma del Código penal de 2015, por las acciones de reproducir, plagiar, distribuir y comunicar públicamente.

Las mencionadas conductas, como se explica desde la Fiscalía General del Estado³⁴, son elementos normativos que hacen referencia al contenido de los derechos de explotación atribuidos al autor de una obra en el 17 de la Ley de la Propiedad Intelectual, a cuyo tenor, corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley³⁵.

³³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “Delitos contra la propiedad intelectual...”, *Op.cit*, p. 98.

³⁴ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal. Madrid: FGE, 2013.

³⁵ El alcance y contenido de estos derechos se detalla respectivamente en los artículos 18, 19 y 20 del mismo texto en legal, por lo que, en consecuencia, es la propia LPI la que nos ofrece una interpretación auténtica de las referidas conductas.

Tras la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo³⁶, a las conductas anteriores se añade la de explotar económicamente “*de cualquier otro modo*” en todo o en parte, “*una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, 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*”. Lo que se pretende al añadir esta conducta es, tal y como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2015, “*reforzar así la protección que se quiere brindar*”. La reforma añade asimismo como punible el favorecimiento o facilitación de estas conductas (art. 270.5.c).

Como ya se ha indicado anteriormente, el Código penal exige que dichas conductas sean cometidas “*con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero*”, lo que se traduce en la voluntad de conseguir un provecho económico, ya sea a través de la obtención de un lucro directo o de un beneficio indirecto³⁷. Todo lo cual, como explican Molins y González, significa que para poder dispensar una protección penal frente a los comportamientos contra la propiedad intelectual no basta con que la conducta “*atente contra el derecho de autor en su vertiente moral o personal (para ello existen procedimientos específicos mucho más ágiles previstos en la Ley de Propiedad Intelectual)*” sino que es necesario que la conducta se realice buscando un beneficio económico, y en perjuicio de tercero, “*entendiendo, por tanto, tal perjuicio también en términos económicos, de ahí que estos delitos se ubiquen sistemáticamente en el capítulo dedicado a los delitos patrimoniales*”³⁸. La nota común que debe darse es la falta de autorización de los titulares de los derechos de explotación o de sus cesionarios.

También sanciona el Código Penal la conducta consistente en exportar, almacenar o importar las obras de arte que hayan sido reproducidas, plagiadas, distribuidas o comunicadas públicamente sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios³⁹.

El objeto material del delito lo conforman las obras o prestaciones⁴⁰ literarias, artísticas o científicas, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio. Ahora bien, el Código Penal no define qué debe entenderse por “*arte*”⁴¹, lo que en ocasiones derivará en complejos problemas interpretativos.

³⁶ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE Núm. 77, 31 de marzo de 2015).

³⁷ Hasta la reforma del Código penal de 2015 el texto aludía al “*ánimo de lucro*”. La expresión “*con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto*”, ha sido introducida por la Ley Orgánica 1/2015.

³⁸ MOLINS RAICH, M.; GONZÁLEZ GARCÍA, J. “*Medidas penales...*”, *Op.cit.*, p. 305.

³⁹ *Ibíd.*, p. 306.

⁴⁰ El término “*prestación*” ha sido incluido por la LO 1/2015, de reforma del Código penal, buscando un refuerzo en la protección penal de la propiedad intelectual.

⁴¹ MOLINS RAICH, M.; GONZÁLEZ GARCÍA, J. “*Medidas penales...*”, *Op.cit.*, p. 306.

Como ya se ha señalado, los delitos contra la propiedad intelectual han sido objeto también de revisión en la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, pero no debe olvidarse, como se reconoce en la Exposición de Motivos de la mentada norma, que la Ley de Propiedad Intelectual es el instrumento de protección natural en esta materia.

2. EL PLAGIO EN LA OBRA DE ARTE

El plagio ha sido definido, según afirma Morales García, como la conducta a través de la cual alguien se atribuye la autoría de una obra protegida por derechos de la propiedad intelectual sin el consentimiento de su titular⁴².

Ahora bien, Aznar advierte que “por mucho que queramos definir los contornos de un concepto legal de plagio (que la Ley de Propiedad Intelectual no contiene como tal), es bastante obvio que la realidad del plagio, o más bien el criterio para decidir si nos encontramos realmente ante un supuesto de plagio, sólo podremos obtenerlo caso por caso, confrontando las obras originales con las supuestamente plagiarias y analizándolas en comparación”⁴³. Evidentemente, esta afirmación tiene una especial importancia puesto que el plagio puede constituir un delito castigado con penas de prisión que van desde los seis meses hasta cuatro años⁴⁴.

Y si las leyes, como denuncia Aznar⁴⁵, no aportan una definición concreta de lo que es el plagio, habrá que buscar los rasgos necesarios para decidir si estamos o no ante esta conducta en la Jurisprudencia en esta materia, siguiendo los pronunciamientos que los Tribunales han ido aportando para tratar este concepto.

Así, la Audiencia Provincial de Asturias parte de la definición de la Real Academia de la lengua para definir el plagio. Así, expone que “*‘plagiar’ es, según el Diccionario de la Real Academia Española (al que debemos acudir porque, a diferencia de las otras conductas, la LPI. no define lo que entiende por ‘plagio’) ‘copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias’, y lo ocurrido en este caso es la conducta simétricamente opuesta, esto es la realización por alguien (que no se dice ni consta que haya sido Carmela) de una obra pictórica, un cuadro, original (no copia de otro preexistente) y su atribución a otro que no ha sido el autor, pero que es un pintor famoso cuyos temas, estilo, tonalidades cromáticas o/y firma habituales se imitan y cuya forma y buen nombre se aprovechan para obtener un mayor beneficio, sin que sea admisible la interpretación extensiva del concepto de ‘plagio’ para subsumir en el mismo hechos como los aquí enjuiciados, pues los mismos, reprochables, ya encuentran su sanción en el ámbito civil y también en el*

⁴² MORALES GARCÍA, O. (dir.). *Código penal con jurisprudencia*, *Op.cit.*, p. 644.

⁴³ AZNAR AUZMENDI, J.M. Pollock y el plagio. *LegArs Propiedad Intelectual e Industrial*. 2011. [En línea: <http://www.legars.eu/?p=430>].

⁴⁴ Tras la reforma del Código penal operada por la LO 1/2015, se observa un claro endurecimiento de las penas en los delitos contemplados en el artículo 270 Cp. Así, ha pasado el plagio de tener asignada una pena de prisión de seis meses a dos años, en la redacción anterior a 2015, a la actual pena de seis meses a cuatro años de prisión.

⁴⁵ AZNAR AUZMENDI, J.M. Pollock y el plagio..., *op.cit.*, p. 1.

penal pero a título de falsedad (no objeto aquí de acusación) o de estafa” (Sentencia de la AP de Asturias, núm. 7/2006 de 3 febrero, ARP\2006\529).

Dicha resolución recoge la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, la cual apunta que por plagio *“hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio. Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarles de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno [...] el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales”* (STS núm. 12/1995, de 28 de enero, RJ1995\387).

La Fiscalía General del Estado explica que el plagio consiste en la exteriorización como propia de una obra que posea similares características a la original y exige para su apreciación una manifiesta similitud con la forma de presentación de ideas y contenidos respecto de la obra original. Se trata, en definitiva, como han significado algunos autores, de la usurpación de una obra mediante la presentación de otra con identidad sustancial⁴⁶.

La doctrina penal describe el plagio como la copia fraudulenta de una obra, con ocultación de su verdadero autor. Ahora bien, esta actividad infractora, puntualiza Guerrero Zaplana, tiene diversos grados que pueden ir desde la mera transposición a la obra propia, de una frase o idea contenida en la obra de otro autor, sin invocación de su identidad; hasta la apropiación íntegra de una obra ajena, haciéndola aparecer como propia⁴⁷.

Casabó Martí afirma que la copia, en el delito de plagio, tiene una connotación ilegítima que, según la intención del copista, puede transformarse en una falsificación⁴⁸. En todo caso, los elementos que caracterizan al plagio son fundamentalmente la copia total o parcial no autorizada de una obra ajena, y la presentación de una obra ajena como propia, suplantando al autor verdadero.

Las obras que pueden ser objeto de plagio son muy variadas, ya se trate de una obra literaria, científica o artística, como por ejemplo la escultura, la pintura, los dibujos y demás obras plásticas.

La introducción del plagio como conducta punible, diferenciada de la de

⁴⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal*. Madrid: FGE, 2013.

⁴⁷ GUERRERO ZAPLANA, J. “Los delitos contra la propiedad intelectual”, *Op.cit.*, pp. 17-48.

⁴⁸ CASABÓ ORTÍ, M.A. *La estafa en la Obra de Arte*. Tesis doctoral. Murcia: Universidad de Murcia. 2014, p. 33.

reproducir, permitió a la jurisprudencia castigar ataques contra la propiedad intelectual que en otro caso, como apunta Gimbernat, habrían sido atípicos “consistentes, no en producir copias no autorizadas idénticas al original, sino en las que éste era sometido a una burda y parasitaria imitación”⁴⁹.

De acuerdo con lo anterior, explica Gimbernat, el Tribunal Supremo calificó de delito contra la propiedad intelectual la impresión de unos “christmas” que no repetían idénticamente el original -no había, pues, reproducción en el sentido del entonces vigente art. 534 bis a), párrafo primero, del Código penal, en relación con el art. 18 de la Ley de Propiedad Intelectual-, pero en los que sí existía una “*casi total coincidencia entre los temas, composición, coloración, ambientación, etc.*” de la creación artística original y la copia claramente imitadora -había, pues, plagio- (STS num, 1278/1992, de 28 mayo, RJ 1992\4394).

Gimbernat matiza las diferencias entre plagio y reproducción señalando que, a diferencia de la reproducción -que consiste en la elaboración de una copia idéntica a la original-, el plagio se caracteriza por constituir una imitación fraudulenta de una obra intelectual ajena⁵⁰.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de diciembre de 2006, establece que por plagio “*hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio*” (STS núm. 1276/2006, de 20 de diciembre, RJ\2007\387). En esta resolución, el Tribunal alude asimismo al aprovechamiento por parte del que comete el plagio, puntualizando que las “*situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarlas de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno*”. Por tanto, el concepto de plagio, tal y como refiere el Alto Tribunal en la resolución antes mencionada y siguiendo la doctrina comentada anteriormente, “*ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales*”.

Ahora bien, el Tribunal Supremo en esta misma resolución, en atención al principio de *ultima ratio* del Derecho penal⁵¹, advierte que queda “*reservada*

⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E. “Los delitos contra la propiedad intelectual”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 15. *Delitos contra la propiedad*. 1995.

⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 203-237.

⁵¹ Como explican Molins y González, únicamente tienen cabida en el Derecho penal las conductas de mayor gravedad atendidos los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* y exclusiva protección de bienes jurídicos que inspiran el Derecho penal. MOLINS RAICH, M.; GONZÁLEZ GARCÍA, J. “Medidas penales...”, *Op.cit.*, p. 307. En efecto, tal y como advierte Carnevali, también le corresponde al Derecho penal resolver en qué casos no debe intervenir, y también precisar cuándo debe reducir la violencia estatal que va implícita en su ejercicio, lo que se pone de manifiesto, además, en la propia naturaleza del sistema procesal acusatorio, que introduce mecanismos de solución de conflictos que no suponen la

la atracción a la órbita penal para aquellos comportamientos más graves por su entidad objetiva y subjetiva”, indicando además que “el plagio total o parcial en todo caso debe seguir manteniéndose el criterio restrictivo en cuanto a la relevancia penal de estas conductas”.

En todo caso, lo que se desprende de la jurisprudencia examinada es que no se exige una copia literal de la obra original, sino que el plagio puede apreciarse en la existencia de coincidencias sustanciales entre las obras comparadas⁵².

Sin embargo, y como advierte Aznar, los Tribunales no pueden ayudarnos mucho más en relación a conocer en qué consiste el plagio de obra pictórica, puesto que la mayoría de las Sentencias estudian casos de plagios en obras literarias (y no gráficas o pictóricas), además del hecho de que “apreciar qué es lo sustancial de una obra plástica es más difícil”, y eso es así, continúa Aznar, porque “en una obra literaria tenemos una trama, unos personajes y tenemos la posibilidad de apreciar coincidencias literales o sustanciales comparando los textos, las estructuras narrativas y un buen grupo de elementos más sencillos de confrontar (aunque el juicio de existencia o no de plagio no sea precisamente sencillo). En cambio, cuando el plagio se denuncia entre obras gráficas la apreciación de los elementos que lo conforman es mucho más laboriosa”. Así, explica Aznar, existirá plagio cuando se reproduzcan formas y elementos visuales esenciales, cuando la obra plagiada sea reconocible en la plagiadora en la medida en que esta contenga un trasplante de lo sustancial de la original, aunque “en otros muchos casos no será nada fácil”⁵³.

Por último, resulta relevante respecto al plagio la observación de Díaz y García Conlledo, cuando explica la relación entre los delitos contra la propiedad intelectual y los delitos contra la propiedad industrial, al afirmar que las resoluciones judiciales no dejan lugar a duda sobre el hecho de que una misma conducta puede encajar en un tipo de delito contra la propiedad intelectual y en uno contra la propiedad industrial, así, por ejemplo, explica este autor, se plagia, con ánimo de lucro y fines comerciales, un dibujo que es a la vez una creación artística y un signo registrado que se utiliza como marca de determinado producto, precisamente para la promoción de un producto de la misma clase⁵⁴.

2.1. Los derechos a los que se refiere el tipo penal del artículo 270 del Código penal en relación al plagio

El plagio, afirma Aznar, supone una grave vulneración de los derechos del autor puesto que lesiona “el fundamental derecho moral a la paternidad sobre

imposición de una pena, como los acuerdos reparatorios o la suspensión condicional del procedimiento. Vid. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. “Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”. *Ius et Praxis*, 14(1). 2008.

⁵² AZNAR AUZMENDI, J.M. Pollock y el plagio..., *op.cit.*, p. 1.

⁵³ *Ibíd.*, p. 1.

⁵⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “Delitos contra la propiedad intelectual...”, *Op.cit.*, p. 112.

la obra, ya que la obra plagiaria, siendo sustancialmente igual a la original, queda atribuida a un tercero que no es realmente su autor (sólo es un copista), pero que aparece como tal”⁵⁵.

Junto a lo anterior, el plagio también atenta contra los derechos de explotación del autor, al interferir en ellos y poder llegar a generar un beneficio que no corresponde legítimamente al copista.

Aznar advierte de que lo primero que debemos tener claro es que un plagio no consiste en apropiarse de una obra preexistente y explotarla como propia, ya que, como explica este autor, “eso sería más bien un acto de reproducción no autorizado (posiblemente acompañado de una comunicación pública, tampoco autorizada), unido a la falsa atribución de una autoría”⁵⁶. Es decir, “una cosa es copiar y otra distinta apropiarse de una obra tal cual fue creada por su autor, ocultando esa autoría y apareciendo ante terceros como legítimo titular de unos derechos que no se tienen”⁵⁷.

Por tanto, la lesión sufrida por el autor original es similar, pero el comportamiento del usurpador no siempre será un plagio. En el plagio hay, en efecto, una apropiación, pero no lo es de la obra tal cual, sino de lo sustancial de la misma, en el sentido señalado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo comentada *supra*.

Como ya se ha mencionado anteriormente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, explicita que el plagio protege una de las facultades que forman parte del derecho moral de autor, más concretamente el derecho de éste a exigir que sea reconocida su condición de autor de la obra en cuestión, e, indirectamente vela por las repercusiones económicas puesto que, como se ha indicado a la hora de abordar el buen jurídico protegido en estos delitos, “*la obra plagiaria puede hacer disminuir el valor o las ventas – piénsese en obras literarias o musicales– de la obra plagiada*”, de modo que la infracción “*o lesión de los otros derechos morales de autor no está protegida penalmente (si acaso el derecho moral del autor a la integridad de su obra mediante el castigo penal de la «transformación», si es que esta palabra en el artículo 270 CP se refiere a una conducta típica y no al objeto del delito) y sí mediante medidas cautelares y sanciones civiles*” (SAP de Asturias, núm. 7/2006 de 3 febrero, ARP\2006\529).

Por último, observa Casabó, no puede desconocerse que los derechos de autor o de propiedad intelectual se refieren a realidades muy diversas, por lo que las definiciones y la regulación que establece la LPI no pueden aplicarse en su totalidad o del mismo modo a todas esas realidades, lo que hace patente la propia LPI a través de las numerosas excepciones y normas especiales que contiene⁵⁸. A modo de ejemplo de lo anterior, Casabó entiende “hacer una copia de una obra pictórica, de un cuadro, además de no

⁵⁵ AZNAR AUZMENDI, J.M. Pollock y el plagio..., *op.cit.*, p. 1.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 1.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 1.

⁵⁸ CASABÓ ORTÍ, M.A. *La estafa en la Obra de Arte*. Tesis doctoral. Murcia: Universidad de Murcia. 2014, p. 180.

ser fácil, no interesa económicamente, pues el valor de un cuadro original (y auténtico) reside en su singularidad, en su originalidad y unicidad, que es lo que le hace revalorizarse, mientras que de un disco, fonograma o película es muy fácil hacer copias exactas y el negocio es vender cuantas más copias mejor”⁵⁹.

2.2. La aplicación del artículo 270.1 en relación al plagio de obras de arte

La escasa jurisprudencia relacionada con el plagio de obra pictórica evidencia la limitada aplicación de este tipo delictivo cuando se trata de este tipo de arte. En efecto, mientras que podemos encontrar diferentes resoluciones sobre el plagio de obra musical o literaria, no es este el caso cuando se trata de conocer la doctrina jurisprudencial en materia de plagio de obra pictórica.

Los motivos para la exigua aplicación del 270.1 cuando se trata de plagiar una obra pictórica son de diversa naturaleza. En ocasiones puede deberse a que el afectado por la conducta plagaria prefiera no acudir a la vía legal para hacer valer sus intereses. Sirva de ejemplo en este sentido lo ocurrido en el Centro de Historia de Zaragoza, que en 2011 protagonizó un caso con repercusión mediática en el que se recriminaba que habían sido expuestas una serie de obras de Patricio García que podían ser consideradas como plagio de varios ilustradores argentinos.

En este supuesto, la obra titulada “Bosques Oníricos”, tal y como se publicó en el Heraldo de Aragón⁶⁰, del autor antes mencionado, y que estuvo expuesta durante meses –desde finales de diciembre de 2010 a principios de marzo de 2011- en el Centro de Historia de la capital aragonesa, podía ser constitutiva de un plagio de dos ilustradores argentinos, lo que se desconocía desde el citado Centro. Dicha obra, se realizó sobre paneles y fue eliminada tras finalizar la exposición. El “efímero’ mural”, tal y como lo denominó Ramos, “destacaba por el uso predominante de los colores azul y negro dentro de una atmósfera surrealista”⁶¹, tal y como podemos observar en la figura a continuación, donde se observa en amarillo, la obra original, y en azul, el plagio de Patricio García.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 180.

⁶⁰ RAMOS DELGADO, P. “Plagio en el Centro de Historia”. *Heraldo.com*. 2011 [En línea: http://www.heraldo.es/noticias/cultura/plagio_centro_historia.html].

⁶¹ *Ibíd.*, p. 1.



Fuente: RAMOS DELGADO, P. "Plagio en el Centro de Historia". *Heraldo.com*. 2011.

El caso expuesto fue objeto de debate en diferentes medios, con repercusión en la red, donde desde el blog especializado en plagio –Plagilleros-⁶², explicaban que “nos daba a conocer este caso Fernando Falcone, un ilustrador argentino que ha trabajado para Parramón, Bromera y la agencia Remo de Madrid, por poner ejemplos en España. Este artista ha visto cómo Patricio ha plagiado su obra y la de otros (Santiago Caruso y probablemente Travis Louie). Patricio fue avisado en sus comentarios de dichos plagios y retiró el contenido. Sin embargo este último caso de Fernando Falcone y Santiago Caruso no puede ser retirado fácilmente, ya que ha aparecido en numerosos medios digitales y en el *Heraldo de Aragón*”⁶³. Según se denuncia en este blog, Patricio habría compuesto el mural mediante la unión de varias composiciones de estos artistas variando los colores y pequeños detalles aunque manteniendo una clara esencia de las obras originales. Por su parte, Fernando Falcone, uno de los artistas supuestamente plagiados por García, según recoge el *Heraldo de Aragón*, manifestaba que no tenía intención de llegar a la vía legal, sino de “informar a los expositores y páginas web sobre los antecedentes de Patricio”⁶⁴.

En otras ocasiones, los problemas de persecución de la conducta de plagio de obra pictórica tienen su origen en problemas probatorios. En efecto, como se ha explicado a la hora de abordar el concepto de originalidad, el derecho de autor en las obras de arte plástico depende de la originalidad de las

⁶² <http://plagilleros.tumblr.com/>

⁶³ Toda la información sobre este caso, con ilustraciones incluidas, puede encontrarse en <http://plagilleros.tumblr.com/post/5339722078/patricio-garcia-fernando-falcone-y-santiago>

⁶⁴ RAMOS DELGADO, P. "Plagio en el Centro de Historia"..., *op.cit.*, p. 1.

mismas. Así, la originalidad, como afirman Arroyo, Bellido y Gómez, se configura como parámetro de acceso a la tutela “al ser bisagra conceptual que determina si la obra es o no objeto de protección”, configurándose como presupuesto de la actividad probatoria, lo que le convierte en “lugar de combate procesal”⁶⁵. De esta forma, la actividad probatoria suele derivar, según explican estos autores, “en una necesidad de prueba del acto creativo”, y añaden que “no sólo el acto creativo atrae la atención de los litigantes en sus actos alegatorios sino que también el resultado de la creación (la obra) o su grado de concreción se convierten en el centro de atención de los mismos”⁶⁶.

Arroyo, Bellido y Gómez arrojan luz sobre estas cuestiones y apuntan los factores a tener en cuenta a la hora de determinar la existencia de una infracción:

- 1) La reproducción de “formas, líneas o volúmenes, la copia de tonos cromáticos o el duplicado artístico son las notas dominantes de una escena de infracción de obra plástica”. Asimismo, habrá que tener en cuenta “la conexión entre exigencias técnicas, grado de originalidad y nivel de protección. Cuanto más excepcional sea la individualidad de la obra anterior, más posibilidad habrá de inferir la infracción de una similitud. La obra trivial tendrá una protección más débil”⁶⁷.
- 2) También será relevante, en opinión de estos autores, el número de detalles copiados, e indican que “si los detalles que aparecen idénticos a simple vista o tras un examen minucioso vienen a ser coincidencias que aparecen en ‘lugares comunes’ de las obras o elementos discretos que suelen estar normalmente ligados al ‘acervo cultural común’, no habrá infracción de derecho de autor”⁶⁸.

En todo caso, los delitos relacionados contra la propiedad intelectual conllevan una serie de problemas en su investigación y enjuiciamiento, además de los que se acaban de mencionar para el plagio, y que tienen que ver con cuestiones como su perpetración en ocasiones por grupos organizados, así como las facilidades que conllevan un mundo cada vez más globalizado y la extensión de las nuevas tecnologías, como veremos más adelante.

3. LA FALSIFICACIÓN DE LA OBRA DE ARTE Y DELITOS RELACIONADOS

La falsificación de obras de arte es un fenómeno cada vez más extendido, de ahí la preocupación por su prevalencia e incidencia, y que de forma recurrente aparece en los medios de comunicación como foco de atención de

⁶⁵ ARROYO APARICIO, A.; BELLIDO AÑÓN, J.; GÓMEZ, M.M. *La relevancia de la prueba en el derecho de autor de las obras plásticas. Estudio de jurisprudencia comparada*. 2011. Madrid: Fundación Arte y Derecho/Trama Editorial, p. 42.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 42.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 147.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 147.

las instancias policiales. Tal y como se puede constatar, se resalta el hecho de que en los últimos años se ha observado un incremento de la falsificación de obras de arte en España, especialmente las pictóricas⁶⁹. El aumento del número de falsificaciones, como apunta Peñuelas i Reixach, tendrá como consecuencia que la lucha contra este fenómeno resulte cada vez más complicada⁷⁰.

La falsificación de cuadros no constituye delito aunque, como veremos, tendrá reflejo en los tipos penales de estafa y/o falsificación documental cuando la obra imitada es acompañada de certificados que no son reales o están manipulados, certificando datos que no son ciertos. Es decir, la falsificación de obras de arte únicamente será punible si se utiliza como medio para cometer una estafa, delito, junto con el de falsificación documental que se dan frecuentemente⁷¹.

De hecho, Arias Maldonado estima que un tercio de los cuadros, esculturas y grabados en circulación son falsificaciones y “muchas de las cuales cuelgan, de hecho, en las paredes de nuestros museos”⁷². Este autor vincula la existencia de un mercado a la proliferación de obras falsificadas, llegando a afirmar que “las falsificaciones de obras de arte traen causa de la existencia del mercado que fija su precio es algo evidente, pero no está claro que el mercado como tal tenga la culpa”⁷³, advirtiendo que “el valor de estas obras radica en su rareza, esto es, en una escasez que justifica la alegría con que marchantes y coleccionistas saludan la aparición de novedades”.

Por su parte, Fernández Gallego advierte que la segunda gran agresión que sufre el patrimonio cultural y que posiblemente sea la que produce más beneficios ilegalmente obtenidos, es la de las falsificaciones de bienes culturales⁷⁴. La explicación facilitada por este autor se fundamenta en la existencia de una fuerte demanda de compra de determinados bienes, demanda que en muchas ocasiones es imposible atender, y que se debe a “los enormes beneficios que se pueden obtener mediante la venta de una obra de gran valor falsificada, los bajos costes de fabricación y su dificultad de identificación por el comprador medio y a veces el profesional, la necesidad de blanquear beneficios, la inversión con fines de aminorar la presión fiscal”, lo que hacen “de esta faceta delictiva la mayor protagonista en los tiempos actuales”⁷⁵. Y añade, en relación a las actuaciones policiales, que las incautaciones de estos objetos (las falsificaciones), se producen por

⁶⁹ HIDALGO, C. “La Policía constata un incremento de la falsificación de obras de arte”. ABC Madrid. 2013.

⁷⁰ PEÑUELAS i REIXACH, L. “Las Obras de Arte falsas”. En L. Peñuelas i Reixach (ed.) *Autoría, autenticación y falsificación de las Obras de Arte: análisis artístico y jurídico*. Figueras: Fundació Gala-Salvador Dalí. 2013b, p. 107.

⁷¹ VILLANUEVA GUIJARRO, M.A. *Actuaciones de investigación y persecución de delitos contra el patrimonio*. Associació d'Arxivers. Gestors de Documents de Catalunya. 2008

⁷² ARIAS MALDONADO, M. “Los falsificadores”. *RDL Revista de Libros (segunda época)*. Torre de Marfil. 2014.

⁷³ *Ibid.*, p. 1.

⁷⁴ FERNÁNDEZ GALLEGO, R. “Falsificaciones y robo de obras de arte”, en P. Barraca de Ramos (coord.) *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales*. Madrid: Ministerio de Cultura. 2008, p. 89.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 89.

cientos en algunos casos.

Resulta muy difícil, si no imposible, calcular la cifra real de criminalidad asociada a este tipo de delitos. En efecto, se trata de un fenómeno que arroja una cifra negra de criminalidad⁷⁶ muy alta, entre otros motivos, como apunta Fernández Gallego, porque en muchos casos las propias víctimas ignoran que han sido estafados, de forma que sólo afloran una mínima parte de las falsificaciones cometidas⁷⁷.

Las falsificaciones de bienes culturales recaen en todo tipo de obras: pinturas, esculturas, tallas, arqueología, numismática, etc., “todo objeto es falseado”, afirma Fernández Gallego, y la calidad de la falsificación está en función “de la cualidad del objeto, del precio, de los conocimientos de la víctima a que va destinada; existen desde la copia más burda, hasta la que alcanza gran perfección, falsificación que solo puede ser descubierta a través de métodos de última generación”⁷⁸.

Y es que, la falsificación de obras de arte, como afirma Puñuelas i Reixach, “es, sin lugar a dudas, uno de los principales problemas del mercado del arte al que se enfrentan los poderes públicos en su labor de defender los derechos de artistas, coleccionistas, galeristas, casas de subastas, marchantes, museos, Administraciones públicas y, en general, de los ciudadanos”⁷⁹.

Como acabamos de ver, si bien las diferentes instancias oficiales reflejan que las falsificaciones de obras pictóricas constituyen un fenómeno cada vez más presente y que continúa en alza, resulta muy difícil poder determinar con exactitud las cifras de prevalencia e incidencia de los delitos relacionados con esta conducta.

3.1. La obra de arte falsa

Paso previo al examen de los delitos relacionados con la falsificación de la obra pictórica resulta esencial determinar el concepto de obra y el de obra de

⁷⁶ Las estadísticas oficiales de la criminalidad, o lo que es lo mismo, la criminalidad oficialmente registrada, son solamente el reflejo de las infracciones conocidas por las diferentes instancias de control social formal. Estas cifras, no engloban, como explica Herrero la denominada “cifra negra de la criminalidad, es decir, las infracciones que no son denunciadas nunca a la policía, ni a ninguna otra Institución competente”, y añade que “es posible, por ello, que los datos sobre las tendencias no reflejen necesariamente las evoluciones de la delincuencia real sino, más bien, las relacionadas con los esfuerzos o las prioridades policiales”, *vid.* HERRERO HERRERO, C. *Fenomenología criminal y Criminología comparada*, p. 30. En este mismo sentido Pérez Cepeda y Benito Sánchez ponen de manifiesto las deficiencias de las estadísticas oficiales, ya que “los datos que propocionan sólo incluyen los delitos que se denuncian y que, posteriormente, se registran por la policía, ignorando la llamada “cifra negra” de la delincuencia”, *vid.* PÉREZ CEPEDA, A.I.; BENITO SÁNCHEZ, D. “Estudio de los instrumentos existentes para medir la delincuencia”. *Revista española de Ciencia penal y Criminología – RECPC 15-08, 2013*, p. 2.

⁷⁷ FERNÁNDEZ GALLEGU, R. “Falsificaciones y robo de obras de arte...”, *op.cit.* p. 89.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 89.

⁷⁹ PEÑUELAS i REIXACH, L. “Las Obras de Arte falsas”..., *op.cit.* p. 101.

arte falsa, indicando asimismo los diferentes tipos de falsificaciones que pueden encontrarse.

Por lo que se refiere al concepto de obra, la Audiencia Provincial de Valencia advierte que el concepto legal de obra literaria artística o científica hay que buscarlo “*fuera del Código penal*”, y acude al artículo 10 de la Ley de la Propiedad Intelectual para determinar que deben incluirse en el concepto de obra aquellas “*creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 11/2002, de 24 enero, ARP 2002\421).

En cuanto a la obra de arte falsa, Peñuelas i Reixach considera que la categoría de obras de arte falsas es muy amplia, comprendiendo diferentes supuestos, y siendo el más obvio y conocido “el de una obra de un artista que es semejante a otra y que es firmada con la rúbrica del autor de la segunda para engañar al público sobre su autoría”, configurándose ésta como una categoría de “entornos difusos, pues depende de lo que se entienda por ‘auténtico’ y también de las concepciones que se mantengan de lo que es la ‘autoría’ y ‘originalidad’ de las obras de arte, e incluso de ‘obra de arte’”, cuestiones que no son pacíficas⁸⁰.

Los falsificadores son artistas con una capacidad especial para imitar estilos de otros, no sólo son copistas, explica Burgueño⁸¹, y lo que hacen los copistas es crear obras propias utilizando el estilo del pintor original. Ahora bien, advierte esta autora, no todos estos artistas falsifican, ya que “pintan cuadros al estilo de..., pero no firman”⁸².

Estas pinturas copiadas, por tanto, experimentan un proceso complejo hasta convertirse en una obra falsa, proceso que Burgueño revela de la siguiente manera: “La obra sale del estudio de un pintor -primer paso del engaño- y es trasladada a otro lugar, en algunas ocasiones viaja hasta el otro lado de la Península, donde espera turno para pasar por las manos del especialista en firmas”⁸³.

Burgueño denuncia que uno de los principales enemigos que socava la transparencia del mercado del arte es el de las falsificaciones: “Todos los pintores importantes han sido falsificados”, afirma esta autora, y previene que existen “verdaderas mafias que tratan de embaucar a los incautos con obras fraudulentas”⁸⁴.

Isabel Niño distingue dos tipos de obras falsas: la de nueva creación y la obra de arte original a la que se le ha conferido una “atribución provechosa

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 101.

⁸¹ BURGUEÑO, M.J. “Falsificaciones de obras de arte”. *Revista de Arte*. 1999.

⁸² *Ibíd.*, p. 1.

⁸³ *Ibíd.*, p. 1.

⁸⁴ Para acreditar una obra no bastan los certificados, muchos de ellos de dudosa legalidad, en caso de sospecha conviene solicitar estudios y análisis minuciosos realizados por expertos. *Vid.* BURGUEÑO, M.J. “Falsificaciones de obras de arte”..., *op.cit.* p. 1.

comercialmente, partiendo incluso de manipulaciones como la adición o supresión de firmas en pintura”⁸⁵.

En relación con lo anterior, Peñuelas i Reixach señala que en el mundo del arte podemos encontrar muchas obras cuya autoría está mal atribuida, y esto puede ser debido al simple error, en cuyo caso “hablaremos de obras mal atribuidas por error involuntario”⁸⁶. Pero, advierte, una obra mal atribuida por error puede convertirse en falsa, “lo que se produce cuando una persona descubre que está mal atribuida por error involuntario, pero en lugar de corregir este dato, pasa a proclamarlo con la referida intención de engañar a un tercero”⁸⁷. Esto comporta además, que haya obras que según el momento temporal muden de ser obras mal atribuidas por error a obras falsas y viceversa⁸⁸.

Peñuelas i Reixach apunta a que en muchos casos el método utilizado por el falsificador se dirigirá a manipular directamente la obra, mientras que en otras ocasiones la acción del engaño tendrá por objeto la manipulación de los datos y documentos relativos a su origen⁸⁹. Este autor distingue además entre las siguientes clases de obras falsas o formas de actuar con engaño:

- 1) Copia exacta: se trata de producir y vender una reproducción como si se tratara de la obra original.
- 2) Finalizar la obra: partiendo de una obra inacabada de un artista, se finaliza ésta sin dejar claro que no es el resultado del trabajo exclusivo del artista original.
- 3) Falsificación de la firma o de la procedencia: se asigna la firma de un artista famoso a una obra creada por otra persona, y se presentan documentos falsos de creación y propiedad para afirmar la falsa declaración.
- 4) Pastiche: cuando se utilizan varios elementos de obras distintas o inacabadas de un artista combinándolos para crear una obra de arte, afirmando su integridad y atribuyéndola a dicho artista.
- 5) Tergiversación de la “escuela”: la acción consiste en la atribución la obra de un miembro de la escuela de un artista (un estudiante de Rubens, por ejemplo) a la mano del maestro⁹⁰.

Como se observa, apunta Peñuelas i Reixach, la mayoría de los métodos “se basan en atribuir falsamente la autoría gracias a la semejanza de la obra falsa con una obra auténtica o con partes de ésta, o con el estilo y manera de

⁸⁵ NIÑO, I. Falsificación obra de arte. *NIAL Art Law*. 2010.

⁸⁶ PEÑUELAS i REIXACH, L. “Las Obras de Arte falsas”..., *op.cit.* p. 103.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 103.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 103.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 104-105.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 105.

trabajar del artista al que se quiere imputar la autoría”⁹¹.

Arias Maldonado aborda una cuestión singular y es la de considerar la falsificación como arte, preguntándose si falsificar, que no es lo mismo que copiar, podría ser lo mismo que crear⁹². Y plantea entonces el hecho de que “la apropiación en que consiste una falsificación –a diferencia de la mera copia– sí pueda llegar a reproducir, o a simular, el aura⁹³ de una obra ajena”⁹⁴. Pero ante esta posibilidad, Arias se pregunta “ahora bien, ¿dónde radica, entonces, el valor de la obra original? ¿Por qué, en la época de la reproductibilidad técnica que aterraba a Benjamin, seguimos venerándola?”, llegando a la conclusión de que “quizás estemos saturados de reproducciones, cansados de artificios, hartos de réplicas. Puede que la reproductibilidad técnica haya llegado tan lejos que, paradójicamente, ha reforzado la importancia del aura”⁹⁵.

Y es que, como observaba Walter Benjamin, la obra de arte ha sido siempre fundamentalmente susceptible de reproducción, “lo que los hombres habían hecho, podía ser imitado por los hombres”⁹⁶. Ahora bien, Benjamin advertía que “incluso en la reproducción mejor acabada falta algo: el aquí y ahora de la obra de arte, su existencia irreplicable en el lugar en que se encuentra. En dicha existencia singular, y en ninguna otra cosa, se realizó la historia a la que ha estado sometida en el curso de su perduración”⁹⁷, anclando de esta manera el concepto de “autenticidad”, siendo “el aquí y ahora del original” lo que le da contenido⁹⁸. Porque, para Benjamin, la autenticidad de una cosa “es la cifra de todo lo que desde el origen puede transmitirse en ella desde su duración material hasta su testificación histórica”⁹⁹.

3.2. La estafa relacionada con la obra pictórica

La atribución falsa de autoría en una obra pictórica puede ser constitutiva de un delito de estafa, tipificada en el artículo 248 del Código penal, en su apartado 1: “*Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno*”. Pero para ello deben estar presentes los elementos propios de este ilícito penal, conforme se desprende de la literalidad de dicho precepto: 1) el ánimo de lucro, 2) el engaño bastante, 3) el error que se produce en la otra persona como consecuencia de ese engaño, y, 4) el acto de disposición patrimonial en perjuicio de la persona engañada o de otra ajena.

⁹¹ *Ibíd.*, p. 105.

⁹² ARIAS MALDONADO, M. “Los falsificadores”. *RDL Revista de Libros (segunda época)*. Torre de Marfil. 2014, p. 2.

⁹³ Arias utiliza el término “aura” en el mismo sentido que Walter Benjamin. *Vid.* BENJAMIN, W. “La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica”. En W. Benjamin *Discursos interrumpidos*, I. Madrid: Taurus. 1973, pp. 15-57.

⁹⁴ ARIAS MALDONADO, M. “Los falsificadores”..., *op.cit.* p.3.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 3.

⁹⁶ BENJAMIN, W. “La obra de arte en la época de su reproductibilidad...”, *op.cit.* p. 18.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 20.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 21.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 22.

Así, como explican Molins y González¹⁰⁰, en los supuestos de atribución errónea de la autoría de un cuadro lo que se produce no es una copia sino una creación original que no se corresponde con ninguna obra de arte anterior pero que se atribuye a un autor de reconocido prestigio. La puesta en circulación de obras que son originales, es decir que no son copia de otra obra, pero que falsamente se atribuyen a otro pintor -habitualmente de reconocido prestigio para aprovecharse de su fama y mérito intelectual-, constituye un delito de estafa y en su caso, un delito de falsedad¹⁰¹.

Molins y González aluden al problema que se plantea en los supuestos de estafa, en los que se precisa la necesaria observancia de unos deberes mínimos de autoprotección por parte de la afirmada víctima que adquiere la obra falsamente atribuida a un determinado autor, deberes que dependen en gran medida de las circunstancias concretas del caso, así como de los conocimientos técnicos y las posibilidades económicas de la víctima o persona perjudicada¹⁰². Estos deberes mínimos de autoprotección exigirían la obtención de un certificado elaborado por un experto que permitiera comprobar la autoría real de la obra, “ya que, de lo contrario, el engaño que requiere el tipo de la estafa no podría considerarse bastante y, por tanto, la conducta del vendedor, si bien sería reprochable y podría comportar consecuencias en la jurisdicción civil, en ningún caso podrían derivarse consecuencias penales”¹⁰³.

El subtipo cualificado que acostumbra a aplicarse en estos supuestos es el relativo a la entidad de la defraudación, de tal manera que, en aquellos supuestos en los que el valor de la defraudación supere los 50.000 euros las penas a imponer podrán alcanzar los seis años de prisión¹⁰⁴. Desde la entrada en vigor de la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, se contempla también la cualificación en aquellos casos en los que se vean afectados un elevado número de personas.

En cuanto a la agravación que contempla el número 3 del apartado primero del artículo 250 del Código penal, relativa a que el delito de estafa recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico o científico, explica Morales García¹⁰⁵, en atención a lo resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid, no se castiga el atentado contra esos bienes, sino que recaigan sobre bienes de esa naturaleza. Así, en Sentencia de la citada Audiencia, se explicita que “*no se cuestiona la valía de las obras del pintor Mariano, pero la venta de unos cuadros falsos, aunque se le atribuyeran a él, en ningún caso puede sostenerse que integran el patrimonio artístico. La agravación no castiga el atentado contra esos bienes, sino que recaigan sobre bienes de esa naturaleza. Aparte de que se acusa también de un delito contra la propiedad intelectual, y si eso es así es precisamente porque se copiaron o plagiaron*

¹⁰⁰ MOLINS RAICH, M.; GONZÁLEZ GARCÍA, J. “Medidas penales...”, *op.cit.*, p. 307.

¹⁰¹ MOLINS RAICH, M.; GONZÁLEZ GARCÍA, J. “Medidas penales...”, *op.cit.*, p. 307.

¹⁰² *Ibid.*, p. 307.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 307.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 307.

¹⁰⁵ MORALES GARCÍA, O. (dir.). *Código penal con jurisprudencia*, *Op.cit.*, p. 595.

obras originales” (SAP de Madrid núm. 74/2006, de 22 febrero, ARP\2006\364).

Burgueño, por su parte, aporta el dato de que las mayores estafas se producen entre particulares, según se desprenden de los datos policiales, que constatan la comisión de estas conductas entre particulares, “en pseudo-anticuarios sin establecimiento especializado estable”¹⁰⁶.

3.3. La falsificación documental

La estafa relacionada con las obras pictóricas suele presentarse en muchas ocasiones acompañadas con certificados de dudosa legalidad¹⁰⁷, e incluso falsos. Dicha documentación falsa a veces es firmada por expertos a cambio de una compensación económica, tal y como relata Burgueño¹⁰⁸.

Por tanto, junto a las obras falsas encontramos certificados que avalan su autenticidad¹⁰⁹, pero que son asimismo falsos lo que, como observa Fernández Gallego, suponen una dificultad añadida para demostrar la falsedad de la obra¹¹⁰.

En estos supuestos, junto a la estafa habrá de apreciarse un delito de falsificación documental del artículo 395 Cp (falsificación de documentos privados), puesto en relación con el artículo 390 en los tres primeros números de su apartado primero, donde se definen las formas en las que el documento puede ser falsificado, a saber: “1.º *Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial; 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad; 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho*”.

Y si bien, como parte de los delitos de falsedad documentales, la falsificación

¹⁰⁶ BURGUEÑO, M.J. “Falsificaciones de obras de arte”..., *op.cit.* p. 1.

¹⁰⁷ BURGUEÑO, M.J. “Falsificaciones de obras de arte”..., *op.cit.* p. 1.

¹⁰⁸ Según explica María José Burgueño, la Policía Nacional desarticuló un grupo que falsificaba obras de autores contemporáneos para venderlas en el mercado negro, habiéndose aprehendido sesenta cuadros falsos atribuidos a Goya, Picasso, Menchu Gal, B. Palencia o Viola. Según relata Burgueño, un anticuario asentado en Madrid era quien encargaba, a través de un mediador, a un pintor afincado en Córdoba la confección de las pinturas sin firmar, principalmente de los siglos XVI al XIX. Las obras eran envejecidas y el coleccionista las vendía como auténticas después de dotarlas de certificados falsos firmados por expertos a cambio de una suma económica. Las representaciones pictóricas eran distribuidas en el establecimiento de uno de los arrestados, en salas de subastas, en ferias de antigüedades o bien directamente a clientes particulares. *Vid.*, BURGUEÑO, M.J. “Sesenta falsificaciones atribuidas a Goya, Picasso, Menchu Gal, B. Palencia o Viola”. *Revista de Arte*. 2012.

¹⁰⁹ Carranza pone como ejemplo la falsificación de obras de arte de Salvador Dalí, consiste en litografías que se han atribuido al famoso artista surrealista, y a las que como parte del timo les han agregado certificados notariales falsos para darle una supuesta autenticidad. *Vid.* CARRANZA, N. “Falsificaciones de Dalí descubiertas”. *Arte Contemporáneos*. 2012.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ GALLEGO, R. “Falsificaciones y robo de obras de arte...”, *op.cit.* p. 89.

de documentos privados del art. 305 comparte el bien jurídico que de modo general se ha perfilado en el art. 390, en tanto aspecto privado del primero, ya desde hace tiempo la jurisprudencia, como explica Morales, viene afirmando que estos delitos protegen además, un interés individual y patrimonial de los sujetos afectados¹¹¹.

La relación concursal entre el delito de estafa y el delito de falsificación documental ha quedado resuelta por el Tribunal Supremo, que considera que entre ambos delitos hay un concurso aparente de normas, tal y como explica Morales García¹¹². Así, en la Sentencia de 6 de julio de 2007 (STS núm. 640/2007, de 6 julio, RJ 2007\3895), se afirma que *“en efecto, es doctrina consolidada de esta Sala, reiteradamente expresada en sus resoluciones, que la estafa realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que los dos tipos son compatibles, produciéndose un concurso real de delitos sin perjuicio de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto en el art. 77 CP; pero cuando se trata de documentos privados, como el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo (ahora "para perjudicar a otro") viene incluido en el art. 306 CP (RCL 1973, 2255) (ahora 395 CP), no procede estimar el mentado concurso, pero sí el de normas (art. 8 CP), al ser el hecho subsumible en las reguladoras del delito de falsedad y estafa simultáneamente, solapándose un tipo con otro.*

Reafirmando la misma idea, esta Sala ha dicho que la falsedad en documento privado actúa respecto de la estafa a manera de círculos concéntricos en virtud de aquella nota específica de engaño con la consecuencia inherente de que la estafa queda apartada y destipificada por la falsificación, eliminando la posibilidad del concurso de delitos, por lo que es preciso elevar estos supuestos al concurso de normas (art. 8-4º CP). Veánse, entre otras, las sentencias de esta Sala núm. 2015 de 29-octubre-2001 (RJ 2001, 9475) ; núm. 975 de 24-mayo-2002 (RJ 2002, 5763) ; núm. 992 de 3-julio-2003 (RJ 2003, 6153) ; núm. 1229 de 3-diciembre-2004 (RJ 2005, 369) y núm. 1097 de 10-noviembre-2006 (RJ 2007, 357)“.

En todo caso, Morales recuerda que hay que tener presente lo señalado asimismo en la Sentencia de 19 de abril de 2002 (STS núm. 746/2002, de 19 abril, RJ 2002\6699), donde se determina que sería distinto si *“además de tal utilización, se hubieran producido con la entrada del documento falso en el tráfico jurídico repercusiones, perturbaciones o perjuicios en otras personas o en otros intereses. En tal caso, podría plantearse la no coincidencia del injusto y la no equiparación del engaño a la falsedad. Los casos serán excepcionales, toda vez que las falsificaciones constituyen delitos instrumentales, o lo que es lo mismo, carecen de sentido por sí mismas, hallando su justificación cuando se utilizan como medios para la consecución de otros fines ilícitos”.*

¹¹¹ MORALES GARCÍA, O. (dir.). *Código penal con jurisprudencia*, Op.cit, p. 913.

¹¹² *Ibíd.*, p. 914.

4. PROBLEMÁTICA EN LA DETECCIÓN Y PERSECUCIÓN DEL PLAGIO Y DE LA ESTAFA DE OBRA PICTÓRICA

Los delitos anteriormente explicados conllevan serios problemas de detección y persecución. En este sentido, Villanueva, en alusión a la falsificación de obras de arte, la estafa y los delitos contra la propiedad intelectual, advierte que cada una de estas categorías tiene unas características diferenciadas¹¹³, y los hechos son cometidos por diversos tipos de delincuentes que utilizan a su vez diferentes procedimientos en su comisión.

En todo caso, los problemas más evidentes en relación a la detección, investigación, persecución y enjuiciamiento de estos delitos tiene que ver con el proceso de autenticación de las obras pictóricas, el hecho de que actualmente se haya detectado un aumento de la criminalidad organizada en relación a estos delitos, la globalización así como la utilización de Internet y las nuevas tecnologías, entre otros.

4.1. Las dificultades en el proceso de autenticación de las obras

Por lo que se refiere a los problemas en relación con la autenticación, Peñuelas y Reixach alude a las dificultades en la determinación de la autoría y la originalidad de las obras artísticas, apuntando entre otras cuestiones a problemas conceptuales, criticando que “ni en el mercado ni en la legislación existe noción absolutamente pacífica de lo que es una obra de arte y no un simple objeto industrial o artesanal. Ni tampoco de lo que es una obra de arte original de un artista y no una reproducción, legal o ilegal, o una obra de otro artista derivada de la misma. Ni siquiera, en algunos casos particulares, de cuándo un artista se puede considerar autor o no de una obra de arte”¹¹⁴.

Junto a lo anterior, Burgueño resalta la dificultad de determinar si un cuadro es falso o auténtico, puesto que dicho proceso de autenticación es lento y minucioso¹¹⁵. En relación con esta cuestión, Isabel Niño explica que para poder denunciar los hechos, es preciso demostrar que la obra es falsa, y para ello “es preciso un certificado de un experto reconocido en la materia y/o un estudio científico que, según de la pieza que se trate y de lo que se pretenda analizar se puede llevar a cabo a través de pruebas tales como la radiación ultravioleta, rayos x, espectroscopía Raman-Láser, gammagrafía...”¹¹⁶.

También Peñuelas y Reixach argumenta la complejidad artística y jurídica del proceso de autenticación y el hecho de que éste se base, en muchas ocasiones, en pruebas que tienen un marcado carácter subjetivo¹¹⁷. Asimismo, este autor menciona la existencia en el mercado de obras de arte

¹¹³ VILLANUEVA GUIJARRO, M.A. Actuaciones de investigación y persecución..., *op.cit.* p. 2.

¹¹⁴ PEÑUELAS i REIXACH, L. “Presentación”. En Lluís Puñuelas i Reixach (dir.) *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte. Análisis artístico y jurídico*. Barcelona: Ediciones Poligrafía y Fundació Gala-Salvador Dalí. 2013c, p. 7.

¹¹⁵ BURGUEÑO, M.J. “Falsificaciones de obras de arte”..., *op.cit.* p. 1.

¹¹⁶ NIÑO, I. Falsificación obra de arte. *NIAL Art Law*. 2010.

¹¹⁷ PEÑUELAS i REIXACH, L. “Presentación”..., *op.cit.* p.7.

falsas que, por su propia naturaleza, generan graves dificultades adicionales a la ya complicada actividad de dichos estudiosos o expertos¹¹⁸. Cabe recordar, dice Peñuelas i Reixach, que éstas son obras de arte y objetos cuyo origen o historia de creación ha sido manipulado para engañar de forma intencionada sobre su autoría¹¹⁹.

A mayor abundamiento, este autor denuncia la inexistencia de una regulación legal “que discipline el proceso de autenticación, ni que proteja a los expertos que realizan autenticaciones, no que luche de forma eficiente contra las falsificaciones y el resto de fraudes que se producen en el ámbito de la autoría y la originalidad de las obras de arte”¹²⁰.

Para discernir si una obra es autentica, premisa necesaria para saber si se trata de una obra de arte falsa, se requiere la opinión erudita de un experto en la materia. Pero Peñuelas i Reixach denuncia la dificultad para encontrar expertos de reconocido prestigio a los que acudir para asesorarse¹²¹.

Y es que, como explica Peñuelas y Reixach los procesos de autenticación son costosos, logísticamente complicados y se prolongan en el tiempo¹²². En efecto, las pruebas tendentes a determinar la autenticidad de las obras de arte, “entre las que destacan las relativas a procedencia, peritajes estilísticos por expertos y pruebas científicas”, suelen ser muy costosas de realizar desde el punto de vista económico, “lo que constituye un evidente obstáculo para su ejecución en todos los casos y, la mayoría de las veces, su coste no compensa”¹²³. Junto a lo anterior, este autor pone de manifiesto otros factores que desincentivan su realización, tales como las dificultades logísticas y el tiempo necesario para llevar a cabo estos procesos de autenticación¹²⁴.

Todo lo anterior, concluye Peñuelas y Reixach, crea graves inconvenientes “para que se den procesos de autenticación rigurosos que sirvan para detectar las obras falsas”¹²⁵.

4.2. La criminalidad organizada y la globalización

Si bien en muchas ocasiones los delitos relacionados con la falsificación de obras de arte se enmarcan dentro de la denominada delincuencia convencional, ya presente ésta un mayor o menor grado de especialización, y, como apunta Fernández Gallego, se encuentre alejada en muchos aspectos de lo que se conoce como delincuencia organizada, también es cierto que la delincuencia en este campo está dando un salto cualitativo en cuanto a su profesionalidad y, por lo tanto, conlleva una mayor dificultad en

¹¹⁸ *Ibid.*, p.7.

¹¹⁹ *Ibid.*, p.7.

¹²⁰ *Ibid.*, p.8.

¹²¹ PEÑUELAS i REIXACH, L. “Las Obras de Arte falsas”..., *op.cit.* 109.

¹²² *Ibid.*, p. 111.

¹²³ *Ibid.*, p. 111.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 111.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 111.

su persecución¹²⁶.

En relación a lo anterior, Peñuelas i Reixach advierte que son numerosos los casos en los que se constata que los falsificadores son sujetos que se dedican a esta actividad “con un carácter empresarial y masivo”, por lo que “pueden llegar a dedicarle cuantiosos recursos personales y materiales”¹²⁷.

Y es que, con la globalización la falsificación de las obras de arte “ha dejado de ser un problema local y ha pasado a ser de carácter internacional”¹²⁸, y las obras falsificadas circulan con libremente entre los Estados, lo que dificulta enormemente la lucha contra este fenómeno.

Desde la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito advierten de la proliferación de delitos relacionados con la falsificación y comercialización de pinturas falsamente atribuidas a maestros modernos y contemporáneos, delitos de los que se resalta su carácter transnacional como una característica importante de la conducta delictiva¹²⁹.

Los casos examinados por Naciones Unidas presentan delitos que pueden agruparse en dos categorías: delitos que son estructuralmente “instrumentales” para la vida de los grupos de la delincuencia organizada (tales como participación en un grupo, corrupción y blanqueo de dinero) y una abundante cantidad de “delitos finales”, que producen beneficio material directo. Esta segunda categoría incluye: Tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de seres humanos, contrabando de migrantes, tráfico y contrabando de bienes, contrabando, delitos cibernéticos, falsificación, fraude, tráfico de bienes culturales, piratería, crímenes ambientales, evasión fiscal, delitos financieros y otros delitos en contra de la Administración Pública¹³⁰.

Los expertos italianos que han facilitado a Naciones Unidas datos sobre la criminalidad relacionada con bienes culturales han afirmado que “la delincuencia organizada es un fenómeno frecuente en el mercado del arte, altamente especializado y con necesidad de diferentes capacidades y conocimiento experto”, y las personas implicadas trabajan a menudo “en una organización de tipo red, o de tipo piramidal de dimensión transnacional”, estos delitos “ya dejaron de ser, como en otros tiempos, característicos de pequeños delincuentes”, para realizarse actualmente a través de “organizaciones transfronterizas de delincuentes que disfrutan de una poderosa estructura comercial, de vastos medios logísticos y, algunas veces, también de la complicidad y apoyo de instituciones administrativas y políticas del Estado”¹³¹.

¹²⁶ FERNÁNDEZ GALLEGU, R. “Falsificaciones y robo de obras de arte...”, *op.cit.* p. 90.

¹²⁷ PEÑUELAS i REIXACH, L. “Las Obras de Arte falsas”..., *op.cit.* 109.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 108.

¹²⁹ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Compendio de casos de delincuencia organizada. Recopilación comentada de casos y experiencias adquiridas*. Nueva York: Naciones Unidas, p. 117.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 9.

¹³¹ *Ibid.*, p. 117.

4.3. La utilización de Internet y las nuevas Tecnologías

Internet se ha convertido en un nuevo medio de comisión de delitos tradicionales, que dificulta enormemente su detección e investigación. En este sentido, Herrero advierte que Internet facilitará la utilización de tecnología de criptografía y estenografía complejas para enmascarar las transacciones ilícitas¹³².

Herrero, sobre la base de datos contrastados, evidencia que en España se observan a menudo delitos perpetrados con medios técnicos acordes con la técnica de las sociedades avanzadas, entre ellos la estafa y las falsedades, escenario en el que además aflora la delincuencia organizada e internacionalizada, sobre todo de carácter socio-económico¹³³.

La Fiscalía General del Estado, en su Memoria de 2014, advierte que la utilización irregular de las tecnologías de la información y la comunicación constituye en la actualidad uno de los principales riesgos de ataque y vulneración de derechos que afecta a la sociedad en su conjunto, lo que ha llevado a la comunidad internacional a reforzar los sistemas y medidas para afrontar la delincuencia cometida a través de medios y entornos informáticos¹³⁴. Y más concretamente las estafas valiéndose de medios o entornos informáticos se están convirtiendo progresivamente en una presencia rutinaria¹³⁵.

Y es que, como explica Casabó¹³⁶, Internet ha facilitado el acceso a la comercialización de obras falsas a personas que antes, por falta de medios materiales y de prestigio, nunca hubieran podido establecer un negocio tradicional de venta de obras de arte.

Fernández Gallego¹³⁷ advierte que en los últimos tiempos se ha incrementado de forma notable las ofertas de venta a través de las redes informáticas. Y Piney¹³⁸ llega a afirmar que el mayor espacio para la venta de obras trucadas se encuentra en Internet.

En la misma línea que los anteriores, Peñuelas y Reixach critica el hecho de que Internet permite “que haya actualmente muchas más personas y empresas que se dedican a comercializar obras de arte falsas, ya que este medio es más difícil de controlar”¹³⁹. Junto a lo anterior, pone de manifiesto el hecho de que el coste económico de operar en Internet “es mucho más barato que el del comercio tradicional y presencial”¹⁴⁰, lo que resulta idóneo

¹³² HERRERO HERRERO, C. *Fenomenología criminal...*, *op.cit.*, pp. 84-85.

¹³³ *Ibid.*, p. 164.

¹³⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2014*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. 2014, p. 535.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 673.

¹³⁶ CASABÓ ORTÍ, M.A. *La estafa en la Obra de Arte...*, *op.cit.* p. 5.

¹³⁷ FERNÁNDEZ GALLEGU, R. “Falsificaciones y robo de obras de arte...”, *op.cit.* p. 88.

¹³⁸ PINEY, G. El arte de la falsificación. *Azureazure.com*. 2013.

¹³⁹ PEÑUELAS i REIXACH, L. “Las Obras de Arte falsas”..., *op.cit.* 108.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 109.

para perpetuar este tipo de delincuencia.

Además, Peñuelas y Reixach advierte que el desarrollo actual de las nuevas tecnologías de la reproducción “ha incrementado considerablemente las posibilidades de reproducir obras de arte con una gran calidad y semejanza a las originales, lo que ayuda a los falsificadores a hacerlas pasar por auténticas”¹⁴¹.

Por último, es preciso tener presente, como recuerda Casabó¹⁴², que la delincuencia cometida a través de Internet genera problemas de jurisdicción y de competencia territorial. También Peñuelas y Reixach hace referencia a esta cuestión y comenta que en algunos supuestos, debido a la movilidad física de las obras se pueden producir conflictos jurisdiccionales que hacen difícil discernir cuál será la legislación aplicable¹⁴³.

Y en este sentido se pronuncia la Fiscalía General del Estado, cuando en su Memoria de 2013¹⁴⁴, pone de manifiesto que, sin perjuicio de los supuestos en los que el *iter criminis* se desarrolla íntegramente en nuestro país, son múltiples las ocasiones en que, una vez iniciada la investigación en España, se constata que la actuación defraudatoria se ha cometido fuera de nuestras fronteras, lo que complica y ralentiza extraordinariamente la averiguación de los hechos y en consecuencia la posterior formulación de acusación, al hacerse depender de la cooperación con las autoridades de otros Estados.

Relacionado con lo anterior, Peñuelas i Reixach critica la inexistencia de una regulación “internacional y comparada armonizada que establezca las mismas medidas en todos los países para este problema, que es común y similar en todos ellos”¹⁴⁵ y, además, en los sistemas legales no se ofrecen “unas definiciones precisas y claras de lo que constituye una obra de arte original y la autoría de las obras de arte”¹⁴⁶.

4.4. La ausencia de denuncia

En relación a los delitos de plagio y los vinculados con la falsificación e obras de arte, se constata la escasez de denuncias. Y es que, frente a la denuncia de estos delitos, señala Isabel Niño, cabe otra alternativa que resulta menos costosa económicamente, y que en muchas ocasiones se revela muy efectiva, a saber, la reclamación extrajudicial que, según afirma esta autora, “si no tiene el efecto deseado, nos puede servir después en el procedimiento judicial como prueba de nuestras pretensiones”¹⁴⁷.

Peñuelas i Reixach¹⁴⁸, abundando en la cuestión de la no denuncia de estos

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 107.

¹⁴² CASABÓ ORTÍ, M.A. *La estafa en la Obra de Arte...*, *op.cit.* p. 195.

¹⁴³ PEÑUELAS i REIXACH, L. “Las Obras de Arte falsas”..., *op.cit.* 114.

¹⁴⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2013*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. 2013, p.498.

¹⁴⁵ PEÑUELAS i REIXACH, L. “Las Obras de Arte falsas”..., *op.cit.* 115.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 116.

¹⁴⁷ NIÑO, I. *Falsificación obra de arte...*, *op.cit.* p. 1.

¹⁴⁸ PEÑUELAS i REIXACH, L. “Las Obras de Arte falsas”..., *op.cit.* 112.

delitos, tras afirmar que el coleccionista afectado puede que no descubra el engaño hasta mucho años después, indica que no siempre se optará por denunciar el delito, y esto debido, en ocasiones, al deseo de preservar su imagen en el mercado y ante la sociedad. Tampoco los galeristas afectados, añade este autor, decidirán hacer público los casos de falsificación por temor a perder clientes o no poder revender la obra, puesto que lo contrario podría originar la pérdida de confianza en el mercado del arte a muchos compradores¹⁴⁹. Y a los artistas, como también apunta Peñuelas y Reixach, tampoco les conviene que se sepa “que son objeto de falsificación, pues ello puede perjudicar el precio de sus obras y la predisposición de los coleccionistas a adquirirlas”¹⁵⁰.

Junto a lo anterior, Peñuelas y Reixach¹⁵¹ alude a otros elementos que pueden dificultar la denuncia y enjuiciamiento de estos delitos, como el hecho de que los perjudicados por falsificaciones deben probar que la obra en cuestión no es auténtica, lo que origina la dificultad de que la acusación pueda demostrar, más allá de toda duda razonable, que un es falso; y esto es así puesto que, como señala este autor, “todos los casos que se llevan a juicio, ya sean penales o civiles, en última instancia dependen de si la parte con la carga de la prueba la asume y puede demostrar la culpabilidad”¹⁵².

Además, vinculado a lo antedicho, Peñuelas y Reixach manifiesta que la normativa penal no ha resultado eficaz en la persecución de las falsificaciones, debido, entre otras cuestiones, al hecho de que las falsificaciones se persigan a través del delito de estafa, cuyo tipo penal exige, como ya se ha explicado anteriormente, “tanto que se demuestre la intención de defraudar o engañar como que el engaño haya sido bastante para provocar la transacción patrimonial, lo que no siempre es posible probar”, y por este motivo, concluye Peñuelas y Reixach, “a los falsificadores y a los vendedores de falsificaciones en muchos casos ni se les lleva a juicio”¹⁵³.

5. CONCLUSIONES

Las obras de arte se han convertido en bienes económicos de considerable valor y el mercado del arte ha crecido considerablemente, tanto a nivel nacional como internacional, demandando todo ello una adecuada regulación, también desde el ámbito jurídico penal, para proteger a los creadores de las obras de arte, además de a sus propietarios y a la sociedad en general.

La tan necesaria protección del arte puede realizarse también desde el Derecho penal, cuya misión fundamental es la de velar por aquellos intereses que son estimados esenciales para la sociedad. Eso sí, deberá tenerse siempre en cuenta que este instrumento de control social formal se rige por el principio de *ultima ratio*, por lo que sólo se deberá acudir a él frente a los

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 113.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 113.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 113.

¹⁵² *Ibid.*, p. 114.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 116.

comportamientos más graves, y cuando los demás mecanismos hayan fracasado.

Los tipos delictivos que regulan los atentados contra la propiedad intelectual reúnen una serie de elementos comunes como la exigencia de dolo y de ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, que las conductas se realicen en perjuicio de tercero y la falta de autorización del titular del derecho. En cuanto al bien jurídico protegido, en el caso del plagio, además de dirigirse a la protección del derecho patrimonial de autor, común a todas las conductas típicas, se pretende proteger una de las facultades que forman parte del derecho moral de autor, y que se refiere al derecho de éste a exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.

En relación al plagio, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha dotado de contenido a este concepto, ante la ausencia de una definición legal clara del mismo. Y es aquí donde cobra especial relevancia lo que se entiende por originalidad, puesto que en torno a su significado –tanto objetivo como subjetivo–, se determinará si nos encontramos o no ante un comportamiento constitutivo de plagio.

Pero a pesar de la gravedad que supone esta conducta delictiva, la escasa jurisprudencia relacionada con el plagio de obra pictórica evidencia la limitada aplicación de este tipo penal cuando se trata de esta forma de arte. Los motivos para una aplicación tan restringida del delito de plagio en estos casos se debe a motivos diversos, destacando entre ellos que los afectados prefieren acudir a otras vías para hacer valer sus derechos o simplemente para evitar que estas conductas vuelvan a producirse.

Destaca también la falsificación de la obra de arte por su gran volumen. En efecto, la falsificación de obras de arte es un fenómeno en expansión, y que se vincula al delito de estafa y de falsificación documental. En el mercado de obras de arte circulan diferentes tipos de falsificaciones, normalmente de los pintores más afamados. La preocupación en relación a su detección, persecución y enjuiciamiento es importante, puesto que actualmente este tipo de delincuencia está pasando de ser clasificada dentro de la denominada delincuencia convencional, a llevarse a cabo por grupos de criminalidad organizada, realizada con medios altamente sofisticados, y que se ha visto facilitada por la globalización y la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones.

Frente a esto, no parecen suficientes los mecanismos penales actuales para hacer frente a una delincuencia no sólo cada vez más presente, sino que no parece ser foco de preocupación social, quizá debido al desconocimiento del daño causado o a la falta de conciencia de delito por cuanto a este tipo de criminalidad se refiere, lo que tiene como consecuencia la ausencia de demanda de mayor seguridad en este ámbito por parte de la sociedad.

La reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y que ha entrado en vigor el 1 de julio de este mismo año, ha revisado también estos delitos, como se expresa en la Exposición de Motivos de esta

Ley, “a fin de ofrecer una adecuada protección jurídico-penal, aunque sin olvidar que la Ley de Propiedad Intelectual es el instrumento de protección natural en esta materia y que es absolutamente necesario lograr un cierto equilibrio entre esa protección de la propiedad intelectual y la que también deriva del legítimo uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación”. En todo caso, habrá que esperar para ver si dicha reforma ofrece los resultados esperados, y trae consigo una aplicación de la Ley penal más acorde con la delincuencia de esta naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS MALDONADO, M. “Los falsificadores”. *RDL Revista de Libros (segunda época)*. Torre de Marfil. 2014 [En línea: http://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible.php?art=307&t=blogs]

ARROYO APARICIO, A.; BELLIDO AÑÓN, J.; GÓMEZ, M.M. *La relevancia de la prueba en el derecho de autor de las obras plásticas. Estudio de jurisprudencia comparada*. 2011. Madrid: Fundación Arte y Derecho/Trama Editorial.

AZNAR AUZMENDI, J.M. Pollock y el plagio. *LegArs Propiedad Intelectual e Industrial*. 2011. [En línea: <http://www.legars.eu/?p=430>].

BENJAMIN, W. “La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica”. En W. Benjamin *Discursos interrumpidos*, I. Madrid: Taurus. 1973, pp. 15-57.

BURGUEÑO, M.J. “Falsificaciones de obras de arte”. *Revista de Arte*. 1999. [En línea: <http://www.revistadearte.com/1999/01/30/falsificaciones-de-obras-de-arte/>]

BURGUEÑO, M.J. “Sesenta falsificaciones atribuidas a Goya, Picasso, Menchu Gal, B. Palencia o Viola”. *Revista de Arte*. 2012 [En línea: <http://www.revistadearte.com/tag/falsificaciones/page/2/>]

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. “Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”. *Ius et Praxis*, 14(1). 2008. [En línea: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci_arttext]

CARRANZA, N. “Falsificaciones de Dalí descubiertas”. *Arte Contemporáneos*. 2012 [En línea: <http://artescontemporaneos.com/falsificaciones-de-dali-descubiertas/>]

CASABÓ ORTÍ, M.A. *La estafa en la Obra de Arte*. Tesis doctoral. Murcia: Universidad de Murcia. 2014.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L. “Los derechos del autor sobre la obra plástica”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 13. *La protección de la propiedad intelectual*. 2001, pp. 35-81.

CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dir.) *Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomo I*. Barcelona: Marcial Pons. 2004.

DÍAZ, C. “Homenajes, parodias, plagios y coincidencias”. *Visual: magazine de diseño, creatividad gráfica y comunicación*, nº 167. 2014, pp. 26-35.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

Especial atención a la aplicación práctica en España”. *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Vol. 30, nº 88. 2009, pp. 93-134. [En línea: <http://www.uexternado.edu.co/>].

FERNÁNDEZ GALLEGOS, R. “Falsificaciones y robo de obras de arte”, en P. Barraca de Ramos (coord.) *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales*. Madrid: Ministerio de Cultura. 2008, pp. 87-90.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal*. Madrid: FGE, 2013.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2013*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. 2013. [En línea: <https://www.fiscal.es>]

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2014*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. 2014. [En línea: <https://www.fiscal.es>]

GIMBERNAT ORDEIG, E. “Los delitos contra la propiedad intelectual”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 15. *Delitos contra la propiedad*. 1995, pp. 203-237.

GUERRERO ZAPLANA, J. “Los delitos contra la propiedad intelectual”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 3. *Protección de la obra audiovisual*. 2007, pp. 17-48.

HERRERO HERRERO, C. *Fenomenología criminal y Criminología comparada*. Madrid: Dykinson, 2011.

HIDALGO, C. “La Policía constata un incremento de la falsificación de obras de arte”. *ABC.es* Madrid. 2013. [En línea: <http://www.abc.es/local-madrid/20130228/abc-policia-constata-incremento-falsificacion-201302272012.html>]

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, J. “Obras protegidas por la propiedad intelectual (II)”. *Propiedad Intelectual Hoy*. 2012. [En línea: <http://propiedadintelectualhoy.com/tag/obra-plastica/>]

MÉNDEZ, M. “Participantes en el concurso de pintura Ernesto Goday sospechan de plagio en la obra ganadora”. *Faro de Vigo*. 2015. [En línea: <http://www.farodevigo.es/portada-arousa/2015/01/13/participantes-concurso-pintura-ernesto-goday/1164226.html>].

MOLINS RAICH, M.; GONZÁLEZ GARCÍA, J. “Medidas penales contra las falsificaciones de obras de arte y las atribuciones erróneas de la autoría”, en L. Puñuelas i Reixach (dir.). *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte. Análisis artístico y jurídico*. Barcelona: Ediciones Poligrafía y Fundació Gala-Salvador Dalí, 2013, pp. 305-309.

MORALES GARCÍA, O. (dir.). *Código penal con jurisprudencia*. Cizur Menor: Aranzadi. 2013.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Compendio de casos de delincuencia organizada. Recopilación comentada de casos y experiencias adquiridas*. Nueva York: Naciones Unidas. 2012.

NIÑO, I. Falsificación obra de arte. *NIAL Art Law*. 2010 [En línea: <http://www.nial-artlaw.com/blog/2010/03/09/falsificacion-obra-de-arte/>]

PEÑUELAS i REIXACH, L. “Casos problemáticos de autoría y originalidad de las obras de arte”. En L. Peñuelas i Riekach (ed.) *Autoría, autenticación y falsificación de las Obras de Arte: análisis artístico y jurídico*. Figueres: Fundació Gala-Salvador Dalí. 2013a, pp. 59-99.

PEÑUELAS i REIXACH, L. “Las Obras de Arte falsas”. En L. Peñuelas i Riekach (ed.) *Autoría, autenticación y falsificación de las Obras de Arte: análisis artístico y jurídico*. Figueres: Fundació Gala-Salvador Dalí. 2013b, pp. 101-131.

PEÑUELAS i REIXACH, L. “Presentación”. En Lluís Puñuelas i Reixach (dir.) *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte. Análisis artístico y jurídico*. Barcelona: Ediciones Polígrafa y Fundació Gala-Salvador Dalí. 2013c, pp. 7-9.

PÉREZ CEPEDA, A.I.; BENITO SÁNCHEZ, D. “Estudio de los instrumentos existentes para medir la delincuencia”. *Revista española de Ciencia penal y Criminología – RECPC* 15-08, 2013, pp. 1-34. [En línea: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-08.pdf>]

PINEY, G. El arte de la falsificación. *Azureazure.com*. 2013 [En línea: <http://azureazure.com/cultura/el-arte-de-la-falsificacion>]

QUINTERO OLIVARES, G. “De los delitos relativos a la propiedad intelectual”. En G. Quintero Olivares (dir.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal* (5ª edición). Cizur Menor: Aranzadi. 2005, p. 767 ss.

RAMOS DELGADO, P. “Plagio en el Centro de Historia”. *Heraldo.com*. 2011 [En línea: http://www.heraldo.es/noticias/cultura/plagio_centro_historia.html].

VILLANUEVA GUIJARRO, M.A. Actuaciones de investigación y persecución de delitos contra el patrimonio. *Associació d'Arxivers. Gestors de Documents de Catalunya*. 2008. [En línea: <http://www.arxivers.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/239-jed-080528-villanueva-1/file>]