

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST-GRADO

Los delitos contra los Derechos de Autor en el Perú

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en
Ciencias Penales

AUTOR

Pedro Abraham Valdivia Dextre

Lima – Perú

2012

DEDICO LA PRESENTE TESIS A:

LOS CATEDRÁTICOS SANMARQUINOS:

En reconocimiento a la formación recibida en esta casa de estudios.

**DRs. PERCY PEÑARANDA PORTUGAL, y
SILFREDO HUGO VIZCARDO:**

Maestros, por su amistad y permanente estímulo a la investigación.

DR. MANUEL G. ABASTOS HURTADO:

El mayor penalista peruano, sanmarquino, del Siglo XX.

AGRADECIMIENTO: Al doctor **Silfredo HUGO VIZCARDO**, asesor de la presente tesis; a mi **Familia** que sin su apoyo no sería posible la presente investigación.

PRESENTACION

La presente Tesis del Bachiller **PEDRO ABRAHAM VALDIVIA DEXTRE**, titulada *“Los delitos contra los derechos de autor en el Perú”*, corresponde a una investigación teórico-dogmático, en la que se efectúa el correspondiente análisis de las normas penales correspondientes a los ilícitos estudiados, además del análisis documental de sentencia emblemáticas, nacionales y extranjeras. El estudio de los Delitos Contra los Derechos de Autor en el ordenamiento jurídico nacional, se hace a partir del estudio de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, nacional y comparada.

El núcleo temático se encuentra desarrollado en el capítulo octavo en el que se precisa los alcances dogmáticos y teleológicos de las principales categorías que integran la investigación; se efectúa así el estudio de los Delitos Contra los Derechos de Autor y las diferencias, analogías y relación que existe entre éstos delitos y otros.

Además en el capítulo noveno, se hace un análisis sobre situaciones relevantes de las Sentencias de los Juzgados Penales (Delitos de Autor), y del Tribunal de la Propiedad Intelectual de INDECOPÍ (Derecho de Autor), del Tribunal Constitucional y de la Comunidad Andina de Naciones. En los capítulos decimo y decimo primero, efectúa un exhaustivo estudio de los Delitos Contra los Derechos de Autor en el derecho comparado, la legislación, doctrina, y jurisprudencia.

Por lo demás, la tesis está dividida en doce capítulos, entre los cuales el autor hace un análisis jurídico integral del tema materia de tesis, vale decir, analiza aspectos Constitucionales, Derecho Internacional, Derecho de Autor, y Derecho Penal, tanto aspectos generales como especiales, vinculados al tema. En el capítulo primero, se abordan temas generales y de metodología. En el capítulo segundo, se desarrolla los aspectos históricos del Derecho de Autor y del Derecho Penal Económico, desde el Derecho Romano, hasta la actualidad. Los conceptos generales de la

Propiedad Intelectual como concepto que abarca tanto la Propiedad Industrial, como los Derechos de Autor y Conexos, y las teorías acerca de la naturaleza jurídica de este último concepto, están desarrollados en el capítulo tercero. El concepto específico del Derecho de Autor, está desarrollado en el capítulo cuarto, comprendiendo los conceptos de Derecho Patrimonial y Derecho Moral, además aborda el enfoque legal en el Derecho Comparado. El aspecto constitucional es analizado en el capítulo quinto, desde esa perspectiva se da un panorama de los Derechos de Autor y Conexos específicamente. Enriqueciendo la investigación, el sexto capítulo, está dedicado a los tratados y convenios internacionales, tema de gran trascendencia por su incidencia directa en el tema. Con toda la dificultad de encontrar un norte legislativo, y esclarecer la regulación jurídica, en el capítulo séptimo, se aborda el tema del Derecho de autor en el Derecho Positivo Nacional, remontando el enfoque desde los inicios de la República, hasta la actualidad. Además hay un capítulo dedicado a la contrastación de hipótesis, es el décimo segundo, importante porque es lo que corresponde desde la exigencia metodológica.

Finalmente, son interesantes las conclusiones, que están en estricta consonancia con cada problema e hipótesis planteada, y además las recomendaciones, para enriquecer más la Tesis, presentamos una propuesta de reforma legislativa, y constitucional, ello para estar a tono con la naturaleza de la investigación, y de nuestra casa de estudios, caracterizado por dar a la sociedad propuestas de solución de problemas.

“LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL PERU”

INDICE

	Pág.
Dedicatoria	i
Agradecimiento	ii
Presentación	iii
Índice	
Resumen	
CAPÍTULO I:	1
ASPECTOS GENERALES DE LA TESIS DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL PERU	1
1.1 Introducción.	1
1.2 Referencia a la problemática de los delitos contra los derechos de autor.	1
1.2.1.- Formulación De Preguntas.	2
1.3 Aspectos Metodológicos.	2
1.3.1 Opinión personal acerca de los aspectos metodológicos	6
1.4 Objetivos, Justificación.	8
1.4.1. Objetivos.	8
1.4.2. Justificación.	8
1.5 Lineamientos de la Investigación. Líneas de Investigación. (temáticas)	11
1.5.1 Lineamientos de la Investigación.	11
1.5.2 Líneas de Investigación. (Temáticas)	11
1.6 Formulación de Hipótesis	12
1.7 Marco Teórico.	13
1.8 Delimitación del Tema.	13
1.9 Aspectos generales conceptuales sobre los delitos contra los derechos de autor.	14
1.10 ¿Por qué tutelar penalmente los derechos de autor?.	14
CAPÍTULO II:	15
ASPECTOS HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR, Y DEL DERECHO PENAL ECONOMICO	15
2.1 Breve referencia histórica.	15
2.2 Los orígenes de los derechos de autor: Pueblo Hebreo.	15
2.3 Grecia	16
2.4 Roma	16
2.5 Feudalismo	17
2.6 Renacimiento	21
2.7 Época moderna europea.	22

2.7.1	Inglaterra	22
2.7.2	Francia	22
2.7.3	España.	23
2.8	Primeras leyes de protección al derecho de autor.	24
2.8.1	El Estatuto de la reina Ana.	25
2.8.2	España: La real ordenanza de Carlos III.	25
2.8.3	Decreto de la asamblea nacional (1791).	26
2.9	La Convención de Berna: Universalización de los derechos de autor.	26
2.10	Época moderna americana.	27
2.10.1	Estados Unidos.	27
2.10.2	Argentina.	27
2.10.3	Perú.	28
2.11	Apreciación del tesista, sobre los aspectos históricos del derecho de autor	28
2.12	Derecho y Economía: Un tardío encuentro	29
2.13	Derecho Penal y Economía: De la exigencia de la Guerra a la Economía de Mercado	33
2.14	Origen del Derecho Penal Económico	35
2.15	Aspectos históricos del Derecho Penal Económico	38
2.16	El Derecho Penal Económico de la Propiedad Intelectual – Derecho de Autor	47
2.17	Apreciación del tesista sobre los aspectos históricos del Derecho Penal Económico de la Propiedad Intelectual – Derecho de Autor	49
CAPÍTULO III:		51
PROPIEDAD INTELECTUAL: DERECHOS DE AUTOR		51
3.1	La propiedad intelectual: Contextualización de los derechos de autor.	51
3.2	Definición de la propiedad intelectual.	51
3.3	Ramas de la propiedad intelectual.	52
3.4	Diferencias entre el autor e inventor.	54
3.5	El derecho de autor.	55
3.5.1	Definiciones Doctrinarias.	55
3.5.1.1	Edmundo Pizarro Dávila	55
3.5.1.2	Guillermo Cabanellas	55
3.5.1.3	Pedro Flores Polo	56
3.5.1.4	Humberto J. Herrera Meca	56
3.5.1.5	Manuel Abanto Vásquez	56
3.6	Teorías que fundamentan la tutela de los derechos de autor.	57
3.6.1	La teoría de la recompensa.	57
3.6.2	La teoría de la recuperación.	57
3.6.3	La teoría de la invención.	58
3.6.4	La teoría del beneficio público.	58
3.7	Apreciación del autor de las teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor	59

CAPÍTULO IV:	61
EL DERECHO DE AUTOR	61
4.1 Teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor.	61
4.1.1 Teoría del derecho de propiedad.	61
4.1.2 Teoría del derecho individual o de la personalidad.	62
4.1.3 Teoría socialista.	62
4.1.4 Teoría de la Colectividad.	63
4.1.5 Teoría de los derechos intelectuales.	63
4.1.6 Teoría del derecho de trabajo.	64
4.1.7. Teoría del derecho económico.	64
4.1.8. Teoría dualista.	64
4.1.9 Apreciación del autor de las teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor.	65
4.2 El término " propiedad Intelectual".	65
4.3 El contenido de la protección jurídica del derecho de autor.	66
4.4 Objetos protegidos.	67
4.5 Obras derivadas.	67
4.6 Titulares del derecho de autor.	68
4.7 Contenido del derecho de autor.	69
4.7.1 Los derechos morales.	69
4.7.1.1 El derecho de divulgación.	70
4.7.1.2 El derecho de paternidad.	71
4.7.1.3 El derecho de integridad.	71
4.7.1.4 El derecho de modificación.	71
4.7.1.5 El derecho de retiro de la obra del comercio.	71
4.7.1.6 El derecho de acceso.	72
4.7.1.7 Duración de los derechos morales.	72
4.7.2 Los derechos patrimoniales.	72
4.7.2.1 El derecho de explotación.	73
4.7.2.1.1 Facultades Comprendidas	75
4.7.2.1.2 Límites al derecho de explotación.	75
4.7.2.2 El Derecho de Reproducción.	76
4.7.2.3 El Derecho de Distribución.	78
4.7.2.4 EL Derecho de Comunicación Pública.	79
4.7.2.5 El Derecho de Transformación.	79
4.7.2.6 El Derecho de Colección.	80
4.7.2.7 Duración del Derecho Patrimonial.	81
4.8 Derecho comparado de los derechos de autor.	81
4.8.1 España.	81
4.8.1.1 Doctrina	81

4.8.1.2	Legislación.	84
4.8.2	Estados Unidos.	88
4.8.2.1	Doctrina.	88
4.8.2.2	Legislación	92
CAPÍTULO V:		97
DERECHO CONSTITUCIONAL: TUTELA DE LOS DERECHOS DE AUTOR		97
5.1	Teoría Constitucional	97
5.1.1	Ideas Generales de Constitución.	97
5.1.2	Origen de la Justicia Constitucional.	99
5.1.3	Sistemas de control constitucional.	100
5.2	El Estado de Derecho.	102
5.3	El Estado Social de Derecho.	103
5.4	El Estado Constitucional de Derecho.	103
5.5	Fundamento de la Constitucionalidad de la Constitución	104
5.5.1	Teoría de Kelsen: Positivismo.	104
5.5.2	Teoría de Peces Barba: Ius Naturalismo.	109
5.6	Las Constituciones Peruanas y la tutela a los derechos de autor.	113
5.6.1	Constitución de 1823.	114
5.6.2	Constitución de 1920.	115
5.6.3	Constitución de 1933.	115
5.6.4	Constitución Política de 1979.	115
5.6.5	Constitución de 1993.	115
5.7	La Constitución de 1993 y el Derecho Penal	115
5.7.1	El Principio de Legalidad.	117
5.7.2	Principio de Imputación Necesaria.	122
5.7.3	Principio de Igualdad.	129
5.7.4	Principio de Tipicidad Objetiva.	129
5.7.5	Principio de Materialidad.	129
5.7.6	Principio de Ofensividad o Lesividad.	129
5.7.7	Principio de Culpabilidad.	130
5.7.7.1	El Principio de Responsabilidad por el Acto o Acción.	130
5.7.7.2	El Principio de Responsabilidad Subjetiva.	131
5.7.7.3	El Principio de Responsabilidad Personal.	131
5.7.7.4	El Principio de Imputación Personal.	132
5.7.8	Principio de Necesidad o Utilidad.	132
5.7.9	Principio de Dignidad.	132
5.7.10	Principio de Proporcionalidad.	132
5.7.11	Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos.	133
5.7.12	Principio de Humanidad.	133

5.7.13	Principio de Oportunidad.	134
5.7.14	Principio de Derecho Penal Mínimo.	134
5.7.15	Principio del carácter fragmentario del Derecho Penal.	135
5.7.16	Principio de la Última Ratio.	136
5.7.17	Principio de Protección a la Víctima.	136
5.8	La Constitución de 1993 y la tutela a los derechos de autor.	137
5.9	La Constitución y el Derecho a la Información.	138
5.10	La protección constitucional actual a los derechos intelectuales en los países de América Latina.	143
5.10.1	Argentina.	143
5.10.2	Bolivia.	143
5.10.3	Chile.	143
5.10.4	Colombia.	143
5.10.5	Costa Rica.	143
5.10.6	Ecuador.	145
5.10.7	Paraguay.	145
5.10.8	República Dominicana.	145
5.10.9	Uruguay.	146
5.10.10	Venezuela.	146
 CAPITULO VI		 147
TRATADOS INTERNACIONALES, RESPECTO A LOS DERECHOS DE AUTOR		147
6.1	Breve referencia histórica al Orden Jurídico Nacional e Internacional.	147
6.2	Poder jurisdiccional, Ordenamiento Jurídico Nacional, y Normas Internacionales.	154
6.3	Características actuales del Orden Jurídico Internacional.	157
6.4	Principales normas internacionales que regulan los derechos de autor	162
6.4.1	Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.	162
6.4.2	Convención de Roma.	163
6.4.3	Convención Universal de Ginebra (1952).	164
6.4.4	Acuerdo General de Tarifas y Aranceles (GATT)/ADPIC.	164
6.5	Los derechos humanos y los derechos de autor - conexos.	165
6.5.1	Los Derechos de Autor y Derecho a la Identidad.	170
6.5.2	Los Derechos de Autor y el Derecho a la Cultura	171
6.5.3	Los Derechos de Autor y el Derecho a la Educación	174
6.5.4	Los Derechos de Autor y el Derecho a la Información.	176
6.5.5	Las expresiones de los derechos de autor en el pluralismo jurídico y los derechos humanos	177
6.6	Los derechos de propiedad intelectual en los instrumentos internacionales de derechos humanos.	180
6.6.1	La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de Bogotá de 1948.	181

6.6.2	La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.	182
6.6.3	La Convención Americana sobre Derechos Humanos.	182
6.6.4	El Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador".	182
6.6.5	La Organización Mundial de Propiedad Intelectual y la Organización de las Naciones Unidas en relación a los Derechos de Propiedad Intelectual y los Derechos Humanos.	182
6.7	Adhesión a los principales Convenios Internacionales sobre propiedad intelectual en América Latina y el Caribe.	184
6.7.1	Convenios internacionales sobre propiedad intelectual.	184
6.7.2	Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos decisión N° 351 de la comisión del Acuerdo de Cartagena.	186
6.8	Convenciones del sistema interamericano.	187
6.9	Leyes y tratados contra la piratería electrónica en el nuevo milenio.	188
6.9.1	Ley de Derechos de Autor del Milenio Digital (DMCA).	188
6.9.2	Tratado WCT.	189
6.9.3	Tratado WPPT.	189
6.10	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.	190
6.10.1	Antecedentes.	191
6.10.2	Funciones y objetivos.	193
6.10.3	Tratados y Convenios que administra.	193
6.10.4	Administración y financiación de sus actividades.	195
6.10.5	Requisitos para ser Estado miembro.	195
6.10.6	Centro de arbitraje y mediación de la OMPI.	196
6.10.7	Academia Mundial de La OMPI.	196
6.11	TLC USA-Perú	197
6.12	TLC USA y otros países	200
CAPITULO VII		
DERECHO DE AUTOR EN EL DERECHO POSITIVO NACIONAL		
7.1	Derechos de Autor en el Derecho nacional.	203
7.2	La normatividad constitucional sobre derechos de autor.	204
7.3	La normatividad legal sobre Derechos de Autor.	205
7.3.1	Ley de 1849.	205
7.3.2	Ley de 1915.	206
7.3.3	El Código Civil de 1936.	206
7.3.4	Ley de 1961.	206
7.3.5	Decreto Supremo N° 062 de 1962.	206
7.3.6	Ley N° 15792 de 1965.	206
7.3.7	Decreto Ley N° 22994 de 1980.	207
7.3.8	Ley 23506 de 1982, Ley de Habeas Corpus y de Amparo.	207
7.3.9	Ley N° 23535 de 1982.	207

7.3.10	Ley 24182, de Depósito Legal de 1985.	208
7.3.11	Resolución Legislativa N° 23979, de 1984.	208
7.3.12	Resolución Jefatural N° 203-88-BNP, de 1988.	208
7.3.13	D.S. 0024-DE-91 de 1991.	209
7.3.14	Ley N° 25326 de 1991.	209
7.3.15	El Código Penal de 1991.	209
7.3.16	Decreto Ley 25688 de 1992.	210
7.3.17	Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos: Decisión 351, de 1993.	210
7.3.18	Decreto Legislativo 822 de 1996.	210
7.3.19	Ley 26905 Ley de Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú, De 1997.	211
7.3.20	Decreto Supremo N° 017-98- ED, Reglamenta la Ley de Depósito Legal, de 1998.	211
7.3.21	Ley N° 27729. que modifica diversos artículos del Código Penal, del 2002.	212
7.4	Ley Sobre el Derecho de Autor: Decreto Legislativo N° 822.	212
7.4.1	Titulares del derecho de autor	216
7.4.2	Contenido del Derecho de Autor	216
7.4.3	Los derechos morales.	216
7.4.4	Los derechos patrimoniales.	217
7.4.5	La gestión colectiva	220
7.4.6	La Oficina de Derechos de Autor	220
7.4.7	El Registro	221
CAPITULO VIII		223
DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR: DERECHO PENAL PERUANO		223
8.1	Referencia Histórica de la Legislación Penal en los Delitos Contra los Derechos De Autor.	223
8.1.1	Colonia.	223
8.1.2	Independencia.	224
8.1.3	Primer proyecto de Código Penal de 1859.	224
8.1.4	EL Código Penal de 1863: Supervivencia de la influencia española	224
8.1.5	El Código Penal del 1924: Influencia Suiza	224
8.1.6	Ley N° 23535, de 1982.	225
8.1.7	El Código Penal de 1991.	225
8.2	Delitos contra los derechos de autor.	225
8.3	Teorías sobre la Naturaleza Jurídica.	226
8.3.1	Teoría de la falsificación.	226
8.3.2	Teoría de la defraudación.	228
8.3.3	Teoría del hurto propio y del hurto impropio.	230
8.3.4	Teoría de la usurpación.	231

8.3.5	Teoría del delito “sui generis”.	233
8.3.6	Apreciación personal del tesista.	236
8.4	Bien Jurídico Tutelado.	236
8.5	La denominada accesoriedad administrativa.	241
8.6	Leyes penales en blanco. Cláusulas de autorización.	243
8.7	Confluencia sancionadora, los catálogos de sanciones.	243
8.8	Sanciones penales, y sanciones administrativas.	244
8.9	Legislación y doctrina. Normas vigentes de Delitos contra los Derechos de Autor y Conexos.	245
8.9.1	La Ley N° 27729 del 2002.	245
8.10	Código Penal: Decreto Legislativo N° 635	246
8.11	Análisis jurídico de los delitos contra los Derechos de Autor y Derechos Conexos.-	254
8.11.1	Copia o reproducción no autorizada: artículo 216°.	254
8.11.2	Difusión, distribución y circulación de la Obra sin la autorización del autor (art. 217 del C.P.)	260
8.11.3	Actos de comercialización, con supresión o alteración del nombre del titular del Derecho de Autor: Artículo 218° C.P.	267
8.11.4	El Delito de Plagio (Artículo 219 del C.P.).	276
8.11.5	Circunstancias agravantes: Falsa Autoría y Concertación (Artículo 220).	286
8.11.6	Incautación preventiva y comiso definitivo (Artículo 221)	294
8.11.7	Elusión de medidas tecnológicas (Artículo 220-A).	299
8.11.8	Productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas (Artículo 220-B).	303
8.11.9	Servicios destinados a la elusión de medidas tecnológicas (Artículo 220-C).	304
8.11.10	Delitos contra la información sobre gestión de derechos (Artículo 220-D).	305
8.11.11	Etiquetas, carátulas y empaques (Artículo 220-E).	307
8.11.12	Manuales y licencias para programas de ordenador (Artículo 220-F).	309
8.12	Apreciación personal del tesista	312
CAPITULO IX		317
JURISPRUDENCIA NACIONAL DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR		317
9.1	Origen de la casación penal en el Perú.	317
9.2	La casación penal en el Perú.	321
9.2.1	Características.	321
9.2.2	Finalidad de la casación.	322
9.2.3	La Casación en el Perú actual.	324
9.3	Jurisprudencia de delitos contra los derechos de autor en los juzgados penales.	324
9.4	Jurisprudencia de delitos contra los derechos de autor en las salas penales.	327
9.5	Jurisprudencia de delitos contra los derechos de autor en INDECOPI.	330
9.6	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derechos de autor.	338

9.7	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre derechos de autor.	344
CAPITULO X		
LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL DERECHO COMPARADO.		355
10.1	Los delitos contra los Derechos de Autor en el Derecho Comparado.	355
	10.1.1. España.	355
	10.1.2. Bolivia.	360
	10.1.3. Colombia.	360
	10.1.4. Chile.	362
	10.1.5. Código Penal de Paraguay, Ley Nº. 1.160/97.	363
	10.1.6. México.	364
	10.1.7. Argentina	364
CAPITULO XI		367
JURISPRUDENCIA DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL DERECHO PENAL COMPARADO		
11.1	Sistemas Casatorios.	367
	11.1.1 Sistema Francés.	367
	11.1.2 Sistema Alemán.	368
	11.1.3 Sistema Español.	368
11.2	Evolución de la Casación.	369
11.3	Jurisprudencia Argentina.	371
11.4	Jurisprudencia Española.	375
11.5	Casos de Biopiratería en América Latina	379
CAPITULO XII		383
CONTRASTACION DE HIPOTESIS Y RESULTADOS DE LA INVESTIGACION		383
12.1	Contrastación de la hipótesis general	383
12.2	Contrastación de la hipótesis específicas	385
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		399
	Conclusiones	399
	Recomendaciones	401
ANEXO:		404
PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL		404
PROYECTO DE REFORMA LEGISLATIVA		406
BIBLIOGRAFIA		409

RESUMEN DE TESIS

La presente Tesis para optar el título de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales, del Bachiller **PEDRO ABRAHAM VALDIVIA DEXTRE**, titulada ***“Los delitos contra los derechos de autor en el Perú”***, corresponde a una investigación teórico-dogmático, en la que se efectúa el correspondiente análisis de las normas penales correspondientes a los ilícitos estudiados, además del análisis documental de sentencia emblemáticas, nacionales y extranjeras, sin menoscabo de ello y a la luz de los desarrollos de las teorías metodológicas, se proyecta también con aspectos de la investigación cuantitativa, es sus vertientes causal y correlacional, en definitiva se trata de una tesis con metodología ecléctica (cualitativa – teórico dogmático-, y cuantitativa – causal y correlacional-), con lo cual gana en rigor teórico.

Está dividida en doce capítulos, entre los cuales cabe destacar que el autor hace un análisis jurídico integral del tema materia de tesis, vale decir, analiza aspectos Doctrinales de la Propiedad Intelectual, y sus especies: Propiedad Industrial, y Derechos de Autor; asimismo Aspectos Históricos, Constitucionales, Derecho Internacional, Derecho Penal, y Procesal Penal (Jurisprudencia).

La tesis desarrollada tiene cinco Líneas de Investigación: 1) Jurídica Positiva: Constitucional, Tratados Internacionales, Derecho Penal, y Derecho de Autor. 2) Jurídica Jurisprudencial: Correspondiente a la Jurisprudencia de las Salas Superiores Penales de los diversos distritos judiciales del país, y al Tribunal del INDECOPI. Asimismo jurisprudencia jurisdiccional de Derecho Comparado. 3) Jurídica Doctrinal: Comprende describir, y analizar las corrientes doctrinarias sobre los Delitos contra los Derechos de Autor. 4) Histórica: Describe y analiza los Delitos contra los Derechos de Autor desde una perspectiva histórica; y 5) Prospectiva: Propone un Proyecto de reforma Legislativa. Estos y otros aspectos metodológicos son abordados en capítulo 1.

El capítulo 2, está dedicado al desarrollo de los aspectos históricos del Derecho de Autor y del Derecho Penal Económico, desde el Derecho Romano, hasta la actualidad.

Los conceptos generales están desarrollados en el capítulo 3, la Propiedad Intelectual como concepto que abarca tanto la Propiedad Industrial, como los Derechos de Autor y Conexos, y las teorías acerca de la naturaleza jurídica de este último concepto.

El concepto específico del Derecho de Autor, está desarrollado en el capítulo 4, comprendiendo los conceptos de Derecho Patrimonial y Derecho Moral, además aborda el enfoque legal en el Derecho Comparado.

El aspecto constitucional es analizado en el capítulo 5, no siendo ajeno a la tesis, esta perspectiva de estudio, desde donde se da un claro panorama de la ciencia jurídica actual, y de los Derechos de Autor y Conexos específicamente, es su aspecto de Derecho Fundamental.

Enriqueciendo la investigación, tenemos el capítulo 6, dedicado a los tratados y convenios internacionales, tema de gran trascendencia por su incidencia directa en el tema de Tesis. Se explicita la complejidad de las normas relativas a Derechos de Autor, en las cuales se integra al Derecho Nacional, la regulación internacional.

Con toda la dificultad de encontrar el norte legislativo, y esclarecer la regulación jurídica, en el capítulo 7, se aborda el tema del Derecho de autor en el Derecho Positivo Nacional, remontando el enfoque desde los inicios de la Republica, hasta la actualidad. Estudio necesario, en la medida de la naturaleza de la norma penal, que en lo relativo a los delitos contra los derechos de autor, son “normas en blanco”, es decir de remisión al Derecho Común.

El núcleo central de la Tesis, se encuentra desarrollado en el capítulo 8, en el que se precisa los alcances dogmáticos y teleológicos de las principales categorías que integran la investigación; se efectúa así el estudio de los Delitos Contra los Derechos de Autor.

Los capítulos 9, y 11, están dedicado a la jurisprudencia nacional, y comparada, respectivamente; y no solo es referido a la del Poder Judicial, que es muy interesante, sino además hay Jurisprudencia de INDECOPI, del Tribunal Constitucional, y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Analiza el Derecho Positivo Comparado, en el capítulo 10, y se hace respecto a los Ordenamientos de mayor tradición jurídica del mundo.

Un capítulo dedicado a la contrastación de hipótesis es el Capítulo 12, importante porque es lo que corresponde desde la exigencia metodológica cuantitativa.

Son interesantes las conclusiones, que están en estricta consonancia con cada problema e hipótesis planteada, y además las recomendaciones que están en función a los temas abordados, para enriquecer más la Tesis, sustenta propuesta de reforma legislativa (proyectos de Reforma Constitucional, y de Ley – Código Penal), para estar en consonancia con la naturaleza de la investigación y de este Centro de Estudio, caracterizado por dar a la sociedad propuestas de solución de problemas.

Lima, 17 de Mayo de 2012.

THESIS SUMMARY

The present Thesis for the Master's Degree in Law with mention in Criminal Sciences, of the graduate PEDRO ABRAHAM VALDIVIA DEXTRE, entitled "Crimes against copyright in Peru", corresponds to a dogmatic- theoretical investigation, in which performed the corresponding analysis of criminal law for the crimes studied, besides the documentary analysis of judgment emblematic, in addition to judgment emblematic documentary analysis, domestic and foreign, without damage of it and in the light of the developments of the methodological theories, it is projected also by aspects of the quantitative investigation, in its causal and correlational aspects. Definitively, it is a question of a thesis with Eclectic Methodology (qualitative - dogmatic theoretical, and quantitative - causal and correlational-), which gains in theoretical rigor.

It is divided into twelve chapters, including noteworthy that the author makes a comprehensive legal analysis of the subject matter of the thesis, in other words, analyzes Doctrinal aspects of Intellectual Property, and its species: Industrial Property and Copyright; likewise Historical, Constitutional aspects, International Law, Criminal Law, and Criminal Procedure Law (Jurisprudence).

The developed Thesis has five Lines of Investigation: 1) Positive Law: Constitutional, International Agreements, Criminal Law and Copyright. 2) Jurisprudence Law: Correspondent to the Jurisprudence of Criminal Superior Courts to the diverse judicial districts of the country, and to the INDECOPI Court. Also jurisdictional jurisprudence of Comparative Law 3) Legal Doctrine: Includes description and analysis of doctrinal currents on crimes against copyright. 4) Historical: It describes and analyzes the crimes against the Copyright from a historical perspective; and 5) Prospective: It proposes a Project of legislative reform. These and other methodological aspects are approached in Chapter 1.

Chapter 2, it is dedicated to the development of the historical aspects of Copyright and Economic Criminal Law from Roman Law to the present.

The general concepts are developed in Chapter 3, the Intellectual Property as concept that includes so much the Industrial Property, as the Copyright and Connected and the theories about the legal nature of the latter concept.

The specific concept of Copyright, is developed in Chapter 4, including the concepts of Patrimonial Law and Moral Law, in addition addresses the legal approach in Comparative Law.

The constitutional aspect is analyzed in Chapter 5, not being foreign to the thesis, this perspective of study, where it gives a clear panorama of current legal science and the Copyright and Connected, specifically in the aspect of Fundamental Law.

Enriching the investigation, we have the Chapter 6, dedicated to the agreements and international agreements, a subject of great importance for its direct impact on the Thesis theme. It makes explicit the complexity of the rules on Copyright in which is integrated into National Law, international regulation.

With the whole difficulty of finding the legislative north, and clarify the juridical regulation in Chapter 7 and to clarify the juridical regulation, the topic of Copyright is approached in the National Statute Law National Positive Law, up the approach from the beginning of the Republic to the present mending the approach from the beginnings of the Republic up to the current importance. Necessary study, in the measure of the nature of the criminal norm, that with regard to crimes against copyright are "white norms", in other words, to transfer to the Common Law.

The central core of the Thesis, is developed in the Chapter 8, which specifies the scope and dogmatic teleology of the main categories that integrate the

investigation; the study of the Crimes is effected this way against the Copyright, is done and the study of the Crimes against Copyright.

Chapters 9 and 11 are dedicated to the national and compared jurisprudence, respectively; and not only is referred to the Judicial Power, which is very interesting; but in addition, there is Jurisprudence of INDECOPI, of the Constitutional Court and of the Court of Justice Andean Community. It study the Positive Law Comparative in the Chapter 10, and is made with respect to the laws of most legal tradition of the world.

A chapter on hypothesis testing is Chapter 12, importantly because it is what corresponds from the methodological quantitative exigency.

There are interesting the conclusions that are in strict agreement with every problem and raised hypothesis; in addition, the recommendations that are in function to the approached topics, to further enrich the thesis, it sustains an offer of legislative reform (Projects of Constitutional Reform and of Law - Penal Code), to be in agreement with the nature of the investigation and of this Center of Study, characterized for giving to the society proposed to solve problems.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES

1.1.- INTRODUCCIÓN.

La presente investigación toca un tema de suma importancia, referido a la tutela penal de intangibles, es decir de los Derechos Intelectuales, específicamente de los Derechos de Autor. Tema de una amplitud extraordinaria, y de una profundidad digna de su estudio histórico. Analizaremos, los tipos penales, la regulación administrativa, las normas internacionales: Tratados, Convenios, el Derecho Comparado, la Jurisprudencia Nacional y extranjera, desde una perspectiva dinámica, y comprometida en dar soluciones concretas y practicas a los diversos problemas que existen en está área del saber jurídico penal.

1.2.- REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR.

Estamos viviendo la Sociedad del Conocimiento, en ella el saber cobra inusitada y singular importancia. Desde Tales de Mileto, en las calendas griegas, cuando surge el saber hacia el siglo VII antes de nuestra era (639-547 a.C), en la especie humana, tuvieron que pasar 28 siglos de vivencia civilizadora, para que el saber ocupe un lugar primordial en la civilización. Hoy la economía esta profunda y ampliamente comprendida en el saber, y los problemas que surgen de esta realidad merecen tutela jurídica, civil o común, y penal o punitiva. El saber, es un intangible, y este es tutelado jurídicamente por el Estado, y Organismos Internacionales; sin embargo esta tutela no se consiguió pacíficamente, hubo un recorrido histórico signado por ignorar su tutela. Es así, que legalmente en el Perú, de manera sistemática y en el ámbito penal, se tutelan los Derechos de Autor, desde el Código Penal de 1991, normas que determinados juristas (especialistas en Derecho Penal

Económico), han dedicado su reflexión, ante la indiferencia de los más reputados penalistas.

1.2.1.- FORMULACION DE PREGUNTAS:

¿Por qué se debe dar protección jurídica a la propiedad intelectual, específicamente a los Derechos de Autor y conexos?

¿Cuáles son los niveles de eficacia de las normas penales de protección de los Derechos de Autor y conexos?

¿Cuáles son los factores que inciden en la eficacia o ineficacia de las leyes penales de protección de los derechos de autor y conexos?

¿Qué relación existe entre la aplicación de las sanciones contempladas en la Ley penal nacional referidos a los delitos contra los derechos de autor y conexos, con la incidencia en las violaciones de los Derechos de Autor y conexos?

1.3.- ASPECTOS METODOLÓGICOS.

La Investigación, de conformidad con lo que señala la Unidad de Postgrado de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, es de tipo Teórico – Dogmático . Desde el punto de vista de las teorías de la metodología, es una Investigación de tipo Descriptiva - Correlacional. Además la Investigación es de Naturaleza Jurídica, y desde esta perspectiva multidisciplinaria: En lo Jurídico (Constitucional, Tratados Internacionales, Penal, Derecho de Autor) y en las Humanidades (Historia, sociología, economía). A continuación nuestra fundamentación de la metodología a utilizar.

La diversidad de métodos hacen que las respuestas a un problema no sean únicos sino múltiples, y esta situación sin embargo no podemos imputar a la ignorancia o a la supuesta siniestra vocación de condicionar el conocimiento a intereses de diversos tipos (cúpula de partido político, clases sociales, razas), sino en realidad se debe a los diversos métodos que cada investigador asume

por convicción al momento de realiza un proyecto intelectual. Aquí, por ello cobra especial trascendencia lo que el Premio Nobel de medicina (1968), y a la vez filosofo francés JACQUES MONOD llamó la “*Ética del Conocimiento*”, en su libro “*El azar y la necesidad*” (1985: p. 181 pp), que es la elección ética de un valor primitivo la que funda el conocimiento y la ética del conocimiento no se impone al hombre; es él, al contrario, quien asume voluntariamente haciendo de ella axiomáticamente la condición de autenticidad de todo discurso o de toda acción. Y dice JACQUES MONOD¹:

“El discurso auténtico funda a su vez la ciencia y entrega a las manos de los hombres los inmensos poderes que, hoy, le enriquecen y le amenazan, le liberan, pero podrían también esclavizarle. Las sociedades modernas, tejidas por la ciencia, viven de sus productos, han devenido dependientes como un toxicómano de su droga. Ellas deben su poderío material a esta ética fundadora, del conocimiento, y su debilidad moral a los sistemas de valores, arruinados por el mismo conocimiento, a los que intentan aún atenerse. Esta contradicción es mortal”

El Método funda el Conocimiento. Asimismo en Ciencia Jurídica Moderna al hablar de cualquier tema es un imperativo categórico referirse a la obra de Karl Von Savigny, y es éste, como en otros temas su contribución resulta capital, él consagro la doctrina que sostiene que el Derecho tiene por objeto el estudio de las relaciones jurídicas entre personas, desechando que también en su seno se acepte que se regule relaciones entre personas y cosas, con esto liquidaba uno de los vestigios más perniciosos de la ciencia jurídica pre-moderna.

Instalado, en el Derecho Moderno, con maestría y talento superior realizó a su vez el balance y liquidación de la época premoderna del Derecho, consiguiendo lo que dos siglos antes ya se había logrado en otras ciencias ante la anomia e indiferencia de los juristas, es decir consiguiendo el ingreso del Derecho a la Modernidad. Jurídicamente la modernidad significo para el Derecho la eliminación del caos. La reacción científica ante esta situación es la consagración -vía la sistematización legislativa en un cuerpo jurídico unitario: Código Civil o Recopilación- del ORDEN en el Derecho. Pues antes de la Revolución Francesa de 1789, es decir en un ambiente jurídico premoderno, un operador jurídico (Juez, Abogado, entre otros) para saber Derecho tenía

¹ **MONOD, Jacques.** “*El azar y la necesidad*”. Madrid 1985. Ediciones ORBIS. p. 165.

que estar informado y formado en Derecho Romano Justiniano, Derecho Canónico, Costumbres del lugar y normas del gobernante de la localidad donde operaba, además de las obras de todos los juristas notables de los últimos siglos, y por si fuera poco saber latín. Ante este fárrago normativo, la vida salió de su atrofiamiento social una vez regulada a través de un Código, y en algunos casos moderados por las Recopilaciones Legislativas . Entonces las leyes ya no se aplicaban a una ciudad, o localidad, sino eran de aplicación general en un escenario geográfico mucho más extenso, es decir dentro de los límites territoriales de un Estado Nación, organizado sobre la base de un Estado de Derecho. Sin embargo, la necesidad en la sociedad de un Código se percibe recién con el surgimiento de la Sociedad de Masas, del industrialismo, y la Imprenta; Savigny² manifiesta que:

“Mientras el derecho se mantuvo en un progreso vivo, no se consideró necesario ningún Código, ni siquiera cuando las circunstancias se mostraban sumamente favorable para ello. Concretamente, en la época de los juristas clásicos no habría existido ninguna dificultad para elaborar un código excelente. Los tres juristas más celebres, Papiano, Ulpiano y Paulo, fueron Praefecti Praetorio; con seguridad , a estos no les falta interés por el Derecho ni les hubiera faltado poder para ordenar un código, si lo hubieran considerado bueno o necesario; sin embargo, no vemos ningún vestigio de un intento semejante. Y antes de esto, cuando César , llevado por el sentimiento de su fuerza y ante la corrupción de la época, quiso hacer valer en Roma únicamente su voluntad, debió de haber pensado también en un Código, en el sentido actual”

En cuanto al método, uno de los acercamientos que se daba consistía en asumir que la regulación legal se aplicaba a la realidad casi mecánicamente cuando la hipótesis estaba claramente prescrita en la Norma jurídica , por eso el Juez era “La Boca de la Ley”, en este escenario surgían los problemas cuando se presentaban lo que hoy se conocen como los ‘casos límites’, los casos que no están expresamente regulados por la ley, cuando esto ocurría se debía recurrir a la interpretación, esta realidad se consagro en la máxima jurídica : “In claris non fit interpretatio”, es decir la interpretación, estaba limitada al caso accidental de oscuridad de la ley, Savigny amplia en sus alcances la Interpretación, desde tiempos de este ilustre jurista alemán cobra

² **SAVIGNY, Karl Von.** (Compilador: STERN, JACQUES) "La ciencia del derecho". Buenos Aires 1949. Editorial Losada. "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho" (1814). Madrid 1970. Editorial Aguilar. Traducción de José DIAZ GARCIA. p 73.

real importancia, y es un acto intelectual, científico, principio y fundamento de la Ciencia del Derecho. El Derecho ingresa a la Modernidad por esta vía, consciente de conservar en el estudio del Derecho, no una verdad sino una veracidad pura, no dando como cierto el más pequeño detalle sin antes tener la convicción profunda de su certidumbre; y si se proponen conjeturas, emplear todos los medios para fijar su grado de verosimilitud. El famoso Savigny, ciudadano alemán de fines del siglo XVIII, y gran parte del siglo XIX, propuso la necesidad de asumir en el estudio de la normatividad jurídica una interpretación compuesta de cuatro elementos, a saber:

GRAMATICAL.- Por medio del cual se fija el sentido de la palabra o idea que constituye el contenido de la norma.

LÓGICO.- Que permite descomponer el sentido gramatical de la norma en su estructura lógica-semántica.

HISTÓRICO.- Sirve para adentrarse en la situación existente en el momento en que la ley fue dictada y determina por lo tanto el cambio introducido en ella. Esto es para apropiarse de manera completa y se convierta para nosotros en un Derecho Vivo.

SISTEMÁTICO.- Como toda construcción necesita de lazos íntimos que unan los diversos pisos institucionales y de principios que conforman la edificación, que es una unidad, por ello conforma el ordenamiento jurídico, compuesto de complejas relaciones con inmensidad de vasos comunicantes y donde no existen compartimientos estancos.

Por otro lado, FERNANDO DE TRAZEGNIES³, sostiene que:

“En el fondo, no hay verdades en Derecho, sólo perspectivas, sólo esfuerzos por hacer racionalmente aceptable la posición propia: todo es reinterpretado y reutilizado de acuerdo a los impulsos de la libertad individual”, Y más adelante precisa el mismo autor, que en: *“El proceso de conocer en el Derecho no es sereno y puramente especulativo: está fundamentalmente orientado a conseguir*

³ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de: *“En el país de las colinas de arena”*. Lima 1995-B. 2ª Edición. Fondo Edit. de la PUCP del Perú. Volumen II. p. 753.

poder. El abogado conoce para defender o para atacar (...) Y aun el profesor o el autor jurídico no puede liberarse totalmente de esta naturaleza conflictiva del conocimiento jurídico tampoco logran establecer una 'verdad' sino que se limitan a determinar las fronteras razonables de la utilización de la norma, dejando en el interior un vasto territorio de maniobras para las interpretaciones concretas en función del ejercicio de los poderes involucrados en cada caso específico”.

El mismo TRAZEGNIES⁴ dice que la Interpretación en Derecho es siempre una creación, porque:

“No se limita a extraer un sentido oculto en la norma sino que la carga de sentidos adicionales y , al colocarla dentro de otros contextos, le asigna incluso una significación distinta quizá de la que recibió del legislador (...) Algunos juristas quisieran imaginar el Derecho como un mundo perfectamente hecho, contenido plenamente en las normas vigentes, inmutable en tanto no se modifiquen las normas; y no como es realmente un mundo que se va haciendo a cada instante a través de cada interpretación”.

Para los juristas modernos, cada institución jurídica tiene un sentido único discernible con la razón, la interpretación es innecesaria, pues a lo máximo nos ayuda a aclarar las cosas que están dichas en la norma, esa es la vía a la 'verdad'.

Además FERNANDO DE TRAZEGNIES⁵, nos recuerda que aun los positivistas:

“Se ríen de esta ingenuidad. Hart dice que algunos quisieran inventar un 'paraiso conceptual' para los juristas, donde todo fuera previsible, racional y donde cada cosa tuviera un sentido claro y predeterminado. Y Kelsen dice que 'esas ideas y la esperanza que sostienen lamentablemente no son fundadas' (...) pensar que el sentido 'correcto' de una norma pueda ser descubierto por un análisis de la norma misma , es una ilusión cargada de contradicción, porque la interpretación es (...) la creación de un sentido nuevo (...) exige y pone en acción la voluntad a fin de determinar el sentido efectivo que tendrá la norma frente a la situación que le es sometida. Por eso, el juez 'es también un creador de derecho (como el legislador), y él también es, en esta función, relativamente libre”

1.3.1.- OPINION PERSONAL ACERCA DE LOS ASPECTOS METODOLOGICOS.- Asumir un método es necesario para desarrollar este tema, y nosotros asumiremos una visión ecléctica, realista y multidisciplinaria, consistente en acometer el mismo objeto de estudio pero desde ángulos teóricos diferentes, con la convicción de que ninguna ciencia particular agota el objeto, conscientes que cada una necesita de las otras con la finalidad de

⁴ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Ob. Cit. p. 175.

⁵ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Ob. Cit. p. 752.

poder dar un cuadro total y profundo de aquel objeto materia de estudio. Teóricamente un acercamiento inicial a esta postura descrita, fue fundamentada por el jurista norteamericano de principios del presente siglo ROSCOE POUND, con el nombre de “INGENIERIA SOCIAL”, teoría que posteriormente será desarrollada con el nombre de “INGENIERÍA GRADUAL” por Sir. KARL RAIMOND POPPER⁶, en los términos siguientes:

“El político (léase también el Jurista) que adopta este método puede o no esperar que la humanidad llegue a materializar un día este estado ideal y alcanzar la felicidad y la perfección sobre la tierra. Pero siempre será consciente de que la perfección, aun cuando pueda alcanzarla, se halla muy remota, y de cada generación de hombres y, por lo tanto, también los que viven, tienen un derecho; quizá no tanto el derecho de ser felices, pues no existe medios institucionales de hacer feliz a un hombre, pero si el derecho de recibir toda la ayuda posible en caso de que padezcan. La ingeniería gradual habrá de adoptar en consecuencia, el método de buscar y combatir los males más graves y serios de la sociedad, en lugar de encaminar todos sus esfuerzos hacia la consecución del bien final.”.

No obstante, el gran defecto de POPPER fue subestimar la dimensión histórica de los acontecimientos sociales, consecuencia de su exagerada aversión hacia lo que él llamo “Historicismo”; por ello es menester rescatar esa dimensión histórica y fundirla con la doctrina de la Ingeniería Gradual, al considerar el tema de los Delitos contra los Derechos de autor; se debe actuar con instrumentos pertinentes que aborden el mismo objeto desde distintas perspectivas: Jurídica, Histórica, Social, y Económica; caso contrario se actúa enfatizando algunos aspectos y al desconocer otros no se tiene el cuadro total de la realidad.

La Historia, aquí concebimos como una capa geológica del presente, esto es uno de los niveles del suelo sobre el cual estamos viviendo, no es las calendas, no algo remoto y lejano , sino una forma del presente, el devenir con un punto de partida múltiple, y si al tiempo histórico lo registramos como un pasado, ese tiempo en algún momento fue un tiempo estrictamente presente, y en algún momento formó parte del futuro de una sociedad, no porque existiera como cosa hecha, sino porque constituyó un proyecto con referencia al cual se hicieron, o dejaron de hacer determinados acontecimientos.

⁶ **POPPER, Karl Raimond.** “La sociedad abierta y sus enemigos”. Barcelona 1982. Editorial PAIDOS. Traducción hecha por Eduardo LOEDEL. p. 158.

A nuestro método le llamaremos **ANÁLISIS EN PERSPECTIVA**, y es que Analizar implica descomponer en todos sus elementos el cuerpo del tema objeto de estudio, en la presente investigación destacando los elementos constitutivos del mismo. Y sobre el Perspectivismo, FRANCISCO MIRO QUESADA CANTUARIAS, ha enseñado que el objeto del conocimiento es el conjunto de perspectivas, donde cada una de ellas nos revela una propiedad del objeto estudiado. De tal manera que desde una perspectiva jurídica, específicamente penal, analizaremos los Derechos de Autor y conexos en el Perú, esto es desde las normas contempladas en el Código Penal de 1991.

1.4.- OBJETIVOS, JUSTIFICACIÓN

1.4.1.- OBJETIVOS,

Determinar las motivos por los cuales se debe dar protección jurídica a la propiedad intelectual, específicamente al Derecho de Autor.

Comprobar los niveles de eficacia de las normas penales de protección de los Derechos de Autor y conexos.

Determinar los factores jurídicos, sociales, y económicos, que inciden en la eficacia o ineficacia de las leyes penales de protección de los derechos de autor y conexos.

Comprobar que tipo de relación existente entre la aplicación de las sanciones contempladas en la Ley penal nacional referidos a los delitos contra los derechos de autor y conexos, con la incidencia en las violaciones de los Derechos de Autor y Conexos.

1.4.2.- JUSTIFICACIÓN

El respeto al Derecho de Autor, y la tutela jurídica del mismo, constituyen uno de los aspectos esenciales del progreso socioeconómico y cultural de toda sociedad civilizada. La tutela de los derechos de autor, se plasma en Tratados

Internacionales, normas sobre Derechos Humanos, además en las Constituciones de los diferentes países del orbe. En el Perú, la tutela jurídica es de larga data, históricamente las Constituciones promulgadas desde 1823 hasta la fecha, han garantizado el derecho de autor como un derecho económico y a la vez un derecho fundamental de la persona. Cuando se tutelan los derechos al autor de su obra, estos son los llamados a decidir sobre sus derechos morales y patrimoniales. Punitivamente, en el Perú, el Código de 1991, fue el primer Código Penal que extiende su manto protector sobre los Derechos de Autor. No obstante ello, vemos con asombro las vulneraciones cotidianas a los Derechos de Autor, en sus diversas modalidades como son piratería editorial, comercialización de videos, programas informáticos, piratería fonográfica, libros piratas, fotocopias de libros, se incrementan y expanden en las ciudades más importantes del país, sin que el Estado ni la sociedad civil organizada encuentren mecanismos eficaces de control.

En un mercado predominado por el comercio informal, la comercialización de las obras piratas se incrementa y expande irrestrictamente ante la pasividad de las autoridades competentes. La piratería editorial, fonográfica, y de videos, se ha convertido en una verdadera amenaza contra los autores y editores formales; agudizándose más el problema con el uso indiscriminado de la reprografía a través máquinas fotocopadoras, las que gracias al avance tecnológico han alcanzado niveles sorprendentes de sofisticación reflejados en la calidad y el precio. Inclusive, para el efecto se han formado Centros Comerciales en la ciudad Capital de Lima, que constituyen emporios económicos, dedicados exclusivamente a la comercialización de mercadería *“pirata”*, para mayor agravante dichos centros comerciales operan en las *“barbas del poder”*, esto es, en inmediaciones de edificaciones donde funciona la Presidencia de la Republica, el Congreso de La Republica, la Corte Suprema de la Republica, la Fiscalía de la Nación, y numerosas delegaciones policiales. Asimismo, en ciudades importantes del país, el fenómeno se reproduce, y con mayor incidencia en las ciudades de frontera: Puno, Tacna, Iquitos, Pucallpa, Tumbes.

La infracción a los Derechos de Autor y Conexos en general, además de generar serios daños y perjuicios a las empresas productoras, y a los derechos morales y patrimoniales del autor; es lesivo a los intereses del Estado, y a la economía del país. En reiteradas ocasiones la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y el Departamento de Comercio de los EE.UU, han considerado al Perú en la lista de países en observación, con implicancias económicas en el "Sistema General de Preferencias" acusando al Estado de no observar las reglas de juego internacional en materia de protección a la propiedad intelectual.

Vivimos la Sociedad del Conocimiento, en ella los Centros de enseñanza cobran importancia, la educación superior específicamente las universidades, tienen, en el uso y disfrute de material bibliográfico, la base de la investigación y formación profesional, no existe disciplina alguna que no base sus conocimientos en el apoyo de la literatura existente sobre el tema, sin embargo en la población que bordea el medio millón de universitarios, el uso de la reprografía ("fotocopia") se ha convertido en una practica generalizada, y hasta obligatoria. Toda obra es el producto de un largo proceso de investigación y creación del autor, el mismo que le otorga derechos morales y patrimoniales, los que deben ser protegidos por el Estado, además de ser respetados por la ciudadanía; sin embargo, la piratería hace que sin autorización del autor o editor se reproduzcan tales obras.

Quién mejor destaca la importancia de la tutela jurídica, de los Derechos de autor, es el especialista Rober Sherwood (1992), indica que la creatividad humana es un vasto recurso nacional para cualquier país, como el oro en las montañas, que permanecería enterrado si no se alentase su extracción, por ello la protección de la propiedad intelectual es la herramienta que libera. Cuando un sistema protector eficaz se haga realidad, aumentará la confianza en los activos intelectuales que son valiosos y susceptibles de protección. Entonces, el hábito de la inventiva y la creatividad, verdadero corazón del sistema de protección de la propiedad intelectual, se esparcirá por las mentes de las personas. La protección de la propiedad intelectual, es una herramienta de desarrollo, si bien de bajo costo es sin embargo muy potente, está

llanamente disponible para cualquier país en desarrollo, deseoso de recibir sus beneficios.

1.5.- LINEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN (TEMÁTICAS).

Corresponde una investigación que tenga consideración de la perspectiva multidisciplinaria que asumimos metodológicamente, pero sobretodo enfatizando en la perspectiva del Derecho Penal.

1.5.1.- LINEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.

Los lineamientos de la investigación, son los siguientes:

- Análisis doctrinario de los Derechos de Autor y Conexos. Analiza las teorías sobre naturaleza jurídica del derecho de autor. Los Derechos Humanos y el Derecho de Autor.

- Análisis del marco jurídico nacional de los Derechos de Autor. Hacemos un breve recuento histórico, hasta la actualidad. Además analizamos la tutela administrativa del Derecho de Autor.

- Análisis del marco jurídico positivo internacional. Convenciones y Tratados Internacionales, respecto al Derecho de Autor.

- Delitos contra los derechos de autor, análisis histórico de la legislación y de los artículos vigentes en el Código Penal (Artículos 216° - 221°). Legislación Nacional, y Extranjera, Jurisprudencia Nacional y Extranjera (Alemania, España, Estados Unidos, Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, México).

1.5.2.- LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN (TEMÁTICAS).

Corresponde líneas de investigación que tenga consideración de la perspectiva multidisciplinaria que asumimos metodológicamente.

Línea de Investigación Jurídica Positiva: Constitucional, Tratados Internacionales, Derecho Penal, y Derecho de Autor.

Línea de Investigación Jurídica Jurisprudencial: Correspondiente a la Jurisprudencia de las Salas Superiores Penales de los diversos distritos judiciales del país, y al Tribunal del INDECOPI. Asimismo jurisprudencia jurisdiccional de Derecho Comparado.

Línea de Investigación Jurídica Doctrinal: Comprende describir, y analizar las corrientes doctrinarias sobre los Delitos contra los Derechos de Autor.

Línea de Investigación Histórica: Describe y analiza los Delitos contra los Derechos de Autor desde una perspectiva histórica.

Línea de Investigación Prospectiva: Propone un Proyecto de reforma Legislativa.

1.6.- FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.

Los factores para dar protección jurídica a los Derechos de Autor y conexos, son de naturaleza jurídica, económica, y social, materializada en la teoría del beneficio público.

Los niveles de eficacia de las normas penales de protección de los Derechos de Autor y conexos, son bajos.

Los factores que inciden en la eficacia o ineficacia de las leyes penales de protección de los derechos de autor y conexos, tienen que ver con aspectos jurídicos, sociales, y económicos.

La relación que existe entre la aplicación de las sanciones contempladas en la Ley penal nacional referidos a los delitos contra los derechos de autor y conexos, con la incidencia en las violaciones de los Derechos de Autor, son inversamente proporcional con la violación a los derechos de autor. A mayor violación de los derechos de autor menos sanción jurídica penal.

1.7.- MARCO TEÓRICO.

Está constituido por la teoría que sustenta el Derecho Penal, parte general, y parte especial, específicamente correspondiente a los Delitos Contra los Derechos de Autor, asimismo la dimensión de los Derechos Fundamentales que tutelan la capacidad de creación de la persona humana, que a fin de cuentas es el fundamento base de los Derechos de Autor y conexos, que servirá para justificar la tutela punitiva en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

1.8.- DELIMITACIÓN DEL TEMA.

El título del tema *“Los Delitos contra los Derechos de Autor en el Perú”*, delimita la tesis. Es decir, se analizará fundamentalmente los delitos contra los Derechos de Autor en el Perú, con referencia a la doctrina y la jurisprudencia.

Asumiendo la perspectiva multidisciplinaria, el presente trabajo de investigación además enriquece el estudio, con un enfoque histórico del Derecho de Autor, de los Delitos Contra los Derechos de Autor, del Derecho Penal Económico. Además da cuenta de las diversas teorías que fundamentan los Derechos de Autor, los Delitos contra los Derechos de Autor y conexos.

Adiciona un análisis del Derecho Penal Comparado, referido a los Delitos Contra los Derechos de Autor y Conexos, haciendo referencia a los países de mayor relevancia para nuestra realidad, tanto a nivel dogmático como jurisprudencial.

Para dar cuenta del objeto de estudio, de manera integral el trabajo de investigación, abarca también la jurisprudencia o precedentes del Derecho de Autor a nivel administrativo, es decir del INDECOP, asimismo consigna datos estadísticos de la realidad, referido a la actuación de las principales instituciones del Estado (Poder Judicial, Ministerio Público), relacionadas a la lucha contra los infractores de los Derechos de Autor.

1.9.- ASPECTOS GENERALES CONCEPTUALES SOBRE EL DELITO CONTRA EL DERECHO DE AUTOR.

Desarrollaremos en los capítulos correspondientes. En el Capítulo III, enfocamos los Derechos de Autor, como especie de la Propiedad Intelectual, conjuntamente con la Propiedad Industrial; alcanzando las definiciones doctrinarias, y las teorías que justifican la tutela del Derecho de Autor. Por otro lado, en el Capítulo IV, consignamos las teorías acerca de la Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor, y el concepto del mismo, que abarca tanto el “*Derecho Patrimonial*”, como el llamado “*Derecho Moral*”, construcción doctrinaria que a tomado largo tiempo y mucho esfuerzo para lograr la consolidación de los mencionados conceptos.

1.10.- ¿POR QUÉ TUTELAR PENALMENTE LOS DERECHOS DE AUTOR?.

Porque los Derechos de Autor, expresan el reconocimiento del Estado Constitucional de Derecho a la creatividad humana, en esa medida es un bien jurídico digno de tutela jurídica penal, cuya importancia ha ido en aumento con el transcurso del tiempo. A mayor avance del conocimiento, de la cultura, ciencia y tecnología, mayor importancia de los Derechos de Autor y Conexos.

CAPÍTULO II

ASPECTOS HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR, Y DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

2.1.- BREVE REFERENCIA HISTÓRICA.

Los especialistas no se ponen de acuerdo sobre la época histórica que aparecen las normas que protegen al derecho de autor. Por ello, unos sostendrán que fue con el perfeccionamiento de la imprenta por Gutemberg - no obstante que en China y Corea ya existía la técnica de la impresión mucho antes que en Europa -. Por otro lado, los otros considerarán que la protección existía desde la época antigua, desde cuando se conservan las obras de Platón, Aristóteles, cuya producción literaria la conocemos hasta el día de hoy.

2.2.- LOS ORÍGENES DE LOS DERECHOS DE AUTOR: PUEBLO HEBREO.

En los orígenes de la humanidad sólo existió la comunicación oral. Posteriormente surgirá la representación gráfica a través del arte rupestre, las tablillas de arcilla, el uso del papiro, el pergamino, los incunables hasta llegar al empleo del papel por la imprenta. Así fue que el hombre desde hace poco más de 2 500 desarrolló diversas actividades relacionadas a su condición de ser racional; entre ellos el invento y el descubrimiento; tanto de instrumentos, métodos y procedimientos, que le han valido para enfrentarse y resolver los problemas que la naturaleza y la sociedad han presentado a través de la historia.

Dentro del Talmud hebreo, el acercamiento al derecho de autor ocurre cuando se requiere a los contribuidores de esta ley cívico-religiosa que se identifiquen

como tales, considerando esta acción como un intento por preservar un récord histórico de la vida académica de la época, lo cual lleva a la tenencia de una autoridad o buena reputación en el área. De esta forma encontramos en la antigua ley judía algo similar al derecho moral de atribución, sin importar si así fue o no concebido.

2.3.- GRECIA.

En las calendas griegas la poesía era oral y recitada por musas que aún hoy día siguen anónimas, lo cual produjo que la preservación de las obras fuera menos exacta, ya que las obras tienen que atenerse a la memoria limitada del ser humano. Asimismo, en esta época no se reclamaron autorías de obras creativas porque los mismos poetas veían sus obras más como parte de la cultura colectiva a la que pertenecían, que como un esfuerzo individual cuyos frutos les pertenecían. Sin embargo, esto toma un giro. Según Arnold Hauser⁷ este giro ocurre en Atenas durante el siglo VI a.C. cuando emerge un nuevo sentido del yo individual en el campo de la vida cultural a raíz del desarrollo del comercio y de la sociedad urbana, sin que aunado a esto exista ninguna evidencia que implique la existencia de lo que hoy conocemos como derecho de autor. Por otro lado, El especialista nacional Pizarro Dávila (1974), recuerda que: Para los griegos, el plagio estaba considerado como un "acto reprochable". Mientras que en el Imperio Romano, el "plagio" se definió concretamente en la noción de la "actio injuriarum" o acción deshonesta, en tanto que los autores sólo buscaban el prestigio y reconocimiento personal para las obras de su creación, el margen del interés económico de su usufructo era mínimo.

2.4.- ROMA.

En lo que respecta al Derecho Romano, no existe en ésta indicio alguno de que haya existido el derecho de autor, sin embargo sí existe evidencia de contratos de publicación firmados entre autores y vendedores de libros, sin que esto signifique que los autores vivieran de la regalías por la venta de sus libros,

⁷ HAUSER, Arnold. *"The Social History of Art"*. Nueva York: Alfred A. Knopf, EUA, 1952, p. 87 citado por Ronald V. BETTIG en su obra "Copyright Culture". West View Press, Estados Unidos, 1996. p. 11.

ya que el medio de vida era provisto por el sistema de patronaje. El contrato de publicación mencionado tenía el propósito de publicar los libros de autores que no tenían el dinero para publicar por sí mismos su obra y a cambio, el vendedor de libros sería el propietario de todas las copias que lograra hacer. En conclusión, en la época de la cultura oral el "qué se dijo" era más importante que el "quién lo dijo".

No obstante, considerando la división clásica del Derecho Romano, que era eminentemente materialista, refuerza la posición que ella contenía los derechos reales, de obligaciones y personales, en los que no fueron considerados los derechos intelectuales.

Por el contrario, citado por Edmundo Pizarro Dávila, Jessen basándose en Ponsonailhe, sostiene una posición contraria cuando afirma que en Roma existía protección de los derechos intelectuales tanto en el aspecto moral como patrimonial:

"Los principios generales del derechos eran suficientes para asegurar a los escritores romanos una entera protección, para garantizarles el goce apacible de todos los beneficios que podían esperar de sus obras"⁸.

Inclusive, para mayor abundamiento y citando a Italo Calvino, sabemos que:

"Las primeras casas editoras de cuyas actividades tenemos noticias detalladas, a través de las cartas de Cicerón, es la fundada en Roma hacia el año 50 a.C. por Tito Pomponio Ático para la difusión de los clásicos griegos y de las novedades latinas; estaba organizada de manera no muy distinta a las casas editoriales de nuestros días, con la diferencia de que en lugar de tipógrafos había un gran número de escribanos"⁹.

2.5.- FEUDALISMO.

En este período feudal, en Europa quien se encargaba de manera centralizada de la producción de los libros, al igual que de la preservación y diseminación de los mismos, era la Iglesia Romana Católica vía el sistema monástico. De esta manera, la Iglesia mantenía el monopolio del conocimiento

⁸ Citado por **PIZARRO DÁVILA, Edmundo**. "*Los bienes y derechos intelectuales*". Lima, Ed. Arica, 1974. T. I., p. 16.

⁹ **CALVINO, Italo**. "*El destino del libro*". En: Libros & Artes. Revista de cultura de la Biblioteca Nacional del Perú. N° 1, mayor 2002, p. 117.

y de la educación y por lo tanto, de las obras literarias. Esta actividad cobró importancia cuando los monasterios benedictinos desarrollaron métodos de préstamo e intercambio de manuscritos y descubrieron el valor que sus bibliotecas tenían y el acceso que éstas proporcionaban a la tierra, ganado, dinero y a otros privilegios. Por lo que corresponde a la ideología de los autores de esta época, los trovadores y los juglares, ante la dificultad de proteger sus obras de las copias y de las imitaciones, optaron por no preocuparse por ello; además, para ellos el momento de composición y creación tiene lugar al momento de la ejecución o presentación al público y, como en esta época las obras que no eran monopolizadas por la Iglesia eran orales, cada presentación al público era distinta en virtud de la personalidad, espontaneidad y creatividad del artista que representaba o cantaba, en ese momento, una obra determinada.

Arnold Hauser, sostiene que la propiedad intelectual surge hasta el momento en el que la cultura cristiana se desintegra. Esta afirmación la explica señalando que durante el apogeo de la cultura cristiana se le priva al arte de cualquier estructura autónoma, ya que se considera que la creatividad artística no es otra cosa que la manifestación de la Divinidad a través del artista. Asimismo, siguiendo la misma ideología, los monjes, que ejercían funciones de copistas, académicos y autores, reproducían y usaban libremente y; por lo regular, sin atribución individual, obras literarias siendo éstas atribuidas al monasterio como entidad moral. Así, la mentalidad de la sociedad medieval era la de verse a sí mismos más como miembros de un grupo que como individuos y por lo mismo, como parte de una comunidad ética cristiana, anticapitalista.

El primer surgimiento de los derechos de autor tiene lugar al momento de la caída del monopolio cristiano y el surgimiento de las universidades durante el siglo XII d.C. En esta etapa histórica, la correspondencia y los libros constituyeron los dos medios de comunicación más importantes y ante las circunstancias antes mencionadas, el intercambio de manuscritos empezó a ser más fuerte en el ámbito secular. Este intercambio se desarrolló principalmente en las universidades y se basó en las reproducciones de obras de autoridades religiosas y de autores clásicos. Estas reproducciones eran

todavía a mano, así que comenzaron a surgir personas especializadas en esta actividad de copiado que cobraban por su trabajo una comisión. Estas personas eran llamadas stationers. Los primeros de ellos trabajaron bajo la estricta regulación, vigilancia, corrección y control de precios de las universidades. Los que pertenecieron a la época del surgimiento de la burguesía y nobleza secular lograron liberarse de ese yugo. Son las necesidades literarias de esa burguesía incipiente y nobleza secular, ambas deseosas de adquirir más conocimiento, las que llevaron a la producción de libros sobre Derecho, Política y Ciencia, y a considerarlos como obras literarias, al igual que a sus traducciones. Es esta misma necesidad la que impulsa a los stationers a reproducir no sólo obras clásicas sino a buscar obras nuevas y reproducirlas también. Esta gran demanda de libros y la visión capitalista de los stationers lleva a estos últimos a invertir en la tecnología impresora y así, llegar a la imprenta. Ya iniciado el fructífero movimiento de manuscritos en Venecia, por ejemplo, el gobierno otorga a quienes aporten beneficios a ese movimiento privilegios exclusivos de imprimir por un tiempo determinado con el fin de impulsar la importación de nuevas técnicas industriales y de esta manera, estimular el crecimiento de la industria local y el comercio, siendo esta acción la precursora del sistema de derechos de autor. Estos privilegios exclusivos se otorgaron tanto a quienes introducían tecnologías avanzadas de impresión como a aquellas personas dedicadas a vender libros; sin embargo no sólo era un privilegio a favor de estas personas, sino que además esta acción significó un control del gobierno sobre quién imprimía y qué imprimía.

Todo este aparato pasó a Gran Bretaña durante el siglo XVI dando origen a un grupo de personas, una compañía de stationers que mantuvieron un monopolio de impresión y publicación de ciento cincuenta años a cambio de impedir la publicación de material herético y sedicioso como acto de lealtad a la corona. Estos privilegios con política de censura a cambio, llevaron a la expedición de leyes de la materia, en las cuales se estableció que sólo los miembros de la compañía de stationers podrían registrar títulos y asegurarse los derechos de impresión y publicación de los mismos y sólo podrían registrarse, y por lo tanto, publicarse, obras consideradas como religiosa y políticamente seguras. De esta forma, se puede observar que en realidad estas primeras leyes de derechos de

autor protegían los derechos económicos de los miembros de la compañía y no así los derechos de los autores de esas mismas obras.

La importancia de la autoría empezó a incrementarse cuando los impresores y editores se terminaron las obras clásicas que pasaron al dominio público y requirieron de obras nuevas para mantener su negocio y para satisfacer las demandas del cada vez más grande público lector. De esta manera, es hasta 1667 que se tiene registro del primer acuerdo en el que un editor pagó al autor: Milton por copiar una obra original "Paraíso Perdido" iniciándose así, la tradición de que la creación de obras nuevas y la reclamación de autoría de las mismas se convirtiera en una forma de vivir y la ideología en los autores fuera de posesión individual.

En cuanto al monopolio ejercido por la compañía de los stationers, sucedió lo que ocurre en todos los monopolios: como consecuencia de la falta de competencia, la calidad de los libros producidos era muy baja y los precios de los mismos muy altos. Ante esta situación y con el fin de introducir un poco de competencia y, por lo tanto una leve mejora en la calidad, así como evitar que algunas obras que los miembros de la compañía decidieran no publicar se extinguieran; se propuso que cualquiera tuviera el derecho de publicar cualquier libro cuyo autor hubiera vivido un milenio atrás. Aún así, nunca se formuló como tal, una teoría en la que existiera un derecho natural del autor sobre su obra.

La época feudal, fue llamada por los historiadores la larga noche de la ciencia, con el renacimiento y al difundirse el uso de la imprenta, se originaron los privilegios reales o regalías. No para estimular la creación, sino mas bien que fue con el claro propósito de impedir y frenar la libre circulación de las ideas, mediante una especie de censura previa, prohibiéndose la reproducción y venta de las obras sin el permiso del soberano. En aquellos tiempos, el sistema de los privilegios reales o regalías era un monopolio o derecho exclusivo que como prerrogativa propia y privativa del soberano, se concedía al editor mediante un permiso especial o licencia para la explotación exclusiva de una obra durante cierto tiempo y en determinado

territorio.

Durante muchos siglos, la conservación de las obras estaba a cargo de personas eruditas, ello ocurrió en todo el Feudalismo, situación en que los manuscritos se reproducían a mano, y eran los copistas los que cobraban por su trabajo, en tanto que los autores sólo merecían los honores, y la actividad editorial aún no era muy reconocida.

2.6.- RENACIMIENTO.

La época histórica considerada de mayores cambios y de renovación cultural de la humanidad, aparece Juan Gensfleisch Gutemberg, y éste mejoró; la prensa revolucionando todo el sistema de impresión con caracteres móviles, hecho que le dio impulso al desarrollo de la industria del libro, y la reproducción a gran escala que hasta ese momento era muy escaso y selecto; convirtiéndose así en "la memoria viva de la humanidad" y uno de los vehículos más importantes y poderosos en la difusión de las ideas del hombre y de la cultura en general. Desde el punto de vista jurídico, el uso de la imprenta permitió el surgimiento de una nueva categoría de derechos sobre las obras objeto de impresión, los llamados derechos de autor. Al respecto el maestro sanmarquino Edmundo PIZARRO DÁVILA, refiere que:

"Papás, reyes y príncipes se disputaban el honor de tener en sus cortes a los más ilustres genios de la pintura, escultura, arquitectura y demás expresiones del arte renacentista"¹⁰.

El primer privilegio se le dio a Juan de Spira en 1466, y veinte años luego el segundo. No obstante ello, el clero y la Santa Inquisición mantenían extrema y rigurosa vigilancia en la circulación de obras impresas, en especial las de carácter político. Sin embargo, ningún tipo de restricción pudo frenar el incesante avance de la creación humana plasmada en las obras literarias.

2.7.- EPOCA MODERNA EUROPEA.

¹⁰ PIZARRO DÁVILA, Edmundo. *“Los bienes y derechos intelectuales”*. Lima, Ed. Arica, S.A., 1974, p.18.

2.7.1.- INGLATERRA.

En 1503, en Inglaterra se funda una sociedad de editores, libreros y publicistas para la mutua protección de sus actividades, el mismo que en 1556 dio lugar a la fundación de la "Stationers Company", compañía que regulaba la industria editora, y exigía leyes que protegieran al autor.

Al ser reconocido al autor un derecho sobre su obra, los miembros del monopolio de publicación, es decir los stationers, argumentaron que la transferencia del derecho de crear una copia que los autores realizaban a su favor, les otorgaba una licencia de publicación perpetua. Fundados en este argumento decidieron pedir al gobierno que les otorgara la protección que se requería para mantener esa licencia, logrando la expedición, en 1710, de la primera ley moderna de derechos de autor (conocida por los anglosajones como Copyright Act) también conocida como el "Estatuto de la Reina Ana" o "Ley para el impulso del aprendizaje y para mantener la seguridad de la propiedad que sobre las copias de los libros tienen sus propietarios." Sin embargo, esta ley estipulaba una protección de veintiún años a los libros ya existentes en el registro de los stationers al momento de la entrada en vigor de esta ley y de catorce, con opción a una prórroga por otros catorce años, a los registrados después de la entrada en vigor de la misma, lo cual impidió el monopolio perpetuo, así como un ámbito de aplicación general. Como no sólo reguló a aquéllos que fueran miembros de la compañía, este estatuto se convirtió en un instrumento para regular el comercio de libros e impidió el monopolio y la supresión existente de ideas en beneficio del gobierno. La protección mencionada, sin embargo, se limitaba a los derechos de propiedad en contra de la piratería, sin hacer referencia a los derechos morales.

2.7.2.- FRANCIA.

En los años de 1537 y 1566, las Ordenanzas de Montpellier y Moulins, regularon los privilegios otorgados a los editores, que luego fueron ampliados a toda Europa. Este sistema de privilegios dominó durante la edad media, hasta

la promulgación del Estatuto de la Reina Ana (10 de abril 1710). ¿Cuál fue la función del Libro?

"El libro difundió las ideas del enciclopedismo francés y creó la conciencia liberal; asimismo, sirvió para subyugar y generar el servilismo de los indios americanos, pero también para liberar al Nuevo Mundo del dominio europeo"¹¹.

Hasta antes de la Revolución Francesa, los filósofos Locke, Kant, Hegel, Fichte, Diderot y Voltaire¹², se convirtieron en los precursores de la doctrina del derecho de autor. Delia Lipszyc¹³ considera que para Kant, el derecho de autor era un derecho personal, porque sostenía que el libro era un discurso que el autor dirigía a sus lectores. Asimismo, agrega, Gierke afirmaba que la obra intelectual era un reflejo del espíritu del autor. Para la filosofía de la ilustración, el concepto de propiedad era inherente al concepto de libertad; posteriormente, la idea que la obra pertenece a su autor fue cobrando fuerza, gracias a la influencia de la escuela racionalista del derecho natural. Por los años 1610 - añade Lipszyc - Locke sostenía que: "todo hombre posee la propiedad de su propia persona y que el trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos ha de ser considerados como propiedad suya".

2.7.3.- ESPAÑA.

En opinión de Mouchet y Radaelli (citado por Fernando Busta Grande):

"... desde el momento de la introducción de la imprenta en España, en el año 1473, la autoridad real advirtió el poder y los peligros de este medio de difusión del pensamiento. Se comenzó así a dictar leyes tendientes a evitar que nada se imprimiese sin la licencia real, lo que significaba la censura gubernativa previa. El derecho de los autores de disponer y usufructuar sus obras intelectuales, no era más que una concesión graciosa de la autoridad. Este régimen se completaba con la censura eclesiástica sobre los impresos establecida desde 1501 por Bula de Alejandro VI)"¹⁴

Años más tarde, en España, los Reyes Católicos regularon en 1502 la concesión de las licencias previas; dos siglos después, en 1763 Carlos III, dictó una Pragmática, reconociendo directamente el derecho de los autores:

"Deseando fomentar y adelantar el comercio de los libros en estos reynos, de cuya libertad resulta tanto beneficio y utilidad a las Ciencias y a las Artes, mando

¹¹ **DE LEÓN PENAGOS, Jorge.** "El libro". México: Editorial Trillas, p. 19.

¹² **UGARTECHE VILLACORTA, Rubén.** "El Derecho de Autor como Derecho Humano". En: "El Comercio". Lima, 5 de octubre de 1998, p. D2.

¹³ Idem.

¹⁴ **BUSTA GRANDE, Fernando.** "El derecho de autor en el Perú". Lima, Editora Grijley, 1997, p. 36.

que aquí adelante no se conceda a nadie privilegio exclusivo para imprimir ningún libro, sino al mismo autor, que lo haya compuesto"¹⁵.

Sin embargo, el sistema de privilegios se mantuvo vigente hasta cuando Fernando VII juró la Constitución de 1810 y suprimió la censura previa para los escritos políticos. Posteriormente, en 1813 la Corte de Cádiz proclamó el principio de propiedad intelectual, considerándola una facultad conexas a la libertad de pensamiento. Fernando Busta (1997) afirma, que en el caso del Derecho Indiano (para el nuevo mundo), se otorgaba permiso para la impresión y venta de libros en los territorios de las Indias; en tanto que imperaba la censura previa y la licencia, en especial luego de la masiva difusión de la imprenta (México 1535, Perú 1582 y Río de la Plata a inicios del siglo XVIII) países en los que se prohibió la impresión y venta de libros sin licencia.

"En los siglos XVI y XVII era en muchos países una práctica comercial corriente que el soberano concediese derechos exclusivos de publicación. El editor comúnmente pagaba por el privilegio. Mediante este mecanismo, el soberano ejercía un grado de censura"¹⁶.

Posteriormente, con el triunfo de la corriente libertadora y el inicio de la vida republicana en los países latinoamericanos, se fueron aprobando paulatinamente normas sobre la protección a los derechos intelectuales, para finalmente suscribir la adhesión a los Convenios Internacionales que sobre la materia rigen desde fines del siglo XIX.

2.8. PRIMERAS LEYES DE PROTECCIÓN AL DERECHO DE AUTOR.

Como señalábamos en el punto anterior, la protección intelectual se fue gestando desde épocas muy antiguas, se conoce que hacia el año 1623 apareció una nota sobre copyrigh en una copia de Música Hebrea impresa, advirtiendo que

"Debido a que el Maestro Salomón Rossi de Mantua había gastado una gran suma, lo cual no había sido prevista, no es cabal que cualquiera le hiciera daño reimprimiendo copias similares...".

¹⁵ PIZARRO DÁVILA, Edmundo. *“Los bienes y derechos intelectuales”*. Lima, Ed. Arica, S.A., 1974, p.23,

¹⁶ SHERWOOD, Robert M. *“Propiedad intelectual y derecho económico”*. Buenos Aires, Ed. Heliasta, (1992). p 34.

Los garantes de esta orden "invocando la mordedura de la sierpe" prohibieron la reproducción de la música contenida en dicha obra, totalmente o en parte, sin el permiso de su autor o de sus herederos por un período de 15 años.¹⁷

No obstante no había en esta nota el carácter coercitivo que caracteriza a toda Ley, que obliga su cumplimiento a los ciudadanos, situación que recién se dará en 1710.

2.8.1. EL ESTATUTO DE LA REINA ANA.

En 1710 (11 de enero), Inglaterra fue la primera nación del mundo en reconocer el derecho de autor, año en que se promulgó la ley inglesa denominada " El Estatuto de la Reina Ana", el título decía. "Una ley para el fomento del aprendizaje". Esta norma puso fin al monopolio de los editores, o los llamados "privilegios reales", reconociendo a los autores la titularidad exclusiva y el derecho a autorizar la impresión de copias de su obra durante catorce años y catorce más si el autor todavía estaba vivo. La importancia de este cuerpo normativo es haber sido la primera ley de protección al derecho de autor en el mundo; entre las formalidades que se exigía para su protección era inscribir la obra en nombre del autor y depositar nueve ejemplares destinados a universidades y bibliotecas.

2.8.2. ESPAÑA: LA REAL ORDENANZA DE CARLOS III.

Promulgada en España en los años 1763, 1764 y 1778, contemplaba que el único que tenía el privilegio de imprimir una obra era su autor; años después, se amplió esta ordenanza haciendo estos derechos también podían ser susceptibles de transmisión a los causahabientes. En las Indias, el sistema de privilegios se mantuvo vigente hasta cuando Fernando VII juró la Constitución en 1810, cuando las Cortes Generales Extraordinarias de Cádiz aprobaron el decreto sobre "Libertad Política de la Imprenta" suprimiendo la censura previa para los escritos políticos.

¹⁷ **WILTMAN, Allan.** *"La reproducción legal e ilegal. En: El libro en América Latina y el Caribe"*. Bogotá, N° 76. Enero-marzo, 1994, p. 49.

2.8.3.- DECRETO DE LA ASAMBLEA NACIONAL (1791).

La Asamblea Nacional Francesa, proclamó la propiedad privada e individual como garantía básica de los Derechos del ciudadano francés; hecho que marcó el primer paso en el reconocimiento del Derecho de Propiedad del Autor. Esta norma derogó todo tipo de privilegios que se le daba a los editores, otorgándoles a los autores el derecho sobre su creación; en tanto que a sus herederos se les concedió este derecho durante 5 años luego de la muerte del titular. Posteriormente, la protección de estos derechos fueron elevados a la categoría de Derechos del Hombre, reconociendo y ubicando la propiedad literaria y artística en el campo de los derechos reales. A partir de este Decreto, se fueron aprobando normas por las cuales el autor y sus herederos tenían a perpetuidad el derecho de editar y comercializar sus obras; en el caso del editor, tenía este privilegio sólo durante la vida del autor.

2.9.- LA CONVENCION DE BERNA: UNIVERSALIZACION DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

Con la revolución francesa, se reconocen los derechos individuales civiles y políticos; y para el caso de los autores, por Ley del 24 de julio de 1793, se acabó con el sistema de privilegios reconociendo un derecho exclusivo para el autor y sus herederos hasta 10 años luego de su muerte. El diputado francés Le Chapelier sostenía que: "La más sagrada, la más legítima, la más inalienable y, si se puede hablar así la más personal de todas las propiedades es la obra fruto del pensamiento de un autor". La contribución de Francia es que fue uno de los países que permitió se extendiera internacionalmente la protección a los autores más allá de sus fronteras, concretándose en 1886 con la firma de la Convención de Berna respecto a la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Convención a la que se fueron adhiriendo paulatinamente muchos países del mundo.

El año 1886, marca la época más importante de la protección internacional al derecho de autor, cuando se firma la Convención de Berna, que protege las Obras literarias y Artísticas, instrumento jurídico cuyo principio fundamental fue

el trato nacional que debía otorgársele a los derechos de autor; la revisión posterior de su contenido permitió que se ampliara la protección internacional a los autores de otros países.

Es importante también el año de 1948, toda vez que se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala en su el Art. 27 inc. 2.- *"Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas que sean autores"*.

2.10.- ÉPOCA MODERNA AMERICANA.

2.10.1.- ESTADOS UNIDOS.

Es importante señalar a la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de Norte América, promulgó la obligatoriedad de aprobar normas "Para promover el progreso de la ciencia y las artes", a la par que a los autores e inventores se les otorgaba el derecho exclusivo sobre sus escritos y descubrimientos (Artículo I, sección 8). Asimismo en 1789, el Estado de Massachusetts dicta una ley de derecho de autor señalando que, ninguna propiedad pertenece más peculiarmente al hombre que la producida por el trabajo de su mente. Además en 1790 se aprueba la primera Ley Federal sobre el copyright. Palabra inglesa que se emplea para denominar la protección intelectual.

2.10.2.- ARGENTINA.

En 1823, es firmado el Decreto por Rivadavia reconocía a los profesores del Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires, el derecho intelectual que les asistía sobre los cursos que impartían, además podían gozar del beneficio económico, producto de su publicación.

2.10.3.- PERÚ.

La primera Ley de Propiedad Intelectual data del año 1849, como un valioso antecedente en la evolución del Derecho de Autor, seguido de la Ley N° 13714

del año 1961, que luego de 35 años de vigencia fue derogada, dando paso al Decreto Legislativo N° 822, promulgado en abril de 1996.

2.11.- APRECIACIÓN DEL TESISISTA, SOBRE LOS ASPECTOS HISTÓRICOS DEL DERECHO DE AUTOR.

En la Ciencia de la Historia, dos grandes corrientes de pensamiento se da cita, una individualista, y otra sistémica, la primera que entiende la historia como un cadena de suceso que se explican por la actuación de grandes personalidades (Thomas Carlyle -1795/1881- su exponente más renombrado); y la segunda comprende la historia a partir de los sistemas (Karl Marx 1818-1883, la insignia de esta corriente).

El "Derecho de Autor", no tuvo héroes, ni sistemas económicos, que la sostuvieran, sino más bien debe un desarrollo, las más de las veces a seguido al desarrollo económico, en primer momento de la imprenta, y hogaño de la cibernética.

Propiamente en el Derecho, la Historia del Derecho se expresa de manera tímida, más allá de los avances teóricos de las últimas décadas. El más insigne de los Historiadores peruanos, también fue Abogado de profesión, y tiene estudios al respecto, en efecto el pensador Jorge Basadre Grohmann. Escribió: "Historia del Derecho Peruano" (1937), libro destinado a servir como texto de lectura de sus enseñanzas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, se dividió en: Nociones generales, Época prehispánica, Fuentes de la época colonial, en dicho libro no hay mayores referencias al tema materia de Tesis.

Con todo, el referente formal más remoto se remonta al siglo XVIII, cuando en 1793 la Ley Francesa, definía al Derecho de Autor como: "La más sagrada, la más inviolable y más personal de todas las formas de propiedad". En 1789, el Congreso de Masachussets señalaba: "No existe propiedad más peculiar para el hombre que la que es producto de la obra de su mente".

En 1881, Rafael Fernández Concha, en su obra "Filosofía del Derecho", consideraba que, dentro de los objetos del dominio se pueden contar las producciones del talento y del ingenio, los nuevos inventos y los nuevos procedimientos en las industrias y los nuevos tipos en las ciencias y bellas artes, de aquí la propiedad industrial, literaria y artística. El Código Civil Peruano de 1936, Art. 1665, definía: "El derecho de autor comprende toda la producción del dominio literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o la forma de expresión".

2.12.- DERECHO Y ECONOMÍA: UN TARDÍO ENCUENTRO.

El Derecho ha tenido un encuentro tardío con la Economía. Áreas del Derecho tradicionales, como los vinculados al Derecho Privado: Civil, y Mercantil; otras como el Derecho Laboral, y el Tributario, desde el nacimiento del capitalismo habrían tenido la oportunidad de estrechar sólidos lazos de colaboración con la Economía, no lo hicieron en la medida de lo esperado.

La Economía moderna, de industrias, chimeneas, y mercados, no vio desde temprano al Derecho como un socio digno de establecer relación, menos al Derecho Penal.

Soberbia, por su omnipresencia, la Economía desarrollo sus cimientos científicos, con fuerte carga ideológica y política, a tal punto que desde ella se designo los hechos más importantes de la civilización, en efecto a la sociedad se le endilgo de "capitalista" (obviamente con un criterio eminentemente económico), luego por los mismos criterios se endoso de "Imperialista", a las principales ciudades de los Estados Modernos se les llamó "Capital", o "Capital de la Republica".

El encuentro del Derecho y la Economía, estaba cantado, pero fue un dato tardío. En el siglo XIX, la ecuación Derecho - Economía, era la siguiente:

		ECONOMÍA		
--	--	-----------------	--	--

PRODUCCIÓN		DISTRIBUCIÓN		CONSUMO
D.INDUSTRIAL		D.COMERCIAL		D.CONSUMIDOR
		DERECHO		
Derecho Económico Público: El Estado, sujeto activo				
Derecho Económico Privado: El Empresario, sujeto activo				

Para el Siglo XX, se relaciona mucho mas intensamente, y sobretodo en la segunda mitad del siglo. El especialista Eugene Rostov¹⁸, dice:

“La economía política es una de las ciencias sociales mas avanzadas, con una tradición técnica bien desarrollada y una literatura de estudios aplicados. Lo mismo que otras ciencias sociales pueden ilustrar mucho al letrado en sus tareas. Suministra al derecho el conocimiento esencial acerca del funcionamiento de la economía que las leyes tratan de controlar y a las cuales debe responder”.

Teniendo en cuenta que las bases científicas del Derecho Moderno, y la Economía, se consolidan en el Siglo XIX, desde aquella época se proyectan tres corrientes de pensamiento que fundamentan la conexión científica entre estas dos ciencias:

a) Las relaciones de causalidad.- Postulada por Carlos Marx, desde el materialismo histórico. La idea matriz es que la Economía es la base de la sociedad, y el Derecho es parte de la Superestructura. En tal sentido la Economía seria la causa y el Derecho uno de sus efectos.

La Historia es vista desde los “Modos de Producción”, cada uno con su correspondiente estructura económica a través del recorrer de la historia, y la respectiva superestructura. Así, se dio la esclavitud (época antigua), feudalismo (medieval), capitalista (moderna), a todos los cuales les correspondió un determinado tipo de Derecho. Es la visión clásica del marxismo, más conocido, y que se basa en las obras de Marx: “*Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*” (1857) conocido como

¹⁸ ROSTOW, Eugene. “*Planteamiento para la libertad*”. Buenos Aires. Editorial Jurídica Omeba, 1962. p. 293.

Grundrisse, y el "Prefacio de *Contribución a la crítica de la economía política*" (1859), toda vez que el mismo Marx, al estudiar la Revolución en España, parte su estudio de escritores de literatura como Miguel de Cervantes Saavedra, y Pedro Calderón de la Barca, entonces en el marco de la obra completa de Marx, no cabe el dogmatismo de un supuesto determinismo económico, que ha sido endilgado a su pensamiento.

Desde una posición de extrema oposición a la tesis marxista, tenemos el planteamiento de los juristas americanos Richard Ely, John Commons y Carter Adams, quienes afirman que la Economía es una rama de la jurisprudencia general, y que su relación con el Derecho es tan íntima que niega su propia existencia.

El liberalismo, y concretamente una de sus versiones como es la Escuela del Análisis Económico del Derecho, tiene una posición economicista de las ciencias humanas, como el marxismo. En ese sentido conciben el Derecho como una cuestión de Costo – Beneficio, llegando incluso algunos de sus exponentes a manifestar que la vida misma es una cuestión de Costo – Beneficio, supeditan todos los aspectos del Derecho a la Economía, pero no a criterios de optimización de recursos, sino a criterios de la Economía Neoclásica, donde todo se reduce a una lógica brutal, como devastadora, y a la vez simple, el costo y el beneficio inmediato de los hechos vistos independientemente de todo contexto.

Por lo tanto la versión jurídica, esta supeditada a criterios económicos, pero sobretodo a los establecidos por la Escuela Neoclásica de la Economía, que se basa en aspectos subjetivos de la Teoría del Valor (Alfred Marshall). Centra su desarrollo teórico en el Derecho Civil Patrimonial, en lengua española uno de sus primeros exponentes fue el jurista español Juan Torres López, autor de: "*Análisis Económico del Derecho: Panorama doctrinal*" (1987), de amplia aceptación en algunas Universidades Privadas del país, siendo uno de los exponentes peruanos de dicha corriente Alfredo Bullard Gonzáles, autor de la obra: "*Derecho y Economía. El análisis*

económico de las instituciones legales” (2003), es un texto dedicado al Derecho Civil Patrimonial, y desde una perspectiva de la Escuela Neoclásica de la Economía, con fuerte carga ideológica, haciendo recordar los combates ideológicos entre marxistas y liberales, en la época de la Guerra Fría. Desde una perspectiva internacional, los auspiciados ideológicos de esta corriente son Friedrich A. Von Hayek, y Ludwig Von Mises, y desde una perspectiva jurídica los especialistas Gary Beker, Ronald Coase.

b) Las relaciones de integración.- Esta corriente sostiene que lo jurídico y lo económico en lugar de repelerse se complementan formando un bloque único. Su representante más destacado es Rudolf Stammler. La vida social es una mezcla de una parte sustancial (Economía) como de una parte formal (Derecho). El derecho y la economía configuran dos enfoques, dos maneras teóricas que ayudan a acercarse a la realidad social, y cuando así se da componen un cuerpo único.

c) Las relaciones de interacción.- Sustentada a partir del paralelismo con el principio físico de acción y reacción. Así, a toda acción Económica corresponderá una reacción igual y contraria del Derecho. Niega una prevalencia del factor económico sobre el jurídico y de éste sobre aquel. De esta manera las dos ramas de las ciencias sociales interactúan separadamente sobre el mundo social. Tiene como exponente a Max Weber quien afirma que las acciones Económicas han influido parcialmente en la sistematización del Derecho y que los problemas económicos deben ser resueltos por la máquina legal.

Resultado del encuentro entre el Derecho y la Economía, surgirá el Derecho Económico, un derecho en formación cuyos primeros problemas a solucionar serán los de su propia existencia, en tal sentido se planteará el tema de si este constituye o no una rama autónoma.

El jurista venezolano Roberto Goldschmidt, una de las mentes más despiertas de su tiempo, opinaba que:

"La existencia autónoma del Derecho Económico, supone una restricción de las ramas tradicionales del derecho, y muy especialmente del derecho administrativo, depositario hasta ahora de una serie de normas jurídico-económicas, en defecto de mejor ubicación en otras ramas, debido precisamente al no reconocimiento del nuevo derecho"¹⁹.

En el Perú, uno de los primeros juristas y economistas a la vez en interesarse por la relación del Derecho con la Economía es el maestro sanmarquino Ulises Montoya Alberti, su estudio se encuentra plasmado en su obra: *"El Derecho Económico"* (1966). Destaca también en el estudio de la relación, o interrelación entre el Derecho con la Economía, Víctor Malpartida Castillo, con su obra: *"Introducción al Derecho Económico. Análisis Económico del Derecho y Derecho al Desarrollo"*. (1996), asimismo están: Anibal Sierralta Ríos, con su obra *"Introducción a la Juseconomía"* (1996), y Alfredo Bullard Gonzáles, con su escrito *"Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales"*. (2003). En el estudio de la Economía y el Derecho Penal, una de las primeras obras escritas, con ocasión de sustentar Tesis de Bachiller en Derecho, ha sido la de Aníbal Torres Vásquez: *"Delitos contra la economía popular"* (1969).

2.13.- DERECHO PENAL Y ECONOMIA: DE LA EXIGENCIA DE LA GUERRA A LA ECONOMIA DE MERCADO.

Si bien es cierto, en principio Cesar Beccaria (1738-1794), el padre del Derecho Penal Moderno, quien además de jurista fue economista, filósofo y literato, en su obra *"De los delitos y las penas"* (1764), se refiere a la interacción entre las sanciones y los delitos, desde la perspectiva del daño por el beneficio económico que proporcionan a la sociedad. Su obra del siglo XVIII, es el antecedente más remoto del encuentro entre la Economía y el Derecho Penal, pero se trata de una idea, no de una teoría.

Por lo demás el Derecho Penal ha tenido un encuentro tardío con la Economía, por exigencia de la Economía de Guerra. Con el Capitalismo, el ordenamiento punitivo tuvo la imperiosa necesidad de caminar de la mano,

¹⁹ **GOLDSCHMIDT, Roberto**, *"Estudios de Derecho Comparado"*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. VoL XXII. Carácas, 1958. p. 461.

regulando y dando seguridad jurídica a la Economía. No obstante las diversas manifestaciones de la actividad económica de las últimas décadas, y sobre todo en escenarios difíciles de conflagraciones mundiales, han requerido la necesidad de acudir al Derecho Penal, como instrumento de dar eficacia y posibilitar el desarrollo de la misma. El desarrollo mundial de las industrias, de los medios de transportes y comunicaciones, de las organizaciones crediticias y bancarias, de las sociedades mercantiles, de la informática y cibernética, han marcado la pauta económica de las últimas décadas, para afianzar los cambios la sociedad acude al Estado, para que desde el Derecho Penal consolide dichos cambios.

Los sistemas jurídicos tradicionales, y las diversas áreas tradicionales del Derecho, no ofrecían soluciones a los gravísimos problemas que surgían por doquier en el marco del nuevo orden de relaciones surgidas de las relaciones de la Economía Moderna, se advertían vacíos, y fue necesario acudir al área del Derecho de mayor cobertura coercitiva en la aplicación de las normas jurídicas.

Las consecuencias de la primera guerra mundial, no sólo repercuten en el orden político sino también en el económico y jurídico. Un dato resaltante es la imperiosa necesidad de la intervención del Estado en el ámbito económico, y todo lo que ello implica cambio drásticamente el panorama de las Ciencias, no fue un simple hecho, significó un cambio cualitativo.

Hasta entonces la doctrina económica que imperaba en la mente de los hombres, y específicamente de los gobernantes de los Estados que tomaron parte en la primera conflagración mundial, eran las del liberalismo, preconizada por Adam Smith, y David Ricardo. Se propugnaba la absoluta ausencia de intervención por parte del Estado en la economía, la cual debía de regularse por la Oferta y la Demanda. El conflicto bélico obligó a adaptar la economía de paz a la economía de guerra. El Estado tuvo que intervenir en la producción para determinar lo que debía producirse, y el "quantum" de la producción, y en muchos casos también en la distribución de las mercaderías.

El paso de una economía liberalista a una economía controlada, afectó profundamente la concepción económica y jurídica de la vida, originando cambios de paradigmas, el mundo del Derecho experimentó transformaciones sustanciales en el ordenamiento jurídico hasta entonces vigente. El Derecho Penal Económico, se encuentra en momentos de adecuar sus paradigmas a la Economía de Mercado.

2.14.- ORIGEN DEL DERECHO PENAL ECONOMICO.

Los orígenes más remotos se podrían rastrear en Roma, cuna del Derecho Occidental Moderno, sin embargo dada su naturaleza de sociedad esclavista, en Roma no hay propiamente una Economía de Mercado, es decir consumidores y usuarios, empresarios y trabajadores, no hay industrias de chimeneas, por esta razón desde una perspectiva sistemática el Derecho Penal Económico tiene un origen más reciente. Es así, que la estructuración de los delitos económicos, recién manifiesta su auge después de los años cincuenta del siglo XX, si bien sus embrionarios enfoques se encuentran en muchísimas leyes del siglo XIX, pero son leyes que tipifican delitos desde marcos conceptuales “tradicionales” (por decir de alguna manera), así el Delito contra la propiedad intelectual (Derecho de autor, y propiedad industrial) se tipifican como Delitos contra la Fe Publica – Falsificación, en efecto una gran parte de la legislación penal del Siglo XIX, bajo la influencia de la ley francesa de 1793 y del Código Penal francés de 1810, denomina «falsificación» (*contrefaçon*) a todas o casi todas las violaciones de los derechos intelectuales; otra corriente legislativa consideraba a estos como delitos contra el Patrimonio – Defraudación, en ese orden de ideas se encontraba consagrado en el Código Penal español de 1870 (art. 552), y la concordante ley de «propiedad intelectual» del 10 de enero de 1879, tipificación seguida por una parte de la legislación de los países hispanoamericanos de ese entonces, entre ellos, Argentina y Bolivia.

Es interesante la idea de Rodríguez Mourullo, -citado por el maestro Silfredo Hugo Vizcardo-, en el sentido que:

"El Derecho penal económico" es tan antiguo como el propio Derecho Penal, porque "allí donde existió un sistema penal hubo siempre un Derecho Penal Económico más o menos rudimentario, en consonancia con la correspondiente estructura social y grado de evolución económica"²⁰.

Asimismo el jurista chileno Germán Eduardo Novoa Monreal, en ánimo de buscar los orígenes del Derecho Penal Económico, estima que el dirigismo económico:

"Origina la necesidad de penar algunas graves violaciones del orden impuesto para conveniencia colectiva y allí brota toda la extensa gama: de los delitos de carácter socioeconómico, que más de una vez han preocupado a la doctrina penal moderna"²¹.

En ese Orden de ideas, los orígenes del Derecho Penal Económico estarían explicadas con el surgimiento de economías estatales planificadas en gran escala, es decir con el advenimiento del marxismo y el keynesianismo (post primera guerra mundial).

Enfocando el tema a la realidad peruana, los historiadores del Derecho peruano y americano, Jorge Basadre en su obra: "*Historia del Derecho Peruano*" (1937), y Hermann TRIMBORN, en su obra: "*El Delito en las Altas Culturas de América*" (1936), no hacen mención a algo que podría denominarse Derecho Penal Económico.

El historiador de mayor renombre en nuestra patria sostiene que en la época Inca, se estableció una clasificación de delitos, que puede hacerse de la siguiente forma, que por cierto no es la que concibieron los legisladores y jueces incas, mencionando 1) Infracciones del orden público. **a.** Delitos contra el Derecho Constitucional, y **b.** Delitos contra el Derecho Administrativo), 2) Infracciones del orden social privado (**a.** Violaciones de la vida; **b.** Violaciones del orden familiar; **c.** Delitos contra la propiedad, entrando más en detalle y

²⁰ HUGO VIZCARDO, Silfredo. "*Delitos Económicos*". Lima. En línea: www.proderechoperu.org/pdfs/art_2.pdf (Consulta 08/10/2011). p. 2.

²¹ NOVOA MONREAL, Germán Eduardo. "*Algunas ideas para la Reforma Penal en Chile*". Ciclo de Conferencias. Universidad Católica de Chile. 1963. p. 94.

con respecto al Derecho Penal Económico, el historiador Jorge BASADRE²² menciona que:

“b) *Delitos contra el Derecho Administrativo*. Cabe subdividirlos en delitos referentes a la dominación de los súbditos del imperio y delitos referentes a las aportaciones económicas de los súbditos. Referentes a la dominación: cambios de residencia no autorizados, cambios de vestidos usando alguno que no fuera de la comunidad o localidad respectiva, delitos de los funcionarios por acción u omisión (abusos o falta de celo), etc.

Referentes a las aportaciones tributarias. Por ejemplo, no cultivar las tierras cuyos productos servían como tributos: tributar menos que lo señalado; defraudar tratándose de objetos tributados; no cumplir con el pago de aportes especiales; abandonar el puesto durante el servicio obligatorio. Además, los daños indirectos a la economía como violaciones a la prohibición de matar animales hembras, manifestaciones de pereza o de vida desarreglada, tratándose del pueblo. En tercer lugar, las infracciones de los derechos del monopolio del inca como la cacería de vicuñas, el uso de la coca, etc. Por último, las infracciones de la seguridad del orden jurídico mismo como la omisión del deber de la denuncia y las declaraciones falsas ante las autoridades”.

La Economía es una realidad previa al Derecho, visto desde la Historia; las dos son ciencias que estudian la realidad, y como tal en permanente innovación. El orden económico se proyecta para su tutela en la legislación. El orden jurídico llega a ser público o privado, según él legislador decida, y de acuerdo a su naturaleza. No obstante, en el caso específico de la legislación penal protectora del orden económico, esta es de orden público necesariamente, toda vez el Derecho Penal pertenece por naturaleza jurídica de sus normas a la rama del Derecho Público.

Desde la perspectiva del Legislador, y el Derecho Positivo, el problema principal es de como considerar los delitos económicos dentro del ordenamiento jurídico. Sobre el particular existen dos posiciones:

La primera posición tiene el criterio de incluirlos dentro del título específico del libro de los delitos en el Código Penal, en tal sentido formaría parte del Derecho Penal Especial. Sin embargo, como inconveniente a este punto de vista se señala que los delitos económicos están siempre o casi siempre estrechamente vinculados con legislaciones especiales y no podrían siquiera existir sin esas legislaciones.

²² BASADRE, Jorge. “*Historia del Derecho Peruano*”. Lima 1937.p. 208.

La segunda propuesta, parte de la constatación de que las leyes de carácter económico, son esencialmente mudables, ya que deben seguir la evolución de la vida económica, y todo aconseja que los delitos correspondientes se amolden a las mutaciones de las mismas, en lugar de anquilosar se en cuerpos legales llamados a tener un grado mucho más alto de permanencia.

2.15.- ASPECTOS HISTÓRICOS DEL DERECHO PENAL ECONOMICO.

El Derecho Penal Económico, es un desarrollo científico reciente, por lo que validamente se puede afirmar que esta en formación, sin embargo los especialistas encuentran una expresión histórica de esta especialidad, o sub-especialidad jurídica.

En el Perú, la historia enseña la presencia en época del Tahuantinsuyo, de diversos tipos de delitos que hoy conocemos como económicos. Máximo Alfredo UGARTE VEGA CENTENO²³, señala que:

“En la época del incanato se entendía como delito tributario cuando se falsificaban las cuentas y los responsables eran severamente sancionados”.

Asimismo el mismo autor, menciona que:

“En el Virreynato se castigaba a los caciques indígenas que escondían a sus congéneres durante los censos populares, con el propósito de disminuir el cálculo de la distribución de las cargas tributarias”²⁴.

En un inicio de la vida republicana, el mariscal Simón Bolívar por Decreto del 18 de marzo de 1824, dispuso la pena de muerte a los empleados que participaran en la comisión del delito de contrabando, norma modificada por Ley de 1896, que sancionaba a los culpables con penas de multa y corporal aflictiva.

²³ **UGARTE VEGA CENTENO, Máximo Alfredo.** *“El derecho penal económico como alternativa en la solución de los llamados delitos económicos empresariales”*. Lima Diciembre 2003. Revista de investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas de la UNMSM: Gestión en el Tercer Milenio. Año 6, N° 12. p. 36.

²⁴ **UGARTE VEGA CENTENO, Máximo Alfredo.** Ob. Cit. p. 36.

En la época de los Códigos, el Perú consagrará el primer **Código Penal en el año de 1863**. Este cuerpo normativo no legislará propiamente sobre materia económica. La orientación político criminal respecto a los Delitos Económicos de la época se representará en la Sección Duodécima del Libro Segundo de nuestro primer Código punitivo, donde se legislará sobre "Los Delitos Contra la Propiedad Particular". No obstante, si quisiésemos apreciar atisbos de conductas socio-económicas, apreciamos que en esta sección se sancionará la conducta de los "deudores punibles" (Título III). En igual perspectiva, dicho código histórico, sancionará también, en su Sección Sexta del Libro Segundo, "la falsificación de documentos de crédito" (Título III) y "la falsificación de moneda" (Título IV).

Durante la vigencia del **Código Penal de 1924**, tampoco se aprecia el tratamiento de modalidades típicas propiamente de delitos económicos. No obstante, pueden considerarse ciertos tipos como Delitos contra el Orden Económico, sin embargo, éstos no revisten la amplitud ni profundidad que deberían tener. Así podemos distinguir en el Libro Segundo: Delitos, Sección Séptima: Delitos contra la Seguridad Pública, Título IV: Delitos Contra la Salud Pública, el artículo 278° que se refieren a propagar *"un parásito o germen peligroso para la cultura agrícola"*, y el artículo 279° referido a la propagación de *"una epizootía entre los animales domésticos"*. Asimismo en el mismo Libro, en la Sección Decima Quinta: Delitos Contra la Fe Pública, Título II: Falsificación de Monedas, Timbres y Marcas Oficiales, el artículo 369° referido al que *"indebidamente fabricare moneda de curso legal en la Republica"*, el 370° tipifica conductas de quien *"de cualquiera manera alterase la moneda de curso legal"*, el 371° prescribe supuesto de hecho del quien *"expendiere o pusiere en circulación moneda ilícitamente fabricada, falsa o alterada"*, el 372° regula conductas ilícitas del *"que habiendo recibido como auténticas o intactas moneda ilícitamente fabricada, falsificada o alterada, la expendiere o pusiere en circulación a sabiendas"*, el 373° regula un atenuante de los delitos regulados en este título, el Artículo 374° regula los documentos públicos equiparados a la moneda, para los efectos de aplicar los alcances de las consecuencias

jurídicas sancionadas en los delitos consagrados en el título en análisis, y el artículo 379° extiende la regulación de este título “a las monedas, papel moneda, billetes de banco, sellos, marcas oficiales y timbres extranjeros”; señalando que si bien es cierto que en los artículos mencionados se lesiona la fe pública, la lesión fundamental es contra el orden económico, toda vez la lesión alcanza principalmente el orden económico y sólo secundariamente a la fe pública, en la medida que la moneda y los títulos que a ella se asimilan cumplen una función económica, el circulante, al aumentar irregularmente con la emisión de la moneda falsa rompe el equilibrio de la política monetaria sustentadas por las autoridades competentes encargadas de regular la emisión y circulación de la moneda con fines de política económica y financiera.

El legislador del **Código Penal de 1991**, fue conciente de la necesidad del tratamiento legislativo de esta clase de delitos, y expresamente así lo declara en la exposición de motivos de nuestro Código punitivo vigente, que dice: *“La ley penal no podía permanecer insensible ante la evolución y complejidad de la actividad económica entendida como un orden. Con basamento constitucional, el nuevo Código Penal no prescinde de la represión de los delitos que atentan contra el orden económico”*. En este orden de ideas el Código Penal vigente dedica el Título IX: Delitos contra el Orden Económico, del Libro Segundo: Parte Especial. Delitos, artículos. 232° al 243° - C.

No obstante de estos avances legislativos, existen serios problemas de determinación político criminal, que se observa al momento de la regulación, y contravienen la finalidad preventivo general del Código. Así se observa el desorden y carencia sistemática, ampliamente criticada por la doctrina, y asimismo la ausencia de proporcionalidad de las sanciones punitivas establecidas en los diversos delitos. Y esto tiene directa vinculación con el descuido evidenciado por el legislador al momento de valorar la prevalencia de los bienes jurídicos tutelados.

Más allá de las apreciaciones antes glosadas, desde la perspectiva del Legislador de 1991, en el Código Penal, se establecen sectores o subdivisiones del Derecho Penal Económico, y estas son:

A) Delitos contra la propiedad intelectual: Derechos de autor y conexos, y propiedad industrial.

B) Delitos societarios: Quien actúa como órgano, socio, o representante autorizado de una persona jurídica societaria y realiza el tipo legal de un delito (artículo 27º).

C) Delitos laborales: Atentado contra la libre sindicación, prestar trabajo sin la debida retribución, trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene necesarias (artículo 168º),

D) Delitos contra el orden económico: Abuso de Poder económico, acaparamiento, especulación adulteración, venta ilícita de mercaderías, otros delitos económicos, y ejercicio ilegal de actividades de los agentes de intermediación necesarias (artículo 232º al 243-Cº),

E) Delitos financieros y monetarios: concentración crediticia, ocultamiento, omisión, negativa y falsedad en la información, instituciones financieras ilegales, obtención indebida de créditos, pánico financiero, omisión de provisiones específicas, desvío fraudulento de crédito promocional, Abuso de información privilegiada, falsificación de billetes o monedas, alteración del valor de billete o moneda, trafico de billete o moneda falsos, fabricación o importación de instrumentos o insumos con fines de falsificación, alteración de billetes o monedas nacionales y extranjeros, emisión ilegal de billete o moneda, uso ilegal de divisas, retención ilegal de divisas (artículo 244º al 261º).

F) Delitos Tributarios, regulados por Ley especial.

Los delitos económicos atentan contra la actividad económica, produciendo un conjunto de conductas que buscan beneficiarse a expensas de los demás, afectando el orden y el sistema económico, contraviniendo normas que organizan y protegen la vida económica, por lo que la delimitación jurídica de estos delitos es trascendental.

El Derecho Penal Económico ha tenido en nuestro país un desarrollo constitucional y un desarrollo legal. En ese sentido cabe mencionar que la Constitución vigente de 1993, reconoce una serie de principios que fundamentan la idea de "orden económico", como entidad digna de protección jurídica; entre ellos destacan los principios de: Libre iniciativa privada en la economía social de mercado, Libertad de Empresa, comercio e industria, Pluralismo Económico, Libre Competencia, Prohibición del Abuso de Posiciones de Dominio o Monopólicas en el Mercado, y Defensa del Consumidor.

En Latinoamérica, el Código Penal colombiano, diferencia el tratamiento de los delitos patrimoniales individuales de los propiamente socioeconómicos. Así el Título VII del Libro Segundo del Código Penal, identifica como objeto de protección penal al "patrimonio económico" (tipificando los denominados delitos patrimoniales tradicionales). Por su parte, el Título X del Libro Segundo del referido código punitivo, legisla sobre los denominados "Delitos Contra el Orden Económico Social", comprendiendo en la regulación los siguientes capítulos: Capítulo primero: Del acaparamiento, la especulación y otras infracciones (como el agiotaje, pánico económico, ilícita explotación comercial, daño en materia prima, usura, usurpación y uso ilegítimo de marcas y patentes, violación de reserva industrial o comercial, exportación o importación ficticia, aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, evasión fiscal); Capítulo segundo: De los delitos contra el sistema financiero; Capítulo tercero: De la urbanización ilegal; Capítulo cuarto: Del contrabando; Capítulo quinto: Del lavado de activos.

En Europa, el auge en el estudio del fenómeno delincencial en el ámbito de la economía se produjo culminada la segunda guerra mundial, el legislador penal

se preocupó en corregir las distorsiones existentes en el sistema económico, con la finalidad de impulsar las entonces deprimidas economías.

Es así como en **Alemania** se reprime en sede penal comportamientos de acaparamiento y prácticas restrictivas de la competencia a través de la llamada "Ley para la simplificación del Derecho Penal Económico" de 1949. En 1954, con el cambio del modelo de economía planificada al de mercado, aparece la "Ley adicional para la simplificación del Derecho Penal Económico" que descriminalizó una serie de conductas que aparecían como lesivas contra la planificación estatal en materia económica. La reforma del Derecho Penal Económico se inició en Alemania en 1972, durante el 42 Congreso de Juristas Alemanes, oficialmente con la creación de una Comisión de Expertos para la lucha contra la delincuencia económica y para la reforma del Derecho Penal Económico. Uno de los exponentes más versados de la dogmática alemana, el maestro Klaus Tiedemann²⁵, al respecto señala que:

“El desarrollo moderno del Derecho penal económico discurre en paralelo al del Derecho económico: las disposiciones del intervencionismo estatal, desarrolladas durante la Primera Guerra Mundial para la satisfacción de las necesidades vitales y que se dirigían en contra de la usura y la elevación artificial de los precios, se mantuvieron como técnica legislativa luego del término de la guerra, en los años veinte”

Además el notable jurista alemán Klaus Tiedemann²⁶, puntualiza respecto a la regulación actual del Derecho Penal Económico Alemán, en el sentido que existen “Bloques de leyes en el derecho penal complementarlo”, y en ese sentido hace alusión a un “Derecho penal secundario”, es decir una regulación punitiva fuera del Código penal, formando bloques de tipos penales que además, con otras disposiciones penales (y tipos contravencionales), se convierten en regulaciones centrales semejantes a una codificación, en tal sentido destaca, cinco bloques, los mismos son los siguientes:

²⁵ **TIEDEMANN, Klaus.** *“Derecho Penal Económico”*. Lima, 2009. Editora y Librería Jurídica Grijley. Traducido de la 2ª Edición alemana del año 2007, por el Dr. Manuel A. Abanto Vásquez, y otros. p. 78.

²⁶ **TIEDEMANN, Klaus.** Ob. Cit. pp. 101-104.

1. Derecho penal tributario (AO).- Regulado por el Ordenamiento Tributario (AO), donde el Derecho penal tributario se encuentra regulado en los artículos 370 y siguientes del AO, que comprende también a aranceles de importación y de exportación, incluyendo los agrarios, que son impuestos por la UE en caso de importación desde los llamados terceros Estados. Con esto, todo el *Derecho penal tributario*, que dispone de una considerable tradición histórica, está concentrado en lo esencial en el Ordenamiento Tributario. Esto concierne a los ingresos estatales (y aquellos de la CE). Por otro lado, el Corpus Iuris para la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas, propone en su artículo 1º, la regulación conjunta de la protección penal de los ingresos y egresos.

2. Derecho penal de los balances (HGB).- La Ley de Directivas sobre Balances de 1985, prescribe el Derecho penal de los balances, que se concentra en los artículos 331º y siguientes del Código de Comercio (*HGB*). Estas disposiciones penales son complementadas por tipos especiales que permanecen en la Ley de sociedades anónimas (*AktG*), la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (*GmbHG*) y la Ley de cooperativas (*GenG*): artículo 400 *AktG*; artículo 82, párrafo 2, N° 2 *GmbHG*; artículo 147, párrafo 2 *GenG*. Estos tipos también abarcan las informaciones incorrectas entregadas a los auditores y las constataciones incorrectas hechas por los auditores. Adicionalmente, rige la disposición contravencional del artículo 335 del *HGB* que sanciona la infracción del deber de publicar el balance anual tratándose de sociedades de capital.

3. Derecho penal de las sociedades de capitales.- No se encuentra reunido en un solo lugar, sino que está disperso en la *AktG*, la *GmbHG* y la *GenG*, según la respectiva forma de sociedad. Sin embargo, los tipos penales pertinentes están contruidos de modo *estructuralmente paralelo*: se trata sobre todo del fraude en la constitución de la sociedad (artículo 399 *AktG* y artículo 82 *GmbHG*) y del deber de presentar la solicitud de insolvencia en caso de incapacidad de pago o sobreendeudamiento (artículo 401 *AktG*, artículo 84 *GmbHG*, artículo 148 *GenG* y artículo 130 *HGB*). A esto se suma la protección penal de los secretos societarios frente a su revelación y aprovechamiento

indebidos por parte de los órganos sociales (artículo 404 AktG, artículo 85 GmbHG, artículo 151 GenG).

4. Derecho penal de la libre competencia.- Regulado básicamente en la GWB (protección de la competencia como institución) y en la UWG (protección de la competencia leal o *fair*, esto es, la relación de los competidores entre sí y con los consumidores). Mientras la GWB contiene solo contravenciones, la UWG, que recibió una nueva versión en el 2004, estatuye tipos penales clásicos, como son la publicidad engañosa (artículo 16), revelación de secretos y espionaje industrial (artículo 17 y siguientes). Como complemento de esto tienen aplicación desde 1997 los artículos 298 y siguientes StGB (acuerdos prohibidos en licitaciones y concursos públicos; cohecho pasivo y activo de empleados y comisionados en el tráfico de los negocios; antiguo artículo 12º UWG). Numerosas leyes secundarias derivadas de la UWG regulan y refuerzan aspectos parciales, especialmente en materia de publicidad.

5. Derecho penal de protección de los consumidores.- Regulado de modo centralizado, específicamente en el Código sobre Productos Alimenticios para personas y animales (LFGB). Este Código protege de manera anticipada, por un lado, frente a actos de engaño y confusión, y, por otro lado, contra la puesta en peligro de la salud. La materia está complementada especialmente por la Ley del Vino (con típico carácter de ley penal en blanco) y se ve continuamente superpuesta por el Derecho de la UE. La protección del consumidor a través de la responsabilidad penal por el producto está garantizada sobre todo por el Código penal.

En **España**, desde que se hizo público el proyecto de Código penal de 1980, primero de la historia penal española que contenía un título rubricado expresamente con la mención a los delitos económicos, una serie de cuestionamientos en pro y en contra de esta especie de delitos se desató en los ámbitos doctrinales. Las opiniones en favor de la regulación de los delitos económicos ganaron mayor fuerza, toda vez que era palpable que el código hasta entonces vigente era incapaz de afrontar las necesidades sociales en relación con los variados fenómenos económicos.

El Código penal de 1995, siguiendo la línea de ideas marcada por el proyecto de Código penal de 1992, ha decidido tratar juntamente los delitos patrimoniales y económicos. Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prat²⁷, exponen que la razón que anima al legislador no parece expresada con claridad en la exposición de motivos, pudiendo ensayar la idea de una zona "mixta", en la que confluyen valores de signo "patrimonial-individual", otros de naturaleza "económico-colectivo", se trataría pues de delitos en los que no es posible otorgar uno solo de esos caracteres, dada la pluralidad de bienes jurídicos potencialmente afectados. Ello sucede con los delitos relativos a la propiedad industrial o intelectual, y otros como los fraudes a los consumidores, infracciones en las que es visible a la vez un daño patrimonial evaluable y una infracción de las condiciones mínimas de la seguridad del mercado. Siendo así, no parece fácil decir la ubicación en el grupo patrimonial o en el grupo económico, sin correr riesgo de pérdida del sentido pleno de cada infracción. Por lo tanto, lo más prudente era reunir en un solo Título a los delitos patrimoniales y a los delitos económicos, que es lo que hace el Título XIII del Código Penal. El Título XIII comienza por la infracción patrimonial clásica (el delito de hurto), para posteriormente describir los delitos de apoderamiento directo, los de apoderamiento fraudulento, las insolvencias (aquí ya comienza a ampliarse el significado del bien jurídico afectado), continuando con otras infracciones clásicas, nuevas o renovadas, hasta llegar a los delitos relativos al mercado y a las sociedades mercantiles, en los que es más visible el sentido económico que el patrimonial y entre ambos grupos sólo existe un línea tenue de aspectos compartidos, determinado por las disposiciones comunes del capítulo X, que van referidas sólo a los delitos (patrimoniales) que le preceden. Existen otras conductas punibles de contenido económico en otros Títulos, ello ocurre en el Título XIV (delitos contra la hacienda pública y la seguridad social), en el Título XV (delitos contra los derechos de los trabajadores), e incluso en el Título XVI (delitos contra la ordenación del territorio). En los delitos económicos del Título XVIII se produce

²⁷ **QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, y MORALES PRATS, Fermín.** *“Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”*. Pamplona. Navarra. España 1999. Editorial Aranzadi. pp. 441-442

una fricción conceptual con delitos patrimoniales clásicos que daría lugar, de no existir una descripción conjunta, a problemas interpretativos y, en especial, a indeseados concursos ideales de delitos.

2.16.- EL DERECHO PENAL ECONOMICO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – DERECHO DE AUTOR.

Los delitos contra el Derecho de Autor, constituye un sector del Derecho Penal Económico, que en el Perú, a exigencias de la economía de mercado, orgánica y sistemáticamente fue introducido al ordenamiento jurídico penal peruano en 1991, para que responda y regule aquellas conductas que afectan la vida social en lo pertinente a los Derechos de Propiedad Intelectual.

Después de realizar un análisis del Decreto Legislativo N° 123, de fecha 12 de junio de 1981, referido a la primera regulación peruana, que hasta cierto sentido se podría decir, regulación sistemática de los Delitos económicos, uno de los más prestigiosos juristas peruanos, nos estamos refiriendo a Luis A. BRAMONT ARIAS²⁸, respecto de los Derecho Penal Económico, enseña que:

“Conclusiones

Primera.- El llamado "Derecho penal económico" abarcaría un sector más o menos extenso e impreciso de infracciones que pretenden agruparse bajo las denominaciones de delitos económicos, delito social económico, delito contra el orden público económico, contra la economía pública o la economía popular.

Segunda.- No existe coincidencia en cuanto a la objetividad jurídica penalmente tutelada que permita la agrupación unitaria de las conductas delictivas. Es decir, no hay acuerdo sobre el bien jurídico protegido: ¿economía pública?, ¿orden público económico?, ¿economía social?, etc.; tampoco hasta dónde las nuevas figuras han de extender la protección penal a los aspectos de la actividad económica (producción, circulación, distribución y consumo); y si han de comprender los delitos llamados contra la industria y el comercio.

Tercera.- Es discutible la conveniencia y oportunidad de legislar en materia de tan vagos contornos, como son los delitos económicos, puesto que el llamado Derecho económico se vincula estrechamente a la variable orientación política (intervencionismo o libertad económica) adoptada por cada país en épocas sucesivas, de la situación real (económica-social) que en él impere, y de las

²⁸ **BRAMONT ARIAS, Luis A.** *“Temas de Derecho Penal N° 5”*. Lima 1990 Editores. Alfonso Silva Sernaque, y Aníbal J. Paredes Galván. Editorial San Marcos. pp. 78-79.

necesidades circunstanciales, pasajeras o de emergencia, como ocurre con las leyes sobre precios máximos.

Cuarta.- El Decreto Legislativo N° 123 se ocupa solamente de los delitos de acaparamiento, especulación y alteración de artículos de primera necesidad, o sea de los ilícitos que tradicionalmente figuran en los códigos dentro del título de los que atentan contra la economía nacional, con cargo de legislar posteriormente sobre las demás figuras delictivas cuya ubicación y contenido presentan complejos problemas que merecen ser estudiados con particular detenimiento, como serían los casos de pánico económico, ilícita explotación comercial, daño en materia prima y producto agropecuario e industrial, usura, usurpación de marcas y patentes, uso ilegítimo de patentes, violación de reserva industrial, sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes legales, exportación ficticia, aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. No falta siquiera quien postule la más amplia configuración abarcando situaciones que hacen al llamado derecho social: habitación adecuada, remuneración suficiente, seguros de invalidez o muerte, etc., la infracción de las cuales quedaría también sometida a este sector del Derecho penal.

Quinta.- La función eminentemente represiva del Derecho penal no excluye la posibilidad de una actuación jurídica preventiva connaturalizada o no con el Derecho penal.

Sexta.- La formulación de las leyes penales económicas, en acatamiento al principio de tipicidad, debe llevarse a cabo respetando los principios sistemáticos del Derecho Penal, esto es, debe describir las conductas punibles de manera precisa, eliminar la arbitrariedad en todas sus formas, y, en general, todo lo que afecte la seguridad jurídica”.

Si bien el mencionado jurista, no se pronuncia en el sentido que si los Delitos Contra el Derecho de Autor, es o no parte conformante del Derecho Penal económico, quien si se pronuncia, sin dejar lugar a dudas, es el penalista Manuel Abanto Vásquez, inclusive en su obra: “*Derecho Penal Económico. Parte Especial*” (2000), analiza cuatro rubros de delitos, contra: **1) La Competencia, 2) Los consumidores, 3) La propiedad intelectual, y 4) Tributarios.** En esa línea de ideas, el maestro sanmarquino Abanto Vásquez²⁹, sostiene que:

“ (...) La doctrina discute sobre la ubicación de los delitos contra los derechos de autor; ¿son o no son delitos económicos?”. Es innegable que el "derecho de autor" como atributo de la personalidad es un interés individual. No obstante, en la vida moderna actual adquiere tal magnitud por su vinculación estrecha con el funcionamiento del sistema de economía de mercado (...) que su protección interesa no solamente al individuo, sino a toda la colectividad. En tal medida es comprensible que el legislador español p. ej., los haya incluido dentro del acápite previsto para los delitos contra la propiedad industrial, el mercado y los consumidores y que en el Perú su protección administrativa esté vinculada con la protección de la competencia. Pero también es cierto que, más allá de esta

²⁹ **ABANTO VAZQUE, Manuel A.** “*Derecho Penal Económico. Parte Especial*”. Lima 2000. IDEMSA. pp. 258-259.

trascendencia en el sistema competitivo moderno, los "derechos de autor" no dependen de la configuración económica de la sociedad, pues han existido antes del surgimiento de la economía de mercado y en sistemas económicos distintos".

En doctrina extranjera, destaca la opinión del jurista español Miguel Polaino Navarrete, para quien los delitos contra los Derechos de Autores, son materialmente delitos socioeconómicos,

p. 427.

Moreno Cánoves / Ruiz Marco, es de opinión contraria, en la medida que sostiene una opinión en el sentido que los delitos contra los Derechos de Autores, no son delitos económicos.

p. 58

2.17.- APRECIACIÓN DEL TESISISTA, SOBRE LOS ASPECTOS HISTÓRICOS DEL DERECHO PENAL ECONOMICO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – DERECHO DE AUTOR.

La historia nos muestra un panorama global del fenómeno social, en tal sentido en lo referente al tema de estudio: Derecho Penal Económico de la Propiedad Intelectual – Derecho de Autor, podemos decir que se encuentra en proceso de consolidación, siendo esta una sub-especialidad que con el transcurso de los años tendrá que avanzar y ganar un espacio propio.

En tal sentido el Derecho Penal Económico ha tenido en nuestro país un desarrollo constitucional y un desarrollo legal. Cabe mencionar que la Constitución vigente de 1993, reconoce una serie de principios que fundamentan la idea de "orden económico", como entidad digna de protección jurídica; entre ellos destacan los principios de: Libre iniciativa privada en la economía social de mercado, Libertad de Empresa, comercio e industria, Pluralismo Económico, Libre Competencia, Prohibición del Abuso de Posiciones de Dominio o Monopólicas en el Mercado, y Defensa del Consumidor.

Es relevante respecto al Derecho Penal Económico de la Propiedad Intelectual – Derecho de Autor, señalar que sus antecedentes más remotos

se encuentran en las calendarios Hebreos, Griegos, y Romanos, justamente los referentes de la cultura occidental, crisol de la civilización que hoy vivimos. Siendo ello así, no es aventurero postular que la historia enseña que donde está presente la cultura, es necesario la vigencia de los Derechos de Autor, a más cultura y civilización, más Derechos de Autor. Lo mismo vale para nuestra realidad peruana, por las enseñanzas del maestro Jorge Basadre en su obra: *“Historia del Derecho Peruano”* (1937), y el historiador alemán Hermann TRIMBORN en su obra: *“El Delito en las Altas Culturas de América”* (1936), quienes enseñan que la creatividad humana presente en nuestro territorio, estuvo tutelado penalmente por el Estado del Tahuantinsuyo.

CAPÍTULO III

PROPIEDAD INTELECTUAL: DERECHOS DE AUTOR

3.1.- LA PROPIEDAD INTELECTUAL: CONTEXTUALIZACION DE LOS DERECHOS DE AUTOR:

La propiedad intelectual comprende tanto al Derecho de Autor, como a la Propiedad Industrial. Siendo el genero: Propiedad Intelectual. Y las especies: Derecho de Autor, y Propiedad Industrial. De esta manera, el derecho de autor, forma parte de la propiedad intelectual.

3.2.- DEFINICIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El especialista Robert Sherwood (1992), sostiene que la propiedad intelectual es un compuesto de dos cosas. Primero, ideas, invenciones y expresión creativa, las mismas que son esencialmente el resultado de la actividad personal, individual o en colectivo o producto del trabajo en equipo. Segundo, la disposición pública a otorgar el carácter de propiedad a esas invenciones y expresiones. Por lo tanto, concluimos que la Invención y expresión creativas más la protección es igual a la propiedad intelectual. Además precisa Sherwood, que si bien algunos consideran que es redundante señalar derecho y propiedad, pues toda propiedad le otorga el derecho que está implícito, sin embargo es bueno advertir que ello es así por que refleja la falta de otro término colectivo conveniente para designar las ideas, invenciones y expresiones creativas que dan lugar al concepto de propiedad intelectual, cuando reciben tutela jurídica. La OMPI, Institución internacional vinculada a la Propiedad Intelectual, considera que la propiedad intelectual es una clase de propiedad diferente a la mobiliaria e inmobiliaria, por que es la creación del ingenio humano, del intelecto del hombre. Los Derechos Intelectuales, actúan en el campo de los intangible, de lo inmaterial, formando una rama del derecho que contiene las normas que brindan protección a la creación intelectual del hombre.

3.3.- RAMAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Desde 1967, la OMPI ha señalado que la propiedad intelectual se divide en dos campos perfectamente delimitados la propiedad industrial y el derecho de autor.

A) Propiedad Industrial.- Corresponde a toda persona natural o jurídica que desarrolla una actividad en el ámbito industrial o comercial, y las normas jurídicas tutelan aspectos que comprenden:

El Derecho industrial de naturaleza creativa.

- Invenciones
- Diseños y modelos industriales
- Descubrimientos científicos
- Certificados de protección

El derecho industrial de naturaleza identificativa

- Marcas de fábrica, de comercio y de servicio
- Nombres y lemas comerciales
- Denominaciones de origen
- Secretos industriales

Derecho industrial de naturaleza persecutiva

- Sobre la competencia desleal, normas que sancionan el dolo, la simulación, el engaño.

B) El Derecho de Autor

- Obras literarias, artísticas y científicas
- Derechos conexos (derechos de los artistas, intérpretes o, de los productores de fonogramas y los órganos de radiodifusión).

Desde la doctrina, o dogmática, hay diversidad de criterios de clasificación, solo por criterio ilustrativo señalamos que el especialista Félix Rozanski, clasifica la propiedad intelectual, de la manera siguiente:

- **Productos, procesos:** patentes, secretos comerciales, variedades vegetales.
- **Arte, ciencia:** Derechos de autor

- **Nombres, emblemas:** Marcas, denominaciones de origen
- **Formas, apariencias:** Diseños

Por otro lado, si bien ambas disciplinas protegen las materializaciones de la creatividad humana, entre ellas existen diferencias sustanciales, siendo las siguientes:

A) DERECHO DE AUTOR	B) PROPIEDAD INDUSTRIAL
<ul style="list-style-type: none"> • Las obras de derecho de autor se encuentran protegidas desde el momento de su creación, no necesitan ser registradas ante las autoridades competentes; • El plazo de duración de los derechos patrimoniales de autor, es vitalicio, es decir por toda la vida del autor, y además 70 años posteriores a su muerte • El derecho de autor no exige que las obras protegidas sean utilizadas. • El derecho de autor reconoce una serie de derechos morales, es decir, facultades que tiene el autor para impedir que se modifique su obra (derecho de integridad), la obligación de ser reconocido siempre como el autor de la obra (derecho de paternidad), entre otros. 	<ul style="list-style-type: none"> • Los derechos de propiedad industrial tienen que registrarse obligatoriamente ante la autoridad competente, a efectos de ser protegidos. • El plazo de protección de las marcas es de 10 años renovables indefinidamente. • El derecho de marcas, exige la utilización de éstas bajo sanción de cancelación por falta de uso. Si la marca no se utiliza por tres años consecutivos, cualquier interesado puede pedir su cancelación. • El derecho de propiedad industrial sólo reconoce derechos de carácter patrimonial en favor de sus titulares.

A pesar de las diferencias entre estos dos tipos de propiedad intelectual, el sistema tutela en forma diferenciada, y exclusiva estos derechos, que desde una perspectiva económica son dados como activos intangibles en los negocios, constituyendo derechos de propiedad por un periodo de tiempo, en cuanto a los aspectos patrimoniales, y en el caso de los Derechos de Autor y Conexos, también tutela los Derechos Morales, sobretodo el de Paternidad.

3.4.- DIFERENCIAS ENTRE EL AUTOR E INVENTOR

A) El autor	B) El inventor
<ul style="list-style-type: none">• Su creación no siempre requiere de cosas o elementos preexistentes• Son creaciones propias y originales• Nacen de ideas que le sirven de inspiración• Nacen en el tiempo y no se sustituyen con los años• No siempre su finalidad es la utilidad práctica	<ul style="list-style-type: none">• Los inventores usan la razón, la experiencia• Surgen de la aplicación de principios físicos y técnicos o de investigaciones realizadas• Implican una utilidad en la industria o la ciencia• Constituyen aportaciones sucesivas al progreso de la técnica• Los inventos sufren el fenómeno de la superación, por efectos de la evolución de la ciencia y la técnica.

Es importante establecer la diferencia entre autor e inventor, por cuanto fundamenta la tutela diferenciada de los Derechos de Autor, y de la Propiedad Industrial. Por lo demás, la tutela jurídica de la propiedad intelectual, es compleja, abarca un ámbito supra nacional, o internacional, en la cuál son vigentes las normas establecidas en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC, las mismas que se basan en los Convenios de París y de Berna, y además por Leyes nacionales de los diversos Estados. Como parte de las relaciones comerciales multilaterales de la OMC, el incumplimiento a cualquiera de las obligaciones de dicho acuerdo o la aplicación de una medida contraria al acuerdo, que lesione los intereses de otro Estado Miembro, puede dar lugar a la aplicación de medidas por el equivalente a los daños y perjuicios sufridos por el miembro demandante.

Desde una perspectiva de Derecho Penal, el maestro sanmarquino, Manuel Abanto Vásquez³⁰, considera que:

“En nuestro Derecho, el término ‘propiedad intelectual’ es entendido solamente como un nomen juris compuesto por otros dos conceptos: Los derechos de autor

³⁰ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Derecho Penal Económico”. Lima 2000. IDEMSA. p. 250.

(o propiedad intelectual en sentido estricto) y la 'propiedad industrial'. En ese sentido, no considero correcto considerar a la 'propiedad intelectual' por sí misma como un bien jurídico; ésta solamente es un concepto teórico que engloba a otros dos conceptos que sí constituyen el bien jurídicamente realmente protegido (...)"

3.5.- EL DERECHO DE AUTOR

3.5.1. DEFINICIONES DOCTRINARIAS

Desde antaño, se mantiene el debate sobre la denominación más adecuada, las nociones que los juristas y los legisladores tienen al respecto son todavía confusas y contradictorias. Las vacilaciones se revelan, en primer término, en la terminología empleada, todavía no bien definida y uniforme. 'Propiedad intelectual', 'derechos de autor', 'derecho autoral', 'propiedad científica, artística y literaria', 'derecho de copia' (copyright) y 'derechos intelectuales'. Nosotros, siguiendo al maestro Edmond Picard y el punto de vista de Mouchet y Radaelli, asumimos el término derecho de autor, el mismo que está comprendido dentro de un concepto mayor, que son los derechos intelectuales. A continuación consignamos las diferentes definiciones dadas por los tratadistas del tema:

3.5.1.1. EDMUNDO PIZARRO DÁVILA: "Los derechos intelectuales conciernen a todas las producciones del ingenio humano en los campos literario, científico o inventivo y artístico; mientras que los de autor comprenden exclusivamente las producciones creativas en los campos literario y artístico, considerando las producciones científicas o inventivas, únicamente en su forma literaria o gráfica, y no en contenido ideológico, ni en su aprovechamiento industrial"³¹

3.5.1.2. GUILLERMO CABANELLAS: "El que tiene toda persona sobre la obra que produce; y especialmente, el que corresponde por razón de las obras literarias, artísticas, científicas, técnicas, para disponer de ellas por todos los medios que las leyes autorizan"³² . Asimismo: "Aquel meramente personal

³¹ PIZARRO DÁVILA, Edmundo. *"Los bienes y derechos intelectuales"*. Lima, Ed. Arica, S.A., 1974, p.57.

³² CABANELLAS, Guillermo. *"Diccionario de Derecho Usual"*. Buenos Aires: Ed. Heliasta S.R.L. 1976. T.I. p. 641.

sobre los productos de la inteligencia; como el derecho de autor y la patente de invención, que para su efectividad están sometidos a registro y, por su expresión económica son susceptibles de transmisión inter vivos y mortis causa"³³.

3.5.1.3. PEDRO FLORES POLO: "La que corresponde al autor de una obra artística literaria, científica o de análoga naturaleza, y que la ley protege frente a terceros, correspondiéndole al titular, entre otros derechos, el de publicación, ejecución, exposición, transferencia, así como autorizar su reproducción por terceros"³⁴.

3.5.1.4. HUMBERTO J. HERRERA MECA: "El derecho de autor nace con la creación misma de la obra, es la consecuencia inmediata de la terminación de ésta, pues si denominamos a los hechos previos trabajo y esfuerzo intelectual destinados a concluir materialmente y plasmar el arte en un proyecto derivado de una idea determinada"³⁵.

3.5.1.5. MANUEL ABANTO VÁSQUEZ: "En resumidas cuentas, al definir los 'derechos intelectuales', los distintos autores oscilan sus opiniones en función de la preminencia que otorgan al aspecto moral o al aspecto patrimonial del concepto. El **aspecto moral**, es aquél que liga los derechos intelectuales a la personalidad, es decir los reconoce como derecho personal. El **aspecto patrimonial** vincula los derechos intelectuales a su naturaleza pecuniaria. (...) Derecho de autor (o propiedad intelectual en sentido estricto) (...) Tampoco debe confundirse el término 'Propiedad intelectual', con 'derechos de autor'. En cambio, en España, se considera ambos términos como sinónimos"³⁶.

³³ IDEM. pp. 651-652.

³⁴ **FLORES POLO, Pedro.** Diccionario de Términos Jurídico. Lima: Marsol Perú Editores S.A., 1985. V.3. p. 461.

³⁵ **HERRERA MECA, Humberto.** J. Iniciación al Derecho de Autor. México, Grupo Noriega Editores, 1992, p. 16.

³⁶ **ABANTO VÁSQUEZ, Manuel.** "Derecho Penal Económico". Lima 2000. IDEMSA. p. 249-251.

3.6.- TEORIAS QUE FUNDAMENTAN LA TUTELA JURIDICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR.-

Ahora bien, cabe preguntarse: **¿Porqué se debe dar protección jurídica a la propiedad intelectual, específicamente a los Derechos de Autor?**. La doctrina para responder a la pregunta planteada, postula las teorías siguientes:

3.6.1.- LA TEORÍA DEONTOLÓGICA, AXIOLÓGICA, O DE LA RECOMPENSA.

En esta postura hay varias versiones, todas inciden en dar el peso argumentativo en consideraciones de valores. Se apela a argumentos cargados de fuertes connotaciones que remiten a objetos incuestionables. Una versión considera que el creador o inventor de lo que va a ser protegido debe ser recompensado por su esfuerzo, honrado públicamente y reconocido por su logro.

Estaríamos hablando de una racionalidad sustancial, o para decir en términos del sociólogo alemán Max Weber, de una “ética de la convicción”³⁷ que asume la existencia de principios o acuerdos que deben prevalecer inclusive por encima de otras vicisitudes o variaciones sociales.

3.6.2.- LA TEORÍA DE LA RECUPERACIÓN.

Sostiene que el esfuerzo, gasto de dinero y uso de tiempo, debe ser recuperado, esto fundamente la tutela de la propiedad intelectual. Esta postura no tiene que ver con leyes atemporales, de naturaleza axiológica, sino con contratos sociales, con un supuesto empirismo o elogio de la eficacia, algo es digno de protección, y el sistema promueve o propugna porque funciona.

En esta modalidad estamos ante un tipo de racionalidad instrumental de acuerdo a fines, o para decir en términos de Weber estamos ante una “ética de la responsabilidad”³⁸. Desde esta perspectiva debemos favorecer los

³⁷ WEBER, Max. *“El Político y el Científico”*. Editorial Alianza, Madrid 1979. p. 163-164.

³⁸ WEBER, Max. Ob. Cit. pp. 164-165.

mecanismos sociales que tengan resultados positivos sin pararnos a considerar los fundamentos.

3.6.3.- LA TEORÍA DE LA INVENCION.

Si bien es beneficioso atraer esfuerzos y recursos al trabajo y desarrollo de la creatividad, el descubrimiento y la invención, igualmente es beneficioso el incentivo para asegurar la actividad creativa futura. Con el trabajo de ayer, es importante financiar las invenciones y trabajos del mañana. Se debe asegurar una corriente o flujo de resultados.

Es necesario establecer un equilibrio entre los intereses del público y los intereses del inventor, en el sentido que el inventor debe recibir la justa recompensa al esfuerzo inventivo que ha hecho, y el público gozar de la invención.

Es pertinente incentivar que una persona que se gasta dinero y tiempo en realizar una creación intelectual recupere la inversión como derechos de propiedad intelectual.

3.6.4.- LA TEORÍA DEL BENEFICIO PÚBLICO.

La protección a la protección intelectual es una herramienta de desarrollo económico. La arquitectura sobre la que se erige el discurso de la propiedad intelectual, descansa de esta manera en los pilares firmes del utilitarismo. La visión instrumental que asegura que es necesaria la protección jurídica como incentivo para garantizar la innovación y el progreso campea hegemónica en este discurso institucional. Por tanto, estimula el crecimiento económico, y la tasa social de retorno. Sin embargo, también se trata de una teoría que tiene como eje central de su postulado, el enfocar la participación de los actores económicos como incluidos en un sistema económico y jurídico, por lo que para la existencia del mismo es necesario tutelar los derechos intelectuales.

Esta postura, asume un hecho que no está probado empíricamente, pero que se da por cierto de modo habitual sin el más mínimo cuestionamiento:, que las

innovaciones (cualquier tipo) benefician social o económicamente tanto a los innovadores como a la sociedad, lo que nos lleva forzosamente a señalar que afirmar hechos o circunstancias, sin ningún tipo de posibilidad de cuestionamiento o refutación es una forma de determinismo económico o tecnológico.

3.7.- APRECIACIÓN DEL TESISISTA, SOBRE LAS TEORIAS DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE AUTOR.

Por nuestra parte, sostenemos que las tres primeras teorías antes mencionadas son rebatibles, por cuanto todas ellas tienen una visión micro económica, y no perciben la tutela jurídica de los derechos intelectuales como parte de un sistema económico y jurídico. Parten del supuesto del esfuerzo económico de un individuo, el que debe ser de alguna manera estimulado por un reconocimiento al esfuerzo individual.

Por ello, nosotros compartimos nuestras ideas con la teoría del beneficio publico, la misma que consideramos como una visión sistémica. En el capitulo correspondiente, analizaremos el tema específico, de por qué se debe dar protección jurídica penal a la propiedad intelectual: Propiedad Industrial y al Derecho de Autor, y mas específicamente a este última institución, que es materia de la presente investigación.

Por otro lado, nosotros definimos al “Derecho de autor”, como el conjunto de normas jurídicas que regulan y protegen los derechos morales y patrimoniales del creador de una obra, sustentada en la originalidad de la misma. La tutela jurídica otorga facultades para su divulgación, reproducción, transmisión o difusión al público, bajo cualquier modalidad, o por cualquier medio que considere a su alcance; así como prohibirlas si lesiona sus derechos. Además comprende la facultad de compeler a la sociedad, de percibir el beneficio por su creación.

En el Perú, el Estado tutela los derechos intelectuales sobre las obras de carácter literario, artístico, científico e industrial; en suma, toda la producción de

la mente en sus diversas manifestaciones, a condición que tengan originalidad. Protección que es automática, basta el acto de creación contenida en un medio de expresión tangible, sin exigir ninguna formalidad previa. La protección al "derecho de autor" se manifiesta bajo dos aspectos: Primero el aspecto Material: Que a su vez comprende dos ámbitos, uno referido a la protección de los derechos respecto a las obras literarias y artísticas, materializadas en una obra concreta (libro, pintura, fotografía) y dos, se hace extensivo a la protección de los derechos conexos, aquellos que corresponden a los artistas, interpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y los organismos de radio difusión. La tutela del Derecho Material es por un periodo determinado; la tutela material es al autor de una obra, o de sus causahabientes, el autor o herederos en relación a su obra, por ser éste un bien, puede decidir respecto a su compra, venta u otorgamiento en licencia e intercambio. Y el Segundo aspecto Moral, y comprende fundamentalmente el derecho de paternidad sobre la obra. La tutela del Derecho Moral no es por un periodo determinado, sino por toda la eternidad.

CAPITULO IV

LOS DERECHOS DE AUTOR

4.1. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

Encontramos diversas concepciones y una larga discusión entre juristas, sociólogos y filósofos, acerca de la naturaleza jurídica de los derechos de autor, los estudiosos peruanos Dávila Pizarro (1974) y Fernando Busta (1997), los han agrupado en las siguientes teorías:

4.1.1.- TEORÍA DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Los defensores de esta teoría sostienen que la propiedad intelectual se basa en el trabajo, y como tal, debe ubicarse dentro de los derechos reales, permitiendo al autor el dominio sobre su obra como un producto material. Esta posición fue duramente cuestionada por diferentes juristas, entre ellos Edmond Picard, quien sintetizando la idea, afirmaba que se había visto, en efecto, que el término propiedad no puede ser sostenido, toda vez que la palabra propiedad en el lenguaje del derecho tiene una significación particularmente precisa, refiriendo además que ella se aplicaba a la propiedad sobre los objetos materiales. Por lo tanto, con este restringido alcance, ella implicaba efectos legales conocidos que no podrían ser extendidos al derecho que se puede tener sobre una concepción intelectual³⁹. Adicionalmente adviértase que el derecho de autor nace de la creación de la obra, el derecho de propiedad se adquiere por medios distintos, por tradición, accesión,

³⁹ Citado por **BUSTA GRANDE, Fernando**. *“El Derecho de Autor en el Perú”*. Lima: Editora Grijley, 1997. Tomo I.

apropiación, prescripción.

4.1.2.- TEORÍA DEL DERECHO INDIVIDUAL O DE LA PERSONALIDAD.

Sus representantes, Salleiles, Bluntschli, Gierke y Kohler; equiparan el derecho de autor con el derecho de la personalidad, porque el uso de la obra no permite transferir el derecho de autor, éste se conserva como una garantía de su propia personalidad y tiene su base en ella, y sólo en casos eventuales asume características patrimoniales.

Ricardo Arbulú (1957) ofrece una síntesis del planteamiento de estos autores, quienes fundamentan lo siguiente:

1. Si es cierto que el pensamiento y las ideas no pueden ser objeto de propiedad, lo pueden ser, los signos sensibles y físicos por cuyo medio son expresados; y tales vínculos de expresión se consumen con el uso, como cualesquiera otras cosas muebles.
2. Si es cierto que las ideas que construyen la ciencia, la literatura y el arte son patrimonio de la humanidad, entonces lo es la tierra, el aire, el agua, la luz, la electricidad, todos los agentes naturales son igualmente patrimonio universal de la humanidad; y sin embargo, el derecho de propiedad de ellos existe, porque en su descubrimiento opera el trabajo físico o mental de alguien, cuanto porque deben usarse según la justicia distributiva.
3. Si es verdad que en el derecho de autor falta el derecho de usar, en su forma general, es porque se trata de una especie típica de propiedad, lo cual no impide que el autor use y abuse del derecho de publicar su obra, de disfrutar de sus utilidades, destruir los ejemplares, rectificarlos.

4.1.3.- TEORÍA SOCIALISTA.

Representada por Colin y Capitant, citados por el maestro Edmundo Pizarro, y " (...) acogiendo las teorías socialistas, en francés (Droit Socialment Relativ) y alemán (Sozialgebundenesrecht), se hacen la siguiente pregunta: "¿No se podría decir que el verdadero propietario de las obras de arte y de los inventos

es el público a quién se beneficia?⁴⁰. Dichos tratadistas afirman que las obras son de todos, porque las ideas que les sirve para su creación surgen de una fuente constituida por el patrimonio dejado a todos en herencia por generaciones anteriores. El pensamiento es un bien común, y la creación del ser humano no puede constituir un monopolio de los autores, sino que es una propiedad social.

4.1.4.- TEORÍA DE LA COLECTIVIDAD.

La representan: Luis Blanc, Henry George, quienes fundamentaron lo siguiente:

- El pensamiento y las ideas que son cosas inmateriales, no pueden ser objeto de apropiación, ya que no son objeto de consumo;
- En todo derecho debe existir un sujeto del derecho, un objeto y una relación jurídica entre ambos. En el caso del derecho de autor no existe el sujeto individual a quien adjudicarlo, ya que la ciencia, el arte y la literatura no son de alguien en particular, sino que son patrimonio de la humanidad, derecho universal; por tanto, falta el objeto del derecho y la relación entre ambos.
- En la relación de dominio, hace falta los caracteres esenciales del dominio, el *jus utendi*, *fruenti* et *abutendi*; es decir, la facultad de usar, usufructuar y abusar de lo propio como es posible hacerlo en toda cosa nueva.

4.1.5.- TEORÍA DE LOS DERECHOS INTELECTUALES.

La doctrina tradicional, que ha sido influenciada por el derecho romano, dividía el Derecho Civil en derechos personales, reales y de obligaciones. En tanto que Dávila (1974), anota que en 1879, el abogado de la Corte Suprema de Bélgica Edmond Picard, sostuvo en sus "Pandectas Belgas" que, en pura filosofía, el derecho de autor es una entidad diferente e independiente del derecho real. Inspirado en la concepción que al lado de los derechos reales que el hombre puede tener sobre las cosas materiales, hay otros derechos que

⁴⁰ PIZARRO DÁVILA, Edmundo. *Los bienes y derechos intelectuales*. Lima, Ed. Arica, S.A., 1974. T.I, p, 32.

él mismo puede reivindicar sobre las producciones de su espíritu. Busta (1997) cita a Picard, quien propone agrupar estos derechos en una cuarta categoría jurídica que tomarían la denominación de Derechos Intelectuales, expresa que:

"No hay ninguna conexión ni asimilación posible entre una cosa material, una "res", y una cosa intelectual. Sus naturalezas son antípodas. ¿Se puede creer que es necesario insistir para captar una verdad tan simple? (...) La clasificación tripartita de los derechos establecidos por el legislador romano y tomada desde entonces por todas las legislaciones, en derechos reales, personales y de obligación, es incompleta. Hay que agregarle como cuarto término los derechos intelectuales"⁴¹.

4.1.6.- TEORÍA DEL DERECHO DE TRABAJO.

Teoría que sirvió de fundamento a la ley italiana sobre derechos de autor, colocándolo en el campo del derecho de trabajo. Considera al autor como un trabajador del intelecto. Esta posición ha sido cuestionada, por cuanto se considera que todo el proceso previo de creación no es netamente un trabajo sino una actividad del espíritu, que se va gestando en forma secreta, e íntima, añadido por el talento de los autores al momento de crear su obra. Lo que sí puede ser trabajo es plasmar tal creación en una expresión formal tangible o material.

4.1.7.- TEORÍA DEL DERECHO ECONÓMICO.

Esta teoría ha servido de fundamento a las diferentes leyes de derecho de autor aprobados en los países de América Latina. Así, tenemos que el derecho económico o pecuniario, da la posibilidad de disfrute que asiste a los autores de obras científicas, literarias y artísticas, así como a inventores y descubridores, haciendo una distinción entre los derechos patrimoniales y los derechos morales.

4.1.8.- TEORÍA DUALISTA.

Eduardo Piola Caselli, considera que el derecho de autor es un derecho doble, que tiene dos aspectos; el derecho moral que tutela la paternidad e intangibilidad de la obra y el derecho económico que la da la plena utilización económica de ella. Pero sus críticos sostienen que, en el derecho de autor no

⁴¹ BUSTA GRANDE, Fernando. Ob. Cit. p. 56

existen dos derechos, sino dos manifestaciones que provienen de un solo derecho, lo moral y patrimonial son tan sólo dos aspectos de un mismo derecho, aunque llama a la denominación de "derecho moral" algo ilógico, porque todo derecho se presume moral, más no todo precepto moral, constituye un derecho.

4.1.9.- APRECIACIÓN DEL AUTOR DE LAS TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR.

De todas las teorías respecto a la naturaleza jurídica del derecho de autor, la teoría con mayor adherencias en la actualidad, aceptada por la mayoría de juristas y estudiosos del tema, es la teoría de los derechos intelectuales, fundamentada por Picard, seguida de la teoría del derecho económico. Consideramos que tiene muchas bondades teóricas, el asumir la teoría de los derechos intelectuales, en la medida que se nutre de la inmensa tradición jurídica romana cuando postula una cuarta categoría de derechos, los intelectuales, pero a su vez, se sirve del marco conceptual para explicar su naturaleza compleja, que esta compuesta por un doble Derecho, por un lado el Patrimonial (Derecho de explotación, básicamente), y por el otro lado el Moral (Derecho de Paternidad, fundamentalmente).

4.2.- EL TÉRMINO "PROPIEDAD INTELECTUAL"

La Revista Fénix N° 7 (1957) señala, que por acuerdo de la Convención de 1946, se ha considerado que el sustantivo "propiedad" es inadecuado, porque el pensamiento humano no puede ser objeto de propiedad, y se ha establecido expresamente el término "Derecho de Autor". Esta decisión se toma, porque el derecho no se ejerce sobre las ideas, sino sobre los medios tangibles en los cuales son expresados, sean éstos libros, manuscritos, discos.

Fernando Busta (1997)⁴², sintetiza la idea cuando afirma que, doctrinalmente se sigue discutiendo si corresponde o no la denominación de "Propiedad", que

⁴² BUSTA GRANDE, Fernando. Ob. Cit. p. 78.

en sentido estricto es la facultad o derecho pleno de dominio sobre cosas corporales o tangibles. Agrega que, los tratadistas sostienen que la propiedad sólo puede darse sobre cosas corpomateriales y no sobre lo abstracto, lo mental o incorpóreo. Como tal, debe llamarse sólo "Derechos Intelectuales", ya que así como la vida, la libertad, el honor, la creación intelectual y demás atributos naturales y civiles inherentes al hombre, no constituyen de ninguna manera propiedad corporal, sino constituyen bienes incorpóreos. No obstante esta posición, encontramos en toda la legislación peruana que en concordancia con lo que señala la OMPI; se sigue usando el término "propiedad intelectual", al referirse a estos temas y a todas las acciones que realiza el Indecopi en el marco del cumplimiento de sus funciones.

4.3.- EL CONTENIDO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR.-

La Ley de Derecho de Autor fue promulgada en abril de 1996. Fernando Busta (1997) anota, que esta ley logra sistematizar, concordar y uniformizar la legislación en esta materia, además de incluir las reformas fundamentales que detalla:

1. Modifica los artículos 216 al 221 del Código Penal, sobre los delitos contra los derechos de autor; graduando las penas de 4 a 8 años de prisión efectiva.
2. Se otorga a la Oficina de Derechos de Autor, la facultad de sancionar por infracción a la Ley, con cierre temporal o definitiva del establecimiento.
3. La sociedad de gestión colectiva, ha sido modernizado, regulando mecanismos de fiscalización por parte de INDECOPI.
4. Acorde con lo que establece la Comunidad Europea y los Estados Unidos, el plazo de protección es durante toda la vida del autor y 70 años después de muerto.
5. Para efectos de la simplificación administrativa, se ha adaptado el Procedimiento Único a que se refiere el Decreto Legislativo N° 807.
6. Las multas han sido actualizadas, de acuerdo a la realidad del país, pasando de 10 000 soles de oro (1961) a ciento cincuenta (150) UIT, a fin de evitar que como la norma anterior quedaran los montos desfasados.

4.4. OBJETOS PROTEGIDOS.-

La ley enumera explícitamente un conjunto muy amplio de obras, que son objeto de la protección del derecho de autor; entre ellas destacan en primer lugar las obras literarias o artísticas, las mismas que para merecer el amparo legal, no exigen ninguna formalidad, basta que sean producto del talento creador del hombre y que tengan características de originalidad.

Por la amplitud de las obras protegidas, nuestra investigación se ha delimitado específicamente a las obras literarias, aquellas que abarcan no sólo como usualmente suele considerarse el ámbito de la literatura, sino a toda creación intelectual, tanto literaria, científica y tecnológica; materializados por escrito en libros, folletos u otros medios. Son dos las razones que justifican esta delimitación: primero, porque este tipo de obras a diferencia de todas las demás, son de uso prioritario, masivo y generalizado por la población, sea como objeto de educación, información, entretenimiento, investigación o toma de decisiones; y segundo, porque cuantitativamente, su reproducción, distribución y venta, es significativamente superior a otro tipo de obras, como la fotografía, software, base de datos entre otros.

4.5. OBRAS DERIVADAS.-

Como su nombre lo indica se basan en obras las originales, en efecto, si una persona talentosa, toma una obra original y lo traduce, revisa, actualiza o resume; en este caso, la ley protege también a este autor, porque para realizar alguna de las transformaciones ya mencionadas ha tenido que emplear su talento intelectual.

Sin embargo, existen otros elementos que la ley no protege, así tenemos:

- Las ideas, usadas como insumo en la creatividad, materializándose en una obra original. Además, están los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí, en tanto no hayan sido tomados y con ellos se haya creado una obra.
- Los textos oficiales, de carácter legislativo, administrativo o judicial; la no protección de la ley se fundamenta en el hecho que éstos

documentos se generan en las diferentes instancias y reparticiones del Estado, quienes a su vez representan a la sociedad; consecuentemente, el derecho de uso será de todos.

- Las noticias del día, son sucesos que acontecen a nuestro alrededor y son de dominio público. Si un individuo emplea estas noticias, y le da el valor agregado de su intelecto al analizarlos, resumirlos o comentarlos y los vuelca en una obra tangible; el objeto que la ley protege será esta obra producto de dicho autor.
- Los simples hechos o datos; el significado lingüístico de la palabra "hechos", se refiere a los acontecimientos, procesos, fenómenos de la realidad, los mismos que están al margen de la voluntad de los individuos; y como tal, al igual que las noticias, nadie puede adjudicarse el derecho sobre ellas, en tanto el autor no les haya dado el ingrediente de su creatividad y originalidad al crear sobre la base de estos hechos una obra.

4.6. TITULARES DEL DERECHO DE AUTOR.-

La ley distingue entre el autor, el titular originario y el titular derivado.

- **Autor.-** Es la persona natural que sobre la base de su capacidad intelectual, crea una obra; ordinariamente será el titular del derecho de autor. Sin embargo, no siempre el titular de la obra será el autor.
- **Titular originario.-** Es la persona natural que haya creado la obra y que bajo algunas condiciones se le reconoce su titularidad, la misma que puede ser extendida también a personas jurídicas.
- **Titular derivado.-** Es una persona natural o jurídica, que explota económicamente la obra, sea por mandato, cesión entre vivos o transmisión mortis causa.

Tratándose de obras anónimas o bajo seudónimo, la protección se le da a la persona natural o jurídica que la divulgue, siempre que medie el consentimiento del autor. En el caso de los coautores, éstos tienen el mismo derecho que el titular originario. Si es una obra colectiva, se presume que el autor ha cedido los derechos patrimoniales a la persona natural o jurídica que

la publica o divulga. En caso de la creación de una obra bajo una relación laboral de dependencia, los derechos patrimoniales serán del empleador, manteniéndose el derecho moral del autor que es perpetuo. Para el caso de la sociedad conyugal, la Ley de Derecho de Autor, así como el actual Código Civil (Art. 886) contempla que cada cónyuge es titular de su obra; esto, para efectos de la defensa de sus derechos morales; mientras que , los derechos patrimoniales son bienes en común, a menos que exista un régimen de separación de patrimonios.

4.7.- CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR.

La ley contiene dos tipos de derechos, los derechos morales y patrimoniales.

4.7.1. LOS DERECHOS MORALES.

Es el conjunto de facultades que la ley otorga al autor por ser el creador de la obra, como tal, protege su nombre y está facultado a exigir el respeto a sus derechos morales sobre el fruto de su creación, entre estos derechos tenemos:

Características de los Derechos Morales:

Antequera Parilli (1998), el derecho moral presenta las siguientes características:

- a) Absoluta.**- Debe ser respetado por los demás sujetos jurídicos.
- b) Inalienable.**- El autor goza de sus facultades morales, aun cuando el aspecto patrimonial de su derecho haya sido transferido por acto entre vivos, total o parcialmente.
- c) Es irrenunciable.**- Aunque el autor haya cedido los derechos de explotar su obra a una persona natural o jurídica, siempre conservará la titularidad. Sería contrario a la naturaleza de las cosas si se decretase un embargo sobre la paternidad de la obra.
- d) Es inembargable.**- Los derechos morales no son pasibles de embargo, al no ser un patrimonio, no son susceptibles de ejecución.
- e) Inexpropiable.**- Si no es posible su transmisión entre vivos en forma

voluntaria, nada justifica que sea objeto de transferencia forzosa.

f) Imprescriptible.- No se extingue con el paso del tiempo.

g) Trasmisible por causa de muerte.- Se transmite a los herederos, entre ellos el derecho a la paternidad e integridad de la obra.

Además Delia Lipszyc (1993) agrega, el derecho moral es un derecho esencial, porque contiene un mínimo de derechos exigibles en virtud del acto de creación de una obra. Derecho extrapatrimonial, no se puede valorar o estimar en dinero, aunque la obra produzca consecuencias patrimoniales. Es insubrogable, por ser inherente a la calidad del autor; finalmente, tiene una duración ilimitada.

4.7.1.1.- EL DERECHO DE DIVULGACIÓN.

El autor es el único que puede dar su consentimiento para la divulgación de su obra; lo cual se produce bajo dos aspectos:

- Uno positivo, dar a conocer su creación en la forma que él considere.
- Uno negativo, no divulgar su obra o impedir que esto ocurra.

Esta facultad es previa al derecho patrimonial, dado que la retribución equitativa y justa sólo puede ser posible si antes se ha divulgado a través de la venta, exposición, representación, ejecución. En caso de comercialización, el hecho que terceros adquieran el derecho sobre el soporte material, o adquieran la propiedad del objeto físico y tangible que contiene la creación intelectual; sea éste un libro, un disco una partitura musical u otros, no le da la facultad o derecho de publicarla, transformarla o explotarla económicamente.

4.7.1.2.- EL DERECHO DE PATERNIDAD.

Deriva del latín "paternitas - atis", cualidad de padre, este derecho es inherente a su condición de creador de la obra, siendo el autor el único en decidir si se divulga con su nombre, seudónimo o en forma anónima. En caso de los seudónimos o anónimos, deben ser respetados de manera perpetua, ni sus

herederos tienen derecho a darlo a conocer, salvo autorización expresa. Tratándose de coautores, cada uno de ellos goza plenamente de los derechos de autor.

4.7.1.3.- EL DERECHO DE INTEGRIDAD.

La obra debe mantener las características de unidad e integridad, sin sufrir deformación alguna, como la mutilación, modificación o alteración en su contenido, atentando contra la originalidad que es la esencia de su creación. Sólo el autor está facultado para impedir cualquier tipo de cambio, se basa en el respeto mínimo que se debe tener hacia la creación auténtica del autor, y el derecho de la sociedad de acceder a la obra original.

4.7.1.4.- EL DERECHO DE MODIFICACIÓN.

La ley otorga al autor, la potestad de realizar cualquier tipo de modificación, inclusive si existiera derechos adquiridos por terceros, previa indemnización por los daños y perjuicios que pudieran originar tal modificación.

4.7.1.5.- EL DERECHO DE RETIRO DE LA OBRA DEL COMERCIO.

Una vez publicada la obra y puesta en circulación en el mercado al alcance del público, sólo el autor tiene la facultad de decidir si el fruto de su creación puede seguir o no siendo divulgado, puede rectificar o retirarlas de la circulación, si este hecho afecta a terceros, éstos deberán ser indemnizados. Otras legislaciones como la Argentina la denomina derecho de arrepentimiento, sólo el autor es quien decide sobre aspectos de la comercialización de sus obras.

4.7.1.6.- EL DERECHO DE ACCESO.

El autor tiene el derecho moral de acceder a su obra, cuando existe un solo ejemplar en poder de terceros, pero, bajo las condiciones que el poseedor le señale.

4.7.1.7.- DURACIÓN DE LOS DERECHOS MORALES.

El Perú ha seguido la tradición del Derecho Romano, al reconocer que el derecho moral es perpetuo.

4.7.2. LOS DERECHOS PATRIMONIALES.

El derecho patrimonial protege el valor económico de la obra producto del ingenio, y como tal, el autor puede explotarlo económicamente y obtener un ingreso con su comercialización. A la muerte de éste, los derechos patrimoniales corresponden a sus derechohabientes. Este derecho en los países de habla inglesa se denomina copyright (derecho de copia), para los alemanes Urheberrecht, y los franceses lo denominan droit d' auteur.

El Autor, como parte de sus derechos patrimoniales puede autorizar o prohibir las siguientes acciones:

- a. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento, se refiere concretamente a que él es el único en decidir bajo qué modalidad autoriza copiar o difundir su obra para el conocimiento del público.
- b. La comunicación pública o difusión, la misma que se realiza en función al contenido de una obra, sean signos, palabras, sonidos, imágenes. podrá realizarse bajo diversas modalidades. Por ejemplo, la ley contempla las representaciones escénicas, proyección cinematográfica, exposiciones, transmisión analógica o digital.
- c. La distribución de la obra al público, permite que ésta sea entregada por cualquier medio o procedimiento, pudiendo ser a través de la venta, canje, permuta, alquiler, préstamo.

Puede prohibir la importación al territorio nacional de copias de la obras hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio inclusive mediante transmisión, el autor está facultado de prohibir el ingreso al país de las copias de su obra, si antes no existe una autorización expresa, pudiendo para el caso intervenir la Autoridad Aduanera en el decomiso de la mercancía ilegal.

4.7.2.1.- EL DERECHO DE EXPLOTACIÓN.

Es uno de los derechos, que derivan de la propia naturaleza del Derecho de autor, que consiste en conferir a su titular un monopolio absoluto sobre su obra que se manifiesta en la facultades que le son reconocidas, y consiste en la posibilidad de explotar o no la obra creada.

Los derechos de explotación tienen como denominador común un fin de tutela de todas las posibilidades de lucro que la obra ofrece. Se trata de derechos autónomos e independientes; es decir, no existe entre ellos una relación de jerarquía o subordinación.

Sus rasgos característicos son los siguientes:

- a)** Se trata de derechos limitados en el tiempo: durante la vida del autor más setenta años a contar desde el primero de enero siguiente a la muerte o declaración de fallecimiento del autor.
- b)** Son derechos dirigidos a la obtención de rendimientos pecuniarios.
- c)** Son derechos que se reconocen de forma exclusiva al autor; es decir, son típicos derechos de exclusión o ejercicio en exclusiva. En realidad, cuando se habla de exclusiva se hace referencia a que toda posibilidad de explotación de la obra pertenece al autor, salvo que éste la haya concedido o atribuido contractualmente a una tercera persona.
- d)** Ese monopolio reconocido al autor se traduce en posibilidad de evitar actos de competencia realizados por terceras personas que impidan la obtención por el autor de los beneficios que legítimamente le corresponden y aquellos otros actos que supongan la puesta a disposición del público de bienes o servicios que tengan por objeto o incorporen la obra intelectual.
- e)** Estos derechos comprenden cualquier posibilidad de obtención de un rendimiento económico a través de la correspondiente utilización de la obra.
- f)** Es posible su transmisión tanto inter vivos como mortis causa, respetando siempre las formalidades y los requisitos previstos en la Ley.

g) La extinción de estos derechos origina el paso de la obra al dominio público, pudiendo ser utilizada por cualquiera, siempre que se respete la autoría e integridad de la misma.

h) Aunque se trata de derechos no embargables, sí lo son los productos, rentas y utilidades derivadas de la propia obra intelectual. Son además, susceptibles de hipoteca mobiliaria.

i) Los derechos de explotación pueden ser cedidos a cambio de una contraprestación económica mediante los denominados contratos de explotación de los derechos de autor (contrato de edición, contrato de representación teatral y ejecución musical, de producción audiovisual ...)

La actual regulación peruana de los derechos de explotación ha tomado como modelo las leyes extranjeras, como la española, francesa, alemana, italiana y portuguesa.

Una cuestión importante que conviene señalar es que el monopolio exclusivo de explotación que corresponde al autor, por el mero hecho de su creación, queda limitado también por el interés público o social. Ahora bien, esa necesidad de proteger el interés público y el derecho de todos los ciudadanos a acceder a la cultura es lo que en última instancia, justifica la existencia de ese monopolio a favor del autor, pues ello supone un incremento o promoción de la actividad cultural – artística. El monopolio de explotación debe ser contemplado desde una doble perspectiva, puesto que por un lado, deben existir límites al mismo; por otro lado, es necesario su existencia para promover la actividad creadora intelectual de los artistas. Configurar los derechos patrimoniales del autor, no implica establecer obstáculo al libre ejercicio por los ciudadanos de su derecho de acceder a la cultura. Es necesario encontrar un equilibrio entre ambos derechos legítimos, para que uno no prime sobre otro, o se limiten recíprocamente, de manera que sea posible el ejercicio efectivo de ninguno de ellos, y al mismo tiempo se legitimen. Un dato que no debemos olvidar en relación con los derechos patrimoniales, es que suponen una justa recompensa al autor por el esfuerzo económico, intelectual e incluso físico, que una obra del ingenio requiere.

Los Derechos de Autor, es dentro de la propiedad intelectual, la que ha adquirido en las últimas décadas, una proyección de desarrollo inimaginable, y esto se debe, entre otros factores, a su valor cada vez mayor, desde una perspectiva económica. Los autores de cualquier creación intelectual han comprobado, las elevadas potencialidades de obtener un rendimiento patrimonial elevado en compensación a su esfuerzo creativo, situación que ha aumentado progresivamente en los últimos tiempos. Este incremento implica el aumento de las inversiones en explotación de las obras intelectuales, nuevas industrias especializadas en el comercio de obras protegidas y la implantación de una conciencia de protección de la creación en los países desarrollados. Ante esta nueva situación, la mayor parte de los países han tomado cartas en el asunto procurando proteger al autor, asegurándole, en la medida de lo posible, una explotación de su obra que resulte positiva para sus intereses. Sin embargo, la vertiginosa evolución de los medios técnicos y de comunicación no se ha visto acompañada de una correlativa renovación de las disposiciones legales. Esta modificación se ha producido de una forma muy tímida y, desde luego con gran retraso.

4.7.2.1.1.- FACULTADES COMPRENDIDAS.

4.7.2.1.2.- LÍMITES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN.

Al desarrollar el tema del derecho a la información, señalábamos que existe una colisión aparente, entre el derecho a la información y el acceso a ella, frente a la protección al derecho de autor. La ley ha previsto algunos casos en los que una obra puede ser comunicada sin autorización del titular, casos que ponen límite a tal protección, los mismos que vienen siendo criticados por diferentes tratadistas, al considerar que estas excepciones son las que realmente constituyen puertas de escape para el incremento y proliferación de la piratería y la infracción al derecho de autor.

Las normas legales, efectivamente imponen una serie de limitaciones al derecho de autor, bajo consideraciones de carácter educativo y cultural, con la finalidad de lograr un equilibrio entre la protección al autor y el interés de la

sociedad de acceder a la información, como uno de sus derechos fundamentales. Estas limitaciones basadas en consideraciones educativas y culturales en el derecho anglo sajón se llaman "trato justo", por tanto, no debe ser causa de conflicto, ya que está de por medio el interés de la sociedad.

4.7.2.2.- EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN.

Por reproducción se entiende la multiplicidad de objetos materiales idóneos para representar la obra del ingenio y hacer posible su conocimiento por parte de terceros mediante el uso de los sentidos. Se trata, en definitiva, de la plasmación de la obra en un instrumento o vehículo que permita el conocimiento de la obra intelectual.

El derecho de reproducción tiene una doble vertiente: por un lado supone la fijación de la obra en un medio que permita su conocimiento; y por otro lado, la posibilidad de obtención de copias. Podemos considerar la reproducción, como de hecho lo hace la ley francesa, como una forma de comunicación indirecta de la obra al público, puesto que precisa de un instrumento material para que se comunique, transmita el mensaje a los receptores.

Este derecho otorga al autor una doble facultad:

- a)** la de poder reproducir la obra personalmente, o bien ceder a una tercera persona esa posibilidad de reproducción, y
- b)** la posibilidad de oponerse a cualquier reproducción respecto a la cual no haya prestado su consentimiento.

Conviene dejar claro que el consentimiento del autor, se requiere para todo tipo de procedimiento de reproducción, no sólo si la reproducción se realiza en un material idéntico al de la obra original, sino también en aquellos casos en los que la reproducción se realiza en un material distinto. Es indiferente, asimismo, que la reproducción sea total o parcial, temporal o definitiva. Cuestión a tener en cuenta, asimismo, es que para que en rigor pueda hablarse de reproducción es necesario que la copia

sea percibida por el sentido o sentidos para los que el original fue realizado. Por ejemplo, no se consideraría una reproducción de un libro su conversión a fonograma o viceversa. Para que aquélla tuviera lugar sería preciso que la copia fuera también apreciada mediante el sentido de la vista.

No es imprescindible la necesidad de autorización por parte del autor, en aquellos casos en los que la obra haya entrado en el dominio público, o en aquellos supuestos en los que el autor haya optado por ceder a otra persona el ejercicio de estos derechos. Esa cesión tendrá lugar por medio de uno de los contratos específicamente regulados en la Ley. Puede ocurrir también que sea una tercera persona la que deba prestar su consentimiento, por haber obtenido la titularidad del derecho de reproducción por sucesión mortis causa o inter vivos. Cualquier reproducción realizada sin el consentimiento del autor, salvo las expresamente autorizadas en la Ley, es una actividad ilícita, siendo irrelevante que el infractor haya obtenido o no un beneficio económico como consecuencia de su actividad, o que se haya enmascarado la reproducción mediante variaciones insignificantes en la configuración o contenido de la obra.

Este derecho ha sido, a lo largo de la historia, el principal o fundamental de todos los demás derechos de propiedad intelectual, hasta tal extremo que, durante mucho tiempo, se identificaba o asimilaba el derecho de autor con el derecho a la reproducción de su obra, siendo la imprenta su medio de realización. En la actualidad, constituye uno más dentro de la variada serie de derechos económicos que se reconocen al autor, aunque, ciertamente, sigue gozando de la máxima trascendencia. Esa importancia se acentúa a medida que nos encontramos cada vez más inmersos en la denominada sociedad de la información, puesto que existen múltiples posibilidades de efectuar la reproducción de obras. Es preciso tener presente, en ese sentido, que junto a las formas tradicionales de reproducción (copias en papel, cintas), hay que incluir las derivadas de las nuevas tecnologías, como, por ejemplo, el escaneado de obras, la carga o almacenamiento de material digital en la memoria de un ordenador o de

cualquier otro sistema o aparato electrónico, modalidades de reproducción mucho más susceptibles de uso no autorizado. Estas nuevas formas de reproducción que escapan a todo control por parte del titular de los derechos, han exigido nuevos esfuerzos normativos tendentes a encontrar la fórmula adecuada que evite un grave perjuicio económico al autor derivado de su empleo al margen de su voluntad. Esta preocupación se ha manifestado también en el plano internacional: el derecho de reproducción se garantiza a autores, artistas intérpretes o ejecutantes a través del Convenio de Berna; a los productores de fonogramas mediante la Convención de Roma; y a las entidades de radiodifusión en los acuerdos TRIPS.

4.7.2.3.- EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN.

De una manera genérica, podemos definirlo como el derecho que todo autor posee a oponerse a la circulación de ejemplares de su obra sin su previo consentimiento, o, a sensu contrario, el derecho del autor a ejercer el control sobre el proceso dirigido a poner su obra a disposición del público. Asimismo, con mayor precisión se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. Su reconocimiento y configuración tienen origen en Alemania gracias a la labor llevada a cabo principalmente por KOHLER. Puede parecer que la esencia del derecho de distribución es la introducción de la obra intelectual en el tráfico comercial es perfectamente posible hacer uso del derecho de distribución sin poner el producto en circulación, posibilidad que, con las nuevas técnicas de comunicación existentes, es fácilmente factible. En el Derecho Comparado, consagran este derecho en sus respectivas legislaciones, y dentro de la Unión Europea, todos los países miembros reconocen este derecho, aunque existen importantes divergencias en lo relativo a la extensión y a los límites del mismo

4.7.2.4.- EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA.

La comunicación pública es todo acto, por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada uno de ellos. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

En la comunicación pública ese conocimiento de la obra se realiza de modo real y efectivo, pero a través de un elemento o vehículo externo (una representación, una emisión televisiva o radiofónica). El receptor no recibe ningún elemento material, corpóreo, sino que el medio, que podríamos calificar de inmaterial a través del cual se realiza la comunicación, queda en manos del propio comunicador.

La nota diferenciadora de este derecho es que no necesita una puesta en circulación de la obra mediante ejemplares. Lo esencial es la existencia de un medio que haga de intermediario entre la obra y el sujeto receptor. En la distribución existe una posibilidad de acceso del público a la obra. En la reproducción es necesario que la fijación de la obra permita el público su conocimiento.

4.7.2.5.- EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN.

Este derecho se configura de una forma peculiar, puesto que se trata de una modalidad de explotación de la obra original y, al mismo tiempo, supone el nacimiento de derechos de autor en relación con la obra resultante de la transformación. El creador de la transformación posee un dominio absoluto sobre su propia obra, del mismo modo que si se tratase de una obra completamente original

Verificamos la transformación de una obra intelectual cuando se produce una modificación de la misma que suponga una alteración de alguno de sus elementos configuradores, dando lugar a una obra nueva y distinta, sujeta a la protección otorgada por la propiedad intelectual de manera

independiente de la obra original. Supone, por tanto, la utilización de una obra, o parte de ella, para la realización de otra distinta.

4.7.2.6.- EL DERECHO DE COLECCIÓN.

El derecho de colección aparece recogido en numerosas leyes, de diversos países, así en la Legislación Española, el artículo 22º, regula disponiendo lo siguiente: *“La cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completas”*.

El derecho de colección plantea graves problemas en la práctica, principalmente cuando el que la lleva a cabo es el propio autor o un editor diferente de aquel al que se le han cedido los derechos de explotación

El Derecho de colección también puede analizarse desde la perspectiva del derecho de explotación

En Derecho comparado, las diversas legislaciones no mencionan expresamente el derecho de colección dentro de las modalidades de explotación reconocidas de forma exclusiva al autor, pero es clara su consideración legal como derecho patrimonial. No es ésta una opinión unánime puesto que parte de la doctrina considera clara la existencia de matices de carácter personal predominante sobre los económicos en la configuración de este derecho. Si bien la trascendencia económica es indiscutible, lo importante es que permite su calificación como derecho de explotación.

4.7.2.7.- DURACIÓN DEL DERECHO PATRIMONIAL.

Con el transcurso de los años, el período de duración de este derecho se ha ido modificando, El Convenio de Berna y la Decisión 351 señalan como plazo mínimo de protección, durante la vida del autor y 50 años después de su muerte, dejando en libertad a los países firmantes del Convenio de ampliar dicho plazo. La Comunidad Europea y Estados Unidos, aprobaron la protección de 70 años después de muerto el autor, en tanto que en América Latina, Colombia tiene un plazo de 80 años y Venezuela 60.

En nuestro país, la nueva ley de Derecho de Autor, establece que el derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su muerte. Para las obras anónimas y seudónimas, el plazo es de setenta años a partir del año de su divulgación. En las obras colectivas, los programas de ordenador, las obras audiovisuales etc., el derecho patrimonial se extiende setenta años desde su primera publicación. Una obra ingresa al dominio público, una vez que se ha cumplido con el plazo señalado en la ley, luego del cual pasa a constituir parte del patrimonio cultural.

4.8.- DERECHO COMPARADO DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

Por su importancia, veamos los países mas representativos, España y Estados Unidos.

4.8.1.- ESPAÑA.

4.8.1.1.- DOCTRINA.

España, tiene un sistema similar al nuestro, incluso el tratamiento a los derechos morales. Así, en cuanto a la definición, existen varios autores que exponen lo que ellos consideran como derecho moral, el especialista Carlos Álvarez Romero, los define como: “inherentes a la persona de los autores, a quienes corresponde el derecho a exigir el respeto a la paternidad de sus obras, decidir sobre su publicación y velar por su integridad”⁴³. La doctrina española estima que el derecho moral es una de las facultades que junto con las de tipo patrimonial componen al derecho subjetivo único que es el derecho de autor. Por otro lado, la jurista Marisela González López define al derecho moral como “el elemento o parte esencial del contenido de la propiedad intelectual, que al tener su origen y fundamento en la personalidad del autor, le asegura a éste la tutela de la misma en la obra como reflejo de ella, a través de un conjunto de facultades extrapatrimoniales (pero de incidencia económica)

⁴³ **ÁLVAREZ ROMERO, Carlos Jesús.** “Significado de la publicación en el derecho de la propiedad intelectual”. Centro de Estudios Hipotecarios, España, 1969, p. 56.

consistentes fundamentalmente, en la divulgación, paternidad, respeto a la integridad de la obra, modificación y arrepentimiento”⁴⁴.

Sin embargo, autores como Pérez Serrano, critican la terminología empleada para designar esas prerrogativas, señala dicho autor, calificar a un derecho como moral implica una redundancia, pues en principio, todo derecho debería ser moral, y para seguir, si se califican esas prerrogativas como derechos morales se infiere que en materia de propiedad intelectual existen derechos inmorales.

Sin embargo, dejando a un lado las discusiones, y al haberse consagrado este término en la jurisprudencia y en la doctrina, tanto en el ámbito nacional como internacional, no tiene sentido tratar de cambiar el término consagrado, así que las propuestas de llamar “derechos personales”, “derechos de paternidad intelectual”, u otros términos, quedan al respeto sólo en simples propuestas, sin ser ninguna de ellas lo suficientemente convincentes para tomarse como alternativa ⁴⁵.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos morales, la doctrina española tiene como algunos de sus exponentes a José Castán Tobeñas quien, los considera como derechos a la esfera secreta de la propia persona junto con el secreto a la correspondencia y a la imagen, siendo estos derechos a su vez encuadrados dentro de aquellos de tipo moral junto con el derecho a la libertad personal y el derecho al honor. La doctrina española tiene también a De Castro, quien los considera bienes sociales e individuales junto con el honor, la fama, la intimidad personal y la reproducción de la imagen. Por otra parte, Manuel Albaladejo, se inclina por considerar al derecho moral como un derecho de la personalidad.

En relación a la titularidad, la doctrina española, al igual que la nuestra, considera que corresponde al autor; quien es aquél que tiene la capacidad

⁴⁴ **GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela.** *“El Derecho Moral del autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual”*. Marcial Pons, España, 1993. p.p.120 y 121.

⁴⁵ *Idem.* p. 122.

creadora, incluso si el autor decide esconderse bajo un seudónimo o anónimo. Esto de principio, pareciera significar que sólo las personas físicas, o lo que ellos llaman naturales, son capaces de ser titulares de dichos derechos, sin embargo, reconocen, tanto en su doctrina como en su legislación, que en el caso de una obra colectiva bajo la coordinación de una persona natural o jurídica, la titularidad de dicha obra en su conjunto le corresponde a ese coordinador que la edita y publica bajo su nombre, sin perjuicio de los derechos que les correspondan a cada uno de los autores de las aportaciones individuales.

Por lo que hace al contenido, Pérez Serrano clasifica las facultades que conforman al derecho moral atendiendo a dos momentos: antes y después de la publicación. Comprendiendo el primer caso el derecho a publicar y el segundo el derecho de paternidad intelectual, incluyendo el de exigir que figure o no su nombre en la obra, el de impedir deformaciones o atentados espiritualmente dañosos, el de modificación y el de arrepentimiento. Las facultades que integran el derecho moral son la de publicar o no la obra, la de exigir la paternidad y la de exigir el respeto a la integridad de la obra, la facultad de modificarla y la de arrepentirse.

En cuanto al derecho a modificar la obra, la doctrina se ocupa, de distinguir entre una modificación y una simple transformación, siendo en el primer caso una variación en el contenido de la obra, y en el segundo, una variación en el medio expresivo de la obra sin afectar sustancialmente el sentido de la misma. Se presentan casos polémicos, como son el caso de la parodia y de los cortes publicitarios. Primeramente, la parodia es aquella obra en la cual lo serio se hace cómico o se simula real lo fantástico o a la inversa, se trata de una transformación. Esta transformación es realizada por un tercero, sin embargo éste no requiere del consentimiento del autor de la obra parodiada para llevar a cabo su obra. Segundo, en cuanto a los cortes publicitarios, estos son considerados como interrupciones que vulneran el derecho moral del autor de exigir el respeto a la integridad de su obra, ya que en este caso, la obra está siendo fragmentada, lo cual compromete la unidad de la misma y el efecto que el autor quería que tuviera dicha obra al organizar las imágenes y sonidos de forma ininterrumpida.

4.8.1.2.- LEGISLACIÓN.

En cuanto a la legislación española, ésta tiene disposiciones similares a las contenidas en la legislación peruana; existen ciertas diferencias, las cuales apuntaremos en este apartado.

La ley es llamada de Propiedad Intelectual y está fechada 12 de abril de 1996 para entrar en vigor el 1 de abril de 1998. Consta de 164 artículos divididos en cuatro libros: de los derechos de autor, de los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección sui generis de las bases de datos, de la protección de los derechos reconocidos en esta ley y por último, del ámbito de aplicación de la ley.

Al igual que la legislación peruana, la española tiene como hecho generador de la protección otorgada por la ley la mera creación, establece como contenido de la propiedad intelectual derechos morales y patrimoniales y señala a los autores, ya sea bajo su propio nombre, seudónimo o anonimato, como titulares de la propiedad intelectual. Prevé obras colectivas y en colaboración; sin embargo prevé además la obra compuesta e independiente que nuestra legislación no prevé; siendo definida ésta como la obra nueva que incorpora una obra preexistente sin la colaboración de esta última.

En relación al objeto de protección, establece una lista similar de obras protegidas, sin embargo en cuanto a la lista de lo no protegido no menciona las ideas mismas, el aprovechamiento industrial o comercial de las ideas, los esquemas, planes o reglas para realizar actos mentales, juegos o negocios, las letras, dígitos o colores aislados, los nombres, títulos y frases aisladas, los simples formatos o formularios en blanco para ser llenados y la información de uso común como refranes, dichos, leyendas, hechas, calendarios y escalas métricas.

En cuanto a los derechos morales del autor, éstos son reconocidos cualquiera que sea la nacionalidad.

Reconoce la irrenunciabilidad y la inalienabilidad como características de los derechos de autor, sin embargo la legislación peruana atribuye también la inembargabilidad e imprescriptibilidad de los mismos. Ninguna atribuye la perpetuidad a todas las facultades, sino sólo a algunas de ellas, aun cuando ambas doctrinas reconocen estas cinco características en forma general.

En cuanto al contenido de estos derechos, ambas legislaciones reconocen como facultades la de decidir si la obra va a ser o no divulgada y la forma de la misma, la de determinar si la divulgación se hará bajo el nombre del autor, su seudónimo o bajo el anonimato, la de exigir el reconocimiento de su condición de autor, la de exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación, la de modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural y la de retirar la obra del comercio.

En el caso de obras en colaboración, la legislación española exige la unanimidad de los autores para divulgar y modificar la obra. En otro contexto, analizando la facultad de modificar su obra, en la legislación española, se establece como límite el respeto a los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de los bienes de interés cultural. Establece la obligación de indemnizar al perjudicado por retirar una obra del comercio.

Cabe mencionar que la legislación española tiene una disposición peculiar, la cual prevé la reproducción, sin necesidad de autorización, para el uso privado de invidentes siempre que dicha reproducción se realice en sistema Braille u otro similar y sin fin de lucro, disposición que en nuestra legislación no se prevé, ni menciona nada sobre esta situación en particular.

Por otro lado, España menciona el caso de la parodia, en la cual no se exigirá el consentimiento del autor siempre que no exista el riesgo de confundir la obra parodiada con la parodia misma, ni se cause daño a la obra parodiada ni a su autor.

En cuanto a la edición de libros, primero se establece como derecho moral, la facultad de introducir modificaciones que se consideren imprescindibles, siempre que no alteren su carácter o finalidad ni se eleve considerablemente el costo de la edición y, segundo, la legislación española, establece cuáles deben ser los puntos a tratar en el contrato de edición, las obligaciones del editor y las causas de resolución y extinción del citado contrato. España omite la disposición en la que se establece que, salvo pacto en contrario, el derecho de editar separadamente una o varias obras del mismo autor no confiere al editor el derecho para editarlas en conjunto ni viceversa.

Por su parte, en el contrato de representación teatral y ejecución musical se menciona como obligación del autor, la de responder ante el cesionario de la autoría y originalidad de la obra y, como obligación del cesionario, la de efectuar la comunicación de la obra sin hacer variaciones, adiciones, cortes o supresiones no consentidas por el autor. En el mismo tipo de contrato se establece que, tanto el autor como el cesionario elegirán, de común acuerdo, a los intérpretes principales y, en el caso de orquestas, a los coros, grupos de baile y conjuntos artísticos análogos, así como al director. Asimismo, ambos convendrán la redacción de la publicidad sobre la misma obra.

En cuanto a las obras cinematográficas, el productor tendrá los derechos de doblaje o subtulado de la obra. En este mismo tipo de obras se establece que cualquier modificación se entenderá hecha hasta que recaiga sobre la obra definitiva, ya terminada, y siempre se requerirá la autorización previa de quienes hayan acordado dicha versión definitiva. Cabe también señalar que el derecho moral de los autores sólo se ejercerá sobre la versión definitiva.

En relación a los medios de distribución, la legislación española prevé el alquiler y el préstamo, definiendo al primer modo de distribución como la puesta a disposición de las obras para su uso por tiempo limitado y con beneficio económico o comercial, directo o indirecto, y al segundo como la puesta a disposición de las obras para su uso por tiempo limitado, sin beneficio económico o comercial, directo o indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público.

Por otra parte, en el caso de artistas intérpretes o ejecutantes, España prevé que si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o arrendatario adquiere sobre aquélla, los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y comunicación pública, previsión de la que nuestra legislación carece.

Con respecto a obras inéditas en dominio público, a diferencia de Perú, se establece que quien las divulgue lícitamente tendrá sobre ellas, los mismos derechos de explotación que hubieran correspondido a sus autores.

Por otro lado, la legislación española establece un título especial para las acciones y procedimientos para el caso de violaciones a los derechos de autor, en el cual se prevé el cese de la actividad ilícita, incluyendo la suspensión de la explotación infractora, la prohibición al infractor de reanudarla, la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción y la inutilización y, en su caso, destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos destinados a la reproducción de ejemplares ilícitos y de los instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización, no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador. Asimismo se prevé la indemnización para el perjudicado, quien podrá optar entre el beneficio que hubiere obtenido de no mediar utilización ilícita, o la remuneración que hubiere percibido de haber autorizado la explotación; de igual manera prevé, en el caso de daño moral, una indemnización que atienda a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

En cuanto a las excepciones al ejercicio de los derechos de autor, la legislación española utiliza el término "interés cultural" para este propósito, mientras que la legislación peruana utiliza el de "utilidad pública", el cual abarca ciencia, cultura y educación nacionales.

También es de hacer notar que la legislación española omite la mención de los símbolos patrios como obra objeto de protección intelectual. Lo mismo ocurre

con las obras consideradas de cultura popular que son aquellas obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal desarrolladas y perpetuadas en una comunidad o etnia originaria o arraigada en la República peruana.

Con respecto a las autoridades facultadas para actuar en un procedimiento de arbitraje en España se tiene al Ministro de Cultura.

Por último, en materia de fotografías, España, no menciona que en el caso del retrato de una persona, éste sólo puede ser usado o publicado con el consentimiento de la persona retratada, a menos que la persona retratada haya recibido una remuneración a cambio, en cuyo caso, se presume otorgado el consentimiento sin opción a revocación mas que en el caso en el que la obra se utilice en términos y fines distintos a los pactados. Tampoco prevé el caso de una fotografía tomada en un lugar público y con fines periodísticos o informativos, en cuyo caso no será necesario el consentimiento de las personas retratadas.

4.8.2.- ESTADOS UNIDOS.

4.8.2.1.- DOCTRINA.

Los norteamericanos llaman a su derecho de autor: Copyright, por lo cuál es interesante saber la naturaleza de este derecho de autor, y los temas relacionados al futuro de ese derecho de autor ante la tecnología digital y la Internet.

En el análisis histórico y filosófico del derecho de autor se sugiere que existe una conexión esencial entre el surgimiento del capitalismo y el derecho de autor, siendo el capitalismo, el acontecimiento que determinó el origen del derecho de autor, como modernamente conocemos.

En los Estados Unidos, fue la Corte General de Massachussets la que reconoció el primer “derecho de autor” en las colonias en 1672, y ello como

respuesta a la petición de un rico vendedor de libros llamado John Usher, quien solicitó se prohibiera a los demás editores que publicaran copias sin su permiso de una obra llamada "The general laws and liberties of the Massachussets colony" con el fin de asegurarse que su inversión en la reproducción de esta obra fuera fructífera. Asimismo, en 1783 se dictó el primer estatuto estatal de derechos de autor con las mismas bases que el Estatuto de la Reina Ana de Gran Bretaña: Proteger el derecho del autor, promover el conocimiento y la cultura, establecer un orden en el intercambio y comercio de libros e impedir el monopolio mediante el establecimiento de límites en cuanto a la duración de la protección concedida. De ahí en adelante, para 1786, doce de las trece colonias originales de los Estados Unidos habían expedido leyes de derechos de autor⁴⁶. Las leyes otorgaban protección a los derechos económicos y dejaban a un lado el derecho de autorizar la divulgación, la traducción o la alteración de la obra.

Sin embargo, ante la existencia de diversas leyes sobre la materia, fue casi imposible lograr la exacta aplicación de las mismas en el comercio nacional de libros, por lo cual se hizo clara la necesidad de la creación de un sistema nacional de derechos de autor. De esta forma, se concedió al Congreso la facultad de promover el progreso de la ciencia y de las artes mediante la protección, por tiempo limitado, a los autores e inventores de su derecho exclusivo sobre sus obras, surgiendo así la primera "Ley Federal de Derechos de Autor", el 31 de mayo de 1790, en la cual se estableció el derecho de autor como un derecho estatutario creado por el Congreso bajo la condición de cumplir previamente ciertas formalidades, como el registro, la notificación y el pago de un depósito, así como sujeto a un límite de tiempo a cuya fecha de expiración se consideraría dicha obra como parte del dominio público.

En cuanto a la naturaleza del derecho de autor, hay dos aspectos que son importantes: los derechos morales en el derecho anglosajón, y la teoría del uso personal y del uso justo o leal.

⁴⁶ De las trece colonias de Estados Unidos fue Delaware la que no expidió una ley de derechos de autor.

En relación a los derechos morales, los especialistas conceptúan al derecho moral del autor como un derecho natural, que tiene origen en las leyes francesa y alemana (en las cuales comprende el derecho a la integridad y paternidad de la obra), en cambio en el derecho británico los derechos morales se reducen al derecho a la primera publicación, sin hacer mayor reconocimiento de lo que en nuestra cultura se conoce como derechos morales.

Es importante recordar que la Convención de Berna de 1887, el más antiguo e importante instrumento internacional sobre la materia, requiere de sus Estados miembro que reconozcan los derechos morales del autor y que tomen por satisfechas todas las formalidades que sus legislaciones exijan para conceder la protección intelectual.

Es en virtud de estos dos requisitos que Estados Unidos se convirtió en miembro de esta Convención hasta 1988. La Ley de Derechos de Autor de 1976, requería un registro y una notificación para otorgar protección a las obras, y en cuanto al reconocimiento de los derechos morales, éste fue otorgado por el Congreso sin la realización de cambio alguno a la legislación y abarcando únicamente el derecho a poseer el derecho de copia otorgado hasta que el autor haya fijado su obra en un medio externo y el derecho a recuperar su derecho de copia después de haber sido transmitido a un tercero (también llamado derecho de terminación).

No se encuentra razón por la que los derechos que el derecho anglosajón considera como derechos personales, no puedan considerarse como derechos morales y protegerse como tales, conservando las características de intransferibles y oponibles erga omnes, entendiéndose como parte de esos derechos morales, el de proteger la integridad de la obra, reclamar la paternidad de la misma y decidir la divulgación de la obra.

Por otro lado, la doctrina del derecho moral, asimila esta última a la del uso leal de una obra, en el sentido en el que la primera constituye una limitación al monopolio de explotación de las obras por cualquier persona que tenga un

derecho de autor (refiriéndose específicamente a los editores, de donde se originó el derecho de autor) a favor del autor mismo, al considerarlos como beneficiarios de ese derecho; mientras que la segunda, por su parte, constituye también una limitación al mismo monopolio, sólo que en este caso, es a favor del usuario al dejar claro que el propósito del sistema de propiedad intelectual es el de promover el conocimiento.

La doctrina de derechos de autor, sobretodo en cuanto al derecho de decidir la divulgación de su obra, debe tomarse con ciertas precauciones con el fin de que se tenga siempre en mente que el sistema de propiedad intelectual debe servir preferentemente, más al interés del público en general que al del autor o del editor, en virtud del mencionado fin principal de este sistema de propiedad intelectual: aumentar y promover el conocimiento.

En el tema relativo a los derechos de autor ante la tecnología digital y la Internet, la doctrina sostiene que la necesidad de otorgar protección a las obras difundidas por estas nuevas tecnologías radica en que si copiar y redistribuir una obra resulta impune, habrán pocas probabilidades de que el autor continúe creando obras, o continúe usando el sistema de distribución. Asimismo, sostienen que toda protección debe ser similar, incluso a nivel internacional, para que las obras no se vean afectadas por pasar de un sistema jurídico de protección a otro, sobretodo aquellas obras que se mueven en una infraestructura global de información.

4.8.2.2.- LEGISLACIÓN.

La legislación norteamericana se conforma por el Título Diecisiete del Código de los Estados Unidos, y por el Digital Millennium Copyright Act.

El primero de ellos, el Título Diecisiete del Código de los Estados Unidos se conforma por trece capítulos dentro de los cuales se exponen los conceptos generales de los derechos de autor con sus respectivas limitaciones, modos de transferencia, duración, situaciones que infringen los derechos de autor, requisitos de importación de obras protegidas, arbitraje en cuanto al

establecimiento de regalías y honorarios y regulación específica en productos con chips semiconductores, disposiciones de instrumentos de grabación digital de audio, de grabaciones auditivas y videos musicales, de sistemas de protección y de administración y de diseños originales.

En este Código se prevé que la protección a la propiedad intelectual recae en obras originales fijadas en cualquier medio tangible de expresión que puedan ser percibidos, reproducidos o comunicados, sea directamente o con ayuda de una máquina o aparato. Asimismo, establece, ocho categorías de obras: 1) obras literarias, 2) musicales, incluyendo cualquier música de acompañamiento; 3) coreográficas y pantomimas, 4) pictóricas, 5) gráficas y escultóricas; 6) cinematográficas y audiovisuales; 7) arquitectónicas; y 8) grabaciones de audio.

Excluye de protección a las ideas, procedimientos, procesos, sistemas, métodos de operación, conceptos, principios y a los descubrimientos, sin importar la forma en la que sean descritos, explicados, ilustrados o materializados en una obra; pero omite, el aprovechamiento industrial o comercial de las ideas contenidas en las obras; los esquemas, planes o reglas para realizar actos mentales, juegos o negocios; las letras, dígitos o colores aislados; los nombres y títulos o frases aislados; los simples formatos o formularios en blanco para ser llenados; las reproducciones o imitaciones, sin autorización de escudos, banderas o emblemas de cualquier país; el contenido informativo de las noticias, la información de uso común como los refranes, dichos, leyendas, hechos, calendarios y escalas métricas; así como los textos legislativos, reglamentarios, administrativos o judiciales.

La protección prevista incluye compilaciones y obras derivadas, sin perjuicio del derecho de autor reconocido al autor del material preexistente utilizado en la elaboración de la obra derivada.

En este sistema jurídico, no se hace clara distinción entre lo que se conoce como derechos morales y patrimoniales. Por ello es importante conocer lo que ellos llaman derechos exclusivos, derechos de integridad, y atribución,

para tener idea de los derechos que componen su sistema de “*Derechos de autor*”. Se establecen como derechos exclusivos del titular del “*Derechos de autor*”: 1) Reproducir la obra en copias o fonogramas, 2) Realizar obras derivadas basadas en la obra protegida, 3) Distribuir al público copias o fonogramas de la obra protegida a través de venta, arrendamiento, préstamo o cualquier otra forma de transferencia de propiedad, 4) Ejecutar, presentar o interpretar públicamente las obras literarias, musicales, dramáticas, audiovisuales, cinematográficas, coreográficas y pantomimas; 5) Exhibir públicamente las obras literarias, musicales, dramáticas, coreográficas, pictóricas, gráficas, escultóricas, incluyendo imágenes individuales de obras cinematográficas o audiovisuales y pantomimas; e 6) Interpretar, en el caso de grabaciones de audio, vía una transmisión digital.

La duración de estos derechos es aproximadamente de setenta años después de la muerte del autor. Por otro lado, se establece, en forma independiente a los derechos exclusivos antes mencionados, que el autor de una obra de arte visual tendrá el derecho:

1) Reclamar la autoría de su obra, 2) Oponerse a que se le atribuya la autoría de una obra que no es de su creación, 3) Oponerse a que se le considere autor de su obra, si ésta ha sido distorsionada, mutilada o de cualquier forma modificada de tal manera que le perjudique en su honor o reputación, 4) Oponerse a cualquier distorsión, mutilación o modificación intencional a su obra que le ocasione algún perjuicio a su honor o reputación y, 5) Oponerse a la destrucción de la misma.

Estos derechos los tendrá el autor hasta su muerte. En el caso de una obra realizada por dos o más autores, los derechos reconocidos se mantendrán hasta que el último de los autores muera. Estos derechos son renunciables, si el autor así lo expresa en un instrumento por escrito.

Se regula la reproducción o distribución de copias de obras literarias protegidas, realizadas en formatos especializados para personas ciegas o de otra forma discapacitadas, las mismas que no se considerará violatoria de los derechos de autor, siempre y cuando dicha reproducción o distribución de

copias sólo se realice en formatos especializados para discapacitados y cada ejemplar incluya un aviso identificando al titular de los derechos de autor y la fecha de primera publicación.

En cuanto a la titularidad de los derechos de autor, se establece que inicialmente, el autor o autores de la obra serán los titulares de los derechos en esta materia. En el caso en el que una obra sea hecha bajo encargo, el empleador o cualquier otra persona para quien se haya realizado la obra, será considerado como autor, salvo pacto por escrito en contrario. Cuando se trate de obras colectivas, salvo pacto en contrario, el titular de los derechos de autor de la obra colectiva tendrá el derecho de reproducir y distribuir las distintas contribuciones que conforman la obra sólo en forma conjunta.

Asimismo, se distingue la titularidad del derecho de autor de la titularidad del objeto que incorpora la obra protegida, aclarando que la transferencia de una no implica la transferencia de la otra. Esta legislación establece la posibilidad de que se transfieran, total o parcialmente, los derechos de autor previstos.

Por otro lado, esta legislación, establece que cuando una obra protegida sea publicada, se introduzca en cada copia distribuida el símbolo © , la palabra "Copyright" o la abreviatura "Copr." y el año de primera publicación. Lo antes mencionado debe aparecer en cada una de las copias distribuidas en un lugar visible. Cabe señalar que, en el caso de grabaciones de audio, el símbolo consistirá en (P), seguido por el año de primera publicación y el nombre del titular de los derechos de autor en cada una de las copias distribuidas.

En lo relativo a la interposición de acciones por violación a los derechos de autor, lo que ellos llaman derechos de integridad y atribución, se excluyen de cumplir con las formalidades previstas en relación al registro de la demanda relativa. En este mismo tema de infracciones y violaciones a los derechos de autor, se prevé la posibilidad de que se dicten órdenes judiciales que las eviten. Además, se establece que la condena podrá abarcar el pago de daños y perjuicios, daños por estatuto, gastos y costas, así como la pérdida del

derecho y la destrucción de la obra violatoria y de todos los instrumentos, aparatos o equipo utilizado en la fabricación de dichas obras.

El segundo instrumento legal, esto es el Digital Millennium Copyright Act, por su parte se divide en cinco títulos, en los cuales se abarcan los temas de la protección intelectual de sistemas como implementación de los tratados firmados por los miembros de la OMPI, la limitación en la responsabilidad por infracciones a los derechos de autor de obras en línea, limitaciones a derechos exclusivos en materia de programas de cómputo, funciones del Registro de Derechos de Autor, la educación a distancia como limitaciones a los derechos exclusivos, alcance de los derechos exclusivos en grabaciones auditivas y protección de diseños originales.

Por otro lado, el Digital Millennium Copyright Act, condena la evasión de medidas tecnológicas que protejan una obra y la fabricación, importación u oferta al público de tecnología, productos, servicios, instrumentos o partes de los mismos que tengan como propósito evadir cualquier medida tecnológica que controle el acceso a una obra protegida. Constituye una excepción a la primera prohibición el caso de programas de computación obtenidos legalmente.

Asimismo este instrumento cuenta con un apartado especial de investigación en materia de encriptación, aplicadas a obras protegidas, siempre y cuando esta actividad produzca un avance en el campo de la tecnología de encriptación o aporte un desarrollo en productos de encriptación. Se entiende por tecnología de encriptación toda acción de ordenar y desordenar información mediante el uso de fórmulas o algoritmos matemáticos.

Por otra parte, en relación a lo conocido como derechos morales (La expresión original de este término en el *“Digital Millennium Copyright Act”* es *“Copyright Management Information”*), este instrumento prohíbe proveer o distribuir información administrativa de derechos de autor falsa, así como intencionalmente remover o alterar, sin autorización del titular de los derechos de autor de la obra en cuestión o de la ley, esa información administrativa de

derechos de autor, distribuir esa información alterada o removida o distribuir copias de obras con esa información alterada o removida, entendiéndose por información administrativa de derechos de autor toda aquella que se refiera al título u otra información que identifique la obra en cuestión, el nombre u otra información que identifique al autor de la misma, al titular de los derechos de autor sobre la misma y/o quien interprete, produzca o dirija la obra en el caso de obras audiovisuales.

Por otro lado, también se aborda el tema del material transmitido en línea, en cuyo caso se prevé que el proveedor de servicios no será responsable por violación a los derechos de autor cuando éste transmita o provea conexión a material protegido, siempre y cuando la transmisión del material haya sido iniciada por persona distinta del proveedor de servicios. El término específico empleado por el “Digital Millennium Copyright Act”, es “*Service Provider*” y lo define como aquella entidad que ofrece la transmisión, o provisión de conexión, para comunicaciones digitales en línea, entre puntos especificados por el usuario, de material que el mismo usuario elige, sin que ese material sea modificado al enviarse o recibirse.

CAPITULO V

DERECHO CONSTITUCIONAL: TUTELA DE LOS DERECHOS DE AUTOR

5.1.- TEORÍA CONSTITUCIONAL.

Etimológicamente la palabra “Constitución” proviene del latín *cum* (con) y *statuere* (establecer). Es un cuerpo normativo que constituye la piedra angular de todo sistema jurídico, por ello su estudio es necesario, en la medida que es fundamento de normas de segundo, y tercer nivel. En las líneas siguientes haremos una síntesis de lo que entiende el autor por Teoría Constitucional.

5.1.1.- IDEAS GENERALES DE CONSTITUCIÓN.

La Constitución está formada por normas fundamentales que consagra los derechos constitucionales de las personas, establece la organización política del Estado, determinando la estructura y las funciones de los órganos del poder público. La Constitución de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho esta llamada a ser la expresión de la voluntad nacional, es fundamento del sistema jurídico, siendo a la vez texto político y norma jurídica fundamental. Las normas constitucionales son de caracteres preceptivos, declarativos o imperativos, dictadas por el pueblo a través de sus representantes, en ejercicio de la soberanía y el poder constituyente.

La Constitución, una vez aprobada alcanza con la realidad de la sociedad estatal, convirtiéndose en una norma Semántica, Nominal, o Normativa. La

Constitución que tiene vigencia real y efectiva, es una Constitución Normativa, y es un dispositivo fundamental para el control del proceso del poder, en la línea de ideas que enseña Karl Loewenstein. El mismo jurista alemán, enseña que una Constitución debe contener los siguientes elementos mínimos irreductibles:

- La Diferenciación de las Diversas tareas estatales y su asignación a diferentes órganos estatales o detentadores del poder, para evitar la concentración del poder en un único detentador.

- Mecanismo que establezca la cooperación de los diversos detentadores del poder, disponiendo una adecuada distribución del poder que significa una limitación al ejercicio del poder político.

- Mecanismo planeado para evitar bloqueos respectivos entre los diferentes los diferentes detentadores del poder autónomos.

- Método para la adaptación pacífica del poder fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas (método de reforma), para evitar situaciones de fuerza o revolución.

- Reconocimiento expreso de esferas de autodeterminación individual (Derechos individuales y libertades fundamentales), y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder.

La clasificación más famosa es la que fundamento el famoso jurista alemán **Karl Lowenstein**, un clásico del Derecho Constitucional, quien desde una perspectiva ontológica jurídica considera tres tipos de constitución:

Constituciones Normativas: Cuando su contenido e inspiración responden bien a las directrices democráticas que la rigen. La constitución de los Estados Unidos sería un ejemplo de ellas. Loewenstein la compara con “un traje a la medida de la persona que lo usa”.

Constituciones Nominales: Cuando su contenido no siempre responde a las directrices democráticas, sea por su contenido, sea por la realidad local. La mayoría de las constituciones del mundo son en cierto modo nominales. La comparación es “con un traje mal cortado”.

Constituciones Semánticas: Conocida también como pseudoconstituciones, son leyes fundamentales con las cuales los gobiernos dictatoriales disfrazan su autoritarismo. Un ejemplo sería la de China. Es comparada por Loewenstein con “un disfraz”.

Por otra parte, Loewenstein descartaba la posibilidad de construir una constitución ideal a partir de la teoría; así decía que una constitución ideal no ha existido jamás, y jamás existirá.

Desde una perspectiva jurídica positiva, **Hans Kelsen** considera que la Constitución tiene dos sentidos:

Sentido Lógico-Jurídico, es el fundamento de validez en el que reposa el ordenamiento jurídico, toda vez que es la norma fundamental que no es creada conforme a un procedimiento jurídico, por lo cual no es una norma positiva debido a que nadie la ha regulado, y no es producto de una estructura jurídica, es un presupuesto básico a partir de ésta se va a conformar el orden jurídico, cuyo contenido está subordinado a la norma fundamental.

Sentido Jurídico-Positivo, la Constitución es un supuesto que le otorga validez al sistema jurídico en su conjunto, y en norma fundamental descansa todo el sistema jurídico.

5.1.2.- ORIGEN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

En América la Justicia Constitucional tiene su origen en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, y en esta la Justicia Constitucional se caracteriza porque asigna a cada juez del sistema y a los tribunales supremos, la función

de decidir sobre la supremacía de las normas constitucionales. El concepto implica un control judicial de las leyes a través de órganos judiciales comunes, que tienen su fundamento en la concepción de la Constitución como norma jurídica fundamental.

5.1.3.- SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.

Son estructuras existentes para analizar, procesar y resolver los problemas que plantea la Constitución y la defensa de la misma. Los tres primeros sistemas que a continuación desarrollaremos son los modelos originarios, pues se han configurado como tales a partir de realidades concretas, y que luego se han desarrollado en diferentes direcciones. Teniendo en la actualidad hasta cinco modelos de control constitucional, y son los siguientes:

CONTROL CONSTITUCIONAL EUROPEO O CONCENTRADO.

Se origina en el Proyecto de la Constitución Austriaca (1918) sancionado por el Parlamento austriaco en 1919 y proclamado en la Constitución Austriaca de 1920, obra de Hans Kelsen, que introduce la justicia constitucional en Europa con notables diferencias respecto del modelo norteamericano. El control concentrado se refiere a un único tribunal que efectúa un examen abstracto de compatibilidad lógica entre la Constitución y la ley en cuestión, sin detenerse en el conflicto material subyacente. Un solo órgano ejerce en exclusividad la función de control de la constitucionalidad. El poder de control se concentra en un organismo único, es el Tribunal Constitucional, que tiene la capacidad de establecer qué normas se adecuan y cuáles no a la Constitución. Sancionar con la exclusión del ordenamiento jurídico a todas las normas con rango de ley que contravengan los preceptos constitucionales. Las Características son:

Concentrado.- Debido a que un solo órgano ejerce exclusividad en la función de control de la constitucionalidad. En nuestro medio el ente encargado de hacerlo es el Tribunal Constitucional.

Principal.- No es necesaria la existencia previa de un juicio o cuestión prejudicial. La acción se plantea directamente con el acto procesal comúnmente llamado "Acción de Inconstitucionalidad".

General o de Eficacia Erga Omnes.- El control de la constitucionalidad opera de manera abstracta y general. Es decir, las consecuencias de la declaratoria de inconstitucionalidad alcanzan a todos los integrantes del ordenamiento jurídico, tanto así que la norma queda derogada ipso iure. Esta característica se encuentra recogida en el artículo 204° de nuestra actual Constitución.

Efectos ex nunc.- Las sentencias de este órgano tienen efecto hacia delante. Esta característica también se encuentra recogida en el artículo 204° de nuestra Constitución vigente de 1993.

SISTEMA AMERICANO O DIFUSO.

Este sistema aparece con el caso “Marbury vs. Madison” sentenciado en 1803, el voto del juez Marshall explica que “la esencia de la libertad civil consiste en el derecho de cada individuo a demandar la protección de las leyes. (...) La Constitución controla todo acto legislativo en razón de ser la ley superior, y si existe alguna disposición en contrario u otra ley que se le oponga, será deber de los jueces evitar el conflicto, declarando la inaplicabilidad de la ley de rango inferior”. Consiste en que todos los órganos jurisdiccionales de un ordenamiento jurídico están facultados para ejercer el control para resolver las causas sometidas a su decisión.

El control difuso lo ejerce el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. El tema del control difuso, fue recogido constitucionalmente recién en La Constitución de 1979, y actualmente se encuentra regulado en el artículo 138° de la Constitución de 1993.

SISTEMA POLÍTICO.

Tiene su origen en la Constitución francesa de 1946. Ésta concreta el “Comité Constitucional” que desde 1958 resuelve en el “Consejo Constitucional” francés la tarea de evaluar la supremacía de la carta superior del Estado. Entre las tareas específicas del Consejo está la de pronunciarse, obligatoriamente y de manera previa a la promulgación, sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas y reglamentarias, ejerce una especie de autocontrol. Actualmente se

encuentra en desuso. Este sistema no derogaba la norma constitucional sino que trataba que la Constitución no sea vulnerada.

SISTEMA MIXTO.

Es el caso de Venezuela o México, en donde solo un órgano, la Corte Suprema, aparece como única instancia o como instancia final, pues “conoce tanto del control incidental (modelo americano) como del control abstracto (mediante la acción popular de inconstitucionalidad).

SISTEMA DUAL O PARALELO.

Es la aplicación de los sistemas difuso y concentrado en forma paralela sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Es decir, cuando coexisten dos modelos en un solo sistema jurídico. En nuestro país, el modelo americano se aplica en el artículo 138° de la Constitución y el modelo europeo en el Título V de la misma carta magna a través del Tribunal Constitucional.

5.2.- EL ESTADO DE DERECHO.

Significa la vigencia y respeto a los derechos y libertades fundamentales, equilibrada división de los órganos de poder, la determinación de las competencias, sometimiento de los órganos de poder al ordenamiento legal. El Estado de Derecho se caracterizaba por el “Principio de Legalidad”.

El Estado de Derecho, tiene como referente más remoto a Inmanuel Kant, quien consideraba que el Estado tiene como límite la Libertad individual. Dentro del contexto histórico del llamado Mundo Occidental, se constituye el Estado Nación, Soberano, o Moderno, siendo su creador teórico el francés Jean Bodin (1530-1596), quien postula teóricamente en su obra “Les six livres de la République” (1576), Los seis libros de la República, obra fundadora. Sin embargo, tardo muchos años para que se conozca el “Estado de Derecho”, y ello ocurrirá en pleno siglo XIX, cuando el Estado Moderno era una realidad en todo el mundo; se comienza a hablar de “Estado de Derecho”, categoría conquistada para el Derecho y todas las civilizaciones modernas, por los Neo-Kantianos de Izquierda de la Escuela de Marburgo, específicamente por Herman COHEN (1842-1918): "System der

Philosophie" (Berlín 1921. Tomo II), Cohen sostenía que el Estado de Poder (der Machtsstaat) puede transformarse en Estado de Derecho (der Rechtsstaat), pero sólo a partir del momento en que cesa de estar a disposición exclusiva de los particulares intereses de clase. Posteriormente el gran jurista Hans Kelsen, encumbrará la categoría: "Estado de Derecho". Entre otros aportes, permitió establecer un Orden Jurídico, a partir de la Constitución, y sustentado en la llamada "Pirámide legislativa kelseniana", principio consagrado en todas las Constituciones rígidas del mundo, mas no, en las Constituciones Flexibles (en nuestra Constitución de 1993, Artículo 51º).

5.3.- EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Es planteamiento del Constitucionalismo social, que se genera con las Constituciones de Querétaro (1917), y Weimar (1919). Buscaba ser una alternativa del Estado de Derecho, políticamente apropiada por el Liberalismo y que tenía que dar respuestas a las profundas brechas sociales. Herman Heller, considera al Estado Social de Derecho, como una etapa de transición que tiende hacia el Socialismo. Se diferencia del Estado de Derecho, por cuanto da acceso a demandas sociales no atendidas por el Estado de Derecho. Como el Derecho Colectivos: a la Huelga, Negociación Colectiva, Sindicalismo, seguridad social, derechos Individuales laborales: Jornada laboral, salario, vacaciones.

5.4.- EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

La utilización del nomen juris, corresponde por primera vez al poeta inglés Robert Southey en 1832. Al imperio de la Ley, se opone el Imperio de la Constitución con dos ideas centrales que apuntalan y son la supremacía de la Constitución y la separación de Funciones en el ejercicio del poder. El Estado Constitucional de Derecho supera el principio de legalidad, se caracteriza por el "Principio de la Constitucionalidad". El primero se motoriza con una jurisdicción independiente de la administración, como es la jurisdicción del Poder Judicial; el Estado Constitucional se motoriza con una jurisdicción especial como es la jurisdicción constitucional, históricamente surgida en

Europa después de la segunda Guerra Mundial, de hay expandida al llamado “Mundo Occidental”, llegando a nuestro Continente Sur Americano en la Década de 1970, con la ola democrática de aquella época, consagrada en el Perú con la Constitución de 1979.

El imperio de la Constitución propugna la prevalencia de está sobre la Ley, la Constitución era reconocida como Código Político no como norma jurídica, con el Estado Constitucional de Derecho, no solo es reconocida como Norma Jurídica, sino que también como norma Jurídica Fundamental. El Estado Constitucional de Derecho, encuentra la autoridad fundadora del Derecho en la Constitución, expresión de la voluntad general, y es fuente que origina el orden Político, Jurídico, Social, y Económico.

5.5.- FUNDAMENTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN.

Este tema tiene una singular importancia epistemológica, por lo que es necesario tener presente en un trabajo como el presente. En ese sentido es preciso destacar, que si bien en las líneas del pensamiento de Kelsen, las normas constitucionales, son tales, en la actualidad ese paradigma, constituida en verdad oficial por mucho tiempo por el positivismo jurídico, es severamente cuestionada: Ante la pregunta ¿Toda norma constitucional, es constitucional? Es admisible dos respuestas contrapuestas, la del positivismo, y la del uis naturalismo, el autor reproduce las ideas de los juristas más representativos de ambas corrientes.

5.5.1.- TEORÍA DE KELSEN: POSITIVISMO.

Hans Kelsen, jurista, filosofo, y político austríaco, nació en Praga, el 11 de octubre de 1881, y murió en Berkeley, California, el 19 abril de 1973. Sus antecesores son del pueblo de Kelsen sobre Saarburg, distrito de Trier, comunidad que en 1953 contaba con 139 habitantes. La misma se encuentra ubicada en la frontera Luxemburguesa – Alemana. Su ubicación sólo aparece en grandes mapas. A fines del Siglo XVIII, se dieron apellidos a las familias judías que habitaban en Austria, es sabido

que muchas familias escogieron el nombre el del lugar de su procedencia como patronímico. Es posible que de esta manera hayan obtenido su apellido los antepasados de Hans Kelsen. En 1936, cuando Karl Schmitt organizó una serie de conferencias, el Profesor Erich Jung habló de Kelsen como "Kelsen Kohn". Posteriormente y con la intención de mellar el prestigio de Kelsen, en Austria le llamaron algunos: "Kohn" ó "Cohn". Son innumerables las obras escritas por Hans Kelsen, en un inicio de su vida escribió poesía, luego desilusionado se refugió en la filosofía, posteriormente recalo en la política y la narrativa literaria, para finalmente dedicarse por entero al Derecho. El jurista y filósofo italiano GUIDO FASSÓ, en su "Historia de la filosofía 3" Nos da el alcance, en el sentido que antes de Kelsen la expresión de una "Teoría Pura del Derecho" (Reine Rechtslehre), fue usada por Rudolf Stammler (1856-1938). Por otro lado, como: "Ciencia Jurídica Pura" fue teorizada, bajo inspiración austriaca, por el suizo Ernesto Roguier (1851-1939). Dicho esto pasamos a analizar los aspectos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho, teoría en la cual reposa su idea de la constitucionalidad de las normas constitucionales.

"La Teoría Pura del Derecho", se sustenta en tres obras: 1.- Teoría general del estado (1925). 2.- Teoría pura del derecho (1934). 3.- Teoría general del derecho y el estado (1945).

La segunda obra, es consagrada específicamente a la formulación de la teoría pura. en el prólogo a la primera edición, firmada en Ginebra en 1934, dice que desde el comienzo de esta labor han transcurrido más de dos décadas. En efecto. la primera vez que formula Hans Kelsen su teoría es en su libro: "problemas capitales de la teoría jurídica del estado" (1911). En la "Teoría General del Estado", dado que para Kelsen el estado es absorbido por el derecho. La "idea del estado como orden normativo de la conducta humana". Kelsen reconoce en Gerber, Laband y Jellinck, esfuerzo por elaborar una teoría estrictamente positiva del estado. sin matiz político, sin concesiones al ius naturalismo, empleo de método basado en la crítica kantiana de la razón, y en el dualismo del

ser y el deber ser para Kelsen el problema del estado, es el de la validez y creación de un orden jurídico. El reto para Kelsen es separar la política del derecho, por incompatible con ideal de toda ciencia cifrado en la objetividad y la exactitud. La primera edición de la “Teoría Pura del Derecho” tiene la autenticidad de ser la formulación originaria de la doctrina como tal. La segunda edición en alemán, publicada en Viena en 1960, ofrece la ventaja de constituir “una reelaboración completa de los temas tratados .. y ampliación de su campo de estudio”.

La teoría pura, en sí misma no equivale a una teoría general del derecho, ni a una filosofía, si es una doctrina principalmente metodológica y epistemológica, que tiene por finalidad dar solución a los problemas fundamentales de la teoría general del derecho y del estado. Kelsen hace teoría general, con el núcleo argumentativo de la “teoría pura”, una imagen que es contemplada y percibida a través de la ciencia jurídica.

La teoría de Kelsen es una teoría de la ciencia del derecho, por dos razones no hace ciencia jurídica, y señala las bases para elaborarla, traza un programa, en el plano de la teoría general. Se trata de una teoría de un orden jurídico específico: busca la simetría entre la generalidad del planteamiento y la del derecho positivo que no es uno específicamente determinado, históricamente existente y vigente como tal. esta es la primera consecuencia que encontramos en la teoría pura, porque el derecho positivo general que no se identifica con uno determinado, esta es una abstracción cercana al ius naturalismo. La teoría pura, enunciada sin subordinación a un derecho positivo, es aplicable a cualquier derecho positivo, y no solo en el desarrollo de una actividad científica sino en el conocimiento técnico del derecho. y esta es la segunda consecuencia.

Sistema estático del derecho es cuando la norma fundamental en que descansa tiene un contenido intrínsecamente válido. como “debes cumplir lo prometido”. Sistema dinámico del derecho, las normas no son válidas

intrínsecamente sino en cuanto ha sido creado de acuerdo con una determinada regla.

Concepto esencial en Kelsen es la norma jurídica. Tiene un tratamiento distinto en sus tres obras, pero el concepto más conocido, es la que aparece en la "TEORIA GENERAL DEL ESTADO" (1925) califica a la norma de "proposición jurídica" y señala que siendo característica del todo la de ser un orden coactivo "cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción" (p. 62. traducción de Luis Legaz Lacambra. México 1979).

Para Kelsen existen modalidades de normas jurídicas, y son las normas primarias y a las secundarias, y confiere r rango de norma a las individuales.

Tres núcleos de la doctrina de Kelsen integran la teoría dinámica, son entre sí consecuentes y recurrente. Y son las siguientes:

1. Norma Fundamentadora
2. Construcción Escalonada del Orden Jurídico
3. La Producción y Aplicación del Derecho Actuando de Manera Conjunta

El Orden Jurídico, en cuanto a su Unidad, es fundada por una Norma Fundamentadora. La validez, por irradiación o remisión, también lo es. La exposición de la hacemos en base a la segunda edición de la "Teoría Pura del Derecho". El último Kelsen es un crítico de sí mismo, que reconoce la ficción de la norma fundamental, por lo que ofrece una Teoría puesta en duda y en gran parte negada.

Lo objetable a Kelsen, es a nuestro juicio que considera la existencia equivalente a la validez, unas veces a la norma misma, otras la obtiene de la inserción de la norma en un sistema. Kelsen, aunque propugna la unidad del sistema, no construye la argumentación partiendo del sistema, sino de las partes, que son las normas, afirma: "El fundamento de la validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma". De donde infiere, que la norma conforme a la cual otra norma es

válida supone la relación de una norma superior (creadora de validez) con otra inferior (válida conforme aquélla). El argumento es circular: La validez de una norma procede de la validez de otra, y así sucesivamente. Si a esto no se le pusiera un límite, llegaría hasta el infinito, siempre permanecería abierta. De la necesidad de un límite a la ascensión infinita surge la Teoría de que ha de haber una norma superior y última.

“Norma Fundamental”, o “Norma Fundante Básica” (de estos dos modos se ha traducido al castellano la palabra alemana Grundnorm) a la norma superior y última. No hay ninguna por encima. Como término inicial, da lugar a la validez de todas las normas integradas al sistema. La Norma Suprema, expresa la unidad del sistema, y funda la validez de todas las normas, no puede ser como las demás normas, una norma impuesta sino es una NORMA PRESUPUESTA, esto quiere decir que no viene impuesta por una autoridad, si la estableciera una autoridad habría de ser competente, y la competencia vendría conferida por otra norma superior. La Norma Fundamental no puede ser impuesta sino presupuesta, y sólo le queda la posibilidad de ser pensada. Al ser pensada, funda la validez de las normas impuestas, no se trata de pensarla en el vacío, no es producto del libre inventión, no se produce arbitrariamente, en el sentido de que quepa una opción entre diversas normas fundamentales posibles. Para tener conciencia de la norma fundamental, es necesario tener conciencia que la misma se refiere a una determinada constitución, producida por la costumbre o promulgada expresamente, y eficaz mediante un orden coactivo. De esta manera la explicación de todo orden jurídico, descansa sobre una base gnoseológica.

Las normas no aparecen en el mismo plano, la diversidad de planos no se limita a señalar una diferencia de nivel, tiene una graduación, pasa de una norma inferior a una superior, o a la inversa, y así sucesivamente.

La norma fundamental (grundnorm) es supuesta o hipotética, no forma parte del orden jurídico, determina su unidad y es fundamento último de validez. En un orden estatal el primer nivel o estrato superior está

representado por la constitución. La constitución tiene un sentido material, que son las normas positivas que regulan la producción de las normas generales. La constitución en sentido formal, también se refieren a otros objetos, disposiciones de derogación o modificaciones de las normas constitucionales.

El segundo nivel, lo constituyen las normas jurídicas generales producidas por la legislación o la costumbre. En los estados modernos las constituciones establecen órganos legislativos competentes para producir normas generales aplicables por los tribunales y órganos administrativos. de modo que el tercer escalón es el de los procedimientos judiciales y administrativos. Es posible, pero es lo excepcional, que los tribunales y los organismos administrativos estén facultados por la constitución para producir ellos mismos para producir las normas que aplicaran en los casos concretos.

5.5.2.- TEORÍA DE PECES BARBA: IUS NATURALISMO.

Estima el autor que el jurista más representativo del ius naturalismo, en el tema abordado, es el jurisconsulto Gregorio Peces Barba. Para valorar los escritos de Gregorio Peces Barba es necesario conocer algo de su robusta personalidad. Jurista de múltiples ocupaciones, de una definida posición política: Socialista. Como ninguno, defensor con profunda convicción de los Derechos Fundamentales, no solo a nivel teórico sino también en los Tribunales. Polifacético: Jurista, Legislador, Educador, Escritor de Libros, y sobretodo Político. Una de las mentes más brillantes de Europa, y de España en particular, es muy leído en universidades europeas y americanas. Pero tengamos siempre presente que Peces Barbara, es un autor español, escribe para un público español fundamentalmente, no podrías ser de otra manera, y desde la tradición del pensamiento occidental. El tema cuya síntesis nos toca conocer es el correspondiente al Capítulo XIII, referido al Estado y al Derecho en los tiempos actuales, del libro: "Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General", Editorial Boletín del Estado, Madrid. 1995.

En seguida, editada las ideas del eminente jurista español, las reproducimos. Gregorio Peces Barba, estudiado la relación entre poder y Derecho, pero principalmente desde el punto de vista histórico. Esos trabajos son: «Reflexiones sobre el Derecho y poder», en *Libertad. Poder. Socialismo*; y en *“Introducción a la Filosofía del Derecho”*. En las conclusiones, en lo que al sistema jurídico, es que surge a partir del tránsito la modernidad, se refiere, es que existe una conexión entre ambos fenómenos. y que a partir de Bodino: *“Los Seis libros de la República”*, se empieza a teorizar sobre esa realidad, situando a la producción normativa como primera función del poder que se denomina soberano. Frente a este modelo, el medieval está representado por un pluralismo de poderes - poliarquía- entre la Iglesia. el Imperio, los señores feudales, las corporaciones, o la naciente burguesía de las ciudades, y el Derecho, consecuencia de esa situación, está igualmente dividido, con un pluralismo de fuentes, y con una idea de lo jurídico, de origen aristotélico. Y concluye en esa especie de introducción, que al no existir monopolio en el uso de la fuerza legítima no hay un referente unitario que permita construir una idea sistemática de Derecho ni atribuir al poder una función central en su génesis.

Por otra parte, hace mención a la concepción iusnaturalista racionalista, que sucede al ius naturalismo tomista medieval, no considera al Derecho sólo como expresión del poder, ni como expresión de la voluntad divina, y que como todo iusnaturalismo es dualista y considera dos realidades jurídicas, el Derecho natural y el Derecho positivo. el segundo teóricamente subordinado al primero.

Sin embargo varios elementos de esta cultura jurídica de los siglos XVI a XVIII van a reforzar la creencia en una muy directa relación entre poder y Derecho. En primer lugar la señalada unificación del poder, con la construcción de la noción de soberanía y con la atribución a ésta de la creación de normas jurídicas. En segundo lugar la debilidad de la construcción del ius naturalismo racionalista, y de la aplicación del método matemático con la existencia de una norma básica material de la que se deduce el resto del sistema de Derecho

natural, por la incapacidad de las distintas construcciones teóricas sobre cuál sea la identidad de esa norma, y por la pluralidad de respuestas a la misma. En tercer lugar, por la falta de eficacia social de las normas del llamado Derecho natural que necesitan del positivo para implantarse, lo que reconocen incluso los autores iusnaturalistas como Pufendorf. Finalmente la ideología ius naturalista moderna comprende casi siempre, una concepción contractualista para explicar el origen de la sociedad y del poder, lo que favorece asimismo la conexión directa entre Derecho y poder. Y concluye señalando Peces Barba que en definitiva el ius naturalismo racionalista no es antitético con las concepciones del poder estatal soberano creador del Derecho, sino que contribuye a reforzarlo y a justificarlo.

Por otro lado, para Peces Barba, encontramos entre las concepciones políticas, sociales y jurídicas distintas formas de entender la relación, y también de negarla a lo largo de la historia. Podemos señalar las siguientes:

- .Supremacía del poder sobre el Derecho;
- .Supremacía del Derecho sobre el poder;
- .Identificación entre poder y Derecho con negación, a veces, de uno de los dos, separación entre poder y Derecho, o relación de coordinación o de integración entre poder y Derecho.

Estos diversos paradigmas aparecen muchas veces mezclados a lo largo de la historia, se pueden, a su vez, desmenuzar en otros múltiples, formados por varios de ellos, y se construyen también desde plataformas y puntos de vista heterogéneos, tanto desde la filosofía política, jurídica o moral, *como* desde concepciones científicas, e incluso a veces se adoptan uno u otro, de una manera implícita sin asumir una posición, ni intervenir con propuestas concretas en el debate teórico.

En la actualidad, el poder, que es fuerza más consenso en unos valores que asume y recibe de la moralidad, crea y sostiene un sistema normativo al que transmite una dimensión coactiva con la fuerza para que sea eficaz, y una dimensión de aceptación colectiva con el consenso en los valores políticos que a través de los principios de organización y de los derechos fundamentales, transforma en valores jurídicos. A su vez el Derecho con esos contenidos

utiliza, en gran parte, su capacidad normativa para regular el uso de la fuerza, que es una de las dos vertientes del poder. También regulará los efectos jurídicos de esos valores políticos, convirtiéndolos en valores jurídicos y norma básica material del Ordenamiento, y se beneficiará del consenso que sostiene al poder, para facilitar y favorecer el consenso en el Derecho que produce su eficacia.

Este es el modelo de relación entre poder y Derecho que puede superar la posible dificultad de la relación entre voluntad y norma, entre ser y deber ser. El poder, no es una simple realidad social, no es un hecho, sino que a través de las personas y de su deliberación racional por los mecanismos de formación de la voluntad asume valores morales, que están en el mundo del deber ser y que son los que pretende realizar eficazmente a través del Derecho en nuestro modelo como derechos fundamentales y como principios de organización. Esta coordinación que define correctamente al sistema político y jurídico en el que surgen y se consolidan los derechos fundamentales, supone lo siguiente:

- a)** No existe jerarquía ni superioridad de uno sobre otro, sino un equilibrio y una vinculación correlativa.
- b)** Se rechazan los reduccionismos analizado atribuibles a Schmitt y a Kelsen.
- c)** El Derecho como expresión de una norma y el poder de una voluntad referida a valores no se contraponen, sino que se comunican y se integran.
- d)** El poder crea en última instancia al Derecho positivo, pero éste configura al poder como poder jurídico. (Que lo limita y lo organiza).
- e)** La moralidad que asume el poder se traslada al Derecho positivo. En el caso que nos ocupa la moralidad de la libertad, de la igualdad, de la seguridad jurídica y de la solidaridad, valores del sistema jurídico se convierten en norma básica material del ordenamiento. En este tema Heller, aunque en la misma línea, hablará en lugar de moralidad, de «principios jurídicos suprapositivos».

En definitiva, estima el suscrito que en Peces Barba, la constitucionalidad de las normas constitucionales, reposan en alinearse o no a los macro principios de: Libertad, igualdad, seguridad jurídica, y solidaridad,

5.6.- LAS CONSTITUCIONES PERUANAS Y LA TUTELA A LOS DERECHOS DE AUTOR.

En la Historia jurídica peruana, verificamos que las Constituciones Peruanas, salvo las dos últimas, son Constituciones Normativas (1979, y 1993), toda vez que involucran derechos y normas referentes a la seguridad jurídica y libertad, y se expresan de manera eficaz y eficiente; esto fluye del análisis que de ellas hacemos en base a los libros del constitucionalista más influyente de nuestros días Domingo García Belaúnde, publicada en coautoría con Walter Gutiérrez Camacho: "Las Constituciones del Perú"⁴⁷, y del mayor historiador del Constitucionalismo peruano el maestro sanmarquino Juan Vicente Ugarte del Pino la "Historia de las Constituciones del Perú"⁴⁸, características expuestas que nos permitirá comprender con mayor alcance el tema de estudio.

El primer síntoma político libertario del Perú, se vivió hacia 1810 cuando se establece la Constituyente que dictará la **Constitución de Cádiz de 1812**. El Poder de la Corona Española, en época de Fernando VII, había entrado en un franco proceso de crisis. Cautivo de los franceses, un poder concentrado y centralizado, acéfalo, no tenía funcionamiento. Los Criollos, en Cádiz por primera vez experimentan que sus demandas políticas podían ser escuchadas y satisfechas, además esas demandas son declaradas con inspiración de las ideas liberales de moda en aquellos tiempos. Desde aquella Constitución, en el Perú rigieron las Cartas Magnas, siguientes:

Estatuto Provisorio (08 de Octubre de 1821)

La Constitución de 1823

La Carta de 1826, (llamada vitalicia y que nació muerta porque no rigió),

La Constitución de 1828,

La Constitución de 1834

⁴⁷ **GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter:** "Las Constituciones del Perú".- Edición Oficial, Ministerio de Justicia. Lima 1993.

⁴⁸ **UGARTE DEL PINO, Juan Vicente:** "Historia de las Constituciones del Perú" Editorial Andina. Lima 1978.

La Constitución de 1836 (Constitución Política de la Confederación Perú Boliviana: Constitución del Estado Sud-Peruano)

La Constitución de 1836 (Constitución Política de la Confederación Perú-Boliviana: Constitución del Estado Nor-Peruano)

La Constitución de 1836 (Constitución Política de la Confederación Perú-Boliviana: Decreto del 28 de octubre de 1836. Establecimiento de la Confederación Perú-Boliviana)

La Constitución de 1837 (Constitución Política de la Confederación Perú-Boliviana: Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana)

La Constitución del año 1839

Constitución de 1856

La Constitución de 1860

La Constitución de 1867

La Constitución de 1920

La Constitución de 1933

La Constitución de 1979

La Constitución de 1993

Nuestras Constituciones Republicanas, fueron nominales o semánticas, y dicha cualidad caracterizo al Constitucionalismo, hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Cinco Constituciones peruanas han regulado los Derechos de Autor, o como comprendido en un concepto mayor, la Propiedad Intelectual, y en seguida las mencionaremos.

5.6.1.- CONSTITUCIÓN DE 1823.

De las Constituciones peruanas mencionadas, **la primera Constitución del Perú del 12 de noviembre de 1823**, reconoció y declaró la inviolabilidad de la Propiedad Intelectual.

Capítulo II. Educación Pública, que a la letra dice:

“Artículo 182.- La Constitución garantiza este derecho.

4. Por el ejercicio libre de la imprenta que arreglará una ley particular

5. Por la inviolabilidad de las propiedades intelectuales”

Capítulo V. Garantías Constitucionales.

"Artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e inviolables de las personas en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

7. La libertad de imprenta en conformidad con la ley que la arregle".

5.6.2.- CONSTITUCIÓN DE 1920.

En su Título IV, indica:

"Artículo 38.- La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria o artística (...)".

5.6.3.- CONSTITUCIÓN DE 1933.

También incorpora como Derechos de la persona el Derecho a la Propiedad Intelectual, en su :

"Artículo 30.- El Estado garantiza y protege los derechos de los autores e inventores. La ley regulará su ejercicio".

5.6.4.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979.

Prescribe:

**"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
6.- A la libertad de creación intelectual, artística y científica. El Estado propicia el acceso a la cultura y la difusión de ésta".**

5.6.5.- CONSTITUCIÓN DE 1993.

Por su parte, la Carta Magna vigente tutela el Derecho materia de estudio, en:

**"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:
8.- A la libertad de creación intelectual, artística, técnicas y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión".**

5.7.- LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EL DERECHO PENAL.

Después de la segunda guerra mundial, y escandalizados por los horrores de la guerra, y la posición claudicante del Derecho, en la medida que las normas de mayor rango sólo constituían meras declaraciones formales, nace una fuerte corriente llamada Neo constitucionalista, que entre otras cosas concibe el ordenamiento jurídico como un sistema dinámico, en el que el primer nivel, o nivel superior, marca la pauta a todo el sistema. Está

corriente de pensamiento, obligará a los especialistas de las diversas ramas del Derecho, a estudiar el Derecho Constitucional, y tener explícito los alcances de éste Derecho en su especialidad.

El desarrollo de los alcances del Derecho Constitucional en el Derecho Penal, ha tenido dos auspicios, una primera motivación dada por la misma Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en este sentido, dispone en su artículo 5: *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*. De esta manera, no es admisible que el Derecho Penal sea convertido simplemente en una herramienta de venganza, el Derecho Punitivo deberá limitar la violencia del delito, y en consonancia con ello deberá limitar la violencia de la reacción a éste desde el Estado. Este instrumento tendrá posteriores desarrollos, y una importancia inconmensurable en la dogmática, y en los desarrollos legislativos. Asimismo, desde la dogmática es digno de mención la corriente garantista, con Luigi Ferrajoli de mentor intelectual, y un desarrollo sistemático y profundo, que bien se podría resumir en la idea de la ley del más débil, que en el momento del delito es quien resulta ofendido (la víctima) y en el momento de la respuesta penal es quien ha cometido el delito (el delincuente)⁴⁹.

En el Perú, la vigente Constitución de 1993, introduce una serie de principios en el orden penal y procesal, consagra el Principio de Legalidad, en el **Artículo 2º**, Numeral **24**, literal **d**, cuando prescribe que: *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”*, y en el **Artículo 139º**, que tiene 22 numerales, constituyendo **Principios reguladores del control penal, o normas rectoras, o fundamentales de nivel constitucional**.

El cabal entendimiento de los fundamentos y fines del Derecho penal en general (tanto el derecho penal objetivo como el adjetivo y el de ejecución), parte del estudio de los principios básicos que lo sustentan, es decir, de

⁴⁹ **FERRAJOLI, Luigi**. *“Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”*. Madrid 2001 (España). Editorial Trotta. p. 335.

aquellos enunciados o conceptos jurídico-penales fundamentales, que sirven de fuente a la normatividad. En tal sentido, se constituyen en las ideas básicas, nucleares, originales que sirven de sustento y dirigen la creación, aplicación, ejecución de las normas punitivas.

Estos principios revisten una característica universal, independientemente de que las legislaciones las asimilen a su normatividad positiva expresamente, ellas tienen vigencia. Si bien, en el Perú expresamente se consagra el Principio de Legalidad, sin embargo estos Principios aludidos, y que analizares en líneas más adelante, encuentra sustento constitucional en los Artículos 3º y 139º Numeral 8 de la Carta Magna vigente.

Es pertinente mencionar que con acertada técnica, el legislador penal peruano, ha recogido muchos de estos principios y los han convertido en enunciados normativos en el Título Preliminar de nuestro Código Penal de 1991. Entre los principios rectores, matrices más importantes tenemos:

5.7.1.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Es un principio fundamental del Derecho Público, comprendiendo en Derecho Público al Derecho Constitucional, conforme al cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción. Por esta razón se argumenta que el Principio de Legalidad asegura la Seguridad Jurídica. Se podría decir que el Principio de Legalidad es la regla de oro del Derecho Público y con tal carácter actúa como parámetro para identificar que un Estado es un Estado Constitucional de Derecho, pues en él el Poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas. La conceptualización de este principio, reviste los siguientes presupuestos:

- a) Legalidad del hecho punible: descripción previa y específica en la ley penal.
- b) Legalidad de la pena: A nadie se puede imponer sanción penal alguna, si ella no se encontraba previa y plenamente determinada en la ley.
- c) Legalidad de la medida de seguridad: sólo se someter a las medidas de seguridad predeterminadas en la ley.

d) Legalidad del proceso: El moderno concepto del debido proceso, informa la necesidad y obligatoriedad de la observancia irrestricta de la normatividad procesal.

e) Legalidad de la ejecución de pena: La ejecución de la pena debe observar los parámetros legales de ejecución penal.

En íntima conexión con este Principio la Institución de la “**Reserva de Ley**” obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver con la intervención del Poder Público en la esfera de derechos del individuo. Por lo tanto, son materias vedadas al Reglamento y a la normativa emanada por el Poder Ejecutivo. La Reserva de Ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder Legislativo, la ley penal debe obedecer a una política criminal determinada, refleja doctrina liberal de la separación de poderes. Recibe un tratamiento dogmático especial y enfático en el Derecho Administrativo, el Derecho Tributario y el Derecho Penal.

El Principio de Legalidad en el Derecho Penal.- Tiene vigencia respecto del Derecho Penal en General (sustantivo, adjetivo, y de ejecución), por lo que incide sus alcances en los delitos y las penas. Históricamente es una postura originariamente defendida no con mucha claridad por el celebre **Beccaria**. Posteriormente, con mayor fundamento **Paul Johann Anselm Von Feuerbach** estableció este principio en materia de Derecho Penal en base al aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*, es decir, para que una conducta sea calificada como delito debe ser descrita de tal manera con anterioridad a la realización de esa conducta, y el castigo impuesto debe estar especificado también de manera previa por la ley. La legalidad penal es entonces un límite a la potestad punitiva del estado, en el sentido que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión del delito.

En el **Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre**, que fue el primer "paso legislativo", en el Perú, en materia penal y cuyo autor se inspiró en las obras de Beccaria, Rousseau, Montesquieu, Locke, no figura

expresamente el Principio de Legalidad; sin embargo sus disposiciones lo presuponen. Como ejemplo basta citar la disposición 34 que estatuye: "*Toda acusación deberá contener la ley que se ha quebrantado*".

En el **Código Penal de 1863**, figura en el Artículo 1º, cuya fuente inmediata es el Código Penal Español de 1848-50. Según esta disposición: "*Las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas*". En los tres primeros artículos del **Código Penal de 1924**, se regulaban los diversos aspectos del principio de legalidad. Según el codificador "el principio de libertad civil debe dominar toda la legislación. En materia penal este principio es la garantía de la seguridad de las personas, proclamada como una de las conquistas más fecundas de la Revolución Francesa. Los actos de los hombres no pueden ser considerados ilícitos ni determinar acciones represivas sino en los casos previa y taxativamente establecidos en la ley".

Tenemos, por otro lado, que **Franz von Listz** calificó a la Ley Penal como la "Carta Magna del delincuente", debido a que consideró que el Principio de Legalidad hace de ella no sólo la fuente del derecho a castigar, sino, también, su límite; no sólo garantiza la defensa de los ciudadanos ante los criminales, sino también a éstos frente al poder del Estado. Por su parte **Beling** culmina su teoría del tipo legal con la afirmación de que "no hay delito sin tipo legal". Son interesantes las explicaciones desde la Teoría General del Derecho, las apreciaciones del jurista **Von Wright** sobre el Principio de la Legalidad en relación al problema de la "naturaleza del premio". En su opinión el principio establece, al afirmar "no hay pena sin ley", que cualquier acción que no está prohibida dentro del ámbito de un determinado orden (sistema, jerarquía) normativo está permitida dentro de él. Según él, se trata de una norma permisiva con contenido peculiar, consistente en la "suma total" de todos los actos y abstenciones que no estén ya prohibidos. De esta manera, conforme este autor, se cierra el orden normativo, y ello es debido a que si no puede prohibirse (o mandarse), sin contradicción, hacer y omitir un mismo hecho, ambas opciones pueden perfectamente permitirse Alchourón y Bulygin esclarecen la concepción de Von Wright y dicen que la regla de clausura podría enunciarse diciendo: "Todo lo que no está penalmente prohibido, está

penalmente permitido". Por esta razón, es procedente afirmar que una vez admitido el Principio de Legalidad, la alternativa entre el argumento autoritario de que "está prohibido lo que el legislador no ha declarado expresamente permitido", y el liberal de que "está permitido lo que el legislador no ha declarado expresamente prohibido", se resuelve en favor del último, sin lugar a dudas.

El Principio de Legalidad y Tipicidad.- En relación a la actividad preliminar, esto es, a la actividad que supone el ejercicio de la acción penal. Resulta que se recibe un mensaje del Principio de Legalidad contenido en el **Artículo 2, Inciso 24 literal d**, de la Constitución. En este sentido, por ejemplo el Fiscal no podría Formalizar Denuncia a una persona, es decir imputar un delito y, requerir el accionar del aparato judicial a través del Auto apertorio de Instrucción, para que dé inicio a un proceso judicial penal, si es que la persona no hubiera incurrido en un acto u omisión que al tiempo de cometerse u omitirse no estuviera previamente calificado por la Ley como Delito, de manera expresa e inequívoca. El Principio de Legalidad tiene en definitiva dos aspectos:

1.- No se puede incriminar la acción que no se encuentra expresamente incriminada en la ley, aunque se trate de un hecho antisocial.

2.- Sólo se puede incriminar la acción legalmente incriminada aunque no sea socialmente peligrosa.

La Tipicidad pertenece a la conducta humana, Zaffaroni define:

*"La característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizado por un tipo penal"*⁵⁰

Para Juan Marcone Tipicidad :

*"Es esa conformidad de la conducta a aquella imagen directriz trazada en la Ley (...) es la adecuación objetiva, externa de la conducta a la descripción Legal"*⁵¹

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual de Derecho Penal. Parte General I" Ediciones Jurídicas. Lima Perú 1998. p. 455.

Exigencia Constitucional Derivadas del Principio de Legalidad.- La doctrina viene definiéndola como Lex scripta, lex stricta, y lex praevia. A continuación fundamentamos dichas exigencias:

- **LEX SCRIPTA.-** La exigencia guarda relación directa con la definición de las fuentes del derecho Penal, el mismo solo puede ser materia de una labor legislativa a cargo del poder legislativo. No obstante la trascendencia de la fuente legislativa, los Decretos Legislativos constituyen también fuente de creación del Derecho Penal, y en idéntico nivel ubicamos a los Decretos Leyes, así como a los Decretos de Urgencia (respecto a éstos últimos en tanto tengan que ver con conductas penales en el ámbito económico financiero).

- **LEX STRICTA.-** Permite hacer eficaz el Principio de Legalidad, aquella exigencia identificada como lex stricta, según el cual solo cabe aplicar la norma penal a los supuestos de la realidad que sean subsumidos bajo la descripción legal contenida en el tipo penal. El requisito de lex stricta impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía in malam partem). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado “mandato de determinación”, que exige la que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. En tal sentido la máxima expresión del Principio de Legalidad viene a través del llamado Principio de tipicidad. Exigencia de exactitud normativa, y cuenta con doble faceta.

a) Descripción de la conducta desvalorada normativamente.- Por ello, la norma penal debe ser Lex Certa porque la conducta materia de punibilidad (como la pena que deba imponerse) ha de estar perfectamente determinada a través de la norma penal. Se exige que la calificación legal de la conducta punible sea de “manera expresa e inequívoca”, ello obliga a

⁵¹ **MARCONE MORELLO, Juan:** “Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares”. Tomo 3. AFA Editores S.A. Lima - Perú 1995. p. 1943.

que la labor legislativa en el momento de realizar la descripción de la conducta objeto de desvaloración, proceda de forma clara y precisa.

b) Descripción de la pena normativamente.- La exigencia derivada del Lex certa no sólo se plantea en referencia a la definición de la conducta típica, sino también de la determinación de la pena con que ésta se sanciona, hay exigencia constitucional: “Nadie podrá ser sancionado con pena no prevista en la ley”. Cabe mencionar que el Tribunal Constitucional, después de haber declarado inconstitucional el Decreto Legislativo N° 895, en el extremo que determinaba como duración máxima de la pena privativa de libertad los 35 años, generó un vacío legal, toda vez que determino en su sentencia del 03 de enero del 2004 Exp. N° 010-2004-AI/TC, Caso Marcelino Tineo y mas de 5,000 ciudadanos, F.J 203, 204, y 205; en relación a la legislación antiterrorista la inconstitucionalidad no sólo de las normas a los que directamente se refería dicha resolución (Artículos 2º, 3º, Literal b y c, 4º, y 5º del Decreto Ley N° 25475), sino a todas las que establecen “un plazo mínimo de pena, mas no fijan una plazo máximo, por lo cual resulta el plazo máximo de la pena indeterminado”.

- **LEX PRAEVIA.-** Aparece vinculado directamente a la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, que deriva la prescripción del literal d) del Art. 2º, Numeral 24, que dice que la norma penal no podrá aplicarse a supuestos que “a tiempo de cometerse” no estaban previamente calificados como delitos por la ley”.

Constitucionalmente no se regula más en dicha fuente, pero sí hay desarrollo legislativo en el Código Penal, en los Artículos 6º, 7º, y 8º, por lo que se da acogida expresa a *la prohibición de retroactividad de la ley penal*, aunque también se dispone algunas excepciones a dicha regla general, en tanto la aplicación penal retroactiva resulte lo mas favorable para el inculpaado, ésta es la excepción.

5.7.2.- PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA.

En el derecho penal tiene vigencia respecto de los delitos y las penas, la postura sustentada por el celebre penalista argentino: Julio B. J. Mayer. La Imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defender eficientemente pues permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídica penal Ella nos puede reposar en una atribución mas o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y muchos menos en una abstracción acudiendo al nombre de la infracción, sino que por el contrario debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa, circunstanciada de un hecho concreto, singular de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento que se supone real, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y le proporcionan su materialidad concreta”⁵²

Requisitos del Principio de Imputación Necesaria.- Son tres, uno desde el punto de vista fáctico, otro del Lingüístico, un tercero del jurídico.

a) Requisitos fácticos.- El artículo 77º del Código de Procedimientos Penales, establece como uno de los requisitos del auto de apertura de instrucción, y por extensión a la denuncia fiscal que alberga la imputación que: "El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados (...), en que se funda la imputación (...) que se atribuyen al denunciado", exigencia contenida en el Artículo 336º del Nuevo Código Procesal Penal, para la Formalización de la Investigación Preparatoria. El requisito fáctico del principio de imputación necesaria debe ser entendido como la exigencia de un relato circunstanciado y preciso de los hechos con relevancia penal que se atribuyen a una persona. Por ello, la imputación o la entrega de hechos que formaliza el fiscal ante órgano jurisdiccional para la

⁵² **MAYER, Julio B. J. :** “*Derecho Procesal Penal Argentino*” Buenos Aires 2000. Editorial del Puerto. . Volumen I. pp. 317 y 318 p.

calificación jurídica de la denuncia debe ser efectuada de manera precisa y de la manera más minuciosa que sea posible. Quiere decir que, ha de describirse el hecho denunciado en su aspecto esencial, que desde la perspectiva fiscal posee relevancia penal. Conviene precisar que el cumplimiento del principio de imputación necesaria, implica respetar lo más escrupulosamente posible los elementos estructurales del tipo penal. Por lo tanto, debe cumplirse con las exigencias del tipo objetivo describiéndose sus elementos como la precisión del: a) autor ó participe; b) comportamiento (acción u omisión); c) resultado (lesión o puesta en peligro) d) la relación de causalidad o la imputación objetiva cuando, sea posible establecerla.

También, por mandato del principio de imputación necesaria, debe cumplirse con describir el elemento subjetivo del tipo penal, ya sea dolo o culpa. En el caso del dolo ha de enfatizarse que, ya se considere al dolo como un hecho, o como una imputación, se debe establecer la necesaria precisión del presunto y/o probable conocimiento que tuvo la persona del riesgo típicamente relevante en la situación concreta.

La descripción del hecho debe abarcar la precisión, mas acabada posible del comportamiento del imputado, según un tipo penal concreto y en el que necesariamente se debe comprender el resultado y la concreta conducta humana (acción u omisión) que lo provoca o la causa. Se considera irrelevante, si la imputación comienza con la acción o con el resultado. Lo relevante es que se consigne ambos extremos. Si bien la presencia del resultado puede inferirse de la imputación concreta –así, el perjuicio en la estafa, muerte en el homicidio-, es indispensable que la acción y omisión que se atribuye a una persona se encuentre lo suficientemente detallada y explicita. Entonces, han de incorporarse la correspondiente clase de comportamiento típico (acción u omisión), su delimitación temporal (cuando se realiza, fecha, día y de ser posible la hora); el modo de ejecución. En caso de pluralidad de imputaciones o de imputados se precisa cada hecho y su correspondiente calificación jurídica (imputación individualizada) .

El principio de imputación necesaria demanda que todas y cada una de las imputaciones planteadas se encuentren completas y suficientemente circunstanciada con el fin de garantizar el derecho de defensa. Es necesario una motivación individualizada. Ante cada delito que se imputa y se denuncia debe necesariamente cumplir con la exigencia de un relato fáctico preciso y circunstanciado. Al respecto no hay excepción alguna. Asimismo, la problemática de la variedad de imputaciones o de imputados tiene su correlato en la necesidad de que se cumpla con el deber constitucional de motivación individualizada de las resoluciones estatales en la que se afectan, en general, derechos fundamentales. Dicho deber se extiende también de modo inexorable a las actuaciones del Ministerio Público, en la medida que ninguna autoridad estatal, al momento de aplicar ellos se escape al deber de motivar y explicar las razones de su decisión. La exigencia de motivación individualizada nace de la consagración constitucional (Artículo 1º de la Constitución) y legal de que la responsabilidad penal es personal e intransferible (art. VII del Título Preliminar del Código Penal) y no como solidaria como por ejemplo ocurre con la legislación civil (reparación civil solidaria).

b) Requisitos Lingüístico.- Que en caso de pluralidad de imputados se describir de manera adecuada cada una de las acciones con presunta relevancia penal y su correspondiente nivel de intervención, sea como autor o participe

Junto al deber de motivación individualizada de cada imputación es necesario que el acto de imputación se establezca desde el punto de vista jurídico – penal, el concreto y específico nivel de autoría o participación penal de cada persona interviniente en el hecho.

En efecto, la necesidad de individualización requiere, como la ley misma establece, que se especifique y valore de manera adecuada el concreto nivel de intervención en el hecho imputado, sea como autor o participe, en cualquiera de sus modalidades, autor directo, autor mediato o coautor; o si se trata de una de las formas de participación criminal: instigación o complicidad, cada asignación de un hecho debe ir precedido de la valoración y/o calificación del aporte. No es suficiente con cumplir con la exigencia de circunstanciar de modo preciso un hecho y atribuirlo a una determinada persona, es necesario

que se establezca, aun cuando se realice de modo provisional, una calificación y/o imputación acerca de si se le atribuye una concreta modalidad de autor.

Por lo tanto, el principio de imputación necesaria no solo debe cumplir con describir el hecho, la específica modalidad de la conducta, ó ante pluralidad de imputaciones o imputados precisar cada uno de sus aportes, sino que debe necesariamente cumplir con establecer la distinción entre los autores (los que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional) y los, partícipes, cómplices o instigadores, que lesionan al bien jurídico.

C) Requisitos jurídicos.- La necesaria precisión del hecho individual debe ir acompañada de la valoración jurídica de cada aporte, pues no todos hacen lo mismo ni todos tienen el mismo grado de responsabilidad. La necesidad de establecer una concreta y específica imputación, en cualquiera de las modalidades típicas de autor o partícipe, no es una exigencia ni un reclamo dogmático procesal, sino que es un imperativo que deriva de la propia vigencia del principio de legalidad de los delitos y la propia estructura y organización de las reglas de autoría y participación que en nuestro Derecho Penal se decantan por un sistema diferenciado de autor y no por un sistema unitario de autor (art. 23, 24 y 25 del CP).

En efecto, la no vinculación del principio de imputación necesaria con las reglas de autoría y participación solo tendría pleno sentido en la medida que el ordenamiento jurídico peruano consagrara un sistema unitario de autor y no un sistema diferenciado en el que desde el punto de vista jurídico se distinguen los aportes, entre autores y partícipes. La posible objeción de que en nuestro sistema legal al autor directo, autor mediato, coautor, instigador ó cómplice primario se asigna la misma pena carece de sentido cuando se recuerda que dichas formas de intervención comparten entre si solo el mismo marco abstracto de pena, pero no el mismo marco concreto de pena. Incluso, se recuerda que si algún sentido posee la diferenciación entre autores y partícipes desde la perspectiva de justicia material es justamente plantear la distinción en cuanto al tratamiento penológico.

La Imputación Necesaria y la violación del Derecho de la Presunción de Inocencia.

El estado de inocencia es un derecho natural, tal como el derecho a la igualdad, del que estamos premunidos todos los ciudadanos desde antes de la formación del Estado y que nos sirve como una coraza ante innumerables situaciones que pondrían en riesgo nuestra libertad y otros derechos civiles y políticos; la libertad se mella cuando fácilmente se dicta una restricción de ella en un proceso sin mayores y suficientes pruebas de responsabilidad, por ello, lo debe contrarrestar el derecho al estado de inocencia poniendo una valla alta para que proceda tal restricción, no siendo suficiente una presunción de inocencia sino un estado continuo de inocencia; un derecho civil se vería afectado al no existir este derecho y solo en su lugar la presunción de inocencia que no es suficiente pues tenemos como ejemplo el caso que para postular a un cargo publico de magistrado, según la Ley Orgánica del Poder Judicial, regulado por el Decreto Legislativo N° 767 (0412/1991), Texto Unico Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, del 02-06-93; **“Artículo 180°.- Son requisitos comunes para ser Magistrado: (...) 6.- No haber sido condenado ni hallarse procesado por delito doloso común”**; es decir es uno de los requisitos para acceder a dicho cargo no hallarse procesado por delito doloso común, desconociéndose con dicha disposición el derecho a ser considerado inocente; en ese mismo orden de ideas, un derecho político se ve afectado al no permitirse la postulación a un cargo publico al tener proceso penal en curso como ocurría con la regulación de la **Ley Orgánica de Elecciones, Ley N° 26859 del 01/10/1997**, en el **“Artículo 107.- No pueden postular a la Presidencia o Vicepresidencias de la República: (...) F. Quienes hayan ejercido los cargos públicos de: Presidente o Vicepresidente de la República; Representante ante el Congreso de la República, Ministro o Viceministro de Estado; Contralor General; autoridad regional; miembro del Tribunal Constitucional, del Poder Judicial, del Ministerio Público o del Jurado Nacional de Elecciones; Defensor del Pueblo; Presidente del Banco Central de Reserva; Superintendente de Banca y Seguros; Superintendente de Administración Tributaria; Superintendente Nacional de Aduanas y**

Superintendente de Administradoras de Fondos Privados de Pensiones que se encuentren comprendidos en proceso penal por delito cometido en agravio del Estado, con acusación fiscal o mandato de detención”; literal o inciso de la norma que se encuentra derogado por mandato del Artículo 1º de la Ley N° 27376, publicada el 07-12-2000.

Importancia del Derecho de Inocencia

En el ámbito del Derecho Constitucional, Penal y Procesal Penal Nacional, el derecho al estado de inocencia y no solo el derecho a la Presunción de Inocencia; a fin que las personas no se vean perjudicadas por regulaciones normativas que desconocen este derecho de raigambre constitucional e internacional y puedan ejercer libremente y sin desigualdad sus derechos civiles y políticos hasta constitucionales; así como lograr una legislación nacional respetuosa, coherente y observadora de este derecho. Permitirá depurar las normas aun existentes que reglan situaciones teniendo en cuenta la condición de procesada de las personas. Además permitirá evitar el perjuicio civil, social, político, económico, procesal y otros que causa los procesos penales, cuando eventualmente cesan por prescripción, pero deja la impresión de culpabilidad en el público que conoce del proceso. La presunción de inocencia no habría servido de nada y se tornaría en una presunción de culpabilidad perpetua que podría cargarse por generaciones, pues la persona queda ante el público con la honra mancillada, siendo objeto de la sorna y diatriba del público, lo que afecta derechos constitucionales y civiles como la Imagen, el honor y la reputación. Siendo patente que es mejor reconocer y regular el derecho natural a la inocencia que la presunción de inocencia.

Por el lado del tribunal Constitucional, se ha referido al estado de inocencia en el expediente N° 00728-2008-PHC/TC “36 (...) Por el Derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinara si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente:...”. de allí que resulta más imperioso exigir a las autoridades que esa inocencia no sea solo presunta sino clara y sencillamente un ESTADO NATURAL DE INOCENCIA incólume y

no mellada por una denuncia o un proceso y así debe mantenerse para todos los efectos jurídicos y no producir daños jurídicos y procesales como no permitir ejercer derechos por el hecho de encontrarse simplemente denunciado o procesado o sentenciado, como señalan algunas normas, sino exigirse una sentencia con autoridad de cosa juzgada.

5.7.3.- PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Supone una limitación al poder normativo penal del Estado, pues no es posible la creación de leyes que no sean generales, es decir, dirigidas a todos los ciudadanos, y que contemplen a los iguales como tales y otorguen un tratamiento diferente a los desiguales. El principio de igualdad no supone otorgar a todos un trato uniforme, sino no discriminatorio. Y la no discriminación no es otra cosa que la justificación del trato.

5.7.4.- PRINCIPIO DE TIPICIDAD OBJETIVA.

Este principio guarda estrecha relación con el de legalidad. Si bien se puede decir que coinciden, lo evidente es que éste apunta más allá de la mera descripción previa. Exige la necesidad de fijar, en cada estructuración típica, todos los elementos que deben acompañar al comportamiento punible. Así, el tipo debe establecer nítidamente los sujetos activos y pasivos, la acción u omisión, el objeto jurídico y los aspectos materiales y subjetivos. Legalidad y tipicidad objetiva exigen que la descripción sea previa, expresa e inequívoca.

5.7.5.- PRINCIPIO DE MATERIALIDAD.

La sola intención o idea criminal, no genera reproche ni pena (*nemo cogitationem poenam patitur*), de donde se deduce que, para que el pensamiento delictivo sea punible debe ser exteriorizado. El comportamiento, entonces, requiere de una objetiva corporeidad, debe ser perceptible sensorialmente. Por ello se afirma que "...El hecho material es la base primaria e imprescindible de todo juicio de desvalor penal".

5.7.6.- PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD O LESIVIDAD.

En virtud de este principio se establece que, para imputar como punible una conducta, no basta su sola realización material. Es menester, entre otros elementos, la real causación de daño o creación de riesgo para el bien jurídico protegido (nullum crimen sine injuria). Materialidad y lesividad u ofensividad equivalen al llamado también principio de "Antijuricidad Material". Pero no sólo la dignidad formal es necesaria para afirmar el principio de ofensividad, también es necesario atender a su concepción material: ha de tratarse de un valor asumido socialmente, susceptible de ataque y destrucción; esto es, de ser lesionado o puesto en peligro gravemente, y necesitado de tutela penal.

5.7.7.- PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Constituye garantía fundamental del Derecho Penal, el que la respuesta coercitiva, producto de la conducta infractora, sea dirigida directamente al sujeto responsable, quien sólo ha de pagar por su acto, quedando descartado, por principio de personalidad de las penas, que éste pueda ser sancionado por delitos ajenos (el esposo o el padre que puede sacrificarse, aceptando la consecuencia de la acción delictiva de su esposa o de su hijo).

Sólo puede reprimirse conductas infractoras de la norma y nunca formas de ser del sujeto o personalidades, creencias, valores, opiniones, que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar (principio de responsabilidad por el hecho).

El principio de culpabilidad se basa en la concurrencia de los siguientes sub principios:

5.7.7.1.- EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL ACTO O ACCIÓN.

Informa que lo que verdaderamente trasciende al campo penal es el reproche del comportamiento desviado y trasgresor del agente, quien sólo debe responder por su acto. Sólo puede reprimirse conductas infractoras de la norma y nunca formas de ser del sujeto o personalidades, creencias, valores, opiniones.

Así, el principio de responsabilidad por el acto (sea comisivo u omisivo), privilegia y fundamenta el denominado "derecho penal de acto" desechando el

“derecho penal de autor” (el objeto del reproche penal debe circunscribirse exclusivamente a la manifestación objetiva del hecho). Por tanto, este principio se relaciona estrechamente con los de tipicidad objetiva, lesividad, materialidad y legalidad, que en el caso peruano, se encuentra consagrado constitucionalmente en el Art. 2, Inc. 24, letra d), de nuestra Constitución: “Nadie será procesado ni condenado por “acto u omisión” que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

5.7.7.2.- EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA.

Obliga a que el reproche penal, fundamento de la imputación, debe basarse en la apreciación no sólo de un acto objetivo lesivo y trasgresor, sino que fundamentalmente, el hecho se haya verificado mediante un comportamiento doloso o culposo.

Una de las exigencias que conlleva el principio de culpabilidad, a nivel de presupuestos de la pena, se refiere a la imposibilidad de responsabilizar por su acción a quien ha actuado sin dolo ni culpa: nadie puede ser castigado sino por las consecuencias queridas (dolosas) o previsibles (imprudentes) de sus propios actos. Esta exigencia, que algunos autores denominan con acierto “principio de responsabilidad subjetiva”, merece una consideración detallada por su importante trascendencia práctica.

5.7.7.3.- EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL.

Que se relaciona estrechamente con la característica personalísima del Derecho penal, que como ya ha quedado establecido, rechaza toda posibilidad de adscribir responsabilidad penal a quien no sea el autor del hecho o conducta delictiva. Se rechaza así la posibilidad de imputar responsabilidad por conexiones familiares, por herencia, por simpatía al hecho o cuando no es posible identificar al autor, por ejemplo, en el contexto de un hecho tumultuario (como lo era durante la vigencia del delito de riña en el Código Penal de 1924, que sancionaba a todos los que participaron en ella, por el sólo hecho de

su presencia física, sin identificar su participación en el hecho de la muerte o lesión que se podía ocasionar como consecuencia de ella).

5.7.7.4.- EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN PERSONAL.

Se fundamenta en la atribuibilidad. Como sabemos la culpabilidad se funda en la posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídico penal y en la capacidad de motivación. En tal sentido, la culpabilidad precisa necesariamente que en la persona (sujeto del reproche normativo) se den una serie de requisitos sin los cuales no es posible invocar culpabilidad que son los siguientes:

- a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad;
- b) El conocimiento de la antijuricidad; y,
- c) La no exigibilidad de un comportamiento distinto.

5.7.8.- PRINCIPIO DE NECESIDAD O UTILIDAD.

Este principio informa, que para que el Derecho penal pueda intervenir, con sus graves consecuencias, en la solución o manejo de los conflictos sociales, ha de ser absolutamente imprescindible, "necesario", puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales.

El principio de necesidad de la pena es otra expresión del principio de prohibición de exceso. Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta.

5.7.9.- PRINCIPIO DE DIGNIDAD

No obstante que el sujeto resulte imputado por la comisión de un delito, y como consecuencia de ello, sometido a un proceso penal, merece, por su condición de ser humano, el respeto a su integridad, honor y dignidad. Así debe excluirse todo atentado o discriminación, que parta de consideraciones de edad, raza, color, opinión, cultura, extracción social o económica. Pero ello no exime al juzgador de tener en cuenta, durante la investigación judicial, los factores sociales, económicos, políticos, que puedan ser condicionantes de un comportamiento determinado.

5.7.10.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Por proporcionalidad, no debe entenderse simplistamente, que la pena debe ser estrictamente fijada según la entidad del daño causado a la víctima o de acuerdo con el grado de culpabilidad (que en esta acepción se refiere al principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena).

El principio va más allá, pues exige acomodación del Derecho penal (en lo sustancial y en lo procesal) a las finalidades del Estado en que se desenvuelve, es decir, que aquél debe seguir los lineamientos establecidos en la Constitución, especialmente en cuanto a los objetivos que se buscan según el tipo de poder plasmado en el ordenamiento jurídico. En sustancia conduce a que la aplicación del Derecho penal, se asiente sobre la base del respeto al libre ejercicio de los derechos esenciales. Se busca armonía entre las decisiones tomadas en materia penal, con las finalidades previstas en la Carta Magna, pues no se puede concebir una medida, por ejemplo un auto de detención, que no persiga los mismos fines que pretende la Constitución

5.7.11.- PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS.

Para justificar y legitimar la función de tutela y protección de la sociedad, asignada al Derecho Penal, éste ha de propender la protección de aquellos intereses sociales fundamentales, que por su importancia deban merecer la protección punitiva. Se trata de la protección de los denominados “bienes jurídicos”. Se dice entonces, que el Derecho Penal sólo puede proteger bienes jurídicos, pero ello no significa que todo “bien jurídico” haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho Penal.

5.7.12.- PRINCIPIO DE HUMANIDAD.

En su desenvolvimiento histórico, el Derecho penal ha transcurrido diversos estadios, marcados en principio por épocas de bárbara venganza, hasta su humanización. Contemporáneamente este principio conduce a la obligatoriedad del respeto a la persona humana y a la necesidad de disminuir cada vez más la presión individual y social constituida por la pena. De allí la

preponderancia del principio de mínima intervención y la urgencia de descriminalizar, despenalizar, desprisionizar.

5.7.13.- PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

En materia de aplicación del Derecho Penal, el Estado, mediante sus operadores penales correspondientes, tiene el deber jurídico de procurar el esclarecimiento de la verdad y la eventual sanción del imputado, para lo cual, entre otras cosas, debe promover y ejercer la acción penal, principio que supone, simultáneamente, la promoción necesaria de la acción penal y su irretractabilidad posterior. Sin embargo, por razones superiores como la utilidad pública, el interés social o la necesidad de descongestionar la administración de justicia, puede acudirse al denominado principio de oportunidad, de acuerdo con el cual la persecución penal puede no iniciarse o terminarse.

5.7.14.- PRINCIPIO DE DERECHO PENAL MÍNIMO.

El Derecho Penal mínimo se fundamenta en que el Derecho punitivo es violento, no resuelve ni afronta convenientemente los conflictos sociales, los enraíza y aumenta, así como también es altamente clasista, pues selecciona sus destinatarios. El denominado Derecho Penal mínimo no significa que no deba haber Derecho Penal; no significa que debamos prescindir del poder punitivo del Estado. Es ésta, ciertamente, una idea antigua, y fue Radbruch el que expresaba que lo ideal no era un “Derecho Penal mejor”, sino “algo mejor que el Derecho Penal”. Esto es, lo ideal sería asegurar las libertades sin restringir ninguna. Pero eso, hoy por hoy, no parece posible. Debemos, pues, contentarnos con aspirar al Derecho Penal mínimo, esto es, a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos.

El "Derecho Penal Mínimo", además determina la formulación de otros principios subsidiarios:

1.- Irretroactividad de la ley sustancial, procesal y ejecutiva, salvo claro está, si favorece al procesado o condenado;

- 2.- Primacía de la ley sustancial o aplicación de los axiomas democráticos a todos los subsistemas en que puede ser dividido el sistema penal, principalmente en lo relacionado con la policía, el proceso y la ejecución.
- 3.- Representación popular. En el proceso de formación y conocimiento de la ley penal deben ser respetados los requisitos mínimos del Estado de Derecho.
- 4.- La ley penal no puede ser respuesta inmediata de naturaleza administrativa, ante uno o varios conflictos. Es un acto solemne que tiene que emanar de amplios y detenidos debates llevados a cabo en las asambleas, parlamentos o congresos. Tratase de frenar la ejecutivización o administrativización de la justicia penal.
- 5.- Idoneidad. La pena no debe ser impuesta si no existen pruebas empíricas de su efectividad o probabilidad de efectividad.
- 6.- Respeto por la autonomía cultural. Se enuncia diciendo que falta una condición necesaria para la criminalización de determinados comportamientos, cuando estos pueden ser considerados normales dentro de una subcultura bien delimitada.
- 7.- Primacía de la víctima. La pretensión del sistema penal de tutelar intereses generales, que van más allá de aquellos de la víctima es injustificada.

5.7.15.- PRINCIPIO DEL CARÁCTER FRAGMENTARIO DEL DERECHO PENAL.

En el campo penal se detectan comportamientos positivos o negativos que respetan y vulneran determinados intereses o bienes pertenecientes al individuo, la sociedad o al Estado; por ejemplo la vida, la salud, el honor, la administración pública, etc.

Así, en toda sociedad, existen conductas jurídicas y conductas antijurídicas respecto de intereses tutelables. De estas últimas, que constituyen lo que podríamos denominar antijuricidad general, unas son extraídas por el Derecho Penal para configurar la llamada antijuricidad penal, previa descripción legal de los tipos.

De la amplia gama de acciones y omisiones antijurídicas, entonces, el Derecho Penal toma algunos trozos, partes o fragmentos, con el propósito de otorgarles una tutela muy particular, ordinariamente represiva y más severa que la

concedida a otras conductas violatorias de intereses por los demás sectores del ordenamiento jurídico. El Derecho Penal selecciona sectores de lo antijurídico y acude a su coercitividad para contrarrestar las conductas que se dirigen contra ellos.

5.7.16.- PRINCIPIO DE LA ULTIMA RATIO.

Quiere decir que la agresión institucional, constituida por el Derecho Penal, debe proceder únicamente cuando sea indispensable, es decir, necesaria. A esta clase de Derecho debe acudir exclusivamente cuando fallen los demás mecanismo de control social formal o informal, es decir, que su puesto es el de instancia final (última razón). Cuando fracasa la política social, y es ineludible para la vida en común de la sociedad, interviene la protección del Derecho Penal. El Derecho penal sólo debe inmiscuirse en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos de mayor trascendencia, pues las ofensas menores son objeto de otras áreas del ordenamiento. Constituye no sólo un limite importante al derecho de castigar que posee el Estado, sino que ubica al Derecho Penal en su verdadera posición dentro del ordenamiento jurídico: La última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus disturbios, o el recurso final del que dispone el Estado de derecho para conseguir una sociedad democrática avanzada.

5.7.17.- PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA

Conforme al mandato constitucional, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 C.E.). En este sentido se atribuye al Derecho Penal la función de protección de la persona humana en sociedad anteponiendo la pena como instrumento preventivo. En tal sentido surge como principio la primacía de la víctima. Así La pretensión del sistema penal de tutela debe realizarse teniendo en perspectiva la entidad y la gravedad del derecho afectado a la víctima, asegurándosele también el derecho restitutorio bajo la premisa de la concesión de una

adecuada y oportuna indemnización, que de alguna manera satisfaga su pretensión resarcitoria.

5.8 LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LA TUTELA A LOS DERECHOS DE AUTOR.

Se dice que Aristóteles afirmaba: "todo hombre tiende por naturaleza a crear", muestra de ello tenemos los diversos desarrollos de especialidades científicas, corrientes, y escuelas de pensamientos; y el arte en sus diferentes manifestaciones, que desde nuestros antepasados plasmaron su creación en pinturas rupestres, escritos en cortezas, cueros de animales, piedras, libros, y soportes magnéticos, así como la utilización de instrumentos musicales preparados de diversos tipos de materiales. En reconocimiento a ello, y con el correr del tiempo, la protección a la capacidad creadora del hombre materializada en sus obras, ha merecido tutela jurídica, como parte de los derechos fundamentales de las personas.

En el Perú, a partir de la época republicana y las diferentes constituciones políticas le otorgaron rango constitucional a la propiedad intelectual; la actual Constitución de 1993, incorpora la protección a la propiedad intelectual como parte de los derechos fundamentales de la persona, artículo 2º, inciso 8º. Asimismo, los Tratados sobre Derechos Humanos, consideran que la propiedad respecto al fruto de su creación, es un derecho fundamental de la persona, que nace desde el momento de la creación sin estar condicionado por ningún otro requisito más, y se manifiesta bajo dos aspectos; la protección a los derechos morales y a los derechos patrimoniales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948) señala: Artículo 27: "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

aprobado en 1966, en su artículo 15, inciso 1, reconoce el derecho de toda persona a: "Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora". Sin embargo, existe una aparente contradicción con otro de los derechos fundamentales, el derecho a la información, veamos.

5.9. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.

La información es un derecho que debe enfocarse desde la perspectiva de los Derechos del Consumidor. Desde esa dimensión, prescribe la Constitución:

“Artículo 65°.-

*El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el **derecho a la información** sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular por la salud y la seguridad de la población”.*

Principios que sustentan el Artículo 65° de la Constitución.-

El TC ha señalado que el artículo 65° de la Constitución se sustenta en una pluralidad de principios, desarrollados en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 3315-2004-AA/TC, y entre los cuales se cuentan:

El principio pro consumidor

El Estado tutela a los consumidores y usuarios en razón de las objetivas desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios.

El principio de proscripción del abuso del derecho

El Estado combate toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios.

El principio de isonomía real

Plantea que las relaciones comerciales entre proveedores y consumidores o usuarios se establezcan en función de un tratamiento igual para los iguales y desigual para los desiguales.

El principio *restitutio in íntegrum*

Plantea que el Estado resguarde el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores o usuarios en el marco de una relación comercial.

El principio de transparencia

El Estado asegura que los proveedores generen una plena accesibilidad de información a los consumidores y usuarios, acerca de los productos y servicios que les ofertan.

El principio de veracidad

El Estado asegura la autoridad y realidad de la información que el proveedor trasmite a los consumidores y usuarios en relación con las calidades, propiedades o características de los productos y servicios que les ofertan.

El principio *indubio pro consumidor*

Los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado interpretan las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvables sobre el sentido de las mismas.

El principio pro asociativo

Facilita la creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, a efectos de que estos puedan defender corporativamente sus intereses.

Es importante mencionar la valoración del consumidor por el Tribunal Constitucional: *“El consumidor – o usuario - es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien **cierra el círculo económico** satisfaciendo sus necesidades ya crecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios”* (STC 0008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico 28).

La protección de consumidores y usuarios en dos dimensiones, tiene doble carácter, según el Código de Protección y Defensa del Consumidor, la Ley N° 29571:

Dimensión subjetiva: Derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado, derecho a la seguridad y a la salud.

Dimensión objetiva: Establece un principio rector para la actuación del Estado y lo obliga a sostener una vía eficiente de protección.

Como se advierte, el acceso a la información constituye uno de los derechos fundamentales de las personas, en esta era llamada "La Sociedad de la información y del conocimiento". En ese sentido en el ámbito de las instituciones de alcance mundial, la preocupación es digna de resaltar, al efecto la UNESCO la define a la Información, como: *"Elementos simbólicos, datos o documentos utilizados para comunicar el conocimiento científico, técnico o cultural, independientemente de su carácter (numérico, textual, icónico) de los soportes materiales, de la forma de presentación. Se refiere tanto a la sustancia o contenido de los documentos como a su existencia material; también se emplea este término para designar tanto el mensaje (contenido y forma) como su comunicación (acción). Cuando es necesario se distingue entre información bruta (hechos, conceptos, representaciones) y los documentos en los que está registrada"*.

Constituye uno de los elementos esenciales del desarrollo, por lo que diferentes gobiernos vienen tomando atención en su tratamiento, a fin de formular adecuadas políticas de información en sus países. Fernández-Aballí, sostiene que existen cuatro variables asociadas muy estrechamente y que son el motor del Desarrollo Sostenible:

1. Crecimiento poblacional
2. Crecimiento económico
3. Explotación de los recursos naturales
4. Preservación del ecosistema

Frente a estas variables, el mismo Fernández-Aballí, precisa que:

"La información estaría simbolizada en el esquema como la sustancia que fluye entre las variables representadas en el mismo, permitiendo que se conozcan sus valores y dando la posibilidad al hombre, de que utilice y se apropie del conocimiento, único generador de la potencialidad de alterar racionalmente las variables mostradas, para bien o para mal de la humanidad. La información es por lo tanto un instrumento esencial para el Desarrollo Sostenible"⁵³.

Además, menciona que todo sistema social para cumplir con sus objetivos, necesita de la información, por lo que éste es considerado un elemento esencial de cambio, que conlleve al desarrollo de políticas y estrategias de carácter social, que el uso efectivo que la sociedad le da, permite un equilibrio en ella.

Por otro lado, la especialista Aleida OLIVÉ GARCÍA⁵⁴, destaca la importancia del tema de la Información, en los términos siguientes:

"Son, cada vez más evidentes, los efectos de la aplicación de la información para la productividad y la competitividad de los diversos sectores del desarrollo, de su papel protagónico en la planificación, la investigación y la innovación tecnológica. Por ello, la información es considerada, por muchos, como un recurso estratégico, comparable con la energía, el trabajo y el capital y se conceptualiza, cada vez más como símbolo de poder. El inminente desarrollo de una nueva Sociedad o una nueva Era, basada en el uso intensivo de la información y el conocimiento se abre paso y, en consecuencia, la forma de producir, educarse y recrearse de la Sociedad se está revolucionando; tanto es el peso que ello va adquiriendo, que actualmente se apunta la necesidad de considerar un sector cuaternario en la economía: El de la Información".

Igualmente no podemos dejar de mencionar que el Derecho a la Información, en principio fue consagrado por la misma Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948), que regula en su Artículo 19º *"Sujeto titular del derecho a la información es toda persona, sin excepción alguna"*.

Como advertimos, tenemos en un mismo nivel dos Derechos Fundamentales, igualmente dignos de tutela jurídica, por un lado la

⁵³ **FERNÁNDEZ -ABALLÍ, Isidro.** *"La información: un recurso esencial para el desarrollo"*. En: INFOLAC. Vol. 9. N° 3. 1996, p. 3.

⁵⁴ **OLIVÉ GARCÍA, Aleida.** *"La información en el desarrollo nacional: Desafío y alternativa para las economías emergentes"*. En: INFOLAC, Vol. 12. N° 1. 1999, p. 4.

propiedad intelectual, que es sin lugar a discusión, un derecho fundamental de las personas, y por otro lado el **derecho a la información**, consagrado en la Convención Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales y las diversas Constituciones Políticas de los países. Estos dos derechos satisfacen intereses que sin embargo en algunos casos pudieran entra en conflicto. Hecho que daría lugar a posiciones encontradas, se consideraría por un lado el derecho que tiene toda persona de acceder a la cultura, pero que sin embargo ello no podría ser pretexto para sacrificar la protección a los derechos de autor. Por todo ello, las leyes han previsto un conjunto de excepciones y limitaciones que protegen el interés de la sociedad, así tenemos, la reproducción sin autorización del autor para fines didácticos, informativos o científicos; así como el uso que le dan las instituciones públicas, como las bibliotecas y archivos (como desarrollamos específicamente al tratar el tema del Derecho de Autor).

Es una posición en la que debería primar un criterio de ponderación equilibrado entre ambos Derechos Fundamentales, en ese sentido muchas instituciones se han avocado al tema, en busca del mencionado equilibrio, si bien debe existir una tutela jurídica de justas expectativas por recibir frutos de las obras creadas, sin embargo ello debería estar en consonancia con el detalle de que por medio está la necesidad de la humanidad entera de tener acceso al gran número de recursos, servicios y sistemas nacionales e internacionales de información, que no se puede privar el uso, porque ello atentaría contra un esencial factor de progreso socioeconómico. En esa línea de preocupación, la International Federation for Library Associations and Institutions (IFLA) se recomendó crear un Comité sobre Derechos de Autor y otras materias legales, mediante la constitución de grupos de trabajo sobre:

- 1.- El derecho de autor y propiedad intelectual, así como barreras comerciales para la adquisición de materiales para las bibliotecas.
- 2.- Autenticidad de los documentos electrónicos.
- 3.- Suscripción y acuerdos de licencia, así como otras materias legales de significación para las bibliotecas y los bibliotecarios.

Decisión que fue adoptada por el Consejo de la Organización en Copenhague (Dinamarca), el 5 de enero de 1997. Además la IFLA, emitió un documento con los siguientes postulados:

- 1.- Los beneficios de las nuevas tecnologías deben ser accesibles a todos, al igual que la información.
- 2.- Los Estados deberán revisar sus legislaciones nacionales de derecho de autor.
- 3.- Es necesario establecer mecanismos de pagos de regalías, por la explotación de las obras en el entorno digital y autorizar el uso en las bibliotecas de obras digitales, sin que medie remuneración o solicitud de autorización.
- 4.- No debe considerarse como violación a los derechos de autor, la realización de copias digitales de obras protegidas, o las almacenadas temporalmente, cuando dichas acciones se correspondan con la prestación de un servicio de entrega electrónica de documentos.
- 5.- No deberá restringirse el préstamo que realizan las bibliotecas con propósitos culturales y educativos.
- 6.- Las legislaciones nacionales deben recoger pronunciamientos a favor de la preservación, conservación y depósito legal de las obras digitales.
- 7.- En el marco internacional, será necesario un acuerdo sobre el movimiento de obras digitales, a través de las fronteras nacionales, que garantice el flujo de información.

5.10 LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL ACTUAL A LOS DERECHOS INTELECTUALES EN LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA.

5.10.1 ARGENTINA.

Artículo 17°.- Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley.

5.10.2.- BOLIVIA.

Artículo 192°.- Las manifestaciones del arte e industrias populares son factores de la cultura nacional y gozan de especial protección del Estado, con el fin de conservar su autenticidad e incrementar su producción y difusión.

5.10.3.- CHILE.

Artículo 19°.- La Constitución asegura a todas las personas:

25.- El derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior, (*In fine*, Modificado por la Ley 19.742, del 2001)

5.10.4.- COLOMBIA.

Artículo 61°.- El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

Artículo 150.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

24 - Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual.

5.10.5.- COSTA RICA.

Artículo 47°.- Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a ley.

5.10.6.- ECUADOR.

Artículo 30°.- Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes.

Artículo 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.

5.10.7.- PARAGUAY.

Artículo 29 - DE LA LIBERTAD DE EJERCICIO DEL PERIODISMO ...

Se reconoce al periodista el derecho de autoría sobre el producto de su trabajo intelectual, artístico o fotográfico, cualquiera sea su técnica, conforme con la ley.

Artículo 110°.- DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley.

5.10.8.- REPÚBLICA DOMINICANA.

Artículo 8°.- Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el

bienestar general y los derechos de todos. Para garantizar la realización de esos fines se fijan las siguientes normas:

14. La propiedad exclusiva por el tiempo y en la forma que determine la ley, de los inventos y descubrimientos, así como las producciones científicas, artísticas y literarias.

5.10.9.- URUGUAY.

Artículo 33°.- El trabajo intelectual, el derecho de autor, del inventor o del artista, serán reconocidos y protegidos por la ley.

5.10.10.- VENEZUELA.

Artículo 98°. La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.

Artículo 124.- Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales.

CAPITULO VI

TRATADOS INTERNACIONALES, RESPECTO A LOS DERECHOS DE AUTOR

6.1.- BREVE REFERENCIA HISTÓRICA AL ORDEN JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL.

En el siglo XVI el Monarca Absoluto triunfa sobre los señores feudales y logra imponer su mandato constituyendo propiamente el Estado Moderno, y dentro de este contexto histórico el creador teórico del Estado Moderno, el francés Jean Bodin (1530-1596), asimila dicho concepto de soberanía a la Teoría Política. Con las ideas de los Naturalistas Racionalistas, la soberanía se traslada de manos del Monarca al Pueblo, a la ciudadanía, y desde entonces a la actualidad se habla del “Pueblo Soberano” (J.J Rousseau). Con las corrientes representativas, la democracia es un juego en que la soberanía pasa a ser ejercida por los gobernantes en base al mandato que los gobernados otorgan a los gobernantes. Y se da en considerar que la soberanía reside en los tres grandes órganos de poder del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Por las consideraciones expuestas la Soberanía supone Estados más o menos autárquicos, que logran fijar su normativa y ejercer su gobierno, su poder regidos por leyes, a pueblos dentro de ámbitos territoriales perfectamente delimitados.

Los especialistas de la Teoría del Estado, señalan que el Estado Moderno, se encuentra estructurado por: 1) Territorio, 2) Población, y 3) Poder (Soberanía, capacidad para organizarse por sí mismo y autonomía, Indivisibilidad del Poder).

Uno de los especialistas más coherentes, el celebre jurista alemán Georg JELLINEK, al respecto precisa las ideas, y sostiene con respecto al territorio, que:

“La Tierra sobre que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio en que el poder del Estado, puede desenvolver su actividad específica (...) La tierra se denomina: territorio”. Además, más adelante señala: “La significación jurídica de éste se exterioriza de una doble manera: negativa ... se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo; positiva la otra, en cuanto las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado”⁵⁵

Concebido así, el territorio constituye un supuesto necesario del ejercicio del poder del Estado sobre sus ciudadanos, y de extranjeros que vivan en territorio patrio. El territorio es realidad física, y jurídica, por lo mismo fundamento espacial para que el Estado pueda desplegar su autoridad. Ello, implica calidades específicas del territorio, para poder funcionar, que el mismo Georg JELLINEK, se encarga de precisar:

“En virtud de la unidad e indivisibilidad del Estado, sus elementos son igualmente unos e indivisibles”⁵⁶

Por otro lado, con respecto al segundo elemento del Estado, la población que pertenece a un Estado, debemos decir que forman en su totalidad la población del mismo, y tiene en el Estado una doble función, Georg JELLINEK así explica:

“De un lado, es un elemento de la asociación (...) pueblo en su aspecto subjetivo. En otro sentido, es el pueblo objeto de la actividad del Estado, es decir, pueblo en cuanto objeto”⁵⁷

Desde Rousseau, se asignaba a todo hombre doble cualidad, ser Citoyen, ciudadano activo que participa en la formación de la voluntad común, y la de ser Sujeto, sometido a aquella voluntad. Asimismo, toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad. Esta voluntad, ha de cuidar de los fines comunes de la asociación, y aquí viene el tercer elemento del Estado, el Poder que tiene a la soberanía como característica sustancial, y Georg JELLINEK concibe con las ideas siguientes:

“La soberanía (...) significó la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder. Poder soberano de un Estado, es (...) el poder supremo e independiente”⁵⁸

⁵⁵ JELLINEK, Georg. “*Teoría General del Estado*”. Buenos Aires Editorial Albatros 1981. Primera edición de 1900. p. 295.

⁵⁶ JELLINEK, Georg. Ob. Cit. p. 301.

⁵⁷ JELLINEK, Georg. Ob. Cit. p. 304.

⁵⁸ JELLINEK, Georg. Ob. Cit. p. 356.

Constituyendo además característica sustantiva del Estado Moderno, la nota esencial de un Estado es la existencia de un poder del mismo, y este poder no puede derivarse de ningún otro, sino que tiene que proceder de sí mismo. Y el poder del Estado se tangibiliza, por medio de la existencia de un órgano independiente que provea a las exigencias de este poder. Entonces es necesaria la existencia de una organización propia y de una división del poder unida a esta organización.

“El fundamento de la concepción jurídica del Estado está constituido por el reconocimiento de éste como de una unidad; (...) Consecuencia necesaria, la doctrina de la indivisibilidad del poder (...) Poder dividido, supone el desmenuzamiento del Estado en una variedad de formaciones políticas (...) La soberanía es una propiedad que no es susceptible ni de aumento ni de disminución (...) No hay soberanía dividida, fragmentaria, disminuida, limitada, relativa”⁵⁹

Montesquieu transforma la concepción inglesa en la doctrina de tres poderes independientes, iguales entre sí, que se equilibran mutuamente y que se mantienen.

En todo Estado, existen necesariamente órganos de poder. El órgano representa al Estado, pero sólo dentro de una competencia. El Estado sólo puede existir mediante sus órganos. Y el órgano no tiene derecho alguno, solo competencia política, y los individuos tienen derecho a ocupar lugar de órgano, siendo que el órgano tiene siempre como titular a un individuo.

El Poder, tiene direcciones fundamentales, y son las Funciones legislativa, ejecutiva, y judicial. Por el influjo de Rousseau, la Revolución francesa aceptó la doctrina de Montesquieu, con la modificación importante de que el poder legislativo sea el poder supremo. Las funciones legislativas, judiciales, y ejecutivas, en principio estaban materializadas en respectivos órganos, sin embargo en la práctica cada órgano del Estado desempeñaba las tres funciones, Georg JELLINEK recuerda que:

“El Poder del Estado no se deja fraccionar en sus manifestaciones exteriores, (...) puede hacerse una división de las funciones por los órganos correspondientes (...), aun en los países en donde está reconocida la separación de los poderes, no es posible realizarla de una manera completa (...) En los Estados Unidos, (...) el Congreso declara la guerra, y el Senado está encargado de aprobar actos administrativos de presidente (ratificación de Tratados internacionales,

⁵⁹ JELLINEK, Georg. Ob. Cit. p. 373

nombramiento de funcionarios), juzga de los delitos contra el Estado y reúne en sí, por tanto las tres funciones (.). Los jueces tienen además, en virtud de la facultad que les confiere las leyes, el derecho de interpretar la constitucionalidad de éstas, lo cual equivale a ejercer una actividad legislativa”⁶⁰

Las tres funciones materiales del Estado: legislación, jurisdicción y administración (ejecución que realiza la Administración Pública), se encuentran establecidas con claridad, el jurista alemán Georg JELLINEK explica:

“La legislación establece una norma jurídica abstracta que regula una pluralidad de casos o un hecho individual. La jurisdicción fija en los casos individuales el derecho incierto o cuestionable o las situaciones e intereses jurídicos. La administración resuelve problemas concretos de acuerdo con las normas jurídicas o dentro de los límites de ésta”⁶¹

En estos términos explicados, la modernidad se consolida en el siglo XIX, en efecto a partir del siglo XIX se habla de “Estado de Derecho”, categoría conquistada para el Derecho por los Neo-Kantianos de Izquierda de la Escuela de Marburgo (Alemania), específicamente por Herman COHEN (1842-1918): “System der Philosophie” (Berlín 1921. Tomo II). Cohen sostenía que el Estado de Poder (der Mchtsstaat) puede transformarse en Estado de Derecho (der Rechtsstaat), pero sólo a partir del momento en que cese de estar a disposición exclusiva de los particulares intereses de clase.

Siguiendo la línea de Cohen, posteriormente el gran jurista Hans Kelsen, encumbrará la categoría: “Estado de Derecho”, colocándole de esta manera en el sitio que le corresponde en la civilización moderna. El Estado de Derecho, entre otros aportes, permitió establecer un Orden Jurídico, fundamentado a partir de la Constitución -a la vez, cumbre y base de todo sistema jurídico moderno-. Sustentado en la pirámide legislativa kelseniana, principio consagrado en todas las Constituciones rígidas del mundo a partir de la tercera decena del siglo XX.

Por otro lado, uno de los referentes históricos de la Modernidad: Montesquieu (Francia 1689-1755) refiere que en su época las controversias se arreglaban en batallas, aquí los jueces eran árbitros, los tribunales especies de encuentros pugilísticos regulados. La conformación del sistema de justicia, la función del

⁶⁰ JELLINEK, Georg. Ob. Cit. . pp. 460-461.

⁶¹ JELLINEK, Georg. Ob. Cit. p. 462.

juez, y sus atributos son productos históricos, conseguidos en función de la construcción del Estado y Derecho moderno. Este proceso duró varios siglos y no fue lineal en todos los países. La justicia moderna en un primer momento se sustentaba, no en desarrollar capacidades de declarar el derecho aplicable al caso, tal como se pretende con el Derecho Moderno actual, sino en organizar y controlar la disputa e impedir el desorden público y la violencia privada. Este modelo de Administración de Justicia, se despliega a principios del siglo XVIII, con el Principio de la independencia judicial, como un elemento central de la aplicación de la supremacía legal, incluso por encima de todo poder, aún el Legislativo, en un primer momento consagrado en el Act of Settlement 1701, donde aparecen los jueces permanentes en sus cargos siempre que mantengan compostura, y solo pueden ser destituidos por el Parlamento, a través del procedimiento del Impeachment. La Revolución Francesa introduce un enfoque sistemático moderno a la magistratura como aparato. La aplicación del derecho romano reformado fue una de las características que asumió. En Francia, la Revolución aportó la construcción de un modelo que alude a la necesidad de contar con un juez profesional dentro de un régimen de carrera, que requiere promociones y pertenencia a un cuerpo permanente de funcionarios. Consecuencia de la eliminación de la comercialización y herencia de los cargos existente en el antiguo régimen. También establece la obligación de fundamentar las sentencias, la abolición de jurisdicciones privilegiadas y la inamovilidad en los puestos. De esta forma, el juez-funcionario es un jurista, un profesional que debe tener formación universitaria calificada, seleccionado según criterios de excelencia e insertado en una estructura jerárquica donde aspira a ser promovido.

El Estado detenta el monopolio de la Administración de Justicia, la ejerce en un sistema de heterocomposición, esto es imponiendo la decisión del Juez, decisión basada en la Constitución y las Leyes, que define el conflicto de intereses, o incertidumbre entre los sujetos cuyas relaciones, se perjudicaron por el incumplimiento de prestaciones, por las agresiones antijurídicas de otros sujetos, o por las arbitrariedades del que ejerce el poder.

El Estado también monopoliza la Administración de Justicia, por Control Social, para proscribir la violencia privada. La justicia entendida como "Administrar Justicia", es un concepto que debe ser precisado. La Administración de Justicia cuando resuelve, se expresa a través de actos jurisdiccionales. La característica fundamental de la Jurisdicción es que no tiene ningún interés directo o indirecto, en los casos que resuelve. Entendemos la Administración de Justicia, con estas precisiones establecidas, esto es una tarea reservada por el Estado Moderno al Poder Judicial, un Poder del Estado, con fin político de brindar el servicio de justicia a la ciudadanía a través de la función jurisdiccional, a través del "jus imperium" para imponer sus decisiones. El Poder Judicial actúa como órgano político que motoriza la jurisdicción frente al derecho de los miembros de la sociedad a la tutela jurisdiccional efectiva, que deberá brindarse mediante el debido proceso.

El Constitucionalismo de la post guerra, aparece con nuevos bríos, contribuyen en ello el fortalecimiento del Estado de derecho y el desarrollo del sistema de garantías constitucionales, permiten asegurar la vigencia del principio de supremacía constitucional, sirve para otorgar un mayor peso a quien puede equilibrar las posiciones dentro del Estado: El juez.

El mundo observa y participa de una creciente interrelación entre los Estados, son procesos de creciente dependencia de los Estados entre sí y ello plantea la necesidad de una revisión del concepto clásico de soberanía, y también de los demás elementos del Estado Moderno, asimismo de las técnicas adecuadas de regulación jurídica. Un Estado puede y debe imponer su ley a sus ciudadanos, lo hace en el campo de las relaciones económicas fundamentalmente a través del Código Civil, sin embargo cuando estos establecen relaciones económicas con el exterior no puede imponer su misma ley.

El Estado moderno unificó el Derecho, contraponiéndose al desorden de las costumbres, un proceso que condujo al Estado de Derecho a limitar su propio poder, sometiéndose a la Ley. Posteriormente el Derecho coparía progresivamente la sociedad, al individuo, y culminaría con envolver al Estado. Se trataba de otra forma de evolución moderna, basado en que el

Derecho unificado permite una sociedad democrática, y un Estado civilizado, el Estado de Derecho se imponía al Estado de Poder, la Ley a los criterios arbitrarios de los gobernantes.

En el Perú, en desde inicios de la Republica la figura del Juez se encontraba disminuida, sólo en la segunda mitad del siglo XX se efectuó una revalorización del juez y su función en el Estado. A ello, hay que mencionar el triste papel que cumplió otra vez el Poder Judicial durante la dictadura militar y que mereció una dedicación memorable durante los debates de la Asamblea Constituyente, y que motivo para implementar el Tribunal de Garantías Constitucionales, que surgió, entre otras razones, por la desconfianza en el Poder Judicial para la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales. La Constitución peruana de 1979, entonces, no fue sino un producto de este nuevo enfoque que la de 1993 no pudo contradecir, a pesar de los intentos de generar un instrumento constitucional autoritario o semántico. En Derecho Comparado, después de la segunda mitad del siglo XX, el constitucionalismo se revalora, el Código Civil centro de la regulación jurídica deja de tener la importancia que tenía hasta entonces, ocupando dicho espacio la Constitución, en la Carta de 1979 se desarrollara un nuevo enfoque de la función del juez.

Si vemos desde el paradigma moderno la historia del Estado y Derecho peruano, es necesario ver un Poder Judicial, en equilibrio de sus pares: Legislativo, y Ejecutivo. Las críticas, se perfilan en ese sentido, se ha dicho que el órgano judicial ha sido débil, y corrupto, incapaz de tutelar frente al Estado, los derechos fundamentales, siempre avasallado en sus fueros por los otros dos órganos del Estado. Ninguno de los críticos del órgano judicial, ha hecho esfuerzo por entender el despliegue de nuestra historia, de escasa presencia civil en un primer momento en el poder, y de profundo autoritarismo legitimado por las armas.

6.2.- PODER JURISDICCIONAL, ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL, Y NORMAS INTERNACIONALES.

Estado Moderno consagró el principio de la indivisibilidad del poder, que Montesquieu concebía en la doctrina de tres poderes independientes, iguales entre sí, que se equilibran mutuamente. El poder del Estado se exterioriza mediante la existencia de un órgano independiente que provea a las exigencias de este poder. En atención a ello el Poder, tiene direcciones fundamentales, y son las Funciones legislativa, ejecutiva, y judicial. En atención a la idea de Orden de la Civilización Moderna, el Poder Judicial, a través de su órgano respectivo, debería cumplir con la Función Judicial.

Hogaño como se traducen este paradigma?. Verificamos la presencia de un Congreso (Poder Legislativo), Ejecutivo, y Poder Judicial, a quien se le reserva la Administración de Justicia. Sin embargo, constatamos que no sólo el Legislativo (Formaliza Denuncia Penal, en cuyo caso la participación del Ministerio Público y del Juez Penal, es puramente formal), y Ejecutivo (Controla el Sistema de Conciliación y Notariado, quienes ejercen función jurisdiccional), tienen función jurisdiccional, sino que además surge un proceso de '*Desjudicialización*' de la Resolución de conflictos jurídicos, e incertidumbres de derecho. En efecto, el propio Constituyente de 1993, estableció todo un Sistema de '*Desjudicialización*', encaminados a despojar de naturaleza judicial a determinados asuntos que pueden perfectamente ser de conocimiento de otra clase de funcionarios. Enfocados como mecanismos alternativos de resolución de conflictos comprenden cuatro figuras básicas: Negociación, Mediación, Conciliación, y Arbitraje. La Constitución, reconoce explícitamente la última 'jurisdicción arbitral' (artículo 139 Numeral 1, 2 párrafo.), aún cuando los laudos arbitrales se han susceptibles de impugnación ante el Poder Judicial. El constituyente, le rodea de una manto protector especial mediante una norma expresa que faculta al Estado y a las demás personas de Derecho Público a someter las desavenencias surgidas de la celebración o ejecución de contratos 'a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo dispone la ley' (artículo 63, párrafo 3). Además, normas dispersas del texto constitucional acogen, de modo implícito, las otras figuras alternativas. La justicia de paz (artículos 149 y 152) supone la asunción de tramitar y resolver las controversias, haciendo uso de mecanismos de Negociación, Mediación, y Conciliación. En Derecho laboral, el Estado fomenta la negociación colectiva y

la promoción de 'formas de solución pacífica de los conflictos laborales' (artículo 28 Numeral 2), acoge Negociación, además acepta tácitamente. Mediación y la Conciliación. Asimismo comprendido como parte del proceso de '*Desjudicialización*', está el importante desarrollo normativo.

1.- Registrador Publico, del Registro Fiscal de Ventas a Plazo, por Ley del Registro Fiscal de Ventas a Plazos para Lima, Callao y Balnearios, LEY N° 6565 (12-03-1929), se encontraba facultado para ejecutar la garantía, potestad reservada sólo a los Jueces. Norma en la actualidad derogada, por la Ley de Garantías Mobiliaria (28677, 24/02/2006).

2.- Notario.- Por Ley N° 26662, Ley de Competencia notarial en asuntos no contenciosos" (22/09/1996), tiene potestad para conocer casos de: Rectificación de Partidas, Adopción de Personas Capaces, Patrimonio Familiar, Inventarios, Comprobación de Testamentos y Sucesión Intestada. Esta Ley, ha sido ampliada por la Ley de Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial, para la Regularización de Edificaciones, Ley N° 27333 (30/07/2000); además por la Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, Ley N° 27157 (20/07/1999); y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 008-2000-MTC (16/02/2000); y el Reglamentos Internos Modelos para Regímenes de Unidades Inmobiliarias con Secciones de Propiedad Exclusiva y Áreas de Propiedad Común y con Secciones Independizadas y Áreas Comunes en Propiedad, RESOLUCION VICEMINISTERIAL N° 004-2000-MTC-15.04 (29/09/2000).

3.- Funcionario de la Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH es el encargado de tramitar las solicitudes de Adopción de niños o de adolescentes, de conformidad con el Artículo 119 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337 (07/08/2000), se regula el 'procedimiento administrativo de adopciones' de niños y adolescentes, previendo un 'proceso judicial' únicamente como excepción. No hace sino, mantener la regulación de su predecesor el Decreto Ley N° 26102 (29/12/1992).

4.- Fiscal de Familia.- Sobre Protección de las Personas frente a la Violencia Familiar - Ley N° 26260 (24/12/1993), según Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS (27/06/1997), y modificaciones en la Ley

N° 27306 (15/07/2000), confieren funciones de resolución de los conflictos suscitados en torno de esta problemática a los miembros del Ministerio Público (Fiscales gozan de potestad conciliatoria, Artículo 11 TUO de la Ley N° 26260).

5.- Fiscal Penal.- Por el Principio de Oportunidad, Artículo 2 del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 638: 27/04/1991, y el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad Resolución del Consejo Transitorio Del Ministerio Publico N° 200-2001-CT-MP., del 20/04/2001, en 18 Artículos, y normas Complementarias, Transitorias, y Final; faculta potestades jurisdiccionales e los Fiscales en asuntos penales, para resolver vía la Conciliación.

El legislador sustrae de sede jurisdiccional asuntos mediante la atribución de potestades resolutorias a instituciones y funcionarios desprovistos de jurisdicción. Asimismo, se ha venido desarrollando labor decisoria de conflictos en instituciones administrativas tales como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y entidades reguladoras de prestación de servicios públicos: Telefonía OSIPTEL, Agua SUNASS, y Electricidad OSINERG.

Sumado a esto se encuentra el fenómeno, por el cual los Estados son capturados en la red de los poderes públicos ultraestatales, constituida por ellos mismos. El fenómeno más evidente son las organizaciones intergubernativas, mundiales, y regionales. Al respecto, el jurista italiano, Sabino CASSESE, dice:

“Eran 123 en 1951, 280 en 1972, 395 en 1984. Con injerencia en las materias más diversas, desde el transporte aéreo a la conservación de la fauna, desde la policía a las aduanas, y a los materiales peligrosos (...) El global governance va más allá de los organismos intergubernativos, desarrollados lentamente en la primera mitad del siglo XX y más velozmente en su segunda mitad, que ahora han alcanzado masa crítica ... Y están en competencia con los Estados, ya que los atrapan en una red muy estrecha. Existen los poderes públicos in nuce (...) constituidos por (...) los jefes de Estado o de gobierno de los siete países más industrializados. Existen organizaciones internacionales que no responden al modelo Drummond, como el Club de París. Existen (...) cortes internacionales: jurisdiccionales penales (ad hoc, instituidas en 1993 y en 1994, o generales, como la Corte Penal Internacional), el

órgano de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio, el Tribunal sobre el Derecho del Mar”⁶²

6.3.- CARACTERÍSTICAS ACTUALES DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL.

La característica más interesante, es que el hecho que no exista monopolio del poder estatal, no existe omnipresencia del Estado Moderno, no hay un solo sujeto en el escenario social, no hay un global government, aunque exista un global governance. Provoca un aumento del número de los productores de derecho, y de personas con potestad jurisdiccional. Resultado la pérdida de completud, de sistematicidad y de unidad del organismo jurídico, a favor de la informalidad y del desarrollo de zonas grises. Sabino CASSESE, se pronuncia al respecto:

“En la segunda mitad del siglo XX se producen dos cambios, (...) cuantitativo (...) cualitativo. El primero (...) crecimiento del número de los poderes públicos internacionales. Este es cuadruplicado en los años setenta, aumentando después (...) a ritmo sostenido (...) Segundo (...) tareas de los poderes públicos internacionales (...) Aquellos que conservan el sello convencional del Derecho Internacional dominado por los Estado y que constituyen (...) fórum de debate, negociación y acuerdo, se han unido organismos con tareas propias y poderes de regulación. Por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio tiene un poder regulatorio en relación con derechos aduaneros, la industria y servicios, la propiedad industrial y los contratos de la administración pública (...) a estos cambios se agrega otro, (...) el vaciamiento de los Estados, que ceden sus poderes al mercado”⁶³

El Estado de Derecho, ha sido rebasado por la realidad, en cuanto al función jurisdiccional, observamos que la llamada Administración de Justicia, conoce de nuevos inquilinos que conforman un panorama complicado, no sólo por causas endógena sino también exógenamente, de esa manera se comprueba que las Funciones Jurisdiccionales del Poder Judicial ha variado enormemente. En el paradigma tradicional del funcionamiento de la Administración de Justicia, los ciudadanos forman necesariamente parte de un ordenamiento jurídico exclusivo, y excluyente, las personas no podían elegir qué Administración de Justicia resolvería sus conflictos, el ordenamiento era un dato y en el centro se encontraba el Estado, y en esta posición de superioridad institucional, la ley aseguraba la medida y el control del poder público y circunscribía sus competencias. La acción estatal estaba rígidamente planificada por la ley, que

⁶² CASSESE, Sabino. *“La Crisis del Estado”*. Abeledo – Perrot. Buenos Aires 2003. pp. 74-75.

⁶³ CASSESE, Sabino. Ob. Cit. pp. 82-83.

establecía derechos y deberes para el orden público. Es el modelo del poder legal, racional, previsible, medible y controlable. Las esferas públicas y privadas, estaban determinadas y permanecían estables no había convergencia sino contraposición. Este panorama estableció una jerarquía normativa: La Pirámide de Kelsen, es decir hay una organización vertical.

Principalmente el jurista italiano Sabino CASSESE, enseña que hogaño se verifica grandes cambios de estos paradigmas. ¿Cuáles? Los siguientes:

Primero: Se registra el pasaje de una estructura ordenada desde lo alto a un esquema de auto ordenación, el ordenamiento jurídico, que era un dato, se transforma en una elección, del lado de la “demanda del derecho”, el operador puede realizar una elección, expresando un juicio sobre ‘la oferta del derecho’ y ‘adquiriendo’ el más conveniente. La elección es admitida para la búsqueda de la mejor tutela de Derechos, puestos en competencia.

Segundo: El Paradigma de la Elección o ‘mercantilización’ (como dice Sabino CASSESE) de las instituciones desmiente el paradigma tradicional por el cual la Administración de Justicia emanada del Poder Judicial se imponen a los particulares, decimos que hay un proceso de Democratización del Derecho, se admite la elección de los ‘consumidores’ de Derecho y de Instituciones que han de Administración de Justicia.

Tercero: El Monismo Estatal, que aparece como una organización compacta se sustituye un conglomerado de derechos también incompatibles, pero provisto de normas de conflicto y reglas, que deciden qué normas aplicar al caso concreto. No es monopólico la función de producir derecho, resultado de la pérdida de completud, de sistematicidad y de unidad de los organismos jurídicos, y ello redundo a favor de cierta informalidad y de desarrollo de zonas grises, hay órganos internos especializados que establecen relaciones con los órganos similares de otros Estados, superando y rompiendo el paradigma la unidad del poder del estado.

Cuarto: El policentrismo, y los consecuentes conflictos salen del Estado, salen hacia un escenario público más amplio. En el centro no está más el Estado, sino las diversas formas de integración, que se abstienen de disponer sobre cada hecho particular o deja la tarea a las leyes estatales.

Quinto: La libertad de formas propia del derecho privado, se extiende al proceso. La secuencia procedimental se adapta a la necesidad del acuerdo. Si

en el modelo tradicional estaba decidido, determinado en forma secuencial (el procedimiento) y de ponderación (la discrecionalidad de la decisión), hoy la resolución de conflictos se dan de manera distintas. No es el procedimiento el que modula la negociación, sino la negociación plasma el procedimiento. Pasan a primer plano la negociación en lugar del procedimiento, la libertad de forma en lugar de la tipicidad.

Sexto: Las relaciones entre lo público y lo privado, no son sólo bipolares, sino son multipolares, un operador nacional puede moverse en conjunción con una administración supranacional y en oposición a la propia administración nacional y a otro operador del propio país.

Séptimo: Se percibe una División internacional de la actividad administrativa, con "La 'Positive comity' ("Cortesía positiva" es una forma de cooperación que mejora la eficacia y la eficiencia de la aplicación de la legislación sobre competencia en los casos internacionales, This co-operation involves a requested country's conducting a law enforcement proceeding into conduct in its territory that is allegedly harming the interests of some other country. esta cooperación implica a un país que solicitó la realización de un procedimiento de aplicación de la ley sobre la conducta en su territorio que supuestamente se está perjudicando los intereses de algún otro país), el derecho y la administración de un Estado son utilizados por iniciativa y en el interés de otro Estado. La autoridad pública de un Estado activa un procedimiento administrativo de otro ordenamiento estatal, convirtiéndose no sólo en el iniciador, sino también en el interlocutor necesario.

Octavo: La unidad del gobierno, es sustituida por una fragmentación de los cuerpos públicos que intervienen con injerencia en la economía, con presencia de organismo reguladores, en muchas áreas con reglas internacionales inexorables. Los Estados han descubierto nuevas tareas, entre las cuales la principal es la de ser market builders (Constructores de Mercado): por un lado, hay sectores de la economía que deben su desarrollo al Estado (tecnología avanzada, espacio y defensa, biomédica), por otro lado se crean nuevos organismos independientes, para regular sectores en los cuales anteriormente la presencia estatal era episódica o mal organizada (telecomunicaciones, bolsa, mercados financieros, petróleo, energía eléctrica, agua).

El rol dominante del Estado en la construcción de los mercados en los diversos sectores, pero no en la gestión de empresas en tales mercados, reguladores y regulados, 'juegan' con las reglas

El Estado ha perdido la Soberanía, y sobre todo la económica, si bien continúa desarrollando un rol importante en la economía. Las finanzas, se han desterritorializado, existiendo áreas del mundo en las cuales se concentran transacciones financieras que conciernen a todas las demás áreas, perdiendo todo anclaje nacional:

“la city de Londres se propone ya como una suerte de off-shore center. Se ha escindido de los sucesos de la economía británica’. Londres (...) Plaza financiera (...) no es sólo del Reino Unido (...) Si antes la economía debía tener en cuenta al Estado, ahora es el Estado el que debe tener en cuenta a la economía”⁶⁴

A nivel internacional más que la institución de nuevos órganos con facultades jurisdiccionales, resulta dramático la explosión de litigación frente a los jueces, que ha producido el intervencionismo económico del orden judicial, el desarrollo de un proceso económico (procés économique), y de una justicia económica (juge économiste).

Que el Estado soberano controla el poder, y que reconozca sólo instituciones iguales (esto es, otros Estados). Es cierto hoy sólo en parte.

“Los Estados son capturados en la red de los poderes públicos ultraestatales, constituida por ellos mismos. El fenómeno más evidente (...). Las organizaciones intergubernativas mundiales y regionales. Eran 123 en 1951, 280 en 1972, 395 en 1984. Con injerencia en las materias más diversas, desde el transporte aéreo a la conservación de la fauna, desde la policía a las aduanas, y a los materiales peligrosos (...) El global governance va más allá de los organismos intergubernativos, desarrollados lentamente en la primera mitad del siglo XX y más velozmente en su segunda mitad, que ahora han alcanzado masa crítica (...) Y están en competencia con los Estados, ya que los atrapan en una red muy estrecha. Existen los poderes públicos in nuce (...) constituidos por (...) los jefes de Estado o de gobierno de los siete (...) países más industrializados. Existen organizaciones internacionales que no responden al modelo Drummond, como el Club de París. Existen cortes internacionales: jurisdiccionales penales (ad hoc, instituidas en 1993 y en 1994, o generales, como la Corte Penal Internacional), el órgano de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio, el Tribunal sobre el Derecho del Mar”⁶⁵

⁶⁴ CASSESE, Sabino. Ob. Cit. p. 34.

⁶⁵ CASSESE, Sabino. Ob. Cit. pp. 74-75.

No podemos ignorar la presencia de Grandes Comunidades, o Mercados Comunes Continentales, luego de la Unión Europea (1975), vinieron el Mercado común centroamericano (1960), la Asociación de los países del Sudeste asiático (1967), la Comunidad económica de los países del Caribe (1973), Maghreb (1989), Mercosur (1991), NAFTA (1994).

“Hasta hoy, se conoce seis especies distintas de integración regional. A primera es la de las asociaciones de Estado como forum de cooperación. Estas aseguran la cooperación en las políticas económicas y comerciales, en las inversiones, y en las políticas de la competencia. Son formas de regionalismo abierto (...) Ejemplo son la OCSE, que comprende también los países europeos, el APEC, por los países del Pacífico y la ASEM por la Unión Europea y los países asiáticos (...) La segunda forma de integración regional es la constituida por los acuerdos de preferencia no recíproca, consistentes en concesiones unilaterales de ventajas a los países exportadores, sin que los países importadores tengan ventajas equivalentes. Tal tratamiento es dado por la Unión Europea a los países del Mediterráneo y de Europa Central (...) La Tercera Zonas de libre intercambio, fundadas sobre la reciprocidad de la caída de las barreras aduaneras progresiva y limitada a los productos y sólo a las barreras tarifarias. Ejemplo ASEAN para los países del sudeste asiático (...) La Cuarta, Las Uniones Aduaneras, zonas de libre intercambio que incluye algunos aspectos de la política comercial, con tarifa externa común para las importaciones y reparten los ingresos aduaneros según criterios preestablecidos. Grupo Andino (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, y Venezuela) y la SADC (South African Development Community) (...) La Quinta (...) es la del Mercado Común, unión aduanera que comprende además la de los factores de producción (Capital y trabajo) (...) La última es la (...) Unión, (...) caso de la Unión Europea, (...) Integración de la política económica y monetaria. (...) Estas formas de cooperación regional han ido multiplicándose y profundizando. Todas comportan un mínimo de organización ... sólo algunas dan lugar a organizaciones compuestas (...) NAFTA (North Atlantic Free Trade Agreement) que une Estados Unidos, Canadá y México. (...) El acuerdo institutivo, firmado en 1992, ha entrado en vigor en 1994. Prevé la eliminación de las barreras a los intercambios en 10 a 15 años. Dicta normas comunes sobre servicios, inversiones, ambientes, problemas sociales (...) El Mercosur (...) une Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (teniendo como asociados a Chile y Bolivia). Acuerdo firmado en 1991 y ha instituido desde 1999 un mercado común, con libre circulación de bienes, servicios, capitales, y trabajo, abolición de las tarifas internas y (...) externas, coordinación de las políticas en algunos sectores. La organización responde a una lógica confederal y tiene una estructura intergubernativa (...) Sin órgano de Justicia propio) (...) La organización compuesta más desarrollada es la Unión Europea, compuesta por 15 Estados, instituida en 1957, fundada sobre la circulación de bienes, servicios, trabajo y capitales, normas comunitarias sobre competencia y políticas comunes que incluye la defensa, los negocios externos, (...) justicia, ordenada en Parlamento, Consejo, Comisión y Corte de Justicia”⁶⁶

6.4.- PRINCIPALES NORMAS INTERNACIONALES QUE REGULAN LOS DERECHOS DE AUTOR.

⁶⁶ CASSESE, Sabino. Ob. Cit. pp. 95-97.

Si es cierto que la protección al derecho de autor, surge inicialmente en el ámbito del derecho interno; también es cierto que posteriormente, se fue expandiendo gracias al derecho internacional. Así, tenemos que para fines del Siglo XIX, la firma en 1886 del primer acuerdo multilateral: el Convenio de Berna para la Protección Literaria y Artística, tratado que ha sido complementado y revisado en sucesivas etapas. Esa corriente evolutiva legislativa, tiene su cumbre en diciembre de 1948, con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que inserta en su texto los derechos de autor, con lo cual marcó un hito de trascendental importancia para la posterior protección de las obras del autor.

Cabe mencionar también la Convención Universal sobre Derechos de Autor, adoptada en Ginebra en 1952 y revisada en París en 1971 y sus protocolos anexos 1 y 2, y la Convención Internacional sobre Protección a los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, suscrita en 1961 y conocida como Convención de Roma. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en el marco de las Naciones Unidas, en su artículo 15, inciso 1 aprobado en 1966, reconoce el derecho de toda persona a "Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora", que refuerza así, lo establecido en el artículo 27° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

6.4.1.- CONVENIO DE BERNA PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS.

Sistema internacional de protección al Derecho de Autor suscrito en 1886, integrado por 128 países y administrado por la OMPI, ha sido revisado varias veces, defiende los derechos de los autores e intelectuales. Desde su texto original los artículos de este Convenio distinguieron con claridad el tipo de obras protegidas, el tiempo de protección, así como el derecho que les asistía a los autores de proteger el producto de su creación. El Perú se integró en 1988, encontrándose vigente desde 1989 los países de México, Perú, Argentina y los

Estados Unidos.

Este Convenio se sustenta en los siguientes principios:

- a. Trato Nacional para los autores, quienes tienen garantizados la protección a sus derechos, en todos los Estados de la Unión, sin importar su nacionalidad.
- b. La protección está sujeta sin necesidad de cumplir formalidades, basta con ser parte del Estado.
- c. La protección es automática, no tiene que probar que la ley lo defiende y ampara.
- d. La protección mínima, reconoce derechos mínimos con los cuales se puede obtener medidas cautelares, como los derechos económicos, morales, periodo de protección.

6.4.2.- CONVENCIÓN DE ROMA.

En 1961 se aprueba la Convención de Roma cuya finalidad fue la de proteger a los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, reconoce los Derechos de los artistas, que son derechos diferentes a los derechos de autor, son los derechos conexos del artista, el que canta, representa, lee, interpreta o ejecuta. Esta Convención universaliza el sistema de protección y como señala su Artículo Primero: La protección prevista en la presente Convención dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Por lo tanto, ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en menoscabo de esa protección". La Convención es administrada por la OMPI, con la participación de la UNESCO y la OIT, actualmente tiene 49 miembros. El período mínimo de protección establecido en la Convención es de 20 años a partir del año en que se da la fijación en un fonograma y a las interpretaciones.

6.4.3.- CONVENCIÓN UNIVERSAL DE GINEBRA (1952).

Convención que fue adoptada en 6 de setiembre de 1952, con la finalidad de armonizar las distintas convenciones, arreglos y tratados sobre derechos de autor, incluyendo a los países no se habían adherido a la Convenio de Berna.

Su Artículo I.- Cada uno de los Estados contratantes se compromete a adoptar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura grabado y escultura. Esta Convención fue revisada por única vez en 1971.

6.4.4.- ACUERDO GENERAL DE TARIFAS Y ARANCELES (GATT)/ADPIC.

Acuerdo General de Tarifas y Aranceles (GATT), Se inició en la última Ronda de Uruguay en 1987 y concluyó en 1993 con la participación de alrededor de cien países sobre los siguientes principios. Sherwoo, Robert (1992). Primero, si cualquiera de esos países reduce las barreras específicas al comercio, pondrá en general esas reducciones al alcance de todas las otras partes del acuerdo. Segundo, la protección de la industria local en las partes contratantes (países miembros) se ha de alcanzar mediante aranceles aduaneros y no por medio de otras medidas con influencia sobre el comercio, como cuotas, subsidios, valuaciones aduaneras distorsionadas y otras prácticas restrictivas no justificadas. Tercero, si se otorga una concesión arancelaria a otros países, no puede ser retirada sin ofrecer una compensación. Es un tratado que tiene por finalidad uniformar los sistemas arancelarios y tarifarios de los países miembros, dentro del aspecto netamente comercial sobre los derechos intelectuales, es decir, de aquella parte que puede ser objeto de transacción económica, se menciona al software, las bases de datos y las obras cinematográficas. Este capítulo fue denominado como el Trade Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS), y trata básicamente del copyright, o el respeto a los derechos patrimoniales del autor.

Posteriormente, en 1995 entra en vigencia el Acuerdo Internacional sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), como parte de la Organización Mundial del Comercio (OMC), confirmando así "el tremendo valor de los productos de la mente y su papel en el comercio" Sherwood, Robert (1992). En base a este acuerdo, los

países miembros están obligados a prever en su legislación una protección más amplia pero no inferior a la exigida en el mismo (Art. 1). Se fijan distintos plazos para que los países miembros adecuen sus legislaciones. Así tenemos que alrededor de los 30 países miembros más desarrollados adecuaron sus legislaciones durante 1995, en tanto que los países en desarrollo, el plazo venció a los cinco años de vigencia, el 1 de enero del 2002. Posteriormente, luego de la frustrada reunión de Seattle (diciembre 1999), en la cumbre Ministerial de Doha, Qatar, el período de transición se extendió hasta el 1.1.2016. La nueva ronda multilateral de negociaciones comerciales, iniciada en enero del 2002 incluye a más de 140 países, entre ellos los tigres del Asia, China y Taiwán.

En el caso de América se viene negociando el ALCA, el mismo que pretende establecer una zona de libre comercio desde Alaska a Tierra del fuego. Félix Rozanski (2002) afirma: "Sólo recientemente se está tomando conciencia en la región del papel que puede cumplir la propiedad intelectual como factor para el crecimiento. Los valores espirituales y culturales de las creaciones, en particular de las literarias y musicales, tienen un fuerte arraigo en nuestro medio, pero los aspectos económicos y comerciales relacionados con la creación y la innovación en bienes y servicios son menos conocidos".

6.5.- LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DE AUTOR - CONEXOS.

A partir del advenimiento de la civilización, el acrecentamiento de la propiedad ha sido inmenso, sus formas cada vez más diversificadas, la última en llegar ha sido la Propiedad Intelectual, con una naturaleza compleja y escurridiza, a tal punto que la mente humana se siente aturdida en presencia de su propia creación.

Llegará el día, sin embargo, en que el intelecto humano se eleve hasta dominar la propiedad y defina las relaciones con la propiedad que salvaguarda. Los intereses de la sociedad son mayores que de los individuos y deben colocarse

en una relación equitativa y equilibrada. El destino final de la humanidad no ha de ser una mera carrera hacia la propiedad, si es que el progreso ha de ser la ley del futuro como la del pasado.

Las primeras formulaciones jurídicas de los Derechos Fundamentales se realizaron en Inglaterra a finales del siglo XVII en la denominada “Bill of Rights” en 1689, posteriormente en Estados Unidos con las Constituciones Estatales, y en Francia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Con el transcurrir de los años, y las demandas sociales, los Derechos Fundamentales han sufrido cambios. Cierta sector de la doctrina, sólo con fines metodológicos, habla de la existencia de varias generaciones de Derechos Fundamentales, según el momento histórico en los que aparecieron, o por la naturaleza de los mismos.

Históricamente los primeros derechos en ser garantizados por los textos positivos fueron los conocidos como civiles y políticos, con auspicio de la Revolución Francesa de 1789, y del *Ius Naturalismo Racionalista*. Consisten fundamentalmente en una delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo, pues al ser derechos de libertad, estos imponen al poder público una obligación de abstención.

Posteriormente llegarían, con la Revolución Bolchevique de 1917 y los movimientos que se inspiraron en él, los derechos de segunda generación, entre los cuales destacan los derechos económicos, sociales y culturales; los mismos que se caracterizan por ser derechos prestacionales, esto es implican una actitud activa del poder público que debe realizar acciones concretas para hacerlos efectivos. Esta generación de derechos, tiene importancia por cuanto algunos de ellos tienen una vinculación estrecha con los derechos de propiedad intelectual (y por lo tanto con los Derechos de Autor y Conexos); dejando presente que lo afirmado no excluye la circunstancia que los derechos intelectuales también se encuentran vinculados con otras generaciones de derechos humanos.

Con la presencia en el firmamento jurídico de la tercera generación de Derechos Fundamentales, que son los derechos colectivos y que también tienen vínculos con la propiedad intelectual; se daría a conocer la cuarta generación, conocida como la de los derechos difusos.

La clasificación de los Derechos Fundamentales en “Generaciones”, no significa, que éstos tengan compartimientos estancos, y que correspondan a generaciones que surgen y mueren, como las modas que son por naturaleza pasajeras, y además que no tengan relación entre sí, a tal punto no es así, que la conferencia de Derechos Humanos de Teherán, del año 1968, proclamó la indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos, destacando que los derechos civiles y políticos no pueden ser realizados en forma cabal sino existe un goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

La Declaración y Programa de Acción de Viena, originada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de Junio de 1983, establece que:

“Todos los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí, la Comunidad Internacional debe tratar los derechos de manera global, de manera justa y equitativa y dándoles a todos un mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales así como los diversos patrimonios históricos además los Estados tienen el deber, sean cuales fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Las intersecciones entre los Derechos Humanos y la Propiedad Intelectual, se dan en los denominados derechos de segunda generación (económicos, sociales y culturales) como el derecho a la: cultura, educación, y salud; es necesario advertir que éstos gozan de plena efectividad, y el hecho que el artículo segundo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expresamente haga mención de un supuesto carácter progresivo, no significa que sean sólo aspiraciones o enunciados generales. En ese

sentido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de diversas observaciones, ha destacado como dentro de las obligaciones, generadas por el Pacto en comento, existen muchas que deben cumplirse en forma inmediata. En el Perú es evidente que los derechos sociales son auténticos derechos, plenos y eficaces que constituyen una garantía para la democracia y el goce efectivo de los derechos.

La Propiedad Intelectual, comprende a los derechos que protegen el resultado de una actividad creativa, que no debe confundirse con la forma a través de la cual se exteriorizan en su soporte material. Sin embargo, también debemos tener presente que la expresión “Propiedad Intelectual”, no tiene un sentido unívoco, por el contrario tiene diversos alcances en las legislaciones. No obstante las diferencias de entendimiento, en la actualidad hay una corriente de confluencia para comprender dos grandes áreas en la Propiedad Intelectual: Los derechos de autor, y propiedad industrial. Por otro lado, este concepto alcanzaría dimensión mundial, con la creación en el Convenio de Estocolmo de 1967, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en calidad de organismo de las Naciones Unidas con competencia en materia de invenciones, diseños industriales, signos distintivos, obras literarias y artísticas, interpretaciones y ejecuciones artísticas, producciones fonográficas y emisiones de radiodifusión, es decir que dicha entidad actúa en temas de propiedad industrial, derechos de autor y derechos conexos.

Dado el actual rol protagónico de la propiedad intelectual en la economía mundial, existen un sinnúmero de instrumentos internacionales sobre esta rama del Derecho, tanto más que las tendencias actuales determinan la integración comercial de los países, para lo que se celebra acuerdos entre éstos, en los que siempre uno de los temas es precisamente el de la propiedad intelectual que ha sido establecida o delineada para proteger la protección de la novedad, originalidad y rasgos meritorios de las mismas de las ideas en abstracto.

La Propiedad Intelectual es un Derecho Humano, el fundamento se encuentra en los aspectos constitutivos del ser humano, y ésta es inherente a la persona

debiéndose por lo tanto proteger adecuadamente a los derechos intelectuales para permitir un desarrollo adecuado e integral de la persona. No obstante ello, además la Propiedad Intelectual repercuten directamente en la vigencia y desarrollo adecuado de otros derechos humanos.

Los derechos de autor protegen fundamentalmente la forma de expresión mediante la cual las ideas del autor son descritas, desarrolladas, explicadas o incorporadas a las obras del ingenio. La protección a las obras tiene lugar prescindiendo de su mérito, género o finalidad, interesa la originalidad. Los derechos de autor son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no está supeditado al registro o trámite de ninguna naturaleza.

El contenido de los derechos de autor amplio y comprende dos clases de derechos, los morales y patrimoniales. Los primeros son irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles, y consisten en: reivindicar la paternidad de la obra; mantener la obra inédita; exigir que se mencione el nombre del autor o su seudónimo cada vez que se utilice la misma; oponerse a deformaciones, mutilaciones o modificaciones de la obra; acceder al ejemplar único o raro de la misma que se encuentra en posesión de un tercero. Interesa resaltar que pese a que la persona jurídica puede ser titular de los Derechos de Autor solamente la persona natural puede ser autor. Los derechos patrimoniales versan sobre la explotación de la obra.

Los Derechos Conexos a los Derechos de Autor, tienen una vinculación íntima con los Derechos Humanos, y es coherente predicar de ellos lo que hemos referido al ilustrar la relación entre los derechos humanos y los derechos de autor. En muchos casos la obra del autor, es conocida y por tanto incorporada a la cultura a través de la actividad de terceras personas: artistas, intérpretes y ejecutantes, quienes por la naturaleza de sus actividades y el indudable aporte que realizan con su accionar, son objeto de protección de los derechos intelectuales, siempre y cuando el aporte tenga algún grado de originalidad. Naturalmente su situación jurídica no es exactamente igual a la de

los autores propiamente dichos por lo que los derechos que les corresponden se denominan “conexos”.

6.5.1.- LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD.

Los primeros instrumentos internacionales que se refirieron al derecho a la identidad, circunscribieron el mismo a la necesidad imperiosa que toda persona sea dotada de un nombre que le permita distinguirse de los demás y que éste sea registrado en un archivo público especial para estos fines. Instrumentos normativos más recientes como la Convención sobre los Derechos del Niño suscrita el 20 de Noviembre de 1989 en Nueva York, amplían el ámbito de este derecho y señalan que la identidad de la persona va más allá de lo indicado y que se extiende al derecho de contar con una nacionalidad e incluso alude en forma expresa a las relaciones familiares.

Esta noción del derecho a la identidad de las personas no debe ser entendida en sentido literal, sino que debemos interpretar la misma en la forma que permita más adecuadamente comprender e identificar las diversas circunstancias y elementos de carácter social, político, cultural y económico, que generan que una persona tenga unas determinadas características que constituyen su núcleo esencial como ser humano.

Los derechos de autor, como se ha mencionado, protegen la forma de expresión de las ideas que constituyen las obras, lo que para el caso puntual reviste trascendental importancia pues las manifestaciones artísticas, literarias, cinematográficas, científicas, constituyen aportes significativos en la vida de la comunidad, que influyen directamente en los miembros de ella, transmitiendo valores e ideas, que van a constituir en elementos constitutivos de la identidad de las personas.

El derecho a la identidad, en cuya vigencia apropiada tienen un rol protagónico los derechos de autor, ha adquirido en la actualidad relevancia pues el mundo exige el respeto a la pluriculturalidad, la cual incluso ha merecido el

reconocimiento por parte de textos constitucionales (en el caso Peruano en los Artículos 2° *Toda persona tiene derecho:* Numeral 19: “A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”, y 149° de la Constitución).

6.5.2. LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL DERECHO A LA CULTURA.

En la clasificación de los Derechos Fundamentales por Generaciones, el derecho a la cultura, es de la segunda generación, son derechos consagrados en normas jurídicas, y por tal carácter prescriptivo, derecho exigible por los seres humanos. Un desarrollo integral del ser humano no puede darse negando el acceso a la cultura. Por lo tanto, los derechos de autor constituyen un vehículo que permite al ser humano acceder a la cultura, toda vez que tutelan la creación intelectual, e incentivan las manifestaciones artísticas y literarias, y ello no sería, posible en los términos que hoy conocemos, sin un sistema normativo apropiado que permita dar seguridad jurídica a los artistas y personas en general, estando a que los derechos morales protegen la autoría de la obra y los patrimoniales permiten que el autor pueda generarse recursos económicos. La relación entre la cultura y los derechos intelectuales se encuentra en la esencia misma de la protección de los derechos autorales, incluso podemos afirmar que el Convenio de Berna de 1886, que es un instrumento pensado para la protección de los Derechos de Autor, contiene disposiciones que terminan siendo protectoras del derecho a la cultura.

El concepto de cultura, inicialmente fue restringido en cuanto a su amplitud, sin embargo a tenido una evolución que ha significado la expansión de dicho concepto. Actualmente no es posible hablar de cultura sin considerarla como un patrimonio de las mayorías, un verdadero conjunto de expresiones sociales, de formas de vida (entendiéndose como parte de aquella las costumbres, prácticas, religión, normas de comportamiento). La cultura, rescatada en su verdadera expresión de identidad de los seres humanos y como factor esencial de la evolución socio – histórico de los pueblos, reviste una singular trascendencia a tal punto que la Organización de las Naciones

Unidas creó en el año de 1945 la denominada Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Dicha entidad fue creada para *"Contribuir a la conservación de la paz y de la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones con el fin de asegurar el respeto universal de la justicia, de la ley, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, de sexo, de idioma o de religión, que la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos"*.

Por otro lado, el Congreso de Hamburgo de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores realizado en 1956 aprobó la "Carta del Derecho de Autor", que entre otras cosas, señala: *"Es preciso evitar el confundir la idea de protección de los intereses generales que implica la libre difusión de la cultura y de la información, con la idea de la protección de los intereses industriales y comerciales que se derivan de la explotación de las obras del espíritu. El interés del autor es ver sus obras divulgadas lo más extensamente posibles y es protegiendo la creación intelectual en su origen como se favorece de la manera más eficaz el desarrollo general de la cultura y su difusión en el mismo"*.

El derecho a la cultura, se encuentra consagrado en los siguientes instrumentos jurídicos internacionales:

Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.

"Artículo 27"

1. *Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.*
2. *Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora"*.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

"Artículo 15"

1. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:*
 - a) *Participar en la vida cultural;*
 - b) *Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;*

c) *Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*

2. *Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.*

3. *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.*

4. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”.*

El Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prescribe:

“Artículo 14.- Derecho a los Beneficios de la Cultura:

1. *Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:*

a. *participar en la vida cultural y artística de la comunidad;*

b. *gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;*

c. *beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*

2. *Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.*

3. *Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.*

4. *Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.”*

En el Perú, el artículo 2º numeral 19 de la Constitución Política, resalta la importancia de la cultura como derecho fundamental de la persona, explícitamente afirma el derecho a la identidad propia de cada grupo, reconoce y protege la diversidad cultural y étnica. Debe concordarse con los Arts. 15º, 2º párrafo, referido al derecho del Educando a una formación que respete su identidad, y 17º 4º párrafo, que establece la educación bilingüe intercultural, de acuerdo a cada zona, preserva las diversas culturas y lenguas del país. La cultura es un elemento esencial de la identidad de toda persona.

6.5.3. LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación es un derecho humano de segunda generación, el fundamento que sostiene es permitir a todas las personas el desarrollo de una armónica relación con sus congéneres, la explotación óptima de sus potencialidades y la consecución de las expectativas de vida en el marco del respeto y absoluto conocimiento de los derechos del hombre.

La educación entendida como un proceso de retroalimentación destinado a compartir los elementos culturales que constituyen los pilares de una sociedad tiene y tendrá una relevancia suprema frente al desarrollo –político, social y económico- de los pueblos y a la prevalencia de un estado de paz. Los procesos educativos forman e informan a los ciudadanos, dotan de identidad, y con las herramientas necesarias podrán iniciar, desde temprana edad, su proceso de integración social y fomento de la ciencia y la creación artística.

La sociedad siente la necesidad de contar con instrumentos jurídicos que alienten la producción intelectual, y dar seguridad jurídica a la creación, en ese sentido los Estados cuentan con un sistema de derechos de autor. El derecho a la educación, como cualquier derecho humano, es interdependiente y complementario con los otros, pero especialmente podemos apreciar este particular con los derechos a la identidad y cultura.

Los sistemas de protección a los intereses de los autores, que así como constituyen un incentivo para éstos, pueden llegar a convertirse en trabas para la circulación del conocimiento y de las expresiones culturales atentando por tanto contra los derechos fundamentales referidos. Sin embargo esta apreciación que, a priori, pareciera ser fundamentada carece de asidero, pues los sistemas de protección a los derechos de autor no son conjuntos normativos rígidos e inflexibles, sino que al contrario efectivamente cumplen con el postulado de considerar a la persona como el centro de la actividad normativa, y por tanto contienen disposiciones expresas que facultan, sin lesionar los derechos de autor, la utilización de las obras en ciertas

circunstancias en que un bien jurídico superior al derecho del autor lo exige. En esa línea de ideas, siempre que se respeten los usos honrados y no atenten a la normal explotación de la obra ni causen perjuicio al titular de los derechos, se permite: **1)** La inclusión en una obra de fragmentos de obras ajenas, cuando se realiza a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. **2)** Utilización que sólo podrá efectuarse con fines docentes y de investigación. **3)** La ejecución de obras musicales en actos oficiales de instituciones del Estado o ceremonias religiosas, de asistencia gratuita. **4)** La reproducción, distribución y comunicación pública de artículos y comentarios sobre sucesos de actualidad y de interés colectivo difundidos por medios de comunicación social siempre que se mencione la fuente y nombre del autor. **5)** La difusión por la prensa o radiodifusión con fines informativos de conferencias, discursos y obras similares divulgadas en reuniones públicas sobre asuntos de interés general. **6)** Las lecciones y conferencias dictadas en universidades, colegios y escuelas y centros de educación podrán ser recogidas por las personas a quienes van dirigidas para su uso personal. **7)** La reproducción o comunicación de una obra divulgada para actuaciones judiciales o administrativas.

El derecho a la educación se encuentra contemplado y protegido en instrumentos de carácter internacional de Derechos Humanos tales como: La Declaración de los Derechos Humanos (artículo 26)

“Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus Hijos”.

Asimismo esta reconocido en El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13) y el Protocolo de San Salvador (artículo 13).

6.5.4.- LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.

El derecho a la información constituye un derecho fundamental que encierra indiscutiblemente la capacidad que tiene todo hombre de comunicarse libremente, receptor o difundir un hecho para propiciar su desarrollo vital y una cabal práctica de la democracia en términos de respeto a las libertades y el cumplimiento de obligaciones. En este punto podemos resaltar que el derecho a la información supone dos facetas: una individual, referida como una libertad fundamental de todo ser humano para expresarse sobre su realidad, y otra colectiva, que se proyecta al plano institucional o corporativo (circunscrito a los medios de comunicación colectiva).

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 establece:

“Artículo 19.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

El Pacto de San José de Costa Rica, regula este Derecho:

“Artículo 13. Numeral 1: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier procedimiento de su elección”.

El derecho a la información en su relación con el derecho de autor se encuentra en una circunstancia similar, a los derechos humanos de acceso a la cultura, y educación; teniendo aspectos controvertidos, esto es se presentan casos para determinar si se trata de intereses contrapuestos o constituyen intereses en armonía. La regulación jurídica de derechos de autor en relación a la información, logra el punto medio de equilibrio y equidad, por cuanto el derecho de autor no es absoluto y tiene limitaciones expresadas en circunstancias que corresponde detallar a cada legislación, ponderando los intereses en juego.

Como marco jurídico internacional, el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas en su artículo 9°. 2 reserva a las legislaciones internas de los miembros de la Convención permitir la reproducción de las

obras en casos especiales siempre y cuando esto no cause un perjuicio injustificado para el autor.

Recordemos también que el Tratado de la Organización de Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor de 1996, en su Preámbulo formula la necesidad de mantener un equilibrio entre el derecho de los autores y los intereses del público en general en el ámbito educativo y el acceso a la información.

Por lo tanto, no existe, un obstáculo creado por el derecho de autor, para que la información no pueda ser buscada, recibida y comunicada, libremente, a condición que ello se cumpla dentro de ciertos parámetros, pues de lo contrario las obras del intelecto humano no se encontrarían tuteladas.

6.5.5.- LAS EXPRESIONES DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL PLURALISMO JURIDICO Y LOS DERECHOS HUMANOS.

Las expresiones del pluralismo jurídico han sido abordadas para su protección a través del sistema de derechos de autor, sin embargo en la actualidad la opinión mayoritaria es que se tratan de expresiones sui géneris que deben ser protegidas como tales.

Generalmente, los países en vías de desarrollo suelen tener un gran acervo de expresiones de esta clase que, por razones inherentes a su calidad de países no desarrollados, no pueden preservar o promover con la eficacia deseada. Afortunadamente, existe en las diversas latitudes del mundo conciencia de la necesidad de proteger a las expresiones de creación de las diversas naciones no occidentales (que coexisten en los Estados Modernos, con la sociedad occidental, como es el caso del Perú), e impedir que estas creaciones sean desnaturalizadas, o atribuidas a quienes nada tienen que ver con las mismas.

En el orden internacional, el Acta de París de 1970 del Convenio de Berna establece en el artículo 15 una disposición introducida en la Revisión de Estocolmo de 1967 referida a las obras no publicadas en que resulte

desconocida la identidad del autor, disposición que en opinión de cierto sector de la doctrina especializada, tiene por objeto la protección de las obras de las minorías que conforman las naciones no occidentales, aunque no lo mencione explícitamente por la dificultad de definir las con exactitud. La mencionada disposición, establece tres requisitos: debe ser una obra no publicada, de autor desconocido y todo debe hacer suponer que el autor es nacional de un país del Convenio de Berna.

En 1982 un Comité de expertos reunido en Ginebra por parte de UNESCO y de la OMPI aprobó las disposiciones tipo para la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras explotaciones lesivas. Por expresiones del folclore debemos entender a las manifestaciones culturales del pluralismo jurídico. En estas disposiciones se utilizan los términos expresiones y producciones del folclore, para destacar que se trata de disposiciones sui generis y diferenciarlas del derecho de autor. Se hace alusión al patrimonio artístico, exceptuando de las manifestaciones del folclore a las creencias y leyendas. Se aceptan que las expresiones del folclore puedan expresarse mediante palabras, sonidos, movimientos corporales o expresiones incorporadas en objetos materiales. Como excepciones se señalan y por tanto constituyen utilizaciones lícitas de las expresiones del folclore sin algún tipo de autorización de autoridad competente o de comunidad involucrada: **1)** Las actividades pedagógicas, **2)** Las utilizaciones con fines de ilustración, **3)** La toma de elementos del folclore para la creación de una obra original; y **4)** La utilización incidental.

En el ámbito de los derechos humanos la protección a las expresiones del folclore se encuentran relacionadas directamente con los denominados derechos colectivos o de tercera generación. Estos derechos colectivos, comenzaron a tener relieve en la segunda mitad del siglo XX, en tal sentido en 1957 se adoptó el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, que regula sobre pueblos Indígenas y Tribales, no obstante ello, formalmente se tiene como punto de inicio de esta generación de Derechos a la Declaración Universal de los Pueblos de Argel de 1976. Para referirse a esta generación de derechos algunos autores utilizan las expresiones “derechos étnicos” o

“derechos de la solidaridad”. Los derechos colectivos se caracterizan por pertenecer a comunidades que tienen elementos en común como costumbres, territorio, lengua, entre otros, que deben ser respetados y conservados por lo que se denomina “civilización occidental” por tanto protegen a las diversas culturas del “universalismo”.

En el Perú, la constitucional de 1993 introdujo en el artículo 149°, el pluralismo jurídico, en reconocimiento expreso del carácter pluricultural y multiétnico, lo que sin duda resalta a primer plano un aspecto central de la sociedad peruana.

El Derecho a la propiedad intelectual de los conocimientos ancestrales, constituye uno de los tópicos de mayor debate en la actualidad por los expertos en propiedad intelectual, pues el inmenso valor de los bienes intelectuales atribuidos a conocimientos ancestrales hacen que el tema se encuentre en constante estudio y debate. La propiedad intelectual es sumamente amplia y recoge diversos aspectos, evidentemente en el tema que nos ocupa fundamentalmente las referencias deben hacerse a derechos de autor, patentes y obtenciones vegetales. Con todo, es pertinente resaltar que en el Perú, el artículo 2° numeral 19 de la Constitución Política vigente, resalta la importancia de la identidad étnica y cultural, asimismo que el Estado *“reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”*, como derechos fundamentales de la persona, explicitando la naturaleza plurinacional del Estado Peruano.

En desarrollo de este derecho de los pueblos indígenas, negros o afroperuanos encontramos las siguientes normas que forman parte del ordenamiento jurídico peruano:

La Decisión 486, de la Comisión de la Comunidad Andina, prescribe en:

“Artículo 3.- *Los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese*

material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional”.

Más adelante, en la misma Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, se regula el contenido de solicitud de una patente

“Artículo 26.- i) De ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, negra o afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes”.

6.6.- LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

Previo a la mención de los instrumentos, es pertinente referirse sobre la naturaleza de estos instrumentos. Dos de ellos son Declaraciones, esto es en sentido estricto no son Tratados Internacionales, sin embargo es indudable que son fuente del Derecho Internacional. Existen varias fuentes, como es sustentable no sólo en la doctrina, sino también en normas internacionales, así el Artículo 38 del Tratado relativo a la Corte Internacional de Justicia, prescribe como fuentes del Derecho Internacional, las siguientes: Convenciones, costumbre internacional, principios Generales de Derecho Internacional, las decisiones judiciales y la doctrina. El contenido de esta norma no es más que la reproducción del Artículo 38 del Tratado de la Corte Permanente de Justicia Internacional y contiene la misma enumeración a la que se refería la Décimo Segunda Convención de La Haya de 1907. Además la doctrina enseña que existen otras Fuentes del Derecho Internacional, como son las resoluciones de la Corte Internacional de Justicia, la legislación Internacional y el acto unilateral.

En materia de Derecho Internacional ocupan un lugar destacado los principios generales del derecho, que son aplicables en orden a las relaciones internacionales de cada época o situación histórica. Son válidas

independientemente que sean o no recogidas por las fuentes formales de creación del Derecho Internacional.

Por su parte el Artículo 53° de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, regula en relación a las denominadas normas de ius cogens, prescribiendo que son: “normas imperativas de derecho internacional general, es una norma aceptada y reconocida por la comunidad general de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter”.

El artículo 103° de la Carta de Organización de las Naciones Unidas, otorga primacía a este instrumento internacional respecto de los diversos convenios que puedan suscribir los Estados cualquiera fuera la naturaleza de éstos. Dicha disposición es del siguiente tenor: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas, en virtud de la presente carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquiera otro Convenio Internacional prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente carta”.

6.6.1.- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de Bogotá de 1948.

Prescribe,

“Artículo XIII: Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.”

6.6.2.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Norma del 10 de Diciembre del citado año, regula en su:

“Artículo 27.1: Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

Es indudable, en la actualidad, el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 a pesar que ésta no es formalmente un Tratado Internacional.

6.6.3.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, norma de 1969, en el Capítulo III, denominado de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

“Artículo 26. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

6.6.4.- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".

Consagra, entre otros, los derechos a la cultura, a la salud, y a la familia. En cuanto al Protocolo de San Salvador, por su categoría jurídica se puede afirmar es accesorio al Pacto de San José de Costa Rica.

6.6.5.- LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS DERECHOS HUMANOS.

La propiedad intelectual, elevada al rango de derecho humano, ha motivado el tratamiento de éstos por parte de organismos especializados, así la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, creó a través de su Asamblea General en el año 2000, el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore; con el objeto de contar con un foro internacional de debate acerca de los derechos intelectuales, los conocimientos internacionales, los recursos genéticos y las expresiones culturales tradicionales.

Los Estados miembros de la OMPI, son por propio derecho, miembros del referido Comité Intergubernamental, en este importante foro se acepta en calidad de observadores a organizaciones no gubernamentales regionales e internacionales y a organizaciones y entidades que han sido admitidas como observadores ad hoc destacándose que existen más de un centenar de Organizaciones no Gubernamentales, en calidad de observadores. Otro punto, digno de destacar es que los Estados miembros han permitido la participación directa de comunidades locales, y de representación indígena.

Por otra parte, la subcomisión de Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos expidió la resolución 2001/21 sobre Derechos de Propiedad Intelectual y Derechos Humanos en la cual entre otras consideraciones se hacen las siguientes: Se destaca que conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales debe protegerse los intereses morales y materiales de la persona por razones de las producciones científicas, literarias y artísticas con sujeción a las limitaciones del interés público. Se destaca el interés de proteger los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Se hace hincapié a las salvaguardas de la diversidad biológica y los conocimientos autóctonos respecto de ella. Se pide a los gobiernos que integren en sus políticas nacionales y locales, normas acordes con las obligaciones y principios internacionales, en materia de derechos humanos, que protejan la función social de la propiedad intelectual.

6.7.- ADHESIÓN A LOS PRINCIPALES CONVENIOS INTERNACIONES SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE.

6.7.1.- CONVENIOS INTERNACIONES SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Argentina.- Convenio de Berna, Convención de París, Convención de Ginebra, PCT, UPOV Y Convención de Roma

Bahamas.- Convenio de Berna, Convención de París

Barbados.- Convenio de Berna, Convención de París, Convención de Ginebra, PCT

Y Convención de Roma.

Bolivia.- Convenio de Berna, Convención de París y Convención de Roma

Brasil.- Convenio de Berna, Convención de París, Convención de Ginebra, PCT y Convención de Roma.

Canadá.- Convenio de Berna, Convención de París, PCT, UPOV y Convención de Roma.

Chile.- Convenio de Berna, Convención de París, Convención de Ginebra, UPOV Y Convención de Roma

Colombia.- Convenio de Berna, Convención de Ginebra y Convención de Roma.

Costa Rica.- Convenio de Berna, Convención de París, Convención de Ginebra, y Convención de Roma.

Cuba.- Convención de París

Ecuador.- Convenio de Berna, Convención de Ginebra y Convención de Roma.

El Salvador.- Convenio de Berna, Convención de París, Convención de Ginebra Y Convención de Roma.

Guatemala.- Convención de Ginebra y Convención de Roma

Guyana.- Convenio de Berna, Convención de París, Convención de Ginebra

Haití.- Convenio de Berna, Convención de Ginebra

Honduras.- Convenio de Berna, Convención de París, Convención de Ginebra y Convención de Roma.

Jamaica.- Convenio de Berna, Convención de Ginebra y Convención de Roma

México.- Convenio de Berna, Convención de París, Convención de Ginebra, PCT y Convención de Roma

Panamá.- Convención de Ginebra y Convención de Roma

Paraguay.- Convenio de Berna, Convención de París, Convención de Ginebra y Convención de Roma

Perú.- Convenio de Berna, Convención de París, Convención de Ginebra y Convención de Roma

Rep. Dominicana.- Convención de Países y UPOV.

Surinam.- Convenio de Berna, Convención de Países

Trinidad y Tobago.- Convenio de Berna, Convención de Países, Convención de Ginebra y PCT.

USA.- Convenio de Berna, Convención de Países, Convención de Ginebra, PCT y UPOV.

Uruguay.- Convenio de Berna, Convención de Países, Convención de Ginebra, UPOV y Convención de Roma

Venezuela.- Convenio de Berna, Convención de Países, Convención de Ginebra PCT.- Tratado de Cooperación de Patentes

UPOV.- Unión para la Protección de las Obtenciones Vegetales.

Fuente.- WIPO, Industrial Property and Copyright, Enero, 1996.

Países signatarios de las primeras Convenciones interamericanas sobre propiedad industrial.

Argentina Montevideo 1889 y Buenos Aires 1910 Patentes y marcas
Bolivia Montevideo 1889, Buenos Aires 1910, Bolivariano 1911, Santiago 1923 Patentes y marcas

Brasil Río de Janeiro 1906 , Buenos Aires 1910 sobre patentes y marcas
Colombia Bolivariano 1911- patentes) Washington 1929 (marcas)
Chile México 1902 , Río de Janeiro 1906, Bolivariano 1911 sobre Patentes y marcas

Ecuador Río de Janeiro 1906 y Buenos Aires 1910, Bolivariano 1911 sobre Patentes y marcas

Paraguay Montevideo 1889, Buenos Aires 1910, Santiago 1923 sobre patentes y marcas y Washington 1929(marcas)

Perú Montevideo 1889, Buenos Aires 1910, Bolivariano 1911 sobre Patentes y marcas, Washington 1929 (marcas)

Uruguay Montevideo 1889, Buenos Aires 1910, Santiago 1923 sobre Patentes y marcas

Venezuela Bolivariano 1911 (patentes)

Fuente: INTAL/BID, 1987, basado en Organización de los Estados Americanos, OEA/SER X/11 (1973).

6.7.2.- RÉGIMEN COMÚN SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS DECISIÓN N° 351 DE LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA.

En los países del Grupo Andino, las normas sobre propiedad intelectual han sufrido una serie de modificaciones sustanciales. Así tenemos que en octubre de 1993, se reemplazó la Decisión 85 de 1974, por la Decisión 344 , la misma que regula las patentes; los modelos de utilidad, los diseños industriales, los secretos industriales, las marcas y las denominaciones de origen. La Decisión 351, previo a la firma de este acuerdo se llevó a cabo la Ronda de Uruguay en los años 1987 y 1993, este régimen se aprobó en Lima, diciembre de 1993, que trata íntegramente del Derecho de Autor y demás derechos conexos aplicado a todas "las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico", incluye una normativa especial para las bases de datos y los programas de computación los que en base al Acuerdo ADPIC (TRIPS), son considerados obras literarias.

Se caracteriza por ser un Tratado de carácter regional, se le llamó también Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Uno de sus objetivos fue uniformizar las legislaciones sobre la materia en los diferentes países miembros del Acuerdo de Cartagena, así como eliminar las barreras entre las legislaciones sobre derechos de autor y derechos conexos de los países miembros. Fue el antecedente inmediato a la nueva ley de Derecho de Autor en el Perú, cuya estructura no difiere sustancialmente al contenido del tratado en mención, salvo algunos casos cuya modificación se dio en la norma interna, así tenemos:

- El Decreto Leg. 822, Art. 40°, a diferencia de la Decisión 351 exceptúa del decomiso en fronteras, a aquellas "mercancías piratas" que "se encuentran en transito", modificación que ha sido criticada.
- El Decreto Leg. 822, Art. 43 literal f), elimina el pago de remuneración a las reproducciones lícitas, el mismo que en la Decisión 35, artículo 22 si contempla este pago al señalar "sin la autorización del autor y sin pago de remuneración alguna". Frente a esta contradicción en las normas, considerando la primacía de la Decisión 351 sobre la ley interna, prima el tratado en mención.

- Sobre la gestión colectiva, el Decreto Leg. 822 no contempla los contratos de representación celebrados con las sociedades de gestión del extranjero, hecho que si esta contenido en la Decisión 351, pero, frente a esta omisión prima la norma comunitaria.

Los puntos más importantes de la Decisión 351 son: Del alcance de la protección. De los titulares de derechos. Del Derecho Moral. De los Derechos Patrimoniales. De la duración de la protección. De las limitaciones y excepciones. De los programas de ordenador y bases de datos. De la transmisión y cesión de derechos. De los Derechos Conexos. De la Gestión Colectiva. De las Oficinas Nacionales Competentes de Derecho de Autor y Derechos Conexos. De los Aspectos Procesales.

Consecuentemente, en lo sustancial la ley de Derecho de Autor en el Perú, incluye los mismos contenidos que el tratado antes mencionado.

6.8.- CONVENCIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO.

TRATADO DE MONTEVIDEO 1889.-

Se firma gracias a la influencia del Convenio de Berna, con la participación de diferentes países de América Latina, referido a la propiedad literaria y artística.

CONVENCIÓN DE MÉXICO 1902.-

Tuvo características muy similares al Tratado de Montevideo.

LA CONVENCIÓN DE RÍO DE JANEIRO 1906.-

Regula la protección internacional del derecho de autor y la propiedad industrial (patentes de invención, dibujos y modelos industriales, marcas de fábrica y comercio). Se constituye una Unión de las Naciones de América para centralizar el Registro de obras literarias y patentes, que se registran en cada una de las naciones signatarias.

LA CONVENCIÓN DE BUENOS AIRES 1910.-

Sobre derechos de autor y su protección legal.

EL ACUERDO DE CARACAS, 1911.-

Sanciona a los usurpadores de la propiedad literaria o artística.

LA CONVENCION DE LA HABANA, 1928.-

Para la protección de las obras del autor.

SEGUNDO TRATADO DE MONTEVIDEO, 1939.-

Para las obras del intelecto, reconocimiento del derecho moral de los autores.

CONVENCION DE WASHINGTON, 1946.-

Los expertos reunidos en Washington, acuerdan:

- a. Se utiliza "derecho de autor" en ves de "propiedad literaria artística"
- b. Se protegen las obras inéditas
- c. Se habla de derechos reservados

Su aplicación fue desplazado por la adhesión al Convenio de Berna y la Convención Universal.

6.9.- LEYES Y TRATADOS CONTRA LA PIRATERÍA ELECTRÓNICA EN EL NUEVO MILENIO.

6.9.1.- LEY DE DERECHOS DE AUTOR DEL MILENIO DIGITAL (DMCA).

La Digital Milleniun Copyright Act. Aprobado por el Congreso de los EE.UU. 1998, la misma que fue firmada por el presidente Bill Clinton, contiene la protección global contra la piratería electrónica. Otorga fuerza a los artistas y otros tenedores de derechos para combatir la piratería de música, películas y otras obras protegidas. Esta ley ha generado reacciones en contra, la acusan de otorgar excesivo poder a la industria, limitando los derechos de los consumidores y poniendo en peligro la innovación tecnológica, a su vez que los opositores sostienen que es una ley ineficaz e inconstitucional.

6.9.2.- TRATADO WCT.

Tratado adoptado en la Conferencia Diplomática de la OMPI, en diciembre de 199. Entró en vigencia en marzo del 2002, suscrito por más de 60 países, cuya finalidad es adaptar la protección de la propiedad intelectual al nuevo entorno digital. Protege a los autores, compositores y otros creadores en las áreas de la literatura, arte, música, películas, software y otras obras creativas. Los autores pueden beneficiarse de la protección jurídica en caso de distribución, alquiler comercial y comunicación al público de sus obras en la red.

6.9.3.- TRATADO WPPT.

Adoptado por la OMPI, entró en vigencia en mayo del 2002, suscrito y ratificado por 30 países. Sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Protege a los productores de fonogramas (incluyendo a los compact discs, cassettes y otras grabaciones musicales) producidas por empresas, incluye además a los artistas, intérpretes y ejecutantes, tales como cantores y músicos. Su objetivo es actualizar la protección internacional de derechos de autor y derechos afines en la era de Internet. Podrán beneficiarse de los derechos exclusivos de reproducción, distribución, alquiler comercial y puesta a disposición del público de sus interpretaciones, ejecuciones.

Ambos tratados tienen por finalidad establecer una base jurídica con dos finalidades:

- a) Proteger a los creadores de los piratas en el ciberespacio
- b) Convertir a Internet en una plataforma de la que puedan sacar provecho como "medio fiables para crear, distribuir y controlar el uso de sus obras en el entorno digital".

Kamil Idris, señala que estas normas se concibieron como barrera contra la violación sistemática de los derechos de autor que está barriendo los ingresos de la industria de la música. Se trata de velar por la protección de los creadores (artistas, compositores, escritores, músicos) frente a los piratas de Internet, son fundamentales para el futuro desarrollo de Internet, el comercio electrónico y la industria cultural y de la información.

La importancia de estos tratados es que van a permitir un adecuado comercio electrónico, porque entre otros, los dos tratados establecen un requisito de autorización por parte del autor, el productor de fonogramas y el intérprete

antes que una obra pueda "estar disponible" para la comunicación interactiva, como es el caso de colocarla en Internet. Los tratados requieren de protección contra ciertos actos que pretendan decodificar, eludir o eliminar medidas tecnológicas (acceso o controles de copiado), o información sobre administración de derechos (información sobre titularidad de derechos o plazos de licencias) que los titulares apliquen en sus obras o grabaciones. Finalmente, los tratados de la OMPI crean la protección legal a favor de las medidas de protección tecnológica (MPTs), o tecnología de control de accesos, que servirán para impedir la piratería cibernética

6.10.- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

En materia de tratados internacionales cabe destacar la labor de esta organización, en especial en los tiempos modernos. La OMPI es una organización internacional cuyo objetivo esencial es la de fomentar el uso y la protección de las obras del intelecto humano. Por cuanto considera que dichas obras, amplían las fronteras de la ciencia y la tecnología y enriquecen el mundo de la literatura y de las artes. Su labor permite mejorar la calidad de vida y su disfrute, además de generar riqueza para las naciones. OMPI con sede en Ginebra (Suiza) es uno de los 16 organismos especializados del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas. Tiene a su cargo la administración de 23 tratados internacionales que abordan diversos aspectos de la protección de la propiedad intelectual, conformada por 178 Estados miembros⁶⁷.

El mensaje del entonces Director General Kamil

Idris - Enero de 2002, señalaba entre otros puntos lo siguiente: La Comisión Asesora en materia de Políticas, de la OMPI, afirma lo siguiente:

"Los derechos de propiedad intelectual son un elemento esencial en el empeño de responder al imperativo de desarrollo para todos, que al final del siglo XX es la responsabilidad universal más importante que se plantea a la humanidad"

Continúa, uno de los mayores desafíos a los que la OMPI debe responder hoy es traducir en hechos concretos el potencial que ofrece la propiedad intelectual

⁶⁷ **BUSTA GRANDE, Fernando.** *"El Derecho de Autor en el Perú"*. Lima, Ed. Grijley, 1997, p.250.

como herramienta de desarrollo económico en el siglo XXI, si está asociada al desarrollo del capital humano, se traducirá en una sociedad bien preparada, competente y motivada y en una dinámica combinación al servicio de la creatividad y la innovación, la generación de ingresos, la promoción de inversiones, el enriquecimiento cultural, la prevención de la "fuga de cerebros" y el impulso de la salud económica. La brecha que existe entre los países desarrollados y las naciones en desarrollo, no puede considerarse por la falta de creatividad o innovación sino en la escasez de información difundidas sobre la propiedad intelectual y su potencial como instrumento al servicio del crecimiento económico. Si todas las naciones y sus dirigentes tomaran las medidas necesarias para integrar las políticas estratégicas de propiedad intelectual en sus planes de creación de riqueza, en pocos decenios disminuiría el actual desfase entre las economías basadas en los activos que ofrecen los conocimientos y el resto del mundo.

6.10.1.- ANTECEDENTES.

Un hecho que dio lugar a la necesidad de crear un organismo internacional que protegiera la propiedad intelectual fue en 1873, cuando se organizó la Exposición internacional de invenciones de Viena, a la que se negaron a asistir algunos expositores bajo el temor que sus ideas fueran robadas y que éstos pudieran utilizarse en otros países para fines comerciales. Es así que el año 1883, se adoptó el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, primer tratado internacional que permitía a los nacionales de un país obtener la protección en otros países para sus creaciones intelectuales patentes, marcas, dibujos y modelos industriales. El Convenio de París entró en vigencia en 1884, luego que se fusionaran las Oficinas Internacionales reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual. Dos años después en 1886, se adopta el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que tenía por objetivo otorgar la protección internacional a los nacionales de los Estados contratantes, así como controlar su uso y recibir un pago por el uso.

La Convención de Berna de 1886 para la protección de las obras literarias y

artísticas. "A los efectos del presente Convenio se entenderá por:

VIII. "Propiedad intelectual", los derechos relativos:

- A las obras literarias, artísticas y científicas.
- A las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión,
- A las invenciones en todos los campos de la actividad humana,
- A los descubrimientos científicos,
- A los dibujos y modelos industriales,
- A las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales,
- A la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

En 1893, se fusionan las oficinas administrativas tanto del Convenio de París y del Convenio de Berna, organización establecida en Berna (Suiza) más conocida por su sigla francesa de BIRPI, y precursora de la actual OMPI.

La Convención por la que se estableció la OMPI fue firmada en 1967 y entró en vigencia en 1970. Este organismo se convirtió en un organismo especializado de las Naciones Unidas el 17 de diciembre.

Reconoce que la propiedad intelectual abarca dos ramas: la propiedad industrial (patentes y otros derechos sobre inventos tecnológicos, marcas registradas, diseños industriales, nombres de origen, etc.) y los derechos de autor y otros derechos conexos (obras literarias, musicales y artísticas; filmes; actuaciones de intérpretes; fonogramas).

En 1974, la OMPI se constituyó en un organismo especializado del sistema de organizaciones de la Naciones Unidas, y por el año 1978, la Secretaría de la OMPI, señala su nueva sede en Ginebra. Con el desarrollo de las actividades relacionadas a sus objetivos(1996) la OMPI firma un acuerdo de cooperación con la Organización Mundial del Comercio (OMC).

6.10.2.- FUNCIONES Y OBJETIVOS.

La OMPI, tiene como objetivo esencial velar por la protección de los derechos de los creadores y los titulares de propiedad intelectual a nivel mundial, con la finalidad de fomentar el desarrollo industrial y cultural estimulando la actividad creadora y facilitando la transferencia de tecnología y la difusión de obras literarias y artísticas, de tal forma que será posible que la ciencia y la tecnología pueda incrementar su aporte al bienestar de la humanidad.

Entre sus funciones encontramos:

I. Fomentará la adopción de medidas destinadas a mejorar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo y a armonizar las legislaciones nacionales sobre esta materia;

II. Se encargará de los servicios administrativos de la Unión de París, de las Uniones particulares establecidas en relación con esa Unión, y de la Unión de Berna;

III. Podrá aceptar el tomar a su cargo la administración de cualquier otro acuerdo internacional destinado a fomentar la protección de la propiedad intelectual, o el participar en esa administración;

IV. Favorecerá la conclusión de todo acuerdo internacional destinado a fomentar la protección de la propiedad intelectual.

V. Prestará su cooperación a los Estados que le pidan asistencia técnico-jurídica en el campo de la propiedad intelectual.

VI. Reunirá y difundirá todas las informaciones relativas a la protección de la propiedad intelectual y efectuará y fomentará los estudios sobre esta materia publicando sus resultados;

VII. Mantendrá los servicios que faciliten la protección internacional de la propiedad intelectual y, cuando así proceda, efectuará registros en esta materia y publicará los datos relativos a esos registros.

VIII. Adoptará todas las demás medidas apropiadas.

6.10.3.- TRATADOS Y CONVENIOS QUE ADMINISTRA.

- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

- Convención Internacional (Convención de Roma) sobre la protección de los artísticas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.
- Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.
- Tratado de Nairobi sobre la protección del Símbolo Olímpico.
- Arreglo de Madrid relativo a la represión de las indicaciones de procedencia falsas o engañosas en los productos.
- Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT).
- Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite.
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT).
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

Los dos últimos tratados que administra la OMPI, responden a la necesidad de proteger los derechos de autor y los derechos conexos en el entorno de la red mundial (Internet), que con el desarrollo cada más sofisticado de las nuevas tecnologías de la información, las telecomunicaciones, como el magnetoscopio (fines de los setenta), la revolución digital (década de los ochenta), e Internet (en los años noventa), constituyen una verdadera amenaza a la protección de los derechos de autor. En la música, la tecnología ha facilitado la comprensión de archivos musicales, que son fáciles de cargar y descargar en Internet, así como almacenar en dispositivos móviles. En cuanto al material audiovisual, es mucho más fácil de copiar y de publicar en Internet en sitios web no autorizados. Se podría así piratear millones de copias. Por lo que el WTC y el WPPT, los tratados internacionales más reciente en este ámbito, contengan disposiciones especiales que prohíben eludir las medidas de protección tecnológica de las obras amparadas por el derecho de autor.

Este organismo promueve la aceptación más amplia de los tratados vigentes y su revisión, así como estimula la concertación de nuevos tratados y colabora en la preparación de leyes nacionales. Presta a su vez, asistencia técnico-jurídica a los países en desarrollo; reúne y divulga información, y mantiene servicios de registro internacional u otras formas de cooperación administrativa entre los Estados miembros de las "Uniones" que administra la OMPI y se

fundan en tratados, convenios y acuerdos que datan de 1883.

6.10.4.- ADMINISTRACIÓN Y FINANCIACIÓN DE SUS ACTIVIDADES.

La Conferencia está compuesta por todos los Estados miembros y una Asamblea General integrada por los mismos Estados que además pertenecen a la Unión de París o a la Unión de Berna. Los órganos directivos de la OMPI y las Uniones administradas por ella se reúnen por lo general en períodos conjuntos de sesiones para aprobar sus programas y presupuestos y para examinar y determinar políticas.

La mayor parte de su presupuesto (más de 200 millones de francos suizos por año) los cubre, con el aporte de los Estados miembros, representando tal contribución el 15% del total de sus presupuesto, y la diferencia del 85% lo constituyen los ingresos que genera los principales sistemas de registros. Cuenta además con un fondo de reserva especial que le permite financiar la inversión a largo plazo, tales como compra de equipo informático.

6.10.5.- REQUISITOS PARA SER ESTADO MIEMBRO.

Pueden ser miembro de la OMPI: **1)** Cualquier Estado miembro de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial o de la Unión de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias. **2)** Cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas o de cualquiera de sus organismos especializados, o del Organismo Internacional de Energía Atómica, o que sea parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; y **3)** Todo Estado invitado por la Asamblea General de la OMPI a convertirse en Estado miembro de la Organización.

Por consiguiente, únicamente los Estados pueden ser miembros de la OMPI. Para convertirse en miembro de la OMPI, un Estado debe depositar un instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Director General de la OMPI, en Ginebra. La Organización cuenta a fines del año 2011, con 185 Estados miembros.

6.10.6.- CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA OMPI.

Para casos de controversia en materia de derechos de propiedad intelectual, encontramos el Centro de Arbitraje y Mediación, que apoya a personas naturales o jurídicas de cualquier Estado, a solucionar sus controversias con rapidez y menor costo que un proceso judicial. Para dicho efecto, el Centro cuenta con cerca de un millar de mediadores o árbitros de más de 70 países, procedimiento que puede llevarse a cabo en cualquier país, idioma y frente a su propia normatividad en la materia. A fines de la década del 90, este Centro recibió la autorización de la Corporación de Asignación de Números y Nombres de Internet (ICANN) para actuar en calidad de mediadores frente a las demandas interpuestas en virtud de su Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio. El Centro cuenta con un sistema de línea para la solución de controversias, a fin que los involucrados o las partes, se comuniquen por Internet sin necesitar la presencia física.

6.10.7.- ACADEMIA MUNDIAL DE LA OMPI.

La información consultada en la red, señala que la OMPI considera que el capital humano de los países de desarrollo es la clave para que se beneficien plenamente de los sistemas nacionales e internacionales de propiedad intelectual, como tal, cuenta con una Academia que se esfuerza por promover los recursos humanos estableciendo programas de formación para asesores en materia de políticas, responsables de planes de desarrollo y otros sectores pertinentes. Entre sus actividades, cabe destacar:

- Nuevas técnicas de formación y enseñanza
- Un Centro de Enseñanza a Distancia por Internet
- Módulos y material docente adoptados a las necesidades de los clientes
- Utilización de medios informativos de acceso público para divulgar información en materia de propiedad intelectual

Para la consecución de esos objetivos, la OMPI lleva a cabo una amplia gama de actividades destinadas a los países en desarrollo y en colaboración con estos últimos, así como para otros países, a saber: modernización y ampliación de oficinas nacionales de propiedad intelectual así como asistencia a los

Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) con miras a sintonizar su legislación y administración en materia de propiedad intelectual con las disposiciones del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC). Los ciudadanos de los países en desarrollo participaron en cursos, seminarios y otras reuniones organizadas en el marco del Programa de la OMPI de cooperación para el desarrollo. Permanentemente la OMPI considera entre sus prioridades, ayudar a los países en desarrollo a modernizar sus sistemas de propiedad intelectual de la forma más económica y oportuna posible. Para lo cual pone en marcha los Planes de Acción de Orientación Nacional, es decir, planes integrados de asistencia específicamente adaptada al país de que se trate cuya duración se extiende de uno a tres años. Treinta y nueve planes fueron emprendidos por la OMPI en 1999, en el año 2000, 81 planes, tanto en África, América Latina y el Caribe, Asia y el Pacífico y los Países Árabes.

6.11.- TLC USA-PERÚ.

Por concepto todo tratado de libre comercio (TLC), es un acuerdo comercial vinculante que suscriben dos o más países para acordar la concesión de preferencias arancelarias mutuas y la reducción de barreras no arancelarias al comercio de bienes y servicios. A fin de profundizar la integración económica de los países firmantes, un TLC incorpora además de los temas de acceso a nuevos mercados, otros aspectos normativos relacionados al comercio, tales como propiedad intelectual, inversiones, políticas de competencia, servicios financieros, telecomunicaciones, comercio electrónico, asuntos laborales, disposiciones medioambientales y mecanismos de defensa comercial y de solución de controversias. Los TLC tienen un plazo indefinido, es decir, permanecen vigentes a lo largo del tiempo por lo que tienen carácter de perpetuidad.

El tratado de libre comercio (TLC), suscrito entre USA-PERÚ, fue firmado el 12 de Abril del año 2006, ratificado por el Congreso peruano, con fecha 28 de Junio del 2006, y por parte del otro Estado suscriptor a través de la Cámara de Representantes de Estados Unidos, con fecha 02 de Noviembre

del 2007, y por el Senado de USA, con fecha 04 de diciembre del 2007. Para la implementación del mismo, los presidentes de aquel entonces, George W. Bush, por Estados Unidos, y Alan García Pérez, por Perú; aprobaron la implementación el 16 de Enero del 2009, siendo implementado el 01 de febrero del 2009.

El Tratado de Libre Comercio, forman parte de una estrategia comercial de largo plazo que busca consolidar mercados para los productos de los Estados firmantes, con el fin de desarrollar una oferta exportable competitiva. La experiencia muestra que los países que más han logrado desarrollarse en los últimos años son aquellos que se han incorporado exitosamente al comercio internacional, ampliando de esta manera el tamaño del mercado para sus empresas. El Tratado de Libre Comercio, no surgió de la noche para mañana, sino fue un proceso que tiene su antecedente el 04 de diciembre del año 1991, cuando durante el Gobierno del Presidente George H. W. Bush, Estados Unidos promulgó la Ley de Preferencias Arancelarias de los países Andinos o Andean Trade Preferente Act (ATPA), que eliminaba los aranceles de una serie de productos de los países andinos que tienen producción de coca, tales como el Perú, Bolivia, Colombia, y Ecuador, su objetivo era fortalecer las industrias legales en los países nombrados, como alternativa a la producción de droga, el cultivo de coca, y el tráfico de droga. En principio el ATPDEA debía quedar sin efecto el 31 de diciembre del 2006, sin embargo fue renovado por seis meses más, hasta el 30 de Junio del 2007; posteriormente fue concedida una nueva prórroga, con fecha 28 de Junio del 2007, inmediatamente una nueva prórroga fue concedida, esta vez por ocho meses, hasta el 29 de Febrero del 2008.

Las disposiciones sobre propiedad intelectual en el marco del TLC con Estados Unidos no restringirán el acceso de la población a productos farmacéuticos genéricos y tampoco generarán aumentos en sus precios. La experiencia de 10 años en la aplicación de un régimen de patentes, vigente en el Perú desde 1994, es que su implementación no contribuyó al alza sobre los precios de los medicamentos, no redujo el acceso de la población a ellos y no hizo desaparecer la industria farmacéutica nacional. El 98% de todos los

medicamentos comercializados en el Perú son genéricos, es decir, productos cuya patente ha expirado y que por lo tanto pueden ser comercializados libremente. Estos productos que hoy son genéricos lo seguirán siendo luego de la firma del TLC. No van a desaparecer de las farmacias y no costarán más dinero a raíz del TLC o de cualquier otro acuerdo comercial, justamente porque su período de protección de patente ya expiró. Por el contrario, la reducción de los aranceles a las medicinas importadas de Estados Unidos beneficiará a los consumidores, ya que podrán acceder a éstas a precios más baratos.

Por otro lado, en lo referente a los conocimientos tradicionales de las Comunidades Indígenas, la firma del TLC con EE.UU, no pone en riesgo. Uno de los temas innovadores en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los países andinos, fue el planteamiento hecho por el Perú para que se incorporen disposiciones que reconozcan, formalicen y protejan los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales y recursos genéticos. El objetivo de la propuesta peruana era resguardar y aprovechar el enorme capital cultural y natural de los pueblos indígenas, que actualmente no cuenta con un sistema de protección internacionalmente reconocido. El reconocimiento de la importancia de los conocimientos nativos sobre el uso de cientos de especies naturales (utilizadas para elaborar alimentos, abonos, condimentos, bebidas, artesanías, vestidos, fibras, utensilios y medicinas) debe contribuir a generar beneficios económicos tangibles para las poblaciones y, en particular, para las distintas etnias del Perú que los han resguardado a lo largo del tiempo.

El TLC, es una oportunidad para que los países andinos se protejan de la biopiratería. Es decir, de la posibilidad de que empresas extranjeras puedan patentar injustamente plantas y animales oriundas de un país. Frente a estos casos, el TLC evitará que se repitan situaciones como el patentamiento de los extractos de maca o de algún otra especie natural de nuestro país.

En ese sentido, el Perú tiene el objetivo de:

- Conservar la diversidad biológica, el acceso a los recursos genéticos y la distribución de los beneficios derivados de su utilización.

- Reconocer el valor de los conocimientos tradicionales por comunidades indígenas, especialmente en relación con la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.
- Implementar medidas de manera que se exija al solicitante de una patente relativa a materiales biológicos o a conocimientos tradicionales:
 - o La divulgación de la fuente y el país de origen del recurso biológico y de los conocimientos tradicionales utilizados en la invención.
 - o Pruebas del consentimiento fundamentado previo mediante la aprobación de las autoridades en el marco de los regímenes nacionales pertinentes
 - o Prueba de la distribución justa y equitativa de los beneficios conforme al régimen nacional del país de origen.

6.12.- TLC USA Y OTROS PAISES.

Antes de desarrollar el tema del presente título, estimamos que es necesario tener presente los acuerdos comerciales vigentes del Perú, y luego hacer un análisis comparativo de los TLC firmado por Estados Unidos y otros países..

ACUERDOS REGIONALES

Comunidad Andina (CAN)

El Perú participa en la CAN en acuerdos relacionados con la desgravación arancelaria al comercio de bienes, la liberalización subregional de mercados de servicios, normas comunitarias referidas a propiedad intelectual, transporte terrestre, aéreo y acuático, telecomunicaciones y una gama amplia de otros temas de comercio.

Mercosur-Perú

Con este acuerdo se busca formar un área de libre comercio entre el Perú y los cuatro países integrantes del Mercosur (Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay), mediante la expansión y diversificación del intercambio comercial y

la eliminación de restricciones arancelarias y no arancelarias que afectan el intercambio recíproco de bienes y servicios.

Acuerdos Multilaterales

Organización Mundial de Comercio (OMC)

Es el foro de negociación en el que se discuten las normas que rigen el comercio en los países de todo el mundo. La OMC es esencialmente el lugar al que acuden los estados miembros para tratar de arreglar los problemas comerciales que pueda haber entre sí. El Perú es miembro de la OMC desde su conformación en 1995.

Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)

Este foro de negociación regional busca crear una zona de libre comercio e inversión que agrupa a 34 países de América del Norte, Centroamérica, el Caribe y América del Sur.

Foro de Cooperación Económica del Asia-Pacífico (APEC)

El Perú es miembro del APEC desde 1998 y el ingreso a este foro responde al deseo de afianzar los vínculos económicos existentes y generar mayores relaciones económicas con la región que, en los últimos años, ha presentado el mayor dinamismo en términos de crecimiento económico.

Sistemas Preferenciales Unilaterales

Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y Erradicación de la Droga (ATPDEA)

Esta ley surge con la renovación de la Ley de Preferencias Arancelarias Andinas (ATPA), por la cual Estados Unidos otorgó preferencias arancelarias a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú con el objeto de apoyar la lucha contra el narcotráfico mediante el desarrollo de fuentes alternativas de trabajo. Los beneficios arancelarios otorgados por esta ley vencen el 31 de diciembre del 2006.

Sistema General de Preferencias (SGP)

Es un régimen preferencial unilateral, que los países desarrollados —entre ellos Estados Unidos y la Unión Europea— otorgan a los países en vías de desarrollo con el fin de contribuir a que éstos generen exportaciones con mayor grado de elaboración como forma de apoyar sus procesos de transformación productiva y lucha contra la pobreza.

Acuerdos Comerciales Bilaterales

Perú-México

Perú y México firmaron en 1995 el Acuerdo de Complementación Económica N° 8, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Mediante este acuerdo, las partes se otorgan preferencias arancelarias, consistentes tanto en la reducción de gravámenes como en el libre acceso de ciertos productos. En junio del 2003 se incluyeron nuevas partidas arancelarias y en diciembre del mismo año el acuerdo fue renovado, agregándose nuevas partidas a la lista con libre acceso.

Perú-Chile

En 1998 el Perú y Chile suscribieron el Acuerdo de Complementación Económica N° 38, en el marco de la ALADI. Este acuerdo crea una Zona de Libre Comercio de bienes, la que se alcanzará completamente en el año 2016. Asimismo, se decidió eliminar las medidas de efectos equivalentes que afectan el comercio entre ambos países. Para ello se definió un cronograma de liberación comercial con plazos que van desde la desgravación inmediata hasta los 18 años.

CAPITULO VII

DERECHOS DE AUTOR EN EL DERECHO POSITIVO NACIONAL

7.1.- DERECHOS DE AUTOR EN EL DERECHO NACIONAL.

Se ha discutido en doctrina respecto al contenido de los derechos de autor, en algunos países, siguiendo la influencia germánica (Urheberrecht), se privilegia los contenidos de índole moral, en tanto que en otras legislaciones -vinculadas al Common law se emplea la fórmula del "copyright", que enfoca con mayor detenimiento los aspectos patrimoniales. Sin embargo la cuestión no queda allí, surgiendo una postura ecléctica – actualmente dominante, es conocida como la Teoría del Derecho "sui generis", defendida entre otros por DEGNI, según la cual el Derecho de autor integra dos esferas jurídicas distintas, una de ellas -vinculada a la personalidad del autor, en tanto que la otra protege en cambio la obra ya creada⁶⁸.

Esta postura no ha dejado de ser objeto de críticas, así PEREZ SERRANO señala que la aparente unidad orgánica se ve quebrada en algunos puntos esenciales, por ejemplo, se admite que el derecho moral de los autores es perpetuo⁶⁹, sin embargo, la cuestión es distinta en lo referente a los derechos patrimoniales, así las cosas, la institución resultaría desdoblada, siendo uno de sus contenidos de carácter permanente y el otro restringido, de todo ello concluye que se tratan de esferas dispares por lo cual surgen conflictos de difícil solución.

⁶⁸ CARMONA SALGADO, Concepción. *"La nueva Ley de Propiedad intelectual"*. Madrid, 1988. Editorial Montecorvo. p. 146.

⁶⁹ De allí que la Oficina de Derechos de Autor. en el Exp. 00228- 1999 - JODA. seguido de oficio contra C.P.S.A por infracción a los derechos humanos de integridad y paternidad.

Fijando postura debemos afiliarnos al sector doctrinal que admite la concurrencia de derechos de índole moral y de orden patrimonial en los derechos intelectuales, siguiendo esta corriente de ideas podemos afirmar que el Derecho de autor es una figura jurídica relativamente nueva, que crea dualidad de facultades morales y patrimoniales claramente establecidas que pueden ser ejercidas por el autor; siendo la de orden moral, fundamentalmente la defensa de la personalidad, y la creación; y, las patrimoniales, que otorgan el monopolio de explotación editorial, usufructo de la obra creada y de la cual se ejercen derechos patrimoniales.

El ordenamiento jurídico establece restricciones y prohibiciones de distinto orden, de manera especial cuando se presentan situaciones que se caracterizan por ser desleales con principios que son fundamentales para un sano desenvolvimiento de la vida comercial, industrial, y económica.

La protección a los derechos intelectuales en el Perú, tiene pronta protección en la vida Republicana, desde la independencia y la posterior promulgación de la primera Constitución del Perú (1823), la tutela jurídica se materializó en numerosas normas. Para conocer el marco jurídico que rige la protección al Derecho de Autor, en forma cronológica hacemos referencia a las normas más importantes que sobre la materia se han promulgando a lo largo de la vida republicana, para luego analizar el Decreto Legislativo 822, y el Código Penal de 1991.

7.2.- LA NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS DE AUTOR.

La primera **Constitución** del Perú del 12 de noviembre de **1823**, reconoció y declaró la inviolabilidad de la Propiedad Intelectual. Capítulo II. Educación Pública, que a la letra dice:

“Artículo 182.- La Constitución garantiza este derecho.

4. Por el ejercicio libre de la imprenta que arreglará una ley particular

5. Por la inviolabilidad de las propiedades intelectuales”

Capítulo V. Garantías Constitucionales.

“Artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e inviolables de las personas en la organización de esta ley fundamental se

declaran inviolables:

7. *La libertad de imprenta en conformidad con la ley que la arregle*".

La segunda es la **Constitución de 1920**, en su Título IV, indica: *"Artículo 38.- La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria o artística (...)"*.

Por otro lado, la **Constitución de 1933**, incorpora como Derechos de la persona el Derecho a la Propiedad Intelectual, en el: *"Artículo 30.- El Estado garantiza y protege los derechos de los autores e inventores. La ley regulará su ejercicio"*.

La **Constitución Política de 1979**, prescribe en el: *"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 6.- A la libertad de creación intelectual, artística y científica. El Estado propicia el acceso a la cultura y la difusión de ésta"*.

Y la vigente **Constitución de 1993**, regula en el *"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: 8.- A la libertad de creación intelectual, artística, técnicas y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión"*.

7.3.- LA NORMATIVIDAD LEGAL SOBRE DERECHOS DE AUTOR.

7.3.1.- LEY DE 1849.

Primera Ley de Propiedad Intelectual, promulgada durante el Gobierno de Ramón Castilla, siendo presidente del Senado don Antonio de la Fuente y de la Cámara de Diputados don Bartolomé Herrera. El Congreso de la República aprobó: "Considerando que está garantizado por el artículo 174 de la Constitución de 1839 la inviolabilidad de las propiedades intelectuales, se designan las penas en que incurran los que la violen". El contenido de esta Ley en sólo nueve artículos de carácter genérico, señalaba los alcances, a quiénes y a qué producción afectaba; el tiempo que duraba la protección; el

procedimiento para la inscripción; y, las sanciones para su infracción. Además, disponía depositar en las Bibliotecas Públicas las ediciones de las obras que se publicaban en su localidad, la misma que tuvo vigencia hasta 1961.

7.3.2.- LEY DE 1915.

El Ministerio de Instrucción de entonces, ordena que la Biblioteca Nacional abra un libro especial de Registro Cronológico de autores.

7.3.3.- EL CÓDIGO CIVIL DE 1936.

Regula el derecho de autor en el título referido al Contrato de Edición: "*Art. 1665. Por el contrato de edición, el autor de una obra literaria, científica o artística, se compromete a entregar dicha obra al editor (...)*".

7.3.4.- LEY DE 1961.

Ley 13714 de Derecho de Autor, promulgada por Manuel Prado, con nueve títulos y 159 artículos, norma jurídica muy completa para su época, cuyo contenido era: Título I. De la protección de la ley; Título II. De los titulares del derecho de autor; Título III. De la duración del derecho del autor; Título IV. De los atributos del derecho de autor; Título V. Limitación al derecho de autor; Título VI. Del registro del derecho de autor; Título VII. De la transmisión de los derechos patrimoniales; Título VIII. De las infracciones, medidas preventivas y de los procedimientos; y el Título IX. Disposiciones transitorias.

Esta norma creó el Registro Nacional de Derecho de Autor en el ámbito de la Biblioteca Nacional del Perú, cuya inscripción era facultativa, y su omisión no privaba el ejercicio de los derechos.

7.3.5.- DECRETO SUPREMO N° 062 DE 1962.

Reglamento que estableció una Oficina de Bibliografía y Registro Nacional de Derecho de Autor en la Biblioteca Nacional, con posterioridad se aprobó el Reglamento de Inscripciones en el Registro Nacional de Derechos de Autor.

7.3.6.- LEY N° 15792 DE 1965.

Promulgada durante el gobierno de Arq. Fernando Belaunde Terry, señalaba:
"Artículo 1.- La renta, en calidad de derechos de autor, que obtengan los autores peruanos por su producción, sea ésta científica, literaria, artística o de cultura en general, está exenta de toda contribución".

7.3.7.- DECRETO LEY N° 22994 DE 1980.

Norma que aprueba el Convenio de adhesión a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Artículo Primero.- Apruébese el "Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual", firmado en Estocolmo, Suecia, el 14 de Julio de 1967.

7.3.8.- LEY 23506 DE 1982, LEY DE HABEAS CORPUS Y DE AMPARO.

Procede en defensa de los derechos de creación artística, intelectual y científica.

"Artículo 24.- La acción de amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

6) De la libertad de creación artística, intelectual y científica".

7.3.9.- LEY N° 23535 DE 1982.

Ley ampliatoria del inciso séptimo del artículo 245 del Código Penal, que tipifica la piratería como delito común, que a la letra dice: Artículo 1°.- Ampliase el inciso 7° del artículo 245 del Código Penal la ley siguiente:

"7°.- El que vendiera o gravare como bienes libres los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o grabados; el que vendiere, gravare o arrendar como propios, bienes ajenos; y el que copiare o reprodujere - directa o indirectamente - por cualquier medio de impresión, grabación o fijación una obra literaria, artística o científica, sin la autorización escrita del autor o del editor o del productor de videogramas o de obras cinematográficas, o de otros causahabientes, y el que de cualquier forma distribuyere al público los ejemplares ilícitos, los vendiere, los arrendare, los mantuviere ocultos o en depósitos o los introdujere en el país sin perjuicio de su previa incautación, así como de los elementos utilizados para su reproducción".

7.3.10.- LEY 24182, DE DEPÓSITO LEGAL DE 1985.

Aprobada durante el gobierno del Arquitecto Fernando Belaunde Terry, estipulo que los autores e impresores de libros, folletos, textos musicales, grabaciones fonográficas, reproducciones impresas de dibujos, pinturas, mapas, planos, programas de actuaciones o espectáculos y en general, de todo texto impreso, con tiraje superior a 1,000 ejemplares están solidariamente obligados a remitir a la Biblioteca Nacional, seis ejemplares de toda edición (4 ejemplares para la citada, uno para la biblioteca municipal de la capital del departamento donde se editó, y uno para la Biblioteca del Congreso Nacional), y si el tiraje fuera menor de 1,000 ejemplares, la obligación se reduce a 3 ejemplares, uno por cada institución.

7.3.11.- RESOLUCIÓN LEGISLATIVA N° 23979, DE 1984.

El Congreso de la República, en uso de la facultad que le confiere... ha resuelto la adhesión de los siguientes Instrumentos Multilaterales:

"Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas" del 08 de setiembre de 1886; "La Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión" de 26 de Octubre de 1961. "La Convención Universal sobre Derecho de Autor" revisada en París el 24 de Julio de 1971, y sus Protocolos 1 y 2 anexos a la misma; el "Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas", Contra la reproducción no autorizada de sus Fonogramas del 29 de Octubre de 1971; y "Convenio sobre la distribución de señales portadoras de Programas Transmitidas por Satélite" hecho en Bruselas el 21 de Mayo de 1974.

7.3.12.- RESOLUCIÓN JEFATURAL N° 203-88-BNP, DE 1988.

La Biblioteca Nacional del Perú preocupada por que la legislación sobre derecho de autor, que seguía vigente por más de 25 años, y frente a los cambios acelerados que se venía dando en la sociedad, el conocimiento, la tecnología y los medios de comunicación, es que considera necesario elaborar un anteproyecto que permitiera actualizar y reformar la Ley de Derecho de Autor, es así que aprueba esta Resolución, convocando a su vez la

participación de diferentes personalidades y sectores como la Sociedad de Autores y Compositores, Asociación Peruana de Autores y Compositores, Asociación Nacional de Escritores y Artistas (ANEA), Asociación Peruana de Artistas Plásticos, Cámara Peruana del Libro y la Federación de Periodistas del Perú, todos ellos comprometidos con el tema de los derechos intelectuales.

"Artículo 1.- Constituir una Comisión encargada de la elaboración y redacción de un Ante-Proyecto de Reforma y Actualización de la Ley de Derechos de Autor, previa la revisión de la legislación pertinente".

7.3.13.- D.S. 0024-DE-91 de 1991.

La Dirección de Derecho de Autor en la Biblioteca Nacional del Perú, a partir de este Decreto, tiene competencia para sancionar (multa) las infracciones al Derecho de Autor, considerando un hecho trascendente, por cuanto el Estado decide asumir su responsabilidad de tutela efectiva de los "Derechos Intelectuales", y en ese sentido de ejecutar el aspecto coercitivo de la Ley, porque hasta la fecha no se había concretado una situación similar.

7.3.14.- LEY N° 25326 DE 1991.

Establece:

"Artículo 1.- Los impresores de libros y folletos, están obligados a remitir a la Biblioteca Nacional, seis (6) ejemplares, los mismos que son distribuidos de la siguiente forma: Tres (3) para la Biblioteca Nacional del Perú, Uno (1) para la Biblioteca del Senado de la República; y, Uno (1) para la Biblioteca de la Cámara de Diputados".

Asimismo, establece tal obligatoriedad para las publicaciones periódicas, además de los mapas, planos, almanaques, reproducciones de pinturas, dibujos, partituras, grabaciones en disco y en cintas magnetofónicas. Obliga también a los organismos del Estado a cumplir con estas disposiciones.

7.3.15.- EL CÓDIGO PENAL DE 1991.

Contiene en el Libro II, Título VII, Capítulo I, artículos 216 al 221, los delitos contra los derechos intelectuales, que luego, con la promulgación del Decreto Legislativo 822, fueron modificados con penas más severas que van hasta los ocho años de cárcel. Posteriormente por Ley N° 27729, nuevamente se modifica el Art. 216°, y se sustituyen los artículos 222°, 2223°, 224° y 225° del Código Penal.

7.3.16.- DECRETO LEY 25688 DE 1992.

Norma que crea el Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPÍ), y el Tribunal de Defensa de la Competencia. La estructura orgánica y funcional, a partir de la fecha, incorpora al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, crea además la Oficina de Derecho de Autor (Capítulo II), que hasta ese momento funcionaba en la Biblioteca Nacional del Perú. Cabe destacar, el Título I De la Finalidad y Domicilio.

"Artículo 2.- El INDECOPÍ es el organismo encargado de las aplicación de las normas legales destinadas a proteger: (...)

b) Los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones conforme lo estipula el Artículo 30 del presente Decreto Ley; (...)"

"Artículo 30.- El INDECOPÍ tiene tres Oficinas destinadas a la protección de los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, que son las siguientes: a) La Oficina de Signos Distintivos; b) La Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías; y c) La Oficina de Derechos de Autor".

"Artículo 37.- Corresponde a la Oficina de Derecho de Autor cautelara, proteger y registrar los derechos de autor y derechos conexos sobre obras artísticas en todas sus manifestaciones y sobre software, así como mantener el depósito legal intangible. Asimismo, lleva el registro de las asociaciones autorales".

7.3.17.- RÉGIMEN COMÚN SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS: DECISIÓN 351, DE 1993.

Acuerdo firmado en Lima en diciembre de 1993 por la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Llamado también Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, que entre otras finalidades fue la de uniformar las normas de los países miembros del Acuerdo de Cartagena, permitiendo que todos estos países tengan una relación más fluida en materia de derechos intelectuales. Instrumento jurídico que sirvió de antecedente a la nueva Ley de Derecho de Autor, sobre la base de los puntos de este tratado se aprobó en 1996 el Decreto Legislativo 822.

7.3.18.- DECRETO LEGISLATIVO 822 DE 1996.

Es la Ley de Derecho de Autor, que por su importancia será descrito con mayor detalle, líneas más adelante de este capítulo.

7.3.19.- LEY 26905 LEY DE DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ, DE 1997.

Están obligados a cumplir con esta ley, los editores, impresores, productores o fabricantes de toda obra impresa, grabación fónica, programa de computadora, videocinta y cualquier otro soporte que registre información, que se edite o grabe, bajo cualquier sistema o modalidad, en el territorio nacional, así como a los extranjeros que distribuyan en el territorio nacional.

Se entregará tres ejemplares de cada libro, folleto o documento, cuyas ediciones se han de más de 1000 ejemplares; dos ejemplares de publicaciones periódicas, un ejemplar de otros materiales especiales: discos compactos, películas.

Sanciones.- De no cumplir la ley se sancionará con multa no menor de media UIT ni mayor de cinco UIT

7.3.20.- DECRETO SUPREMO N° 017-98- ED, REGLAMENTA LA LEY DE DEPÓSITO LEGAL, DE 1998.

Señala que tiene por finalidad de enriquecer el Patrimonio Cultural Bibliográfico, informático e Informativo de la Nación, haciendo la distinción entre:

Material bibliográfico.- Documentos informativos impresos en papel: libros, folletos, publicaciones periódicas (diarios, revistas, boletines, periódicos, memorias, anuarios y similares), enciclopedias, guías, diccionarios, volantes, mapas, planos, carteles, afiches, almanaques, calendarios, tarjetas postales, partituras, grabados, láminas sueltas, estampados, cromos, anuncios artísticos y similares.

Material especial, los documentos informativos impresos, grabados o fijados en distintos soportes tales como: discos, disquetes, discos compactos, CD-ROMs, cintas magnéticas, casetes, películas cinematográficas, videocasetes, programas grabados, televisivos y radiales, diapositivas, programas de

ordenador y otro soporte que contenga información como monedas, medallas y similares. Obliga a los impresores, a los editores, productores, fabricantes y/o distribuidores.

7.3.21.- LEY N° 27729. QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL, DEL 2002.

Esta norma promulgada en mayo del 2002, modifica el Artículo 216 del Código Penal, a su vez, sustituye los artículos 222º, 223º, 224º, 225º y 288º del Código Penal referidos a los delitos contra la propiedad industrial.

7.4.- LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR: DECRETO LEGISLATIVO N° 822.

Por su importancia conexas al tema central de la investigación, es necesario citar y describir los contenidos que están directamente relacionados al tema de investigación; algunos puntos de la Ley no son descritos por no tener relación directa al tema. La descripción se desarrolla siguiendo en lo posible la estructura legislativa.

El penalista Manuel Abanto Vasquez, sostiene que el Decreto Legislativo en comento, tiene normas referidas a la protección penal. Así, recuerda que esta norma : “ Introdujo una modificación total de los artículos 216º al 221º del Código Penal ,elevando las penas de 4 a 8 años de prisión, así como incrementando el número de figuras penales (nuevo artículo 213)⁷⁰” Adicionalmente, el jurista Manuel Abanto Vasquez, es del criterio que: “Los tipos penales deben ser interpretados a la luz de las disposiciones del D. Leg. 822”⁷¹ .

Concretamente, el autor se refiere a los casos de atipicidad por autoridad del artículo 41º del D. Leg. 822, que establece excepciones como límites al derecho de autor, es decir por mandato del mencionado artículo, los sujetos pueden explotar obras de ingenio sin necesaria autorización de

⁷⁰ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Derecho Penal Económico”. Lima 2000. IDEMSA. p. 273.

⁷¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. Cit. p. 280.

su autor ni pagando derecho alguno, son conductas atípicas, el sustento de estas excepciones es la teoría del uso libre y legal. En el Título Preliminar, la ley establece que el objeto, es la protección de los autores de las obras literarias, artísticas, y de los derechohabientes, así como a los titulares de los derechos conexos, al margen de la nacionalidad, domicilio y lugar de publicación. Es importante señalar que la ley en su Artículo 2º, delimita la regulación, precisando términos empleados en el desarrollo de la ley, siendo a nuestro juicio, los más importantes los siguientes:

Autor.- Es la persona natural que realiza la creación intelectual.

Artista, intérprete o ejecutante.- Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra literaria o artística o una expresión del folklore, así como el artista de variedades y de circo.

Copia o ejemplar.- Soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción.

Distribución.- Puesta a disposición del público, del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma conocida o por conocerse de transferencia de propiedad o posesión de dicho original o copia.

Editor.- Persona natural o jurídico que mediante contrato con el autor o su derechohabiente se obliga a asegurar la publicación y difusión de la obra por su propia cuenta.

Licencia.- Es la autorización o permiso que concede el titular de los derechos (licenciante) al usuario de la obra u otra producción protegida (licenciataria), para utilizarla en una forma determinante y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato de licencia.

Obra.- Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgado o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.

Obra derivada.- La basada en otra previamente existente, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra originaria y de la respectiva autorización, y cuya originalidad radica en el arreglo, la adaptación o transformación de la obra preexistente, o en los elementos creativos de su traducción a un idioma distinto. (*“Artículo 6.- Sin perjuicio de los derechos que subsisten sobre la obra originaria y de la correspondiente autorización, son también objeto de protección como obras derivadas siempre que revistan características de originalidad: a) Las traducciones y adaptaciones, b) Las revisiones, actualizaciones y anotaciones, c) Los resúmenes y extractos, d) Los arreglos musicales, y e) Las demás transformaciones de una obra literaria o artística o de expresiones del folklore”*).

Obra literaria.- Toda creación intelectual, sea de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, expresada mediante un lenguaje determinado.

Publicación.- Producción de ejemplares puesto al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra.

Reproducción.- Fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, y la obtención de copias de toda o parte de ella.

Reproducción reprográfica.- Realización de copias en facsímil de ejemplares originales o copias de una obra por medio distintos de la impresión, como la fotocopia.

Titularidad.- Calidad del titular de derechos reconocidos por la presente Ley.
Titular originario.- La que emana de la sola creación de la obra.

En el Título I, la Ley enumera un conjunto de obras que deben ser protegidos desde el momento de su creación, sin que se exija ningún requisito ni formalidad previa. Están comprendidas entre las obras protegidas las

siguientes:

- a)** Las obras literarias expresadas en forma escrita, a través de libros, revistas, folletos u otros escritos.
- b)** Las obras literarias, alocuciones y sermones o las explicaciones didácticas.
- c)** Las composiciones musicales con letra o sin ella.
- d)** Las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas y escénicas en general.
- e)** Las obras audiovisuales.
- f)** Las obras de artes plásticas, sean o no aplicadas, incluidos los bocetos, dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías.
- g)** Las obras de arquitectura.
- h)** Las obras fotográficas y las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía.
- i)** Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias.
- j)** Los lemas y frases en la medida que tengan una forma de expresión literaria o artística, con características de originalidad.
- k)** Los programas de ordenador.
- l)** Las antologías o compilaciones de obras diversas o de expresiones del folklore, y las bases de datos, siempre que dichas colecciones sean originales en razón de la selección, coordinación o disposición de su contenido.
- m)** Los artículos periodísticos, sean o no sobre sucesos de actualidad, los reportajes, editoriales y comentarios.
- n)** En general, toda otra producción del intelecto en el dominio literario o artístico, que tenga características de originalidad y sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse (Artículo 5°).

Por otro lado, la Ley no protege, los siguientes conceptos, o categorías:

"Artículo 9.- No son objeto de protección por el derecho de autor: a) Las ideas, contenidas en las obras literarias o artísticas, los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí, los sistemas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial, b) Los textos oficiales de carácter legislativo, administrativo o judicial, ni las traducciones oficiales de los mismos, sin perjuicio de la obligación de respetar los textos y citar la fuente, c) Las noticias del día, pero, en caso de reproducción

textual, deberá citarse la fuente de donde han sido tomadas, y d) Los simples hechos o datos”.

Se establece una regulación similar a los nacionales, y extranjeros: *“Las obras, interpretaciones y ejecuciones o artísticas, producciones fonográficas, emisiones de radiodifusión o transmisión por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, grabaciones audiovisuales, fijaciones fotográficas y demás bienes intelectuales extranjeros, gozarán en la República del trato nacional, cualquiera que sea la nacionalidad o el domicilio del titular del respectivo derecho o el lugar de su publicación o divulgación” (Artículo 203º).*

7.4.1.- TITULARES DEL DERECHO DE AUTOR.

El titular del Derecho de Autor, no necesariamente es el autor de la obra. En razón de ello, en el Título II de la ley, el cuerpo normativo realiza una distinción entre el autor, el titular originario y el titular derivado.

“El autor es el titular originario de los derechos exclusivos sobre la obra, de orden moral y patrimonial (...)” (Artículo 10º). Asimismo la Ley consagra una presunción iuris tantum, en el sentido que: “Se presume autor, salvo prueba en contrario, a la persona natural que aparezca indicada como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique.” (Artículo 11º).

7.4.2.- CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR.

La norma en su Título III, señala que la protección al derecho de autor abarca dos contenidos básicos: uno de orden moral (fuero interno) y otro de orden patrimonial (conjunto de bienes que una persona posee o adquiere por cualquier título)

7.4.3.- LOS DERECHOS MORALES.

Son derechos morales: Divulgación, Paternidad; Integridad, Modificación o Variación, Retiro de la obra del comercio, y el de Acceso, se encuentran regulados en el Artículo 22º. Estos derechos presentan características propias que la ley expresamente menciona:

*”Artículo 21°.- Los derechos morales reconocidos por la presente ley, **son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles.** A la muerte del autor, los derechos morales serán ejercidos por sus herederos, mientras la obra esté en dominio privado, salvo disposición legal en contrario”.*

7.4.4.- LOS DERECHOS PATRIMONIALES.

Comprende el conjunto de derechos que conllevan a cautelar la explotación económica de la obra del autor. Los derechos patrimoniales comprende especialmente, los derechos exclusivos de realizar, autorizar, o prohibir:

- a. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.
- b. La comunicación al público de la obra por cualquier medio.
- c. La distribución al público de la obra.
- d. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
- e. La importación al territorio nacional de copias de la obras hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio inclusive mediante transmisión.
- f. Cualquier otra forma de utilización de la obra que no está contemplada en la ley como excepción al derecho patrimonial, siendo la lista que antecede meramente enunciativa y no taxativa (Artículo 31°).

El autor puede transmitir sus derechos patrimoniales a terceros, y estos explotar, para lo cual la ley ha establecido: “El derecho patrimonial puede transferirse por mandato o presunción legal, mediante cesión entre vivos o transmisión mortis causa, por cualquiera de los medios permitidos por la ley” (Artículo 88). Establece asimismo presunción relativa: “Toda cesión entre vivos se presumen realizada a título oneroso, a menos que exista pacto expreso en contrario, y revierte al cedente al extinguirse el derecho del cesionario. (...)”. (Artículo 89).

En cuanto a la **duración de los derechos de autor**, debemos decir que a diferencia de los **derechos morales que son perpetuos**, los derechos patrimoniales tienen un límite de duración, el mismo que lo establece la

legislación de cada país. “**El derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento**, cualquiera que sea el país de origen de la obra, y se transmite por causa de muerte de acuerdo a las disposiciones del Código Civil” (Artículo 52°). La ley, establece reglas especiales para determinadas situaciones, como son las obras anónimas, seudónimas, y las obra que se han publicado en volúmenes sucesivos.

De esta manera, “En las obras anónimas y seudónimas, el plazo de duración será de setenta años a partir del año de su divulgación, salvo que antes de cumplido dicho lapso el autor revele su identidad, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior” (Artículo 53), y “Si una misma obra se ha publicado en volúmenes sucesivos, los plazos de que trata esta ley se contarán desde la fecha de publicación del último volumen” (Artículo 55°).

Por el Artículo 57, al vencimiento de los plazos previstos en la ley, se extingue el derecho patrimonial, lo cual determina el pase de la obra al dominio público, al patrimonio cultural común, y por mandato del mencionado artículo también forman parte del dominio público las expresiones del folklore.

Referido a los Derechos de Autor, tenemos el tema de **los límites al derecho de explotación**, en este tema la ley (Artículo 41) prevé los casos en los que la obra puede ser comunicada lícitamente sin autorización del titular, ni pago de remuneración, en los casos siguientes:

a.- Cuando se realicen en un ámbito exclusivamente doméstico, siempre que no exista un interés económico directo o indirecto y que la comunicación no fuere deliberadamente propalada al exterior, en todo o en parte; por cualquier medio.

b.- Las efectuadas en el curso de actos oficiales o ceremonias religiosas, de pequeños fragmentos musicales o de partes de obras de música, siempre que el público pueda asistir a ellos gratuitamente y ninguno de los participantes en el acto perciba una remuneración específica por su interpretación o ejecución en dicho acto.

c.- Las verificadas con fines exclusivamente didácticos (...).

d.- Las que se realicen dentro de establecimiento de comercio, para los fines demostrativos de la clientela (...).

e.- Las realizadas como indispensables para llevar a cabo una prueba judicial o administrativa.

Asimismo, “Las lecciones dictadas en público o en privado, por los profesores de las universidades, instituciones superiores y colegios, podrán ser anotadas y recogidas en cualquier forma, por aquellos a quienes van dirigidas, pero nadie podrá divulgarlas o reproducirlas en colección completa o parcialmente, sin autorización previa y por escrito de los autores” (Artículo 42°).

Además respecto de las **obras divulgadas lícitamente**, es permitida sin autorización del autor:

a.- La reproducción por medios reprográficos, para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro (...).

b.- La reproducción por reprografía de breves fragmentos o de obras agotadas, publicadas en forma gráfica, para uso exclusivamente personal.

c.- La reproducción individual de una obra por bibliotecas o archivos públicos que no tengan directa o indirectamente fines de lucro (...).

d.- La reproducción de una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga.

e.- La reproducción de una obra de arte expuesta permanentemente en las calles, plazas u otros lugares públicos (...).

f.- El préstamo al público del ejemplar lícito de una obra expresada por escrito, por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro. (Artículo 43).

Por otro lado, desde la perspectiva de la difusión **el contrato de edición**, se encuentra regulado por la Ley Nacional, este es el acto jurídico, contrato mediante el cual, el editor quien puede ser una persona natural o jurídica, entabla una relación contractual con el autor o su derechohabiente a fin de

publicar, distribuir, y difundir su obra, en ese sentido se encuentra regulado en el Artículo 96. La ley es tuitiva, por ello establece que:

*“Artículo 102°.- El autor tiene el derecho irrenunciable de dar por resuelto el contrato de edición: **a.-** Si el editor no cumple con editar y publicar la obra dentro del plazo pactado y si éste no se fijó, dentro de un máximo de seis meses, a partir de la entrega del ejemplar original al editor. **b.-** Si estando facultado el editor para publicar más de una edición y, habiéndose agotado los ejemplares para la venta, no procede a publicar una nueva, dentro de los dos meses, salvo pacto en contrario. (...)”.*

7.4.5.- LA GESTIÓN COLECTIVA.

Se entiende por gestión colectiva al sistema de administración de los derechos de autor y de derechos conexos, en donde los autores delegan en organizaciones legalmente constituidas, la administración de sus derechos en forma asociada. La ley regula que: “Las sociedades de autores y de derechos conexos, constituidas o por constituirse para defender los derechos patrimoniales reconocidos en la presente Ley, necesitan (...) autorización de la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, y están sujetas a su fiscalización, inspección y vigilancia en los términos de esta ley (...). Dichas entidades serán asociaciones civiles sin fines de lucro, tendrán personería jurídica y patrimonio propio, y no podrán ejercer ninguna actividad de carácter político, religioso o ajena a su propia función”. (Artículo 146).

7.4.6.- LA OFICINA DE DERECHOS DE AUTOR.

El Estado está obligado de proteger los derechos de autor, como tal ha creado por mandato legal el INDECOPI, y como parte de su estructura orgánica a la Oficina de Derecho de Autor ODA, la misma que cuenta con una serie de funciones.

“La Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, es la autoridad nacional competente responsable de cautelar y proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos: posee autonomía técnica, administrativa y funcional para el ejercicio de las funciones asignadas a su cargo y resuelve en primera instancia las causas contenciosas y no contenciosas que le sean sometidas a su jurisdicción, por denuncia de parte o por acción de oficio” (Artículo 168).

La **Oficina de Derechos de Autor** tiene amplias atribuciones, establecidas en el Artículo 169° (de la “a”, a la “s”), es decir 19 facultades taxativamente contempladas por la Ley, entre las más importantes, que caben reproducir su contenido literal, están:

- “**a.** Orientar, coordinar y fiscalizar la aplicación de las leyes, tratados o convenciones internacionales (...), en materia de derecho de autor y demás derechos reconocidos por la presente ley, y vigilar su cumplimiento,
- c.** Presenta, si lo considera pertinente, denuncia penal, cuando tenga conocimiento de un hecho que constituya presunto delito,
- e.** Emitir informe técnico sobre los procedimientos penales que se ventilen por los delitos contra el derecho de autor y derechos conexos,
- g.** Dictar medidas preventivas o cautelares y sancionar de oficio o a solicitud de parte todas las infracciones o violaciones a la legislación nacional e internacional sobre el derecho de autor y conexos, pudiendo amonestar, multar, incautar o decomisar, disponer el cierre temporal o definitivo de los establecimiento,
- j.** Normar, conducir, ejecutar y evaluar las acciones requeridas para el cumplimiento de la legislación de derecho de autor y conexos y el funcionamiento del Registro Nacional del Derecho de Autor y Derechos Conexos,
- k.** Llevar los registros correspondientes en el ámbito de su competencia, estando facultada para inscribir derechos y declarar su nulidad, cancelación o caducidad conforme al Reglamento pertinente,
- l.** Llevar el registro de los actos constitutivos de las entidades de gestión colectiva reguladas por esta Ley, así como sus posteriores modificaciones,
- m.** Emitir opinión técnica sobre los proyectos de normas legales relativos a las materias de su competencia,
- n.** Sistematizar la legislación relativa al Derecho de Autor y derechos conexos y proponer las disposiciones y normas que garanticen su constante perfeccionamiento y eficacia.”

7.4.7.- EL REGISTRO.

El acto mediante el cual se inscriben o anotan las obras del ingenio y los demás bienes intelectuales protegidos por la Ley, así como los convenios o contratos que en cualquier forma confieran, modifiquen, transmitan, graven o extingan derechos patrimoniales, o por los que se autoricen modificaciones a la obra, en el Registro Nacional del Derecho de Autor y Derechos Conexos, de la Oficina de Derechos de Autor de INDECOPI, las características de las obras del autor, para dar fe de los hechos o actos registrados (Artículo 170°).

El registro no es constitutivo, sino es facultativa para los autores y sus causahabientes, de manera que su omisión no perjudica el goce ni el ejercicio pleno de los derechos reconocidos y garantizados por la Ley, la inscripción en el registro no crea derechos, teniendo un carácter meramente referencial y declarativo, constituyendo solamente un medio de publicidad y prueba de anterioridad.

CAPITULO VIII

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR: DERECHO PENAL PERUANO

8.1.- REFERENCIA HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR.

8.1.1.- COLONIA.

El derecho estuvo fuertemente influenciado por los comportamientos morales que la iglesia católica exigía, y que los comportamientos estaban dados por la idea del honor, fundamento-ontológico. Los parámetros jurídicos lo establecía la Iglesia Católica. Por disposición de la Corona, se aplicó a los pueblos conquistados el derecho de castilla, conforme a la Ley del Toro. Asimismo, estableció que se respetase las normas consuetudinarias indígenas “en cuanto no chocaran con los principios capitales de la civilización a difundir o interés básico de la monarquía a consolidar”. Con relación a las Leyes de Indias, dictadas en diferentes épocas, las leyes de Castilla cumplían la función de normas supletorias para completar sus vacíos y aclarar su sentido.

El sistema colonial estratificado, dominado por una concepción religiosa y moral, era sumamente discriminatorio de los derechos de las personas, condicionando todo a los intereses económicos de la Corona. Además de los casos directamente relacionados con las conductas sociales prohibidas, esta situación se manifestó igualmente a través de mecanismos como la segregación física (encierro en conventos), el sistema de la dote, y el concepto de la honra

8.1.2.- INDEPENDENCIA.

No se dan cambios sustantivos en materia legislativa, tampoco de reglas sociales, o costumbres. Para nuestro historiador Jorge Basadre, el hecho que el primer Código Penal republicano, se dicte en 1863, fue debido a la que tanto en el virreinato y la república, hallábanse ligados por una comunidad de idioma, de religión, de instituciones y de espíritu.

El primer atisbó de cambio normativo republicano, se dio con el proyecto del código penal de Lorenzo Vidaurre en el año 1859, pero se dieron en otra áreas ajenas a los Delitos contra Derecho de Autor.

8.1.3.- PRIMER PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1859.

Este proyecto de código penal si bien se establecen sobre todo figuras novísimas en muchos tipos de delitos, sin embargo no tiene normas que regulen los Delitos contra los Derechos de Autor.

8.1.4.- EL CÓDIGO PENAL DE 1863: SUPERVIVENCIA DE LA INFLUENCIA ESPAÑOLA

Constituye una versión mejorada del Proyecto de Código Penal de 1859, revisada conforme al proyecto de la Constitución de 1860. No consagra normas que regulen los Delitos contra los Derechos de Autor.

8.1.5.- EL CÓDIGO PENAL DE 1924: INFLUENCIA SUIZA

Moderniza el Derecho Positivo Penal peruano, inspirándose en una legislación de “Avanzada”, como fue en su momento la Legislación Suiza, sin embargo no contemplaba normas que regulen los Delitos contra los Derechos de Autor.

8.1.6.- LEY N° 23535, DE 1982.

Ley ampliatoria del inciso séptimo del artículo 245 del Código Penal, que tipifica la piratería como delito común, que a la letra dice: Artículo 1°.- Ampliase el inciso 7° del artículo 245 del Código Penal la ley siguiente:

7°.- El que vendiera o gravare como bienes libres los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o grabados; el que vendiere, gravare o arrendar como propios, bienes ajenos; y el que copiare o reprodujere - directa o indirectamente - por cualquier medio de impresión, grabación o fijación una obra literaria, artística o científica, sin la autorización escrita del autor o del editor o del productor de videogramas o de obras cinematográficas, o de otros causahabientes, y el que de cualquier forma distribuyere al público los ejemplares ilícitos, los vendiere, los arrendare, los mantuviere ocultos o en depósitos o los introdujere en el país sin perjuicio de su previa incautación, así como de los elementos utilizados para su reproducción.

8.1.7.- EL CÓDIGO PENAL DE 1991.

Analizaremos en detalle, en las líneas siguientes:

8.2.- DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR.

Las primeras normas penales que regularon los delitos contra los derechos de autor, vieron en ellas a las figuras propias de los delitos contra el patrimonio: Usurpación, Hurto, Defraudación; y cuando no a figuras ilícitas propias de delitos contra la Fe Pública: Falsificación, en este último sentido, una parte importante de la legislación, bajo la influencia de la Ley francesa de 1793 y del Código Penal francés, de 1810, denominaron «falsificación» (*contrefaçon*) a todas o casi todas las violaciones contra los derechos intelectuales (es decir no sólo a las violaciones contra los derechos de autor). Sin embargo, en el siglo XX, se fue asentando la idea de concebir estos injustos penales, como delitos sui generis, con su propia naturaleza, en la que destacaba como bien jurídico tutelable los derechos de autor, una especie de la propiedad intelectual. A partir, de concebir el Derecho de Autor, como un derecho singular, esto es distinto al Derecho Patrimonial (tanto real, como obligacional), y al Personal; por cuanto al fin de cuentas tiene algo de ambos derechos, pero a su vez, ello no justifica que su concepción se pueda reconducir, a través de uno de éstas instituciones tradicionales. El Derecho de Autor, es un concepto que abarca tanto derechos patrimoniales (con lo cual se

acerca al Derecho Civil patrimonial), como derechos morales (con lo cual se acerca al Derecho Civil personales, sobretodo al Derecho de Personas).

8.3.- TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA.

¿Cuáles son los fundamentos de la sanción penal en los delitos contra los derechos de autor?

La necesidad de la sanción penal aparece cuando el hecho ilícito, además de afectar los intereses de cada persona o de un grupo social, representa un daño y un peligro público, entonces son insuficientes las sanciones resultantes del ejercicio de la acción civil (ejecución forzada, resarcimiento, restitución de la cosa, nulidad del acto). Entrará en acción ante tal situación, el Derecho Penal, y para justificar la sanción penal, la doctrina sostiene diversas teorías, entre las cuales están las siguientes:

8.3.1.- TEORÍA DE LA FALSIFICACIÓN.-

La doctrina ha tenido, mínima participación en el debate doctrinario, acerca de las teorías sobre la naturaleza jurídica de los delitos contra los derechos de autor, en cambio, observamos muchas posiciones en la Legislación comparada, las mismas que son presentadas por los diversos especialistas consultados.

La Ley francesa de 1793, y luego el Código Penal francés, de 1810, denominaron «falsificación» (*contrefaçon*) a todas o casi todas las violaciones de los derechos intelectuales (es decir no sólo a las violaciones contra los derechos de autor). En efecto, el artículo 425^o del mencionado Código define la *contrefaçon*, empleando la tipificación siguiente: “Cualquiera edición de escritos, de composiciones musicales, de diseños, de pinturas o; de toda otra producción impresa o grabada, en todo o en parte en violación de las leyes y reglamentos relativos a la propiedad de los autores, constituye una falsificación y toda falsificación constituye un delito”.

En esa misma línea legislativa, la ley italiana de Derechos de Autor, del 19 de septiembre de 1882, regulará con la denominación genérica de “falsificación [*contraffazione*] y otras transgresiones”, las violaciones a los derechos del autor. La terminología francesa no fue seguida sólo por Italia, sino también por legislaciones de otros países Europeos, en esa línea están la ley danesa de 1857 (artículo 11º, se refiere a *falsificación*, después de *reproducción*), Austria 1846; Suecia 1877; Rusia 1857, Suiza 1883, se referían conjuntamente a *falsificaciones*, a *reproducciones ilícitas* y a *infracciones*, sin hacer distinciones. Adicionalmente en América del Sur, la ley boliviana de 1909 (artículos 14º al 16º) se refería a *defraudación*, y lo mismo el Reglamento de 1945 (artículo 20º), la ley de Venezuela de 1894, también se refería, a la *falsificación* y a la *defraudación*; la ley de 1928, en cambio, mantiene el concepto de *falsificación* para los casos de “reproducciones ilícitas”, “publicaciones indebidas” y otras determinadas infracciones, junto a las cuales prevé otro tipo de ataques que no califica. La misma terminología empleaba la ley colombiana de 1886, al designar genéricamente como *fraude* o *falsificación* las “violaciones de los derechos que reconoce esta ley” (artículos 63º a 73º). La Ley brasileña de 1928 establecía que “*todo atentado doloso o fraudulento contra los derechos de autor constituye el delito de falsificación*” (artículo 19º), Repiten el concepto los artículos 21º al 23º, que contemplan varias situaciones. El Código Penal Brasileño del año 1940, abandona este criterio, reemplazándolo por el de “*violación de los derechos de autor*” (artículo 184º).

Esta denominación ha sido criticada, en su tiempo por cierto sector de la doctrina italiana. Así Andreotti⁷², enseña que el título de *contraffazione*, dado promiscuamente a los delitos previstos en el primer párrafo del artículo 32º de la mencionada ley, constituye un doble error, por cuanto:

“El verdadero significado de ‘contraffazione’ –advierte Andreotti- es el de expresar una de las maneras por las cuales se cumplen los delitos contra la fe pública o privada; falsificar quiere decir imitar artificialmente, fraudulentamente, produciendo falsamente, mientras que [en materia de derechos del autor] se

⁷² **ANDREOTTI, Alfredo.** “Le leggi per la tutela della proprietà letteraria, artistica ed industriale”, en: *Enciclopedia del diritto penale italiano*, dirigida por E. Pessina, Milano 1905. Tomop XII, p. 31.

trata, por lo general, de reproducir lo verdadero o de cometer otros hechos que no tienen ninguna relación con la acción de falsificar”.

Más adelante, el mismo jurista italiano señala que:

“De aquí surge el segundo aspecto de la errónea nomenclatura, en cuanto verdaderamente no se comprende cómo la denominación de falsificación puede cohonestarse con la difusión abusiva de una obra o con su indebida traducción o peor aún, con la falta de declaración a que se refiere el artículo 30. Surge así la incongruencia de haber acumulado en una sola disposición delitos tan diversos, con el evidente peligro de con fundir entre sí sus diversos elementos y características”.

La corrección legal vendrá años más tarde, con la reforma del año 1925, cuando se suprimió en la ley italiana la errónea terminología de *contraffazione*, sin embargo el concepto perdurará en la doctrina. En ese sentido, cometen el mismo error que la norma punitiva, tratadistas como Piola Caselli, y Stolfi. El equívoco es evidente, por cuanto si bien toda falsificación de obra intelectual es una reproducción abusiva, también es cierto que no toda reproducción sin consentimiento constituye falsificación. La ley italiana del 22 de abril de 1941, no asimila la violación de los derechos del autor a ninguno de los delitos castigados en el Código Penal, por lo que no hace referencia a la *contraffazione*.

Para que se configure falsificación, la obra deberá reproducirse con la pretensión de que no se distinga de la edición legítima; esto si se tratará de un libro, la presentación gráfica, la mención falsa del mismo editor y los demás detalles deberán inducir a confusión. El propósito del falsificador de un libro, es el de confundir lo artificioso con lo legítimo. La falsificación comprende sólo una parte de los delitos posibles contra los derechos de autor.

8.3.2.- TEORÍA DE LA DEFRAUDACIÓN.

El insuficiente conocimiento de la verdadera naturaleza jurídica de los derechos llamados: contra los Derechos de Autor (“propiedad Intelectual”) determinó la asimilación de ésta a la propiedad común. La fuerza de la rutina determinó también, en una parte de la legislación, el considerar como *defraudación* - delito contra la propiedad- las violaciones de las leyes sobre la materia. Siguió esta corriente legislativa, el Código Penal español de 1870 (artículo. 552º); concordante con la ley de “propiedad intelectual” del 10 de enero de

1879, además parte de la legislación de los países hispanoamericanos, entre ellos, Bolivia y la Argentina. La mencionada ley punitiva española consideraba como *defraudación* -sin definir este delito- la violación de los derechos de “propiedad intelectual”, la que consagra:

«Artículo 46.- Los defraudadores de la propiedad intelectual, además de las penas que fijan el artículo 552 y correlativos del Código Penal vigente; sufrirán la pérdida de todos los ejemplares ilegalmente publicados, los cuales se entregarán al propietario defraudado».

Es decir, que la ley especial se remite para la aplicación de las penas a la parte del Código Penal que se refiere precisamente a la defraudación. Por su parte, el Código de 1870, prescribía:

“Artículo 555.- Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el artículo 550, los que cometieren alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial”.

Este artículo estaba ubicado en la sección segunda “Estafas y otros engaños” del Capítulo IV “Defraudaciones”, del título XIII “De los delitos contra la propiedad”, y así se mantuvo sin variantes en el Código de 1932 (artículo 527°).

Aunque en el derecho español la defraudación era exclusivamente un delito patrimonial, y sin reparar en lo que tenía de arbitrario extender una terminología conocida a cosas y hechos nuevos, la doctrina y la jurisprudencia españolas admitieron (sin polemizar en el plano teórico) el delito de defraudación de la “propiedad intelectual”. La esencia de la definición era aceptable, no obstante que se establecía una *defraudación* que ni aun como “especie” compartía la naturaleza y los caracteres de la defraudación clásica del derecho español, legislada en el Código Penal.

La ley boliviana de 1909, sobre la “propiedad intelectual”, se refiere a los “defraudadores de la propiedad intelectual” (artículo. 14°) y enumera “casos de defraudación” (artículo 15°).

La relativa vaguedad del término *defraudación*, y la falta de rigor jurídico con que ha sido usado, permiten que en la legislación de algunos países (España y algunas naciones hispanoamericanas) se emplee arbitrariamente para

designar y clasificar infracciones que no tienen nada de común entre sí, ni con el mencionado delito legislado en los Códigos Penales. Así, se ha considerado defraudación, en el derecho argentino, a ciertas especies heterogéneas de delitos de carácter patrimonial, como los previstos en los artículos 172º y 173º del Código Penal (casos especiales de defraudación); la defraudación a la renta aduanera (ley 11.281 y ordenanzas de Aduana); el uso de cheques sin provisión de fondos, considerado como defraudación (ley 9.077, derogada), y la defraudación a la “*propiedad intelectual*” (artículos 71º y 72º de la Ley 11.723). En la actualidad, a causa de la falta de precisión de este concepto, se ha determinado su abandono en las diversas legislaciones.

8.3.3.- TEORÍA DEL HURTO PROPIO Y DEL HURTO IMPROPIO.

Ciertos sector de la doctrina, vieron en los delitos contra los derechos del autor, violaciones al derecho de propiedad, y en ese orden de ideas han incluido aquéllos en la figura clásica del *hurto*, o en algunos casos, incluso con una variante, en la del *hurto impropio*.

Así, el jurista italiano Francisco INNAMORATI, citado por Carlos MOUCHET, y Sigfrido RADAELLI⁷³, consideró que tales delitos constituían una forma de «*furto proprio*» (*furtum usus*), olvidando que este último supone la transferencia material de la cosa, teniendo presente que esta transferencia no figura entre los elementos que integran los delitos contra los derechos del autor, toda vez que el pensamiento no es susceptible de apropiación material.

Por otro lado, el catedrático italiano Pedro Nocito, citado por Carlos MOUCHET, y Sigfrido RADAELLI⁷⁴, al tratar el problema de la tutela penal de los derechos de autor, con motivo de las discusiones parlamentarias que precedieron a la sanción de la ley italiana del 18 de mayo de 1882, expuso la

⁷³ MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido. “*Los derechos del escritor y del artista*”. Madrid, Ediciones Cultura Hispánica. Cuadernos de Monografías, 1953. p. 247.

⁷⁴ MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido. Ob. Cit. p. 247.

teoría de que tales delitos eran formas del *hurto impropio*, porque en ellos hay el ánimo de lucro ilícito y el hecho de disponer de la cosa ajena para obtener un lucro debido a quien pertenece la cosa.

Se critica esta teoría, por cuanto en la noción histórica clásica del hurto impropio, se asume que se verifica la violación del derecho de propiedad, no acompañada de la violación de la posesión. Si está demostrado el error de definir el derecho de autor como contenido de un derecho de propiedad civil. Por lo tanto, la correspondiente acción y sanción penal no puede inspirarse en la violación de un derecho que no corresponde a la realidad jurídica del instituto.

En el derecho peruano no es sustentable hablar de *hurto* de la “*propiedad intelectual*”. En efecto, este delito supone el apoderamiento ilícito de una cosa *mueble* total o parcialmente ajena. El apoderamiento supone la remoción de la cosa de su sitio; por el contrario tratándose de un derecho de autor, la violación a este derecho vendría dado por el aprovechamiento de una calidad que perteneciendo a otro se aprovechan contrariando su voluntad, y por lo tanto no da nacimiento a un delito de hurto. En ese sentido el que copia una obra de otro y la hace *como* propia, comete un delito, pero no de hurto, porque la substracción debe ser de cosas y no de *ideas* para que aquella infracción concorra. El que se apodera del invento de otro tampoco comete hurto; el que registra la voz de un cantante y vende los discos que la contienen, contra la voluntad del artista también delinque, pero no es reo de hurto, el injusto en este caso contraviene el Derecho de Autor.

8.3.4.- TEORÍA DE LA USURPACIÓN.

Cierto sector de la doctrina ha definido como usurpación a la violación de los derechos del autor. Se ha creído conveniente esta denominación porque, sin duda, quien infringe las leyes sobre la materia ejerce derechos reservados al autor, o a sus sucesores.

Así, Andreotti⁷⁵, después de desechar, tras agudo análisis, la asimilación de dichas violaciones a otros delitos, dice:

“Nos parece más exacto definir, como lo hace el legislador alemán, la violación general de los derechos de autor, como usurpación, que corresponde, en suma, a la apreciación general de la conciencia pública, la cual usa tal concepto para significar la apropiación fraudulenta de un bien incorporal: las frases usurpa mi fama, mi honor y mis derechos, por ejemplo, comprueban este consentimiento de la relación de tal palabra con el contenido de la violación del derecho de autor”.

Aquí podemos observar en el empleo de esta denominación, un ejemplo de la tendencia del ser humano a designar cosas o hechos nuevos con nombres conocidos y aplicados a cosas o hechos diferentes. La usurpación es término impreciso para tipificar los hechos ilícitos, los injustos, cometidos contra los Derechos de Autor.

Si bien es cierto que de todas las denominaciones usadas por la legislación y doctrina para referirse a los delitos contra los derechos de autor, hasta ahora la de *usurpación* es la que menos choca contra la lógica jurídica y el sentido común; sin embargo, también es cierto que en los delitos contra los derechos de autor, el delincuente que ejerce derechos que pertenecen a terceros, no pretende en realidad, sustituirse al autor o aparecer como tal, sino beneficiarse con la utilización de la obra ajena o perjudicar su integridad.

La hipótesis de usurpación en relación a los diversos tipos de delitos contra los derechos de autor, se daría sólo en el caso particular de la usurpación de la paternidad de una obra, toda vez que es el supuesto de hecho en la que se pone de manifiesto una ilícita sustitución de calidad personal del infractor en contra del autor de la obra.

8.3.5.- TEORÍA DEL DELITO “SUI GENERIS”.

En principio fue una corriente que surgió como minoritaria, pero fue abriéndose camino, y tanto a nivel de la doctrina como de la legislación,

⁷⁵ MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido. Ob. Cit. p. 249.

parten de reconocen la naturaleza *sui generis* de los delitos contra los derechos de autor, en lugar de asimilar aquéllos a figuras delictivas conocidas, prefiere referirse a *violaciones*, *ataques*, *contravenciones* o *infracciones* a los derechos del autor. La corriente “*sui generis*” se encuentra consagrada en las legislaciones siguientes:

Dinamarca, ley de 1857. En el artículo 11º define la *falsificación* como la “reproducción ilegal de obras”. Es la única mención de delitos castigados por la legislación penal clásica. El artículo 17º prohíbe la ejecución pública de obras musicales o dramáticas “*sin consentimiento del autor*”; el artículo 21º se refiere a “*ejecución ilegal*” y a “*representaciones ilegales*”; el 22º, a “infracciones” a la ley.

Finlandia, ley de 1880. Se refiere a «ataques» al derecho de autor (artículo 19º).

Holanda, ley de 1881. En el capítulo referente a la “protección del derecho de autor” se castigan las “infracciones”.

Hungría, ley de 1886. Reprime los “*ataques al derecho de autor*” (artículos 5º, 6º y 7º) y se refiere a la “*reproducción y exposición en venta ilegítimas*” (artículo 8º).

Suiza, “ley federal relativa al derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas”, del 7 de diciembre de 1922. En los artículos 42º y siguientes se detallan las penas por las “*infracciones*”, o “*violaciones*” a estos derechos.

Italia, leyes de 1925 y 1941. En ambas leyes se prevén diversos delitos contra los derechos del autor, sin asimilarlos a las figuras delictivas conocidas. La ley derogada de 1925, enumera en su capítulo V las «*sanzioni penali e misure cautelari*». La ley del 22 de abril de 1941, contiene una sección titulada «*difese e sanzioni penali*» (artículos 171º a 174º). El legislador Italiano abandona todo término o concepto que pueda significar la asimilación de estos delitos a otros considerados en la ley común. Comprendiendo la naturaleza

sui generis de tales violaciones, abandonó toda idea de “propiedad”, advirtiendo también la imposibilidad de reducir la heterogeneidad de estos delitos a una sola figura delictiva.

Estados Unidos de Norteamérica, Ley de 1909. La *copyright Law* del 4 de marzo de 1909, que consolidó las leyes anteriores sobre la materia, prevé *infracciones*, reprimidas en las secciones 20 (infracciones dolosas); 15 (por falta de registro de ejemplares); 17 (por falsa declaración de la “American manufacture”), y 29 (por falsa mención del *copyright* o modificación dolosa del mismo).

República Dominicana, ley de 1914; establecía sobre “*protección a las obras literarias y artísticas*”, que “*todo el que cometa un atentado al derecho del autor, comete un delito e incurre en una multa de cincuenta a quinientos pesos o en prisión de uno a seis meses*” (artículo 30º).

Costa Rica, Código Penal de 1941, reprimía los “delitos contra la propiedad intelectual” (artículo 307º, núm. 2), sin referirse a ningún otro delito legislado en el código. El Código Penal vigente, Ley N° 4573, vigente de 1970, no regula los delitos contra los derechos de autor, los mismos se encuentran contemplados en la Ley N° 8039, del año 2000, conocida como Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, en el Capítulo V: Delitos penales, Sección III: “Delitos contra derechos de autor y derechos conexos”, en los artículos 51º/63º.

Chile, decreto-ley de 1925. Se refería a “*contravenciones a la propiedad intelectual*” (artículo. 19º) y a “*delitos de violación de la propiedad intelectual*” (artículo 22º). Con posterioridad, la legislación chilena, a seguido esta línea de ideas, de regular penalmente las violaciones a los derechos de autor, teniendo en cuenta la peculiar naturaleza jurídica de ésta.

Paraguay, Código Penal de 1910, reprimía la “*apropiación*” o “*reproducción indebida*” de obras literarias o artísticas (artículos 425º, 427º y 429º). La Ley N°

94, del 10 de julio de 1951, de “protección de las creaciones científicas, literarias y artísticas y de creación del Registro Público de los derechos intelectuales”, se refería en el artículo 61º a los hechos ilícitos que lesionan los derechos intelectuales, pero en el artículo 62º se incurría innecesariamente – en incoherencia al considerar “*casos especiales de defraudación*” a cuatro situaciones allí previstas.

El Código Penal de 1997, Capítulo II: “Hechos Punibles contra otros Derechos Patrimoniales”, regula en el artículo 184º

“Artículo 184.- Violación del derecho de autor o inventor

1º El que sin autorización del titular:

1. divulgara, promocionara, reprodujera o públicamente representara una obra de literatura, ciencia o arte, protegida por el derecho de autor; o

2. exhibiera públicamente el original o una copia de una obra de las artes plásticas o visuales, protegida por el derecho de autor, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

2º A las obras señaladas en el inciso anterior se equiparán los arreglos y otras adaptaciones protegidas por el derecho de autor.

(...)

4º La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima.

5º En caso de condena a una pena se aplicará, a petición de la víctima o del ministerio público, lo dispuesto en el artículo 60”.

En el numeral 3º del artículo en comento, regula sobre delitos contra la propiedad industrial, y en ambos casos los enfoca desde una óptica patrimonialista, superada en Derecho Comparado, por cuanto la propiedad intelectual tiene un aspecto patrimonial, pero también un innegable aspecto moral, personal.

Brasil, Código Penal de 1940 (en vigor a partir del 1º de enero de 1942). Al legislar sobre los delitos contra la *propiedad inmaterial*, reprime la “violación de derechos de autor” (artículo 184º) y la “usurpación de nombre o seudónimo ajeno” (artículo 185º), Título III Dos Crimes Contra a Propiedade Imaterial, Capítulo I: Dos Crimes Contra a Propiedades Intelectual, reformados por la Ley Nº 10.695, del 1 de Julio del año 2003.

8.3.6.- APRECIACIÓN PERSONAL DEL TESISISTA.

Estima el autor de la presente tesis, su adhesión a la teoría “sui generis”, en la medida que se violan los derechos intelectuales, y no el patrimonio u otro bien jurídico tutelado. En consecuencia, los delitos contra los derechos intelectuales son delitos *sui generis*, que no deben ser confundidos con los delitos contra la propiedad de las cosas ni con las violaciones de cualquier otra clase de derechos, patrimoniales o personales.

Esta teoría, tiene por referente al jurista Belga Picard, quien entendía que en el mundo jurídico, a los derechos reales, obligacionales, y personales, debía de agregar, una cuarta categoría, los derechos intelectuales. Esta corriente, se ha ido imponiendo con la solidez, y fortaleza de sus argumentos, y sus efectos en el Derecho punitivo están presentes, a través de la necesidad de tutelar el bien jurídico: Derecho de Autor.

8.4.- BIEN JURÍDICO TUTELADO.

El bien jurídico es obra del pensamiento ilustrado, y merece destacar en la elaboración sistemática de los juristas; siendo una categoría fundamental del Derecho penal, motivo único de punición de las conductas prohibidas, se le conceda un carácter “residual” o paradójicamente “fragmentario”, pues no tiene protagonismo alguno en la sistemática de la Parte General, sólo servirá para interpretar la *ratio* incriminadora de los tipos de la Parte Especial. Es decir, sólo en el siglo XIX, cuando la dogmática jurídico-penal alcanzó cierto grado de madurez intelectual que se introdujo al ius puniendi una exigencia próxima a un axioma, a saber: El delito constituye lesión de bienes jurídicos y el derecho penal tiene como función primordial la protección de bienes jurídicos.

El Derecho penal es entendido como potestad punitiva del Estado (Derecho penal en sentido subjetivo, *jus puniendi*), fundamentadora de la existencia de un conglomerado sistemático de normas primarias y secundarias, que al estar en conexión con la realidad social propicia que el bien jurídico asuma una importancia esencial en la reconstrucción del tipo del injusto. Ahora bien, una breve historia del bien jurídico nos hace entender que el concepto de bien jurídico, desde sus orígenes, no nace con pretensiones de limitar al legislador

(de *lege ferenda*), sino para expresar, interpretar y sistematizar la voluntad de éste, como “ratio legis” del “ius positum” (*de lege lata*).

La teoría del bien jurídico empezó con los estudios dogmáticos de Von Liszt⁷⁶, quien desde principios de siglo afirmó que “*el bien jurídico es el interés jurídicamente protegido*”. El jurista alemán estimaba asimismo que el orden jurídico no crea el interés, sino quien lo crea es la vida, y que el Derecho penal tiene como misión peculiar la defensa más enérgica de los “*intereses especialmente dignos y necesitados de protección*”.

Posteriormente un clásico del finalismo, Hans Welzel⁷⁷, expuso que bien jurídico es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones y, en consecuencia, la misión del Derecho penal consiste en su protección.

Desde otra perspectiva, el funcionalismo, Claus Roxin⁷⁸, señalará que los bienes jurídicos constituyen: “*En cada situación histórica y social de un grupo humano los presupuestos imprescindibles para su existencia en común se concretan en una serie de condiciones valiosas*”.

Actualmente, la teoría del bien jurídico expresa un criterio legitimante de *limitación* del poder, permite definir conductas criminales por parte del Estado – y no meramente interpretativa o sistemática-, y encausa a la exclusiva protección de bienes jurídicos; sin embargo, esta garantía de limitación actualmente sufre una crisis. La función significativa de delimitación sirve primordialmente para evitar una hipertrofia cualitativa y cuantitativa del Derecho penal que eliminara su carácter de *ultima ratio* frente a las demás ramas del

⁷⁶ **VON LISZT, Franz.** “*Tratado de Derecho Penal*”. Madrid-España, s/f. 3ª. Edición. Tomo II. Traducido por Luis Jiménez de Asua, de la 20ª edición alemana, Editorial Reus. p. 6.

⁷⁷ **WELZEL, Hans.** “*Derecho penal alemán. Parte general*”. Santiago de Chile 1970. Editorial Jurídica de Chile, 11ª edición. pp. 15-16.

⁷⁸ **ROXÍN, Claus.** “*Sentido y Límites de la Pena Estatal*”. En Problemas Básicos del Derecho Penal. Barcelona, 1976. Editorial Bosch. p. 21.

ordenamiento jurídico. En tal línea, resultará cuestionable cualquier decisión política en torno a la criminalización primaria –crear delitos y faltas, que tengan como propósito reforzar pedagógicamente determinadas tendencias inmorales, credos o intereses particulares (rol de comunicación “superior”), ideologías, como el caso del “mantenimiento de la pureza de la sangre” o la protección al “Sano sentimiento del pueblo alemán” en la cual el pueblo tenía vida propia y que no es simplemente un conjunto de individuos; esto fundamentó la represión del denominado Nacional-Socialismo (Escuela de Kiel), que significó para la teoría del bien jurídico un retroceso, puesto que tuvo lugar en un Estado totalitario.

Por ello, a las tradicionales funciones del bien jurídico, de orden dogmático-interpretativo (que busca la *ratio legis* del bien jurídico involucrado en la protección), garantizadora (que busca castigar solamente conductas que afectan bienes importantes) y clasificadora (que responde a un criterio de jerarquización de los bienes jurídicos que subyacen los tipos penales), se va perfilando la idea de la función crítica trascendente al sistema penal, como rol decisivo de la política criminal, puesto que constituye el punto de unión entre la realidad y la valoración jurídico-penal. En la actualidad se constata en la dogmática, un amplio y profundo debate, que abarca aspectos Constitucionales, y Filosóficos, sin embargo es posible encontrar puntos de consenso en la Teoría del Bien Jurídico Tutelado. Al respecto, en la doctrina nacional, el maestro sanmarquino Manuel Abanto Vasquéz, después de hacer una referencia histórica del antecedente teórico alemán, enseña que:

“Desde entonces y pese al retroceso que significó la época nacional-socialista en Alemania, la ciencia jurídico-penal alemana dominante y la influida por ella no han abandonado este principio. Se puede decir que, hasta ahora, el consenso mínimo de la doctrina dominante consiste en que el "bien jurídico" es visto como el punto de encuentro entre "injusto" y "política criminal", de tal manera que el Derecho penal solamente debería tener por tarea proteger "bienes jurídicos" y los tipos penales solamente deberían ser interpretados en este sentido”⁷⁹.

⁷⁹ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** “Acerca de la Teoría de Bienes Jurídicos”. En “Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez” Director José URQUIZO OLAECHEA. Pp.: 1/77. Lima 2007. IDEMSA. p. 3.

Ante tal realidad, entonces cabe preguntarse: ¿Qué bien jurídico se tutela en los Delitos contra los Derechos de Autor?. Al respecto hay varias posturas doctrinarias, tanto en el Derecho Penal Nacional como en el Comparado.

Manuel Artidoro ABANTO VASQUEZ⁸⁰

“Concordantemente con la doctrina extrapenal, un buen sector de la doctrina penal, si bien bajo diferentes presupuestos teóricos, viene tradicionalmente defendiendo la tesis de que el bien jurídico tutelado es el propio ‘derecho de autor’, con contenido moral y patrimonial (tesis ‘dualista’), pero siendo el patrimonial el preferentemente protegido por el Derecho Penal. Últimamente se observa una inclinación de la balanza en relación con el aspecto patrimonial. Así García Rivas y Arroyo Zapatero afirman desde una perspectiva constitucionalista, que el bien jurídico tutelado (...) es uno preponderantemente patrimonial”

Luego de exponer el estado del debate en torno al bien jurídico tutelado en los delitos contra los derechos de autor, líneas más abajo, el mencionado jurista nacional, sienta su posición, expresando que:

“ (...) El bien jurídico tutelado es uno sólo (tesis ‘monista’), de carácter sui generis: los derechos de autor (que incluye, además de los derechos de autor en sentido estricto también a los ‘derechos conexos’), protegidos en sus dos aspectos, tanto el moral como el patrimonial ”⁸¹

Juan José BLOSSIERS HÜME⁸²; se pronuncia en el sentido que:

“ (...) El bien jurídico tutelado es el propio ‘derecho de autor’, con contenido moral y patrimonial (tesis ‘dualista’) pero siendo el patrimonial el imperantemente protegido por el Derecho Penal. Sin desconocer los meritos de la doctrina, parece, sin embargo, más exacto discurrir que el bien jurídico tutelado es uno solo (tesis ‘monista’), de carácter sui generis: los derechos de autor (que incluye, al mismo tiempo, los derechos de autor en sentido estricto también a los ‘derechos conexos’), privilegiados en sus dos variantes, tanto el moral como el patrimonial. Siendo no sólo por lo indispensable de ambos elementos (cada violación del aspecto patrimonial lesiona también el aspecto moral), y lo ineludible de la protección del aspecto moral para la vigencia del ‘derecho a producir’. Sino también porque la propia legislación usual y actual no protege en mayor medida al aspecto patrimonial que al moral”.

Luis LAMAS PUCCIO⁸³, sostiene por su parte:

⁸⁰ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** “*Derecho Penal Económico. Parte Especial*”. Lima 2000. IDEMSA. p.253/254.

⁸¹ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** “*Derecho Penal Económico. Parte Especial*”. Lima 2000. IDEMSA. p. 254.

⁸² **BLOSSIERS HÜME, Juan José.** “*Análisis del Derecho Penal Económico*”. Lima 2006. p. 290/291.

“ (...) La connotación moral de los delitos que atentan contra los derechos intelectuales, aunada al significado que puede tener en el campo patrimonial, dan al derecho de autor su naturaleza propia y característica. Por ello, los actos delictivos que violan los derechos de autor generan un doble daño o lesión al titular del derecho. Uno en el ámbito inmaterial que se puede denominar como daño moral; y otro en el campo material, que se puede denominar como lesión patrimonial”

El maestro sanmarquino **Silfredo HUGO VIZCARDO**⁸⁴, al respecto enseña:

“Si concebimos el Derecho Penal como un instrumento posibilitador de la vida en comunidad, cuya finalidad es la de garantizar el funcionamiento y evolución del sistema social, el concepto de bien jurídico, necesariamente tiene que referirse a la realidad social y sobre esta base no puede concebirse como la creación de la voluntad del legislador, sino que es anterior a la misma y de hecho puede y debe limitar su actividad, que en muchas ocasiones desborda lo legítimo, para amparar intereses subalternos”.

En el Derecho comparado, luego de mencionar que una de las cuestiones dogmáticas que mayor interés ha venido suscitando hasta la fecha entre la doctrina penal española en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual, es la relativa a la naturaleza jurídica del bien jurídico penalmente protegido, al respecto el jurista español **Víctor GÓMEZ MARTÍN**⁸⁵, señala que:

“Admitida por doctrina y jurisprudencia la tesis -difícilmente refutable por su carácter cuasi-tautológico- de que los delitos contra la propiedad intelectual tienen como bien jurídico protegido los derechos de propiedad intelectual que un sujeto ostente sobre una obra, se discute, en cambio, si el legislador penal protege la propiedad intelectual en su integridad, esto es, tanto los aspecto personal/moral como su dimensión económica/patrimonial, o bien sólo defiende uno de estos dos aspectos”.

Señala el jurista español que las opiniones doctrinales están divididas entre quienes, “*de lege lata*” postulan que la cuestión relativa a si el CP de 1995 protege todos los intereses implicados en las creaciones intelectuales, o sólo defiende una parte de ellos pueden ser reconducidas, hasta en tres posiciones: 1) posición personalista: 2) posición patrimonialista (absoluta/

⁸³ **LAMAS PUCCIO, Luis**. “*Derecho Penal Económico. Aplicado al Código Penal*”. Lima s/f. Editoriales Didi de Arteta S.A. p. 178.

⁸⁴ **HUGO VIZCARDO, Silfredo**. “*Delitos Económicos*”. Lima. En línea: www.proderechoperu.org/pdfs/art_2.pdf (Consulta 08/10/2011). p.18.

⁸⁵ **GÓMEZ MARTÍN, Víctor**. “*La protección penal de la propiedad intelectual en los Códigos Penales Español y Peruano. Un estudio comparado*”. En: Tratado de Derecho Penal. Coordinador: Víctor GÓMEZ MARTÍN. Pp. 339-383. Trujillo 2004. Editora Normas Legales S.A.C. p. 341.

relativa); y 3) posición mixta personalista-patrimonialista indistinta. Posiciones encontradas que se da en el marco intelectual de franca libre expresión de ideas.

Además menciona el jurista español líneas arriba citado, que con la vigencia del Código Penal de 1973, la doctrina dominante en España parecía decantarse por una posición patrimonialista relativa, mientras que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales se encontraba dividida entre la posición patrimonialista y la posición mixta personalista-patrimonialista indistinta. Sin embargo, esto cambio con la aprobación y entrada en vigor del Código Penal de 1995, prevaleciendo la tesis, tanto en la doctrina como en al jurisprudencia, que se protege exclusivamente el aspecto *económico* de los derechos de autor, es decir se concibe que el Derecho Positivo vigente adopta un modelo *patrimonialista absoluto* de protección de la propiedad intelectual. La doctrina, y la jurisprudencia han llegado a este acuerdo partiendo, fundamentalmente, de cinco diferentes argumentos: 1) Ubicación sistemática de los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Punitivo; 2) La rúbrica de la Sección 1a del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del CP de 1995; 3) Las coincidencia de las conductas típicas recogidas en el artículos 270º, párrafo 1º CP 95 y algunas de las infracciones civiles de los derechos de explotación recogidas en el RDL 1/1996; 4) La referencia del artículo 270º, párrafo 1º del CP a los elementos "ánimo de lucro" y "en perjuicio de tercero", y 5) La naturaleza exclusivamente patrimonial de los elementos accidentales típicos del artículo 271º del Código Penal de 1995, al haber desaparecido los elementos accidentales del Código Penal de 1973 de contenido personal.

8.5.- LA DENOMINADA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA.

La presencia de dos cuerpos normativos facilita una regulación ordenada, además permite hacer uso adecuado de técnicas jurídicas y medidas de presión o de sanción previstas legalmente y que operan de forma escalonada, buscando que el contenido penal del objeto de protección en sede penal, en virtud del principio de fragmentariedad, subsidiariedad, y ultima ratio del

derecho penal, constituya un límite a la punición de los derechos de autor. En el Derecho penal clásico y la política criminal tradicional, el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal, se presenta de manera central, específicamente en el Derecho penal general, por cuanto al tratarse del medio jurídico más severo de que dispone el Estado, sólo debe ser utilizado en último término, ello por razones constitucionales (*ultima ratio*), en el Derecho penal económico - Delitos contra los Derechos de Autor-, se da el detalle de que el establecimiento de tipos penales aislados en contra de determinados comportamientos abusivos, debe ser considerado como menos severo que en el Derecho penal clásico, con redes de control omnipresentes, por ello se justifican los mecanismos jurídico-administrativos.

En el Derecho económico, el legislador ofrece protección total, a través de sanciones administrativas y penales. Esto viene condicionado por la técnica legislativa empleada, que la protección general contra infracciones o prohibiciones y mandatos jurídico-económicos, es desde una perspectiva de la teoría del Derecho, lógicamente más amplia que la descripción de cada una de las conductas prohibidas del Derecho Penal. Adicionalmente el carácter esencialmente fragmentario del Derecho penal, no se puede cumplir permanentemente en razón del rango y la importancia de numerosos bienes jurídicos económicos.

Finalmente, en la doctrina penal se resalta el empleo político-criminal del Derecho penal económico como un campo infinito de tipos penales residuales. La problemática se relaciona íntimamente con el problema general sobre la *practicabilidad* de las leyes penales, y se refiere en gran medida al problema aún no aclarado de la relación entre el Derecho penal material y el Derecho Administrativo. Cierta sector de la doctrina, califica como una “*pena de sospecha*” cuando el legislador prevé la sanción por los mismos comportamientos en ambas vías, y se sanciona el mismo comportamiento, en forma menos severa en sede penal material (con pena privativa de libertad no efectiva o multa).

8.6.- LEYES PENALES EN BLANCO. CLAÚSULAS DE AUTORIZACIÓN.

Una primera aproximación al concepto de leyes penales en blanco equivale a señalar que nos encontramos frente a ella cuando se utilizan “*tipos penales abiertos*”, los cuales no describen enteramente la acción y/o la materia de prohibición y se encuentran, por consiguiente, necesitados de complementación.

Es decir, en la tipificación de los tipos penales, se incorporan elementos normativos ajenos al Derecho penal, mediante un reenvío a otra disposición, de manera que es necesaria la aplicación de normas ajenas para su integración o interpretación. En este contexto, se entiende que un precepto penal emplea “*conceptos normativos*” para la delimitación de la conducta que pretende tipificar cuando al llevar a cabo la descripción de dicha conducta, recurre a términos cuyo sentido e interpretación nos vienen dados, a su vez, por preceptos previstos en otras normas jurídicas, sea de naturaleza penal o, incluso, pertenecientes a otras ramas del ordenamiento jurídico.

En la Legislación nacional, como en la comparada, respecto a los delitos contra los derechos de autor, se emplean este tipo de “*Leyes penales en blanco*”, situación que sin duda encuentra defensores y detractores. Los primeros fundamentan su posición en el carácter dinámico de la realidad económica, los segundos cuestionan sobretodo la vigencia del Principio de Legalidad. Más allá de la polémica, es imprescindible en la regulación de los delitos contra los derechos de autor, las “*leyes penales en blanco*”, los preceptos que complementan en nuestro ordenamiento jurídico son los establecidos en el Decreto Legislativo N° 822.

8.7.- CONFLUENCIA SANCIONADORA, LOS CATÁLOGOS DE SANCIONES.

El carácter subsidiario del Derecho penal respecto de otras ramas del derecho, no es más que la manifestación expresa de la función de ultima ratio, y ultima ratio del Derecho penal, el cual solo debe intervenir en aquellas cuestiones en las que otras ramas del derecho resulten insuficientes. El carácter complementario de la normativa penal adquiere especial relevancia en materia de regulación de los Derechos de Autor, toda vez que en dicha rama

jurídica las normas básicas de protección corresponden al derecho administrativo – económico (específicamente al Derecho de Autor). Y es en base a las normas básicas que se establece un catálogo de sanciones, una confluencia sancionadora que tiene en el Derecho Penal, el deber de inmiscuirse sólo en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos de mayor trascendencia, siendo las ofensas menores objeto de otras áreas del ordenamiento. Desde una perspectiva sistémica del Derecho punitivo, el maestro sanmarquino, Silfredo Hugo Vizcardo⁸⁶, entiende como “*Principio de Derecho Penal Mínimo*”, y este:

“Se fundamenta en que el Derecho penal es violento, no resuelve ni afronta convenientemente los conflictos sociales, los enraíza y aumenta, así también es altamente clasista pues selecciona sus destinatarios”

En ese sentido, para el maestro sanmarquino Hugo Vizcardo⁸⁷, el principio de Derecho Penal Mínimo, se encuentra comprendido por el carácter fragmentario, la ultima ratio, el carácter subsidiario, y la intervención mínima o no intervención

8.8.- SANCIONES PENALES, Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

Al lado de las sanciones penales en los Derechos de Autor se establece sanciones administrativas. Las sanciones se justifican, por cuanto responden a perspectivas diferentes, y que no se contraponen, la primera tiene como referente el poder punitivo del Estado, y la segunda responde a los aspectos administrativos del mismo.

Las sanciones penales tienen un Organo Constitucional Autónomo, titular de la Acción Penal Pública, es decir el Ministerio Público, quien formula denuncia y acusa ante el Poder Judicial, por los hechos ilícitos cometidos por los inculcados.

⁸⁶ HUGO VIZCARDO, Silfredo. “*Manual de Derecho Penal y Penitenciario*”. Lima 1997. Ediciones Jurídicas “Novus Juris”. p. 36.

⁸⁷ HUGO VIZCARDO, Silfredo. Ob. Cit. p. 36/40.

En el ámbito administrativo, el INDECOPI, es el órgano encargado de procesar las infracciones contra los Derechos de Autor y Conexos. En el marco de tutela jurídica de los derechos de autor, la posibilidad de castigar punitivamente los delitos, no aparece con claridad, como puede aparecer en otra clase de injustos penales, por ello la doctrina establece tres criterios, en las enseñanzas de Luis Lamas Puccio⁸⁸:

“Diversos autores consideran que los delitos intelectuales deben reunir los siguientes elementos: a) Que se trate de un derecho intelectual que reúna un mínimo aporte del ingenio por parte del autor; b) Que sea ejercido por quien no es titular conforme a las disposiciones de la ley; y, c) que exista de por medio una ausencia de autorización para el ejercicio de este derecho por parte del autor”.

Por otro lado es importante destacar, lo que señala el maestro **Manuel Artidoro ABANTO VASQUEZ**⁸⁹:

“Es importante anotar que la protección penal es independiente de la administrativa (o civil), conforme lo declara expresamente el art. 173 del D. Leg. 822. Antes que el Ministerio Público emita acusación u opinión, según sea el caso, la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi deberá emitir un informe técnico dentro del término de 5 días (primera disposición final del D. Leg. 822). Pero este "informe técnico" no debe interpretarse como una "vía previa", pues la ley en su art. 173 in fine descarta esta posibilidad”.

8.9.- LEGISLACIÓN Y DOCTRINA. NORMAS VIGENTES DE DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS.

Veamos las siguientes:

8.9.1.- LA LEY N° 27729 DEL 2002.

Es una Ley que modifica diversos artículos del Código Penal.- Esta norma promulgada en mayo del 2002, modifica el Artículo 216 del Código Penal, a su vez, sustituye los artículos 222º, 223º, 224º, 225º y 288º del Código Penal referidos a los delitos contra la propiedad industrial. El Art. 216 -que es de nuestro interés - corresponde exclusivamente a quienes infrinjan las normas del Derecho de Autor. Este artículo fue modificado inicialmente al promulgarse el

⁸⁸ **LAMAS PUCCIO, Luis.** “Derecho Penal Económico. Aplicado al Código Penal”. Lima s/f. Editoriales Didi de Arteta S.A. p. 179.

⁸⁹ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** “Derecho Penal Económico. Parte Especial”. Lima 2000. IDEMSA. p. 324.

Dec. Leg. 822 (1996), la misma que establecía pena privativa de libertad de uno a tres años y de diez a sesenta días multa. La modificación actual (2002) eleva la pena de 2 a 4 años, "...a quien estando autorizado para publicar una obra, lo hiciere en una de las formas siguientes:

- a. Sin mencionar en los ejemplares el nombre el autor, traductor, adaptador, compilador o arreglador.
 - b. Estampe el nombre con adiciones o supresiones que afecten la reputación del autor como tal o, en su caso, del traductor, adaptador, compilador o arreglador.
 - c. Publique la obra con abreviaturas, adiciones, supresiones, o cualquier otra modificación, sin el consentimiento del titular del derecho.
 - d. Publique separadamente varias obras, cuando la autorización se haya conferido para publicarlas en conjunto, o las publique en conjunto, cuando solamente se le haya autorizado la publicación de ellas en forma separada"
- Este artículo ha sido tipificado como delitos de abuso de la autorización concedida, (Ricardo Antequera y Marisol Ferreyros), sostiene además, que, quines infringen los incisos a) y b), vulneran el derecho moral de paternidad del autor. El inciso c), vulnera también el derecho moral de integridad y el derecho patrimonial de transformación. Sobre la efectividad de la ley, los directivos de la Cámara Peruana del Libro sostienen que ésta carece de eficacia por cuanto las penas, no conllevan a una carcelería efectiva.

8.10.- CODIGO PENAL: DECRETO LEGISLATIVO N° 635.

Promulgado : 03-04-91

Publicado : 08-04-91

Regula en el TITULO VII: Delitos Contra los Derechos Intelectuales (Artículo 216 al 225), y específicamente en el: Capítulo I Delitos contra los derechos de autor y conexos (Artículo 216 al 221)

CAPITULO I

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS

Artículo 216.- El que copia, reproduce, exhibe, emite, ejecuta o difunde al público, en todo o en parte, por impresión, grabación, fonograma (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS, videograma, fijación u otro medio, una obra o producción literaria, artística, científica o técnica, sin la autorización escrita del autor o productor o titular de los derechos, en su caso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

(*) Artículo modificado por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 822, publicado el 24-04-96, cuyo texto es el siguiente:

Copia o reproducción no autorizada

"Artículo 216.- Será reprimido con pena privativa de la libertad de uno a tres años y de diez a sesenta días-multa, a quien estando autorizado para publicar una obra, lo hiciere en una de las formas siguientes:

a. Sin mencionar en los ejemplares el nombre del autor, traductor, adaptador, compilador o arreglador.

b. Estampe el nombre con adiciones o supresiones que afecte la reputación del autor como tal, o en su caso, del traductor, adaptador, compilador o arreglador.

c. Publique la obra con abreviaturas, adiciones, supresiones, o cualquier otra modificación, sin el consentimiento del titular del derecho.

d. Publique separadamente varias obras, cuando la autorización se haya conferido para publicarlas en conjunto; o las publique en conjunto, cuando solamente se le haya autorizado la publicación de ellas en forma separada." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27729, publicada el 24-05-2002, cuyo texto es el siguiente:

Copia o reproducción no autorizada

"Artículo 216.- Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y de diez a sesenta días-multa, a quien estando autorizado para publicar una obra, lo hiciere en una de las formas siguientes:

a. Sin mencionar en los ejemplares el nombre del autor, traductor, adaptador, compilador o arreglador.

b. Estampe el nombre con adiciones o supresiones que afecte la reputación del autor como tal, o en su caso, del traductor, adaptador, compilador o arreglador.

c. Publique la obra con abreviaturas, adiciones, supresiones, o cualquier otra modificación, sin el consentimiento del titular del derecho.

d. Publique separadamente varias obras, cuando la autorización se haya conferido para publicarlas en conjunto; o las publique en conjunto, cuando solamente se le haya autorizado la publicación de ellas en forma separada."

Artículo 217.- La pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, cuando:

1. La copia, reproducción, exhibición, emisión, difusión o utilización de la obra o producción intelectual se hace con fines de comercialización.

2. La copia, reproducción, exhibición, emisión, difusión de la obra o producción intelectual se hace suprimiendo o alterando el nombre o seudónimo del autor o productor o titular de los derechos, en su caso, nombre, denominación, sello o distintivo de autenticidad de la obra o producción intelectual.

(*) (1) Artículo modificado por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 822, publicado el 24-04-96, cuyo texto es el siguiente:

Difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor

"Artículo 217.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con treinta a noventa días-multa, el que con respecto a una obra, una interpretación o ejecución artística, un fonograma, o una emisión o transmisión de radiodifusión, o una grabación audiovisual o una imagen fotográfica expresada en cualquier forma, realiza alguno de los siguientes actos, sin la autorización previa y escrita del autor o titular de los derechos:

- a. La modifique total o parcialmente.
- b. La reproduzca total o parcialmente, por cualquier medio o procedimiento.
- c. La distribuya mediante venta, alquiler o préstamo público.
- d. La comunique o difunda públicamente por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho.
- e. La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28289, publicada el 20-07-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 217.- Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con treinta a noventa días-multa, el que con respecto a una obra, una interpretación o ejecución artística, un fonograma o una emisión o transmisión de radiodifusión, o una grabación audiovisual o una imagen fotográfica expresada en cualquier forma, realiza alguno de los siguientes actos sin la autorización previa y escrita del autor o titular de los derechos:

- a. La modifique total o parcialmente.
- b. La distribuya mediante venta, alquiler o préstamo público.
- c. La comunique o difunda públicamente por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho. (*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

"c. La comunique o difunda públicamente, transmita o retransmita por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho."

d. La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito.

La pena será no menor de cuatro años ni mayor de ocho y con sesenta a ciento veinte días multa, cuando el agente la reproduzca total o parcialmente, por cualquier medio o procedimiento y si la distribución se realiza mediante venta, alquiler o préstamo al público u otra forma de transferencia de la posesión del soporte que contiene la obra o producción que supere las dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, en forma fraccionada, en un solo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno."

Artículo 218.- El que, falsamente, se atribuye o atribuye a otro la autoría o titularidad de una obra o producción intelectual, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con veinte a treinta días-multa. (*)

(1) Artículo modificado por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 822, publicado el 24-04-96, cuyo texto es el siguiente:

Plagio y comercialización de obra

Artículo 218.- La pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años y sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

a. Se dé a conocer a cualquier persona una obra inédita o no divulgada, que haya recibido en confianza del titular del derecho de autor o de alguien en su nombre, sin el consentimiento del titular.

b. La reproducción, distribución o comunicación pública, se realiza con fines de comercialización, o alterando o suprimiendo, el nombre o seudónimo del autor, productor o titular de los derechos.

c. Conociendo el origen ilícito de la copia o reproducción, la distribuya al público, por cualquier medio, la almacene, oculte, introduzca en el país o la saca de éste.

d. Se fabrique, ensamble, importe, modifique, venda, alquile, ofrezca para la venta o alquiler, o ponga de cualquier otra manera en circulación dispositivos, sistemas, esquemas o equipos capaces de soslayar otro dispositivo destinado a impedir o restringir la realización de copias de obras, o a menoscabar la calidad de las copias realizadas; o capaces de permitir o fomentar la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en otra forma al público, por aquellos que no estén autorizados para ello.

e. Se inscriba en el Registro del Derecho de Autor la obra, interpretación, producción o emisión ajenas, o cualquier otro tipo de bienes intelectuales, como si fueran propios, o como de persona distinta del verdadero titular de los derechos. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28289, publicada el 20-07-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 218.- Formas agravadas

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a ciento ochenta días multa cuando:

a. Se dé a conocer al público una obra inédita o no divulgada, que haya recibido en confianza del titular del derecho de autor o de alguien en su nombre, sin el consentimiento del titular.

b. La reproducción, distribución o comunicación pública se realiza con fines de comercialización, o alterando o suprimiendo, el nombre o seudónimo del autor, productor o titular de los derechos. (*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

"b. La reproducción, distribución o comunicación pública se realiza con fines comerciales u otro tipo de ventaja económica, o alterando o suprimiendo el nombre o seudónimo del autor, productor o titular de los derechos."

c. Conociendo el origen ilícito de la copia o reproducción, la distribuya al público, por cualquier medio, la almacene, oculte, introduzca en el país o la saque de éste.

d. Se fabrique, ensamble, importe, modifique, venda, alquile, ofrezca para la venta o alquiler, o ponga de cualquier otra manera en circulación dispositivos, sistemas, esquemas, o equipos capaces de soslayar otro

dispositivo destinado a impedir o restringir la realización de copias de obras o producciones protegidas, o a menoscabar la calidad de las copias realizadas; o capaces de permitir o fomentar la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en otra forma al público, por aquellos que no estén autorizados para ello. (*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

"d. Se fabrique, ensamble, importe, exporte, modifique, venda, alquile, ofrezca para la venta o alquiler, o ponga de cualquier otra manera en circulación dispositivos, sistemas tangibles o intangibles, esquemas o equipos capaces de soslayar otro dispositivo destinado a impedir o restringir la realización de copias de obras, o a menoscabar la calidad de las copias realizadas, o capaces de permitir o fomentar la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en otra forma al público, por aquellos que no están autorizados para ello."

e. Se inscriba en el Registro del Derecho de Autor la obra, interpretación, producción o emisión ajenas, o cualquier otro tipo de bienes intelectuales, como si fueran propios, o como de persona distinta del verdadero titular de los derechos."

Artículo 219.- El que edita, reproduce o pone en circulación una obra o producción intelectual en mayor número que el autorizado en forma escrita, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con veinte a treinta días-multa. (*)

(*) Artículo modificado por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 822, publicado el 24-04-96, cuyo texto es el siguiente:

Falsa atribución de autoría de obra

"**Artículo 219.-** Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años y sesenta a ciento ochenta días-multa, el que con respecto a una obra, la difunda como propia, en todo o en parte, copiándola o reproduciéndola textualmente, o tratando de disimular la copia mediante ciertas alteraciones, atribuyéndose o atribuyendo a otro, la autoría o titularidad ajena." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28289, publicada el 20-07-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 219.- Plagio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y noventa a ciento ochenta días multa, el que con respecto a una obra, la difunda como propia, en todo o en parte, copiándola o reproduciéndola textualmente, o tratando de disimular la copia mediante ciertas alteraciones, atribuyéndose o atribuyendo a otro, la autoría o titularidad ajena."

Artículo 220.- El que, conociendo el origen ilícito de la copia o reproducción de una obra o producción intelectual, la distribuye al público, oculta, vende, arrienda, o transmite su propiedad o posesión por cualquier otro medio, introduce en el país o la saca de éste, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos no (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS mayor de cuatro años. (*)

(*) Artículo modificado por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 822, publicado el 24-04-96, cuyo texto es el siguiente:

Formas agravadas

"Artículo 220.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y noventa a trescientos sesenticinco días-multa:

a. Quien se atribuya falsamente la calidad de titular originario o derivado, de cualquiera de los derechos protegidos en la legislación del derecho de autor y derechos conexos y, con esa indebida atribución, obtenga que la autoridad competente suspenda el acto de comunicación, reproducción o distribución de la obra, interpretación, producción, emisión o de cualquier otro de los bienes intelectuales protegidos.

b. Quien realice actividades propias de una entidad de gestión colectiva de derecho de autor o derechos conexos, sin contar con la autorización debida de la autoridad administrativa competente.

c. El que presente declaraciones falsas en cuanto certificaciones de ingresos; asistencia de público; repertorio utilizado; identificación de los autores; autorización supuestamente obtenida; número de ejemplares producidos, vendidos o distribuidos gratuitamente o toda otra adulteración de datos susceptible de causar perjuicio a cualquiera de los titulares del derecho de autor o conexos.

d. Si el agente que comete el delito integra una organización destinada a perpetrar los ilícitos previstos en el presente capítulo.

e. Si el agente que comete cualquiera de los delitos previstos en el presente capítulo, posee la calidad de funcionario o servidor público."

"Artículo 220-A.- Elusión de medidas tecnológicas

El que, con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica, eluda cualquier medida tecnológica que utilicen los productores de fonogramas, artistas intérpretes o ejecutantes, así como los autores de cualquier obra protegida por derechos de propiedad intelectual, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y de diez a sesenta días-multa."

(1)(2)

(1) Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008.

(2) Posteriormente de conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 29316, publicada el 14 enero 2009, se modifica el Artículo 220-A de la Ley N° 29263 mediante la cual se modificó el Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 220-A.- Elusión de medida tecnológica efectiva

El que, con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica, eluda sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva que utilicen los productores de fonogramas, artistas, intérpretes o ejecutantes, así como los autores de cualquier obra protegida por derechos de propiedad intelectual, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y de diez a sesenta días multa.

"Artículo 220-B.- Productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas

El que, con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica, fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, proporcione o de cualquier manera comercialice dispositivos, productos o componentes destinados principalmente a eludir una medida tecnológica que utilicen los productores de fonogramas, artistas intérpretes o ejecutantes, así como los autores de cualquier obra protegida por derechos de propiedad intelectual, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y de diez a sesenta días-multa." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008.

"Artículo 220-C.- Servicios destinados a la elusión de medidas tecnológicas

El que, con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica, brinde u ofrezca servicios al público destinados principalmente a eludir una medida tecnológica efectiva que utilicen los productores de fonogramas, artistas intérpretes o ejecutantes, así como los autores de cualquier obra protegida por derechos de propiedad intelectual, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y de diez a sesenta días-multa." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008.

"Artículo 220-D.- Delitos contra la información sobre gestión de derechos

El que, sin autorización y con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica, suprima o altere, por sí o por medio de otro, cualquier información sobre gestión de derechos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y de diez a sesenta días-multa.

La misma pena será impuesta al que distribuya o importe para su distribución información sobre gestión de derechos, a sabiendas que esta ha sido suprimida o alterada sin autorización; o distribuya, importe para su distribución, transmita, comunique o ponga a disposición del público copias de las obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, a sabiendas que la información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008.

"Artículo 220-E.- Etiquetas, carátulas y empaques

El que fabrique, comercialice, distribuya o almacene con fines comerciales etiquetas o carátulas no auténticas adheridas o diseñadas para ser adheridas a un fonograma, copia de un programa de ordenador, documentación o empaque de un programa de ordenador o a la copia de una obra cinematográfica o cualquier otra obra audiovisual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y de sesenta a ciento veinte días-multa." (1)(2)

(1) Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008.

(2) Posteriormente de conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 29316, publicada el 14 enero 2009, se modifica el Artículo 220-A de la Ley N° 29263 mediante la cual se modificó el Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 220-E.- Etiquetas, carátulas o empaques

El que fabrique, comercialice, distribuya, almacene, transporte, transfiera o de otra manera disponga con fines comerciales u otro tipo de ventaja económica etiquetas o carátulas no auténticas adheridas o diseñadas para ser adheridas a un fonograma, copia de un programa de ordenador, documentación o empaque de un programa de ordenador o a la copia de una obra cinematográfica o cualquier otra obra audiovisual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y de y de sesenta a ciento veinte días multa."

"Artículo 220-F.- Manuales y licencias para programas de ordenador

El que elabore, comercialice, distribuya o almacene con fines comerciales manuales o licencias no auténticas para un programa de ordenador será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y de sesenta a ciento veinte días-multa." (1)(2)

(1) Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008.

(2) Posteriormente de conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 29316, publicada el 14 enero 2009, se modifica el Artículo 220-A de la Ley N° 29263 mediante la cual se modificó el Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 220-F.- Manuales, licencias u otra documentación, o empaques no auténticos relacionados a programas de ordenador

El que elabore, comercialice, distribuya, almacene, transporte, transfiera o de otra manera disponga con fines comerciales u otro tipo de ventaja económica manuales, licencias u otro tipo de documentación, o empaques no auténticos para un programa de ordenador, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y de sesenta a ciento veinte días multa".

Artículo 221.- En los delitos previstos en este Capítulo se procederá a la incautación previa de los ejemplares ilícitos y, en caso de condena, el decomiso en favor del titular del derecho vulnerado. (*)

(*) Artículo modificado por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 822, publicado el 24-04-96, cuyo texto es el siguiente:

Incautación o decomiso

"Artículo 221.- En los delitos previstos en este capítulo, se procederá a la incautación previa de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito. Asimismo, el Juez, a solicitud del Ministerio Público ordenará el allanamiento o descerraje del lugar donde se estuviere cometiendo el ilícito penal.

En caso de emitirse sentencia condenatoria, los ejemplares ilícitos podrán ser entregados al titular del derecho vulnerado o a una institución adecuada y en caso de no corresponder, serán destruidos. La entrega no tendrá carácter indemnizatorio.

En ningún caso procederá la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 221.- Incautación preventiva y comiso definitivo

En los delitos previstos en este capítulo se procederá a la incautación preventiva de los ejemplares y materiales, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito y, de ser el caso, de los activos y cualquier evidencia documental, relacionados al ilícito penal.

De ser necesario, el Fiscal pedirá autorización al Juez para leer la documentación que se halle en el lugar de la intervención, en ejecución de cuya autorización se incautará la documentación vinculada con el hecho materia de investigación.

Para la incautación no se requerirá identificar individualmente la totalidad de los materiales, siempre que se tomen las medidas necesarias para que durante el proceso judicial se identifiquen la totalidad de los mismos. En este acto participará el representante del Ministerio Público.

Asimismo, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, ordenará el allanamiento o descerraje del local donde se estuviere cometiendo el ilícito penal.

En caso de emitirse sentencia condenatoria, los ejemplares, materiales ilícitos, aparatos y medios utilizados para la comisión del ilícito serán comisados y destruidos, salvo casos excepcionales debidamente calificados por la autoridad judicial.

En ningún caso procederá la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado."

8.11.- ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.

8.11.1.- COPIA O REPRODUCCIÓN NO AUTORIZADA: ARTICULO 216º.

TIPO DE LO INJUSTO

DESCRIPCIÓN TÍPICA:

Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27729, publicada el 24-05-2002, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 216.- Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y de diez a sesenta días-multa, a quien estando autorizado para publicar una obra, lo hiciere en una de las formas siguientes:

a. Sin mencionar en los ejemplares el nombre del autor, traductor, adaptador, compilador o arreglador.

b. Estampe el nombre con adiciones o supresiones que afecte la reputación del autor como tal, o en su caso, del traductor, adaptador, compilador o arreglador.

c. Publique la obra con abreviaturas, adiciones, supresiones, o cualquier otra modificación, sin el consentimiento del titular del derecho.

d. Publique separadamente varias obras, cuando la autorización se haya conferido para publicarlas en conjunto; o las publique en conjunto, cuando solamente se le haya autorizado la publicación de ellas en forma separada.”

EI BIEN JURÍDICO PENAL PROTEGIDO.

El bien jurídico penalmente tutelado en el artículo 216 del C.P. peruano se identifica, con los "derechos de autor", entendidos como dualidad moral - patrimonial.

ASPECTO OBJETIVO.

SUJETOS.

Sujeto activo.

El sujeto activo es cualquier persona natural que, estando autorizado por el autor, cometa alguno de los actos enunciados en el art. 216 del código sustantivo.

Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo en este caso será cualquier persona natural titular del derecho de autor, sea como autor, traductor, compilador o arreglador de una obra protegida.

Actos materiales.

En el artículo en análisis se aglomeran una serie de actos materiales configuradores del ilícito, cuya característica esencial es que el sujeto activo

cuenta con autorización del autor de la obra protegida y que el comportamiento constituye un exceso de sus atribuciones, estos actos son:

a. Omitir consignar el nombre del autor, traductor, adaptador, compilador o arreglador.

El autor o sus derecho habiente sólo pueden ceder a otra persona, que la norma denomina "editor", mediante contrato de cesión el derecho de publicar, distribuir y divulgar la obra protegida, en este caso el editor se encuentra obligado a indicar en cada ejemplar el nombre o seudónimo del autor, traductor, compilador, adaptador, o arreglador.

Por otra parte, se deja fuera de la tutela de protección del Derecho Penal al autor que actúa bajo seudónimo, lo que constituye un vacío legislativo, estimamos de lege ferenda debe llenarse dicho vacío, toda vez que el seudónimo cumple, para el autor que usa, la misma función que desempeña el nombre, en función que logra que se vincule a su creación intelectual (derecho de paternidad).

Debe distinguirse entre el supuesto aquí analizado con el delito de plagio, previsto en el art. 219 del Código, en tanto que este último exige que el sujeto activo se sustituya en la condición de autor.

b. Estampe el nombre con adiciones o supresiones que afecte la reputación del autor como tal, o en su caso, del traductor, adaptador, compilador o arreglador.

c. Publique la obra con abreviaturas, adiciones, supresiones, o cualquier otra modificación, sin el consentimiento del titular del derecho.

Conducta que va dirigida contra la integridad de la obra, de allí que se exija que las modificaciones de la obra resulten sustanciales, por ello es que las modificaciones de orden no trascendentales, como por las correcciones ortográficas, no resulten punibles.

Publicar, según lo establece la Ley de Derechos de Autor. consiste en la: "Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público teniendo en cuenta la naturaleza de la obra"

En este entendido, no serán punibles los estadios previos, es decir, la sola modificación de la obra, sin contar con el consentimiento del titular del derecho intelectual. El consentimiento del titular excluye el tipo. no se exige en el consentimiento ningún tipo de formalidad.

d. Publique separadamente varias obras, cuando la autorización se haya conferido para publicarlas en conjunto; o las publique en conjunto, cuando solamente se le haya autorizado la publicación de ellas en forma separada.”

Se hace extensivas las anotaciones pertinentes del anterior párrafo, en este específico caso no se afecta en mayor medida la integridad de obra sino principalmente las cuestiones relativas al derecho de explotación,

Penalidad.

Pena conjunta de pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y de diez a sesenta días-multa, resultando procedente la reserva del fallo condenatorio y la suspensión de la ejecución de la pena, siempre que se cumpla con los requisitos previstos en la ley.

La apertura de instrucción a tenor de lo dispuesto par el art. 135 del Código Procesal Penal, será con mandato de comparecencia.

ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO.

La doctrina nacional, en los escritos de los penalistas destaca en este injusto penal, los aspectos siguientes:

Manuel Artidoro ABANTO VASQUEZ; Destaca el maestro sanmarquino, que no aparece con la intensidad, el:

“Principio de lesividad" exige la punición de ataques graves; ninguna de las conductas descritas en el art. 216 C. P. cumple con dicho requisito”⁹⁰

Asimismo estima Abanto Vasquez, que es excesiva la extensión de tutela penal, toda vez que:

“Los ilícitos presuponen todos un exceso en el empleo de la autorización dada previamente por el autor de una obra; es decir el autor ha autorizado la publicación de la obra bajo ciertas condiciones, pero el sujeto activo del delito no

⁹⁰ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** *“Derecho Penal Económico. Parte Especial”*. Lima 2000. IDEMSA. p.294.

respetar estas condiciones. No se observa aquí un atentado al 'derecho patrimonial' del autor (...) sino más bien a aspectos 'morales' e incluso, en el lit.b, la protección de un bien jurídico distinto"⁹¹

El jurista nacional de mayor rigor en el análisis del ámbito del Derecho Penal Económico peruano, asimismo es de la opinión que el artículo en comento requiere una restricción por la vía interpretativa, toda vez que deberán considerarse justificados los actos de reproducción exentos de autorización del titular, en los casos previstos expresamente por la ley especial (causas de justificación), y en segundo lugar, aunque el tipo penal –en opinión del autor cuyas ideas exponemos- parece abarcar también la reproducción, para *uso privado*, puede entenderse que estos casos no entran dentro de la esfera penal, y ello es así dado que lo que está en juego es el derecho de explotación, y las infracciones de carácter privado no revisten la mayor gravedad exigida por el principio de ultima ratio.

Marysol FERREYROS CASTAÑEDA; con un manejo técnico prolijo de las categorías del derecho de autor, y después de encuadrar los alcances del artículo 216° del Código Penal, en nueve aspectos que constituyen un común denominador, resalta que el tipo punitivo queda reformado de manera que prevé cuatro supuestos relativos al abuso del derecho concedido o licenciado para publicar una obra, siendo importante destacar que en el injusto el agente del delito cuenta con una cesión (artículo 88°, del Decreto Legislativo 822) o con una licencia de uso (artículo 95°, primer párrafo del Decreto Legislativo 822), y que la cesión o la licencia debe constar por escrito (artículo 95°, segundo párrafo del D. Legislativo 822), opinando que:

"(...) Comete delito quien estando autorizado para publicar una obra, lo hace en una de las siguientes formas:

"Sin mencionar en los ejemplares el nombre del autor, traductor, adaptador, compilador o arreglador".

En este caso, el derecho vulnerado, además del de publicación por ejercicio abusivo, es el de paternidad, ya

sea del autor de la obra originaria, es decir, la primigeniamente creada (art. 2°, num. 24), o el de la obra derivada, o sea, la traducción, adaptación, compilación o arreglo (art. 2°, num. 25).

Si el autor, originario o derivado, ejerce el derecho a que, en lugar de su verdadero nombre, se coloque otro signo que lo distinga, o su seudónimo (art.

⁹¹ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** "Derecho Penal Económico. Parte Especial". Lima 2000. IDEMSA. p.293.

24°), esas menciones equivalen al nombre, a los efectos del derecho penalmente protegido, es decir, el de paternidad”⁹².

Juan José BLOSSIERS HÜME; Estima que:

“La protección de la obra podrá ser comunicada libremente, sin contar con la autorización y sin que se realice pago alguno por ello, cuando se usare en un ambiente domestico, en actos oficiales, con fines didácticos, en demostraciones o en caso de ser utilizado como prueba en un juicio jurisdiccional o administrativo”⁹³.

Luis LAMAS PUCCIO⁹⁴, estima que el artículo 216° del Código Penal, regula un delito de hurto de uso, señalando:

“De la lectura de los artículos 216 y 217 (inciso primero) del Código Penal acotado, podemos señalar que las distintas modalidades que aparecen tipificadas, en alguna medida se circunscriben al hurto como figura genérica. (...). Se trata de un desplazamiento patrimonial, sin consentimiento o en todo caso con consentimiento viciado por parte del autor de la obra literaria. Menciona Soler que esta clase de delitos no sólo implica la violencia y la fuerza para lograr el desplazamiento patrimonial, sino también cuando se hace uso de la voluntad de la víctima”.

Luis Miguel REYNA ALFARO⁹⁵, es de la interpretación, de concebir el artículo en comento, en relacional al literal a):

“ (...) Se deja fuera de la esfera de protección del Derecho Penal al autor que actúa bajo seudónimo, lo que es sin duda una grave omisión legislativa que de lege ferenda debe corregirse, el seudónimo cumple, para el autor que actúa bajo tal, la misma función que desempeña el nombre en tanto logra que se le vincule a su creación intelectual (derecho de paternidad).”

La misma supuesta omisión, encuentra Reyna Alfaro, en el literal b). Por otro lado, comenta el mismo autor, con respecto a los literales c) y d) del artículo bajo análisis, en el sentido que el consentimiento del titular de derecho de autor excluye el tipo, y no se exige ningún tipo de formalidad en tal consentimiento.

Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE⁹⁶, destaca que:

⁹² ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marisol. *“El Nuevo Derecho de Autor en el Perú”*. Lima 1996, Perú Reporting, p. 528/529.

⁹³ BLOSSIERS HÜME, Juan José. *“Análisis del Derecho Penal Económico”*. Lima 2006. p. 292.

⁹⁴ LAMAS PUCCIO, Luis. *“Derecho Penal Económico. Aplicado al Código Penal”*. Lima s/f. Editoriales Didi de Arteta S.A. p. 183.

⁹⁵ REYNA ALFARO, Luis Miguel. *“Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial”*. Lima 2002. Gaceta Jurídica. p. 408.

“La calidad de «obra», requiere, para su reconocimiento legal, de que ésta adquiera divulgación y así ser conocida por terceros. Las obras inéditas que quedan dormidas en los anaqueles del autor no son susceptibles de amparo legal”.

Asimismo líneas más adelante, el mismo autor señala que⁹⁷:

“Las obras para ser divulgadas, ameritan de una autorización por parte del autor a un tercero, que en términos generales es denominado como «Editor»: éste último es quien mediante el contrato de «Cesión de derechos de autor» o únicamente mediando un servicio de impresión, es quien posibilita que la obra pueda ser conocida por el pública, vía un folleto, un libro, una revista, etc”

El especialista, Peña Cabrera Freyre⁹⁸, al analizar el elemento de tipicidad subjetiva, menciona que:

“El dolo (...) requiere que el autor del delito, por lo general el Editor, divulgue la obra, es decir, la coloque en el mercado, sabiendo que en su tapa (carátula), se ha omitido toda mención al nombre del autor; no pueden ser cobijados en el ámbito de la protección de la norma, conductas negligentes, es decir, involuntarias, que por no haberse tomado las medidas necesarias, no salió estampado el nombre del autor en la obra”

8.11.2.- DIFUSION, DISTRIBUCION Y CIRCULACION DE LA OBRA SIN LA AUTORIZACION DEL AUTOR (ART. 217 DEL C.P.).

TIPO DE LO INJUSTO.

DESCRIPCIÓN TÍPICA.

Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28289, publicada el 20-07-2004, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 217.- Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con treinta a noventa días-multa, el que con respecto a una obra, una interpretación o ejecución artística, un fonograma o una emisión o transmisión de radiodifusión, o una grabación audiovisual o una imagen fotográfica expresada en cualquier forma, realiza alguno de los siguientes actos sin la autorización previa y escrita del autor o titular de los derechos:

- a. La modifique total o parcialmente.
- b. La distribuya mediante venta, alquiler o préstamo público.

⁹⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. *“Derecho Penal. Parte Especial”*. Tomo III. Lima 2010. IDEMSA. p. 52.

⁹⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob. Cit. p. 52.

⁹⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob. Cit. p. 57.

c. La comunique o difunda públicamente por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho. (*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

"c. La comunique o difunda públicamente, transmita o retransmita por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho."

d. La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito.

La pena será no menor de cuatro años ni mayor de ocho y con sesenta a ciento veinte días multa, cuando el agente la reproduzca total o parcialmente, por cualquier medio o procedimiento y si la distribución se realiza mediante venta, alquiler o préstamo al público u otra forma de transferencia de la posesión del soporte que contiene la obra o producción que supere las dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, en forma fraccionada, en un solo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno."

EI BIEN JURÍDICO PENAL PROTEGIDO.

El bien jurídico penalmente tutelado en el artículo 217 del C.P. peruano se identifica, como hemos precisado, con los "derechos de autor", entendidos como dualidad moral - patrimonial.

Aspecto objetivo.

Sujetos.

Sujeto activo.

El sujeto activo es cualquier persona natural que, sin autorización del autor, cometa alguno de los actos enunciados en el art. 217 del código sustantivo.

Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo es el autor, así como la persona que posee derechos sobre la obra protegida, en caso de cesión de derechos.

Actos materiales.

El artículo 217 del C.P. establece también un catálogo de conductas delictivas, sin embargo, a diferencia del precepto antes analizado, detalla los objetos de tutela en sede penal, así son protegidas las obras, las interpretaciones, las

ejecuciones artísticas, los fonogramas, las emisiones de radiodifusión, las transmisiones de radio

De acuerdo al Decreto Legislativo N° 822:

"Art. 2.14.- Fonograma: Los sonidos de una ejecución o de otros sonidos, o de representaciones digitales de los mismos, fijados por primera vez, en forma exclusivamente sonora: las grabaciones gramofónicas, magnetofónicas y digitales son copias de fonogramas".

Decreto Legislativo N° 822:

"Art. 2.11.- Emisión: difusión a distancia directa o indirecta de sonidos, imágenes o de ambos para su recepción por el público, por cualquier medio o procedimiento (...).

La modificación consiste en alterar la sustancia de la obra protegida, no es indispensable que esta haya alterado la totalidad de aquella, se exige sólo la alteración parcial, surge aquí una interrogante relacionada a los límites mínimos requeridos para hablar de modificación, por ejemplo, si el editor se limita a corregir errores ortográficos contenidos en una obra. Cabe preguntarse, en este caso: ¿Se podrá entonces hablar de una modificación? Siendo el Derecho Penal como última ratio, el tipo debe aplicarse restrictivamente, sólo ante las alteraciones graves, de esta manera las alteraciones de orden menor no resultan punibles, como es el caso de las correcciones ortográficas, salvo que estas constituyan la peculiaridad perseguida por el agente.

Entrando ya al análisis de la conducta típica, debe entenderse como reproducción la fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, y la obtención de copias de todo o parte de ella. En este supuesto, no se exige perjuicio alguno al autor ni que las copias hayan sido puestas al alcance.

Resultaba innecesario, según entiendo, detallar las formas en que dicha distribución se puede realizar, el propio concepto de distribución permite

comprender a la venta, alquiler, o préstamo publico, si además que produce una laguna de punibilidad, al no comprenderse, por ejemplo, la distribución a titulo gratuito de la obra. Una interpretación restrictiva del tipo, destinada a evitar la intervención del sistema penal a casos de bagatela, exige que la distribución haya sido hecha a más de una persona, de lo contrario la venta, alquiler o préstamo no se considera como publica.

El comportamiento consistente en el acceso de una o más personas, distintas al autor, reunidas o en diferente lugar, a la obra, sin que esta haya sido aun distribuida.

Con relación a los medios, estos pueden ser de cualquier naturaleza (análogo o digital, conocido o por conocerse), siempre que pueda difundir los signos, palabras, sonidos o imágenes (a mas de una persona, conforme al carácter "publico" de la "comunicación ó "difusión").

La comunicación publica puede producirse, con forme lo dispuesto por la legislación autoral, de manera diferenciada según el tipo de obra.

Penalidad.

El marco penal aplicable es pena privativa de libertad de 2 a 6 años y 30 a 90 días multa.

Procede 141 suspensión de la ejecución de la pena, en cuanto se cumplan los requisitos de ley, y la apertura de instrucción con comparecencia, en iguales condiciones.

ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO.

Manuel Artidoro ABANTO VASQUEZ⁹⁹; interpreta el artículo en comento, en el sentido que su regulación contiene situaciones problemáticas no resueltas del todo satisfactoriamente, al respecto menciona que:

⁹⁹ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** *"Derecho Penal Económico. Parte Especial"*. Lima 2000. IDEMSA. p.283.

“Obviamente el "autor de la obra" puede ser sujeto activo de delitos contra derechos de autor de otros, por mas que estos se deriven de su propia obra; p. ej. autor extranjero que se atribuye también la versión traducida de su propia obra. No es ese el caso problemático, sino aquel en el cual el objeto material del delito es el propio derecho de autor del sujeto activo. P. ej. ¿el autor, que ha cedido legítimamente un derecho autoral en exclusiva a otro y autoriza ilícita y dolosamente a un tercero, habrá incurrido en delito? El tipo penal peruano del art. 217 aparentemente protege no solamente al autor, sino también al "titular de los derechos", quienes deben haber dado su "autorización previa y escrita" para la difusión, distribución y circulación de obras o derechos conexos; por tanto, de lege lata para este tipo delictivo el autor también podría ser sujeto activo del delito. No sería posible que lo sea en los arts. 216 (que se refiere a los excesos de quien ha sido autorizado para publicar una obra), art. 218 (pues el plagio se refiere siempre a la obra ajena y las demás figuras previstas en el artículo no son mas que formas agravadas o injustos autónomos)”.

El artículo obviamente contiene una paradoja, toda vez que se quiere proteger el bien jurídico "derechos de autor", y el mismo autor no debería cometer ilícitos penales en relación con un bien jurídico del cual el mismo es portador. Partiendo que el tipo penal pretende motivar a la comunidad para que no se violen los derechos del autor, y la de sus cesionarios. Las relaciones internas entre autor y cesionario no aparecen como un objeto directo de tutela punitiva, y deberían estar claramente proscritas de sede penal, y en caso que el autor cometa el injusto, para ser coherentes, sólo deberá ser sancionado con leyes extrapenales.

Partiendo de puntualizar ocho aspectos del tipo penal, como son los aspectos subjetivos y objetivos, la jurista **Marysol FERREYROS CASTAÑEDA**¹⁰⁰, analiza el artículo 217º del Código punitivo, resaltando que:

“El literal e) del reformado artículo 217º del Código Penal contempla, en verdad, tres figuras delictivas, pues la acción puede consistir en reproducir (art. 2º, num. 37), distribuir (art. 2º, num. 8) o comunicar (art. 2º, num. 5), cualquiera de los bienes intelectuales objeto de la protección”.

Asimismo, estima la mencionada jurista que los delitos de utilización no autorizada, que son aquellos contemplados en los literales a), b), c) y d) del artículo 217º; en los literales b), c) y d) del artículo 218º; y en el literal c) del artículo 220º, tienen como característica principal, que en ellos, sin perjuicio de alguna lesión eventual al derecho moral, el interés principalmente protegido

¹⁰⁰ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marisol. “El Nuevo Derecho de Autor en el Perú”. Lima 1996, Perú Reporting, p. 531.

es el derecho de explotación que corresponde a autores, intérpretes, productores, difusores y otros titulares de derechos intelectuales, según las previsiones de cada tipo penal, y por lo tanto se reprimen las utilidades no autorizadas que atentan contra ese derecho.

."Los señalados en los literales a), b), c) y d) del artículo 217º y el indicado en el literal e), antes analizado, tienen en común lo siguiente:

1. El objeto de la protección penal es la obra, la interpretación o ejecución artística, el fonograma, la emisión o transmisión de radiodifusión, la grabación audiovisual, la fijación fotográfica o la publicación por primera vez de una obra caída en dominio público, según los casos, cuando cualquiera de los actos que se indican en dichos literales, se realicen *"sin la autorización previa del autor o titular de los derechos"*¹⁰¹.

Uno de los primeros especialistas peruanos en estudiar el Derecho Penal Económico, **Luis LAMAS PUCCIO**¹⁰²; enfoca los ilícitos contemplados en este artículo 217º del C.P, como una especie de Hurto de Uso como figura genérica, para lo cual apoya su posición, en ideas del maestro sanmarquino Edmundo Pizarro Dávila (al cual lo cita), en su primer párrafo, y en el segundo párrafo encuentra la figura de la falsificación. Conforme a ello, enfatiza, en que:

"El agravante se plantea cuando los medios que analizamos son llevados a cabo con fines comerciales, para lo cual la penalidad se aumenta, tanto en relación a su mínima como al máximo, conforme aparece en la primera parte del artículo 217º del Código Penal.

C. Delito de falsificación.

Consideramos que el acto de falsificación se produce cuando, además de reproducir la obra sin el consentimiento del autor, se suprime o se altera su nombre con fines dolosos específicos, conforme aparece en la segunda parte del artículo 217. Tal falsedad, en la manera de actuar del sujeto activo del delito, implica una modalidad de falsificación, que consiste justamente en la supresión o alteración del nombre del autor de su obra literaria o científica. En el terreno de los delitos contra los derechos de autor, el acto de supresión o alteración del nombre del autor se configura con la usurpación de un trabajo y de la calidad de autor que no corresponde"¹⁰³.

¹⁰¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marisol. Ob. Cit., p. 537.

¹⁰² LAMAS PUCCIO, Luis. *"Derecho Penal Económico. Aplicado al Código Penal"*. Lima s/f. Editoriales Didi de Arteta S.A. p. 183.

¹⁰³ LAMAS PUCCIO, Luis. Ob. Cit. p. 184.

El especialista **Luis Miguel REYNA ALFARO**¹⁰⁴; analizando el literal b., respecto a la reproducción total o parcial por cualquier medio o procedimiento, manifiesta que:

“Aunque peca de exceso al establecer que la reproducción total o parcial puede hacerse a través de cualquier medio o procedimiento, lo que resulta innecesario, sin embargo, es elogiable la intención de taxatividad que ha tenido el legislador.

Entrando ya al análisis de la conducta típica, debe entenderse como reproducción la "fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, y la obtención de copias de todo o parte de ella". En este supuesto, no se exige perjuicio alguno al autor ni que las copias hayan sido puestas al alcance”.

Además respecto del literal “c) Distribución mediante venta, alquiler o préstamo público”, estima el mismo Reyna Alfaro¹⁰⁵, que:

“La distribución deberá haberse materializado en la venta, alquiler o préstamo público, de allí que se excluya la simple "oferta" como configurador del tipo de injusto, ésta será punible sólo en grado de tentativa.

“Sin embargo, resultaba innecesario, según entiendo, detallar las formas en que dicha distribución se puede realizar, el propio concepto de distribución permite comprender a la venta, alquiler o préstamo público, además que produce una laguna de punibilidad, al no comprenderse, por ejemplo, la distribución a título gratuito de la obra.

Una interpretación restrictiva del tipo, destinada a evitar la intervención del sistema penal a casos de bagatela, exige que la distribución haya sido hecha a más de una persona, de lo contrario la venta, alquiler o préstamo no será público”.

El penalista **Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE**¹⁰⁶; en su estudio de largo aliento, que abarca toda la parte especial del Código Penal peruano, señala:

“Presupuesto esencial, para que se pueda configurar alguno de los supuestos delictivos comprendidos en el artículo 217° del CP, es que se realicen «sin autorización del autor o titular de los derechos»; *contrario sensu*, si el agente acomete por ejemplo la modificación total de la obra, con la autorización del autor, estamos ante una causal de «atipicidad penal»”,

En esa línea de ideas el estudioso en mención, es de la opinión que los defectos que pueda observar la autorización no pueden incidir a favor de la tipicidad penal de la conducta, toda vez que la rigidez que puede desprende

¹⁰⁴ **REYNA ALFARO, Luis Miguel.** “Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial”. Lima 2002. Gaceta Jurídica. p. 412.

¹⁰⁵ **REYNA ALFARO, Luis Miguel.** “Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial”. Lima 2002. Gaceta Jurídica. p. 413.

¹⁰⁶ **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.** “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo III. Lima 2010. IDEMSA. p. 65.

de las normas del derecho privado. Asimismo, comenta el mismo penalista, respecto al artículo 217º del C.P., que algunos se aprovechan del denominado '*derecho de cita*', para prácticamente elaborar un libro, concluyendo que si bien una obra puede contener miles de citas, importa que el autor adopte una posición original, y no una mera repetición.

8.11.3. ACTOS DE COMERCIALIZACION, CON SUPRESION O ALTERACION DEL NOMBRE DEL TITULAR DEL DERECHO DE AUTOR: ARTICULO 218º C.P.

TIPO DE LO INJUSTO.

DESCRIPCIÓN TÍPICA.

Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28289, publicada el 20-07-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 218.- Formas agravadas

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a ciento ochenta días multa cuando:

a. Se dé a conocer al público una obra inédita o no divulgada, que haya recibido en confianza del titular del derecho de autor o de alguien en su nombre, sin el consentimiento del titular.

b. La reproducción, distribución o comunicación pública se realiza con fines de comercialización, o alterando o suprimiendo, el nombre o seudónimo del autor, productor o titular de los derechos. (*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

"b. La reproducción, distribución o comunicación pública se realiza con fines comerciales u otro tipo de ventaja económica, o alterando o suprimiendo el nombre o seudónimo del autor, productor o titular de los derechos."

c. Conociendo el origen ilícito de la copia o reproducción, la distribuya al público, por cualquier medio, la almacene, oculte, introduzca en el país o la saque de éste.

d. Se fabrique, ensamble, importe, modifique, venda, alquile, ofrezca para la venta o alquiler, o ponga de cualquier otra manera en circulación dispositivos, sistemas, esquemas, o equipos capaces de soslayar otro dispositivo destinado a impedir o restringir la realización de copias de obras o producciones protegidas, o a menoscabar la calidad de las copias realizadas; o capaces de permitir o fomentar la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en otra forma al público, por aquellos que no estén autorizados para ello. (*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

"d. Se fabrique, ensamble, importe, exporte, modifique, venda, alquile, ofrezca para la venta o alquiler, o ponga de cualquier otra manera en circulación dispositivos, sistemas tangibles o intangibles, esquemas o equipos capaces de soslayar otro dispositivo destinado a impedir o restringir la realización de copias de obras, o a menoscabar la calidad de las copias realizadas, o capaces de permitir o fomentar la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en otra forma al público, por aquellos que no están autorizados para ello."

e. Se inscriba en el Registro del Derecho de Autor la obra, interpretación, producción o emisión ajenas, o cualquier otro tipo de bienes intelectuales, como si fueran propios, o como de persona distinta del verdadero titular de los derechos."

EL BIEN JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO.

En los delitos que integran el Título VII del Libro II del C. P., el bien jurídico digno de protección penal viene a ser los "derechos de autor", y su contenido moral-patrimonial, y este valor jurídico se realiza a través del art. 218º del C.P.

TIPO OBJETIVO.

SUJETOS.

Sujeto activo.

Cualquier persona natural que ejecuta las conductas descritas por el tipo.

Sujeto pasivo.

Cualquier persona, natural o jurídica, con titularidad sobre los derechos intelectuales. En este párrafo se comprenden una serie de comportamientos que no tienen ninguna característica común, conductas materialmente distintas y sin rasgos comunes, a continuación las analizaremos:

- a. Dar a conocer una obra inédita o no divulgada, recibida en confianza del titular del derecho de autor o de alguien en su nombre, sin el consentimiento del titular.
- b. Reproducir, distribuir o comunicar pública mente, con fines de comercialización, o alterando o suprimiendo, el nombre o seudónimo del autor, productor o titular de los derechos.

Figura con redacción algo confusa y errónea, ello por varias y contundentes razones.

Del análisis del precepto, cabe apreciar dos supuestos de hecho, el primero de ellos, que en realidad es el que mayores inconvenientes genera, reprime "la reproducción, distribución, comunicación pública, "

Sin embargo, aquí no se detalla cual es el objeto de protección, en todo caso, la prohibición no ha sido correctamente enmarcada, una lectura legal entendería que se castiga la mera reproducción, distribución o comunicación pública con fines de comercialización, lo que resulta incorrecto en tanto el comportamiento desvalioso se refiere al comportamiento ejecutado sin autorización del titular de los derechos intelectuales, -afirmar lo contrario sería tanto como reprimir la propia explotación patrimonial de la obra.

El segundo supuesto no presenta. creo, mayores inconvenientes, la prohibición se centra. en este caso, en la reproducción, distribución y comunicación pública, alterando o suprimiendo el nombre o seudónimo del autor, productor o titular de los derechos de autor, lo que afecta el derecho moral de paternidad de la obra, cabe subrayar que en este caso, a diferencia de lo normado en los artículos 216.1 y 216.2 del C.P., si se ha comprendido al seudónimo.

c. Conociendo el origen ilícito de la copia o reproducción, la distribuya al público, por cualquier medio, la almacene, oculte, introduzca en el país o la saque de éste.

En este caso el reproche penal va dirigido hacia actos de favorecimiento de otros atentados contra los derechos de autor, específicamente la copia, o reproducción indebida de obras protegidas.

Coincidimos con ABANTO VASQUEZ, en el sentido que los actos comprendidos en este párrafo del artículo 218 C.P., resultan punibles a través de los tipos básicos, además que la agravación de pena tampoco resulta

fundamentada. Precepto que constituye un adelanto de punición hacia meros actos preparatorios. Un inconveniente claro es, en este caso, la probanza del dolo, es decir, el comprobar que los medios o aparatos serán o se encuentran destinados a atentarse contra los derechos intelectuales.

e. Se inscriba en el Registro del Derecho de Autor la obra, interpretación, producción o emisión ajenas, o cualquier otro tipo de bienes intelectuales, como si fueran propios, o como de persona distinta del verdadero titular de los derechos."

Conducta consistente en la atribución falsa de autoría, patentizada en la inscripción en el Registro de Derechos de Autor del INDECOPI. Para, su consumación no se requiere únicamente que el sujeto activo se atribuya como propia o atribuya a otro la autoría de una obra, interpretación, producción o emisión ajenas, sino que se exige la inscripción en el Registro de Derechos de Autor, a nombre propio o de tercero, los actos previos, llámese presentación y solicitud o difusión de la obra no constituyen estadios previos.

Tipo subjetivo.

El delito descrito en el artículo 218° del C.P. se comete a título de dolo.

ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO.

El maestro sanmarquino **Manuel Artidoro ABANTO VASQUEZ**¹⁰⁷, respecto del artículo en comento es del entender, que:

“ (...) Conductas que atentan sobre todo contra el *aspecto moral* del derecho intelectual:

- La *infidencia* o dar a conocer, sin autorización, a terceros obras ajenas inéditas que se ha recibido en confianza (art. 218, lit. a); - *Actos con fines de comercialización o supresión o alteración del nombre del titular* (art. 218 b). Se trata de un supuesto innecesario, pues la finalidad de comercialización es en realidad, inmanente a todo el grupo de ilícitos del art. 218°

- ***Distribución*** al público, ***almacenamiento, ocultación, importación o exportación de copias o reproducciones ilícitas*** (art. 218, lit. e). La intención del legislador puede haber consistido en captar con este tipo penal actos de piratería organizada que opere tanto a nivel nacional como internacional y crear

¹⁰⁷ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** “Derecho Penal Económico. Parte Especial”. Lima 2000. IDEMSA. p.311-312.

así un tipo independiente agravado de "tráfico ilícito"¹⁰³. Pero el tipo penal no hace distinciones y podría ser aplicado también en casos menos graves de colaboración con sujetos que atacan contra derechos de autor. Se critica que la previsión de un tipo penal independiente como éste resultaría innecesaria, pues se refiere a actos de partícipes que son punibles ya a través de los tipos básicos¹⁰⁴: y por otro lado se critica también la referencia a la importación o exportación, pues ella sería innecesaria al constituir casos evidentes de distribución". Por cierto que esta segunda crítica se ve relativizada con la constatación de que con este tipo penal pueden abarcarse incluso conductas que se encuentran previas a la "puesta a la venta" como el embarque, la recepción, el traslado, etc. de productos piratas, pues ellas podrán ser punibles como "tentativa" de la importación o la exportación"¹⁰⁸.

El maestro sanmarquino, además sustenta que la "*la primera crítica*", que hace al ilícito en comento, sí es plenamente válida, en la medida que los actos de participación no deberían tener mayor pena que los de autoría, abundando en que el sentido de la agravación debería buscar otro criterio que sustente adecuadamente el mayor injusto de la conducta, y cita como ejemplo "*la realización de las conductas a través de organizaciones jerárquicamente organizadas*".

Por otro lado, el maestro Abanto Vásquez¹⁰⁹, puntualiza su crítica al injusto analizado, señalando que:

"Así como está redactado este tipo penal, se podría tener el absurdo de que quien distribuye o almacena la obra reproducida por otro, sin autorización del autor, tenga más pena (art. 218, lit. c) que el reproductor mismo con quien actuó en concierto (art. 217, lit. b)".

Una Tercera crítica que formula Abanto Vásquez, es con respecto a la "*falsa inscripción*" de una obra en el registro del Derecho de Autor (contemplada en art. 218, lit. e), señalando que esta conducta no parece reunir un suficiente contenido de injusto como para merecer una sanción penal independiente. Sin embargo, también reconoce que el injusto tiene un contenido formal indudable (la falsa inscripción), debido al carácter público del registro, que implica un atentado contra el aspecto moral del derecho de autor al indicar la conducta falsamente, ante la comunidad, que se es creador de

¹⁰⁸ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** Ob. Cit. p.312.

¹⁰⁹ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** "*Derecho Penal Económico. Parte Especial*". Lima 2000. IDEMSA. p.312-313.

una obra, no siendo cierto ello. Y con respecto al extremo del artículo 218°, analizado precisa que:

“(…) El tipo penal peruano no exige que el sujeto activo de este delito inscriba la obra indicando que él mismo sea su autor; bastará con que lo haga atribuyendo la titularidad a un tercero distinto del verdadero autor”¹¹⁰.

Destaca las bondades del legislador peruano, Abanto Vásquez al momento de comentar el extremo del art. 218, lit. d., referido nada menos que a la “*fabricación o cualquier forma de comercialización de dispositivos*” que neutralicen otros, cuyo fin es evitar precisamente la reproducción o disminuir la calidad de la reproducción de obras, o evitar la recepción de programas codificados, y estos artificios técnicos se dirigen usualmente a anular dispositivos de protección de programas de ordenador (conocidos, en tal caso, como “copiones informáticos”), señalando que:

“El ha hecho bien en no limitar la descripción típica a estos casos y referirla más bien, de manera general, a dispositivos que tratan de impedir la copia de obras o reducen la calidad de las copias, o que buscan impedir o dificultar la captación de programas codificados. También es loable que el legislador no se haya decidido a criminalizar la mera “tenencia” de estos dispositivos, pues con ello estaría introduciendo un “delito de sospecha”. Es indudable la peligrosidad de estas conductas para el bien jurídico”¹¹¹.

Por su parte, sostiene una posición doctrinaria singular, **Marysol FERREYROS CASTAÑEDA**; para quien:

“En nuestra opinión, los artículos 217° y 218° deben interpretarse de manera conjunta y coherente, de modo que, salvo que alguno de los literales del 218° mencione exclusivamente a la obra como objeto tutelado, los delitos allí previstos pueden cometerse contra la obra o contra los demás bienes intelectuales protegidos por la ley”¹¹².

Precisando la mencionada jurista, que aunque aparece como un delito autónomo, en realidad es agravante específica de los delitos contemplados en los literales b), c) y d) del artículo 217°, que reprimen la reproducción, distribución o comunicación pública no autorizadas. Siendo que la agravación punitiva se produciría, de acuerdo al literal b) del artículo 218°, cuando tales

¹¹⁰ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro**. Ob. Cit. p.314.

¹¹¹ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro**. Ob. Cit. p.313.

¹¹² **ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marisol**. “*El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*”. Lima 1996, Perú Reporting, p. 540.

actos se realizan "con fines de comercialización", adicionalmente en la opinión de FERREYROS CASTAÑEDA, el literal b) contempla otra figura delictiva, "la alteración o supresión del nombre o seudónimo del autor, productor o titular de los derechos".

El penalista **Luis LAMAS PUCCIO**¹¹³; consigna en su obra, al referirse del artículo en análisis, esto es 218º del Código Penal, como delito de plagio, para mayor fidelidad con el mencionado estudioso nacional, reproducimos sus ideas, tal cual aparecen en sus escritos:

"D. Delito de plagio

El artículo 218 del Código Penal prescribe que también comete delito contra la propiedad intelectual quien, a través de actividades de plagio, se atribuye o atribuye a otro la autoría o la titularidad de una obra o producción intelectual (...).

Como lo dice Pizarro, el delito de plagio que analizamos consiste en como propia, en todo o en parte, una obra ajena, sea textualmente o tratando de disimular la apropiación mediante ciertas alteraciones.

Asimismo, según algunos tratadistas, el delito de plagio constituye el caso típico del estelionato que se encuentra previsto en el actual Código Penal (...), como caso especial de defraudación".

Al parecer (lo decimos, por cuanto la obra citada no consigna año), el autor hace su análisis teniendo como referencia legal el texto original del Artículo 218º del C.P., que prescribía el tipo penal en los siguientes términos:

"Art. 218.- El que, falsamente, se atribuye o atribuye a otro la autoría o titularidad de una obra o producción intelectual, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con veinte a treinta días-multa".

Luis Miguel REYNA ALFARO¹¹⁴; denomina al delito regulado en el Artículo 218º del C.P., como: "*Infidencia, actos con fines de comercialización, supresión o alteración del nombre del titular del derecho de autor*"; del mismo hace un análisis detallado, reflexionando acerca de cada literal del mencionado precepto normativo, para lo cual recurre a emplear senda referencias bibliográficas del autor nacional Manuel Artidoro Abanto Vásquez. Resalta que a criterio del mencionado especialista nacional, que

¹¹³ **LAMAS PUCCIO, Luis.** "Derecho Penal Económico. Aplicado al Código Penal". Lima s/f. Editoriales Didi de Arteta S.A. p. 185.

¹¹⁴ **REYNA ALFARO, Luis Miguel.** "Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial". Lima 2002. Gaceta Jurídica. pp. 415-419.

“El momento de consumación dependerá, en el caso de las conductas previstas en el art. 218 del C.P. del supuesto específico a que se haga referencia. Los supuestos comprendidos en el precepto objeto de análisis son siempre, con excepción del previsto en el art. 218. e) del C.P., delitos de mera actividad, así las cosas, la consumación se producirá cuando el sujeto realice la conducta precisada en el verbo rector (comunique, distribuya, reproduzca, etc.). En el caso del art. 218. e) del C.P., tenemos que su consumación se producirá en el momento en que el INDECOPi de por inscrita en el Registro de Derechos de Autor una producción intelectual afectando el derecho de paternidad del autor, todos los actos previos resultan, como hemos indicado líneas arriba, punibles sólo en grado de tentativa”¹¹⁵

En una publicación reciente, **Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE**¹¹⁶; analiza el artículo 218º del C.P, siguiendo el orden de prelación de los literales que comprenden dicho artículo, destacando en la reflexión los aspectos, que a continuación señalamos:

Respecto al **literal a)**, **Alonso R. PEÑA**¹¹⁷, señala:

“La perfección delictiva se alcanza cuando el agente logra dar a conocer al público la obra inédita o no divulgada, sin necesidad de que se verifique su real entrega a lo accesorios”.

Comenta Alonso R. PEÑA, que el literal b del Artículo 218º guarda semejanza en su estructuración típica, con las hipótesis delictivas previstas en los incisos a) y b) del artículo 216º, en ese sentido se formula la siguiente pregunta: “*Cuál sería la diferencia?*”, y él mismo responde que en los supuestos de hecho contempladas en el artículo mencionado, el agente cuenta con la autorización del autor para publicar su obra, y ello que no sucede en el injusto *in examine*.

Respecto a la consumación en e **literal b)**, **Alonso R. PEÑA**¹¹⁸, señala:

“La consumación se alcanza cuando el agente reproduce, distribuye o comunica la obra al público por las vías idóneas. Es irrelevante que se haga efectivo la compra y venta, dice PEÑA CABRERA. Basta que sea ubicada para realizar su negociación.

Esta última modalidad, para su consumación, presupone la realización material, en cuanto a la alteración del nombre del autor, productor o titular de los derechos, es decir, una modificación visible que haya de repercutir negativamente en los derechos morales, o cuando se suprime su nombre, puede

¹¹⁵ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob. Cit. p. 418-419.

¹¹⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo III. Lima 2010. IDEMSA. p. 78-92.

¹¹⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob. Cit. p. 79.

¹¹⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob. Cit. p. 81.

ser omitiendo uno de los apellidos o el nombre, sin necesidad de que sea accesible al público”.

En cuanto a la consumación del supuesto de hecho contemplado en el **literal c)**, **Alonso R. PEÑA**¹¹⁹, comenta que:

“La perfección delictiva en lo que respecta a la distribución se alcanza cuando se distribuye la obra al público, es decir, basta su oferta, sin necesidad de que los usuarios efectivamente se hagan de un ejemplar, vía compra, alquiler o préstamo. El almacenamiento, cuando se coloca la mercadería en un lugar seguro, su traslado del lugar de su reproducción a su grada constituye delito tentado, al igual que en el caso del ocultamiento. De igual forma se consuma, cuando las copias ilícitas llegan a salir del país, o llegan a ingresar a aquel; todos los actos anteriores con aptitud objetiva de lesión serán reputados como formas de imperfecta ejecución.”

Por otro lado, el **literal d)**, merece de parte de **Alonso R. PEÑA**¹²⁰, el pronunciamiento doctrinario siguiente:

“La perfección delictiva ha de verse caso por caso, no basta a nuestro entender la fabricación o el almacenamiento del dispositivo electrónico, susceptibles de alterar la integridad de la copia de la obra, sino que debe verificarse que su producción responda a una demanda del mercado, para la realización de la conducta disvaliosa que se pone de relieve en la redacción normativa del tipo penal; que sean idóneos y/o eficaces para los cometidos antijurídicos”.

Y en el sentido expresado, **Alonso R. PEÑA**, ilustra a través de un caso hipotético, explicando que quien vende un dispositivo incapaz de poder lograr dichos objetivos devendrá en delito imposible, y arguye el citado autor, que al no ser un delito de resultado, no podemos admitir en la hipótesis planteada una "tentativa inidónea". En ese sentido, resalta que estamos ante un tipo mutilado en dos actos; primero, la fabricación, venta o alquiler de los dispositivos y, segundo, que dichos mecanismos electrónicos, sean utilizados para los fines propuestos por el legislador, que son finalmente los que otorgan de sustantividad penal a esta modalidad del injusto. Además destaca, que para alcanzar la consumación, no se requiere comprobar la segunda conducta, sólo la primera.

Finalmente, en el **literal e)**, **Alonso R. PEÑA**, es prolijo al señalar que esta modalidad del injusto puede ir en concurso ideal o real de delitos, con el delito de Falsedad material (art. 427° del CP), cuando el agente se hace valer de un

¹¹⁹ **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.** Ob. Cit. p. 85.

¹²⁰ **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.** Ob. Cit. p. 89.

documento apócrifo, parcial o totalmente falso, para lograr su inscripción en el registro; siendo que la consumación de esta modalidad del injusto agravado, en escrito de **Alonso R. PEÑA**¹²¹:

“Se adquiere cuando el agente logra la efectiva inscripción en el Registro de la Oficina de Derecho de Autor; por lo que la solicitud que no logra su cometido habrá de ser reputada como delito tentado”.

8.11.4.- EL DELITO DE PLAGIO (Artículo 219 del C.P.).

Del tenor literal del mismo precepto normativo: “Es el atribuirse o atribuir a otro, total o parcialmente, la autoría de una obra” (Art.219). Se atenta contra el “derecho de paternidad” de una obra, es decir contra el “aspecto moral” de los derechos de autor. En ese orden de ideas, no se puede hablar de plagio, cuando se falsifica una obra verdadera, pues no se está negando el derecho de paternidad del autor.

Como bien se ha dicho, el plagio es la apropiación de la forma en que aparecen recogidas las ideas en una obra; siendo que las ideas por si misma no pueden ser apropiadas, sino sólo su expresión formal.

Se tiene en doctrina al plagio, como el más grave atentado contra los derechos de autor, pues implica negar en absoluto la relación del autor con su obra, sustrayendo a éste el reconocimiento social que corresponde, y adicionalmente las expectativas patrimoniales, del rendimiento económico de la obra, de sus frutos. Abundando que se presenta en la figura, la falacia de la génesis creativa del plagiario respecto a la obra, consistente en el hacer pasar como propio una obra, realizada precedentemente por el autor.

La gravedad del plagio puede medirse a través de dos tipos de perjuicios ocasionados. Por un lado se lesiona al autor en cuanto a su “derecho de paternidad” sobre la obra; pero por otro lado, al ocultar el nombre del autor, también se afectan sus intereses patrimoniales, se impide que éste reciba un resarcimiento legítimo por su creación. El merecimiento de pena no presenta

¹²¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob. Cit. p. 92.

dificultades, no solamente por la afección al bien jurídico, sino también por la profunda repercusión que tiene en la conciencia colectiva de la sociedad, razón por la cual el plagiador debería recibir sanciones graves.

El Plagio, deberá estar circunscrito a un aspecto de la obra, por ejemplo al argumento, capítulo, párrafo, o también a un “personaje”, nota musical; o deberá ser integral, total. Además, el plagio deberá consistir en la reproducción idéntica de la obra (parte o todo), o “imitación” de ellas; el detalle es que la obra protegida tenga carácter original.

TIPO DE LO INJUSTO.

DESCRIPCIÓN TÍPICA.

“Art. 219.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, y noventa a ciento ochenta días-multa, el que con respecto a una obra, **la difunda como propia**, en todo o en parte, copiándola o reproduciéndola textualmente, o tratando de disimular la copia mediante ciertas alteraciones, atribuyéndose o atribuyendo a otro, la autoría o titularidad ajena”.

TIPO OBJETIVO.

SUJETOS.

Sujeto Activo.

El sujeto activo puede ser cualquier persona natural.

Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo de la conducta viene a ser el autor o titular de una obra protegida.

Actos Materiales.

En este caso se reprime **la difusión** de una obra ajena como propia, copiándola, o reproduciéndola textualmente incluso cuando con alteraciones se trate de disimular la copia de una obra ajena. El juicio de desvalor se centra en la sustitución del autor de la obra por parte del sujeto activo del delito con clara afectación del derecho de paternidad de la obra y, en consecuencia, del derecho patrimonial, constituyendo la mas grave lesión a los derechos de autor.

Debe tenerse presente que la protección no se encuentra dirigida a la idea expuesta en la creación intelectual, sino a su expresión formal, y que el objeto de protección resulta ser la obra propiamente dicha, excluyéndose, por ende, la interpretación de las mismas así como otros derechos conexos.

Tipo Subjetivo.

Estamos ante un delito doloso, el sujeto activo debe tener conciencia y voluntad que está reproduciéndose o copiando textualmente una obra ajena.

Consumación.

El momento de consumación del delito de plagio ocurre cuando el sujeto activo difunde la obra cuya titularidad se irroga o irroga a terceros. Los momentos previos a la fase de difusión de la obra sólo serán castigados en grado de tentativa.

Penalidad.

Se aplicará pena conjunta, de privación de libertad no menor de 04 ni mayor de 08 años, y de 90 a 180 días—multa.

ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO.

De los injustos delictivos que atentan contra el derecho de autor, esta a merecido de parte de la dogmática un mayor tratamiento, por lo tanto los análisis jurídicos son mas prolijos y enjundiosos.

Por ello, no extraña la calidad del análisis que al efecto dedica el maestro **Manuel Artidoro ABANTO VASQUEZ**¹²², al plagio, y es concebido por éste autor como “*el atribuirse o atribuir a otro, total o parcialmente, la autoría de una obra (art. 219)*”. Precisando que en el plagio se atenta contra el “*derecho de paternidad*” de la obra, es decir contra el “*aspecto moral*” de los derechos de autor. Consecuencia obligada del razonamiento, es que resultaría absurdo hablar de plagio cuando se falsifica una obra verdadera, pues no se está negando el derecho de paternidad del autor. Sin embargo, el plagio es grave - fundamenta el autor citado- por cuanto se presentan dos tipos de perjuicios, además del mencionado concurre también los intereses patrimoniales, toda vez que “*se impide que éste reciba un resarcimiento legítimo por su creación*”. El “*plagio inteligente*”, es el que busca encubrir la imitación de la obra ajena, por ello que debe descubrirse a través de las semejanzas entre la obra original y la imitación y no por sus diferencias. **ABANTO VASQUEZ**¹²³, sostiene que:

El plagio consiste en la apropiación de la forma en que aparecen recogidas las ideas en una obra; las ideas por sí mismas no pueden ser apropiadas, sino solamente su expresión formal.

¿Cuál es el criterio para determinar cuando estamos ante una obra plagiada?. Para responder esta pregunta, Abanto Vásquez¹²⁴ acude al:

“(…) Criterio de la “originalidad” la protección no puede extenderse a las secuencias típicas, predecibles, evidentes o naturales (escena de peleas callejeras, reunión de hinchas después de un partido), así como tampoco los accesorios y decorados que presentan situaciones típicas (desfile nazi, ejército romano, indios apaches, etc.); esto rige también para los títulos de las obras y los “personajes”, pues solamente se protegen títulos que impliquen algún esfuerzo creativo y “personajes” ficticios o simbólicos.

En resumidas cuentas, dado que en la práctica el plagio no siempre es total ni fácil de identificar, se tendrá que encontrar la *identidad de “elementos esenciales”* y no “accidentales” para poder afirmar su existencia. (...) En el caso de las obras musicales (combinaciones originales de sonidos, con o sin palabras, constituidas por melodía, armonía y ritmo); en ellas el plagio puede estar dado por el uso de armonizaciones diferentes y cambios de ritmo sobre la misma melodía. Habrá plagio cuando se ha dado una apropiación de la melodía en aquello que tenga originalidad, y esto puede comprobarse a través de estudios

¹²² **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** “*Derecho Penal Económico. Parte Especial*”. Lima 2000. IDEMSA. p.314-330.

¹²³ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** “*Derecho Penal Económico. Parte Especial*”. Lima 2000. IDEMSA. p.314.

¹²⁴ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** “*Derecho Penal Económico. Parte Especial*”. Lima 2000. IDEMSA. pp.316-317.

comparativos elaborados muchas veces sólo con la ayuda de expertos. Iguales problemas suscitarán los "programas de ordenador" cuando son utilizados, con algunas modificaciones, para crear nuevos programas".

Debemos asimismo diferenciar el plagio, del hecho de hacerse pasar por el autor de una obra, es decir la llamada *suplantación*. En el caso de suplantación –estima el jurista Abanto Vásquez-, definitivamente no hay plagio, pues no se desconoce la autoría legítima de la obra, sino sólo se realiza una maniobra de engaño en cuanto a la suplantación de la persona, lo cual podría llevar, a un delito contra el honor o, de producirse un perjuicio económico, a un delito de estafa.

No se encuentra en el supuesto de hecho del plagio, el hecho de colocar el nombre ajeno (de un autor famoso, por ejemplo) a la propia obra para aprovecharse de la reconocida fama de aquél, pues con esta conducta denominada en dogmática como "*plagio inverso*", o "suplantación de la condición de autor", no se vulnera contra el bien jurídico tutelado "derechos de autor", aunque podría entrar a tallar el tipo penal de "estafa" de acuerdo al criterio del maestro Abanto Vásquez.

Un tercer aspecto necesario de precisar en el delito de plagio, es la delimitación entre este y la "cita" lícita, situación que no siempre es fácil, al respecto de Abanto Vásquez¹²⁵, dice.

"En general se admite que el "*derecho de cita*" se caracteriza por su accesoriedad (falta de autonomía sobre la obra) y la esencialidad de la obra citada (ésta no debe ser vaciada por la cita). En el art. 10 del Convenio de Berna se han dado pautas generales para la admisibilidad de la cita lícita:

- a) Que la obra citada sea accesible al público;
- b) Que dicho acceso debe producirse por un medio lícito;
- c) Que la cita se haga conforme a los usos honrados;
- d) Que la cita se limite a y sea necesaria para los fines perseguidos;
- e) Que la cita mencione la fuente y el nombre del autor".

Citado por el mismo Abanto Vásquez, se alcanza la jurisprudencia administrativa del caso "Hildebrandt contra Panamericana Televisión", situación en la cual el conocido periodista César Hildebrandt reprodujo en un programa

¹²⁵ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** "*Derecho Penal Económico. Parte Especial*". Lima 2000. IDEMSA. pp.319-320.

televisivo político la entrevista que un canal de televisión hiciera a un Ministro de Estado peruano. En dicha grabación aparecía el logotipo del canal de televisión, siendo el caso que la Oficina de derechos de autor consideró acertadamente, que esta conducta estaba amparada por el "*derecho de cita*".

Es importante destacar el alcance que hace Abanto Vásquez, en el sentido que la mera infracción al "*derecho de cita*" no debe ser considerada como plagio. Exigir una escrupulosidad en la creación de obras (sobre todo escritas) sería exagerado y podría llevar a la sobre represión de conductas inocuas. ¿Cuál es el criterio para establecer cuando estamos ante la configuración del plagio, y cuando ante el derecho de cita?. Responde Abanto Vásquez¹²⁶:

“Para que se dé el plagio, la infracción al derecho de cita debe tender al apoderamiento de creaciones, de tesis o desarrollos intelectuales sustanciales de un autor que equivalgan a la transcripción de partes de la obra original”.

Estando en el tema del derecho de cita es interesante enfocar el supuesto de hecho en el que la segunda "obra" supera a la primera. Manuel Abanto, refiere que parte de la doctrina suele denegar la gravedad de estos supuestos y exigir como máximo un comportamiento ético del segundo autor, obligándolo a publicar el origen de su fuente de inspiración, el mismo disiente:

“Sin embargo, me parece que detrás de esta aseveración hay un equívoco. Si esta segunda obra ha adquirido "originalidad" propia (éste parece ser el supuesto que se tiene en mente al negar el carácter punible de la conducta), no habrá problemas, pues, en realidad se trata de una obra diferente y por lo tanto no puede haber plagio. Pero, si la segunda obra, pese a ser mejor que la primera, todavía mantiene elementos esenciales que la identifican con ésta, no habrá dudas sobre un plagio punible”.¹²⁷

Cuarto aspecto resaltante del tema de plagio es el llamado "*elemento de la publicidad*" de la acción plagiadora, es exigido por el tipo penal peruano al hacer formar parte de la conducta típica la "difusión" de la obra como propia, Abanto Vásquez¹²⁸, dice:

“Efectivamente, no puede consistir en una infracción punible (ni tampoco administrativa) el plagio para el propio uso del sujeto. Ello no es tampoco socialmente censurable”.

¹²⁶ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** "*Derecho Penal Económico. Parte Especial*". Lima 2000. IDEMSA. p.320.

¹²⁷ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** "*Derecho Penal Económico. Parte Especial*". Lima 2000. IDEMSA. p.321.

¹²⁸ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** Ob. Cit. p.321.

Abanto Vásquez, aborda el tema circunstancias agravantes o atenuantes específicas para el plagio, señalando¹²⁹:

“La doctrina recomienda, sin embargo que ello se establezca en función de la intención, los métodos empleados para el plagio, los beneficios obtenidos y los perjuicios ocasionados. Esta propuesta es interesante, pues no es lo mismo plagiar una obra y difundirla a un pequeño círculo de conocidos que hacerla de manera metódica y con fines netamente comerciales”.

Coincidimos con Abanto Vásquez, en cuanto a la técnica legislativa a emplear para establecer los tipos agravados y atenuados, los que no tienen por qué ser exclusivos del delito de plagio; estos deberían preverse para todos los demás delitos contra los derechos de autor, nosotros este asunto lo asimismo en el presente trabajo como parte del proyecto de ley de reforma del Código Penal en la parte referida a los delitos contra los derechos de autor.

Con la preocupación de establecer los linderos precisos del delito de plagio, el jurista nacional Manuel Abanto, finaliza su análisis de la figura estudiada, precisando que a diferencia de los artículos 216° (extralimitación) y 217° (explotación sin autorización), en el plagio se presenta vulneración a los derechos morales y patrimoniales, mientras que en las otras figuras sólo se ataca el aspecto patrimonial (sin autorización o excediéndose de la autorización del autor), es decir, no se desconoce la autoría del autor.

La jurista nacional **Marysol FERREYROS CASTAÑEDA**, destaca respecto del plagio que estamos ante una figura en la que el injusto lesionado es el derecho moral, en sus escritos señala¹³⁰:

“Las acciones delictivas que lesionan específicamente el derecho moral, además de los casos examinados en el artículo 216°, están tipificadas en los literales a), b) y e) del artículo 218° y en el artículo 219° del modificado Código Penal”.

Precisando la misma autora citada, que ello no significa, que la infracción al derecho moral no pueda atentar también contra el derecho patrimonial, pues, por ejemplo, cuando se reproduce una obra con omisión del nombre del autor,

¹²⁹ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro**. Ob. Cit. p.321.

¹³⁰ **ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marisol**. “*El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*”. Lima 1996, Perú Reporting, p. 532.

se vulnera tanto el derecho moral a la paternidad de la obra como el de explotación por reproducción ilícita de la misma. Estima por ello, que ubicar estos delitos entre los que atentan contra el derecho moral, dogmáticamente encuentra fundamento en la necesidad de indicar que el primer derecho violado es el de paternidad, divulgación o integridad, según corresponda, sin perjuicio de la lesión conjunta al derecho patrimonial en cualquiera de sus modalidades. Y luego de analizar los literales a, b, y e del artículo 218º, analiza, en calidad de cuarto supuesto normativo de atentado contra el derecho moral de autor, el plagio:

“Esta figura delictiva se describe de la siguiente manera:

1. El sujeto pasivo es el autor (art. 2º, núm. 1) de la obra originaria (art. 2º, núm. 24) o derivada (art. 2º, núm. la misma (art. 21, primer párrafo, y art. 22, lit. b), así como sus herederos (art. 21º, segundo párrafo)

2. Pero, aunque se trata de un delito que configura una Usurpación o una falsa atribución de paternidad, y ese derecho le corresponde en vida al autor y no a otra persona, por ser inalienable (art. 21º), la norma se refiere tanto a *“la autoría: como a la “titularidad ajena”, lo que hace suponer que el ilícito se comete también cuando la usurpación o la falsa atribución perjudica a quien, sin ser autor, figura como titular de los derechos patrimoniales sobre la misma o que cuenta con la autorización para el ejercicio del derecho moral, como Ocorre en la obra colectiva (art. 15º), en la obra audiovisual (arts. 65º y 66º) y en los programas de ordenador (arts. 70º y 71º), sin perjuicio de la legitimación para actuar que la ley le asigna también a otras personas (art. 67º), inclusive a las sociedades de gestión colectiva (art 1470) y al Estado y demás personas o instituciones indicadas en el artículo 29º, para la defensa de los derechos morales respecto de las obras que se encuentran en dominio público*¹³¹.

Además precisa líneas más adelante, la citada autora, respecto a la acción, la misma que supone cuatro aspectos: 1) Una falsa atribución de la paternidad o de la titularidad de otro, en provecho propio o ajeno; 2) Que mediante esa usurpación el agente del delito difunda la obra, es decir, la haga accesible al público, total o parcialmente; 3) Que esa difusión de la obra se realice *“copiándola o reproduciéndola”*; y, 4) Que esa copia o reproducción sea textual (plagio servil) o *“tratando de disimular la copia mediante ciertas alteraciones”* (plagio elaborado). Resalta la opinión que hace **Marysol FERREYROS CASTAÑEDA**¹³², y que aparece en un pie de pagina numerado

¹³¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marisol. Ob. Cit. pp. 535-536.

¹³² ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marisol. Ob. Cit. p. 536.

como 8, en el cual sostiene respecto al plagio prescrito en el artículo 219º del C.P. que:

“8 La redacción de la norma es confusa, en primer lugar, porque la copia o la reproducción no es la única manera en que el usurpador puede difundir la obra, ya que podría hacerla, por ejemplo, en un acto de comunicación pública, sin distribución de ejemplares y, en segundo lugar, porque la copia es una forma de reproducción (art 2º, num 37), de modo que con la expresión "copiándola o reproduciéndola", hay una redundancia”.

En opinión de **Luis LAMAS PUCCIO**¹³³; el artículo en análisis, esto es 219º del Código Penal, regula la figura del “*Delito de defraudación*”, ello sin embargo esta en función a la regulación primigenia del mencionado texto legal, por cuanto Lamas Puccio, al analizar hace mención, a que la finalidad de la norma en comento es “*sancionar a los que ponen en circulación una obra intelectual en mayor número que el autorizado por el autor*”. Señalando que

“La defraudación se configuraría con la violación de las manifestaciones de la propiedad intelectual”¹³⁴.

Por su parte **Luis Miguel REYNA ALFARO**¹³⁵; respecto al artículo 219 C.P., estima que contiene, supuesto similar al correspondiente art. 218 inc. e) del C.P., diferenciándose en que en este caso se reprime la difusión de una obra ajena como propia, copiándola o reproduciéndola textualmente incluso cuando con alteraciones se trate de disimular la copia de una obra ajena, entonces:

“Tenemos entonces que el juicio de desvalor se centra, en ambos casos (Art. 218, Literal e, y 219 del C.P.), en la sustitución del autor de la obra por parte del sujeto activo del delito con clara afectación del derecho de paternidad de la obra y, en consecuencia, del derecho patrimonial, constituyendo la mas grave lesión a los derechos de autor.

Debe tenerse presente que la protección no se encuentra dirigida a la idea expuesta en la creación intelectual, sino sólo a su expresión formal y que el objeto de protección resulta ser la obra propiamente dicha, excluyéndose, por ende, la interpretación de las mismas así como otros derechos conexos”¹³⁶.

¹³³ **LAMAS PUCCIO, Luis.** “*Derecho Penal Económico. Aplicado al Código Penal*”. Lima s/f. Editoriales Didi de Arteta S.A. pp. 185-186.

¹³⁴ **LAMAS PUCCIO, Luis.** *Ob. Cit.* p.186.

¹³⁵ **REYNA ALFARO, Luis Miguel.** “*Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial*”. Lima 2002. Gaceta Jurídica. pp. 420-421.

¹³⁶ **REYNA ALFARO, Luis Miguel.** *Ob. Cit.* p. 420.

El momento de consumación del delito de plagio, de acuerdo a REYNA ALFARO, ocurrirá cuando el sujeto activo difunde una obra cuya titularidad se irroga o irroga a terceros. Los momentos previos a la fase de difusión de la obra sólo serán castigados en grado de tentativa. En general, REYNA ALFARO, en este delito sigue la línea dogmática formulada por Manuel Abanto Vásquez,

El penalista **Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE**¹³⁷; es de la opinión que el plagio es fácil en las copias serviles, y no lo es cuando se trata de imitaciones más o menos intensas, y que al Derecho Penal sólo corresponde la “identidad sustancial”, y ello depende de la clase de obra plagiada, pues es mucho más difícil la apreciación del plagio de una obra plástica, que de una obra literaria o musical, concibiendo que:

“Lo característico del plagio, resulta ser, pues, como ha resumido CARMONA SALGADO, el abuso del ingenio ajeno, obteniendo provecho del mismo, resaltando dos aspectos: la conciencia y voluntad de que se utiliza indebidamente la obra de otro, haciendo aparecer como autor a quien realmente no lo es, y la idoneidad de esa apropiación de titularidad para producir un perjuicio patrimonial. Es necesaria la comunicación pública de la obra plagiada. Siendo atípica la copia para uso privado”¹³⁸.

Asimismo **Alonso R. PEÑA**¹³⁹, considera que en el plagio se contraviene los derechos de paternidad, de integridad y de explotación comercial, y que se requiere de una calidad sustancial, que implique un aprovechamiento abusivo de la inteligencia ajena para que se consuma el delito. Aspecto importante en el análisis dogmático de **Alonso R. PEÑA**, es cuando se propone delimitar el plagio, diferenciando de otros delitos, en ese sentido sostiene que la mera “atribución” de paternidad de una obra, constituye “usurpación”, y que en la figura bajo análisis, se tiene que comprobar que quien plagia una obra, la copia y luego se hace pasar por su autor o traslada dicha titularidad a un tercero, al mismo tiempo recurre a la dogmática española, y señala:

“A decir, de LATORRE, en lo que respecta a la distinción entre el plagio y la usurpación, ambas figuras suponen una activad de copiar-suplantar, pero una de ellas se realiza por medio de la imitación (plagio strictu sensu) y la otra copia se

¹³⁷ **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.** “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo III. Lima 2010. IDEMSA. p. 93-96.

¹³⁸ **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.** Ob. Cit. pp. 93-94.

¹³⁹ **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.** Ob. Cit. p. 94.

hace sencilla y directamente suplantando (usurpando) la paternidad (condición) del autor".¹⁴⁰

Y redondeando la idea, concluye postulando **Alonso R. PEÑA**, entonces, la materialidad de este injusto requiere primero la "difusión de la obra", esto es, la producción intelectual tiene que ser divulgada al público, por cualquiera de los soportes materiales y/o inmateriales que reconoce la Ley de Derechos de Autor.

Por otro lado, **Alonso R. PEÑA**, hace un deslinde entre el plagio y la falsificación, específicamente de obras de arte.

"Como resalta QUINTERO OLIVARES, el plagio no debe ser confundido con el grave problema de la falsificación de obras de arte. En el plagio se conserva la obra cambiando al autor, pero en la falsificación se conserva la obra y (falsamente). La víctima comprador lo será de un delito de estafa. Si alguien vende una obra de arte, diciendo que es original de Donatello, y en realidad es una burda copia, se esta induciendo a error al sujeto pasivo, alterando el proceso decisorio, mediando engaño, fraude, ardid u error; por tanto, es una defraudación, según lo previsto en el artículo 196° del CP"¹⁴¹.

Finaliza el análisis del plagio, **Alonso R. PEÑA**, abordando el tema que el denomina, formas de imperfecta ejecución, para lo cual encuentra dos supuestos de hecho hipotéticos, el primero relacionado al plagio *strictu sensu*, en el que según su opinión no basta que el agente copie (total o parcialmente), la obra, pues debe también divulgarla, difundirla al público, atribuyéndose la calidad de autor o transfiriendo dicha calidad a un tercero; consecuencia obligada de ello, es que los actos de plagio, que no logaran exteriorizarse, a partir de su efectiva plasmación han de ser reputados como delito tentado. Y el segundo caso es de la "alteración simulada", de la obra por el agente, del cuál hace mención pero no abunda en el análisis.

8.11.5.- CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES: FALSA AUTORÍA Y CONCERTACIÓN (Artículo 220).

TIPO DE LO INJUSTO.

¹⁴⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, **Alonso R.** Ob. Cit. p. 94-95.

¹⁴¹ PEÑA CABRERA FREYRE, **Alonso R.** Ob. Cit. p. 95-96.

DESCRIPCIÓN TÍPICA.

“Art. 220.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, y noventa a trescientos sesenta y cinco días-multa:

- Quien se atribuya falsamente la calidad de titular originario o derivado, de cualquiera de los derechos protegidos en la legislación del derecho de autor y derechos conexos y, con esa indebida atribución, obtenga que al autoridad competente suspenda el acto de comunicación, reproducción o distribución de la obra, interpretación, producción, emisión o de cualquier otro de los bienes intelectuales protegidos.
- Quien realice actividades propias de una entidad de gestión colectiva de derecho de autor o derechos conexos, sin contar con la autorización debida de la autoridad administrativa competente.
- El que presente declaraciones falsas en cuanto a certificaciones de ingresos; asistencia de público; repertorio utilizado: identificación de los autores; autorización supuestamente obtenida; número de ejemplares producidos, vendidos o distribuidos gratuitamente o toda otra adulteración de datos susceptible de causar perjuicio a cualquiera de los titulares del derecho de autor o conexos.
- Si el agente que comete el delito integra una organización destinada a perpetrar los ilícitos previstos en el presente capítulo.
- Si el agente que comete cualquiera de los delitos previstos en el presente capítulo, posee la calidad de funcionario o servidor público”.

EL BIEN JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO.

Los “derechos de autor”, y su contenido moral-patrimonial, es el bien jurídicamente protegido.

TIPO OBJETIVO.

SUJETOS.

Sujeto Activo.

El sujeto activo puede ser cualquier persona natural, que ejecute los comportamientos descritos en el art. 220 del C.P.

Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo es el autor o titular de la obra intelectual.

Actos Materiales.

Las conductas agravadas que se reprimen son las siguientes:

a Atribuir falsamente la calidad de titular originario o derivado, de cualquiera de los derechos protegidos en la legislación del derecho de autor y derechos conexos y, con esa indebida atribución, obtenga que la autoridad competente suspenda el acto de comunicación, reproducción o distribución de la obra, interpretación, producción, emisión o de cualquier otro de los bienes intelectuales protegidos.

En este caso tenemos que el autor no sólo comete el supuesto de hecho descrito en el Art. 219 del C.P., sino que logra además que la autoridad competente suspenda el acto de comunicación, lo que da una imagen, como preciso ABANTO VASQUEZ, de la figura “fraude procesal”

b Realizar actividades propias de una entidad de gestión colectiva de derecho de autor o derechos conexos, sin contar con la autorización debida de la autoridad administrativa competente.

Conducta que supone la realización de actividades propias de una entidad de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos sin contar con la autorización de la respectiva autoridad administrativa.

Si bien la labor de las entidades de gestión colectiva es, sin duda, importante, por ejemplo, en la recaudación de regalías, ello, no parece ser argumento suficiente como para afirmar e invocar la intervención penal en dicho ámbito. Asimismo, cabe objetar la incorrecta identificación del bien jurídico, no veo pues, a tenor de lo prescrito en este párrafo, afectación alguna a los derechos intelectuales, sino más bien a la función administrativa del Estado en la protección de éstos, de allí que esta figura pueda convergir con los delitos de falsedad documental y la estafa.

C El que presente declaraciones falsas en cuanto a certificaciones de ingresos; asistencia de público; repertorio utilizado: identificación de los autores; autorización supuestamente obtenida; número de ejemplares producidos, vendidos o distribuidos gratuitamente o toda otra adulteración de datos susceptible de causar perjuicio a cualquiera de los titulares del derecho de autor o conexos.

Conducta en la que también vemos una falta de concordancia entre el bien jurídico “Derecho de Autor” y el interés tutelado en el inciso en análisis, Por otro lado, las cuestiones relacionadas a la certificaciones de ingresos, asistencia de público, no parece que contengan una grado de desvalor su suficiente como para invocar la intervención penal. En todo caso, al igual que en el párrafo anterior, las figuras penales de la falsedad documental y la estafa pueden permitir una punición efectiva.

D Cometer el delito integrando una organización destinada a perpetrar los ilícitos previstos en el presente capítulo.

La agravante se fundamenta en la pertenencia a una organización destinada a cometer los ilícitos comprendidos en el capítulo analizado, sin embargo, tenemos que existe también la figura de la asociación ilícita, prevista en el Art. 317° del C.P., de allí que pueda darse un concurso de delitos. No importa, a efectos del aplicar la agravante, la función que en la organización cumpla el sujeto activo, dará lo mismo entonces que se trate del jefe de la organización o que sea un simple cooperador secundario.

E Si el agente que comete cualquiera de los delitos previstos en el presente capítulo, posee la calidad de funcionario o servidor público.

Agravante fundamentada en la condición del sujeto activo.

Considero un error el no vincular la condición del autor a su comportamiento, pues considero que la condición de funcionario no supone per se un especial

desvalor en la conducta delictiva, en tanto no se encuentre vinculada a su comportamiento.

Grafiquemos lo dicho con ejemplos, preguntémosnos: ¿Qué especial gravedad tendrá el hecho que un funcionario público del sector Educación cometa algunos de los comportamientos descritos en este capítulo?, yo creo que ninguna, en la medida que no existe abuso del cargo y la función pública no ha sido utilizada para la comisión del delito. Distinta es cambio es la situación del funcionario de Aduanas que introduce, dolosamente y con abuso de su cargo, aparatos destinados a la reproducción ilícita de obras musicales, en tal caso, la agravante se encuentra plenamente justificada. La no vinculación “función pública-delito contra los derechos de autor”.

Tipo Subjetivo.

Las conductas comprendidas en el Art. 220° del C.P., deberán ser ejecutados mediando dolo.

Consumación.

Las agravantes descritas en los párrafos b, c, d y e se configuran con la realización de la conducta.

El literal a) del Art. 220 exige un resultado de especial lesividad.

Penalidad.

Se aplicará pena privativa de libertad no menor de 04 ni mayor de 08 años, y 90 a 365 días-multa.

Procede la suspensión de la ejecución de la pena, en tanto la pena a aplicar se corresponda con el mínimo dispuesto en este artículo.

ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO.

El jurista y docente sanmarquino **Manuel Artidoro ABANTO VASQUEZ**, estima que el artículo en comento, se encuentra entre los artículos que regulan las modalidades agravadas derivadas de los medios o fines del delito contra el derecho de autor, conjuntamente con el Artículo 217°, y 218°; sin embargo a diferencia de los mencionados artículos, que regularían como lo

hace el artículo 217, en sus literales b, c, d: y e (fines de comercialización o desconocimiento del derecho moral del titular), figuras variopintas, que no tienen nada en común entre ellas (plagio y otras figuras del artículo 218). Señalando **ABANTO VASQUEZ**, que:

“Las demás formas agravadas agrupadas en el art. 220 es más coherente, pero no necesariamente la más exacta”¹⁴²

¿Por qué siendo coherente, no necesariamente es la más exacta el artículo 220?. Ante esta pregunta el mismo **ABANTO VASQUEZ**¹⁴³, da la respuesta, señalando respecto al literal a) del artículo en comentario que se “*regula una especie de fraude procesal*”; el literal b) es a su consideración una “*figura que puede confluir con la desobediencia a la autoridad, la falsedad documental o la estafa*”; el literal c) prescribe aspectos que “*también se vincula con delitos de falsedad documental o estafa*”; por su parte el literal d) regula algo que “*ya existía {en} el art. 317*”; además respecto al literal e), señala dos aspectos, primero que poseer calidad de funcionario público (para lo que ya existen los tipos delictivos de delitos contra la administración pública y la agravante genérica del art. 46 C. P.), y segundo que el mero hecho de ser funcionario público, sin que dicha calidad facilite o posibilite el delito, atenta contra el principio de "Derecho penal del acto".

De las observaciones arribadas, **ABANTO VASQUEZ**¹⁴⁴, concluye que:

“Más razonable parece ser el art. 272 del C. P. español vigente (y el segundo párrafo del art. 534 bis b del antiguo), el cual considera como circunstancias agravantes la "especial trascendencia" económica del beneficio obtenido y la "especial gravedad" del daño causado.

Por cierto que la interpretación de estos elementos genera a su vez algunos problemas". El "ánimo de lucro" y la "intención de perjudicar a terceros" no constituyen un criterio de agravación pues integran ya los tipos básicos”.

Desde una perspectiva productiva, y buscando alcanzar propuestas **ABANTO VASQUEZ**, admite que otra posibilidad de establecer agravantes a la regulación de los delitos contra los derechos de autor, sería partir de la protección penal del aspecto patrimonial y considerar como agravante el

¹⁴² **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** “*Derecho Penal Económico. Parte Especial*”. Lima 2000. IDEMSA. p. 322.

¹⁴³ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** Ob. Cit. pp. 322-323.

¹⁴⁴ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** p. 323.

adicional atentado al aspecto moral del derecho de autor, sin embargo el mismo encuentra dificultades en este extremo, por cuanto existe el carácter indesligable de ambos aspectos y de la difícil graduación del atentado moral; por ello, postula como otra propuesta que la situación de agravación deberá darse más bien en función del “daño patrimonial”, que en su consideración abarca tanto el perjuicio económico al titular o el beneficios obtenidos del sujeto activo; o de la “peligrosidad de la conducta realizada”, a través de organizaciones delictivas.

Destaca en el análisis de la jurista **Marysol FERREYROS CASTAÑEDA**¹⁴⁵, el alcance que da a los ciertos literales del artículo en comento, señalando como agravantes específicas, así señala:

“El contenido de los literales d) y e) del modificado artículo 220° del Código Penal, no prevé delitos en sí mismos, sino que contempla dos agravantes aplicables a cualquiera de los delitos contemplados en los artículos precedentes, y que son:

1. Que el agente integre una organización destinada a perpetrar los ilícitos ya comentados en todo este Capítulo.
2. Que dicho agente cometa cualquiera de esos delitos, poseyendo la calidad de funcionario o servidor público, la autoridad judicial deba esperar por la sentencia condenatoria”.

Luis Miguel REYNA ALFARO¹⁴⁶ analiza párrafo por párrafo, y siguiendo la línea de Abanto Vásquez, a quien no duda en citar; respecto al primer párrafo del artículo 220°, señala:

“En este caso tenemos que el autor no sólo comete el supuesto de hecho descrito en el art. 219 del C.P. sino que logra además que la autoridad competente suspenda el acto de comunicación, lo que da una imagen, como precisa ABANTO VASQUEZ, de la figura del "fraude procesal"¹⁴⁷.

En seguida **REYNA ALFARO**, respecto al literal b), menciona que si bien la labor de las entidades de gestión colectiva, es importante en aspectos como la recaudación de regalías, no parece ser argumento suficiente como para afirmar e invocar la intervención penal en dicho ámbito. Asimismo,

¹⁴⁵ **ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marisol.** “*El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*”. Lima 1996, Perú Reporting, pp. 546-547.

¹⁴⁶ **REYNA ALFARO, Luis Miguel.** “*Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial*”. Lima 2002. Gaceta Jurídica. pp. 421-424.

¹⁴⁷ **REYNA ALFARO, Luis Miguel.** Ob. Cit. p. 422.

objetar la presencia del bien jurídico, no se encuentra, a tenor de lo prescrito en este párrafo, afectación alguna a los derechos intelectuales (derecho de autor), sino a la función administrativa del Estado en la protección de estos,

“(…) De allí que esta figura pueda convergir con los delitos de falsedad documental y la estafa”¹⁴⁸.

Con relación al literal c), **REYNA ALFARO**, también ve una falta de concordancia entre el bien jurídico "Derecho de Autor" y el interés tutelado en el inciso en análisis. Por otro lado, las cuestiones relacionadas a las certificaciones de ingresos. Asistencia de público, etc., no parece que contengan un grado de desvalor suficiente como para invocar la intervención penal.

“En todo caso, al igual que en el párrafo anterior. las figuras penales de la falsedad documental y la estafa pueden permitir una punición efectiva”¹⁴⁹.

Además se pronuncia **REYNA ALFARO**, con relación al literal d), señalando que la agravante se fundamenta en la pertenencia a una organización destinada a cometer los ilícitos comprendidos en el capítulo analizado, sin embargo, tenemos que existe también la figura de la asociación ilícita, prevista en el art. 317 del C.P. de allí que pueda darse un concurso de delitos.

“No importa. a efectos de aplicar la agravante, la función que en la organización cumpla el sujeto activo, dará lo mismo entonces que se trate del jefe de la organización o que sea un simple cooperador secundario”¹⁵⁰.

En el literal e), es según opinión de **REYNA ALFARO**, el legislador cometió un error al no relacionar la condición del autor a su comportamiento, pues considero que la condición de funcionario no supone per se un especial desvalor en la conducta delictiva, en tanto no se encuentre vinculada a su comportamiento, en ese sentido grafica el tema con un ejemplo:

“Grafiquemos lo dicho con ejemplos, preguntémonos: ¿Que especial gravedad tendrá el hecho que un funcionario público del rector Educación cometa algunos de los comportamientos descritos en este capítulo?, yo creo que ninguna, en la medida que no existe abuso del cargo y la función pública no ha sido utilizada para la comisión del delito. Distinta en cambio es la situación del funcionario de Aduanas que introduce, dolosamente y con abuso de su cargo, aparatos

¹⁴⁸ **REYNA ALFARO, Luis Miguel.** Ob. Cit. p. 423.

¹⁴⁹ **REYNA ALFARO, Luis Miguel.** Ob. Cit. p. 423.

¹⁵⁰ **REYNA ALFARO, Luis Miguel.** Ob. Cit. p. 423.

destinados a la reproducción ilícita de obras musicales, en tal caso, la agravante se encuentra plenamente justificada. La no vinculación "función publica-delito contra los derechos de autor", es un error que deberá ser corregido de lege ferenda"¹⁵¹.

El especialista **Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE**¹⁵²; al iniciar su análisis encuadra el artículo en comento, precisando que el primer punto a saber, es que las modalidades típicas que se han glosado en el artículo 220° del CP, no son en realidad figuras agravantes del delito de Plagio, previsto en el articulado anterior.

Por otro lado **Alonso R. PEÑA**¹⁵³, es de opinión que tanto el artículo 411° (falsa declaración en un procedimiento administrativo) y 416° (inducción a error a funcionario público), dependiendo de la interpretación que se haga al respecto:

“No se puede decir de ningún modo, que el delito previsto en el artículo 220° absorba o consuma a los antes mencionados, al tutelar bienes jurídicos diversos”.

8.11.6.- INCAUTACIÓN PREVENTIVA Y COMISO DEFINITIVO (Artículo 221).

TIPO DE LO INJUSTO.

DESCRIPCIÓN TÍPICA:

Artículo modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 221.- Incautación preventiva y comiso definitivo

En los delitos previstos en este capítulo se procederá a la incautación preventiva de los ejemplares y materiales, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito y, de ser el caso, de los activos y cualquier evidencia documental, relacionados al ilícito penal.

De ser necesario, el Fiscal pedirá autorización al Juez para leer la documentación que se halle en el lugar de la intervención, en ejecución de cuya autorización se incautará la documentación vinculada con el hecho materia de investigación.

¹⁵¹ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob. Cit. p. 424.

¹⁵² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. "Derecho Penal. Parte Especial". Tomo III. Lima 2010. IDEMSA. p. 97-99.

¹⁵³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob. Cit. p. 99.

Para la incautación no se requerirá identificar individualmente la totalidad de los materiales, siempre que se tomen las medidas necesarias para que durante el proceso judicial se identifiquen la totalidad de los mismos. En este acto participará el representante del Ministerio Público.

Asimismo, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, ordenará el allanamiento o descerraje del local donde se estuviere cometiendo el ilícito penal.

En caso de emitirse sentencia condenatoria, los ejemplares, materiales ilícitos, aparatos y medios utilizados para la comisión del ilícito serán comisados y destruidos, salvo casos excepcionales debidamente calificados por la autoridad judicial.

En ningún caso procederá la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado."

EI BIEN JURÍDICO PENAL PROTEGIDO.

El bien jurídico penalmente tutelado en el artículo 221 del C.P. peruano se identifica, con los "derechos de autor", entendidos como dualidad moral - patrimonial.

Actos materiales.

El tipo penal en análisis, es una norma procesal. Es un artículo de naturaleza cautelar, por lo tanto de trascendencia procesal, se regula aspectos específicos, de temas que están regulados de manera general en el Código Procesal Civil.

ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO.

Manuel Artidoro ABANTO VASQUEZ¹⁵⁴, se limita a señalar respecto al artículo 221º, que:

"Por último, el propio Código Penal modificado faculta al Juez a incautar los medios utilizados y los ejemplares ilícitos. Igualmente lo faculta, previa solicitud del Fiscal, a ordenar el allanamiento o descerraje del local donde se esté cometiendo el delito".

Por su parte la jurista **Marysol FERREYROS CASTAÑEDA**¹⁵⁵, destaca en el análisis un vacío legislativo del 221º, y es la situación que ocurriría cuando el Juez sanciona condenatoriamente, precisando la autora que:

¹⁵⁴ **ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.** "Derecho Penal Económico. Parte Especial". Lima 2000. IDEMSA. p. 324.

“2. Este nuevo artículo 221° no se pronuncia sobre lo que debe resolver el juez penal, en caso de emitir sentencia condenatoria respecto de los equipos o instrumentos utilizados para la producción de esos ejemplares, como sí lo resuelve el legislador en relación con el procedimiento administrativo (art. 178°) o con las acciones o procedimientos civiles (art. 197°).

3. Por aplicación análoga de esas disposiciones debería entenderse que el juez penal, en caso de sentencia condenatoria, puede ordenar la entrega de dichos aparatos al damnificado o a una institución adecuada, u ordenar la destrucción de los mismos.

4. También aquí, en relación con los materiales o instrumentos utilizados predominantemente para la producción de los bienes infractores, sirve como orientador el artículo 46 del texto de los ADPIC, según el cual deben tomarse en cuenta, tanto la necesidad de que haya proporción entre la gravedad del delito y las medidas ordenadas, como los intereses de terceros.

5. El juez penal, al resolver sobre la entrega, adjudicación o destrucción, debe también tomar en cuenta el principio de la solidaridad responsable consignado en el artículo 39° del Decreto Legislativo 822, según el cual ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra o cualquier otra producción protegida por esta ley, o prestar su apoyo a dicha utilización, si es que el usuario no cuenta con la autorización previa y escrita del titular del respectivo derecho, salvo en los casos de excepción previstos por la ley.

6. Si la entrega de los ejemplares ilícitos no tiene carácter indemnizatorio, tampoco debe tenerlo la que se ordene sobre los aparatos o equipos utilizados para la comisión del delito.

7. De acuerdo al último párrafo del artículo 221°, en ningún caso procede la devolución de los ejemplares ilegítimos al encausado”.

Luis Miguel REYNA ALFARO¹⁵⁶; estima que el artículo analizado esta relacionada al ámbito procedimental, y que según este dispositivo, en los delitos comprendidos en el Capítulo I del Título VII del Libro II del Código Penal, se procederá a la incautación previa de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados su comisión, y que:

“En caso de concluirse el proceso con una sentencia condenatoria, los ejemplares incautados podrán ser entregarse al titular del derecho afectado o a una institución adecuada, sin que por ello posean carácter indemnizatorio, en caso de no corresponder serán destruidos.

Asimismo, el Juez Penal, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar el allanamiento o descerraje del lugar en donde se estuviera cometiendo delitos contra los derechos intelectuales”¹⁵⁷.

¹⁵⁵ **ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marisol.** “*El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*”. Lima 1996, Perú Reporting, p. 547.

¹⁵⁶ **REYNA ALFARO, Luis Miguel.** “*Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial*”. Lima 2002. Gaceta Jurídica. pp. 424-425.

¹⁵⁷ **REYNA ALFARO, Luis Miguel.** “*Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial*”. Lima 2002. Gaceta Jurídica. p. 426.

Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE¹⁵⁸; es de los especialistas quien dedica mayor cobertura de análisis al artículo 221º, circunscribe, delimita, el Derecho Positivo aplicable, señalando que:

“(…) El Proceso penal cuenta con sus propias medidas coactivas, en puridad las denominadas “medidas cautelares”, cuyo cometido esencial, es el aseguramiento de los fines principales del procedimiento: la efectiva ejecución de la pena al condenado y el pago de la indemnización extra-contractual (Reparación Civil), para tales efectos, se cuenta con todo un abanico de medidas, regladas tanto en el C de PP como en el nuevo CPP. Siendo de aplicación supletoria las medidas cautelares que el CPC, prevé al respecto, según lo establecido en la Primera Disposición Complementaria y Final, del cuerpo de normas precitado”¹⁵⁹.

Asimismo precisa **Alonso R. PEÑA**, que todas estas medidas de aseguramiento, que suponen la privación, restricción, limitación y/o afectación de derechos fundamentales, sólo resultan legítimas si es que se adoptan en el curso del Proceso Penal, a nivel de Investigación Preliminar (Diligencias Preliminares), únicamente cabe la imposición de medidas limitativas de derecho - búsqueda de pruebas y restricción de derechos; entre aquellas, el allanamiento domiciliario, interceptación telefónica, incautación de documentos, levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, entre otras. Argumenta que la investigación y la persecución de los delitos que atentan la propiedad intelectual requieren la realización de ciertos actos, conducidos a la obtención y/o adquisición de evidencias, que sirvan al Fiscal para construir su teoría del caso (acusación), que deberá probar en sede de Juicio Oral. Sistematizando las finalidades, menciona el autor, que la “incautación” de los ejemplares ilícitos, cumple una triple finalidad, “asegurativos”, “probatorios”, y “criminológicos”; esto es por la primera, se asegura las evidencias relacionadas con el hecho punible, la segunda, es para que sirva como sostén probatorio al persecutor público para la declaración judicial de culpabilidad, y la tercera, impide que se siga cometiendo el delito en el tiempo.

Es conciente el jurista **Alonso R. PEÑA**¹⁶⁰, que en este artículo, el legislador actúa con técnica legislativa incorrecta, en la medida que:

¹⁵⁸ **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.** “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo III. Lima 2010. IDEMSA. p. 126-131.

¹⁵⁹ **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.** Ob. Cit. p. 127.

¹⁶⁰ **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.** Ob. Cit. p. 128.

“Según lo dicho, al tratarse de una disposición en esencia «procesal», su ubicación en el corpus punitivo no responde a una técnica legislativa correcta, según el principio de sistematización normativo. El nuevo CPP regula la figura de la «Incautación» en el Título X del Libro Segundo, cuya aplicación es de carácter general, es decir, a toda clase de delitos”. En efecto, su radio de acción resulta ajustable a cualquier delito, del cual se desprendan evidencias materiales, susceptibles de ser decomisadas”.

El jurista **Alonso R. PEÑA**, además señala que la Incautación es una medida de coerción procesal, susceptible de aplicación, en la persecución penal de cualquier figura delictiva, siempre que por la naturaleza del hecho punible investigado sea necesario conservar los elementos, objetos e instrumentos que han sido empleados en la perpetración del hecho punible, estimando que:

“En el caso que nos amerita, el legislador ha considerado que la aplicación de la Incautación se de forma “imperativa”, como se desprende del tenor literal del artículo en cuestión, al haberse empleado el verbo en su conjunción “procederá”, de modo que el juez de oficio o a pedido de la parte interesada deberá adoptar dicha medida, ordenando la incautación preventiva de los ejemplares y materiales, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito y, de ser el caso, de los activos y cualquier evidencia documental, relacionados al ilícito penal; es decir, no sólo se trata de los objetos que materializan el injusto penal (obras intelectuales y derivados), sino también todos aquellos aparatos, instrumentos, máquinas, dispositivos electrónicos, etc., que fueron utilizados por el agente”¹⁶¹

La precisión de ALONSO PEÑA, es oportuna por cuanto permite diferenciar entre los alcances del primer párrafo del artículo 94° del C de PP, por el cual la medida de Incautación podría proceder, ante una decisión de oficio por parte del Juez Penal o solicitud del Fiscal, esto es hace alusión a una “*facultad discrecional*” del órgano jurisdiccional, y en cambio, el artículo 221° del CP, supone un “*deber prescriptivo*”, como señala el jurista citado. Por otro lado, el mismo autor menciona, respecto a la regulación en el nuevo CPP, que consagra el artículo 316°, y prescribe que la adopción de la Incautación es una facultad discrecional, sin embargo, notamos una diferencia importante, pues quien ejecuta directamente la medida de coerción real es el persecutor público, lo cual se ajusta plenamente a las nuevas funciones que asume el Fiscal en la conducción de la Investigación Preparatoria. Empero, el Fiscal que ejecutó la medida está en la obligación de solicitar al Juez de la

¹⁶¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob. Cit. p. 128.

Investigación Preparatoria, la expedición de una resolución confirmatoria, como se dispone el nuevo C.P.P; dicha resolución es importante, en tanto fiscaliza la legitimidad de la medida.

La imposición de la Incautación y el Decomiso, dispuesta por la autoridad jurisdiccional, debe ser concordada con las prescripciones normativas de los artículos: 102° y 103° del CP. Es relevante que el legislador penal, haya dispuesto, la posibilidad de que el Fiscal pueda dar lectura de los documentos que puedan ser hallados en el lugar de los hechos, indispensable para que el persecutor público pueda tomar contacto con la evidencia del crimen. Además debe mencionarse que el artículo 40° del Decreto Legislativo 822, dispone que:

“La Oficina de Derechos de Autor podrá solicitar a la Autoridad Aduanera que proceda al decomiso en las fronteras de las mercancías pirata que lesionan derecho de autor, a efectos de suspender la libre circulación de las mismas, cuando éstas pretendan importarse al territorio de la República. Las medidas de decomiso no procederán respecto de los ejemplares que sean parte del equipaje personal, ni de los que se encuentren en tránsito. (...)”

Es importante señalar que en los casos en que se determina la responsabilidad penal del imputado, lógica consecuencia es que queda también acreditado que los instrumentos y/o objetos que fueron objeto de la Incautación, fueron usados para la perpetración del hecho ilícito, por lo que la consecuencia jurídica, es el decomiso definitivo de dichos bienes. El mismo destino, depara a dichos bienes en caso de una sentencia absolutoria, concordante con el artículo 320.1 del nuevo CPP. Asimismo, en el caso de los ejemplares ilícitos, bajo ninguna circunstancia procede su devolución, esto es aún en la hipótesis de una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento definitivo, que puede darse al haberse amparado una Excepción de Prescripción de la acción penal, de Naturaleza de Acción, puede dar lugar a su devolución. Téngase presente que una realidad es la declaración judicial que determina la inocencia del procesado, y otra realidad las evidencias, que sin establecer un nexo de responsabilidad delictiva, son evidentemente objetos y/o instrumentos de naturaleza ilegal.

8.11.7.- ELUSIÓN DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS (Artículo 220-A).

TIPO DE LO INJUSTO.

DESCRIPCIÓN TÍPICA.

El artículo en comento es el primero que forma parte del grupo de normas que modificatorias efectuadas al Código Penal, que han venido de la mano de las obligaciones asumidas por el Estado peruano a propósito del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos (APC), cuyo capítulo 16 está referido justamente a la Propiedad Intelectual.

Artículo incorporado por el Artículo 2º de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 220-A.- Elusión de medidas tecnológicas

El que, con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica, eluda cualquier medida tecnológica que utilicen los productores de fonogramas, artistas intérpretes o ejecutantes, así como los autores de cualquier obra protegida por derechos de propiedad intelectual, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y de diez a sesenta días-multa.”

Posteriormente de conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 29316, publicada el 14 enero 2009, se modifica el Artículo 220-A de la Ley N° 29263 mediante la cual se modificó el Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 220-A.- Elusión de medida tecnológica efectiva

*El que, con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica, eluda **sin autorización** cualquier medida tecnológica **efectiva** que utilicen los productores de fonogramas, artistas, intérpretes o ejecutantes, así como los autores de cualquier obra protegida por derechos de propiedad intelectual, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y de diez a sesenta días multa”.*

EL BIEN JURÍDICO PENAL PROTEGIDO.

El bien jurídico penalmente tutelado en el artículo 220-A del C.P. peruano se identifica, con los "derechos de autor", entendidos como dualidad moral - patrimonial.

ASPECTO OBJETIVO.

SUJETOS.

Sujeto activo.

El sujeto activo es cualquier persona natural que, estando sin autorización del autor, cometa alguno de los actos enunciados en el artículo 220^o-A del código sustantivo.

Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo en este caso será cualquier persona natural titular del derecho de autor, sea como autor, traductor, compilador o arreglador de una obra protegida.

Actos materiales.

Se tipifican penalmente figuras que suponen la elusión de medidas tecnológicas, esto es, de mecanismos técnicos o informáticos dispuestos por los titulares de un derecho de propiedad intelectual para evitar o neutralizar actos de infracción por terceros.

Desde hace buen tiempo, ante la fuerza de los atentados contra los derechos de autor, han venido exigiendo de los empresarios la búsqueda de mecanismos o dispositivos de seguridad que alerten al público sobre la autenticidad o no de los productos puestos en el mercado. Inclusive, más allá del precinto de seguridad, se ha llegado a utilizar hologramas, tintas fotocromáticas, dispositivos electrónicos y otros. Los resultados son mínimos, toda vez que estos dispositivos presentan algunos problemas: no todos los tipos de productos pueden ser protegidos e identificados por estos métodos; los costes añadidos de tales medidas de seguridad no se justificarían para productos de bajo coste; y, por último, se trataría de medidas a corto plazo, pues los falsificadores pronto tendrían a su disposición medios más sofisticados y rápidos para vulnerar dichas medidas. La búsqueda de dispositivos que eviten

o dificulten la vulneración de derechos de Propiedad Intelectual es una constante.

El fenómeno que en doctrina se conoce como adelantamiento de las barreras de protección para crear condiciones de aseguramiento del bien jurídico protegido, es la opción político criminal, que emplea el legislador al momento de criminalizar la conducta contemplada en esta norma. Apreciando la concurrencia de tipos mixtos alternativos, que en los supuestos de hechos contemplados, muestran conductas con distintos grados de desarrollo del *iter criminis*. De esta suerte, así como no puede concurrir en un mismo hecho la tentativa con un delito consumado, tampoco podrían concurrir dos figuras que están dirigidas, a la afectación del mismo bien jurídico. Salvo las particularidades del caso concreto, claro está (p. ej. distintos autores, siendo que a uno se le impute conductas posesorias y al otro actos de comercialización).

El elemento del tipo penal no es “cualquier medida tecnológica”, como podría aparecer de una simple lectura de la figura penal en análisis. Debe tratarse de una medida tecnológica efectiva, es decir, medidas específicamente destinadas a controlar o bloquear el acceso —a la obra protegida— a terceros que no cuentan con la autorización del titular. Podría entenderse comprendido en este supuesto aquellos mecanismos previstos para impedir los usos no autorizados en el ámbito de internet, televisión satelital o por cable.

Es de advertir, que la conducta que es criminalizada en la norma sub júdice, también puede quedar abarcada por el artículo 218 d) del CP que se refiere a dispositivos o equipos capaces de permitir o fomentar la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en otra forma al público.

Penalidad.

En todo caso, es de resaltar que en el artículo 218, la sanción punitiva es de pena privativa de libertad que va de cuatro a ocho años y con noventa a ciento ochenta días multa, mientras que en el tipo penal en análisis, la sanción punitiva será pena privativa de la libertad no mayor a los dos años, y multa de

diez a sesenta días. Y si el bien jurídico protegido es el derecho de autor, la tipificación de conductas que eluden o neutralizan dispositivos de seguridad de las mismas, en especial las que suponen la fabricación y comercialización de productos destinados a esos ilícitos fines, supone un adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico, no siendo congruente el legislador en cuanto a la proporcionalidad al momento de fijar la pena, entre los supuestos que suponen adelantamiento de tutela punitiva y los que no, que se regulan en este mismo Título VII del Código sustantivo.

8.11.8.- PRODUCTOS DESTINADOS A LA ELUSIÓN DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS (ARTÍCULO 220-B).

TIPO DE LO INJUSTO.

DESCRIPCIÓN TÍPICA.

Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

*"Artículo 220-B.- Productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas
El que, con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica, fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, proporcione o de cualquier manera comercialice dispositivos, productos o componentes destinados principalmente a eludir una medida tecnológica que utilicen los productores de fonogramas, artistas intérpretes o ejecutantes, así como los autores de cualquier obra protegida por derechos de propiedad intelectual, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y de diez a sesenta días-multa."*

EI BIEN JURÍDICO PENAL PROTEGIDO.

El bien jurídico penalmente tutelado en el artículo 220-B del C.P. peruano se identifica, con los "derechos de autor", entendidos como dualidad moral - patrimonial.

ASPECTO OBJETIVO.

SUJETOS.

Sujeto activo.

El sujeto activo es cualquier persona natural que, estando autorizado por el autor, cometa alguno de los actos enunciados en el artículo 220-B del código sustantivo.

Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo en este caso será cualquier persona natural titular del derecho de autor, sea como autor, traductor, compilador o arreglador de una obra protegida.

Actos materiales.

En el artículo en análisis regula aspectos del que con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica, fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, proporcione o de cualquier manera comercialice dispositivos, productos o componentes destinados principalmente a eludir una medida tecnológica que utilicen los productores de fonogramas, artistas intérpretes o ejecutantes, así como los autores de cualquier obra protegida por derechos de propiedad intelectual.

Penalidad.

Pena conjunta de pena privativa de la libertad no mayor de dos años y de diez a sesenta días-multa.

8.11.9.- SERVICIOS DESTINADOS A LA ELUSIÓN DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS (ARTÍCULO 220-C).

TIPO DE LO INJUSTO.

DESCRIPCIÓN TÍPICA.

Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

*"Artículo 220-C.- Servicios destinados a la elusión de medidas tecnológicas
El que, con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica, brinde u ofrezca servicios al público destinados principalmente a eludir una medida tecnológica efectiva que utilicen los productores de fonogramas, artistas intérpretes o ejecutantes, así como los autores de cualquier obra protegida por*

derechos de propiedad intelectual, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y de diez a sesenta días-multa."

Aspecto objetivo.

Sujetos.

Sujeto activo.

El sujeto activo es cualquier persona natural que, sin autorización del autor, cometa alguno de los actos enunciados en el artículo 220-C del código sustantivo.

Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo es el autor, así como la persona que posee derechos sobre la obra protegida, en caso de servicios destinados a la elusión de medidas tecnológicas.

Actos materiales.

El Artículo 220-C del C.P. establece también un catálogo de conductas delictivas relacionadas a comercialización u otro tipo de ventaja económica, de quienes brinden u ofrezcan servicios al público destinados principalmente a eludir una medida tecnológica efectiva que utilicen los productores de fonogramas, artistas intérpretes o ejecutantes, así como los autores de cualquier obra protegida por derechos de propiedad intelectual.

Penalidad.

El marco penal establece una represión conjunta de pena privativa de libertad no mayor de dos años y de diez a sesenta días-multa.

8.11.10.- DELITOS CONTRA LA INFORMACIÓN SOBRE GESTIÓN DE DERECHOS (ARTÍCULO 220-D).

TIPO DE LO INJUSTO.

DESCRIPCIÓN TÍPICA.

Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 220-D.- Delitos contra la información sobre gestión de derechos

El que, sin autorización y con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica, suprima o altere, por sí o por medio de otro, cualquier información sobre gestión de derechos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y de diez a sesenta días-multa.

La misma pena será impuesta al que distribuya o importe para su distribución información sobre gestión de derechos, a sabiendas que esta ha sido suprimida o alterada sin autorización; o distribuya, importe para su distribución, transmita, comunique o ponga a disposición del público copias de las obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, a sabiendas que la información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización."

EL BIEN JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO.

En los delitos que integran el Título VII del Libro II del C. P., el bien jurídico digno de protección penal viene a ser los "derechos de autor", y su contenido moral-patrimonial, y este valor jurídico se realiza a través del Artículo 220-D° del C.P.

TIPO OBJETIVO.

SUJETOS.

Sujeto activo.

Cualquier persona natural que ejecuta las conductas descritas por el tipo.

Sujeto pasivo.

Cualquier persona, natural o jurídica, con titularidad sobre los derechos de propiedad intelectuales – Derechos de Autor y Conexos .

Tipo subjetivo.

El delito descrito en el Artículo 220-D° del C.P. se comete a título de dolo.

Actos materiales y Penalidad.

Se reprime la supresión o alteración de cualquier información sobre gestión de derechos.

Nuestro legislador reprime en el artículo 220-D, conductas de supresión o adulteración de la información sobre gestión de derechos (primer párrafo) y de importación o distribución de copias de las obras con la información adulterada (segundo párrafo).

La supresión o alteración de cualquier información sobre gestión de derechos (artículo 220-D) contempla hipótesis distintas al artículo 216° a) del CP, pues en éste un elemento del tipo es el contar con autorización para publicar la obra. Asimismo en el cotejo del artículo ahora analizado con el artículo 219 CP, podemos afirmar que en el delito de plagio se atenta principalmente contra el componente moral o personal del derecho de autor, en especial, el derecho a la paternidad de la obra. No obstante, sería erróneo señalar que a esta figura penal no interesa la infracción del derecho de autor en su aspecto patrimonial, pues el mismo legislador alude en el tipo objetivo a la difusión (“la difunda como propia”), lo que constituye propiamente un acto de comunicación al público, y que está comprendido dentro de los derechos patrimoniales del derecho de autor. Con todo, creemos que cuando en el caso concreto se aprecie un claro desconocimiento al derecho de paternidad de la obra (consignar en el ejemplar un nombre distinto al que corresponde a su autor vs. la mera omisión del autor de la obra), el delito de plagio prevalecerá. Por lo demás, la figura típica de plagio, prescribe una pena mucho más grave (no menor de cuatro ni mayor de ocho años de pena privativa de la libertad, y noventa a ciento ochenta días-multa) que la reconocida para el delito contra la información sobre gestión de derechos (no mayor de dos años, y de diez a sesenta días-multa).

8.11.11.- ETIQUETAS, CARÁTULAS Y EMPAQUES (ARTÍCULO 220-E).

TIPO DE LO INJUSTO.

DESCRIPCIÓN TÍPICA.

Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 220-E.- Etiquetas, carátulas y empaques

El que fabrique, comercialice, distribuya o almacene con fines comerciales etiquetas o carátulas no auténticas adheridas o diseñadas para ser adheridas a un fonograma, copia de un programa de ordenador, documentación o empaque de un programa de ordenador o a la copia de una obra cinematográfica o cualquier otra obra audiovisual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y de sesenta a ciento veinte días multa."

Posteriormente de conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 29316, publicada el 14 enero 2009, se modifica el Artículo 220-A de la Ley N° 29263 mediante la cual se modificó el Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 220-E.- Etiquetas, carátulas o empaques

*El que fabrique, comercialice, distribuya, almacene, **transporte, transfiera o de otra manera disponga** con fines comerciales u otro tipo de ventaja económica etiquetas o carátulas no auténticas adheridas o diseñadas para ser adheridas a un fonograma, copia de un programa de ordenador, documentación o empaque de un programa de ordenador o a la copia de una obra cinematográfica o cualquier otra obra audiovisual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y de sesenta a ciento veinte días multa."*

EI BIEN JURÍDICO PENAL PROTEGIDO.

El bien jurídico penalmente tutelado en el artículo 220-E del C.P. peruano se identifica, con los "derechos de autor", entendidos como dualidad moral - patrimonial.

ASPECTO OBJETIVO.

SUJETOS.

Sujeto activo.

El sujeto activo es cualquier persona natural que cometa alguno de los actos enunciados en el artículo 220-E del código sustantivo.

Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo en este caso será cualquier persona natural titular del derecho de autor, sea como autor, traductor, compilador o arreglador de una obra protegida.

Actos materiales.

El artículo punitivo reprime conductas de fabricación, comercialización, distribución o almacenamiento de etiquetas o carátulas no auténticas para ser adheridas a un soporte material —o al empaque— que contenga una obra protegida: audiovisual, de audio o programa de ordenador. Adviértase que el legislador contempla como modalidad típica una figura de mera posesión, a saber, el almacenamiento de etiquetas.

Penalidad.

Pena conjunta de pena privativa de la libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y de sesenta a ciento veinte días multa, no resultando procedente la reserva del fallo condenatorio ni la suspensión de la ejecución de la pena.

ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO.

El jurista nacional **Alonso R. Peña Cabrera Freyre**¹⁶²; estima que:

“El comportamiento contenido en el artículo 220°-E. vendría a instituir una modalidad de complicidad primaria ligada a los actos de autoría que se desprenden del artículo 219° del CP.

Vemos entonces que la presente incriminación representa una conexión delictiva con otro injusto cuya punición podría perfectamente garantizarse con la aplicación de las reglas de autoría y participación reguladas en la Parte General del CP”.

Consecuencia de dicho análisis, sería la innecesaria regulación del artículo en comento, en la medida que existen otras normas que regulan las mismas conductas ilícitas contempladas en ella.

8.11.12.- MANUALES Y LICENCIAS PARA PROGRAMAS DE ORDENADOR (ARTÍCULO 220-F).

¹⁶² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob. Cit. p. 123.

TIPO DE LO INJUSTO.

DESCRIPCIÓN TÍPICA.

Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29263, publicada el 02 octubre 2008, con el siguiente texto:

*"Artículo 220-F.- Manuales y licencias para programas de ordenador
El que elabore, comercialice, distribuya o almacene con fines comerciales manuales o licencias no auténticas para un programa de ordenador será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y de sesenta a ciento veinte días-multa."*

Posteriormente de conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 29316, publicada el 14 enero 2009, se modifica el Artículo 220-A de la Ley N° 29263 mediante la cual se modificó el Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

*"Artículo 220-F.- Manuales, licencias **u otra documentación, o empaques no auténticos relacionados a** programas de ordenador
El que elabore, comercialice, distribuya, almacene, **transporte, transfiera o de otra manera disponga** con fines comerciales **u otro tipo de ventaja económica manuales, licencias u otro tipo de documentación, o empaques no auténticos para un programa de ordenador, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y de sesenta a ciento veinte días multa**".*

EL BIEN JURÍDICO PENAL PROTEGIDO.

El bien jurídico penalmente tutelado en el artículo 220-E del C.P. peruano se identifica, con los "derechos de autor", entendidos como dualidad moral - patrimonial.

ASPECTO OBJETIVO.

SUJETOS.

Sujeto activo.

El sujeto activo es cualquier persona natural que, estando autorizado por el autor, cometa alguno de los actos enunciados en el artículo 220-E del código sustantivo.

Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo en este caso será cualquier persona natural titular del derecho de autor, sea como autor, traductor, compilador o arreglador de una obra protegida.

Actos materiales.

El tipo penal en análisis, reprime supuestos de hecho de aquel que elabore, comercialice, distribuya almacene con fines comerciales manuales o licencias no auténticas para un programa de ordenador. Es de advertir que los programas de ordenador constituyen obras protegidas por el derecho de autor. De ahí que para la protección penal de los derechos sobre un programa de ordenador se pueda echar mano de las mismas figuras delictivas previstas para la infracción de los derechos de autor en las que estén involucradas otro tipo de obras protegidas

Es distinguible entre la copia de seguridad de un programa de ordenador (permitida legalmente) y la copia privada para uso personal (que requiere autorización del titular). No obstante que aún en este último caso —copia privada para uso personal de un programa de ordenador, sin autorización del titular— no cabe afirmar la concurrencia de un delito contra el derecho de autor, pues no concurre un afán de comercializar o distribuir la referida copia. El artículo comentado, no reprime la reproducción de los programas, sino la elaboración, almacenamiento, comercialización y distribución de los manuales, licencias, otra documentación, o empaques no auténticos relacionados a programas de ordenador.

Por ello, dado que se trata de licencias, podría haber un concurso aparente con el delito de falsificación de documentos privados, sin embargo por el principio de especialidad, es de aplicación el delito analizado.

Penalidad.

Pena conjunta de pena privativa de la libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y de sesenta a ciento veinte días multa.

ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO.

Para el estudioso **Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE**¹⁶³; el artículo en comento, tiene ciertas similitud con el artículo 223° del C.P, en ese sentido expresa que:

“Es de verse (...), una distinción del objeto material, en el artículo 220°-F, se hace alusión a empaques, manuales, licencias y todo tipo de documentación no auténtico; mientras que en el artículo 223°, son sólo etiquetas, sellos y envases; por tales motivos, el comportamiento en cuestión, construye una tipicidad penal de mayor especificidad, dado los intereses jurídicos en tutela. A lo cual debemos agregar, que no se requiere que la marca este registrada ante la autoridad administrativa”.

Y líneas más adelante, el mismo estudioso del Derecho Penal Peruano, precisa que estamos hablando de una fabricación, comercialización, distribución, transporte o transferencia de documentación falsificada, significa esto, que ingresan al mercado, documentos apócrifos, por lo que **Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE**¹⁶⁴, señala que:

“Significa la realización de una «falsedad material», prevista en el artículo 427° del CP, con una singularidad en lo que respecta al objeto material del delito; así también en lo concerniente, a la consumación. La falsedad material está determinada en su perfección delictiva (punición) por una «condición objetiva de punibilidad», lo cual no acontece en el artículo 220°-F, pues basta la materialización de alguna de las conductas, que el legislador ha reglado en dicho tipo penal”.

Por otro lado, respecto a la pena, es sustentable mencionar que a criterio del legislador, el disvalor de la acción del artículo 2200-F es mayor que la falsedad material, tratándose de documentos privados. Por un lado, en la primera incriminación, la pena puede llegar a un tope de seis años de pena privativa de libertad, mientras que en la segunda sólo hasta cuatro años, ello en informada opinión de Peña Cabrera Freyre, parece más bien responder a un fenómeno de «politización normativa».

8.12.- APRECIACIÓN PERSONAL DEL TESISISTA.

La doctrina nacional, en los escritos de los penalistas, se ha caracterizado por analizar en detalle el articulado de la norma penal que contempla los

¹⁶³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob. Cit. p. 125.

¹⁶⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob. Cit. p. 125.

delitos contra los derechos de autor. Unos, destacando aspectos dogmáticos penales, y otros resaltando aspectos doctrinarios de los Derechos de Autor. Las más de las veces se ha recurrido a citas de autores extranjeros, a veces con pertinencia, muchas veces como posición esnobista.

Son escasos los análisis de la jurisprudencia penal sustantiva, y administrativa, en los estudios de los juristas nacionales, además no se percibe una sistematización de la misma.

Sin duda un referente en las Ciencias Penales, constituye Edwin SUTHERLAND (1883-1950), que a decir del Jurista argentino Anitua, es: *“El más importante de los criminólogos de esta época, y probablemente de todo el siglo XX”*¹⁶⁵. ¿Y por qué la importancia de este personaje intelectual?. Porque, es a partir de la decisiva influencia de este estudioso, que se habla de *“delincuencia de cuello blanco”*, y que se reprime punitivamente conductas ilícitas de la clase burguesa, es decir que se percibe un cambio cualitativo de las Ciencias Penales. Recordando, es posible afirmar que una de las características de Edwin SUTHERLAND, fue estudiar la realidad a partir de los hechos, muy joven formó parte de la Escuela de Chicago, donde estudió y estuvo como joven investigador desde 1906, en la enseñanza de Gabriel ANITUA, SUTHERLAND¹⁶⁶ elaboró:

“La teoría de los "contactos diferencial que parte de que en cada área cultural diferencial los individuos aprenden modelos y esquemas de comportamiento diferentes. A nivel socio-estructural se puede hablar de organización diferencial, pero a nivel individual, lo importante es el contacto, o asociación, diferencial. Ello remite a la teoría del aprendizaje del comportamiento que se produce en la organización diferencial.

El comportamiento delictivo no está determinado genéticamente, ni es producido por problema en la personalidad, ni por la pobreza, sino que es un comportamiento aprendido por medio del contacto diferencial. Es aprendido este comportamiento, al igual que es aprendido otro tipo de comportamiento, por medio de la interacción con otras personas en el proceso comunicativo”.

El vocablo "ciencia" proviene del latín *scientia*, que en un sentido escrito significa "saber". Entonces es válido definir a la ciencia como un sistema

¹⁶⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. *“Historias de los pensamientos criminológicos”*. Prólogo de E. Raúl Zaffaroni. Buenos Aires 2005. Editorial del Puerto. p. 300.

¹⁶⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. Ob, Cit. p. 302.

acumulativo, metódico y provisional de conocimientos comprobables, producto de investigación y concerniente a una determinada área de objetos y fenómenos. Se establece como características de la ciencia: la capacidad descriptiva, explicativa, aplicativa, y predictiva, carácter racional a través de leyes, con un aspecto crítico, fundamentación lógica y empírica, carácter metódico, sistemático, comunicable mediante un lenguaje preciso, falible, y pretensión de objetividad. Todo ello implica siempre una permanente actividad investigadora, lo cual no ocurre en nuestro medio intelectual.

Desde la realidad descrita, es doloroso no encontrar en la doctrina nacional un estudio similar al emprendido en España por el maestro Antonio Hernández Gil (1944), que sirva de guía histórica para conocer el desenvolvimiento de la Ciencia Jurídica peruana. En defecto, no obstante de cara a la verdad debemos aceptar que es válido también para el Derecho, el estudio realizado por el maestro sanmarquino Augusto Salazar Bondy, para la Filosofía en el Perú, adecuando de cierta manera los alcances de dicho estudio al Derecho, en la medida que se trata de un estudio de la realidad de un sector de la intelectualidad peruana. El pensador Augusto Salazar¹⁶⁷ hace un balance y perspectiva de ésta (filosofía), señalando que:

"La filosofía <el Derecho, decimos nosotros -nota del autor-> <ha surgido> no del seno de una tradición madura".

Es pertinente recordar que el Derecho Penal Peruano, recién sienta sus bases teóricas en los estudios del Código Penal de 1924, estudios realizados por los maestros sanmarquinos Luis Alberto Bramont Arias, José Hurtado Pozo, Luis Eduardo Roy Freyre, Raúl Peña Cabrera, sin que ninguno en particular estudie el sector denominado Derecho Penal Económico, que es de más reciente desarrollo dogmático. Algo interesante es la idea matriz de Augusto Salazar Bondy¹⁶⁸, cuando precisa que:

¹⁶⁷ **SALAZAR BONDY, Augusto.** *"Historia de las Ideas en el Perú Contemporáneo"*. Segundo Tomo. Francisco Moncloa Editores S.A. 1ª Edic. 1965. 2ª. Lima 1967. p. 453.

¹⁶⁸ **SALAZAR BONDY, Augusto.** Ob. Cit. p. 455.

"El positivismo ... <es> el único ...<que> se puede hablar de escuela entre nosotros, se ha pecado antes por espíritu de transigencia y por eclecticismo que por amor al dogma"

Si bien es necesario consolidar una fuerte tradición intelectual (que está por consolidarse), es igualmente necesario tener presente la enseñanza del Amauta José Carlos Mariátegui¹⁶⁹, de Peruanizar el Perú, en este caso la tarea será de peruanizar el Derecho Penal, sin embargo en esta tarea debemos ser conscientes de la necesidad también de liberándonos de la "*viveza criolla*", de la que nos hablaba, allá por la década de los sesenta del siglo XX, el maestro y pensador Sebastián Salazar Bondy:

"La trampa de la Arcadia Colonial está en todos los caminos. No es sencillo sortearla (...) Lima no es, aunque insista en serlo, el Perú, pero esto es cuestión aparte. No cabe la menor duda, en cambio, que desde ella se irradia a todo el país un lustre que desdichadamente no es el del esclarecimiento"¹⁷⁰

Es importante señalar los alcances del pensamiento de Sebastián Salazar Bondy, por cuanto, la ciencia implica espíritu cuestionador, razón crítica, despojada de intereses que no se han la verdad, un compromiso con el "*esclarecimiento*", y que es totalmente lo contrario al espíritu criollo, por cuanto:

"El Criollismo es 'viveza criolla' este 'valor' inscrito en la singular tabla axiológica del criollo. ¿Qué es esa viveza? Una mixtión, en principio, de inescrupulosidad y cinismo. (...) En homenaje a su picardía, los vivos merecen la indulgencia. Los otros, los que proceden de acuerdo a su conciencia o a ley, son tontos. En vivos y tontos, dentro de la maniquea psicología criollista, se divide la humanidad."¹⁷¹

Por cuanto no es libertad, y razón crítica, la que representa y expresa la "*viveza criolla*", sino esclavitud, no es estudios de la realidad, sino voces de corifeos, cantando al unísono, no es salud mental, por ello el mismo Salazar Bondy señala:

"Asociación edénica: el de no llamar jamás realísimamente al pan pan y al vino vino. La primera disidencia auténticamente revolucionaria surgida en Lima nos conminó, por eso quizá, a romper el pacto infame de hablar a

¹⁶⁹ **MARIATEGUI, José Carlos.** "*Peruanicemos al Perú*". Lima 1972. Editorial Minerva. 2ª Edición. 1ª Edición de 1970.

¹⁷⁰ **SALAZAR BONDY, Sebastián.** "*Lima la Horrible*". México 1977. Ediciones Era. 5º Edición. 1º Edición de 1964. p. 17.

¹⁷¹ **SALAZAR BONDY, Sebastián.** Ob. Cit. pp. 27/29.

media voz (Manuel González Prada)”¹⁷²

A la luz de lo mencionado, y reconociendo la valía de los estudios dogmáticos referentes a los delitos contra los derechos de autor y conexos, y dando un espacio a la reflexión y al cuestionamiento, recurriendo para ello a intelectuales nacionales y extranjeros, es pertinente mencionar que nuestro compromiso en esta investigación no se circunscribe a señalar cuestiones fácticas de constatación empírica, sino que también a extender propuestas, como las que haremos en su momento, cuando alcancemos en la parte final, de los anexos, propuesta legislativa de reforma al Código Penal, y a la Constitución Política.

¹⁷² SALAZAR BONDY, Sebastián. Ob. Cit. p. 96.

CAPITULO IX

JURISPRUDENCIA NACIONAL DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR

9.1.- ORIGEN DE LA CASACIÓN PENAL EN EL PERÚ.

Los libertadores, sensibles a su tiempo, como en el resto de países de América, luego del proceso independentista buscaron aplicar el paradigma moderno de Estado y Derecho. Estado con tres poderes; acorazando la figura del Juez, por el Principio de Independencia. Concibiendo el Derecho Moderno en base a Códigos. ¿Cómo lo hicieron? Lo realizaron de la manera más seria, técnica y profesional posible, a través del hombre más capaz de aquellos tiempos, conforme a las exigencias de la sagrada misión.

¿Quién fue el encargado de ejecutar la formación, creación, del Poder Judicial del Estado Peruano Independiente?. Fue nada menos que Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada, primer Presidente republicano de la Corte Suprema, personaje quien antes había sido Oidor del sistema de justicia español en la Audiencia del Cuzco, y además autor del Libro “El Plan del Perú”, texto compuesto por 16 capítulos y dividido en tres ejes temáticos, el primero referido a la problemática de las autoridades e instituciones políticas coloniales; el otro referido a problemas religiosos, y el último ligado a las crisis económicas que produjeron las reformas borbónicas, incluido aquí un capítulo referido a la esclavitud; escrito en 1810 y publicado en 1823 en Filadelfia.

El crítico del sistema colonial Vidaurre y Encalada, jurista de nota que años antes había sido condenado por la Inquisición en 1806 por su espíritu

vehemente y contestatario, tendrá a su cargo la organización judicial del nuevo Estado. Ejerciendo además la Presidencia de la Corte Suprema en períodos intermitentes. Meses después de instalar la Corte Suprema, en junio de 1825, Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada, fue designado Plenipotenciario del Perú ante el Congreso de Panamá, debiendo abandonar dicho cargo. Luego retomaría su cargo de Vocal de la Corte Suprema en 1830 hasta 1832. En 1834 volvió a ejercer la Presidencia, por última vez. Carlos Ramos Nuñez, opina de Vidaurre

“En el plano de la producción jurídica, estamos virtualmente ante el primer codificador americano que decide apartarse del modelo legislativo napoleónico. ... Ciertamente sin el mismo criterio sistemático, sin la misma racionalidad legislativa de sus pares latinoamericanos, como Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sársfield, pero si con el mismo entusiasmo por la codificación y con una rica cultura humanística que no sufre con la comparación”¹⁷³

Es común creer que las instituciones liberales eran desconocidas en nuestra América, sin embargo su repetida invocación y el uso de sus instituciones en los primeros años de los Estados Sur Americanos Independientes, demuestran lo contrario. El Primer entusiasmo democrático se pierde, el Nuevo Estado carente de protagonistas colectivos, y de una sociedad civil. Como compensación surge el Caudillismo militar, su actitud empata con el romanticismo patriotero. El caudillismo militar no es en el naciente Estado Peruano una representación política arbitraria que produce la gesta de la independencia, es una Estructura Política Funcional. Es la presencia Estatal en la sociedad, basado en el poder institucionalizado, desarrollado por el heroísmo de los generales de la independencia. El Estado Colonial Español Borbónico no fue cambiado por un Estado Moderno.

San Martín, en el Estatuto Provisorio de 1821, expresa: “Administraré el poder directivo del Estado, cuyas atribuciones sin ser las mismas, son análogas a las del Poder Legislativo y Ejecutivo. Pero me abstendré de mezclarme jamás en el solemne ejercicio de las funciones judiciales, porque su independencia es la única y verdadera salvaguarda de la libertad del pueblo”.

¹⁷³ **RAMOS NÚÑEZ, Carlos.** *“Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX”*. El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre”. Lima 2000. Fondo Editorial PUC. p. 163.

Bolívar, en el preámbulo de la Constitución Vitalicia de 1826, dice: “El Poder Judicial contiene la medida del bien o del mal de los ciudadanos y si hay justicia en la República, es distribuida por este Poder”.

Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada, representa legítimamente el paradigma del Juez en el Perú, propuso el primer Código Penal peruano, además de otros Códigos importantes para la vida de la República. La Historia, ha sido mezquina con las calidades intelectuales de quienes debían sentar la Jurisprudencia en el Perú, es de gran importancia resaltar la figura heroica del Primer Magistrado de nuestro Estado Independiente.

El origen constitucional de la casación en el Perú, es tardío, lo encontramos recién en el artículo 241º de la Constitución Política de 1979, que preceptuaba lo siguiente: “Corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala”. La vigente *Constitución de 1993* en su artículo 141º estatuye como principio que “corresponde a la Corte Suprema fallar en casación (...)”; por otro lado consagra en el numeral 3 del artículo 139º el derecho a la tutela judicial efectiva.

A comienzos del 1992 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Esta norma de organización judicial estableció la competencia de las Salas de la Corte Suprema para conocer los procesos en casación.

En materia penal, esta figura jurídica se conoce desde el Código de 1940, que lo denomina recurso extraordinario de nulidad y que lo reguló atendiendo los rasgos más esenciales que la tipifican, estableciendo que su procedencia responde a causales que deberán ser sustentadas de manera clara y precisa, además señala que la parte impugnante precisará la naturaleza del vicio o error cometido; lo singular es que concedió a la Corte Suprema la facultad de resolver el fondo en los casos de error material. Además, esta norma nacional eliminó el reenvío en los casos que la sentencia impugnada afectara la ley material, lo que constituyó una impecable aplicación del principio de economía procesal.

En cuanto al recurso de casación penal en su concepción actual, se implantó en el Perú con la dación del Código Procesal Penal, que esta entrando en vigencia progresivamente en todo el territorio nacional, desde el 2005, aún cuando la Constitución actual adquirió vigencia desde diciembre de 1993, es decir, con anterioridad a la vigencia del Código Procesal Penal, la situamos como antecedente de éste, en tanto sólo constituye la ratificación de lo que sobre la materia había prescrito la Constitución derogada.

Para el doctor Cesar San Martín, el sistema casatorio implantado por nuestro ordenamiento jurídico es netamente jurisdiccional. El medio impugnativo se estableció rigurosamente sujeto al control de la legalidad de las resoluciones cuestionables en casación, es decir, con el propósito de vigilar la correcta aplicación de la norma de derecho material de la doctrina jurisprudencial, y de la norma de derecho procesal. El recurso se consagró sólo para cumplir su finalidad nomofiláctica, orientado por la corriente doctrinaria ortodoxa o pura en materia de casación.

La aplicación en los primeros años fue excesivamente rigurosa, no sólo en el control del cumplimiento ineludible de los requisitos de admisibilidad, sino también del cumplimiento de los requisitos de procedencia, que tienen que ver con la invocación de las causales del recurso, que en la Ley Procesal de Trabajo se encontraban precisados taxativamente con indicación incluso de la forma como deben fundamentarse.

El riguroso control se basaba en la aplicación del texto expreso en la ley, tanto de la procesal como de la matriz; tal es así que la interpretación literal de la norma se constituía en la mejor herramienta para resolver el recurso. Es que al haber desaparecido el recurso de nulidad, previsto por el derogado Código de Procedimientos Penales, en la Salas de Casación en lo Penal, se produjeron verdaderas avalanchas de recursos de casación, muchos de ellos deficientemente propuestos, por lo que los jueces en casación se dispusieron a ser rigurosos en su calificación como una manera también de enfrentar la excesiva carga procesal. Concientes de esta realidad, los Magistrados

Supremos han enfrentado el problema por la vía de los Plenos Jurisdiccionales de las Salas Penales de la Corte Suprema.

9.2.- LA CASACIÓN PENAL EN EL PERÚ.

La noción etimológica de la palabra “casación” la encontramos en el verbo latino **cassare** que significa “quebrar”, “anular”, “destruir”, y en sentido figurado equivale a derogar, abrogar, deshacer. En sentido restringido, y de acuerdo a los usos forenses “casar” significa “anular”, invalidar dejar sin efecto.

9.2.1- CARACTERÍSTICAS.

Son las siguientes:

a) Público, toda vez que los pronunciamientos emitidos por las salas no interesan sólo a las partes involucradas directamente, sino también a la sociedad.

b) Extraordinario, por ser excepcional, se interpone en causales expresamente señaladas en la ley, (numerus clausus). Procede contra las sentencias de mérito y, excepcionalmente, contra los autos que en revisión ponen fin al proceso expedidas por las Cortes Superiores. Los agravios de la pretensión impugnativa son tasados en el artículo 429° del NCPP. Y el ámbito de conocimiento del Tribunal de Casación, esta limitado en los motivos de oposición, que son infracciones de Ley, de carácter normativo. Es recurso limitado.

c) Evaluado en el Órgano Resolutorio de Mayor Jerarquía, por su función unificadora este medio impugnatorio obliga a que sea encargado a la más alta jerarquía jurisdiccional, en el caso peruano en la Corte Suprema de Justicia.

d) Formalista, su admisión y procedencia se encuentran subordinado a la observancia de determinados requisitos, los cuales son más estrictos que en los otros recursos.

e) Se Concede Sin Efecto Suspensivo; una vez admitido el recurso no se suspende la eficacia de la resolución impugnada hasta que el órgano de casación se pronuncie sobre el mismo. El carácter no suspensivo se encuentra consagrado en el Artículo 412° del Nuevo C.P.P, y admite una excepción, salvo libertad. Las decisiones de segunda instancia deberán bajar en sus mismos términos para su ejecución, a la espera de la Casación, que no impide consolidar los tramites de ejecución, la Segunda instancia dicta medidas efectivas para que ejecute lo del Tribunal

f) Versa sobre aspectos jurídicos y no sobre aspectos fácticos, en la practica es difícil establecer cómo fueron vistos ambos aspectos, lo importante es que el tribunal de casación no modifica las conclusiones que de los hechos ha establecido el juez de las instancias inferiores.

g) No actúa como Tercera Instancia, porque el magistrado solamente puede efectuar el análisis de las causales que el recurrente expresamente menciona en su recurso, y siempre que estas causales sean formulados con observancia de los requisitos exigidos por ley.

h) Devolutivo, toda vez que la competencia funcional radica en la Sala Penal de la Corte Suprema. Es institución orgánica y procesal, Artículos 421, y 426.1 del NCPP, porqué se dice de un solo órgano.

9.2.2.- FINALIDAD DE LA CASACION.

La dogmática establece las siguientes finalidades de la casación:

a) Función Nomofiláctica. El significado etimológico proviene de dos palabras griegas, *nomos* y *phylaxo*. La primera significa ley y la segunda guardar o cuidar. Dado que la función del Estado es cuidar la vigencia del ordenamiento legal, concede a una de sus expresiones más auténticas, el Poder Judicial, la función de cuidar la ley, entendiéndola en su sentido general. Sin embargo, dado que el juez es la persona u órgano que instrumenta el cumplimiento de la ley por parte de los ciudadanos, es indispensable que el Estado cuente con un

medio de asegurar que los jueces cumplan con su función, es decir, que apliquen correctamente la ley. En principio no cabría la interposición del recurso de casación basado en la infracción de normas de derecho adjetivo o procesal; sin embargo la Corte Suprema tiene facultades para pronunciarse sobre el fondo sustentando su resolución en la infracción al debido proceso.

b) Función Uniformadora. Esta finalidad se encuentra orientada a conformar unidad jurídica, y a garantizar el principio de igualdad ante la ley. Es decir, que se tienda a una aplicación e interpretación de la norma jurídica común en todo el territorio nacional, toda vez que siendo las leyes abstractas y generales, es factible obtener una interpretación unificada que tenga efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía. La casación, tiene como finalidad principal unificar la jurisprudencia nacional.

c) Función dikelógica. Al analizar el modelo casatorio español, distinto al modelo francés, advertimos que, las finalidades nomofiláctica y dikelógica del instituto no son incompatibles. En este sentido estamos autorizados a afirmar que si la casación procura el cumplimiento del ordenamiento jurídico, significa también analizar la motivación de la sentencia, y con ello corregir los errores incurridos, procurando un juicio justo. Para HITTERS, la función dikelógica apunta a la “justicia del caso”¹⁷⁴, se pregunta si ¿Las tareas de control del derecho objetivo y de unificación, son las que justifican su existencia?. Afirma que es necesario la finalidad trifásica de la casación, donde se busca el control nomofiláctico, la uniformadora de la jurisprudencia, y la justicia del caso: “función dikelógica”, teniendo en cuenta que el organismo que la resuelve pertenece al poder judicial, y cumple funciones jurisdiccionales.

d) Función Pedagógica. Está directamente relacionada con las publicaciones efectuadas de las resoluciones casatorias en el diario oficial nacional y está dirigida a los potenciales usuarios del servicio judicial, pues ellos a partir del conocimiento de las resoluciones podrán apreciar cuál es el sentido y/o la forma en que debe interpretarse o aplicarse determinada norma jurídica, y,

¹⁷⁴ HITTERS, Juan Carlos. “La Casación Civil en El Perú”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Volumen II, Industrial Gráfica, p. 438.

consecuentemente, sabrán en qué casos corresponden o no recurrir al Poder Judicial.

e) Función Contralora, o del Control de Logicidad de la motivación de las resoluciones judiciales. El Juez debe y tiene la obligación de motivar y verificar la coherencia interna de sus fallos; la falta o deficiente fundamentación jurídica (carencia, deficiencia, insuficiencia, contradicción interna o apariencia de motivación) puede ocasionar incongruencias entre la parte considerativa y resolutive de las resoluciones judiciales, produciéndose errores en el razonamiento judicial lo que en la doctrina se conocen como errores ius cogitando. La motivación de las resoluciones judiciales, con mención expresa de los fundamentos de hecho y derecho, constituyen garantía de la administración de justicia y a la vez un requisito esencial e ineludible de la presencia y observancia del debido proceso.

9.2.3.- LA CASACIÓN EN EL PERÚ ACTUAL.

Uno de los elementos centrales para una Administración de Justicia de calidad, es tener una Corte Suprema acorde con las exigencias del tiempo, en el Perú, la casación está confiada a la Corte Suprema, y como veremos, es auspicioso el desenvolvimiento de la misma, se verifican en logros importantísimos, que en la calidad del trabajo de todo el sistema judicial.

9.3.- JURISPRUDENCIA DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR EN LOS JUZGADOS PENALES.

Delito contra los derechos de autor: Actos de Comercialización.

Se les imputa a los procesados dedicarse a la comercialización de copias de fonogramas reproducidas ilícitamente, conducta prevista y sancionada por el artículo 218° inciso c) del Código Penal, bajo el cual se ha tipificado, y que requiere como Elementos de Tipicidad Objetiva: que el sujeto activo sin la autorización previa y escrita del autor o titular de los derechos la comunique o difunda públicamente por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho, conociendo el origen ilícito de la copia o reproducción.

SEXTO JUZGADO PENAL DE LIMA

EXP. N°: 599 - 03

abril Año dos mil seis.- (...) Causa seguida contra EPIFANIO CACERES MORALES, HENRY LIVIO DAVALOS PEREZ, NELLY LUISA CALDAS ESPIRITU Y JOSE JAVIER PINGO QUEREVALU, por el delito Contra los

Derechos Intelectuales – Derecho de Autor y Conexos, en agravio de La Asociación Protectora de los Derechos Intelectuales y Fonográficos – APDIF PERU y Contra el Orden Económico – Delitos Económicos -, Fraude en la Comercialización -, en agravio de la Sociedad; (...) Se le imputa a los procesados dedicarse a la comercialización de copias de fonogramas reproducidas ilícitamente, ya que en sus puestos de ventas ubicados en el centro comercial “Polvos Rosados” con fecha quince de diciembre del año dos mil uno se incauto gran cantidad de dichos productos, determinación que se corrobora con las actas de incautación (...) De la valoración de lo actuado se ha llegado acreditar la comisión del ilícito, y la responsabilidad de las procesadas, (...) Por lo que la suscrita ha llegado a la conclusión que se encuentra acreditada la responsabilidad penal en la comisión del ilícito imputado a Sonia Zelmira Ortiz Rivas y Gliria Virginia Quispealaya Cardenas; (...) FALLA: CONDENANDO a SONIA ZELMIRA ORTIZ RIVAS Y GLORIA VIRGINIA QUISPALAYA CARDENAS, por el delito Contra los Derechos Intelectuales – derecho de Autor y Conexos, en agravio de Empresa Televideo Sociedad Anónima; a TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, cuya ejecución se suspende por el término de UN AÑO en aplicación de los numerales cincuentisiete y cincuentiocho del Código Penal, (...) SE LE IMPONE: con carácter de efectivo SESENTA DIAS MULTA, fijando como cuota diaria la suma de dos Nuevos Soles, por lo que el monto total de la pena pecuniaria asciende a CIENTO VEINTE NUEVOS SOLES que deberá abonar a favor del Estado (...) FIJO: en QUINIENTOS NUEVOS SOLES por concepto de reparación civil que deberá de abonar las sentenciadas en forma solidaria a favor de la agraviada.

Delito contra los derechos de autor: Actos de Comercialización.

Se incrimina al acusado *José Luis Torres Alvarado* y a su coacusado haber sido intervenidos por parte de personal de la DINPOLFIS con participación del representante del Ministerio Público encontrándoseles en su poder paquetes conteniendo CPU y discos CD-ROM de reproducción ilícita, toda vez que no contaban con autorización alguna de los titulares de los derechos que la conducta del acusado se encuadra dentro de los presupuestos del tipo penal previsto en el artículo doscientos dieciocho incisos “b” y “c” del Código Penal

QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE LIMA

EXP. Nº 155-2004

Lima, veintisiete de abril Del año dos mil seis.- (...) Se incrimina al acusado *José Luis Torres Alvarado* y a su coacusado haber sido intervenidos por parte de personal de la DINPOLFIS con participación del representante del Ministerio Público encontrándoseles en su poder paquetes conteniendo CPU y discos CD-ROM de reproducción ilícita, toda vez que no contaban con autorización alguna de los titulares de los derechos; (...) Del estudio de las pruebas obrantes en autos, se ha llegado a establecer que con fecha veinte de noviembre del dos mil tres, a eso de las dieciséis horas, personal policial de la División de Investigación de Delitos Contra los Derechos Intelectuales de la Dirección de la Policía Fiscal con la participación del representante del Ministerio Público intervinieron doce stands ubicados en el segundo piso del Centro Comercial ubicado en la Avenida Garcilaso de la Vega número doce sesenta, en el Cercado de Lima, en donde se incautaron la cantidad de treintitrés bultos conteniendo CPU's y discos CD – ROM de reproducción ilícita, (...) La

conducta del acusado se encuadra dentro de los presupuestos del tipo penal previsto en el artículo doscientos dieciocho incisos “b” y “c” del Código Penal; por tales fundamentos en aplicación además de lo dispuesto en los artículos veintinueve, cuarenticinco, cuarentiséis, noventidós y noventitrés del acotado, y en concordancia con los numerales doscientos ochentitrés y doscientos ochenticinco del Código de Procedimientos Penales el Quinto Juzgado Penal de Lima, administrando justicia a nombre de la Nación; FALLA: CONDENANDO a JOSE LUIS TORRES ALVARADO como autor del delito Contra los Derechos de Autor y Conexos, en agravio de Adobe Systems Incorporated, Autodesk Inc., Bentley Systems, Macromedia Inc., Microsoft Corporation y Symantec Corporation, Apdayc y Televideo S.A., a CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD cuya ejecución se suspende condicionalmente por el plazo de DOS AÑOS (...), y el pago de CIEN DIAS-MULTA a favor del Tesoro Público a razón de dos nuevos soles diarios; FIJA: en DOSCIENTOS NUEVOS SOLES el pago que por concepto de Reparación Civil deberá abonar el sentenciado a favor de cada uno de los agraviados.

Delito contra los derechos de autor: Actos de Comercialización.

Se le incrimina a los acusados estar desarrollando actividad comercializadora de grabaciones audiovisuales (formato VHS y VCD) procedentes de reproducción ilícita, conducta que se encuadra dentro de los presupuestos del tipo penal previsto en el artículo doscientos diecisiete, incisos “b” y “c” del Código Penal.

QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE LIMA

EXP. Nº 441-2004

Lima, veintiséis de julio del año dos mil seis.- (...) Se le incrimina a los acusados estar desarrollando actividad comercializadora de grabaciones audiovisuales (formato VHS y VCD) procedentes de reproducción ilícita, habiendo sido intervenidos en circunstancias que éstos vendían dichas grabaciones en las intersecciones de las Avenidas Wilson y Paseo Colón, en el Cercado de Lima, incautándoseles gran cantidad de videogramas; (...) Se ha llegado a establecer que con fecha siete de mayo del dos mil tres personal policial con la participación de los representantes del Ministerio Público, intervinieron a los acusados *Celestino Tuesta Mendoza* y *Richard Kanashiro Moreno* en la intersección de las Avenidas Wilson y Paseo Colón, en el Cercado de Lima, encontrándoseles al primero una mochila de tela conteniendo treinta cintas VHS de diferentes películas, así como una videogradora VHS marca Sony, y al segundo se le encontró una caja de cartón con cincuenta cintas VHS en su interior, y un maletín con cuarenticinco cintas VHS y dos VCD, conforme es de verse de las Actas de Incautación de fojas catorce y quince, productos que habían sido reproducidos ilícitamente y comercializados por los referidos acusados sin contar con alguna autorización de sus autores o titulares de derechos de autor, en este caso, las empresas agraviadas, tal como se acredita con el Informe Técnico de INDECOPI número cero uno sesentinueve – dos mil tres / ODA (...) La conducta de los acusados se encuadra dentro de los presupuestos del tipo penal previsto en el artículo doscientos diecisiete, incisos “b” y “c” del Código Penal, por tales fundamentos, y en aplicación además de lo dispuesto en los artículos veintinueve, cuarenticinco, cuarentiséis, noventidós y noventitrés del acotado cuerpo legal, y en concordancia con los numerales doscientos ochentitrés y doscientos

ochentiséis del Código de Procedimientos Penales, el Quinto Juzgado Penal de Lima, administrando justicia a nombre de la Nación; FALLA: CONDENANDO a CELESTINO TUESTA MENDOZA como autor del delito Contra los Derechos Intelectuales – Derechos de autor y conexos (Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor) –, en agravio de las Empresas The Walt Disney Company, Warner Bros Inc., Universal Studios, Twentieth Century Fox Inc., Columbia Tristar, Dreamworks, Metro Golwym Mayer, Miramax y Paramount Picture Inc., a DOS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD cuya ejecución se suspende condicionalmente (...) y al pago de NOVENTA DÍAS MULTA a favor del Tesoro Público a razón de dos nuevos soles diarios; se FIJA: en OCHOCIENTOS NUEVOS SOLES el pago que por concepto de Reparación Civil deberá abonar el sentenciado *Tuesta Mendoza* en favor de los agraviados (...); MANDA: Que, se proceda a la destrucción de los bienes incautados y decomiso de las videograbadoras conforme a lo dispuesto en los artículos ciento dos y doscientos veintiuno del Código Penal.

9.4.- JURISPRUDENCIA DE DELITOS CONTRA DERECHOS DE AUTOR EN LAS SALAS SUPERIORES PENALES.

Delito contra los derechos de autor: Ausencia de dolo - importación de libro

En los hechos denunciados al procesado, no se ha determinado que haya procedido con la conciencia y voluntad de dañar o perjudicar a la empresa agraviada; por cuanto al momento de la importación de la obra "El mundo de Sofía", la fundación del libro universitario (Libun) no tenía conocimiento de la exclusividad de distribución para el Perú que invoca la "Editora Norma S.A."

EXP. Nº 4390-98

Lima, once de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.- (...) En los hechos por los cuales se le denuncia a Mario Jesús Zapata Tejerina, no se ha determinado que éste haya procedido con la conciencia y voluntad de dañar o perjudicar a la representada del denunciante Eduardo Carrillo Ugarte, elemento subjetivo esencial (dolo) en el tipo penal por el cual se le denuncia; ya que al momento de la importación de la obra "El Mundo de Sofía", la Fundación del Libro Universitario - LIBUN, no tenía conocimiento de la exclusividad de distribución para el Perú, Colombia, Venezuela y Bolivia, que invoca la Editorial Norma Sociedad Anónima, pues no existe en los antecedentes que se acompañan a la denuncia, prueba alguna que haga presumir que la entidad denunciada haya conocido con anterioridad a la misma la invocada exclusividad; por el contrario, la denunciante aparte de que ha presentado copia simple (Fax) del posible contrato de exclusividad, en el que una de las firmas por (Ediciones Siruela) no es totalmente legible, también ha presentado copia simple de la Aceptación de Poder que otorga el denunciante del conferido por Editorial Norma Sociedad Anónima; por tales fundamentos CONFIRMARON: el auto que de fojas ciento siete a ciento ocho, su fecha veintidós de junio de mil novecientos noventa y ocho que declara NO HA LUGAR A LA APERTURA DE INSTRUCCIÓN contra Mario Jesús Zapata Tejerina por

delito contra los Derechos de Autor y Conexos en agravio de Editorial Norma, representada por Eduardo Carrillo Ugarte.

Delito contra los derechos de autor: Similitudes que no acreditan plagio de texto legal

El hecho de que existan similitudes en las concordancias de las normas legales, no indica que éstas hayan sido plagiadas, en razón de que por la naturaleza de las normas, éstas no pueden ser variadas; siendo potestad del editor, utilizar la diagramación, diseño y montaje y los demás aspectos para su mejor edición. En consecuencia el hecho de haber similitud con el Código Penal cuyo autor es el agraviado, no acredita el plagio.

EXP. Nº 969-98

Lima, cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho.- (...) El artículo doscientos diecinueve del Código Penal reprime a quien respecto a una obra la difunda como propia en todo o en parte, copiándola o reproduciéndola textualmente o tratando de disimular la copia mediante ciertas alteraciones atribuyéndose o atribuyendo a otro la autoría o titularidad ajena, norma legal modificada por el Decreto Legislativo ochocientos veintidós del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y seis; que, en el caso de autos, si bien las imputaciones tienen como base el informe del Indecopi de fojas ciento treinta y cinco, cuyas conclusiones señalan la existencia de elementos indiciarios de la comisión del delito contra los derechos de autor en agravio del denunciante Humberto Carranza Valdivieso; sin embargo, de las diligencias, y pruebas actuadas en el proceso no se ha establecido fehacientemente la comisión del delito imputado al procesado Jesús Alberto Rodas Ramírez, toda vez que la edición del Código Penal que tiene como autor a Gonzalo Gómez Mendoza ha sido realizada en base al contrato de Ventas de derecho de autor suscrito entre el procesado y el abogado Gonzalo Gómez Mendoza (...); asimismo el hecho de que existan similitudes en las concordancias de las normas legales, no indican que éstas hayan sido plagiadas, en razón de que por la naturaleza de las normas, éstas no pueden ser variadas, es potestad del editor, utilizar la diagramación, diseño y montaje y lo demás aspectos para su mejor edición; en consecuencia el hecho de haber similitud con el Código Penal cuyo autor es el agraviado, no acredita el plagio; (...) CONFIRMARON la sentencia venida en grado de apelación de fojas doscientos treinta y dos, su fecha ocho de enero de mil novecientos noventa y ocho, que ABSUELVE de la acusación Fiscal a Jesús Alberto Rodas Ramírez por delito contra los Derechos Intelectuales - Delito contra los Derechos de Autor y Conexos en agravio de Humberto Carranza Valdivieso.

Delito contra los derechos de autor: Fotocopiado de libros y comercialización

La incriminación al procesado, de que conjuntamente con sus coencausados se dedicaba a fotocopiar libros de inglés, anillarlos y comercializarlos, sin la

autorización respectiva del titular de los derechos, encuadra dentro del tipo penal 218º del Código Penal

EXP. Nº 4350-98-A

Lima, veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.- (...) Se inculpa al procesado el que conjuntamente con sus coencausados se dedicaba a fotocopiar libros de inglés, anillarlos y comercializarlos a los alumnos de la Universidad Garcilazo de la Vega, sin la autorización respectiva del titular de los derechos, habiéndosele incautado dichos fotocopios y las máquinas respectivas; siendo que tales hechos, encuadran dentro del tipo penal del ilícito previsto y sancionado por el artículo doscientos dieciocho del Código Penal, Este Colegiado RESUELVE: CONFIRMAR el auto de fojas trece su fecha diez de junio de mil novecientos noventa y ocho, que DECLARA: INFUNDADA la Excepción de Naturaleza de Acción deducida por el encausado ADRIAN MARCIAL ARRIETA VICUÑA en el proceso que se le sigue por delito Contra los Derechos Intelectuales, en agravio de la Cámara Peruana del Libro; con todo lo demás que contiene.

Delito contra los derechos de autor: Cassettes reproducidos ilegalmente destinados a la comercialización

Al habersele encontrado a la procesada una gran cantidad de cassettes reproducidos ilegalmente, los mismos que estaban destinados a su comercialización, está acreditado el delito como la responsabilidad penal.

EXP. Nº 3336-98

Lima, veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.- (...) Se advierte que a la procesada Teófila Chamona Espinoza se le encontró una gran cantidad de cassettes reproducidos ilegalmente los mismos que estaban destinados a su comercialización; (...) de otro lado el Código Penal vigente en su Título Preliminar, enarbola un conjunto de principios garantistas, entre los que destaca el de legalidad de los delitos y las penas, por el cual "nadie será sancionado por un acto u omisión no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que se encuentren establecidas en ella", que en el caso de autos se tiene que se ha sentenciado a Teófila Chamona Espinoza, por delito contra los Derechos Intelectuales, Derechos de Autor y Conexos, previstos en el texto original del artículo doscientos diecisiete del Código Penal vigente que sancionaba el citado ilícito, únicamente con pena privativa de la libertad; que no obstante lo antes expuesto, el A-quo ha procedido a imponer a la citada sentenciada, además de la pena privativa de la libertad, la pena de Treinta Días Multa, pese a que dicha pena pecuniaria recién fue introducida con la modificación del citado precepto legal (...), CONFIRMARON: la sentencia de fojas ciento veinticinco a ciento veintiséis, su fecha veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y ocho, en el extremo que CONDENA a TEOFILA CHAMONA ESPINOZA por delito contra los Derechos Intelectuales, Derechos de Autor y Conexos, en agravio de la Sociedad de Productores de Fonogramas y Videogramas, a TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, suspendida en su ejecución por el término de Un Año, bajo reglas de conducta; y que fija en quinientos nuevos soles el monto por concepto de reparación civil que deberá abonar el sentenciado a favor de la parte agraviada; la DECLARACION NULA

en el extremo que impone a la encausada la pena de treinta días multa; confirmándola en todo lo demás que contiene.

Delito contra los derechos de autor: Reproducción y comercialización ilícita de vídeos

Se halla acreditado el delito al haberse constatado que los procesados en el interior de los inmuebles intervenidos reproducían y comercializaban en forma ilícita cassetes de videos conteniendo copias de obras audiovisuales, sin contar con autorización de los titulares de derechos de autor de los vídeos encontrados.

EXP. Nº 8575-97

Lima, diez de agosto de mil novecientos noventa y ocho.- (...) La Policía Nacional de la División de Estafa y otras defraudaciones conjuntamente con el Representante del Ministerio Público intervinieron los inmuebles de los acusados lográndose constatar que en el interior de los mismos que se reprodujeron y comercializaban en forma ilícita casset de vídeo conteniendo copias de obras audiovisuales sin contar con autorización de los titulares de los derechos de autor de los videos encontrados; (...) a todos los procesados se le ha incautado instrumentos de grabación, significando que al momento de la intervención se encontró regrabando infraganti video casset al encausado Pizarro Huaytalla como es de verse del acta de fojas doscientos cincuenta y doscientos cincuentiuno; que conforme al informe técnico de fojas cuatrocientos uno y siguientes de Indecopi, tratándose de reproducción y/o comercialización de obra protegidas realizadas sin la autorización de los autores o titulares como en el presente caso, se atenta contra el derecho patrimonial de reproducción y distribución siendo por lo tanto pasible a sanción (...), CONFIRMARON: la sentencia de fojas cuatrocientos sesenticuatro su fecha catorce de noviembre de mil novecientos, que falla condenando a JORGE LUIS PIZARRO HUAYTALLA, JHONNY SALVATIERRA BARNUEVO y LUIS ENRIQUE ALVARADO MAYTA por el delito contra los Derechos Intelectuales - Delitos contra los Derechos de autor en agravio de Twentieth Fox Film Corporation, Universal City Studios, Walt Disney Company, Columbia Pictures Industries, Warnes Entertainment Company y Warner Bros, a la pena de TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, cuya ejecución se suspende por el periodo de prueba de un año, (...) y fija en tres mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil.

9.5.- JURISPRUDENCIA DE DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR EN INDECOPI.

Derechos de autor: originalidad de la obra.

Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad.

Resolución 663-96 ODA AI

Denunciante : AGROTRADE S.R.LTDA

Denunciado : INFUTECSA E.I.R.L.

Lima, veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho.-

I. ANTECEDENTES.

Con fecha 24 de mayo de 1996, Agrotrade S.R.Ltda (Perú) interpone denuncia por infracción a la legislación de derechos de autor contra la empresa Infutecsa E.I.R.L. (Perú). La denuncia se fundamenta en el hecho que la firma Infutecsa E.I.R.L., plagió íntegramente y sin consentimiento parte del texto de la etiqueta publicitaria correspondiente al producto ALPHA CPL, 10 CE de titularidad de la denunciante, en cuanto a su diseño, descripción y redacción.

Con fecha 4 de junio de 1996, Infutecsa E.I.R.L. absolvió el traslado de la denuncia, manifestando que la Ley de Derechos de Autor no ampara como obra literaria o artística el recetario e indicaciones de un producto químico como es el caso de la "Alfacypermetrina", nombre genérico de un insecticida. En tal sentido, sostuvo que la composición química, propiedad, precauciones, instrucciones de uso, dosificación y aplicación están compuestas por una serie de elementos genéricos y descriptivos en relación al producto, y por lo tanto, los mismos no pueden ser exclusivos de una firma comercial, sino más bien todos ellos son de uso común. Finalmente, señaló que no ha actuado con el ánimo de competir deslealmente con empresa alguna, dado que la redacción literaria de su producto es la más usual en el mercado nacional, no obstante lo cual, precisa que si las Autoridades lo creen conveniente, estarían dispuestos a efectuar una modificación del contenido literario. Adjuntó copia de las etiquetas de los productos CIPERMEX y POINT ALPHAMAX.

Mediante Resolución Jefatural N°157-ODA-INDECOPI de fecha 20 de junio de 1996, la Oficina de Derechos de Autor estableció que la redacción sobre las propiedades de un insecticida contenida en la etiqueta publicitaria del producto ALPHA CPL 10-CE implica una forma de expresión determinada, es consecuencia de un esfuerzo creativo, y por tanto protegible dentro de la esfera del derecho de autor. Asimismo, se acreditó con las pruebas aportadas por la accionante que Infutecsa E.I.R.L. plagió dicha redacción al difundirla como propia en la etiqueta del producto VECCIPER 10 CE.

Por lo anterior, se determinó lo siguiente:

- Declarar fundada la denuncia administrativa por infracción a la Decisión Andina 351 y al Decreto Legislativo N° 822.
- Imponer a Infutecsa E.I.R.L. una multa equivalente a 5 UIT
- Establecer como remuneraciones devengadas por la utilización no autorizada de la obra materia de la denuncia la cantidad de 2 UIT.
- Disponer el cese de la actividad ilícita, prohibiéndose reproducir, utilizar y/o publicar la etiqueta materia de la denuncia, incorporada o no al producto a través de cualquier tipo de material, sea o no publicitario, así como la destrucción de aquéllas que se hubieren producido o existan a la fecha de notificación de la Resolución.

Con fecha 1 de julio de 1996, Infutecsa E.I.R.L., interpone recurso de apelación, manifestando que:

- La Oficina de Derechos de Autor no se pronunció sobre el plazo de 30 días útiles solicitado el 4 de junio de 1996 para la presentación de prueba.
- Ha demostrado que es comercializadora del producto, VECCIPER 10 CE materia de la denuncia, mas no fabricante del mismo. Dicho producto se publicita en base al contenido de la etiqueta que contiene la descripción de sus propiedades.

- La accionante no ha acreditado la titularidad de la obra literaria materia de la denuncia.

- De existir una falta debía ser sancionado con una amonestación y no con multas exhuberantes. Al efecto, adjunta una serie de recortes periodísticos con los que pretende demostrar que terceras personas comercializan productos e indican sus propiedades sin tener necesidad de autorización de los titulares de las marcas (sic).

(...)

2. La originalidad como requisito de protección por derechos de autor

Según el Artículo 3º de la Decisión 351 concordado con el Artículo 2º del Decreto Legislativo N° 822 se entiende por obra toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

A diferencia de los países de tradición jurídica anglosajona, en la cual se exige que la obra provenga del autor y que no haya sido copiada (como la jurisprudencia inglesa la formula: la obra es el resultado de "judgement, skill and labour"), en los países de tradición jurídica latina como el nuestro, se exige que la obra refleje la personalidad del autor, que son individual y tenga altura creativa.

En este contexto, la Sala es de opinión que la originalidad de la obra reside en la expresión -o forma representativa- creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad.(2)

Si bien toda obra es el producto del esfuerzo de su creador, no todo lo producido con esfuerzo merece protección por derechos de autor. Ello sólo será posible en la medida que la creación tenga elementos de originalidad suficientes para ser considerado como obra. Admitir lo contrario, implicaría proteger incluso aquello que no es objeto de protección por derechos de autor, como la elaboración de la lista de películas que se exhiben en los cines de Lima.

(...)

a) En el Perú, la información que deben contener las etiquetas de plaguicidas agrícolas estaba regulada por el Decreto Supremo N° 27-91-AG que fue derogado por el Decreto Supremo N° 15-95-AG -publicado el 16 de junio de 1995- Reglamento sobre el Registro, Comercialización y Control de Plaguicidas Agrícolas y Sustancias Afines, Anexo 6. En ambas normas se establece la información mínima que deben contener todas las etiquetas de plaguicidas, tales como marca de fábrica; nombre común de los ingredientes activos; clase; tipo de formulación; número de registro del productos; cuerpo de texto informativo con indicativos de uso, sistemas de preparación y aplicación, cuadro de dosificaciones por unidad; entre otros. El producto o comerciante deberá elegir qué palabras emplea para cumplir con esta obligación.

Analizada la etiqueta del producto ALPHA CPL 10 CE se aprecia que ésta describe las propiedades del producto que distingue de manera similar a lo expresado en las etiquetas y en los folletos publicitarios de otros productos agroindustriales, conforme se puede apreciar en las etiquetas de CIPERMEX, y POINT ALPHAMAX (fojas 24 y 25), así como en los folletos de los productos CIPERMEX SUPER 10 CE, y FASCTAC (fojas 86, 87 y 102).

(...)

En consecuencia , el texto contenido en la etiqueta del producto ALPHA CPL 10 CE no tiene una originalidad especial, sólo expresa en el lenguaje diario del sector agrario y agroquímico las características de un producto.

b) De otro lado, la originalidad de la etiqueta puede ser apreciada además en relación con otros elementos, tales como la especial distribución y disposición de la información y el diagramado de la etiqueta así como por los títulos que pueda contener.

La Sala conviene en precisar que al momento de interponerse la presente denuncia no existía norma legal que impusiese un modelo de etiqueta para los plaguicidas agrícolas, por lo que existía libertad para su creación.

En el presente caso , las etiquetas en conflicto - ALPHA CPL 10 CE y VECCIPER 10 CE- así como las etiquetas presentadas por el denunciado en el trámite del presente expediente -CIPERMEX y POINT ALPHAMAX- (...).

Conforme se puede apreciar, si bien ambas etiquetas tienen cierta similitud respecto a estos elementos, analizadas las pruebas presentadas se puede apreciar que es usual en los plaguicidas agrícolas que el nombre del producto esté ubicado en el centro de la etiqueta y a los lados la información general del producto, así como las precauciones que deben tenerse al utilizar el mismo, indicaciones sobre primeros auxilios y notas para el comprador; siendo usual también que dentro de un recuadro se aprecie la relación de plagas para las que puede ser usado el producto junto con la dosificación, variando en cada caso la ubicación de tales elementos dentro de la etiqueta. A lo expuesto cabe agregar que los títulos que aparecen en la etiqueta sustento de la denuncia tampoco son originales ya que son iguales a los utilizados en las otras etiquetas.

Actualmente, todas las etiquetas de plaguicidas agrícolas deben seguir el modelo único de etiqueta que aparece en el Anexo 6° del Decreto Supremo N° 15-95-AG, por lo que el contenido, la ubicación y el orden de los elementos que deben incluir las etiquetas, así como su disposición y el diagramado están establecidos por ley, no pudiendo los fabricantes modificar tal estructura, por lo que las etiquetas carecen de todo rasgo de originalidad.

c) La Sala reconoce que la forma de expresión o el texto de las instrucciones para los productos agroindustriales no está determinado ni por el Decreto Supremo N° 15-95-AG ni el Vademécum Clínico como para justificar que el contenido de las etiquetas de dos plaguicidas idénticos sea textualmente igual. Sin embargo, ello no es suficiente para admitir que la etiqueta del demandante sea una creación individual.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Sala concluye que el contenido de la etiqueta relativa a las propiedades del producto ALPHA CPL 10 CE no denota ni en su conjunto ni respecto a los elementos que la integran características individuales especiales que permitan calificarlo de original, no siendo por tanto susceptible de ser protegido por la legislación sobre derechos de autor de acuerdo a lo establecido por el Artículo 5° inciso a) concordado con el Artículo 3° numeral 17 del Decreto Legislativo N° 822. En tal sentido, aunque resulte difícil de creer que dos diferentes autores, uno independiente de otro, hayan encontrado casualmente la misma formulación, redacción y distribución, esto no constituye un argumento para admitir la existencia de la creación de una obra literaria.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Primero.- REVOCAR la Resolución Jefatural N° 157-95-ODA-INDECOPI de fecha 20 de junio de 1996 y, en consecuencia, declarar INFUNDADA la denuncia administrativa interpuesta por Agrotrade S.R.Ltda. contra la empresa Infutecsa E.I.R.L.

Segundo.- Establecer que la presente Resolución constituye precedente de observancia obligatoria en cuando al requisito de originalidad contenido en el Artículo 3° de la Decisión 351 concordado con el Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 822, en el sentido que:

Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad.

No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural-artístico, científico o literario- ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que sólo requieren de la habilidad manual para su ejecución.

En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor. Igualmente, aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a ésta en obra.

Violación de los derechos de autor de Vincent Van Gogh: sobre la perpetuidad de los derechos morales de los autores.

La Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI considera que la publicación de una reproducción alterada de la pintura "Autorretrato" de Vincent Van Gogh sin mencionar su autoría, constituye violación a los derechos morales de integridad y paternidad que tiene todo autor sobre su creación.

Expediente 00228-1999/ODA

OFICINA DE DERECHOS DE AUTOR

Denunciante : De oficio.

Denunciado : Creativity Publicidad S.A.

Asunto : Infracción a los derechos morales de integridad y paternidad.

Fecha : Lima, 7 de mayo de 1999.

Res. N° 097-1999/ODA-INDECOPI

I. ANTECEDENTES.

El 1 de marzo de 1999 la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI -en adelante la Oficina- inició de oficio un procedimiento contra la empresa CREATIVITY PUBLICIDAD S.A. -en lo sucesivo la denunciada- por infracción a la legislación de derechos de autor, toda vez que publicó en un diario de circulación nacional un aviso publicitario alterando la integridad de la obra titulada "Autorretrato" del pintor VINCENT WILLEN VAN GOGH y no mencionó el nombre del autor.

La denunciada, en su descargo de fecha 8 de marzo último, reconoce haber publicado la obra materia de la denuncia los días 22, 23 y 26 de febrero de 1999, y señala que existen diversas piezas publicitarias, a nivel internacional y

nacional, en los que se utilizan obras del arte universal "modificadas" para comunicar con ingenio un concepto o mensaje determinado; finalmente manifiesta que estos antecedentes le hace suponer que en Perú al igual que los países de la Unión Europea y los EE.UU. es perfectamente posible realizar este tipo de recreaciones.

El 22 de marzo de 1999 la Oficina citó a una audiencia de conciliación para el 29 del mismo mes (...) diligencia que no arribó a un acuerdo conciliatorio por cuanto la denunciada se retiró sin firmar el acta respectiva y por ende sin aprobar los términos de la misma.

(...)

Los derechos morales, de conformidad al artículo 21° del Decreto Legislativo N° 822(ii) concordado con el artículo 11° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones(iii), son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles; mientras que los derechos patrimoniales duran toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, cualquiera que sea el país de origen de la obra, transcurrido ese plazo de duración la obra pasa a dominio público y en consecuencia al patrimonio cultural común; esto implica que la obra puede ser objeto de explotación económica por cualquier persona sin necesidad de contar con la autorización previa y escrita, siempre y cuando respete la paternidad y la integridad de la obra.

Entre los derechos morales tenemos el derecho de paternidad y el derecho de integridad.

El derecho moral de paternidad consiste en la facultad que tiene el autor a ser reconocido como creador de la obra, lo que implica el derecho a exigir la mención de su nombre o seudónimo.

El derecho moral de integridad permite oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o alteración de la obra.

(...)

Las obras del autor VINCENT WILLEN VAN GOGH han pasado a dominio público y forman parte del patrimonio cultural común; en consecuencia, el ejercicio de los derechos morales de paternidad e integridad corresponde al Estado.

De los actuados se concluye que la denunciada al publicar en tres oportunidades en un diario de circulación nacional la obra artística "Autorretrato", sin hacer mención al nombre de su creador y al haber mutilado y alterado dicha creación ha vulnerado los derechos morales de paternidad y de integridad.

IV. RESOLUCIÓN DE LA OFICINA.

Primero.- Declarar FUNDADA (vii) la denuncia de oficio seguida contra la empresa CREATIVITY PUBLICIDAD S.A. por infracción a la legislación de derechos de autor; aplicándose la sanción de MULTA de una unidad impositiva tributaria (1 UIT).

Renuncia irrevocable de regalías y No inscripción de Sociedad de Gestión Colectiva de Derecho de Autor

Las Sociedades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor y de Derechos Conexos no pueden establecer en sus estatutos la renuncia irrevocable por parte de sus miembros a las regalías en favor de la propia sociedad autoral porque su finalidad última y primordial es precisamente el pago de los derechos de autor a sus asociados. La SAYCOPE no ha acreditado contar con contratos de representación con sociedades autorales extranjeras, por lo que no se encuentra legitimada para funcionar; y tampoco acredita ser una sociedad de gestión colectiva con presencia a nivel nacional, con infraestructura de cobranza y distribución.

RESOLUCION JEFATURAL 056-94-0DA-INDECOPI

RESOLUCION ADMINISTRATIVA - INDECOPI

Lima, 11 de abril de 1994

VISTA la solicitud presentada por la Sociedad de Autores y Compositores Populares -SAYCOPE- requiriendo Autorización de funcionamiento como Sociedad de Gestión Colectiva de Derecho de Autor, y,

CONSIDERANDO:

Que, la Decisión Andina 351 que aprueba el "Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos", vigente desde el 21 de diciembre de 1993, establece en el Artículo 43º que "Las sociedades de gestión colectiva de Derecho de Autor y de Derechos Conexos, estarán sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento";

Que, por disposición del Decreto Ley N° 25868; Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI; y del Decreto Supremo N° 03-94-ITINCI la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI tiene la doble condición de Oficina y Autoridad Nacional Competente a que se refiere la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena;

Que, la Disposición Transitoria Unica del Capítulo XV señala que "Las sociedades de gestión colectiva existentes, se adecuarán a lo dispuesto en el Capítulo XI, en un plazo no mayor de tres meses contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión";

Que, el Artículo 45º de la Decisión Andina establece obligaciones que deben cumplir las sociedades de gestión colectiva a fin de obtener la Autorización de funcionamiento; obligaciones que deben aparecer en forma expresa en el Estatuto de la Sociedad;

Que, el inciso a) del Artículo 45º de la Decisión establece "Que las sociedades de gestión colectiva se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los países miembros";

Que, la SAYCOPE se encuentra conformada de acuerdo al Código Civil y demás normas vigentes, según acredita con el Estatuto que obra en los archivos de la Oficina de Derechos de Autor, aunque en la copia autenticada del acta de Asamblea Extraordinaria de fecha 22 de agosto de 1975, que se acompañó a la solicitud, y por la que se modificaban los estatutos, no aparece la constancia de haberse inscrito en los Registros Públicos;

Que, el inciso b) del 45º de la Decisión establece "Que las mismas tengan como objeto social la gestión del Derecho de Autor..."; el cual se indica en los Artículos 2.0 y 3.0 del Estatuto presentado;

Que, el inciso c) del Artículo 45 de la Decisión establece "Que se obliguen a aceptar la administración del derecho de Autor o Derechos Conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines;" dicha obligación no aparece indicada en el Estatuto presentado;

Que, la obligación a que alude el inciso d) del Artículo 45º, referente a "Que se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad" no está contenida en el Estatuto presentado;

Que el Estatuto en su Artículo 4.0 señala que la Asamblea General de Asociados es el organismo máximo de gobierno, pero no indica qué categoría de asociados la componen, a pesar que el Artículo 28. enumera hasta cinco categorías, administrados, honorarios, simpatizantes y promotores, no señalando el estatuto los requisitos para llegar a la condición de asociado activo, remitiéndose para ello a los reglamentos respectivos, los mismos que no han sido acompañados;

Que, el inciso e) del Artículo 45º de la Decisión establece la obligación de preveer el porcentaje máximo de gasto administrativo en las disposiciones legales o estatutarias;

Que, dado que por el momento no existe disposición legal al respecto, entonces dicho porcentaje máximo debe estar previsto necesariamente en el Estatuto;

Que, del análisis del Estatuto presentado se determina que no aparece consignado en el mismo el porcentaje máximo de gasto administrativo;

Que, el inciso f) del Artículo 45º señala que de los datos aportados y de la información obtenida se deduzca que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita;

Que, del análisis de la documentación presentada, se aprecia en el inciso 25.0 del Estatuto, se da la opción al autor de renunciar a las regalías en favor de la sociedad autoral, renuncia que es irrevocable, lo cual de manera alguna puede considerarse como garantía de una eficaz administración. Las sociedades de gestión colectiva son entidades recaudadoras y administradoras del derecho de autor, y su función primordial es justamente el pago de los derechos de autor a sus asociados, y no que las sumas recaudadas vayan a financiar las actividades de la sociedad;

Que, a lo expuesto se agrega que en la redacción del texto del artículo mencionado en el párrafo anterior, existe una tarjadura, que altera el sentido del mismo, sin que se aprecie al final del documento que se haya salvado la enmendadura, circunstancia grave que invalida el tenor del artículo;

Que, el inciso g) del Artículo 45º, dispone que las sociedades de gestión colectiva deben de tener reglamento de socios, de tarifas y de distribución;

Que, la SAYCOPE ha presentado únicamente las tarifas aplicables en el primer semestre de 1994, pero no el reglamento de tarifas, socios y distribución, como exige la Decisión;

Que, el inciso h) del Artículo 45º, dispone la obligación de las sociedades autorales a la publicación en un medio de comunicación de mayor circulación cuando menos anualmente, del balance general, los estados financieros, y las tarifas generales por el uso de sus derechos que representan, y el inciso i) la obligación de remitir a sus miembros información completa y detallada sobre las actividades de la sociedad que puedan interesar a sus derechos;

Que, del análisis de los Estatutos se verifica que la SAYCOPE no ha incorporado estas obligaciones en sus Estatutos;

Que, asimismo las obligaciones a que se refieren los incisos j) y k) del Artículo 45º de la Decisión tampoco aparecen de manera taxativa en el Estatuto presentado;

Que, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 49º, "Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales".

Que, la SAYCOPE no ha acreditado contar con contratos de representación con sociedades autorales extranjeras, por lo que no se encuentra legitimada para funcionar;

Que, la SAYCOPE tampoco acredita ser una sociedad de gestión colectiva con presencia a nivel nacional, con infraestructura de cobranza y distribución;

Que, siendo la razón de creación de una sociedad de gestión colectiva la defensa del derecho de autor de sus asociados, su representación, recaudación y reparto de regalías, el hecho de no contar con una presencia nacional ni con contratos de representación con sociedades extranjeras, determina la imposibilidad de un cabal cumplimiento de sus fines y de la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, razón por la cual si aún esta sociedad cumpliera con todos los puntos señalados en el Artículo 45º de la Decisión Andina 351, el hecho de no satisfacer con lo previsto en el Artículo 49º del referido ordenamiento, impediría que la autoridad, le pueda autorizar para funcionar como sociedad autoral;

De conformidad con la Decisión Andina 351; el Decreto Ley N° 25868; Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI; Decreto Supremo N° 03-94-ITINCI y Decreto Supremo N° 001-94-ITINCI, que aprueba el Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI -TUPA-, y con la parte considerativa de la presente Resolución;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DENEGAR la Autorización de Funcionamiento como Sociedad de Gestión Colectiva de Derecho de Autor a la Sociedad Peruana de Autores y Compositores Populares -SAYCOPE-

Artículo Segundo.- PROHIBIR a la SAYCOPE toda actividad relacionada con la recaudación de los derechos de autor y en general con los fines de una sociedad de gestión colectiva, bajo apercibimiento de ser sancionados sus directivos por violación a la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena y ser denunciados penalmente por delito de desobediencia y resistencia a la autoridad.

9.6.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS DE AUTOR.

Derecho de Autor, y Derecho Fundamental de acceso a la cultura.

El acceso a la cultura se relaciona con varios aspectos, siendo uno de ellos la obligación de los poderes públicos de promoverla y tutelarla. Sin embargo, dicho derecho es limitado y se relaciona con otros, como el derecho de propiedad sobre las creaciones intelectual, artística, técnica y científica. En

consecuencia, la afectación, o no, al ejercicio de este derecho debe ser analizada tomando en cuenta el derecho de propiedad de las creaciones intelectual y artística, en el que se incluye la música.

EXP. N.º 1492-05-PA/TC

CUSCO

SERVICENTRO AMERICANO S.R. LTDA.

a. SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de abril de 2005, (...) Recurso extraordinario interpuesto por Servicentro Americano S.R.Ltda. contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 177, su fecha 22 de diciembre de 2004, que declara infundada la acción de amparo de autos. (...).

Con fecha 21 de mayo de 2004, el recurrente interpone acción de amparo contra la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC) y la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, solicitando que se ordene la cesación de los actos violatorios y se suspendan los efectos de las resoluciones de multa N.º 288-2003/ODA-INDECOPI y confirmatoria N.º 0233-2004/ TPI-INDECOPI, y, por ende, la ejecución coactiva iniciada mediante resolución coactiva de fecha 4 de mayo de 2004.

El recurrente manifiesta que, tomando en cuenta el acta de constatación policial, en la que se consigna que personal del Servicentro Americano S.R.Ltda. tenía sintonizada la radioemisora La Karibeña, de la cual escuchaban temas musicales, INDECOPI admite la reclamación de la APDAYC por supuesta infracción a la legislación de derechos de autor en razón de efectuar actos de comunicación pública de obras musicales, prescindiendo de la autorización correspondiente. Manifiesta el actor que INDECOPI, mediante las resoluciones cuestionadas, declaró fundada la denuncia presentada por la APDAYC e impuso una multa de 1,08 UIT, así como el pago de S/. 1.680.00 por concepto de remuneraciones devengadas. Con ello, indica el demandante, se han violado sus derechos constitucionales al acceso a la cultura, a la libertad de trabajo y al acceso a los medios de comunicación.

APDAYC contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, alegando que ha seguido procesos regulares y previstos en el Decreto Legislativo N.º. 822 para exigir los derechos que le han sido encomendados en su condición de Sociedad de Gestión Colectiva. Asimismo (...).

El Juzgado Mixto de Wanchaq, con fecha 18 de agosto de 2004, declara fundada la demanda por considerar que se ha afectado el derecho de acceso a la cultura al pretender limitar su acceso a través de un medio de comunicación como lo es la radiodifusión. Asimismo, argumenta que le falta proporcionalidad y razonabilidad a la sanción impuesta (...).

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, estimando que se ha acreditado en autos que en el establecimiento del Servicentro Americano S.R.Ltda., a través de una radio con cuatro parlantes ubicados en el techo del local, se efectuaba la comunicación pública de obras musicales sin autorización de los titulares de los derechos de autor o la sociedad de gestión que los representa, conducta que se encuentra sancionada como infracción a la Legislación sobre Derechos de Autor.

FUNDAMENTOS

2. Este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que el ejercicio de los derechos fundamentales no es absoluto e ilimitado pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley; por ello, los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que los reconoce.

3. En el caso del derecho de acceso a la cultura, el artículo 2º, inciso 8), de la Constitución reconoce que “ Toda persona tiene derecho (...) a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”. El acceso a la cultura se relaciona con varios aspectos, siendo uno de ellos la obligación de los poderes públicos de promoverla y tutelarla. Sin embargo, dicho derecho es limitado y se relaciona con otros, como el derecho de propiedad sobre las creaciones intelectual, artística, técnica y científica. En consecuencia, la afectación, o no, al ejercicio de este derecho debe ser analizada tomando en cuenta el derecho de propiedad de las creaciones intelectual y artística, en el que se incluye la música.

4. El Decreto Legislativo N.º 822, Ley sobre el Derecho de Autor, establece, en su artículo 10º, que “El autor es el titular originario de los derechos exclusivos sobre la obra, de orden moral y patrimonial, reconocidos por la presente ley”. Asimismo, el artículo 37º del mismo cuerpo legal establece que “Siempre que la Ley no dispusiere expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor”. El artículo 118º señala que “Para los efectos de esta ley, la ejecución o comunicación en público de la música comprende el uso de la misma, por cualquier medio o procedimiento (...) en todo lugar que no sea estrictamente el ámbito doméstico (...)”. Y el artículo 119º prescribe que “La autorización concedida a las empresas de radio, televisión o cualquier entidad emisora, no implica facultad alguna para la recepción y utilización por terceros, en público, o en lugares donde éste tenga acceso, de dichas emisiones, requiriéndose, en este caso, permiso expreso de los autores de las obras correspondientes de la entidad que los represente”.

5. En el caso de autos, el demandante ha recepcionado las obras musicales emitidas por la radio y ha efectuado una comunicación pública haciendo uso de cuatro parlantes ubicados en el techo del local, evidenciándose que el uso de las obras musicales no ha tenido fines estrictamente domésticos; por ende, al no configurarse este supuesto, y no encontrándose dentro de las excepciones que la norma prescribe, el recurrente requería de autorización por parte de la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC). En consecuencia, en el presente caso, no se produjo la afectación al derecho de acceso a la cultura.

6. Conforme se desprende de la constancia obrante a fojas 48, expedida por la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC) está legalmente autorizada para funcionar como Sociedad de Gestión Colectiva de Derechos de Autor, de acuerdo con lo dispuesto por la Resolución N.º 051-94-ODA-INDECOPI. En anterior jurisprudencia, referida a la labor de esta asociación, el Tribunal Constitucional ha señalado: “[...]está también autorizada para gestionar el cobro que corresponda por el uso del repertorio de obras musicales pertenecientes a los

autores y compositores que ella representa. Dichas gestiones no pueden ser interpretadas como afectación a los derechos de propiedad, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación, al debido proceso, ni ningún otro derecho de los usuarios, puesto que son consecuencia del ejercicio regular de un derecho previamente determinado por la ley” (cf. STC. 1381-2001-AA/TC). (...).

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica

b. HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Derecho constitucionalmente tutelado por el Habeas Corpus

La reclamación del recurrente no está referida al contenido constitucionalmente protegido por el hábeas corpus, por cuanto el demandante aducen que la sentencia penal cuestionada supuestamente habría vulnerado su derecho a la tutela procesal efectiva en conexión con la libertad individual. Al respecto, el Tribunal estima que la vulneración del derecho alegado no puede haberse producido, debido a que el demandante en el proceso penal actuaba como denunciado y no como procesado, razón por la cual su libertad personal no ha podido verse amenazada ni afectada ni ningún derecho conexo a ella.

EXP. N.º 06218-2007-PHC/TC

JUNÍN

VÍCTOR ESTEBAN CAMARENA

EXP. N.º 06218-2007-PHC/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con fecha 28 de junio de 2007 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los vocales de la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, doña María Teresa Jara García, doña Leonor Chamorro García y don Juan Genaro Jerí Cisneros, solicitando que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 9 de abril de 2007, por considerar que vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que los medios probatorios no se habrían valorado en forma conjunta en el proceso penal seguido contra doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo.

Refiere que la sentencia cuestionada al haber declarado de oficio fundada la excepción de naturaleza de acción, ha revocado la condena de dos años de pena privativa de la libertad suspendida sin ejecución por el período de un año impuesta a doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo, por la supuesta comisión de los delitos contra los derechos intelectuales, contra los derechos de autor y conexos, producción intelectual y modificación no autorizadas y suplantación de autor en agravio del recurrente.

Adicionalmente solicita que de comprobarse el delito de prevaricato se sancione a los vocales emplazados y que se imponga a doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo el pago de una reparación moral de cien mil nuevos soles.

(...)

Con fecha 13 de julio de 2007, el Sexto Juzgado Penal de Huancayo declara improcedente la demanda por considerar que no existe conexidad entre las garantías inherentes al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva invocadas, con el derecho a la libertad personal del demandante. Además

advierde que la valoración de los medios probatorios que hayan efectuado los jueces ordinarios no forma parte del contenido constitucionalmente protegido de los derechos alegados.

Con fecha 15 de enero de 2007, la Sala Superior revisora confirma la apelada por los mismos fundamentos.

Con fecha 12 de setiembre de 2007 el recurrente interpone recurso de agravio constitucional en términos incoherentes, debido a que la pretensión planteada en la demanda tiene como objeto restituir los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, en conexión con el derecho a la libertad individual, en tanto que el recurso interpuesto se refiere a aspectos relativos al derecho a una pensión vitalicia, situación anómala que no ha sido advertida por la sala correspondiente cuando concedió el presente recurso.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio y de las materias constitucionalmente relevantes

1. La presente demanda de hábeas corpus tiene por objeto la impugnación de la sentencia de fecha 9 de abril de 2007, emitida por la Sala emplazada, que revocando la sentencia de primera instancia decidió absolver a doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo de los delitos contra los derechos intelectuales y contra los derechos de autor y conexos.

A juicio del demandante la resolución judicial cuestionada vulneró sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, debido a que los vocales de la Sala emplazada en el proceso penal seguido a doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo, al no haber valorado en forma conjunta todos los medios probatorios, han desconocido que él es el autor y compositor de la tunantada 'El Chuto Perdido'.

Por ello, el demandante también solicita que de comprobarse el delito de prevaricato se sancione a los vocales emplazados y se le condene a doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo al pago de una reparación moral de cien mil nuevos soles.

Sobre la base de las pretensiones planteadas por el demandante este Tribunal considera pertinente desarrollar los siguientes aspectos:

- a. Los derechos tutelados por el proceso de hábeas corpus.
- b. Las causales de improcedencia del proceso de hábeas corpus.
- c. La falta de contenido constitucionalmente protegido en los hechos y la pretensión como causal de improcedencia.

§2. Las causales de improcedencia del proceso de hábeas corpus

1. Pues bien, teniendo presente que en la demanda de hábeas corpus se solicita que le condene a doña Eduarda Haydee Torpoco Raymundo al pago de una reparación moral de cien mil nuevos soles, este Tribunal estima pertinente determinar cuáles son las causales de improcedencia que el CPCConst. ha previsto para el proceso de hábeas corpus. Ello con la finalidad de determinar si la presente demanda resulta, o no, improcedente. (...).

3. El proceso de hábeas corpus a diferencia de los procesos de amparo y de cumplimiento no tiene regulado en el CPCConst. causales específicas de improcedencia; sin embargo, ello no significa que el hábeas corpus como proceso no las tenga y que tales causales faculten al juez constitucional a declarar la improcedencia liminar de la demanda.

4. Teniendo en cuenta la finalidad y naturaleza del proceso de hábeas corpus el CPCConst. ha regulado que el juez constitucional en determinados supuestos no puede ni debe invocar algunas de las causales previstas en el artículo 5° del

CPCConst. para declarar la improcedencia liminar de la demanda. Así, los jueces constitucionales se encuentra impedidos de declarar liminarmente improcedente una demanda de hábeas corpus bajo la consideración de que:

- a. Existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (artículo 5.2). Ello debido a que el proceso de hábeas corpus a diferencia del proceso de amparo no es un proceso de carácter residual y excepcional.
- b. No se ha cumplido con agotar las vías previas (artículo 5.4). Ello por la naturaleza de los derechos tutelados por el proceso de hábeas corpus.
- c. Ha vencido el plazo para interponer la demanda (artículo 5.10).

§2.1. La falta de contenido constitucionalmente protegido como causal de improcedencia

I. Así las cosas, en el presente caso resulta necesario abordar la causal de falta de contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual o los derechos conexos a ella, debido a que el juez *a quo* resolvió declarar improcedente la demanda basándose, precisamente, en que la pretensión del recurrente no forma parte del contenido constitucionalmente protegido. En tal sentido, señaló que:

(...) en la medida que la presente demanda tiene por objeto que se declare nula la sentencia de vista emitida por la Sala demandada, tras considerarse que no se han valorado adecuadamente los medios de prueba presentados en el proceso ordinario; Que en el presente caso no existe conexidad entre las garantías inherentes al debido proceso y la tutela jurisdiccional invocados con el derecho fundamental a la LIBERTAD PERSONAL del recurrente (...). [Sentencia de primera instancia, obrante a fojas 73].

1. Sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, este Tribunal debe recordar que en los fundamentos 21 y 22 de la STC 1417-2005-PA/TC, precisó que todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, y que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, sino a la luz de cada caso concreto.

2. De ahí que este Tribunal en el proceso de hábeas corpus haya venido aplicando, caso por caso, la falta de contenido constitucionalmente protegido como causal de improcedencia. A modo de ejemplo, puede señalarse que en la RTC 2713-2007-PHC/TC, se precisó que la valoración de los medios probatorios que a tal efecto se presenten en el proceso penal es competencia exclusiva de la justicia ordinaria y no de la justicia constitucional, razón por la cual la pretensión de revaloración de los medios probatorios no está referida al contenido constitucionalmente protegido por el hábeas corpus.

3. Teniendo en cuenta ello este Tribunal considera que la aplicación de la causal de improcedencia referida debe ser examinada en tres pasos de evaluación conjunta:

- a. En primer lugar, el juez constitucional debe identificar el derecho o derechos que expresa o implícitamente podrían verse afectados por los actos arbitrarios que son demandados. En esta actividad el juez, conforme a la obligación constitucional de protección de los derechos fundamentales, debe dejar de lado aquellas interpretaciones

formalistas y literales sobre los derechos presuntamente afectados para dar paso a la búsqueda e identificación de aquellos otros derechos fundamentales, que si bien no hubiesen sido mencionados expresamente en la demanda, son plenamente identificables desde una lectura atenta de los hechos contenidos en la demanda.

- b En segundo lugar, el juez constitucional debe identificar la verdadera pretensión del demandante. Para ello debe tenerse presente no solo el petitorio sino también todos los hechos alegados en la demanda, es decir, que la demanda debe ser examinada en su conjunto.
- c En tercer lugar, el juez constitucional deberá analizar si la verdadera pretensión del demandante forma parte del contenido constitucionalmente protegido de algunos de los derechos fundamentales que son objeto de tutela del proceso de hábeas corpus. Si la pretensión no busca proteger tal contenido, la demanda debe ser declarada improcedente.

§3. Análisis de la controversia

1. En atención a los tres pasos antes expuestos es que debe resolverse si la pretensión demandada forma o no parte del contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental protegido por el proceso de hábeas corpus.

c) La pretensión demandada no forma parte del contenido constitucionalmente protegido por la tutela procesal efectiva, ya que lo que se está buscando a través del presente proceso es revisar los criterios dogmático-penales elegidos por el juez ordinario para resolver la controversia planteada en el proceso penal.

2. Por consiguiente dado que la reclamación del recurrente no está referida al contenido constitucionalmente protegido por el hábeas corpus, resulta de aplicación el artículo 5, inciso 1), del CPCConst., por lo que la demanda debe ser rechazada.

(..) El Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

9.7.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA SOBRE DERECHOS DE AUTOR.

PROCESO 20-IP-2007.

Interpretación prejudicial de los artículos 1, 13, 52 y 53 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena solicitada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú; y, de oficio, de los artículos 4 literal a), 5, 6, 7, 11 y 57 de la misma Decisión. Caso: Derechos de autor. Proceso interno N° 1910-2005.

- o **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**, en San Francisco de Quito, a los dieciocho días del mes de abril del año dos mil siete.

VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial y sus anexos, remitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, a través de su Presidenta Doctora Elcira Vásquez Cortez, relativa a los artículos 1, 3, 13, 52 y 53 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, dentro del proceso interno N° 1910-2005; El auto de 21 de marzo de 2007, mediante el cual este Tribunal decidió admitir a trámite la referida solicitud de interpretación prejudicial por cumplir con los requisitos contenidos en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal y 125 del Estatuto; y, Los hechos señalados por el consultante, complementados con los documentos incluidos en anexos.

a) Partes en el proceso interno

Demandante: PROMOCIÓN EDITORIAL INCA S.A. PEISA Y LEONIDAS YEROVI DÍAZ. Demandados: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú, INDECOPI y Alberto Álvarez Calderón Wells.

b) Hechos

1. El 24 de diciembre de 1998, PROMOCIÓN EDITORIAL INCA S.A. PEISA Y LEONIDAS YEROVI DÍAZ interpusieron denuncia por infracción a los derechos de autor contra Alberto Álvarez Calderón Wells, “al haber éste reproducido, comercializado y modificado la obra ‘MAS ALLA DEL AROMA’ (sic) sin la autorización previa y por escrito del autor de la misma” y al haber “reproducido y modificado sin la autorización del autor, una fotografía publicada en la página 45 de la obra denominada ‘ALBUM DE ARENA’ (sic)”. La Oficina de Derechos de Autor admitió a trámite la denuncia bajo el número **1272-1998/ODA**. El 30 de diciembre de 1998, se efectuó la incautación de los ejemplares de la obra denunciada encontrados en los talleres de Editorial e Imprenta DESA S.A. El 6 de enero de 1999, Alberto Álvarez Calderón Wells absolvió el traslado de la denuncia.

El 22 de enero de 1999, PROMOCIÓN EDITORIAL INCA S.A. PEISA Y LEONIDAS YEROVI DÍAZ señalaron que nunca suscribieron convenio de coautoría con el señor Alberto Álvarez Calderón Wells.

El 5 de febrero de 1999 se realizó diligencia de conciliación. Posteriormente el demandado solicitó que se realice una pericia literaria. Alberto Álvarez Calderón Wells señaló ser el único autor de la obra originaria inédita constituida por la biografía y anecdotario de su tío bisabuelo Andrés Álvarez Calderón y Olaechea.

2. El 1 de marzo de 1999, Alberto Álvarez Calderón Wells, solicitó la cancelación de la Partida Registral N° 0433-1998 correspondiente a la novela “Más allá del aroma” registrada a favor de Leonidas Yerovi Díaz, indicando que “fue otorgada en base a datos falsos o inexactos, en la medida que no tiene la condición de obra originaria ni exclusiva de Leonidas Yerovi Díaz”, una vez admitida a trámite la denuncia la Oficina de Derechos de Autor bajo el expediente número **000227-1999/ODA**, acumuló la solicitud de cancelación de la Partida Registral y la denuncia de infracción contra derechos de autor, con el número **1272-1998/ODA**.

PROMOCIÓN EDITORIAL INCA S.A. PEISA Y LEONIDAS YEROVI DÍAZ, solicitaron una pericia literaria y un análisis grafotécnico, ya que los “folios mecanografiados presentados (...) no pueden ser considerados como una novela o cualquier otro tipo de obra literaria, debido a su falta de estructura, la

inexistencia de personajes, la ausencia de trama y de buena ortografía, así como la pobreza de la prosa”. Mientras que Alberto Álvarez Calderón Wells indicó que se incurrió en plagio “porque para elaborar su novela utilizó parte de los textos inéditos de su exclusiva autoría y que él mismo le proporcionó”.

3. El 18 de mayo de 1999, Alberto Álvarez Calderón Wells interpuso denuncia de infracción a los derechos de autor en la modalidad de plagio contra Leonidas Yerovi, por la utilización de “sus textos mecanografiados inéditos, los que constituyen una obra desde la perspectiva del Derecho de Autor, adaptándolos al género de novela”, aceptada la denuncia por la Oficina de Derechos de Autor, fue signada con el número **000524-1999/ODA**, la cual fue acumulada a los procesos ya acumulados con el número **1272-1998/ODA**.

4. Por Resolución N° 0199-1999/ODA-INDECOPI, de 17 de septiembre de 1999, la Oficina de Derechos de Autor decidió: “PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la denuncia presentada por PROMOCIÓN EDITORIAL INCA S.A. PEISA Y LEONIDAS YEROVI DÍAZ (...) por infracción al derecho de divulgación, integridad y reproducción, en consecuencia, sanciónese a ALBERTO ALVAREZ CALDERON WELLS (sic) con una multa de tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (...). SEGUNDO.- DECLARAR FUNDADA la denuncia presentada (sic) ALBERTO ALVAREZ CALDERON WELLS (sic) en contra de LEONIDAS YEROVI DIAZ (sic) por plagio, en consecuencia, sanciónese a LEONIDAS YEROVI DIAZ (sic) con una multa de tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (...) y prohíbese a LEONIDAS YEROVI DIAZ (sic), la producción, divulgación, publicación, distribución, comercialización o cualquier forma (sic) explotación o uso de la obra ‘MAS ALLA DEL AROMA’ (sic), hasta tanto no haya extraído los párrafos plagiados de los manuscritos de ALBERTO ALVAREZ CALDERON WELLS (sic) (...). TERCERO.- DECLARAR FUNDADA LA SOLICITUD DE CANCELACION (sic) A LA PARTIDA REGISTRAL N° 0433-1998, presentada por ALBERTO ALVAREZ CALDERON WELLS (sic), al haberse acreditado que LEONIDAS YEROVI DIAZ (sic) ha plagiado en parte, la obra de ALBERTO ALVAREZ CALDERON WELLS (sic) (...). CUARTO.- ORDENAR LA INCAUTACION (sic) DEFINITIVA Y POSTERIOR DESTRUCCIONES DE LOS MATERIALES INCAUTADOS (...).”

5. Contra dicha Resolución, tanto, ALBERTO ÁLVAREZ CALDERÓN WELLS, como, LEONIDAS YEROVI DÍAZ, presentaron recurso de apelación, reiterando sus argumentos, el cual fue resuelto por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, que por Resolución N° 1641-2000/TPI-INDECOPI, de 15 de diciembre de 2000, decidió: “CONFIRMAR la Resolución N° 199-1999/ODA-INDECOPI (...)” agregando “Declarar IMPROCEDENTE la denuncia presentada por Promoción Editorial Inca S.A.-PEISA en contra de Alberto Álvarez Calderón Wells por infracción a la Ley de Derechos de Autor, en atención a la supuesta reproducción ilícita de una fotografía de titularidad de Alejandro Balaguer Saliman (...)”.

6. LEONIDAS YEROVI DÍAZ y PROMOCIÓN EDITORIAL INCA S.A. PEISA interpusieron demanda contencioso administrativa ante la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú; el INDECOPI al contestar la demanda interpone NULIDAD contra la Resolución que admitió la demanda contencioso administrativa, la cual se declaró infundada. El 9 de febrero de 2005, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema emite sentencia en la que declara “INFUNDADA la demanda contencioso administrativa (...) interpuesta por don Leónidas Yerovi Díaz (...)”. Contra dicha sentencia el señor

LEONIDAS YEROVI DÍAZ presentó recurso de apelación, el cual fue concedido y remitido a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, la que por providencia de 15 de septiembre de 2006, consideró que: “(...) resulta necesario suspender la tramitación del presente proceso judicial, a efectos de solicitar un informe a la Comunidad Andina, respecto a la correcta interpretación de los artículos 1, 3, 13, 52 y 53 (...) que regulan el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos; y, cuál es la debida aplicación al caso sublitis, lo que va a coadyuvar a dilucidar la controversia (...). Razones por las que SUSPENDIERON la tramitación del presente proceso hasta que el citado Organismo emita el informe correspondiente (...)” y, además, remitió a este Tribunal la solicitud de interpretación prejudicial.

(...)

1. Del objeto de la protección de los derechos de autor. Del alcance de la protección

El derecho de autor protege todas las manifestaciones originales, literarias, artísticas y científicas, que sean fruto del ingenio humano, cuando ellas son o puedan ser accesibles a la percepción sensorial y puedan ser objeto de reproducción por cualquier medio apto para tal finalidad.

Es un derecho que se ejerce sobre un bien inmaterial soportado en obras de naturaleza artística, literaria o científica y que está regulado y es objeto de protección por los diferentes ordenamientos jurídicos estatales y, también, por los comunitarios, como sucede en el ordenamiento comunitario andino donde este derecho se regula por la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. En palabras de Charria García tal derecho se ejerce “con facultades absolutas para quien tenga la titularidad y referido a todo el mundo; a diferencia de los derechos reales que se ejercen sobre las cosas y de los personales que sólo permiten al acreedor hacer valer su derecho frente al deudor”. (Charria García, Fernando. Derechos de Autor en Colombia. Ediciones Instituto Departamental de Bellas Artes. Cali. 2001. Pág. 21).

Al referirse al objeto de la protección que brinda el derecho de autor es importante mencionar que se entiende por “autor”, por “obra” y por “publicación” en la legislación andina, los cuales a voces del artículo 3 de la Decisión 351, son definidos como “Autor: Persona física que realiza la creación intelectual”; “Obra: toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”; y, “Publicación: Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra”.

El Tribunal ha sostenido “También doctrinariamente se han elaborado algunas nociones de lo que es obra intelectual, entre otras, las que consideran que es: ‘una creación de la inteligencia, con notas de originalidad y significación (...). Toda expresión personal de la inteligencia que tenga individualidad, que desarrolle y exprese, en forma integral, un conjunto de ideas y sentimientos que sean aptos de ser hechos públicos y reproducidos (...) expresión personal, original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que represente o signifique algo y sea una creación integral. (EMERY, Miguel Ángel. ‘PROPIEDAD INTELECTUAL’. Editorial Astrea. Argentina. 2003. Pág. 11)’. (Proceso N° 139-IP-2006, publicado en la G.O.A.C. N° 1057, de 21 de abril de 2004).

La doctrina menciona así mismo, algunas características de la “obra” como objeto del Derecho de Autor, entre las que se destaca:

“1. Que el resultado de la obra debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario artístico o científico.

2. Que esa protección es reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión mérito o destino.

3. Que ese producto del ingenio humano, por su forma de expresión, exige características de originalidad”. (Antequera Parilli, Ricardo. “El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela” Autoralex. Venezuela. 1994. Pág. 32).

En similar sentido, Baylos Corroza enfatiza sobre el elemento o característica de originalidad como supuesto necesario para que pueda hablarse de obra y de derecho de autor al exponer que: “la originalidad no quiere decir otra cosa sino que la obra pertenezca efectivamente al autor; que sea obra suya y no copia de la obra de otro. Porque en la propiedad intelectual la creación no se contempla como aportación del autor al acervo de las creaciones anteriormente existentes, de modo que venga a incrementarlo mejorándolo, lo que explicaría el valor que en la obra habría de representar ser nueva”. (Baylos Corroza, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Editorial Civitas. 2ª edición. 1993).

La normativa sobre Derechos de Autor tiene como objeto de protección a la obra intelectual. La existencia de la obra es el presupuesto de la existencia del derecho y el sujeto que se beneficia de esta tutela legal es el autor de la creación intelectual.

El artículo 4 de la Decisión 351 determina que son objeto de protección las obras literarias, artísticas y científicas, susceptibles de ser divulgadas o reproducidas a través del empleo de diferentes medios y, hace una enumeración ejemplificativa de las obras protegidas mencionando en el literal a) las obras expresadas por escrito, aunque omite dar el concepto de ellas. Sin embargo, se puede decir que éstas son creaciones que se materializan a través del empleo de signos gráficos que permiten su lectura y comprensión. Es decir, el artículo 4 establece que la protección recae sobre la obra que pueda reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer. Se entiende por reproducción la fijación de la obra, es decir, la incorporación de sus signos, sonidos o imágenes en una base material que permita su percepción, comunicación u obtención de copias de la totalidad o de parte de ella, y por divulgación el acto de acceso de la obra al público, por cualquier medio o procedimiento (artículos 3 y 14 de la Decisión citada).

Dentro del Capítulo II de la Decisión 351, ahora analizado, también, se consideran obras, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras, siempre y cuando, se cumpla con el requisito esencial de contar con la autorización del autor original, cuyos derechos de autor seguirán siendo protegidos (artículo 5). La norma comunitaria protege los derechos de autor independientemente de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra. Además, la Decisión 351 reconoce que el objeto específico y exclusivo de protección no son directamente las ideas del autor, sino la forma a través de la cual tales ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a la obra literaria, artística o científica (artículo 7).

La obra protegida debe ser original con características propias que la hagan diferente; cabe mencionar, que las ideas son universales y pueden divulgarse sin restricción alguna; la doctrina señala que “Una simple idea, cualquiera sea

su valor, no está protegida, lo cual permite decir que la ley tiene en consideración la forma del derecho de autor y no el fondo”. (Pachón Muñoz, Manuel. Manual de Derechos de Autor. Editorial Temis. Colombia. 1998. Pág. 12); esto significa que se protege la individualidad, originalidad y estilo propio del autor para manifestar sus ideas.

Sobre el tema se agrega que: “Con reconocer al autor el derecho de propiedad, no se le declara propietario de las ideas en si mismas, sino de la forma enteramente original e individual que les ha dado, cosa suya y de que debe disponer, en atención a la propiedad que sobre ella tiene y al servicio que, poniéndola en circulación presta”. (Mascareñas, Carlos. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo III. Editado por Francisco Seix. Barcelona. 1951. Pág. 137).

El Tribunal, también ha dicho “De los textos citados se desprende que, a los efectos de su tutela, la obra artística, científica o literaria, susceptible de reproducción o divulgación, debe ser una creación original. Por tanto, la protección no depende del mérito de la obra o de su destino (Lipszyc, Delia: “Derecho de autor y derechos conexos”. Ediciones Unesco-Cerlalc-Zavalia, 1993, p. 61), ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla (Antequera Parilli, Ricardo: “Derecho de Autor”. Tomo 1, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Caracas, 1999, p.127), sino de que ella posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor, diferencia que deberá examinarse y valorarse como una cuestión de hecho en cada caso”. (Proceso 165-IP-2004, publicado en la G.O.A.C. N° 1195, de 11 de mayo de 2005).

2. Del derecho moral

El artículo 11 de la Decisión 351, se refiere al derecho moral que tiene un autor sobre su obra, cuyas características son su imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad; el goce de este derecho faculta al autor para:

a) Conservar la obra inédita o divulgarla;

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, inédito significa un texto “escrito y no publicado”. Es el autor de la obra el que tiene la facultad de mantener la obra inédita o darla a conocer al público en el momento y en la forma que lo estime conveniente.

Sobre el tema la doctrina considera que: “En cuanto desaparece el deseo de mantener la obra inédita, surgen los derechos patrimoniales, pues mientras la obra se mantenga inédita ésta forma parte de la personalidad del autor.” Y que: “las ventajas económicas para el autor, sólo aparecen una vez que se haya resuelto terminar con el inédito.” (Pachón Muñoz, Manuel. Ob. Cit. Pág. 57).

b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento;

El Tribunal ha sostenido al respecto: “El autor es el gestor de la creación intelectual, por lo cual tiene el derecho de que cuando la obra se de a conocer al público, a través de cualquier medio, ésta contenga su nombre, derecho que se conoce como de ‘paternidad de la obra’”. (Proceso 139-IP-2003, ya citado).

Con base en la doctrina, este Tribunal, también ha indicado que “La paternidad es pues una potestad jurídica inherente a la personalidad del autor, que le atribuye el poder de hacerse reconocer en todo momento como tal y hacer figurar sobre la obra su propio nombre, en su condición de creador que no nace, precisamente, de la inscripción de la misma en el Registro respectivo, sino cuando el autor la materializa como suya...”.

(Ledesma, Guillermo. DERECHO PENAL INTELECTUAL. Editorial Universidad.

Primera Edición. 1992. Argentina. Pág. 113). “En tanto que para MANUEL PACHÓN, ‘La facultad de reivindicar la obra, busca impedir que otra persona quiera pasar por autor de la obra, y le permite al verdadero autor obtener que se reemplace el nombre del falso autor por el suyo propio’”. (Pachón Muñoz, Manuel. Ob. Cit. Pág. 54). (Proceso 139-IP-2003, ya citado).

c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

Sobre el particular, la doctrina enseña que “El derecho a la intangibilidad consiste en impedir que se altere, se modifique, se deteriore, se mutile o se destruya la obra, a fin de evitar grave e injusto perjuicio a los intereses morales del autor, independientemente de los derechos patrimoniales. A través del citado derecho se logra respetar la integridad de la obra...”. (Ledesma, Guillermo. Ob.Cit. Pág. 118). Sin embargo, el autor tiene la facultad para modificar su propia creación, la cual subsiste incluso después de haber cedido sus derechos patrimoniales.

Finalmente este artículo prevé que, a la muerte del autor, el ejercicio de sus derechos morales pasará a depender de sus derechohabientes hasta 50 años después de la muerte del autor.

3. De los derechos patrimoniales. Derechos exclusivos de los autores o sus derechohabientes

El Capítulo V de la Decisión 351 se refiere a los derechos patrimoniales y el artículo 13 establece el derecho al uso exclusivo que confiere el mismo. Esta exclusividad en favor del autor, también, está consagrada en el artículo 11 bis numeral 1) del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, es así que los derechos patrimoniales se refieren al beneficio o utilidad económica que se obtendrá por la publicación y difusión de la obra; tienen la particularidad de ser transferibles, renunciables y temporales.

De conformidad con el artículo citado, el autor o sus causahabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir, la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento, la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento, alquiler o cualquier otro contrato; la importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas y la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. Para aclarar, se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.

Por su parte, el artículo 18 de la Decisión 351, reconoce que la protección de los derechos previstos en la norma andina sobre derechos de autor, no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte. Cuando la titularidad le corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, dependiendo del caso.

4. La protección del derecho de autor sin necesidad de formalidad alguna. Registro voluntario y obligatorio

Los derechos de autor abarcan el conjunto de potestades que al autor se le concede sobre su obra intelectual; la tutela de sus derechos nace con la creación expresada con originalidad. Es decir, que la ley protege la obra desde que existe. Al respecto se precisa que: “La protección legal nace en principio,

de la creación, sean cuales fueren el mérito y el destino de la obra creada. Si hay creación en el dominio literario, científico o didáctico, hay obra intelectual". (Ledesma, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 78).

El Convenio de Berna en su artículo 15 señala que para que se reconozca al autor como tal y para que goce de los derechos que le confiere la ley es suficiente con que su nombre aparezca en la obra "de la forma usual".

El registro de los Derechos de Autor en la ley comunitaria andina es un instrumento que cumple únicamente fines declarativos y de naturaleza probatoria, según se desprende de los artículos 52 y 53 de la Decisión 351; el artículo 52 en su parte final señala que "la omisión del registro no impide el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Decisión."

La protección que se otorga a los derechos de autor no está sujeta al cumplimiento de la formalidad del registro, es decir, que se tutelan los intereses del autor sin esa modalidad; el registro no representa un elemento constitutivo de derechos y con registro o sin él, el autor de la obra está facultado para ejercer los derechos que le otorga la Ley.

Sobre el tema el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha manifestado lo siguiente: "Se trata de un registro facultativo y no necesario que, por lo mismo, en manera alguna puede hacerse obligatorio, menos como condición para el ejercicio de los derechos reconocidos al autor o para su protección por parte de la autoridad pública.

Es claro, por lo demás, que en las normas interpretadas se deja a criterio del autor registrar o no su creación. Empero, si opta por no hacerlo, ello no puede constituirse en impedimento para el ejercicio de los derechos que de tal condición, la de autor, derivan; tampoco para que las autoridades se eximan de protegérselos en los términos de la ley y, menos aún, que condicionen o subordinen la protección y garantía a cualesquiera formalidades, y entre ellas, especialmente, a la del registro.

En resumen, la ley andina acoge el criterio que hoy impera en casi todos los ordenamientos jurídicos en el sentido de que la protección de los derechos autorales se realiza sin necesidad de que el autor cumpla con formalidad o requisito alguno, como el del registro por ejemplo. De esta manera, siendo el registro meramente declarativo, tal como se define por el artículo 53 interpretado, su utilización o no por el autor constituye una opción de éste que, por supuesto, no puede ser desconocida por la administración ni aún con el pretexto de brindarle una mayor o más efectiva protección de sus derechos". (Proceso 64-IP-2000, publicado en la G.O.A.C. N° 602, de 21 de septiembre del 2000, marca: "CAVELIER").

5. Facultades de la autoridad nacional competente en caso de infracción a los derechos de autor

Conforme al artículo 57 de la Decisión 351, de incurrirse en infracción de los derechos de autor, el ilícito y su reparación deberán demandarse ante el órgano administrativo o jurisdiccional competente designado al efecto por la legislación nacional sobre la materia. La admisión de la demanda dará lugar a la apertura del procedimiento establecido por la legislación del País Miembro, en el cual deberán observarse, entre otros, los principios del debido proceso y, en particular, los de igualdad de las partes, imparcialidad del órgano competente, eficacia, economía procesal y celeridad. Los procedimientos, se sujetarán a las normas del derecho nacional, en aplicación del principio de 'complementariedad' entre el derecho comunitario y el derecho nacional, ya que

la norma comunitaria se hace efectiva a través de órganos y procedimientos internos del País Miembro de que se trate. Todo proceso llevado a cabo por la autoridad nacional, se reitera, deberá además observar los principios referidos.

Frente al ilícito citado, la tutela resarcitoria persigue la compensación económica de la víctima de la lesión patrimonial, a través de la restitución del objeto y, en su defecto, de la reparación o de la indemnización. El daño es pues el presupuesto de la tutela judicial efectiva, ésta consiste en su resarcimiento, que es el montante económico por la falta de ejercicio del derecho infringido y, éste se encuentra gobernado por el principio de la reparación integral, según el cual, la víctima del daño no debe recibir ni más ni menos que la pérdida que, susceptible de valoración económica, haya efectivamente sufrido.

En este contexto, el restablecimiento del titular en el goce y ejercicio de su derecho exclusivo, por la vía del resarcimiento del daño, constituye el objeto de la decisión de mérito y, por tanto, de la tutela definitiva del derecho de autor.

Sobre el proceso ante la autoridad nacional, el Tribunal ha sostenido “Ahora bien, en el proceso ante la jurisdicción es inevitable la *distantia temporis* entre el momento de la lesión del derecho y el momento de su resarcimiento, lo que hace posible el riesgo de que, en el intervalo, se materialice o se consolide el daño. Hay pues la necesidad de la prevención de este riesgo, a través de la tutela cautelar, sin perjuicio del principio del contradictorio y del derecho a la defensa. Se trata de una tutela instrumental y provisional cuyo otorgamiento viene a ser el resultado de la valoración, en términos de probabilidad, del derecho invocado y de su lesión (...). La tutela en referencia debe apoyarse en el cumplimiento de los requisitos del *fumus boni iuris*, el cual implica un juicio favorable de probabilidad sobre el derecho cuya lesión se quiere prevenir, y del *periculum in mora*, es decir, del riesgo de que, en el curso del proceso y mientras se dicta la decisión definitiva, se produzca la materialización o la consolidación de la lesión, o de que se vea impedida la efectividad de la tutela de mérito”. (Proceso 165-IP-2004, ya citado).

La norma comunitaria atribuye potestad cautelar a la autoridad nacional competente para ordenar el cese inmediato de la actividad ilícita, el embargo o el secuestro preventivo de los ejemplares de la obra producidos ilícitamente y de los aparatos o medios utilizados para ello, así como su incautación o decomiso (artículo 56 de la indicada Decisión 351). El cese de la actividad ilícita puede alcanzarse a través de medidas cautelares como la suspensión de la producción o el retiro del comercio de los ejemplares ilícitos.

Sin embargo, el Tribunal ha aclarado que “la autoridad nacional competente está facultada para adoptar las medidas respectivas cuando haya tenido lugar la infracción de derechos conferidos por la ley, con la salvedad de que éstas no podrán recaer respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para exclusivo uso de un solo individuo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de la misma Decisión. La buena fe en el uso de los programas de ordenador comprende los llamados usos honrados y el uso personal que tal como los describe el artículo 3, in fine de la Decisión 351 son los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicios irrazonables a los intereses legítimos del autor o se trata de una forma de utilización de la obra exclusivamente para uso propio y en casos como de investigación y esparcimiento personal”. (Proceso 12-IP-98, publicado en la G.O.A.C. N° 428, de 16 de abril de 1999).

En el caso de la tutela de mérito, cuyo objeto, como se indicó, es el restablecimiento del titular en el goce y ejercicio de su derecho exclusivo, por la vía del resarcimiento del daño, la norma comunitaria atribuye potestad a la autoridad nacional competente para disponer el pago de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos, así como el pago por el infractor de las costas del proceso y el retiro definitivo del comercio de los ejemplares ilícitos.

En cuanto a los aspectos no disciplinados por la norma comunitaria, el Tribunal ratifica la aplicabilidad del régimen procesal establecido en la legislación nacional correspondiente, por virtud de la regla del complemento indispensable. La Decisión 351, en su artículo 57, establece las medidas que podrá ordenar la autoridad nacional competente de los Países Miembros de la Comunidad Andina cuando haya tenido lugar la infracción de derechos conferidos por la ley, al disponer:

Ante la infracción comprobada de los derechos de autor, la autoridad nacional competente podrá ordenar:

- a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;
- b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;
- c) El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho;
- d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud”.

En virtud de lo anteriormente expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA CONCLUYE:

PRIMERO: La normativa sobre derechos de autor tiene como objeto de protección a la obra intelectual, aunque ésta se mantenga inédita; la existencia de la obra es el presupuesto de la existencia del derecho y el sujeto que se beneficia de esta tutela legal es el autor de la creación intelectual.

La obra protegida debe ser original, con características propias que la hagan diferente; lo que se protege es la individualidad, originalidad y estilo propio del autor para manifestar sus ideas.

SEGUNDO: El autor es la persona natural o física que ha generado la obra a través de su esfuerzo y trabajo creativo, obteniendo como resultado una obra individual y original de la que es titular. La normativa sobre derechos de autor también contempla una presunción de autoría y se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo, u otro signo que la identifica, aparezca indicado en la obra.

TERCERO: También, se consideran obras, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras, siempre y cuando, se cumpla con el requisito esencial de contar con la autorización del autor original, cuyos derechos de autor seguirán siendo protegidos.

CUARTO: El autor tiene el derecho de: conservar la obra inédita o divulgarla; reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor. A su muerte, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes.

QUINTO: El autor o sus causahabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento, la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento, alquiler o cualquier otro contrato; la importación al territorio de cualquier País Miembro de copias y la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. Para aclarar, se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.

SEXTO: La protección que se otorga a los derechos de autor no está sujeta al cumplimiento de la formalidad del registro, es decir, que se tutelan los intereses del autor sin esa modalidad.

SÉPTIMO: La Decisión 351, en su artículo 57, establece las medidas que podrá ordenar la autoridad nacional competente de los Países Miembros de la Comunidad Andina cuando haya tenido lugar la infracción de derechos conferidos por la ley.

Entre estas medidas se encuentran previstas: el pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido; el retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho; o, las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial cuando dicte sentencia dentro del proceso interno N° 1910-2005, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 128, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal.

CAPITULO X

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR: DERECHO PENAL COMPARADO

10.1.- LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL DERECHO COMPARADO.

10.1.1.- ESPAÑA.

CODIGO PENAL

TITULO XIII: DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONOMICO

CAPITULO XI: DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL, AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES

SECCION I. DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

“Artículo 270º.- Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses quien con animo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comuniqué públicamente, en todo o en parte, una obra 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 intelectuales o de sus cesionarios.

La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización. Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador”.

“Artículo 271º.- Se impondrá la pena de prisión de un año a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por el período de dos a cinco años, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.*
- b) Que el daño causado revista especial gravedad.*

En tales casos el Juez o Tribunal podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. El cierre temporal no podrá exceder de cinco años”.

“Artículo 272º.-

1. La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de datos y perjuicios.

2. En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de esta, a costa del infractor, en un periódico oficial”.

Los delitos contra la propiedad intelectual, contemplan conductas que atacan la propiedad integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de su obra, conforme a la definición que de Propiedad Intelectual se recoge en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Se trata de derechos de carácter personal y moral, irrenunciables e inalienables, como son el decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma, exigir el reconocimiento de la condición de autor, impedir cualquier ataque a la integridad de la obra, o la capacidad de modificarla sin perjuicio de terceros, etc. Los derechos de explotación de la obra corresponden también al autor de la misma, como son el derecho de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

Como estamos reproduciendo, los delitos están tipificados en la Sección 1.^a del Capítulo XI del Título XIII, relativo a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, en los artículos 270º a 272º, del nuevo Código Penal de 1995. Los citados artículos son ahora objeto de otra redacción empezando por su epígrafe, ya que antes se recogían bajo la denominación de delitos contra el derecho de autor.

El tipo básico de este delito se recoge en el citado artículo 270º, donde se castigan determinadas conductas que atacan el derecho personal del autor, como es el plagio, entendido como la negación del reconocimiento de la condición de autor de la obra, o la transformación de la misma. Otras conductas previstas en este artículo atacan el derecho de explotación del autor sobre la obra, como puede ser la distribución, la comunicación pública, la

interpretación o ejecución artística, o la importación, exportación o almacenamiento de ejemplares de la obra.

Por último, el párrafo 3 de este artículo 270º crea nuevas formas comisivas del delito, por razón de los nuevos avances tecnológicos y la necesidad de proteger los programas de ordenador. Se castiga la copia no autorizada de programas de software, al considerar, la nueva ley de Propiedad Intelectual, a los programas de ordenador como objeto de la citada propiedad, en su artículo 10.1, Literal i.

En todas ellas, el consentimiento del titular de los derechos de autor excluye el tipo del injusto, siempre que no hubiera un exceso en la autorización. El sujeto activo de dichas infracciones puede serlo cualquiera que sea imputable, mientras que el sujeto pasivo lo puede ser el autor o creador de la obra científica, literaria o artística, sus causahabientes o cesionarios, el interlocutor, el traductor y hasta el editor de obras inéditas cuyo autor no conste. En cuanto al objeto material del delito, lo es una obra del ingenio humano, bien sea literaria, artística o científica, entendidas en el sentido más amplio del término, cualquiera que sea el medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, conforme al artículo 10.1 de la citada Ley de Propiedad Intelectual. Se incluyen dentro de este concepto tebeos, cómics, historietas gráficas, planos, maquetas, mapas topográficos, diseños científicos, e incluso las traducciones y adaptaciones de obras, actualizaciones, resúmenes y extractos, arreglos musicales y colecciones de obras ajenas, como son las antologías. No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias, ni sus correspondientes proyectos, ni las resoluciones jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos.

Las conductas deben realizarse con ánimo de lucro y en perjuicio de terceros, por los que se exige un dolo específico que en la regulación anterior era un motivo de agravación –artículo 534º bis b-. Ello implica una intencionalidad que excluye la posible comisión culposa de estos delitos.

La ausencia de inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual no afecta a la posible comisión del delito, toda vez que dicha inscripción no tiene carácter constitutivo, sino únicamente declarativo del derecho, por lo que aquélla sólo reforzará su prueba. Se presume, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular, en la forma determinada en el asiento respectivo (artículo 140.3º R.D.L. 12 abril 1996).

Dentro de la jurisprudencia se plantea el interesante problema de si la defraudación intelectual puede coexistir en concurso de delitos con la estafa o defraudación en la calidad al público consumidor del producto amparado por aquella titularidad sobre la obra del autor, o si, por el contrario, dicho fraude al mercado adquirente del producto protegido queda ya embebido en la defraudación perpetrada por quien realiza ilícitamente la producción de la obra. El T.S. ha resuelto en su sentencia de 14 de febrero de 1984 a favor del doble delito: el de infracción de los derechos de autor con un lucro logrado para la empresa del acusado y correlativo perjuicio para la concesionaria, y otro delito de defraudación en la calidad que vendría sustentado por el lucro logrado a costa del público comprador.

El artículo 271º recoge dos modalidades agravadas de este delito: la obtención de un beneficio económico de especial trascendencia económica o que el daño causado revista especial gravedad. Ambos apuntan a la especial importancia que se da en estos delitos a su aspecto patrimonial, imponiéndose pena privativa de libertad y de multa, cuando en el tipo básico es una u otra, previendo la posibilidad de decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado, en el párrafo 2 del artículo que ahora comentamos. El beneficio debe ser de especial trascendencia económica, determinación que corresponde al juzgador; el «daño que revista especial gravedad» debe entenderse en un sentido exclusivamente patrimonialista, sin perjuicio de incluir en el concepto de daño los de carácter moral, producidos como consecuencia del atentado patrimonial; para ello deberá de atenderse a las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra, conforme al artículo 135º del texto refundido de la Ley de

Propiedad Intelectual.

Por último, el artículo 272º recoge una remisión, en materia de responsabilidad civil, a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual: «La extensión de responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios». La referencia a la citada ley lo es en la actualidad al Real Decreto Legislativo de 12 de abril de 1996, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en sus artículos 134º y 135º. El artículo 272º, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final Sexta del Código Penal, tiene carácter de ley ordinaria, con lo que los requisitos exigibles para su modificación o derogación son menores que los exigidos para ley orgánica. El cese de la actividad ilícita puede comprender: la suspensión de la explotación infractora, la prohibición de reanudar la actividad, la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, la inutilización de moldes y planchas y la remoción o precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada. En cuanto a la indemnización, el perjudicado podrá optar entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiere percibido de haber autorizado la explotación.

El artículo 272.2º prevé, como potestad del juzgador, la publicación de la sentencia en un periódico oficial, a costa del infractor. Con ello se intenta aminorar los perjuicios o los efectos sociales negativos ocasionados por el hecho delictivo; sin embargo, este artículo entra en contradicción con lo dispuesto en el artículo 288º, donde se establece el carácter preceptivo de la publicación, como ahora comentaremos.

En todo caso, para proceder por estos delitos, como para todos los previstos en este capítulo relativo a delitos contra la propiedad industrial y contra el mercado y a los consumidores, es necesario denuncia previa de la persona agraviada, salvo que el delito afecte a intereses generales o pluralidad de personas. Además, se prevé en el artículo 288º, con carácter imperativo, la publicación de

la sentencia en los periódicos oficiales y con carácter facultativo, que el Juez ordene la reproducción total o parcial de la sentencia en cualquier otro medio informativo. Igualmente, se pueden adoptar las medidas previstas en el artículo 129º del presente Código. Obedece esta última facultad del juzgador a que, frecuentemente, concurren en una persona jurídica las cualidades o condiciones para ser sujeto activo de aquéllos, respondiendo entonces en su nombre o representación legal su administrador de hecho o de derecho (V. competencia desleal; delitos relativos a la propiedad industrial; delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico; propiedad intelectual).

10.1.2.- BOLIVIA.

CODIGO PENAL (Publicado el 23 de agosto de 1972, y en vigor el 02 de abril de 1973 Texto notificado a la OMC el 12 de enero de 2001 en Español. Texto principal específico.)

TITULO XII: DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

CAPITULO X: DELITOS CONTRA EL DERECHO DE AUTOR

Delitos contra la Propiedad Intelectual

“Artículo 362º. Quien con ánimo de lucro, en perjuicio ajeno, reproduzca, plagie, distribuya, publique en pantalla o en televisión, en todo o en parte, una obra literaria, artística, musical, científica, televisiva o cinematográfica, o su transformación, interpretación, ejecución artística a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus concesionarios o importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras, sin la referida autorización, será sancionado con la pena de reclusión de tres meses a dos años y multa de sesenta días”.

10.1.3.- COLOMBIA.

CODIGO PENAL

TITULO VIII: DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR.

CAPÍTULO UNICO.

“Artículo 270º.- Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:

1. Publique, total o parcialmente, Sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico,

científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

2. Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentaran hasta en la mitad”.

“Artículo 271º.- *Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a mil (1,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley:*

1. Por cualquier medio o procedimiento, sin autorización previa y expresa del titular; reproduzca obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

3. Alquile o de cualquier otro modo comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título, sin autorización previa y expresa de su titular:

6. Retransmita, fije, reproduzca o por cualquier medio sonoro o audiovisual divulgue, sin autorización previa y expresa del titular; las emisiones de los organismos de radiodifusión.

7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio, sin autorización previa y expresa del titular; las emisiones de la televisión por suscripción.

Si como consecuencia de las conductas contempladas en los numerales 1, 3 y 4 de este artículo resulta un número no mayor de cien (100) unidades, la pena se rebajará hasta en la mitad”.

“Artículo 272º.- *Incurrirá en multa quien:*

- 1. Supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.*
- 2. Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada.*
- 3. Fabrique, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal, o de cualquier forma de eludir, evadir, inutilizar o suprimir dispositivo o sistema que permita a los titulares del derecho contratar la utilización de su obra o producciones, o impedir o restringir cualquier uso no autorizado de estos.*
- 4. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento los datos necesarios para estos efectos”.*

10.1.4.- CHILE.

Código Penal

Título III: DE LOS CRIMENES Y SIMPLES DELITOS QUE AFECTAN LOS DERECHOS GARANTIDOS POR LA CONSTITUCION

“Artículo 158º. *Sufrirá la pena de suspensión en sus grados mínimo a medio, si gozare de renta, y la de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando prestare servicios gratuitos, el empleado público que arbitrariamente:*

- 1. Impidiere la libre publicación de opiniones por la imprenta en la forma prescrita por la ley.*
- 2. Prohibiere un trabajo o industria que no se oponga a la ley, a las buenas costumbres, seguridad y salubridad públicas.*
- 3. Prohibiere o impidiere una reunión o manifestación pacífica y legal o la mandare disolver o suspender.*
- 4. Impidiere a un habitante de la República permanecer en cualquier punto de ella, trasladarse de uno a otro o salir de su territorio, en los casos que la ley no lo prohíba; concurrir a una reunión o manifestación pacífica y legal; formar parte de cualquier asociación lícita, o hacer uso del derecho de petición que le garantiza la ley.*
- 5. Privare a otro de la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción, o divulgare los secretos del invento, que hubiere conocido por razón de su empleo.*

6. Expropiare a otro de sus bienes o le perturbare en su posesión, a no ser en los casos que permite la ley”.

“Artículo 159º. Si en los casos de los artículos anteriores de este párrafo, el inculpado justificare que ha obrado por orden de sus superiores a quienes debe obediencia disciplinaria, las penas señaladas en dichos artículos se aplicarán sólo a los superiores que hayan dado la orden”.

“Artículo 161º A. Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior.

En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas”.

“Artículo 161º B. Se castigará con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales, al que pretenda obtener la entrega de dinero o bienes o la realización de cualquier conducta que no sea jurídicamente obligatoria, mediante cualquiera de los actos señalados en el artículo precedente. En el evento que se exija la ejecución de un acto o hecho que sea constitutivo de delito, la pena de reclusión se aplicará aumentada en un grado”.

10.1.5.- CODIGO PENAL DE PARAGUAY, LEY Nº. 1.160/97.

TITULO II: HECHOS PUNIBLES CONTRA LOS BIENES DE LA PERSONA CAPITULO II : HECHOS PUNIBLES CONTRA OTROS DERECHOS PATRIMONIALES

“Artículo 174º.- Alteración de datos

1º El que lesionando el derecho de disposición de otro sobre datos los borrar, suprimiera, inutilizara o cambiara, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

2º En estos casos, será castigada también la tentativa.

3º Como datos, en el sentido del inciso 1º, se entenderán sólo aquellos que sean almacenados o se transmitan electrónica o magnéticamente, o en otra forma no inmediatamente visible”.

“Artículo 184º.- *Violación del derecho de autor o inventor*

1º *El que sin autorización del titular:*

- 1. divulgara, promocionara, reprodujera o públicamente representara una obra de literatura, ciencia o arte, protegida por el derecho de autor; o*
- 2. exhibiera públicamente el original o una copia de una obra de las artes plásticas o visuales, protegida por el derecho de autor,*
será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

2º *A las obras señaladas en el inciso anterior se equiparán los arreglos y otras adaptaciones protegidas por el derecho de autor.*

3º *Con la misma pena será castigado el que falsificara, imitara o, sin autorización del titular:*

- 1. promocionara una marca, un dibujo o un modelo industrial o un modelo de utilidad, protegidos; o*
- 2. utilizara una invención protegida por patente.*

4º *La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima.*

5º *En caso de condena a una pena se aplicará, a petición de la víctima o del ministerio público, lo dispuesto en el artículo 60”.*

10.1.6.- MÉXICO.

La reproducción no autorizada de programas informáticos o piratería esta regulada en la Ley Federal del Derecho de Autor en el artículo 11.

También existen leyes locales en el código penal del Distrito Federal y el código penal del estado de Sinaloa.

10.1.7.- ARGENTINA.

Ley de Propiedad Intelectual. Ley 11.723 (235) del Poder Ejecutivo Nacional. Buenos Aires, 28 de septiembre de 1933

De las penas

“Artículo 71º. - *Será reprimido con la pena establecida por el art. 172 del cód. penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley”.*

“Artículo 72º. - *Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita:*

- a) El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes;*
- b) El que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto;*
- c) El que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto;*

d) El que edite o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados”.

“Artículo 72º bis. — Será reprimido con prisión de un mes a seis años:

a) El con fin de lucro reproduzca un fonograma sin autorización por escrito de su productor o del licenciado del productor;

b) El que con el mismo fin facilite la reproducción ilícita mediante el alquiler de discos fonográficos u otros soportes materiales;

c) El que reproduzca copias no autorizadas por encargo de terceros mediante un precio;

d) El que almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante la factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo;

e) El que importe las copias ilegales con miras a su distribución al público. El damnificado podrá solicitar en jurisdicción comercial o penal el secuestro de las copias de fonogramas reproducidas ilícitamente y de los elementos de reproducción.

El juez podrá ordenar esta medida de oficio, así como requerir caución suficiente al peticionario cuando estime que éste carezca de responsabilidad patrimonial. Cuando la medida precautoria haya sido solicitada por una sociedad autoral o de productores, cuya representatividad haya sido reconocida legalmente, no se requerirá caución.

Si no se dedujera acción, denuncia o querrela, dentro de los 15 días de haberse practicado el secuestro, la medida podrá dejarse sin efecto a petición del titular de las copias secuestradas, sin perjuicio de la responsabilidad que recaiga sobre el peticionante.

A pedido del damnificado el juez ordenará el comiso de las copias que materialicen el ilícito, así como los elementos de reproducción. Las copias ilícitas serán destruidas y los equipos de reproducción subastados. A fin de acreditar que no utilizará los aparatos de reproducción para fines ilícitos, el comprador deberá acreditar su carácter de productor fonográfico o de licenciado de un productor. El producto de la subasta se destinará a acrecentar el "fondo de fomento a las artes" del Fondo Nacional del Derechos de Autor a que se refiere el artículo 6º del decreto-ley 1224/58. (Artículo incorporado por art. 2º de la Ley 23.741 B.O. 25/10/1989)”.

“Artículo 73º. - Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año o multa de \$100 a 1000 m/n. destinada al fondo de fomento creado por esta ley:

a) El que representare o hiciere representar públicamente obras teatrales o literarias sin autorización de sus autores o derechohabientes;

b) El que ejecutare o hiciere ejecutar públicamente obras musicales sin autorización de sus autores o derechohabientes”.

“Artículo 73º. — Será reprimido con prisión de un mes a un año o con multa de MIL PESOS como mínimo y TREINTA MIL PESOS como máximo destinada al fondo de fomento creado por esta ley:

a) El que representare o hiciere representar públicamente obras teatrales o literarias sin autorización de sus autores o derechohabientes;

b) *El que ejecutare o hiciere ejecutar públicamente obras musicales sin autorización de sus autores o derechohabientes.
(Por art. 1° inciso 12 de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993 se eleva montos)*”.

“Artículo 74°.- *Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año o multa de \$100 a 1000 m/n. destinada al fondo de fomento creado por esta ley, el que atribuyéndose indebidamente la calidad de autor, derechohabiente o la representación de quien tuviere derechos, hiciere suspender una representación o ejecución pública lícita”.*

“Artículo 74°.- *Será reprimido con prisión de un mes a un año o multa de MIL PESOS como mínimo y TREINTA MIL PESOS como máximo destinada al fondo de fomento creado por esta Ley, el que atribuyéndose indebidamente la calidad de autor, derecho habiente o la representación de quien tuviere derecho, hiciere suspender una representación o ejecución pública lícita.
(Por art. 1° inciso 12 de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993 se eleva montos)”.*

“Artículo 74° bis.- *(Artículo derogado por art. 1° de la Ley N° 23.077 B.O. 27/8/1984 que deroga la Ley N° 21.338.)”*

“Artículo 75°.- *En la aplicación de las penas establecidas por la presente ley, la acción se iniciará de oficio, por denuncia o querrela”.*

“Artículo 76°.- *El procedimiento y jurisdicción será el establecido por el respectivo cód. de proced. en lo crim. vigente en el lugar donde se cometa el delito”.*

“Artículo 77°.- *Tanto el juicio civil, como el criminal, son independientes y sus resoluciones definitivas no se afectan. Las partes sólo podrán usar en defensa de sus derechos las pruebas instrumentales de otro juicio, las confesiones y los peritajes, comprendido el fallo del jurado, mas nunca las sentencias de los jueces respectivos”.*

“Artículo 78°.- *La Comisión nacional de cultura representada por su presidente, podrá acumular su acción a las de los damnificados, para percibir el importe de las multas establecidas a su favor y ejercitar las acciones correspondientes a las atribuciones y funciones que se le asignan por esta ley”.*

Los Delitos contra los Derechos de autor, están contenidos en “La nueva ley de 'propiedad intelectual'”; Ley 11.723 y decreto reglamentario.

CAPITULO XI

JURISPRUDENCIA DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL DERECHO PENAL COMPARADO

11.1.- SISTEMAS CASATORIOS.-

La doctrina establece tres sistemas importantes, el francés, el alemán y el español.

11.1.1.- SISTEMA FRANCÉS.

Denominado también casación con reenvío, toda vez que tiene por característica principal, el reenviar el expediente al mismo Tribunal que dictó la sentencia o a otro de igual jerarquía o grado para que emita nuevo fallo. El juez receptor, puede estar de acuerdo con el criterio adoptado por el tribunal de casación, por lo que el asunto queda terminado; o puede insistir en el fallo anterior, originando que el caso suba por segunda vez; por lo que, a su vez, el Tribunal de Casación insista en su decisión casatoria, originándose un doble reenvío. Si el segundo juez de reenvío persiste en pronunciar una sentencia similar a las dos veces casada, se produce el “*referé obligatoire*” al cuerpo legislativo, que dicta un decreto de interpretación de la ley.

Se debe tener en cuenta que el segundo envío o reenvío, se debe efectuar siempre a otro Tribunal diferente al que dictó la resolución recurrida (tiene que ser de la misma categoría), o bien al mismo Tribunal pero debiendo tener la Sala de reenvío una composición diferente de magistrados. En este sistema, el recurso de casación está referido exclusivamente a cuestiones de derecho.¹⁷⁵ Este sistema no funciona como tercera instancia, el Cour de Cassation se limita

¹⁷⁵ **HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos y VÁSQUEZ CAMPOS, José**, “*Código Procesal Civil*”, Tomo II, Ediciones Jurídicas, Lima – Perú, 1996, p. 1160.

a pronunciarse sobre los motivos invocados por el recurrente, quien no puede invocar nuevas pretensiones, pero sí puede alegar todo tipo de errores jurídicos que pueden estar presentes, incluso en la sentencia de primera instancia y que no fueron analizados por la segunda instancia, también la alegación, por primera vez, de errores que afectan el orden público.

11.1.2.- SISTEMA ALEMÁN.

Permite que el mismo Tribunal de Casación decida, sin reenvío, el conflicto; salvo que considere que no puede hacerlo sin un nuevo procedimiento, hipótesis en la cual remite lo actuado al juez de origen. Apréciase que es el criterio del propio Tribunal el que decide cuándo resuelve la causa ella misma o la reenvía. Actúa como tercera instancia que despliega sus efectos sólo en el aspecto jurídico del proceso. En este tipo de sistema, incluso, se puede analizar todo la parte jurídica del objeto del juicio.

11.1.3.- SISTEMA ESPAÑOL.

Denominado sistema de casación sin reenvío. Tiene como base el hecho de que si el Supremo Tribunal casa la sentencia, debe resolver lo que corresponda. Se evita, en lo posible, el reenvío, salvo que se trate de un vicio in procedendo que hace inevitable la devolución al juzgado de origen.

La diferencia advertida con el sistema francés, es que el español es más ágil, busca la solución inmediata, cuando la ley se lo permite, y la diferencia con el sistema alemán es que en éste, la decisión de reenvío no está en manos del Tribunal, sino que la ley procesal, casuísticamente, le indica lo que debe hacer en cada caso.

El jurista nacional José Antonio Neyra Flores¹⁷⁶, señala que:

“ (...) En algunos países, por ejemplo España, el sistema de medios impugnatorios [en el caso de delitos graves] solo descansa en el recurso de casación con todas las limitaciones a su acceso que sobre éste existen”.

¹⁷⁶ **NEYRA FLORES, José Antonio.** *“Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigio Oral”*. Lima 2010. IDEMSA. p. 402-403.

11.2.- EVOLUCION DE LA CASACION.

El reconocido procesalista italiano Piero Calamandrei¹⁷⁷, sostiene que este instituto surgió por el influjo innovador de las ideologías revolucionarias de Francia, señalando que:

“El Tribunal de Casación nació precisamente, con el objeto de impedir que el poder público se salga del propio dominio; pues su control, en lugar de extenderse a las relaciones entre los tres poderes de todos los campos de la constitución, se limite a las relaciones que tienen lugar entre dos de estos poderes, el legislativo y el judicial (...). El Tribunal de Casación nace, pues, como un órgano de control destinado a vigilar que el Poder Judicial no viole -en daño del Poder Legislativo- el canon fundamental de la separación de los poderes”.

La “demande en cassation” se consolida durante la Revolución Francesa, transformándola ahora en un elemento para la defensa de la ley contra las transgresiones de los jueces, surgiendo bajo este contexto social el “Tribunal de Cassation”, mediante Decretos del 27 de noviembre y 1º de diciembre de 1790, época de profunda y arraigada desconfianza contra los jueces¹⁷⁸.

El Tribunal de Cassation, era un órgano político, implementado por el Poder Legislativo con la única función de “anular toda sentencia que contenga una contravención expresa al texto de la ley (artículo 3º). Desde su nacimiento se prohibía conocer el fondo del asunto, por ello no motivaba sus resoluciones, y reenviaba la causa a nuevo juez, para que dictara la nueva sentencia, que podía volver a ser llevada al Tribunal de cassation para que fuera casada otra vez. En caso de haberse dictado de nuevo la sentencia con el mismo contenido. De presentarse la situación, sólo a la tercera vez, el caso no era llevado al Tribunal de cassation, sino directamente al Legislativo que emitía un décret declaratoire dando o quitando la razón al Tribunal de cassation.

El Tribunal de Cassation concluiría en el año 1804 sus labores, cuando a través del senado consulto de 28 de Floreal del año XII (18 de mayo de 1804), dentro del marco de la transformación política y administrativa que trajo la

¹⁷⁷ **CALAMANDREI, Piero**, citado por Carrión Lugo en: *“El Recurso de Casación en el Perú”*, Editorial Grijley, Lima 2003. p. 11.

¹⁷⁸ Robespierre, quien menospreciaba la labor del juez, señalaba: “El legislador es un mundo; el juez un grano de arena. El legislador tiene todos los atributos y todos los fueros de mando; el juez es un mecanismo de obediencia”.

creación del Imperio, el Tribunal pasa a denominarse Cour de cassation, reconociendo el carácter jurisdiccional que fue ganando en la práctica, mediante la ampliación progresiva de la misión casacional, pasando de anular sentencia contraria a la ley, al comienzo de la elaboración de jurisprudencia, vigilando que la jurisdicción no sobrepasara por vía de interpretación la función que tenía en ese entonces de simple aplicador de la ley.

En el Conseil de Parties, encontraremos el antecedente de la Corte de Casación, bajo el ancien regime. Sin embargo, es con la revolución francesa que la Corte de Casación se convierte propiamente en la imagen patriarcal de los diversos modelos de casación que tenemos en el mundo. Es importante señalar que la casación engloba cuatro elementos conceptuales que integran un solo conjunto.¹⁷⁹

1° Recurso extraordinario que se denomina recurso de casación.

2° Órgano judicial supremo, que se constituye en el vértice de la gran pirámide judicial: la Corte de Casación.

3° Procedimiento sui generis, generado por el recurso de casación y que se tramita con arreglo a la ley material: el procedimiento de casación.

4° Función sui generis, inherente a toda estructura pluridimensional función de índole hermenéutico – política. Clásicamente denominada como función de nomofilaquia judicial, que consiste en la unificación de la jurisprudencia suprema con arreglo a los principios doctrinarios sustentados por la Corte de Casación en sus fallos.

Sin embargo, este sistema francés ha sufrido evolución¹⁸⁰ desde la época de su nacimiento, por las introducciones realizadas por las leyes de 1967 y luego en el Código de Procedimientos modificado en el año 1976. En la actualidad hay una cierta limitación al reenvío. De tal manera que si la corte de casación casa y reenvía y el segundo tribunal insiste en la misma sentencia anulada, o la Corte falla sin reenvío dictando su propia sentencia, en ciertos casos, el tercer

¹⁷⁹ Enfoque tetradimensional planteado por Calamandrei. Véase obra de Juan Carlos LOZANO BAMBAREN “*Recurso de Casación Civil*”, Editorial Grijley, Lima 2005, p. 3 y siguientes.

¹⁸⁰ **VESCOVI, Enrique.** “El Recurso de Casación”. Montevideo, Ediciones IDEA. 1996, p. 17.

tribunal tiene que fallar conforme a la tesis de la Corte. Además ahora existe la posibilidad de la ejecución de la sentencia pese a la interposición del recurso de casación que en consecuencia, deja de tener efectos suspensivos.

11.3.- JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

Presentamos una sentencia, a las Fotocopias, es una Jurisprudencia Argentina, de singular importancia.

CASO DEL FOTOCOPIADO COMO VIOLACIÓN AL DERECHO DE AUTOR: FALLO “RODRÍGUEZ MONZÓN, NÉLIDA ESTHER”, SALA I, 25.279, PROCESAMIENTO, INTERLOC. 12/137.-

LOS HECHOS:

Con fecha 13 de abril de 2005 en la causa “Rodríguez Monzón, Nélida Esther” la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires confirmó el procesamiento de la imputada por considerarla, prima facie, autora penalmente responsable del delito previsto y reprimido en el art. 72, inc. a), de la ley de Propiedad Intelectual 11.723. Se le atribuyó vender en forma irregular, periódica y reiterada reproducciones de libros de texto sin la debida autorización de sus autores o derechohabientes.

Como resultado de las medidas practicadas en la instrucción se pudo determinar que en el comercio denominado “La Casa Rosada Net S.R.L.” -sito en esa ciudad y del cual la procesada era una de las socias- se ofrecían a la venta fotocopias de libros de texto que eran adquiridos por los alumnos de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE), como así también que se realizaban fotocopias de ejemplares presentados por eventuales clientes.

El Superior consideró que, en principio, la participación que le cupo a la imputada en los hechos investigados quedó corroborada porque como socia del comercio “debía saber cuál era el objeto de dicho negocio”.

Marco normativo

La Constitución Nacional dispone en su artículo 17 que “(...) todo autor (...) es propietario exclusivo de su obra (...) por el término que le acuerde la ley”.

Ese derecho de propiedad comprende para el autor la facultad exclusiva de disponer de su obra, de publicarla, de ejecutarla, de representarla y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla de cualquier forma. De esa forma, la ley pone bien en claro hasta dónde llegan los derechos de los autores sobre sus obras y qué cosas no pueden ser realizadas por terceros sin su autorización.

Sin embargo, la excepción a ello que está dada por las denominadas “limitaciones al derecho de autor” que restringen la utilización económica de las obras como una forma de conciliar los derechos exclusivos de los autores y el interés de la sociedad. Estas excepciones son limitadas y de interpretación restrictiva.

Por otro lado, el art. 4 de la ley de Propiedad Intelectual 11.723 establece que “Son titulares del derecho de propiedad intelectual: a) El autor de la obra; b) Sus herederos o derechohabientes; c) Los que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan sobre la nueva obra intelectual resultante; (...)”. En virtud de ello, la titularidad de una obra corresponde al autor o a quien éste atribuya tal carácter.

En lo que respecta a las sanciones penales por violación al derecho de autor, el artículo 71 de la ley de Propiedad Intelectual 11.723 menciona que “Será reprimido con la pena establecida por el art. 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley”.

Su artículo 72 dispone asimismo que “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita: a) El que edite, venda o **reproduzca** por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes; (...)”.

Así, para que una conducta se adecue a ese tipo penal se requiere lo siguiente: 1) que se edite, venda o reproduzca por cualquier medio (queda comprendida aquí la “reprografía”) una obra ajena; 2) que se trate de una obra inédita o publicada; 3) que esas acciones se realicen sin la debida autorización del autor o derechohabientes; 4) que abarque la totalidad de la obra o sus partes esenciales; y 5) que el autor obre con dolo. La no

adecuación de la conducta al tipo penal no significa que no pueda obtenerse una reparación del daño por la vía civil.

En el año 2001 se sancionó la ley 25.446 de Fomento del Libro y la Lectura - en adelante "la ley 25.446"- la cual posee al menos dos disposiciones específicas que hacen a la materia aquí tratada.

El artículo 23 de esa normativa establece que "El editor podrá perseguir civil y penalmente a quienes reproduzcan ilegítimamente su edición, pudiendo estar en juicio, incluso en acciones penales como querellante. Esta acción es independiente de la que le corresponde al autor".

Asimismo, su artículo 29 dispone que "Quienes reproduzcan en forma facsimilar un libro o partes de él, sin autorización de su autor y de su editor, serán sancionados con multa de pesos setecientos cincuenta a diez mil. En caso de reincidencia, la pena será de prisión de un mes a dos años. Estas sanciones se aplicarán aún cuando la reproducción sea reducida o ampliada y siempre que el hecho no constituya un delito más severamente penado".

De la ley 25.446 pueden extraerse al menos las siguientes dos conclusiones:

i) Tanto el editor como el autor de la obra están legitimados para la persecución civil o penal contra el infractor.

ii) El nuevo texto legal no sólo no contempla excepción alguna al derecho de autor, sino que exige además una doble autorización para la reproducción facsimilar de una obra o partes de ella: la del autor y la del editor.

Esto último se contrapone con la opinión de cierta doctrina que consideraba que la reproducción de una obra sin la autorización de su autor carecía de sanción penal en la medida que no fuera utilizada con fines de lucro o cuando no se requiriese el consentimiento del autor por estar destinada a un uso personal. El carácter absolutamente restrictivo del nuevo régimen determina la ilicitud de incluso ciertas conductas que hasta la sanción de la ley 25.446 podían ser catalogadas como lícitas.

C. 25.279 - "RODRÍGUEZ MONZÓN, NÉLIDA ESTHER S/PROCESAMIENTO" - CNCRIM Y CORREC DE LA CAPITAL FEDERAL - SALA I - 13/04/2005

TEXTO COMPLETO

Buenos Aires, 13 de abril de 2005.-

Y VISTOS:

La presente causa llega a estudio del tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa de Nélide Esther Rodríguez Monzón contra el auto de fs. 267/268 vta., que decretó su procesamiento por considerarla, prima facie, autora penalmente responsable del delito previsto y reprimido en el art. 72, inc. a)) de la ley 11.723.//-

I. Se atribuye a Rodríguez Monzón vender en forma irregular, periódica y reiterada, reproducciones de libros de textos sin tener para ello la debida autorización de sus autores o derechohabientes, realizándose tal actividad en el comercio sito en la calle Chile 1167 de esta ciudad, denominado "La Casa Rosada Net S.R.L.".-

Como resultado de las medidas practicadas por la instrucción, se pudo determinar que en el lugar mencionado se ofrecían a la venta fotocopias de libros de texto que eran adquiridos por el alumnado de la Universidad Argentina de Empresas (UADE), como así también que se extraían fotocopias de ejemplares que los eventuales clientes presentaran para su reproducción.-

II. A diferencia de lo sostenido por la defensa, el tribunal considera que, en principio, se ha podido corroborar la participación que le cupo a la imputada en los hechos que se investigan. En ese sentido, deben tenerse en cuenta los elementos ya valorados en la anterior intervención de esta Sala, en la que se confirmó el procesamiento de sus consortes de causa Cristina Noemí Pastorino, Laura Cristina Cabrera y Gabriel Alberto Cabrera (cfr. 236/237).-

Rodríguez Monzón, junto con Laura Cristina y Gabriel Alberto Cabrera, era una de las socias de la firma "La Casa Rozada Net S.R.L." (cfr. informe de la I.G.J. de fs. 17/24) y como tal debía saber cuál era el objeto de dicho negocio, resultando inverosímil los argumentos brindados al momento de ser escuchada en declaración indagatoria (ver fs. 265/266), máxime si se tiene en cuenta que de las actas agregadas a fs. 13, 30 y 35/vta. y de la gran cantidad de fotocopias de libros secuestradas en dicho comercio (cfr. fs. 69/70 vta.), surge que tal tipo de venta a estudiantes de la U.A.D.E., era una de las actividades principales del negocio, violando de tal modo las prescripciones de la ley 11.723.-

Por lo expuesto el tribunal RESUELVE:

CONFIRMAR el auto de fs. 267/268 vta. en cuanto ha sido materia de recurso.-

El Dr. Edgardo A. Donna no () suscribe la presente por resolución nº 79/05 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación y el Dr. Alfredo Barbarosch por encontrarse en uso de licencia.-

Devuélvase, practíquense las comunicaciones correspondientes en la instancia de origen y sirva lo proveído de atenta nota de envío.//-

Fdo.: GUSTAVO A. BRUZZONE - JORGE LUIS RIMONDI

11.4.- JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

PROPIEDAD INTELECTUAL: comprende no sólo el derecho sobre el bien inmaterial -«corpus mysticum»- sino también sobre la cosa corporal, soporte material sobre el que recae el derecho -«corpus mechanicum»-.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 395/2000 (Sala de lo Civil), de 11 abril (RJ 2000\2434)

Jurisdicción: Civil (RJ 2000\2434)

Recurso de Casación núm. 419/1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

«Victory Films, SA» formuló demanda, en juicio de menor cuantía sobre validez de contrato de opción de compra y otras cuestiones, contra «Producciones Cinematográficas Cesáreo González, SA» y otros. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid dictó Sentencia el 24-6-1995, estimando parcialmente la demanda. En grado de apelación, la Audiencia Provincial dictó Sentencia el 18-9-1998, confirmando la del Juzgado. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y sí haber lugar a los interpuestos por los demandados. (...)

El primer punto es atinente a la propiedad intelectual que es el objeto de la acción ejercitada; el artículo 10.1 d) del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (RCL 1996, 1382), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RCL 1987, 2440), aunque ciertamente es posterior a los hechos, incluye como propiedad intelectual, las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales, que son contempladas específicamente en los artículos 86 y siguientes. La propiedad intelectual se configura como un derecho de propiedad, con determinadas peculiaridades que justifican su especialidad y que derivan fundamentalmente de la naturaleza de su objeto que es un bien inmaterial, aunque respecto a ello hay que destacar que comprende no sólo el derecho sobre el bien inmaterial -«corpus mysticum»- sino también sobre la cosa corporal, soporte material, en el que recae el derecho -«corpus mechanicum»- y sobre uno y otro recaen acciones correspondientes a la propiedad, debidamente adaptadas, como la reivindicatoria, y acciones específicas que prevé la Legislación específica de Propiedad Intelectual.

-Lo cual enlaza con el segundo punto, la naturaleza de la acción ejercitada. Esta debe ser calificada como una acción reivindicatoria, por la que la parte demandante ha reivindicado los derechos sobre una serie de películas como «corpus mysticum» y los materiales o elementos físicos de las mismas como «corpus mechanicum». Para ello le ha sido preciso «a priori» reclamar ciertas

nulidades (como la de sendas compraventas de las mismas películas) y cierta validez (de un denominado «contrato de opción») y «a posteriori», interesar la condena de personas físicas y jurídicas a la cesión del derecho de propiedad intelectual y a la entrega de materiales.

PROPIEDAD INTELECTUAL: Derechos de autor: comunicación pública: supuesto legal de exclusión de la comunicación privada o doméstica de los derechos de autor: vulneración inexistente del derecho de propiedad privada: doctrina constitucional; Delimitación: protección legal referida a determinados derechos, pero no a todos: vulneración inexistente del derecho de propiedad privada: no se excluyen esos derechos no citados.

Cuestión de Inconstitucionalidad promovida por jueces y tribunales: Inadmisibilidad de la cuestión: cuestión notoriamente infundada: expresión que encierra un cierto grado de indefinición: falta de viabilidad de la cuestión sin que ello signifique que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria: doctrina constitucional; margen de apreciación del TC a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad. Derecho a la Propiedad Privada: Contenido esencial: alcance: significa la reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico que se trate y la posibilidad efectiva de realización de ese derecho; delimitación: competencia del legislador en cada tipo de bienes para delimitar los derechos dominicales: debe respetarse el contenido esencial del derecho: doctrina constitucional. Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Inca (Mallorca) en relación con los artículos 17 y 20.1 de la Ley 22/1987, de 11 noviembre, de Propiedad Intelectual, por su posible contradicción con el derecho a la propiedad privada: inadmisión.

Auto Tribunal Constitucional núm. 134/1995 (Pleno), de 9 mayo (RTC 1995\134). Jurisdicción: Constitucional.

Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 53/1995.

La cuestión planteada consiste, pues, en dilucidar si el legislador al haber incluido como derechos o facultades del autor sobre su obra la comunicación pública de la misma, como forma especial de explotación, y al haber excluido la comunicación no pública de aquélla se ha extralimitado al definir el contenido de la propiedad intelectual menoscabando con ello el derecho a la propiedad del dueño del soporte material de la obra.

Para dar respuesta a la cuestión es necesario traer a colación la doctrina de este Tribunal de que corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho. Incumbe así al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales (SSTC 37/1987 [RTC 1987\37] y 89/1994 [RTC 1994\89]). Pues bien, para apreciar lo notoriamente infundada que resulta la duda de constitucionalidad suscitada, basta con resaltar no sólo que la atribución al autor del ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra han venido formando parte en nuestra legislación precedente del conjunto de

derechos o facultades que conformaban el contenido de la propiedad intelectual del autor -arts. 7 y 19 de la Ley de la Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 (NDL 25059)-, sino también, más concretamente, que la comunicación pública de la obra, en cuanto forma especial de explotación, y la consiguiente prohibición de que aquélla pueda realizarse sin la preceptiva autorización, forma parte hoy del contenido de la propiedad intelectual del autor sobre su obra, como así resulta de los tratados internacionales suscritos por España -arts. 9, 11.1, 11 bis, 11 ter y 14 del Convenio de Berna para la Protección de las obras Literarias y Artísticas (RCL 1974\733, 2205 y NDL 25115); IV bis y V de la Convención Universal sobre Derechos de Autor (RCL 1955\1218 y NDL 25095)- y de la legislación de los países de nuestro entorno jurídico, así como de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE (LCEur 1992\3586) del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, y la misma regulación se recoge en el reciente anteproyecto de ley de incorporación al derecho interno de la Directiva 93/1983/CEE (LCEur 1993\3156), del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, con los que guardan una absoluta coherencia los preceptos legales impugnados. También, en lo que se refiere a la no consideración como comunicación pública, exenta, por tanto, del régimen de autorización, la que se celebra dentro de un ámbito estrictamente doméstico.

Cierto es que de la existencia de la propiedad intelectual se deriva, por ende, una serie de limitaciones al derecho de propiedad sobre la cosa material en la que se exterioriza la obra. Mas esa limitación, impuesta en salvaguardia y protección de los derechos del autor sobre la explotación de su obra, no sólo resulta compatible con el derecho de propiedad del dueño de la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual (art. 3), sino que no hace desaparecer ni convierte en irreconocible el derecho a la propiedad del «corpus mechanicum», por lo que no puede considerarse vulnerado el art. 33.1 de la CE.

4. El segundo motivo en el que sustenta el órgano judicial proponente su duda de constitucionalidad, referido en exclusiva al art. 17 y se supone que por su supuesta contradicción con el art. 33.1 de la CE, pues no se cita en el razonamiento que al mismo se dedica ningún precepto constitucional, estriba en que el mencionado art. 17, según el órgano judicial, «sólo dispensa tal protección a determinados derechos de autor, mas no a todos los titulares comprendidos en el ámbito del art. 1.1», citando como ejemplos al arquitecto que proyecta un edificio artístico y al autor de un programa de ordenador.

Tampoco tiene mayor consistencia este motivo, pues, de un lado, el art. 17 en modo alguno excluye la protección de determinados derechos de autor o a sus titulares, sino que adoptando una fórmula totalmente genérica se limita a reconocer al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra, refiriéndose en su inciso final a algunas formas de explotación. De otro lado, es el art. 10.1 el que determina las obras objeto de propiedad intelectual, comprendiendo, explícitamente entre ellas, los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería (f) y los programas de ordenador (g), sin que respecto a los mismos pueda deducirse en forma alguna

que no les sea de aplicación el contenido del art. 17. En todo caso, no puede alcanzarse a comprender en qué medida puede resultar infringido en este extremo, con base en el razonamiento que se exterioriza en el auto de planteamiento, el art. 33.1 de la CE.

FALLO

Por lo expuesto, el Pleno acuerda declarar la inadmisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad (art. 37.1 LOTC).

Absolución delito contra la propiedad intelectual: ausencia de ánimo de lucro

16-02-2002

Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Salas de la Torre, Jdo. Penal 4 Málaga

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tanto en la fase de instrucción, en las declaraciones prestadas por los acusados, como en el plenario, concedida la autorización por el administrador del establecimiento para la práctica del registro, reconocen la existencia de los 92 CD'S en las dependencias del negocio, manteniendo que eran de uso particular, no dedicados a la venta, habiéndose conseguido algunas copias a través de Internet.

El elemento objetivo quedó probado, "la existencia de género de ilícita procedencia, sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual".

Procede, en consecuencia, el estudio del art. 270 del Código Penal, para analizar si concurre los restantes requisitos del tipo delictivo imputado.

SEGUNDO.- Dice el precepto citado que "será castigado ... quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie ...o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica en cualquier tipo de soporte ..." (...)

No se prueba el ánimo de lucro, ni la distribución u oferta pública, ni se identifica a un comprador, por lo que la mera posesión se diluye en el campo del derecho penal, sin perjuicio de las acciones que en otra vía admitida en derecho pueda ejercitar la comercial denunciante, procediendo la absolución de los acusados.

Copias de seguridad de videojuegos: inexistencia de delito

28-01-2004

En Barcelona a veintiocho de enero de dos mil cuatro.

Vistos por la Ilma. Sra. M^a Montserrat BIRULES BERTRAN. Magistrada Juez titular del Juzgado de lo Penal n^o 4 de esta ciudad, en Juicio oral y público, los presentes autos de Procedimiento Abreviado al margen referenciado, seguidos por delito contra la Propiedad Intelectual tipificado en el art. 270.1^o CP contra XXX, YYY, ZZZ, todos ellos mayores de edad, carentes de antecedentes penales, cuyos datos obran en la causa, defendidos respectivamente por el/la Letrado/a Sr/a Sanchez Almeida y representados por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr. Joaniquet. Ejerce la acusación pública el Ministerio Fiscal,, Sr/a Torres, en la representación que la ley le otorga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los hechos declarados probados no son legalmente constitutivos de un delito contra la propiedad Intelectual, previsto y penado en el art 270.1 CP, pues no concurren los elementos que integran dicha infracción formal.

En primer lugar y en cuanto al requisito de procedibilidad es de ver que el artículo 287 CP, refiriéndose a los delitos 'contra la propiedad Intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, dice que "1. Para proceder por los delitos previstos en los artículos anteriores del presente capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los Intereses generales o a una pluralidad de personas".

Pues bien los hechos objeto del presente proceso no afectan a intereses generales ni tampoco a una pluralidad de personas, y no es por ello de aplicación el artículo 287.2 CP. pues no resulta necesaria la previa denuncia cuando se detecta una pluralidad indeterminada de personas afectadas y ajenas al círculo de las directamente agraviadas (...).

En definitiva no consta en autos acreditación alguna de que parte del material intervenido, 37 vídeo juegos, fueran copias no autorizadas, salvo por la admisión de los acusados especialmente por lo manifestado por XXX el cual en todo momento las ha referido como copias efectuadas por él mismo, a título de seguridad para caso de pérdida, destrucción o no devolución de las entregadas en alquiler, y bajo su estricto control conforme arto 100.2 LPI.

En resumen ni en cuanto a la cuestión formal del requisito de procedibilidad ni en cuanto al fondo ha quedado demostrada la tesis inculpatoria de la acusación por lo que procede el dictado de sentencia absolutoria.

Tercero.- No existiendo infracción penal no cabe hablar de autoría ni de circunstancia modificativas de una responsabilidad criminal inexistente ni de una responsabilidad civil dimanante de hecho ilícito que no existe.

11.5.- CASOS DE BIOPIRATERÍA EN AMÉRICA LATINA

Algunos de los casos más celebres de uso de las patentes para la apropiación individual de conocimiento de carácter colectivo latinoamericano. La ayahuasca, la maca, La quinua de los Andes, Tepezcohuite de Chiapas. La biopiratería es una práctica mediante la cual investigadores o empresas utilizan ilegalmente la biodiversidad de países en desarrollo y los conocimientos colectivos de pueblos indígenas o campesinos para realizar productos y servicios que se explotan comercial y/o industrialmente sin la autorización de sus creadores o innovadores. Estos conocimientos sobre el uso de la biodiversidad e incluso las propias especies biológicas han sido patentados en diversas oficinas de propiedad industrial.

Caso Patentado de la Ayahuasca: La ayahuasca es una variedad de la planta utilizada por los pueblos indígenas para sus ritos espirituales y curativos en muchas partes de la Amazonia. Es una de las plantas más arraigadas en la cosmovisión indígena, fuente de alucinaciones que muestran el pasado y el futuro. Conocida científicamente como banisteriopsis caapi fue patentada en la Oficina de Patentes y Registro de Marcas de Estados Unidos con el número 5.571, de fecha 17 de junio de 1986, a nombre de Loren Illar. La Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Amazonia (Coica) denunció al señor Illar en 1994 acusándolo de enemigo de los pueblos indígenas amazónicos.

Centenares de personas y organizaciones indígenas, de derechos humanos y ambientalistas del mundo entero, como la UICN y la WWF-Internacional, expresaron su solidaridad con los pueblos indígenas amazónicos en esta lucha desigual con la Oficina de Patentes y el dueño de la patente. En marzo de 1999, con el auspicio legal del Centro Internacional de Legislación Ambiental (CIEL, por sus siglas en inglés), con sede en Washington y el apoyo de la Alianza Amazónica, la Coica, presentó la demanda en la capital estadounidense. La Oficina de Patentes decidió cancelar provisionalmente la patente otorgada a favor de Loren Illar, el 3 de noviembre de 1999.

El argumento decisivo fue que la planta patentada era conocida y disponible antes de la presentación de la aplicación de la patente.

La ley norteamericana dice que una invención o descubrimiento no puede ser patentado si éste ya está descrito en una publicación impresa en Estados Unidos o en un país extranjero más de un año previo a la fecha de la aplicación para la patente. Irónicamente no primó el respeto por el conocimiento tradicional, sino la casualidad de que esta planta había sido registrada con anterioridad en un Herbario de Michigan. De todos modos, nadie sabe cómo llegó allá

Frente a los nuevos argumentos presentados por Illar, la Oficina de Patentes revisó la resolución de revocatoria y devolvió la patente al solicitante en enero de 2001.

Caso de los Patentes sobre la maca, "el viagra natural": La maca es una planta andina que ha sido parte fundamental de la dieta y de la farmacología de los pueblos indígenas de las tierras altas de Puna, Perú.

Actualmente, los productos derivados de la maca son promovidos como complementos naturales para mejorar funciones sexuales y fertilidad, creciendo su demanda en Estados Unidos, Europa y Japón, por lo cual grandes consorcios farmacéuticos han solicitado la concesión de patentes sobre la misma, a saber:

-Patente No. US 6,267,995 - Pure World Botanicals, Inc. Otorgada: 31 de julio de 2001. Título: Extracto de raíces de *Lepidium Meyenii* para usos farmacéuticos. Solicitudes pendientes en Australia, Oficina Europea de Patentes y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

-Patente No. US 6,093,421 - Biotics Research Corporation. Otorgada: 25 de julio de 2000. Título: Maca y cornamenta para incrementar los niveles de testosterona.

-Solicitud de Patente No. US 878,141 Pure World Botanicals, Inc. Publicada: 11 de abril de 2002. Título: Compuestos de *Lepidium* y métodos para su preparación.

La concesión de derechos exclusivos sobre la maca a empresas bioprospectoras impedirá a los campesinos productores de la maca el comercializar esta planta, sus derivados en los países en donde las patentes han sido concedidas, desconoce el derecho colectivo de los pueblos sobre su conocimiento, violenta su cultura e impide el desarrollo de una fuente importante de divisas a un país pobre de la región andina.

Caso de la Quinua de los Andes: Es un cereal de altísimo valor nutritivo; su composición proteica es muy superior al maíz, sorgo o arroz. Es fundamento de la dieta de muchos pueblos indígenas andinos y una excelente oportunidad de negocios para los mismos. "En 1994, dos investigadores de la Universidad de Colorado recibieron la U.S. Patent 5.304.71, que les otorga control exclusivo sobre las plantas masculinas estériles de una variedad de quinua boliviana de uso tradicional, la apelawa. Los investigadores reconocen que nada hicieron para crear la variedad masculina estéril; declararon ser los primeros en identificar y utilizar un sistema fiable de esterilidad citoplásmica masculina en quinua para la producción de híbridos.

La patente estadounidense no se limita a una sola variedad híbrida, sino que abarca cualquier híbrido de quinua que se derive del citoplasma masculino

estéril de apelawa, incluyendo 36 variedades citadas en la solicitud de patentes". Hasta ahora los agricultores andinos se han limitado a plantear el punto en la Asamblea General de Naciones Unidas

Caso Tepezcohuite de Chiapas: Es una planta que fue utilizada por los mayas como eficaz tratamiento contra las quemaduras. Posee propiedades antiinflamatorias, antibacterianas, anestésicas y regenerativas de la epidermis. En 1986, el Dr. León Roque realizó en México una solicitud de patente sobre la corteza tostada del árbol del tepezcohuite y sobre el procedimiento para convertirlo en polvo, obteniendo en 1989 la patente en Estados Unidos (US 4.883.663). En la síntesis descriptiva de la solicitud de patente se describe el procedimiento tradicional utilizado milenariamente por comunidades indígenas, solo agregándole el elemento de la esterilización

También se otorgó en la oficina de Estados Unidos de América la patente US 5.122.374 por el ingrediente activo de la corteza del tepezcohuite abarcando el método para extraerlo y aislarlo por medio de solventes, más el uso de esos extractos en compuestos farmacéuticos. "Todo el polvo producido con métodos tradicionales constituye una violación de los derechos de patente. Roque se asoció con Jorge Santillán, un industrial que afirma haber recibido derechos monopólicos del gobierno mexicano para la producción del tepezcohuite.

Su empresa planta el árbol en dos de los estados mexicanos. Entretanto, los precios se han remontado para los pobladores de Chiapas y el recurso silvestre se agotó. Las comunidades chiapanecas han sido expropiadas no sólo de sus conocimientos sino también -por los problemas políticos en la zona- de parte del escaso territorio en que crece la mimosa tenuiflora. Los lugareños tendrán que competir por el acceso al árbol con quienes lo comercializan para el mercado mexicano de tepezcohuite"

CAPITULO XII

CONTRASTACION DE HIPOTESIS Y RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

12.1. CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS GENERAL.

12.1.1. HIPOTESIS GENERAL.

Los motivos para dar protección jurídica a la propiedad intelectual, específicamente al Derecho de Autor, son de naturaleza jurídica, económica, y social, materializada en la teoría del beneficio público.

El ordenamiento jurídico tutela los Derechos de Autor y Conexos, por motivos que son de naturaleza jurídica, económica, y social; y son esos mismos factores que inciden en la infracción al derecho de autor, ello es así después de constatar sobre la base de un minucioso análisis documental (Jurisprudencia Judicial, Administrativa –INDECOPI-, y del Tribunal Constitucional). La afirmación es en base a los datos encontrados en el curso del trabajo de investigación.

Los fundamentos de naturaleza jurídica por la cual se otorga protección a los Derechos de Autor y Conexos, son los de dar Seguridad jurídica, tutelar la creación de obras, garantizando que el trabajo desplegado por el autor, no sólo encuentre tutela de la ley, sino los mecanismos de defensa de sus aspiraciones económicas, como contraprestación al trabajo desplegado. En esta línea de ideas la Teoría del Beneficio Público, es la que mas se adecua a las exigencias puntualizadas. La visión instrumental que asegura que es necesaria la

protección jurídica como incentivo para garantizar la innovación y el progreso campea hegemónica en este discurso institucional. Por tanto, estimula el crecimiento económico, y la tasa social de retorno. Sin embargo, también se trata de una teoría que tiene como eje central de su postulado, el enfocar la participación de los actores económicos como incluidos en un sistema económico y jurídico, por lo que para la existencia del mismo es necesario tutelar los derechos intelectuales.

Esta postura, asume un hecho que si bien no está probado empíricamente, pero se da por cierto de modo habitual, como axioma matemático, que las innovaciones (cualquier tipo) benefician social o económicamente tanto a los innovadores como a la sociedad, lo que nos lleva forzosamente a señalar que la creación de una obra merece justificadamente la más amplia tutela jurídica.

Concretamente en el área jurídico penal, la protección del ordenamiento jurídico tiene como fundamento la teoría del bien jurídico tutelado, esto es, respecto a los delitos contra los derechos de autor, vendría a ser el bien jurídico propiedad intelectual, y más específicamente derechos de autor.

Conclusión.- Lo descrito hasta aquí nos llevar a sostener que son los factores jurídico, y socioeconómicos, materializada en la teoría del beneficio público, los motivos para dar protección jurídica al Derecho de Autor y Conexos, y aunque no están explícitamente señalados en las leyes, ello fluye de contrastar la Teoría mencionado con el Derecho Positivo, con lo cual queda demostrado la hipótesis general de investigación

12.2. CONTRASTACION DE LAS HIPOTESIS ESPECÍFICAS

12.2.1. PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA.

Los niveles de eficacia de las normas penales de protección de los Derechos de Autor y conexos, es bajo.

El análisis de la documentación referidos a la comisión de ilícitos de los delitos contra los derechos de autor y conexos, llevan a la conclusión que la eficacia de las normas penales de protección de los Derechos de Autor y conexos, son bajos, no hemos observado en el marco del acopio de datos, así por ejemplo de sentencias condenatorias que impongan penas de libertad efectiva.

Si bien el Ministerio Público es una de las instituciones estatales que mayor compromiso tiene por la lucha contra los violadores de los derechos de autor, y tiene programado permanentemente operativos en los centros comerciales dedicados a comercializar productos que contravienen la propiedad intelectual, por lo menos en la ciudad de Lima, labores realizadas a través de Fiscalías Penales especializadas en Propiedad Intelectual (además son especializadas en asuntos aduaneros), que vienen funcionando desde el año 2003, cuando en dicho año realizaron 310 operativos y recibieron 424 denuncias en total. La 1ra fiscalía especializada realizó 157 operativos (50.6%) y recibió 271 (64.0%) denuncias, mientras que la 2da fiscalía especializada realizó 153 (49.4%) operativos y recepcionó 153 (36.0%) denuncias. Posteriormente se creó una tercera fiscalía especializada. No obstante, igualmente es cierto que es mínimo la cantidad de casos judicializados, a pesar que se cuenta con actas fiscales que demostrarían de la flagrancia en la comisión de los ilícitos. En seguida veremos datos estadísticos del Ministerio Público, en la cual se verifica, la mínima incidencia de la comisión de delitos contra la propiedad intelectual (dado como caso registrado), en relación al universo de delitos:

FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES DE LIMA
PERÚ: 5.4. CASOS REGISTRADOS SEGÚN DELITO GENERICO
2001 - 2005

DELITO GENERICO	AÑO				
	2001	2002	2003	2004	2005
CONTRA LA VIDA/EL CUERPO Y LA SALUD	6755	6442	6007	5603	5395
CONTRA EL HONOR	10	12	16	07	17
CONTRA LA FAMILIA	1490	1203	1048	1105	1460
CONTRA LA LIBERTAD	4497	4473	3812	4129	3989
CONTRA EL PATRIMONIO	21805	20288	19859	17809	16730
CONTRA LA CONF. Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS	919	816	848	760	629
CONTRA LOS DERECHOS INTELLECTUALES	52	31	982	130	104
CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL	8	23	44	54	32
CONTRA EL ORDEN ECONOMICO	111	83	221	111	67
CONTRA EL ORDEN FINANCIERO Y MONETARIO	418	283	273	251	205
DELITOS TRIBUTARIOS	219	217	144	67	46
CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA	6255	7048	8135	6515	7429
CONTRA LA ECOLOGIA	151	115	123	86	86
CONTRA LA TRANQUILIDAD PUBLICA	263	463	477	653	791
CONTRA EL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL	04	08	09	12	08
C. EL PODER DEL ESTADO Y ORDEN CONSTITUCIONAL	01	00	02	05	02
CONTRA LA VOLUNTAD POPULAR	35	50	14	14	12
CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	6582	6840	6997	7134	7697
CONTRA LA FE PUBLICA	5438	6548	6289	6541	6120
CONTRA LA HUMANIDAD	15	05	11	21	23
INFRACCION AL CODIGO PENAL (FALTAS)	25	19	10	17	40
TENTATIVA	22	23	25	66	82
NO TIPIFICADO	155	181	214	238	292
LEY N° 26641 (CONTUMACIA)	00	01	00	03	00
LEY N° 27718 (COMERC. PROD.PIROTECNICO)	02	00	00	00	03
TOTAL	55232	55172	55560	51331	51259

FUENTE: MINISTERIO PUBLICO.

Los datos corresponden al periodo 2001 al 2005, teniendo presente que a partir del 2002, el Consejo Nacional de la Magistratura, viene nombrando Fiscales, a través de sendos concursos públicos, es decir que ello implica la permanencia en sus cargos de autoridades que actúan con independencia y autonomía. En seguida mostramos datos estadísticos del año 2009, y en otro cuadro del año 2010, en lo que parece que es un espacio consolidado, de participación mínima de los delitos contra los “derechos intelectuales” (propiedad intelectual), esto dicho en términos estadísticos relativos.

2009 PERU: 4.3. FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES. CASOS REGISTRADOS, SEGÚN DELITO GENÉRICO

DELITO GENÉRICO	CASOS	%
CONTRA EL PATRIMONIO	20,631	32.46
DELITO CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA	9,104	14.32
DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	7,796	12.27
CONTRA LA LIBERTAD	7,344	11.55
DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA	7,020	11.04
CONTRA LA VIDA/EL CUERPO Y LA SALUD	6,316	9.94
CONTRA LA FAMILIA	2,125	3.34
CONTRA LA TRANQUILIDAD PUBLICA	1,348	2.12
CONTRA LA CONF.Y.LA.BUEN.FE.EN.NEGOCIOS	668	1.05
DELITOS AMBIENTALES	324	0.51
CONTRA EL ORDEN FINANCIERO Y MONETARIO	218	0.34
NO TIPIFICADO	186	0.29
CONTRA EL ORDEN ECONOMICO	127	0.20
INFRACCION AL CODIGO PENAL (FALTAS)	58	0.09
TENTATIVA	50	0.08
CONTRA LOS DERECHOS INTELECTUALES	49	0.08
LAVADO DE ACTIVOS	45	0.07
DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD	45	0.07
DELITOS TRIBUTARIOS Y ADUANEROS	29	0.05
CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL	25	0.04
CONTRA.PODER.DEL.ESTADO Y ORDEN CONSTIT.	14	0.02
CONTRA EL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL	13	0.02
CONTRA EL HONOR	12	0.02
DELITOS CONTRA LA VOLUNTAD POPULAR	10	0.02
DELITOS ADUANEROS (LEY 28008)	04	0.01
TOTAL	63,561	100.00

FUENTE: Sistema de Apoyo al Trabajo Fiscal
ELABORADO: Oficina de Racionalización y Estadística

2010: FISCALIAS PROVINCIALES PENALES DE LIMA
PERU: 4.4. FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES. CASOS REGISTRADOS, SEGÚN

DELITO GENÉRICO	CASOS	%
CONTRA EL PATRIMONIO	25826	30.21
DELITO CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA	12888	15.08
DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	10214	11.95
CONTRA LA LIBERTAD	9372	10.96
CONTRA LA VIDA/EL CUERPO Y LA SALUD	8976	10.50

DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA	8610	10.07
CONTRA LA FAMILIA	3013	3.53
CONTRA LA TRANQUILIDAD PUBLICA	2035	2.38
CONTRA LOS DERECHOS INTELECTUALES	799	0.93
CONTRA LA CONF.Y.LA.BUEN.FE.EN.NEGOCIOS	664	0.78
INFRACCION AL CODIGO PENAL (FALTAS)	453	0.53
DELITOS TRIBUTARIOS	385	0.45
DELITOS AMBIENTALES	356	0.42
NO TIPIFICADO	353	0.41
CONTRA EL ORDEN FINANCIERO Y MONETARIO	327	0.38
DELITOS CONTRA LA VOLUNTAD POPULAR	227	0.27
DELITOS ADUANEROS (LEY 28008)	178	0.21
TENTATIVA	170	0.20
CONTRA EL ORDEN ECONOMICO	164	0.19
LAVADO DE ACTIVOS	162	0.19
CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL	125	0.15
DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD	108	0.13
CONTRA EL HONOR	46	0.05
CONTRA EL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL	14	0.02
CONTRA.PODER.DEL.ESTADO Y ORDEN CONSTIT.	9	0.01
LEY 27718(DELITO TRANSP, COMERC. PRODUC. PIROTEC.)	1	0.001
TOTAL	85,475	100.00

FUENTE: Oficina Central de Tecnologías de la Información - OCTI.
ELABORADO: Oficina Central de Planificación y Presupuesto - OCPLAP.

El Ministerio Público, a través de las Fiscalías especializadas en los delitos contra la propiedad intelectual, ejecuta estrategias, frente a la piratería, actuando con la celeridad que la protección a los derechos de la Propiedad Intelectual demanda, siendo el mayor índice de operativos llevados a cabo por estas fiscalías, relacionadas a los rubros de prendas de vestir, cartuchos para impresoras, programas de ordenador, fonogramas que incluyen discos compactos, cassettes, videos, asimismo medicamentos, entre otros productos; en tanto que operativos contra la piratería editorial han sido escasos.

En los Juzgados Penales, se pudo verificar que las modalidades más frecuentes de infracción a los derechos del autor, son las reproducciones no autorizadas, reprografía, comercialización de CDs musicales, DVDs de películas, seguida del plagio, y la usurpación de paternidad, las que con mayor frecuencia se presentan y expanden en todo el país, constituyendo un problema, que compite deslealmente con la actividad lícita, la creatividad de los autores, y en contra del sistema económico del país.

Los denunciados, investigados, y posteriormente procesados por delitos contra los derechos de autor y conexos, al percibir que existe impunidad, y control formal pero no material, por parte del Estado, hacen de su actividad ilícita algo permanente y habitual.

En los casos ventilados en INDECOPI, se verifica imposición de multas, respecto al número de expedientes resueltos por la Sala de Propiedad Intelectual durante los últimos años considerando del 2001 al 2010, los datos oficiales señalan que de todos los casos resueltos por la Sala, sólo un 3% son impugnados ante el Poder Judicial, en tanto que el 97% de ellos pasaron a constituir Resoluciones Firmes. Por otro lado, durante el período que va del año 2001 al 2010, el promedio de actividades represivas por parte de INDECOPI, protegiendo la propiedad intelectual, ha sido allanamientos de imprentas en promedio uno por año, allanamiento de depósito de libros en promedio uno por año, y operativo de represión ilegal en promedio uno por año. La Oficina de Derechos de Autor, creada por Decreto Ley N° 25868 (1993) y regida por el Decreto Legislativo 822 (1996), inició su funcionamiento en marzo de 1993, encargada del cumplimiento de las normas legales que protegen al autor, a los artistas, intérpretes y ejecutantes con respecto a sus obras, interpretaciones y ejecuciones, así como a todo titular de derechos, tiene a su cargo el registro de las obras y resuelve en primera instancia administrativa el procedimiento de infracción a los derechos de autor.

DDA: INFRACCIONES CONCLUIDAS, SEGÚN FORMA DE CONCLUSIÓN, 2006-10

N°	FORMA DE CONCLUSIÓN	2006	2007	2008	2009	2010	TOTAL	%	% ACUM.
1	Fundado 1/	148	134	219	259	287	1,047	67,94	67,94
2	Conciliación	33	17	18	14	27	109	7,07	75,02
3	Improcedencia	19	15	13	30	24	101	6,55	81,57
4	Infundada	15	05	15	25	27	87	5,65	87,22
5	Desistimiento	14	19	19	10	13	75	4,87	92,08
6	Inadmisible	06	10	03	13	08	40	2,60	94,68
7	Abandono	01	02	00	00	00	03	0,19	94,87
8	Denegatoria	00	01	00	00	01	02	0,13	95,00
9	Otros	11	08	19	29	10	77	5,00	100,00

Total	247	211	306	380	397	1,541	100,00
-------	-----	-----	-----	-----	-----	-------	--------

Nota: La clasificación presentada en este cuadro muestra el mayor detalle posible permitido por la base de datos de la DDA. No es posible mostrar mayor desagregación en los rubros "otros".

1/ La categoría Fundado incluye aquellos expedientes declarados Fundados en parte.

Fuente: Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI.

En el periodo acumulado 2006 - 2010, el 67,94% del total de infracciones concluidas fueron declaradas fundadas. La participación porcentual de cada una de las demás formas de conclusión fue menor que 8%.

DENUNCIAS SOBRE INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR.

Durante el periodo 2006 - 2010 se presentaron ante la DDA, un total de 1 521 denuncias sobre infracciones al derecho de autor. De este total, durante el año 2010 se presentaron 395 infracciones, observándose un incremento de 5,90% con respecto al 2009 donde se presentó un incremento de 19,17% con relación al 2008, año en que hubo un aumento de 44,91% respecto al año anterior.

DDA: INFRACCIONES PRESENTADAS, SEGÚN TIPO DE OBRA, 2006-10

N°	TIPO DE OBRA	2006	2007	2008	2009	2010	TOTAL	%	% ACUM.
1	Obras Artísticas	123	99	161	212	205	800	52,60	52,60
2	Fonogramas	21	32	70	26	36	185	12,16	64,76
3	Programas de ordenador (software)	30	27	41	23	61	182	11,97	76,73
4	Derechos Conexos	01	13	10	77	62	163	10,72	87,44
5	Obras Literarias	18	29	19	20	20	106	6,97	94,41
6	Obras Audiovisuales 1/	26	10	05	08	03	52	3,42	97,83
7	Contratos SGC 2/	02	03	02	05	02	14	0,92	98,75
8	Transmisiones de Cable	02	01	02	01	05	11	0,72	99,74
9	Demás Producciones del Ingenio Humano	01	01	01	00	01	04	0,26	99,74
10	Base de datos	00	00	01	01	00	02	0,13	99,87
11	Transmisión de una Emisión	00	01	01	00	00	02	0,13	100,00

Total	224	216	313	373	395	1,521	100,00
--------------	-----	-----	-----	-----	-----	-------	--------

1/ Las obras audiovisuales aunque se encuentran conceptualmente dentro de las obras artísticas, en este cuadro se muestran por separado.

2/ SGC: Sistema de Gestión Colectiva.

Fuente: Dirección de Derecho de Autor del Indecopi.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Con relación a las denuncias presentadas, el cuadro anterior permite visualizar que el 52,60% del total de denuncias por supuestas infracciones al derecho de autor estuvieron vinculadas a obras artísticas. La participación porcentual de cada uno de los demás tipos de obra estuvo por debajo de 13%.

El Registro de Derecho de Autor, es el acto administrativo por el cual el autor de una obra, inscribe la titularidad de sus derechos morales y patrimoniales, el mismo que sólo constituye un elemento de publicidad y prueba de anterioridad que admite prueba en contrario, este Registro es facultativo. Los datos oficiales obtenidos de Indecopi respecto al Registro de Derecho de Autor, y los procedimientos iniciados y apelaciones resueltas, indican que en mayor medida esta institución ha centrado su trabajo en el acto administrativo de registrar el derecho de autor. En tanto que las medidas de prevención se han desarrollado de manera muy limitada y casi inexistente si comparamos con la magnitud del problema en cuestión. En el cuadro siguiente se presenta información estadística sobre solicitudes de registro de derecho de autor, denuncias por presuntas infracciones al derecho de autor, y actos modificatorios para el periodo 2006 – 2010:

N°	TIPO DE PROCEDIMIENTO	2006	2007	2008	2009	2010	TOTAL	%	% ACUM
1	Registros	1,361	1,169	1,244	1,364	1,360	6,498	78,11	78,11
2	Infracciones 1/	224	216	313	373	395	1,521	18,28	96,39
3	Actos modificatorios	58	48	62	72	60	300	3,61	100,00
	TOTAL	1,643	1,433	1,619	1,809	1,815	8,319	100,00	

1/ Se refiere a las denuncias por presuntas infracciones al derecho de autor.

Fuente: Dirección de Derecho de Autor del Indecopi.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

SOLICITUDES DE REGISTRO PRESENTADAS, SEGÚN TIPO DE OBRA,
2006-10.

N°	TIPO OBRA	DE	2006	2007	2008	2009	2010	TOTAL	%	% ACUM.
1	Obras Literarias		870	732	723	737	699	3 761	57,88	57,88
2	Fonogramas		149	160	206	217	255	987	15,19	73,07
3	Programas de ordenador (software)		158	95	125	191	133	702	10,80	83,87
4	Obras Artísticas		94	92	113	102	179	580	8,93	92,80
5	Obras Audiovisuales1/		22	40	21	45	21	149	2,29	95,09
6	Contratos SGC 2/		25	15	14	11	39	104	1,60	96,69
7	Otros		43	35	42	61	34	215	3,31	100,00
	Total		1,361	1,169	1,244	1,364	1,360	6,498	100,00	

Nota: La clasificación presentada en este cuadro muestra el mayor detalle posible permitido por la base de datos de la DDA. No es posible mostrar mayor desagregación en el rubro "otros".

1/ Las obras audiovisuales aunque se encuentran conceptualmente dentro de las obras artísticas, en este cuadro se muestran por separado.

2/ SGC: Sistema de Gestión Colectiva.

Fuente: Dirección de Derecho de Autor del Indecopi.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

La mayor cantidad de solicitudes de registro estuvieron relacionadas a obras literarias que acumularon un total de 3,761 solicitudes y representaron el 57,88% del total de solicitudes de registro de derecho de autor. La participación porcentual de los demás tipos de obra fue de 16% a menos.

Las mercancías "pirata", presenta características similares al original, así en los casos de CDs, o Libros, son similares en cuanto al diseño, la portada, el color, al texto, el ISBN, e incluso el código de barras, agregándosele irónicamente la frase "prohibida su reproducción". Lo cual puede ser corroborado con los datos que nos ofrecen, las diversas instituciones relacionadas a la propiedad intelectual, como las Sociedades de Gestión Colectiva, la Cámara Peruana del Libro, o la misma Biblioteca Nacional. Observando las estadísticas, un dato, de importancia es que el Perú, a diferencia de otros países de la región, ha reducido el número de títulos y ejemplares legalmente producidos; disminuyendo el monto de comercialización comparados con las ediciones piratas, que sí han

incrementado sus ventas. Este hecho ocasiona que los pocos libros que se producen legalmente, la piratería hace que un buen número de ejemplares no puedan venderse, y los editores se ven impedidos de recuperar la inversión realizada, al reducirse cada vez mas el mercado para dar paso a la venta ilegal.

Conclusión.- Con los resultados de la investigación empírica queda demostrado que en de bajo nivel la eficacia de las normas penales que tutelan los Derechos de Autor y conexos, lo cual nos lleva a aceptar la primera hipótesis específica mencionada líneas arriba.

12.2.2.- SEGUNDA HIPÒTESIS ESPECÌFICA.

Los factores que inciden en la eficacia o ineficacia de las leyes penales de protección de los derechos de autor y conexos, tienen que ver con aspectos jurídicos, sociales, y económicos.

Los datos obtenidos en el Ministerio Publico, Indecopi, y otros organismos, nos indican que las formas de infracción más frecuente a los derechos de autor, son la piratería y la reprografía, ambos constituyen infracción al derecho patrimonial que tiene el autor de ser el único quien decide cómo reproducir y distribuir su obra. Por otro lado, son mínimos los casos de plagio, o usurpación de paternidad, cuyos casos tramitados ante INDECOPI, son muy escasos.

Se argumenta con frecuencia que la piratería se incrementa por el alto costo de las obras originales y nuevas, sin entender que si bien es cierto que el producto final no paga IGV, sin embargo toda la cadena de producción sí lo hace, éstos tienen que hacer frente al pago de aranceles, impuestos que gravan los insumos como el papel, la tinta, los que finalmente se trasladan al costo final del libro. En tanto que las obras piratas con tirajes altos, copan el mercado informal, y son comercializados a costos muy bajos, por los salarios de hambre que pagan y por la evasión tributaria que los caracteriza a quienes se dedican a esta ilícita actividad.

Respecto a las condiciones socioeconómicas de los infractores, si bien en su mayoría residen en los distritos populosos de Lima y las capitales de departamento y provincias de alto movimiento económico (Juliaca, Chimbote, Sicuani, la Oroya, Huacho, Chincha, Sullana, Andahuaylas, Huanta), que comprenden la llamada clase media, aquellos cuyos ingresos económicos mensuales se encuentra en el rango de S/1,292.00 a S/7,500.00 nuevos soles, como son los casos de los empleados públicos (Profesores de Educación básica regular, profesionales de la salud, efectivos policiales), que cubren la canasta básica familiar. La Canasta Básica Familiar (CBF), en el 2006 la CBF para Lima Metropolitana se valorizó en S/. 1,179 mensuales, y para el 2009 sumó S/. 1,292. Por otro lado, un estudio de la consultora Macroconsult revela que sólo 14 de cada 100 hogares tiene un ingreso familiar mayor a 1000 soles mensuales, lo que significa que 86% de hogares (aproximadamente más de 6 millones de familias) tiene un ingreso menor o igual a 1000 soles. Es decir, estos hogares no tienen para cubrir la Canasta Básica Familiar valorizada en S/. 1,292 mensual,

Entonces si el 86% de hogares a nivel nacional no tienen para cubrir la canasta básica familiar, y escasamente cubren sus necesidades básicas, el ingreso familiar que refieren es muy reducido, con montos por debajo de la canasta familiar. Monto insuficiente que no les permita adquirir obras (libros, CDs musicales, DVDs de películas), nuevos y originales. Respecto al costo de las obras, consideran que éstos son de elevados precios, manifiestan que con mayor frecuencia adquieren este tipo de material en los vendedores informales, que en la mayoría de los casos se dedican a la venta de obras “piratas”. Asimismo, averiguando en Centros de Comercio Formal de Obras (llámese librerías, tiendas que venden música, película, software, juegos), el cuadro comparativo del precio de las mismas, nos muestra claramente que el factor económico (costo de obras) contribuye a la contravención de la ley penal. Por tanto, luego del procesamiento, análisis e interpretación de los datos, podemos señalar que los factores socioeconómicos influyen en la ocurrencia de los hechos (infracción al derecho de autor, mayoritariamente por

la modalidad de piratería editorial y reprografía ilegal).

Conclusión.- Consecuentemente, queda demostrada la segunda hipótesis específica: Los factores que inciden en la eficacia o ineficacia de las leyes penales de protección de los derechos de autor y conexos, tienen que ver con aspectos jurídicos, sociales, y económicos.

12.2.3.- TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

A mayor violación de los derechos de autor menos sanción jurídica penal.

La relación que existe entre la aplicación de las sanciones contempladas en la Ley penal nacional referidos a los delitos contra los derechos de autor y conexos, con la incidencia en las violaciones de los Derechos de Autor, son inversamente proporcional con la violación a los derechos de autor.

El nivel de conocimientos sobre el derecho de autor constituye uno de los factores que influye en la infracción a estos derechos, sin embargo; los datos recopilados en el trabajo de campo nos lleva a establecer que los infractores tienen un regular nivel de conocimientos sobre aspectos básicos de la protección al derecho de autor, pero que sin embargo inciden en su infracción, porque tienen conocimiento que a mayor violación de los derechos de autor, menos sanción jurídica. Cuando hay mayor infracción y violación a los Derechos de Autor y conexos, el tema pasa a ser problema social, y se institucionaliza cuando comerciantes hacen de su actividad ilícita algo permanente y habitual, estableciendo grandes emporios comerciales, dedicados exclusivamente a expendio de mercadería "*pirata*".

El Ministerio Público, si bien tiene el mayor compromiso institucional para combatir a quienes están comprendidos en los delitos contra los

Derechos de Autor y conexos, sin embargo su accionar se ve desbordado por la realidad económica y social, y naturaleza propia de la propiedad intelectual, que constituye un intangible que es fácil de reproducir, y difícil de controlar, es mínimo el esfuerzo para conseguir una copia de un CD, y luego comercializar. Es claro que las estrategias de esta institución deberán ser replanteadas, para tener mejores resultados, en la tarea que el Estado y la Sociedad le han encomendado.

El Poder Judicial, debe comprometerse aun mas en la lucha contra los que violan los Derechos de Autor, y sobretodo establecer marcos jurídicos institucionales eficaces, como lo viene haciendo en muchísimas áreas como por ejemplo los beneficios penitenciarios, en las que la Presidencia de la Corte Suprema ha dado claras directivas en las que establece pautas para el otorgamiento de los beneficios penitenciarios.

Debemos indicar, también que si bien el rol de INDECOPI, se encuentra circunscrito a nivel administrativo, tiene legalmente competencia en la prevención a la infracción a los Derechos de Autor, sin embargo este rol ha sido ejercido de manera muy limitada, toda vez que en su accionar el INDECOPI ha priorizando aspectos más formales, de Oficina, como el Registro de los Derechos de Autor y Conexos, y no su prevención, tutela a través de acciones que efectivamente defiendan los Derechos de Autor, y cuando corresponda inclusive de judicialización de casos justiciables penalmente.

Los procesados por delitos contra derechos de autor y conexos, tienen conocimiento de los ilícitos en los cuales están incurso, sin embargo, al percibir que existe impunidad y escaso control por parte del Estado, justifican su actitud y comportamiento, y hacen de su actividad ilícita algo permanente y habitual.

Conclusión.- Con los datos obtenidos, análisis de la jurisprudencia glosada y comentada en el presente trabajo, podemos afirmar que queda

demostrada la tercera hipótesis específica: A mayor violación de los derechos de autor menor sanción jurídica penal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- Las Hipótesis formulas a los problemas de investigación planteados, han sido corroboradas, en el curso de la contrastación y como fruto del resultado de la investigación.

SEGUNDA.- Las normas que regulan los delitos contra los derechos de autor y conexos (Código Penal Artículos 216^o-221^o), son de naturaleza compleja, y requieren una ardua tarea interpretativa, en el caso peruano las normas en ocasiones son reiterativas, y por ello mismo oscuras. Dada su naturaleza de leyes penales en blanco, las normas que tipifican los delitos contra los derechos de autor y conexos, deben ser lo mas claras y sencillas, en la medida de lo posible, concordando y ensamblando las normas penales con las administrativas, es lo que pretendemos hacer con la propuesta de reforma legal y constitucional.

TERCERA.- Las normas de delitos contra los derechos de autor y conexos (Código Penal Artículos 216^o-221^o), y las normas del derecho de autor - Decreto Legislativo N° 822, han sufrido numerosas modificaciones, y ello es un síntoma de lo dinámico que resulta el Derecho Penal Económico, y la necesidad, por ahora, de la interacción entre la dimensión punitiva y la administrativa.

CUARTA.- Las normas que regulan los delitos contra los derechos de autor y conexos, tienen que ver con normas internacionales, tanto regional (Comunidad Andina), como mundial (ONU), y normas internacionales como Tratados y Pactos, que cada día se crean, modifican, y suprimen, siendo

una realidad jurídica dinámica que tiene que ver con aspectos que se actualizan permanentemente con el avance de la ciencia y la tecnología.

QUINTA.- El Derecho Comparado, tiene interesantes desarrollos legislativos punitivos, en España, se reprime a través del Código Penal, y en la Argentina a través de una Ley especial que data de la primera mitad del siglo XX, y que ha sufrido modificaciones, y en ambos casos se consideran a los delitos contra los derechos de autor como una especie de los delitos contra la propiedad intelectual.

SEXTA.- La Jurisprudencia, no es significativamente importante a nivel nacional, como si lo es a nivel del Derecho Comparado, los países con mayor cultura jurídica, como España y Argentina, tienen un interesante desarrollo jurisprudencial. A nivel administrativo el nivel de la jurisprudencia es de mayor nivel que a nivel jurisdiccional.

SEPTIMA.- A nivel de INDECOPI, las modalidades más frecuentes de infracción a los derechos del autor de obras literarias son: la reproducción no autorizada, seguida del plagio, la usurpación de paternidad, que con frecuencia se presentan y expanden en todo el país, constituyendo una verdadera amenaza a la actividad lícita, la creatividad de los autores y en contra del sistema económico del país.

RECOMENDACIONES:

Las recomendaciones que a continuación exponemos, pretenden sintetizar de manera precisa las sugerencias que planteamos a los diferentes sectores e instancias de la sociedad, a fin que se adopten medidas urgentes y prioritarias que conlleven una eficaz protección a los derechos morales y patrimoniales del derecho de autor, como única garantía de desarrollo científico y tecnológico, y que la sociedad se siga beneficiando de su talento y creatividad tal como lo hacen los países desarrollados.

PRIMERA.- Toda vez que los factores socioeconómicos son complejos y escapan al control de las autoridades, al no ser los únicos que influyen en la ocurrencia de delitos contra los derechos de autor y conexos, se deben adoptar medidas correctivas a nivel institucional en los que sí es posible intervenir como el caso de los factores de orden académico, controlando paulatinamente el uso fragmentado de libros y fotocopias, con campañas masivas y permanentes que sensibilicen a docentes y alumnos respecto a las nefastas consecuencias que su práctica trae consigo, en esa línea de ideas es necesario mejorar los servicios bibliotecarios, invirtiendo en la compra de mayores volúmenes de libros y suscripción de revistas especializadas, ampliación y mejoramiento de la infraestructura, designación de personal profesional (bibliotecólogos) en su conducción, así como personal capacitado en el servicio a los usuarios, que motiven y no ahuyenten al lector; convirtiéndolos en centros básicos y fundamentales de acceso a la información y al conocimiento.

SEGUNDA.- Respecto al factor administrativo, es urgente que las autoridades públicas y privadas, coordinen acciones conjuntas con el fin de erradicar la comercialización de obras que violan los derechos de autor y conexos, en uno de los sectores álgidos como son los fotocopiados de libros, se debería crear mecanismos de supervisión del funcionamiento de las fotocopadoras, autorizando su uso bajo contrato, en el que se explicita claramente las cláusulas que contengan condiciones que frenen la reprografía ilegal.

TERCERA.- Es prioritario que los autores, sus representantes o derechohabientes, trabajen en la creación de más Organización de Gestión Colectiva, como las hay en la mayoría de países del mundo, instituciones dedicadas específicamente a tutelar y defender el respeto a los derechos morales y patrimoniales del autor, haciendo que desde la sociedad civil se establezcan mecanismos que frenen la práctica generalizada de los delitos contra los derechos de autor y conexos. Exigiendo a su vez, la acción decisiva del Estado a través de sus organismos competentes, Policía Nacional, Indecopi, Ministerio Público, Poder Judicial, Sunat, Aduanas, Municipios, quienes deben actuar en el campo de la represión frontal, intensificando labores de inteligencia operativa que permitan identificar la cadena de producción, distribución y venta de productos ilegales, y la aplicación drástica y efectiva de la ley.

CUARTA.- Crear y buscar fuentes de financiamiento que permitan implementar campañas publicitarias de difusión masiva, por diferentes medios de comunicación que eduquen y prevengan a la población a nivel nacional de las consecuencias negativas del uso generalizado de material que viola los derechos de autor y conexos, llámese libros piratas y fotocopias, así como rescatar los valores de respeto a la ley como base de la convivencia en toda sociedad organizada y civilizada.

QUINTA.- La propiedad intelectual forma parte de los derechos fundamentales de la persona, y su respeto contribuye al desarrollo socioeconómico de la población, quien es la única beneficiaria de la creación intelectual; como tal, éste debe merecer la mayor atención en el ámbito educativo, desde los colegios, universidades y demás centros de educación superior, permitiendo su difusión y concientización en los diferentes sectores de la población que hacen uso de las obras.

SEXTA.- Las obras en general, constituyen el producto de la creación, el talento e imaginación de los autores, y son considerados elementos insustituibles en el desarrollo socioeconómico y cultural de toda sociedad, permitiendo el mejoramiento de la calidad de vida de la población; como tal, el

Estado y los gobernantes de turno, son los responsables de aprobar lineamientos de política cultural que las protejan; sin embargo, hasta la fecha se muestra desatención y desvalorización a la cultura, al no existir una política cultural en el país. Hay muchos indicadores de ello, lo cual no es entendible, sobretodo por cuanto de por medio esta el acceso a la educación y a la información, que constituyen derechos humanos fundamentales garantizados por la Constitución y los tratados internacionales sobre la materia; por tanto, una obra literaria es un elemento esencial de educación, que informa, entretiene, educa y culturiza, además de estimular y contribuir con la investigación, en especial en esta era llamada del conocimiento.

SEPTIMO.- Las obras no pueden ser consideradas sólo como una mercancía más de consumo, sujeta a las reglas de la oferta y la demanda; sin priorizar la función social que ella representa, que permite tener igualdad de acceso a la información para el desarrollo personal, la educación el estímulo, el enriquecimiento cultural, la actividad económica y la participación informada en la democracia.

ANEXOS

PROYECTOS DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES N° 0001 /2012 CR.

Propone modificar el Capítulo I del Título I de la Constitución, referente a la

Proponente: Pedro Abraham Valdivia Dextre

EXPOSICION DE MOTIVOS

1. FUNDAMENTOS.

La constitución es base fundamental del ordenamiento jurídico, y debe consagrar en calidad de Derecho Fundamental a la Propiedad Intelectual, concepto matriz del Derecho de Autor (Derecho Moral, y Patrimonial), y la Propiedad Industrial. La importancia de consagrar expresamente este concepto tiene una extensión que va desde el Derecho de Autor, de Propiedad Industrial, Administrativo, Civil, y el Derecho Penal.

2. ANALISIS COSTO BENEFICIO

El proyecto de reforma constitucional no genera ningún costo económico ni tiene repercusión de índole económica que pueda afectar al presupuesto del Tesoro Público; por el contrario, trae como beneficio crear un marco jurídico constitucional adecuado para una mejor actuación y trabajo de los operadores jurídicos.

3. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

La presente reforma propone modificar el siguiente artículo 2°, de la Constitución, a efectos de establecer en el base del ordenamiento jurídico, un sistema de seguridad jurídica dinámica, que propenda a la mayor circulación de bienes, con lo cual se procura el bienes de la ciudadanía, en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

4. FORMULA LEGAL

Por lo expuesto se somete a estudio y consideración el siguiente texto legal:

Por cuanto:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguientes: 0033

PROYECTO QUE PROPONE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Artículo 1°.- Modificase el numeral 8 al artículo 2° de la Constitución, en los siguientes términos:

"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

8.- A la Propiedad Intelectual".

Exposición de Motivos:

El cambio propone: Consolidar cuál es el propósito para el cual se extiende el manto protector de la Constitución, a la Propiedad Intelectual, un concepto que abarca tanto al Derecho de Autor y Conexos (Derecho Patrimonial, y Moral), y la Propiedad Industrial. Además que la norma actual omite tutelar absurdamente muchos supuestos de hechos que comprenden el concepto mayor de la Propiedad Intelectual, solo tutela algunos aspectos de está como son: La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto.

La regulación legal vigente, pretendiendo ser expresa, deja de lado muchísimos aspectos que deben comprender la tutela constitucional. Con la formula propuesta se facilita la regulación y se evitan numerosos problemas de interpretación. Nuestra propuesta, esta en la misma línea dispensada por el constituyente para tutelar los derechos de propiedad y herencia.

Estimamos que la formula empleada por el constituyente para tutelar los derechos de propiedad y herencia, en calidad de derechos fundamentales, siendo precisa y puntual, tiene simpleza, claridad, y profundidad al mismo tiempo (Artículo 2° Toda persona tiene derecho: *.16. A la propiedad y a la herencia*").

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- La presente ley entra en vigencia el día ____ de ____ del año ____ Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación. En Lima, a los del mes de ... del 2012.

PROYECTO DE LEY PARA MODIFICAR LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS.

PROYECTOS DE LEY N° 0002/2012 CR.

Proponente: Pedro Abraham VALDIVIA DEXTRE.

EXPOSICION DE MOTIVOS

1. FUNDAMENTOS

El Código Penal, es parte importante del sistema jurídico peruano, debe adoptar medidas en procura de proteger los intereses de los justiciables, de los bienes jurídicos tutelados. Constituye la idea matriz del fundamento de la propuesta de reforma.

2. ANALISIS COSTO BENEFICIO

El proyecto de ley no genera ningún costo económico ni tiene repercusión de índole económica que pueda afectar al presupuesto del Tesoro Público; por el contrario, trae como beneficio crear un marco jurídico penal adecuado para una mejor actuación y trabajo de los operadores jurídicos.

3. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

La presente iniciativa legal propone modificar los siguientes artículos: 216°, 217°, y derogar los 218°, 219°, 220°, 220°- A, 220°- B, 220°- C, 220°- D, 220°- E, 220°- F, y 221°, del Código Penal, a efectos de establecer en forma clara e inequívoca un sistema de seguridad jurídica.

FORMULA LEGAL

Por lo expuesto se somete a estudio y consideración el siguiente texto legal:

Por cuanto:

PROYECTO DE LEY PARA MODIFICAR LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS DENTRO DE UN SISTEMA DE ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA Ha dado la ley siguiente:

LEY QUE REFORMA LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS

Artículo 1°.- Modificaciones al Código Penal

Modifícase los artículos 216°, 217°, y deróguese los artículos 218°, 219°, 220°, 220°- A, 220°- B, 220°- C, 220°- D, 220°- E, 220°- F, y 221°, del Código Penal, con los siguientes textos:

DELITOS CONTRA DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS.

“**Artículo 216°.-** Será sancionado con la pena privativa de libertad de dos a seis años, y de multa de diez a trescientos sesenta y cinco días, el que reproduzca, plagie, divulgue, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, colección, 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 autor y conexos, o de sus cesionarios. La misma pena se impondrá a quien importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización.

Será sancionado con la misma pena, el que se arroga la paternidad de una obra, mutile, modifique, o altere en su contenido, atentando contra la originalidad.

Será castigado también con la misma pena, la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador.”

Exposición de Motivos:

Los fundamentos de la modificación obedecen a las razones siguientes. 1) El texto vigente es redundante, muchos aspectos del artículo 216°, se encuentran en otros artículos del Título VII, Capítulo I, del Código Penal. Pretende la propuesta reformadora, contribuir en claridad, para evitar problemas innecesarios de interpretación. Además, los supuestos de hecho contemplados en la reforma, abarcan el amplio espectro de los Derechos de Autor, es decir tanto el Derecho Patrimonial, como el Derecho Moral. Asimismo las penas, se encuentran en concordancia, con las normas de la parte general del Código Penal.

AGRAVANTES DE LOS DELITOS CONTRA DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS.

"Artículo 217º.- Será sancionado con la pena privativa de libertad de cuatro a ocho años, y multa de diez a trescientos sesenta y cinco días, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por el período de seis meses a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
- b) Que el daño causado revista especial gravedad.

En tales casos el Juez o Colegiado podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. El cierre temporal no podrá exceder de cinco años".

Exposición de Motivos:

El cambio propone: Consolidar cuál es el propósito para el cual se extiende la tutela penal del Derecho de Autor y Conexos. Las normas actuales omiten absurdamente precisar sistemáticamente las agravantes de los delitos contra los derechos de autor.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- Disposición derogatoria.

Deróganse los artículos que se opondrán a la presente Ley.

SEGUNDA.- Vigencia.

La presente ley entra en vigencia el día de del año Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los del mes de ... del 2012.

BIBLIOGRAFIA

ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro.

- *“Introducción al Derecho Penal de la Competencia. Análisis Histórico y comparativo del D. Legislativo 701”*. Revista Derecho Nº 48, 1994. PUCP. P. 253 y ss.
- *“Derecho Penal Económico. Consideraciones jurídicas y económicas”*. Lima 1997.
- *“La Ley Penal en Blanco y el principio de certeza”*. Revista Peruana de Ciencias Penales. Nº 9, 1999.
- *“Derecho Penal Económico. Parte Especial”*. Lima 2000. IDEMSA.
- *“Acerca de la Teoría de Bienes Jurídicos”*. En *“Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez”* Director José URQUIZO OLAECHEA. Pp.: 1/77. Lima 2007. IDEMSA.

ALARCON, Reynaldo. *“Métodos y diseños de investigación del comportamiento”*. Lima: Universidad Peruana Cayetano Heredia, 1991.

ÁLVAREZ ROMERO, Carlos Jesús. *“Significado de la publicación en el derecho de la propiedad intelectual”*. Centro de Estudios Hipotecarios, España, 1969.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *“Historias de los pensamientos criminológicos”*. Prólogo de E. Raúl Zaffaroni. Buenos Aires 2005. Editorial del Puerto.

ANDREOTTI, Alfredo. *“Le leggi per la tutela della proprietà letteraria, artistica ed industriale”*, en: *Enciclopedia del diritto penale italiano*, dirigida por E. Pessina, Milano 1905. Tomop XII.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marisol. *“El Nuevo Derecho de Autor en el Perú”*. Lima 1996, Perú Reporting,.

ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN. *“Estudio de Derecho Penal Económico”*. Universidad de Castilla – La Mancha: España 1994.

BACIGALUPO, Enrique. *“La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios”*. Buenos Aires 1994. Editorial AD-HOC S.R.L.

BASADRE, Jorge. *“Historia del Derecho Peruano”*. Lima 1937.

BECCARIA, Cesar. *“De los Delitos y de las Penas” (Dei delitti e delle pene)*, Bogotá (Colombia) 1998, Temis, 4ta, 126 páginas. Cesar de Bonesana marques de Beccaria, fue publicado anónimamente en 1764. Traducida al castellano por primera vez en 1774. Véase la edición en línea: [www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/beccaria/ indice.htm](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/beccaria/indice.htm)

BLOSSIERS HÜME, Juan José. *“Análisis del Derecho Penal Económico”*. Lima 2006.

BRACAMONTE ORTIZ, Guillermo. *“Derecho de autor y derechos conexos en los países del Acuerdo de Cartagena: Decisión 351”*. Lima: Fejovichs, 1994.

BRAMONT ARIAS, Luis A. *“Temas de Derecho Penal Nº 5”*. Lima 1990 Editores. Alfonso Silva Sernaque, y Aníbal J. Paredes Galván. Editorial San Marcos.

BRAMONT ARIAS TORRES/GARCIA CANTIZANO. *“Derecho Penal, parte especial”*. Lima 1997.

BOIX REIG, Javier. *“Las Practicas restrictivas de la competencia en el Proyecto de Código Penal de 1980”*. Cuaderno de Política Criminal Nº 16. Madrid 1982 p.25 y ss.

BOURRICAUD, François. *"Poder y Sociedad En El Perú"*. Lima 1989. IEP (Instituto de Estudios Peruanos) e IFEA (instituto Francés de Estudios Andinos). Primera edición en Francés de 1967.

BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *"Derecho y Economía". El análisis económico de las instituciones legales.* Lima, 2003. Palestra Editores.

BUSCH, Christina: *"La Protección penal de los derechos de autor en España y Alemania"*. Barcelona 1995.

BUSTA GRANDE, Fernando. *"El Derecho de Autor en el Perú"*. Lima: Editora Grijley, 1997. II Tomos.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *"Manual de Derecho Penal, parte especial"*. Barcelona 1985.

CARRIÓN LUGO, Jorge. *"El Recurso de Casación en el Perú"*. Lima 2003. Editorial GRIJLEY.

CABANELLAS, Guillermo. *"Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires"*. Editorial Heliasta, 1986.

CALVINO, Italo. *"El destino del libro. En: Libros & Artes"*. Revista de cultura de la Biblioteca Nacional del Perú. N° 1, mayo 2002

CARMONA SALGADO, Concepción. *"La nueva Ley de Propiedad intelectual"*. Editorial Montecorvo. Madrid 1988.

CERVERA, Francisco. Diccionario de Derecho privado. Barcelona, Ed. Labor, 1961.

CORONADO VALLENAS, Germàn. El arte (o ensarte) de publica libros en el Perú. En: 26avo. Congreso Internacional de Editores. Buenos Aires, 1 al 4 de mayo de 2000.

DELGADO PORRES, Antonio. Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual. Madrid: Civitas, 1988.

DECRETO LEY 25868. Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Lima, 1992.

DECRETO LEY 26116. Modifica el Decreto Ley 25868.

DECRETO SUPREMO 025-93-ITINCI - Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi.

DECRETO DE URGENCIA N° 082-2000. Declaran en reorganización al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- INDECOPI.

DE LEON PENAGOS, Jorge. *"El libro"*. México, Ed. Trillas, 1995.

DEL RÍO, Carlos. *"Perspectivas en el Siglo XXI. En: El Futurista. Instituto de Estudios del Futuro de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos"*. Lima, marzo del 2000. N° 1.

DEL RÍO, Carlos. *"La ingeniería en el siglo 21, Informe"*, CDL-CIP, 1995.. En: El Futurista. Instituto de Estudios del Futuro de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, marzo del 2000. N° 1.

DESANTES-GUANter, José María. *"Ética y Derecho, promotores de la técnica informática"*. Piura, Universidad de Piura, 1998.

ECHENIQUE, Bryce. Enlínea. www.terra.com.pe/noticias/bryce/abe0101.shtml

FERNÁNDEZ -ABALLI, Isidro. *“La información: un recurso esencial para el desarrollo”*. En: INFOLAC. Vol. 9. N° 3. 1996.

FERNANDINI, Verónica y Henry Rafael. *“Venta ilegal de libros causa daño a la economía”*. En: El Comercio. Lima, martes, 24 de abril del 2001, a2.

FERRAJOLI, Luigi. *“Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”*. Madrid 2001 (España). Editorial Trotta.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: *“Delitos contra los derechos de autor”*. En *Derecho Penal y criminología* N° 54/55”. Universidad externado de Colombia. 1995. p. 91 y ss.

FLORES POLO, Pedro. *“Diccionario de Términos Jurídicos”*. Lima, Marsol Perú Editores S.A., 1985.

FLORES, Julio Cesar. *“La piratería editorial. En: Seminario Internacional sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos”*. Del 25 al 27 de agosto de 1997. Lima, Biblioteca Nacional del Perú, 1997

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; RABANAL PALACIOS, William; y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *“El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos”*. Lima 2010. Jurista Editores E.I.R.L.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter: *“Las Constituciones del Perú”*.- Edición Oficial, Ministerio de Justicia. Lima 1993.

GARCÍA MUÑOZ-NAJAR, Luis Alonso. *“Propiedad Intelectual. Uso de la Marca como herramienta de mercado”*. Lima 2009. Diseño Grafico y prensa Media Corp Perú. USAID/PERU.

GOLDSCHMIDT, Roberto. *“Estudios de Derecho Comparado”*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Vol XXII. Carácas, 1958.

GOMEZ BENITEZ, José M./QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *“Protección penal de los derechos de autor y conexos”*. Madrid 1998.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *“La protección penal de la propiedad intelectual en los Códigos Penales Español y Peruano. Un estudio comparado”*. En: Tratado de Derecho Penal. Coordinador: Victor GÓMEZ MARTÍN. Pp. 339-383. Trujillo 2004. Editora Normas Legales S.A.C.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela. *“El Derecho Moral del autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual”*. Marcial Pons, España, 1993

GROS ESPIELL, Héctor. *“Derechos Humanos”*. Lima: Instituto Peruano de Derechos Humanos, 1991.

○ **HERNANDEZ GIL, Antonio.**

- *“Metodología del Derecho”*. Madrid 1944, 1ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado.
- *“Metodología de la ciencia del Derecho”*. Madrid 1995. Editorial Espasa-Calpe. Obras Completas. Tomo 5.

HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos y VÁSQUEZ CAMPOS, José, *“Código Procesal Civil”*, Tomo II. Lima – Perú, 1996. Ediciones Jurídicas.

HERRERA MECA, Humberto. J. *“Iniciación al Derecho de Autor”*. México, Grupo Noriega Editores, 1992.

HERRERA PAULSEN, Darío. *“Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”*. 2da. Ed. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros, S.A., 1994.

HUERTA BARRÓN, Miguel. *"Temas de Derecho Penal Especial. Curso a distancia para magistrados"*. Lima 2000. Publicado por la AMAG.

HURTADO POZO, José. *"Manual de Derecho Penal"*. Ed. Grijley. Lima, 2005.

HURTADO POZO, José. *"La ley importada. La recepción del derecho penal en el Perú"*. Lima 1979.

HUGO VIZCARDO, Silfredo. *"Delitos Económicos"*. Lima. En línea: www.proderechoperu.org/pdfs/art_2.pdf (Consulta 08/10/2011).

HUGO VIZCARDO, Silfredo. *"Manual de Derecho Penal y Penitenciario"*. Lima 1997. Ediciones Jurídicas "Novus Juris"

IBAÑEZ, Federico. *"El entorno cambiante del libro: la reprografía"*. En: XVI Congreso Internacional de Editores. Buenos Aires, 1 al 4 de mayo de 2000.

INDECOPI. MEMORIA INSTITUCIONAL (1992-1999) Lima, 2000.

INDECOPI. Competencia desleal y publicidad. Lima, 1998.

Decreto Legislativo 807. Ley sobre Facultades, Normas y Organización de Indecopi. Lima, 1987.

Decreto Legislativo 822. Ley de Derecho de Autor. Lima, 2000.

Decreto Legislativo 823. Ley de Propiedad Industrial. Lima, 2000.

Lineamientos de la Comisión de Acceso al Mercado. Lima, 2000.

Memoria Institucional. [1992-1999], Lima, 2000.

Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina. Lima, 1998.

Reflexiones sobre Competitividad y Competencia. Lima, 2000.

Retos de la Propiedad Industrial en el siglo XXI. Lima, 1996.

KERLINGUER, Fred. *"Investigación del comportamiento"*. México, McGraw-Hill, 1994.

LAMAS PUCCIO, Luis. *"Derecho Penal Económico. Aplicado al Código Penal"*. Lima s/f. Editoriales Didi de Arteta S.A

LARRAGUIBEL ZAVALA, Santiago. *"Derecho de autor y propiedad industrial: Nuevas disposiciones constitucionales"*. Editorial Jurídica. Santiago de Chile 1979.

LESTER THUROW. *"El Futuro del Capitalismo"*. Madrid, Ed. Ariel, 1996.

LIPSZYC, Delia. *"Derecho de Autor y Derechos Conexos"*. Buenos Aires: UNESCO, CERLALC, Zavalía, 1993.

LLANOS HORNA, Segundo. El Peruano. Lima, martes 27 de noviembre de 2001.

LOZANO BAMBAREN, Juan Carlos. *"Recurso de Casación Civil"*. Lima 2005. Editorial GRIJLEY.

MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. *"Introducción al Derecho Económico. Análisis Económico del Derecho y Derecho al Desarrollo"*. Lima 1996. Editorial San Marcos EIRL.

MARCONE MORELLO, Juan: *"Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares"*. Tomo 3. AFA Editores S.A. Lima - Perú 1995.

MARIATEGUI, Jose Carlos. *"Peruanicemos al Perú"*. Lima 1972. Editorial Minerva. 2ª Edición. 1ª Edición de 1970.

MAYER, Julio B. J. : *"Derecho Procesal Penal Argentino"* Buenos Aires 2000. Editorial del Puerto. . Volumen I.

MONOD, Jacques. *“El Azar y la Necesidad”*. Madrid 1985. Ediciones ORBIS HISPAMERICA EDICIONES. ARGENTINA S.A.

MONTOYA ALBERTI, Ulises. *“El Derecho Económico”*. Lima 1966. UNMSM.

MONTOYA MANFREDI, Ulises. *“Derecho Comercial”*. T. II. Lima: Ed. Grijley, 1998.

MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido. *“Los derechos del escritor y del artista”*. Madrid, Ediciones Cultura Hispánica. Cuadernos de Monografías, 1953.

MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido A. *“Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas”*. Editorial Kraft. 3 Tomos. Buenos Aires 1948.

MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido A. *“Delitos contra los Derechos intelectuales. La Ley Argentina 11723”*. Tercera Edición corregida y ampliada. Buenos Aires 1935.

NEYRA FLORES, José Antonio. *“Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigio Oral”*. Lima 2010. IDEMSA.

NUNNALLY, Jum C. Teoría psicometría. México, Ed. Trillas, 1987.

OLIVÉ GARCÍA, Aleida. *“La información en el desarrollo nacional: Desafío y alternativa para las economías emergentes”*. En: INFOLAC, Vol. 12. N° 1. 1999.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI), *Guía del Convenio de Berna*. Ginebra, 1978.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI) *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*. Ginebra, 1980.

PEÑA CABRERA, Raúl: *“Tratado de Derecho penal, parte especial II”*. Lima 1993. *“Tratado de Derecho penal, parte especial II-B”*. Lima 1995.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. *“Derecho Penal. Parte Especial”*. Tomo III. Lima 2010. IDEMSA.

PETROVICH, Francisca. *“Chile: los libros de la discordia”*. En línea. www.unesco.org/courier/2001-03/sp/culture2.htm. (Consulta: 04.02.02).

PISCOYA HERMOZA, Luis. *“La investigación científica y educacional”*. Lima, Amaru Editores, 1987.

PIZARRO DAVILA, Edmundo. *“Derecho de Autor”*. Editores Importadores. Lima 1986. 2 Tomos.

PIZARRO DAVILA, Edmundo. *“Los bienes y derechos intelectuales”*. Lima, Ed. Arica, S.A., 1974. 2 Tomos.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *“Aspectos de la protección típica de la propiedad intelectual”*. En: *“Nuevas formas de delincuencia”*. Poder judicial, N° IX. Madrid 1988. p. 425, y ss.

POPPER, Karl Raimond. *“La Sociedad Abierta y sus Enemigos”*. Barcelona 1982. Editorial PAIDOS. Traducción hecha por Eduardo LOEDEL

PRADO SALDARRIAGA, Victor: *“Todo sobre el Código penal”*. Tomo I. Lima 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, y MORALES PRATS, Fermín. *“Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”*. Pamplona. Navarra. España 1999. Editorial Aranzadi.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. *“Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial”*. Lima 2002. Gaceta Jurídica.

RIVERO, Oswaldo de. *“Miserias del apartheid global”*. En: La República. 9 de julio del 2000.

RODRIGUEZ MORENO, Sofia. *“La Era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor”*. Editorial Cordillera. Bogota 2004.

ROSTOW, Eugene. *“Planteamiento para la libertad”*. Editorial Jurídica Ameba. Buenos Aires 1962.

ROXÍN, Claus. *“Sentido y Límites de la Pena Estatal”*. En Problemas Básicos del Derecho Penal. Barcelona, 1976. Editorial Bosch.

ROZANSKI, Félix. El valor de la propiedad intelectual en los países en desarrollo. En: Simposio sobre propiedad intelectual, 26 de agosto de 2002.. San José de Costa Rica, 2002. En línea. www.conicit.go.cr/propiedad-intelectual/simpoiso/htm.

SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio.

- “Estudios de Derecho Procesal Penal”. Lima 2012. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- *“Derecho procesal penal”. Volumen II*. Lima 1999. Primera Edición. Editorial GRIJLEY.

SALAZAR BONDY, Augusto. *“Historia de las Ideas en el Perú Contemporáneo”*. Segundo Tomo. Francisco Moncloa Editores S.A. 1ª Edic. 1965. 2ª. Lima 1967

SALAZAR BONDY, Sebastián. *“Lima la Horrible”*. México 1977. Ediciones Era. 5º Edición. 1º Edición de 1964.

SALINAS SICCHA, Ramiro Emerito. *“Delitos Contra la Vida y Otros Estudios de Derecho Penal”*. Lima 1997. Primera Edición, Palestra Editores S.R.L.

SAVIGNY, Karl Von. (Compilador: STERN, JACQUES) *“LA CIENCIA DEL DERECHO”*. Buenos Aires 1949. Editorial Losada. *“DE LA VOCACION DE NUESTRA ÉPOCA PARA LA LEGISLACION Y LA CIENCIA DEL DERECHO”* (1814). Madrid 1970. Editorial Aguilar. Traducción de José DIAZ GARCIA

SEMINARIO P., Carlos. En el Foro: *“Propiedad Intelectual Factor Clave para el Desarrollo”*. Lima, octubre, 2002. En línea. www.indecopi.gob.pe

SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *“La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías”*. Madrid 2000. Editorial Cuadernos Civitas. Primera edición.

SIERRALTA RÍOS, Anibal. *“Introducción a la Juseconomía”*. Lima 1996. Fondo Editorial de la PUCP. 2da edición.

SOLIS ESPINOZA, Alejandro. *“Metodología de la investigación jurídica social”*. Editorial San Marcos. Lima 1989.

SHERWOOD, Robert. *“Propiedad intelectual y derecho económico”*. Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1992.

STEVEN, S. *“Mathematics, measurement and phicholophisc”*. New York, 1951.

STRONA, William S. El Libro de los derechos de autor. 4ª Edición. Título original The copyright book. Traducción de Margarita Mizraj. Editorial Heliasta. Buenos Aires 1995.

- SUMARRIVA GONZALES, Victor.** *“Derecho de autor”*. Editorial Edial. Lima 2005.
- UGARTE DEL PINO, Juan Vicente:** *“Historia de las Constituciones del Perú”* Editorial Andina. Lima 1978.
- UGARTE VEGA CENTENO, Máximo Alfredo.** *“El derecho penal económico como alternativa en la solución de los llamados delitos económicos empresariales”*. Lima Diciembre 2003. Revista de investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas de la UNMSM: Gestión en el Tercer Milenio. Año 6, N° 12. pp. 35/39.
- UGARTECHE VILLACORTA, Rubén.** *“El Derecho de Autor como Derecho Humano”*. En: El Comercio. Lima, 5 de octubre de 1998. p. D2.
- UNIÓN INTERNACIONAL DE EDITORES (UIE): XXIII Congreso. Declaración sobre el libro en la década de los 90. Londres, Reino Unido, 12-17 de junio de 1988.
- TIEDEMANN, Klaus.** *“Derecho Penal Económico”*. Lima, 2009. Editora y Librería Jurídica Grijley. Traducido de la 2ª Edición alemana del año 2007, por el Dr. Manuel A. Abanto Vásquez, y otros.
- TORRES LÓPEZ, Juan.** *“Análisis Económico del Derecho: Panorama doctrinal”*. Editorial Tecnos, Madrid 1987.
- TRAZEGNIES, Fernando De.**
- *“El derecho civil ante la post-modernidad”*. Lima 1991, en Revista ‘Derecho’ N°45: pp.287 al 333. PUCP Fondo Editorial.
 - *“Postmodernidad y Pluralismo Jurídico”*. Lima 1994 . En: ¿QUÉ MODERNIDAD DESEAMOS?. Epígrafe S.A. Editores. pp.191-212. Editores: David Sobrevilla, y Pedro Belaúnde M.
 - *“En el País de las Colinas de Arena”*. Lima 1995-A. 2ª Edición. Fondo Edit. de la PUCP del Perú. Volumen I.
 - *“En el País de las Colinas de Arena”*. Lima 1995-B. 2ª Edición. Fondo Edit. de la PUCP del Perú. Volumen II.
 - *“Postmodernidad y Derecho”*. Lima 1996 . 1ª Edición. ARA Editores.
- TREVISAN, Lázaro S.** Evolución histórica de la protección de los Derechos de Autor. s/e, s/a. Buenos Aires.
- TRIMBORN, Hermann.** *“El Delito en las Altas Culturas de América”*. Lima 1968. Editorial Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Nota preliminar de Alberto Tauro. Traducción española de Jose Leon Herrera y Ernesto More. Edición original: *“Der Rechtsbruch in den Hochkulturen Amerikas”* (1936)
- VESCOVI, Enrique.** *“El Recurso de Casación”*. Montevideo 1996. Ediciones IDEA.
- VILLAREAL, René.** *“La globalización económica”*; En :Revista Mexicana de Política Exterior N° 35; verano de 1992.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.** *“Lecciones de Derecho Penal”*. Editorial . Grijley. Lima 2006.
- VILLA STEIN, Javier;** *“Derecho penal”*. Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- VIEGA RODRÍGUEZ, María José.** *“Software: un bien informático, ¿protegido penalmente?”*. S.p.de i.
- VON LISZT, Franz.** *“Tratado de Derecho Penal”*. Madrid-España, s/f. 3ª. Edición. Tomo II. Traducido por Luis Jiménez de Asua, de la 20ª edición alemana, Editorial Reus.
- WEBER, Max.** *“El Político y el Científico”*. Editorial Alianza, Madrid 1979.

WELZEL, Hans. *“Derecho penal alemán. Parte general”*. Santiago de Chile 1970. Editorial Jurídica de Chile, 11ª edición.

WILTMAN, Allan. *“La reproducción legal e ilegal. En: El libro en América Latina y el Caribe”*. Bogotá, N° 76. Enero-marzo, 1994, p. 49.

XALABARDER, Raquel. *“Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act”*. Barcelona, 2001.

XALABARDER, Raquel. *“La propiedad intelectual en la era digital”*. Barcelona, 2001. En línea. www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articles/xalabarder0602/xalabarder0602.html

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *“Manual de Derecho Penal. Parte General I”* Ediciones Jurídicas. Lima Peru 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *“El Derecho Dúctil”*. Editorial Trotta, Madrid – España, 1995.

Consulta en INTERNET

1. www.aedpi.com/quienes_somos/dcha/dcha.htm
2. www.baquia.com/com/20010419/art00023.htm
3. www.barrioperu.terra.com.pe/germinal/mundo-libro2.htm
4. www.bioetica.org/gestocol.htm
5. www.campus-oei.org/salactsi/mtorres.htm
6. www.celibro.org/cel/boletinintro.html
7. www.covapi.org.ve/derechos.htm
8. www.conicit.go.cr/propiedad-intelectual/simposio/htm
9. www.editores.com/congreso2000/congreso2000/esp/conferencias/cabral.htm
10. www.cyberkyosco.com/timex/derechos.htm
11. www.contracopia.org.pe/prensa/expo%20libros/tsld004.htm
12. www.delitosinformaticos.com/propiedadintelectual/derechosautor.shtml
13. www.ellibrodigital.com/publishing/faq
14. www.federacioneditores.org/usuarios/derechoautor.asp
15. www.georgetown.edu/pdba/comp/Cultura/intelctual.html
16. www.justiniano.com/revista_doctrina/Derecho_de_autor-htm
17. www.ifla.org/IV/ifla65/papers/056-137s.htm
18. www.indecopi.gob.pe
19. www.lasemanajuridica/707/article-3068.htm
20. www.marcas.com.mx/Intro/Introderechos.htm
21. www.sieca.org.gt/ProyectosDeCooperacion/Proalca/PI/MarcoLegal/Tra
22. www.unesco.org/culture/copyright/html_sp/index_sp.shtml
23. www.unesco.org/org/courier/2001_03/sp/culture2.htm
24. www.unesco.org/culture/copyright/html
25. www.umi.com/hp/support/Dservices/copyright/SpanishPart3.html
26. www.uoc.edu/in3/dt/20060
27. www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articles/xalabarder0602/html
28. www.proderechoperu.org/pdfs/art_2.pdf
29. www.woelddbank.org/proverty/spanish/empowerment/whatis/info.htm
30. www.wipo.int/about-wipo/es/dgo/abstract-ip-pub.html
31. www.historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/cuadro_05_sdsc_181208.pdf
32. www.historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/cuadro_08_sdsc_181208.pdf
33. www.historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/cuadro_08_sdsc_181208.pdf