

Eduardo Oré Sosa*

Delitos contra el Derecho de autor

I. Introducción

El *Guernica* es quizás una de las pinturas más emblemáticas de Picasso. El dolor y la insanía humana en su máxima expresión quedan plasmadas en esta obra que debe su nombre a la villa vasca bombardeada por la aviación alemana el 26 de abril de 1937. La pintura había sido encargada por el Gobierno de la Segunda República, que sufría los embates de las huestes franquistas apoyadas militarmente por Hitler y Mussolini. Se dice que el pintor malagueño, tras el bombardeo de Guernica, sólo necesitó un mes para culminar su obra. Presentada en la Exposición Universal de París (1937), tuvieron que pasar 44 años para que el *Guernica* regresara a España. La razón: Picasso había dispuesto que la obra sólo fuese llevada a su país luego de finalizada la dictadura — Franco ya no se encontraba en el poder — y consolidada que fuese la democracia. El cuadro formaba parte del patrimonio cultural del Estado español; cierto, pero la voluntad del artista estaba por encima de ello: el autor es amo y señor de su obra... casi siempre.

Decimos “casi siempre” porque no siempre es así. Repárese en lo que sucede con las obras arquitectónicas originales (por ejemplo, edificios o puentes), que son susceptibles de protección por el derecho de autor debido a que están destinadas a un fin utilitario (servir de vivienda o tránsito). Puede suceder que el derecho del creador (por ejemplo, a que no se modifique su obra) ceda ante el interés público de quienes normalmente hacen o pueden hacer uso de ellas (construir puertas o salidas de emergencia, nuevas vías de acceso, rampas para el uso de personas en silla de ruedas, etc.).

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Doctor por la Universidad de Salamanca, España.
Magíster en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Diplomado en Marcas, Patentes, Derechos de Autor y Competencia en el Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela, España.
Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Lima.

Como puede apreciarse, las obras nos acompañan en nuestra vida cotidiana y mucho más de lo que a veces pensamos. Se protegen a través del derecho de autor y, en lo que ahora nos interesa, del Derecho Penal. No obstante, cualquier análisis de los delitos contra los derechos de autor debe estar precedido por el estudio de los conceptos básicos del Derecho de autor. Lo que haremos, siquiera brevemente, a continuación.

1. El Derecho de autor

El Derecho de autor está preordenado a la protección de los derechos reconocidos al creador de una obra personal y original; estos derechos son oponibles *erga omnes* y nacen por el mismo acto de creación. Por tanto, el registro de la obra no es constitutivo aun cuando pueda servir como prueba de anterioridad en caso de plagio.

Se considera que la tutela de la creación intelectual sirve tanto a los fines de difusión de los valores culturales como de fomento del desarrollo tecnológico; parecería poco atractivo consumir talento y esfuerzo en crear algo para que sean otros los que se aprovechen indebidamente del fruto de nuestro trabajo. Consecuentemente, la protección jurídica —vía Derecho de autor— puede traducirse en dos aspectos fundamentales: el señorío del autor sobre su obra y el goce de los beneficios económicos que su explotación reporta.¹

1.1. Obra protegible

Ahora bien, siendo que la obra es objeto de protección por el derecho de autor, también es de resaltar que no toda “obra” o producto del ingenio humano es susceptible de este tipo de protección. Una obra para ser tal —por lo menos a los efectos del Derecho de autor— debe reunir una serie de requisitos. Así, según el artículo 2 inc. 17 del Decreto Legislativo 822 (Ley sobre el Derecho de Autor, en adelante: LDA), una obra es “Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse”. De esto se tiene que la obra, como fruto del ingenio y el esfuerzo creativo del hombre, debe ser original.

Ahora bien, la originalidad de una obra no se desvirtúa por el solo hecho de que existan obras anteriores que hayan podido servirle de modelo. En este sentido, no cabe duda de que la pintura del artista colombiano Fernando Botero, al recrear La Monalisa de Leonardo da Vinci, es original. Y lo es porque, desde

el punto de vista del Derecho de autor, la originalidad debe ser entendida como aquella característica consistente en la individualidad que el autor imprime a su obra; esto es, cuando en ella vuelca la impronta o sello de su personalidad. Por tanto, la originalidad no debe ser confundida con la novedad.

El valor o mérito de una obra son indistintos para que una obra sea susceptible de protección por el derecho de autor; por lo demás, así lo señala también el primer párrafo del artículo 3 de la LDA. Y es que la valoración de una obra, sea esta artística o científica, tiene una carga subjetiva tan grande como para hacer depender de ella la protección que deba brindar el Derecho.²

También debe tenerse en cuenta que no se protegen las ideas, sino la forma en que se exteriorizan. La razón es sencilla: existe un interés en el libre uso de las ideas pues ello permite el desarrollo y progreso de la ciencia, el arte y las humanidades; en consecuencia, no se puede establecer un monopolio o un derecho exclusivo sobre ellas.

El artículo 5 de la LDA contiene un listado enunciativo de las obras que son susceptibles de protección. Entre ellas podemos mencionar las obras literarias, ya sean estas escritas (novelas, cuentos, monografías) u orales (conferencias, clases, alocuciones); las composiciones musicales; las obras audiovisuales (p. ej. una película); las obras de artes plásticas (pinturas, esculturas, dibujos); las obras de arquitectura; las obras fotográficas; los programas de ordenador (*software*); etc.

Como decíamos, se trata de un listado enunciativo; toda vez que el último literal del artículo en mención contiene una cláusula abierta con el objeto de comprender entre las obras protegidas a “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”.

2. Contenido del Derecho de autor

El Derecho de autor comprende dos aspectos: por un lado, los *derechos morales* que son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles (Art. 21 LDA); y, por otro lado, los *derechos patrimoniales* que, a diferencia de los anteriores, sí tienen un plazo de vigencia (toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento:

1 En el mismo sentido, BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*. Madrid, Civitas, 1993, 2° ed. p. 48-49.

2 A este respecto, LIPSZYC señala: “Se trata de una cuestión de gustos cuya consideración corresponde al público y a la crítica, no al derecho. Lo contrario podría dar lugar a toda clase de arbitrariedades, en particular en una materia que presenta numerosos ejemplos de grandes obras que en ocasión de ser representadas, ejecutadas o expuestas por primera vez, fueron abucheadas y que, con el correr de los años, lograron un reconocimiento y un prestigio notables...”, vid. LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires, Zavalia, 1993, p. 67

Art. 52 LDA), una vez transcurrido, la obra pasa al dominio público.

Cabe mencionar que algunos países —principalmente Estados Unidos y otros que adscriben al sistema del *copyright*— se muestran más sensibles a las infracciones de los *derechos patrimoniales* de autor y derechos conexos que a ilícitos que inciden en el aspecto moral.

2.1. Los derechos morales

Según el Art. 22 de la LDA, son derechos morales:

- a) El derecho de divulgación
- b) El derecho de paternidad
- c) El derecho de integridad
- d) El derecho de modificación o variación
- e) El derecho de retiro de la obra del comercio
- f) El derecho de acceso

En cuanto al derecho de divulgación, se tiene que sólo al autor corresponde decidir si su obra será divulgada; esto es, puesta en conocimiento del público y en qué forma (p. ej. por fascículos o entregas). Y si sólo al autor corresponde la decisión de dar a conocer su obra, también tiene el correlativo derecho de mantenerla inédita o reservada en la esfera de su intimidad.³

Por el derecho de paternidad, según el Art. 24 de la LDA, el autor tiene el derecho de ser reconocido como tal; es decir, a reivindicar la obra como suya. De este modo, el autor tiene el derecho a que el fruto de su creación lleve su nombre o que la divulgación de su obra, si así lo considera conveniente, se haga bajo seudónimo, signo o de manera anónima.

Por el derecho de integridad, se reconoce al autor la facultad de oponerse a cualquier modificación o mutilación de la obra. Este derecho es oponible incluso a quien haya adquirido el objeto material que contiene la obra (Art. 25 LDA). Como señala Lipszyc, “El autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, y la comunidad tiene derecho a que los productos de la actividad intelectual creativa le lleguen en su auténtica expresión”.⁴

El autor también ostenta el derecho de modificar su obra, antes o después de su divulgación. Lo que es muy usual en las obras literarias de carácter científico (p. ej. manuales de Derecho), en las que se procede a correcciones, ampliaciones o cambios de postura en las ediciones posteriores de las mismas.

El autor goza, asimismo, del derecho de retirar su obra del comercio; generalmente, por un cambio en

sus convicciones. Puede ocurrir que el autor llegue a repudiar su obra: como ocurriría, por ejemplo, si el autor de una novela anticlerical se convierte posteriormente al catolicismo. Este derecho no comprende el retiro de las obras que estén fuera de los canales de distribución comercial (bibliotecas, usuario final, etc.).

Atendiendo al Art. 28 de la LDA, el autor tiene la facultad de acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro a fin de ejercitar sus demás derechos morales o patrimoniales reconocidos por la ley. Es que una cosa es ser propietario del objeto donde se manifiesta la obra (quien compra una escultura o pintura); y otra distinta, el ostentar la titularidad de los derechos morales y patrimoniales sobre la misma. Como ya dijimos, los derechos morales son inalienables e irrenunciables. Y, en el aspecto patrimonial, es el autor quien goza del derecho exclusivo de explotar su obra, ya sea personalmente o a través de terceros. Con lo cual, quien adquiere una pintura no tiene, por ese solo hecho, la facultad de modificar la obra o ejercer actos de explotación. Estos derechos permanecen en el autor y es por ello que esta disposición garantiza el derecho de acceso, justamente para que el creador de la obra pueda ejercer sus derechos morales o patrimoniales.

2.2. Los derechos patrimoniales

Los derechos patrimoniales reconocidos al autor están preordenados a garantizarle el disfrute de los beneficios económicos obtenidos por la explotación de su obra. El Art. 31 de la LDA contiene un listado enunciativo de los derechos de contenido patrimonial, pudiéndose apreciar un doble aspecto. El primero consistente en el derecho que tiene el autor de utilizar su obra por sí o a través de terceros, para lo cual el legislador utiliza la expresión: “el derecho exclusivo de realizar, autorizar...”. El segundo aspecto reconoce al autor el derecho de prohibir el uso o explotación de su obra por terceros que no cuenten con su autorización o consentimiento (*ius prohibendi*). Específicamente, el autor podrá realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra
- b) La comunicación pública
- c) La distribución al público
- d) La traducción, adaptación y otras formas de transformación
- e) La importación de copias hechas sin autorización
- f) Cualquier otra forma de utilización no prevista como excepción

3 Lipszyc, Delia. *Derecho...* ob. cit. p. 159-160.

4 Lipszyc, Delia. *Derecho...* ob. cit. p. 168.

La reproducción supone 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 (Art. 2 inc. 37 LDA). Ello comprende la obtención de ejemplares por medio de la imprenta, la fijación y reproducción de obras sonoras o audiovisuales en soportes digitales, el almacenamiento de programas en un computador, etc.

La comunicación pública⁵ es todo acto por el cual una o más personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueden tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, por cualquier medio o procedimiento, análogo o digital (Art. 2 inc. 5 LDA). Es el caso de la exhibición de una obra de arte en una galería, la puesta en escena de una obra de teatro, la proyección de películas en salas cinematográficas, la comunicación a distancia por medio de la radio o televisión, etc.

Según el Art. 34 de la LDA, la distribución comprende la puesta a disposición del público, por cualquier medio o procedimiento, del original o copias de la obra, por medio de la venta, canje, permuta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler, préstamo público o cualquier otra modalidad de uso o explotación. No obstante, es de aclarar que, respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor 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 (Art. 43 lit. “f” LDA).

Al autor también le corresponde el derecho de autorizar o prohibir la traducción, adaptación, arreglo u otra forma de transformación de la obra; lo que da lugar a una *obra derivada*. Es derivada en tanto está basada en otra ya existente (obra originaria), tal como lo señala el Art. 2 inc. 25 de la LDA.

En cuanto a la importación de copias hechas sin autorización, es de apreciar el mayor ámbito de aplicación que la LDA concede al término “importar” con relación al previsto en el derecho de marcas; en este último, la importación alude a la introducción en territorio nacional de objetos fabricados en el extranjero por cualquier medio terrestre, aéreo o marítimo.⁶ Cuando del derecho de autor se trata, en cambio, la importación incluye la transmisión, analógica o digital, de copias de la obra.

3. Limitaciones o límites del derecho de explotación

Si los derechos morales admiten ciertos límites⁷; con mayor razón, los derechos de explotación están sujetos a determinadas limitaciones o excepciones. Con esto se alude a la existencia de actos que entrañan un uso o aprovechamiento no autorizado de la obra que no pueden ser prohibidos; esto es, que deben ser tolerados por el autor o por quien ostente la titularidad de los derechos de explotación de la obra.

En este sentido, el Art. 41 de la LDA enumera una serie de actos de comunicación —cuando una o más personas tienen o pueden tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares— que no requieren autorización del autor, ni están sujetos al pago de remuneración alguna; por ejemplo, cuando se realicen en un ámbito exclusivamente doméstico, las efectuadas en el curso de actos oficiales o ceremonias religiosas, las verificadas con fines exclusivamente didácticos en el curso de las actividades de una institución de enseñanza. En estos tres casos, la comunicación no deberá perseguir o traducir un fin lucrativo o interés económico. Asimismo, están permitidos los actos de comunicación realizados dentro de los establecimientos comerciales que tengan un fin demostrativo de equipos de sonido o para la venta de soportes sonoros o audiovisuales.

El Art. 43 de la LDA contiene diversos supuestos de reproducción lícita sin autorización del autor: la reproducción de artículos o breves extractos de obras que se realicen para la enseñanza o realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y se haga conforme a los usos honrados; la reproducción por reprografía (p. ej. fotocopias) de breves fragmentos o de obras agotadas para uso exclusivamente personal; la reproducción de obras, con fines de conservación o sustitución, que tengan por fin preservar los ejemplares de bibliotecas o archivos públicos; la reproducción de una obra para actuaciones judiciales o administrativas; la reproducción de una obra de arte expuesta permanentemente en espacios abiertos (calles, plazas, fachada exterior de edificios) por medio de un arte diverso al empleado para la elaboración del original; los préstamos efectuados por bibliotecas o archivos; la reproducción de obras de ingenio para uso privado de invidentes efectuadas en sistema Braille u otro procedimiento específico.

5 Más allá de un criterio cuantitativo (número de personas) para determinar si un acto de comunicación es público, la autoridad administrativa toma en cuenta: el tipo de obra que está siendo comunicada; el ámbito espacial en el que se ha efectuado el acto de comunicación, a fin de descartar aquellos actos privados que se efectúan en el seno familiar, de amigos o allegados; etc., vid. Resolución N° 182-2007/ODA-INDECOPI de 24 de mayo de 2007, acápite 4.3.4.2.

6 Vid. ORÉ SOSA, Eduardo. *La infracción del derecho de marca*. Lima, Palestra Editores, 2007, p. 118.

7 Sólo a modo de ejemplo: el derecho del autor a que su obra se mantenga en forma anónima, que no podrá extenderse cuando haya caído en el dominio público (art. 23 LDA); el derecho de retiro de la obra del comercio, que se extingue a la muerte del autor, a diferencia de otros derechos morales que perduran incluso setenta años después de la muerte (art. 27 LDA); en el caso de las obras arquitectónicas, caso en el cual el autor no puede oponerse a las modificaciones que se estimen necesarias o a su demolición (art. 80 LDA).

Igualmente, el Art. 45 de la LDA establece como límites del derecho de explotación: la difusión con fines informativos de imágenes o sonidos de obras vistas u oídas en acontecimientos de actualidad (p. ej. conciertos, exposición de obras de arte); la difusión de los discursos, disertaciones, alocuciones sermones y obras similares que, a título informativo, sean difundidos por la prensa; la emisión por radiodifusión, por cable o cualquier otro medio de la imagen de una obra arquitectónica, plástica, de fotografía o de arte aplicado, que se encuentren situadas permanentemente en un lugar abierto al público.

La LDA contiene otras excepciones al derecho de autor; algunas de las cuales son: apuntes o grabaciones de lecciones impartidas por profesores de universidades, institutos superiores y colegios (Art. 42); citas de obras lícitamente divulgadas, con expresa indicación del nombre del autor y la fuente, citas que serán realizadas según los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga (Art. 44); la copia de resguardo o seguridad de un programa de ordenador (Art 74).

4. Derechos conexos

Los derechos conexos no protegen obras, al menos en el sentido del Derecho de autor. Pero sí protegen las interpretaciones o ejecuciones artísticas, los derechos de los productores de fonogramas, los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus emisiones, etc. Como dice Rangel,⁸ “existen trabajos de naturaleza intelectual que aun cuando no pueden considerarse una creación en sentido estricto, se asimilan a ella por revelar un esfuerzo de talento que les imprime una individualidad derivada ya sea del conocimiento científico, de la sensibilidad o de la apreciación artística de quien los realiza”. En caso de conflicto entre estos derechos y los del autor, priman los de este último.

4.1. Artista intérprete o ejecutante.

Se define como la “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 circo” (Art. 2 inc. 2 LDA). De conformidad con los arts. 131 a 135 de la LDA, gozan de algunos derechos morales (el reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones y la oposición a cualquier modificación o mutilación de sus actuaciones que lesione su prestigio o reputación) y patrimoniales (explotación de sus interpretaciones o ejecuciones mediante actos de comunicación al público o reproducción, a percibir una remuneración por la comunicación pública de los fonogramas que contenga la interpretación

o ejecución, etc.). La duración de la protección se extenderá a toda la vida del artista y setenta años después de su fallecimiento.

4.2. Productores de fonogramas

Por fonograma se entiende, según el Art. 2 inc. 14 de la LDA, “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”. También se les reconoce derechos patrimoniales ya que tienen el derecho de uso exclusivo de sus fonogramas; con lo cual, pueden realizar, autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas; su distribución al público; su inclusión en obras audiovisuales; etc. (Art. 136 LDA). Asimismo, tienen derecho a percibir una remuneración por la comunicación de sus fonogramas al público (Art. 137 LDA); como es el caso de bares, discotecas, locales abiertos al público, etc. La protección es de setenta años, contados a partir del primero de enero del año siguiente a la primera publicación del fonograma; transcurridos los cuales, el fonograma pasará a dominio público (Art. 139 LDA).

4.3. Organismo de radiodifusión

Según el Art. 2 inc. 30 de la LDA, el organismo de radiodifusión es “La persona natural o jurídica que decide las emisiones y que determina el programa así como el día y la hora de la emisión”. Por emisión, en tanto, se entiende la difusión a distancia directa o indirecta de sonidos, imágenes, o de ambos, para su recepción por el público, por cualquier medio o procedimiento (Art. 2 inc. 11 LDA). Los organismos de radiodifusión tienen el derecho de realizar, autorizar o prohibir la retransmisión, grabación o reproducción de sus emisiones; así como a obtener una remuneración por la comunicación pública de sus emisiones o transmisiones de radiodifusión cuando se efectúe en lugares a los que el público acceda mediante pago de un derecho de admisión o entrada (Art. 140 LDA).

4.4. Otros derechos conexos

Grabaciones de imágenes con o sin sonido que no sean creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales; fotografía u otra fijación obtenida por un procedimiento análogo que no reúna los requisitos necesarios para ser considerada una obra; quien publique por primera vez una obra inédita que esté en el dominio público. En estos casos, el ámbito de protección que concede la ley —tanto por el

contenido como por el plazo— es menor (Arts. 143 a 145 LDA).

5. Sociedades de gestión colectiva

Anteriormente decíamos que los derechos patrimoniales reconocidos al autor están preordenados a garantizarle el disfrute de los beneficios económicos obtenidos por la explotación de su obra. Sin embargo, cuando se tiene en cuenta que una obra (p. ej. una canción o un videoclip) puede ser comunicada públicamente en lugares tan diversos (restaurantes, pubs, discotecas, la radio, la televisión, hoteles, vuelos aéreos, etc.), tanto a nivel nacional como internacional, es fácil ver la gran dificultad que supone controlar el uso de la obra y recaudar los derechos correspondientes.

Justamente para salvar estas dificultades se crean las sociedades de gestión colectiva. Según el Art. 2. inc. 42. de la LDA, se trata de “asociaciones civiles sin fin de lucro legalmente constituidas para dedicarse en nombre propio o ajeno a la gestión de derechos de autor o conexos de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores o titulares de esos derechos, y que hayan obtenido de la Oficina de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —INDECOPI— la autorización de funcionamiento que se regula en esta ley. La condición de sociedades de gestión se adquirirá en virtud a dicha autorización”.

En este orden de ideas, las funciones de una sociedad de gestión colectiva se pueden resumir en: a) Conceder autorizaciones a los usuarios para la explotación de las obras, b) Fijar la remuneración que debe pagar el usuario por el uso de las obras, c) Recaudar la remuneración por la explotación de las obras, d) Distribuir entre los titulares de los derechos las remuneraciones recaudadas.⁹

En nuestro país contamos con las siguientes sociedades de gestión: la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC), la Asociación Nacional de Artistas Intérpretes y Ejecutantes (ANAIE), la Unión Peruana de Productores Fonográficos (UNIMPRO), la Asociación Peruana de Artistas Visuales (APSAV)

y la Entidad de Gestión de Derechos de Productores Audiovisuales del Perú (EGEDA).

Cabe mencionar que las sociedades de gestión suelen ser blanco de constantes críticas y no sólo en nuestro país. Así, el diario español *El País* daba cuenta (en su edición del 07-12-2008) de que la Sociedad de Gestión de Autores Españoles (SGAE) había sido multada por la Agencia de Protección de Datos por grabar una boda realizada en un restaurante de Sevilla sin permiso de los contrayentes. Ciertamente, la intención de la entidad de gestión colectiva era acreditar que en dicho restaurante se venían realizando actos de comunicación pública de obras musicales; por lo que le correspondía pagar la remuneración (regalías) correspondiente. Claro que en este afán no se puede llegar al extremo de pasar por encima de otros derechos de igual o mayor importancia (p. ej. el derecho a la intimidad).

En nuestro medio, la APDAYC se ha visto en algunas ocasiones en el ojo de la tormenta. Hace unos años, el diario *El Comercio* daba cuenta de que Plácido Domingo no había interpretado en Lima “La Flor de la Canela” debido a un impase sobre el pago de regalías: “Las tratativas entre ambas partes [la promotora de espectáculos Chomins’s Promotion y la sociedad de gestión colectiva] se frustraron al negarse la promotora a abonar 40 mil dólares por derecho de interpretación, que exigió la APDAYC-SPAC como equivalente al 8% de la taquilla”.¹⁰

Asimismo, APDAYC fue denunciada por haber efectuado, entre los años 2001 y 2004, gastos administrativos por encima del límite legal.¹¹ A este respecto, la Oficina de Derechos de Autor resolvió: “*PRIMERO: DECLARAR FUNDADA en parte la denuncia... en contra de la ASOCIACIÓN PERUANA DE AUTORES Y COMPOSITORES —APDAYC— por infracción al literal j) del artículo 153° del Decreto Legislativo N° 822, por exceso de gastos administrativos y gastos socioculturales en el período de los años 2003 y 2004; en consecuencia, aplicar la sanción de SUSPENSIÓN DEL DIRECTOR GENERAL en el ejercicio de sus funciones por el lapso de un (01) año [...]. Adicionalmente aplicar la sanción de MULTA ascendente a 15 UIT contra la ASOCIACIÓN PERUANA DE AUTORES Y COMPOSITORES —APDAYC—.*”¹²

9 Vid. Resolución N° 1646-2001/TPI-INDECOPI de 03 de diciembre de 2001.

10 Nota aparecida en el diario *El Comercio*, 11/09/1994, p. A-9. Según esta información, la entidad de gestión había solicitado un anticipo de 15 mil dólares, como pago parcial, para realizar el concierto.

11 Como se sabe, el art. 153 j) LDA señala: “Los gastos administrativos no podrán exceder del treinta por ciento (30%) de la cantidad total de la remuneración recaudada efectivamente por la utilización de los derechos de sus socios y de los miembros de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y de derechos conexos extranjeras o similares con las cuales tenga contrato de representación recíproca.” Estos contratos de representación recíproca con entidades extranjeras sirven a la finalidad de una mejor gestión de estos derechos —de autor y conexos de carácter patrimonial— a nivel internacional, pues sería sumamente oneroso para una sociedad de gestión colectiva ejercer sus funciones en todos los países en los cuales las obras que administran pudieran ser usadas (para empezar, tendrían que contar con la autorización oficial de cada país, así como estar en condiciones de llevar a cabo actos de control y recaudación en el lugar).

12 Resolución N° 0274-2007/ODA-INDECOPI de 17 de agosto de 2007. Esta resolución fue confirmada por el Tribunal del Indecopi en algunos de sus extremos: existió infracción al literal j) del artículo 153 del Decreto Legislativo 822 *por el período correspondiente al año 2004*; confirma buena parte de las sanciones impuestas, vid. Resolución N° 1018-2008/TPI-INDECOPI de 28 de abril de 2008.

Lo anterior no desmerece la importancia de las sociedades de gestión colectiva; pues estas contribuyen a que el compositor, intérprete o ejecutante se vea beneficiado por la explotación económica de su composición, interpretación o ejecución. Resulta materialmente imposible que aquellos hagan valer sus derechos a nivel local, nacional y mundial; peor aún con el desarrollo de la tecnología de las últimas décadas.

II. Protección Penal

1. Bien jurídico protegido

La determinación del comportamiento penalmente relevante es una de las tareas más importantes de la interpretación jurídica. La aplicación de la ley penal —donde reposa todo el peso de la potestad punitiva del Estado— supone, efectivamente, una actividad intelectual en la que se establece el ámbito de lo prohibido. De esto, la interpretación dogmática es la única manera de realizar el proceso de subsunción entre la conducta sometida a examen y el supuesto de hecho de la norma penal; única manera, al menos, que garantiza considerables cuotas de racionalidad e igualdad. De ahí la importancia de la interpretación en el ámbito penal; de ahí, también, la necesidad de que el intérprete asuma esta labor observando el principio de legalidad, principio de ineludible cumplimiento en un Estado de Derecho.

El principio de legalidad penal —*nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*— cobra expresión en uno de los elementos centrales de la teoría del delito: la tipicidad; el mismo que representa, para el ciudadano, una garantía de que no se verá sometido a una sanción penal si su conducta no se adecúa al supuesto de hecho de algún tipo penal. Ciertamente, el tipo penal o, lo que es lo mismo, la descripción de la conducta prohibida por el legislador debe cumplir ciertos requisitos, entre otros, el mandato de determinación o *lex stricta*. De esto se tiene que la descripción de la conducta típica debe ser clara y precisa, con lo que las prohibiciones vagas, confusas o indeterminadas quedan proscritas.

Por supuesto que algunas veces los tipos penales se nos presentan un tanto incomprensibles en el sentido de que no estamos seguros de qué es lo que se intenta reprimir.¹³ Lo que es natural, por un lado, por la esencia misma del lenguaje —las palabras suelen adoptar más de un significado—; y, por otro, por

el empleo, en la redacción de los tipos penales, de términos amplios que, sin pretender agotar todas las formas en las que puede manifestarse el comportamiento prohibido, son susceptibles de ser concretados judicialmente mediante la interpretación normativa. Ya sin detenernos en el empleo de elementos normativos y leyes penales en blanco.

En un contexto así, el papel del bien jurídico en la interpretación de la norma penal es claramente importante; ya que los tipos penales se estructuran, justamente, en función de un bien jurídico digno de protección. En efecto, los comportamientos penalmente relevantes (tipos penales) traducen una lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; en consecuencia, el bien jurídico nos sirve de ayuda para determinar el ámbito de protección de la norma penal. De ahí que sea necesario determinar previamente el bien jurídico tutelado por el tipo penal antes de llevar a cabo el análisis de sus elementos componentes. De lo contrario, se corre el riesgo de “criminalizar” conductas que, si bien pueden adecuarse literalmente al supuesto de hecho de la norma penal, son del todo irrelevantes porque no importan una grave amenaza al bien jurídico protegido.¹⁴

Pues bien, el bien jurídico protegido en las figuras penales ahora analizadas es el derecho de autor y, en algunos casos, los derechos conexos. La protección penal se encamina a perseguir aquellos comportamientos que supongan una vulneración tanto de las facultades morales como patrimoniales, con cierta preeminencia de estas últimas. En efecto, si bien se reprimen conductas que suponen la afectación de derechos morales tales como el derecho a la paternidad, a la integridad y a la no divulgación de la obra; lo cierto es que buena parte de los comportamientos delictivos —con más razón desde la entrada en vigor de la Ley 29263 que incorpora nuevas figuras típicas— tienen que ver con actos de comunicación, distribución, reproducción e importación atentatorios contra las facultades patrimoniales de los derechos de autor y conexos.

Como se dijo anteriormente, los derechos patrimoniales reconocidos al autor están preordenados a garantizarle el disfrute de los beneficios económicos obtenidos por la explotación de su obra. Parece claro que algunos países —principalmente Estados Unidos— se muestran más sensibles a las infracciones a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos que a ilícitos que inciden en el aspecto moral; aquéllos son los que generan mayor preocupación

13 Algunas veces intencionadamente. Como en los sistemas autoritarios e hiperrepressivos a los que alude Quintero Olivares. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho...* ob. cit., pag. 81.

14 Lo que conculcaría los principios de proporcionalidad, legalidad y lesividad. Echar a andar todo el rigor del poder punitivo del Estado frente a conductas que no suponen un serio riesgo a las normas básicas de convivencia y del sistema social no sería sino violencia penal innecesaria. La importancia del bien jurídico en la configuración del tipo es incuestionable. Así, según la naturaleza del bien jurídico en cuestión, el legislador suele recurrir a fórmulas de lesión o de peligro, a tipos completos o incompletos, etc. Por ello, el bien jurídico actuaría como una suerte de *decodificador* para determinar aquellas conductas que pueden quedar comprendidas en el tipo y por tanto merecedoras de sanción penal. Sólo así, los principios penales antes referidos quedarían salvaguardados.

“Es de notar cierta yuxtaposición entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. Lo que parece natural si se tiene en cuenta que estamos ante dos sistemas de protección, pero con un único objeto de tutela”.



en los países que han alcanzado un gran desarrollo de sus industrias fonográfica, audiovisual, satelital y del *software*. Estamos ante intangibles que generan grandes ganancias.¹⁵

Debe tenerse en cuenta que entre los derechos de autor (que atiende en sentido estricto a los creadores) y los derechos conexos (esto es, de los intérpretes o ejecutantes; de los productores de fonograma, y de los organismos de radiodifusión) se pueden establecer vasos comunicantes:

“Lo que se observa sin mayor esfuerzo es que las obras de los autores son el insumo o la materia prima de la cual se valen los titulares de los denominados derechos conexos o vecinos, y a su vez los autores encuentran en los titulares de derechos conexos sus mejores aliados en la labor de dar a conocer y de difusión de sus creaciones, lo cual crea una especie de matrimonio por conveniencia entre unos y otros.”¹⁶

Cabe mencionar que el derecho de autor tiene reconocimiento constitucional. El Art. 2 inc. 8 de nuestra carta fundamental señala 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”.¹⁷ Ciertamente es que, a diferencia

de la Constitución de 1979, ya no se hace referencia expresa al derecho de autor, pero eso no significa que este derecho haya perdido reconocimiento constitucional; pues el mismo queda comprendido dentro del art. 2 inc. 8 de la Constitución de 1993 que alude a la libertad de creación intelectual y a la propiedad sobre dicha creación. Y es que una obra no es otra cosa que una creación intelectual: un producto del ingenio humano. Con lo cual, cuando la Constitución reconoce el derecho a la libertad de creación intelectual y a la propiedad sobre dicha creación, está reconociendo implícitamente el derecho de autor.

2. El ilícito: infracción administrativa vs. delito

Es de notar cierta yuxtaposición entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. Lo que parece natural si se tiene en cuenta que estamos ante dos sistemas de protección, pero con un único objeto de tutela. Más aún cuando el Art. 183 de la LDA prescribe: “Se considera infracción la vulneración de cualquiera de las disposiciones contenidas en la presente ley”.

Resulta difícil fundamentar las diferencias materiales en cuanto al contenido del delito y del ilícito administrativo; véase sino el segundo párrafo del art. 186 de la LDA¹⁸ y compárese con algunas conductas pre-

15 De ahí el interés en retrasar el ingreso al dominio público de algunas creaciones (como sucede en el caso de *Mickey Mouse*); por eso el afán de limitar el intercambio de contenidos (música, videos, etc.) a través de la red; por ello las empresas dedicadas a la producción de fonogramas o a la distribución de películas exigen, con tanta razón como insistencia, que se persiga y reprima la piratería.

16 RÍOS RUIZ, Wilson Rafael. Derechos de autor y derechos conexos en la televisión por satélite y televisión por cable – cable distribución. Señales portadoras de programas de satélite. En: revista *La Propiedad Inmaterial*, Universidad Externado de Colombia, N° 6 (2003), p. 47.

17 Para un buen estudio sobre el reconocimiento constitucional de los derechos intelectuales, vid. KRESALJA, Baldo. Los derechos intelectuales en el constitucionalismo peruano. En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N° 1 (2004), pp. 15-53.

18 Artículo 186.- (...)

Se considerará como falta grave aquella que realizare el infractor, vulnerando cualquiera de los derechos y en la que concurran al menos alguna de las siguientes circunstancias:

- a. La vulneración de cualquiera de los derechos morales reconocidos en la presente ley.
- b. El obrar con ánimo de lucro o con fines de comercialización, sean estos directos o indirectos.
- c. La presentación de declaraciones falsas en cuanto a certificaciones de ingresos, repertorio utilizado, identificación de los titulares del respectivo derecho, autorización supuestamente obtenida; número de ejemplares o toda otra adulteración de datos susceptible de causar perjuicio a cualquiera de los titulares protegidos por la presente ley.
- d. La realización de actividades propias de una entidad de gestión colectiva sin contar con la respectiva autorización de la Oficina de Derechos de Autor.
- e. La difusión que haya tenido la infracción cometida.
- f. La reiterancia o reincidencia en la realización de las conductas prohibidas.

vistas por el legislador en el catálogo punitivo: vulneración de derechos morales [Arts. 216, 218 a), 219 CP]; presentación de declaraciones falsas en cuanto a certificaciones de ingresos, repertorio utilizado, número de ejemplares producidos [Art. 220 c) CP]; realización de actividades propias de una entidad de gestión colectiva sin contar con la respectiva autorización de la Oficina de Derecho de Autor [Art. 220 b) CP].

Queda la impresión de que el legislador no parece preocuparse de la mayor dañosidad que debe comportar un delito con relación a la mera infracción administrativa: mayor grado de injusto. Lo que en el caso concreto puede generar dificultades para determinar si estamos o no ante un comportamiento punible. Como en el caso que presentamos a continuación.

III. Caso: El otro sendero

1. Breve referencia de los hechos

Como es de público conocimiento, Enrique Gheresi y Mario Ghibellini reivindicaron su condición de coautores —conjuntamente con Hernando de Soto— del libro *El Otro Sendero*; pues, además de haber formado parte de la creación de la obra, desde las primeras ediciones figuraron en la carátula como colaboradores. Bien se recuerda que el Tribunal del Indecopi resolvió que *El Otro Sendero* es una obra colectiva y que se había afectado el derecho moral de paternidad al no haberse consignado como coautores en la edición del año 2005 a Enrique Gheresi y Mario Ghibellini; esto es, se quiso hacer pasar como una obra individual lo que en realidad era una obra colectiva.¹⁹

No obstante ello, el Grupo Editorial Norma acaba de publicar una nueva edición del libro *El Otro Sendero*, en cuya carátula aparece como único autor Hernando de Soto. Sólo en los créditos de la cuarta página se consigna como coautores a *Mario Ghibellini*, *Enrique Gheresi* y al Instituto Libertad y Democracia.

Cabe preguntarse si el hecho descrito constituye un delito contra el derecho de autor; para ello, debemos volver sobre algunos conceptos señalados anteriormente.

2. El Derecho de autor

El Derecho de autor se encamina a la protección de los derechos reconocidos al creador de una obra personal y original. Estos derechos son oponibles *erga omnes* y nacen por el mismo acto de creación.

El Derecho de autor comprende dos aspectos: por un lado, los *derechos morales* que son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles (Art. 21 LDA); y, por otro, los *derechos patrimoniales* que sí tienen un plazo de vigencia (toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento: Art. 52 LDA), transcurrido el cual, la obra pasa al dominio público.

Dentro de los derechos morales se ubica el *derecho de paternidad*; en cuya virtud, el autor tiene el derecho de ser reconocido como tal, es decir, que ostenta el derecho a reivindicar la obra como suya (Art. 24 LDA). De este modo, y en lo que ahora interesa, el autor tiene el derecho a que el fruto de su creación lleve su nombre.

3. Obra en colaboración

Según el inc. 21 del artículo 2 de la LDA la obra en colaboración es aquella creada conjuntamente por dos o más personas físicas; con lo cual, estamos ante un supuesto de coautoría. Lo que es reafirmado en el primer párrafo del artículo 14 de la LDA cuando se señala:

“Los coautores de una obra creada en colaboración serán conjuntamente los titulares originarios de los derechos morales y patrimoniales sobre la misma, y deberán ejercer sus derechos de común acuerdo”.

4. Sujeto activo del delito: ¿el autor de la obra?

Como sabemos, sujeto activo del delito es aquel que realiza el supuesto de hecho del tipo penal. En los delitos ahora analizados cabe destacar que, al menos en principio, no se exige una condición especial del agente para ser autor del delito; esto es, pueden ser cometidos por cualquier persona (delitos comunes). Ciertamente es que en el tipo básico del artículo 216 del CP se alude al que actúa “estando autorizado para publicar una obra”; con lo cual, se restringe, en este caso, el ámbito de posibles autores del delito.

No obstante, lo que ahora nos interesa determinar es un asunto más importante para determinar si los hechos denunciados tienen relevancia penal. Debemos preguntarnos: *¿puede el autor de la obra ser sujeto activo de un delito contra el derecho de autor sobre la misma obra?*

Vayamos por partes. Hemos referido que el derecho de autor presenta un doble componente: uno *moral* que es, entre otras cosas, inalienable e irrenunciable (Art. 21 LDA); y otro *patrimonial* que sí es transferible, p. ej., mediante cesión *inter vivos* (Art. 88 LDA).

Si el bien jurídico protegido por los delitos contra el derecho de autor abarca ambos aspectos, habrá supuestos delictivos en los que se afectará el aspecto moral del derecho de autor (p. ej. el de paternidad, en el delito de plagio o cuando se omite el nombre del autor) y otros en los que se afecta el aspecto patrimonial (p. ej. reproducción y distribución no autorizada de la obra).

Pongámonos ahora en el caso de que el titular de los derechos patrimoniales sobre una obra ya no sea el autor de la misma, sino un tercero: el autor, como titular original, cedió sus derechos de explotación económica a un tercero (cesionario).

Si se han cedido los derechos patrimoniales, los delitos que afecten el aspecto moral del derecho de autor se realizarán siempre en perjuicio del autor de la obra, pero los delitos que afecten los derechos patrimoniales lo serán ahora en perjuicio de quien ostente la titularidad de dichos derechos: el cesionario.

De lo anterior, consideramos que es sostenible el argumento de que el autor de la obra podría eventualmente ser sujeto activo del delito en el caso de que haya cedido los derechos patrimoniales de la obra y que su conducta —la que se adecue al supuesto de hecho del tipo penal— suponga una afectación, justamente, de esa clase de derechos.²⁰

En la misma línea, consideramos que el autor de la obra no puede ser sujeto activo del delito contra el derecho de autor cuando no haya cedido los derechos de la obra o, incluso habiéndolos cedido, cuando los comportamientos guarden relación con la posible vulneración de los derechos morales, de los cuales, evidentemente, él mismo continúa siendo titular.

5. Coautor de la obra, ¿autor del delito?

Ahora bien, en el caso analizado se da una peculiaridad. Hernando de Soto es coautor de la obra. ¿Podría ser autor del delito? De los elementos con que contamos, pareciera que no. Por las siguientes razones:

1. Más allá de que en la nueva edición de *El Otro Sendero* no se incluya en la carátula el nombre de Enrique Gheresi y Mario Ghibellini; lo cierto es que no se les desconoce su condición de coautores, pues ello aparece, aunque de manera diminuta, en la cuarta página.

2. Hernando de Soto es coautor de la obra; con lo cual, no podría ser sujeto activo de un delito que afecte el derecho moral sobre aquella.
3. Si se afectó, como en este caso, los derechos morales de los demás coautores es algo que debe ser ventilado en la vía extrapenal, en atención al principio de subsidiariedad y al carácter de *ultima ratio* del Derecho penal.²¹
4. Con relación a los derechos patrimoniales, es verdad que cualquier acto de explotación económica de la obra requería el común acuerdo de los coautores (artículo 14 LDA); sin embargo, ello no quita que Hernando de Soto, conjuntamente con Enrique Gheresi y Mario Ghibellini, sean titulares compartidos de los derechos patrimoniales sobre *El Otro Sendero*. Y, así como a nuestro entender, un copropietario no puede ser autor del delito de estelionato (vender como propio un bien ajeno: artículo 197 inc. 4 CP), consideramos que el coautor de la obra no puede ser autor del delito. Desde luego estamos ante una evidente violación del derecho de autor —en este caso en perjuicio de los coautores de la obra, mas consideramos, al igual que en el apartado anterior, que esto debe ser solventado según las normas civiles y administrativas que la ley franquea.

6. ¿Delito de desobediencia?

Por último, consideramos que tampoco concurre el delito de desobediencia previsto en el artículo 368 del CP por cuanto este delito requiere, como elemento típico, la existencia de una *orden* impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. En cuanto a este elemento, ya se ha señalado que no se trata de una simple citación, declaración, petición o notificación no conminatoria, sino de un mandato de carácter intimatorio que debe ser cumplida; se trata de una orden dirigida a un destinatario preciso al que se le conmina a hacer o dejar de hacer algo.²²

Pues bien, la Resolución del Tribunal del Indecopi no contiene una orden o mandato dirigido a Hernando de Soto salvo el pago de la multa y los costos del procedimiento. En este sentido, no existe un mandato expreso impartido por funcionario público que haya sido desobedecido.

20 Como dice MIRÓ LLINARES: “cuando un sujeto realiza una conducta tipificada en el artículo 270 del Código Penal [español] con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, esto es, atenta contra los intereses patrimoniales de los titulares de los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual (bien jurídico penal) de forma grave, debe ser castigado, con indiferencia de que, anteriormente, haya sido o no titular del bien jurídico e independientemente del resto de intereses (no protegidos por vía penal) que tenga respecto a la obra objeto de derechos”, vid. MIRÓ LLINARES, Fernando. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Madrid, Dykinson, 2003, p. 310. En nuestro medio, ABANTO VÁSQUEZ, en posición que no compartimos, va más lejos y excluye al autor de la obra como posible autor del delito: “si bien se protege también a los cesionarios de derechos autorales contra las acciones típicas allí descritas, esto sólo se hace en relación con *terceros distintos del propio autor*. En caso de que el autor cometa el ilícito, éste sólo deberá ser sancionado por las leyes extrapenales o, si emplea engaño y causa un perjuicio patrimonial al cesionario, por el tipo penal de “estafa”, vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Lima, Idemsa, 2000, p. 284.

21 De la misma opinión, MIRÓ LLINARES, quien sostiene “la explotación de la obra en su totalidad por parte de uno de los autores sin el permiso de los demás dará lugar a responsabilidad, si bien por la vía civil y no por la penal, en cuanto en este supuesto resultaría extraña la consideración de sujeto activo a uno de los titulares del bien jurídico protegido”, vid. MIRÓ LLINARES, Fernando. *La protección... ob. cit.* p. 321.

22 Vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Lima, Grijley, 2003, p. 743.