



FACULTAD DE DERECHO  
SECCIÓN POSGRADO

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROTECCIÓN PENAL DE  
LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS**



**PRESENTADA POR  
DAVID TAPIA SANTISTEBAN**

**ASESOR  
JORGE ROSAS YATACO**

**TESIS**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN  
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ**

**2021**



**CC BY-NC-SA**

**Reconocimiento – No comercial – Compartir igual**

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



**POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS DE  
AUTOR Y CONEXOS**

**TESIS**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN  
CIENCIAS PENALES**

**PRESENTADA POR**

**DAVID TAPIA SANTISTEBAN**

**ASESOR**

**MG. JORGE ROSAS YATACO**

**LIMA – PERU**

**2021**

## INDICE

RESUMEN .....	viii
ABSTRACT .....	x
INTRODUCCIÓN .....	xii
CAPÍTULO I:.....	24
MARCO TEÓRICO .....	24
1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	24
2. BASES TEÓRICAS.....	26
2.1. FUNCIONES DEL DERECHO PENAL.....	26
2.1.1. Control social .....	26
2.1.1.1. Control social no formal .....	28
2.1.1.2. Control social formal.....	29
2.1.2. Funciones del Derecho Penal. Teorías de la pena .....	31
2.1.2.1. Teorías absolutas o de la retribución. ....	31
2.1.2.2. Teorías relativas o de la utilidad .....	32
2.1.2.2.1. Teoría de la prevención especial.....	32
2.1.2.2.2. Teoría de la prevención general .....	33
2.1.2.3. Teorías de la unión.....	35
2.1.3. La pena en el Código Penal .....	36
2.1.4. Procesos de criminalización .....	37
2.1.4.1. Criminalización primaria .....	37
2.1.4.2. Criminalización secundaria .....	38
2.2. LIMITACIÓN DEL PODER PENAL DESDE LOS PRINCIPIOS DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL.....	44
2.2.1. Fundamentos de la limitación del poder penal del Estado .....	44
2.2.2. Principio de protección exclusiva de bienes jurídicos .....	48
2.2.2.1. Funciones del bien jurídico .....	49
2.2.2.1.1. Función crítica.....	49
2.2.2.1.2. Función interpretativa .....	50
2.2.2.1.3. Función sistemática .....	51
2.2.2.2. Jerarquización de los bienes jurídicos .....	51
2.2.2.2.1. Merecimiento de pena .....	52
2.2.2.2.2. Necesidad de pena .....	53

2.2.3.	Principio de mínima intervención .....	53
2.2.3.1.	Sub principio de fragmentariedad.....	55
2.2.3.2.	Sub principio de subsidiaridad o última ratio .....	55
2.3.	<b>LEGISLACIÓN SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS .....</b>	<b>56</b>
2.3.1.	<b>LEGISLACIÓN UNIVERSAL .....</b>	<b>56</b>
2.3.1.1.	Convenio de Berna.....	57
2.3.1.1.1.	Antecedentes.....	57
2.3.1.1.2.	Obra protegida.....	58
2.3.1.1.3.	Principios básicos.....	59
2.3.1.1.4.	Titulares de los derechos .....	60
2.3.1.1.5.	Derechos protegidos.....	60
2.3.1.1.6.	Importancia del Convenio de Berna.....	61
2.3.1.2.	Convención Universal sobre Derecho de Autor.....	61
2.3.1.2.1.	Antecedentes.....	61
2.3.1.2.2.	Obras protegidas.....	61
2.3.1.2.3.	Principios.....	62
2.3.1.3.	Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (WCT).....	62
2.3.1.3.1.	Relación con el Convenio de Berna.....	62
2.3.1.3.2.	Derechos de autor regulados .....	63
2.3.1.3.3.	Limitaciones y excepciones .....	64
2.3.1.4.	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – acuerdos APDIC .....	65
2.3.1.4.1.	Principios.....	65
2.3.1.4.2.	Relación con el Convenio de Berna.....	66
2.3.1.4.3.	Procedimientos y recursos civiles y administrativos .....	67
2.3.1.5.	Decisión Andina 351 - Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.....	68
2.3.1.5.1.	Antecedentes.....	68
2.3.1.5.2.	Finalidad .....	68
2.3.1.5.3.	Definición de obra protegida .....	69
2.3.1.5.4.	Derechos protegidos.....	70
2.3.1.5.5.	Limitaciones y excepciones .....	71
2.3.1.5.6.	Derechos conexos .....	74
2.3.1.5.7.	Gestión colectiva.....	74
2.3.2.	<b>LEGISLACIÓN NACIONAL .....</b>	<b>74</b>

2.4.	Objeto del derecho de autor .....	75
2.4.1.	Consideraciones generales .....	75
2.4.2.	La obra como objeto del derecho de autor.....	75
2.4.3.	Características de la obra .....	77
2.4.4.	Obras protegidas.....	81
2.5.	<b>CONTENIDO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS .....</b>	<b>82</b>
2.5.1.	Derechos de Autor .....	82
2.5.1.1.	Derechos morales .....	82
2.5.1.2.	Derechos patrimoniales .....	85
2.5.2.	Derechos Conexos.....	86
2.5.3.	Limitaciones de protección autoral .....	88
2.6.	<b>ÁMBITOS DE PROTECCIÓN AUTORAL .....</b>	<b>90</b>
2.6.1.	Protección Administrativa .....	90
2.6.1.1.	Ámbito de competencias de INDECOPI en sede administrativa .....	91
2.6.1.2.	Sanciones .....	92
2.6.2.	Protección Civil .....	92
2.6.3.	Protección Penal .....	93
2.7.	<b>DELITOS CONTRA LOS DERECHOS LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS .....</b>	<b>94</b>
2.8.	<b>RELACION DEL ÁMBITO ADMINISTRATIVO Y PENAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS .....</b>	<b>99</b>
2.8.1.	Ilícito administrativo.....	99
2.8.1.1.	Derechos de autor .....	99
2.8.1.2.	Derechos conexos .....	100
2.8.2.	Ilícito penal .....	102
2.8.2.1.	Objeto de protección de la norma penal de derecho de autor .....	103
2.8.2.2.	Relación administrativa y penal: naturaleza de las normas penales...103	
2.8.2.3.	Características de la relación administrativa y penal en derechos de autor .....	105
2.9.	<b>FORMAS DE COMISION DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS .....</b>	<b>108</b>
2.9.1.	Tecnología e información .....	108
2.9.2.	Formas de comisión de las infracciones autorales .....	111
2.9.2.1.	Piratería de fuentes o de reproducción .....	112
2.9.2.2.	Piratería de distribución y consumo .....	113
	<b>CAPÍTULO II: METOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>114</b>

1.	<b>FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....</b>	<b>114</b>
1.1.	<b>Problema general .....</b>	<b>114</b>
1.1.1.	<b>Problema específico.....</b>	<b>114</b>
1.2.	<b>Formulación de objetivos .....</b>	<b>114</b>
1.2.1.	<b>Objetivo General.....</b>	<b>114</b>
1.2.2.	<b>Objetivos específicos.....</b>	<b>114</b>
1.3.	<b>Formulación de hipótesis .....</b>	<b>115</b>
1.3.1.	<b>Hipótesis General.....</b>	<b>115</b>
1.3.2.	<b>Hipótesis específica .....</b>	<b>115</b>
2.	<b>VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>115</b>
3.	<b>DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>116</b>
3.1.	<b>Delimitación espacial.....</b>	<b>116</b>
3.2.	<b>Delimitación temporal .....</b>	<b>116</b>
3.3.	<b>Delimitación social .....</b>	<b>116</b>
3.4.	<b>Delimitación conceptual .....</b>	<b>116</b>
4.	<b>DISEÑO METODOLÓGICO .....</b>	<b>116</b>
4.1.	<b>Tipo de investigación.....</b>	<b>116</b>
4.2.	<b>Nivel de investigación.....</b>	<b>117</b>
4.3.	<b>Método .....</b>	<b>117</b>
5.	<b>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>117</b>
5.1.	<b>Diseño muestral: .....</b>	<b>117</b>
6.	<b>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS</b>	<b>117</b>
6.1.	<b>Registro documental:.....</b>	<b>117</b>
7.	<b>ASPECTOS ÉTICOS .....</b>	<b>118</b>
	<b>CAPÍTULO III: RESULTADOS .....</b>	<b>119</b>
1.	<b>ENTREVISTAS .....</b>	<b>119</b>
2.	<b>REPORTES DEL SISTEMA INTEGRADO DE APOYO AL TRABAJO FISCAL – SIATF DE LAS FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN PROPIEDAD INTELECTUAL .....</b>	<b>127</b>
3.	<b>DELITOS QUE NO TIENEN APLICACIÓN EN LAS FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN PROPIEDAD INTELECTUAL. AÑOS 2016 AL 2018 .....</b>	<b>133</b>
4.	<b>TIPOS DE INFRACCIÓN CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS QUE INGRESAN A LAS FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN PROPIEDAD INTELECTUAL .....</b>	<b>135</b>
5.	<b>FORMAS DE COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN AUTORAL .....</b>	<b>136</b>
	<b>CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN.....</b>	<b>141</b>

<b>1.</b>	<b>ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS TIPOS PENALES CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS.....</b>	<b>141</b>
1.1.	Actos de divulgación o publicación de obra: artículo 216 .....	141
1.2.	Actos de reproducción, distribución y comunicación pública: artículos 217 y 218 .....	142
1.3.	Plagio .....	153
1.4.	Formas agravadas del artículo 220 .....	154
1.5.	Elusión de medidas tecnológicas de protección de derechos de autorales .....	155
1.6.	Alteración de información sobre gestión de derechos.....	155
1.7.	Fabricación y comercialización de etiquetas, carátulas, empaques, manuales y licencias de programas de ordenador .....	156
<b>2.</b>	<b>DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS QUE NO SE APLICAN EN LAS INVESTIGACIONES DE LAS FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN PROPIEDAD INTELECTUAL .....</b>	<b>157</b>
<b>3.</b>	<b>INCIDENCIA Y JERARQUIZACIÓN DE DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS QUE SE INVESTIGAN EN LAS FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL PERIODO 2016 AL 2018 .....</b>	<b>160</b>
3.1.	Análisis de incidencia .....	160
3.2.	Análisis de jerarquización .....	162
3.2.1.	Primer nivel o jerarquía.....	162
3.2.2.	Segundo nivel o jerarquía.....	165
3.2.3.	Tercer nivel o jerarquía .....	165
<b>4.</b>	<b>CONCENTRACION DE LA INTERVENCION PENAL EN LOS ACTOS DE DISTRIBUCION DE OBRAS.....</b>	<b>166</b>
<b>5.</b>	<b>FALTA DE DELIMITACION DE LA INTERVENCION PENAL Y ADMINISTRATIVA GENERA USO EXPANSIVO DEL ÁMBITO PENAL EN LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS .....</b>	<b>168</b>
<b>6.</b>	<b>EFICACIA DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS SOBRE LA BASE DE LOS PRINCIPIOS DE MÍNIMA INTERVENCION Y EXCLUSIVA PROTECCION DE BIENES JURÍDICOS .....</b>	<b>171</b>
6.1.	Mínima intervención del Derecho Penal .....	172
6.2.	Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos .....	173
6.3.	Intervención del ámbito penal .....	174
	<b>CAPÍTULO V: CONCLUSIONES .....</b>	<b>177</b>
	<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>180</b>
	<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>181</b>

## INDICE DE TABLAS

<b>Tabla Nº 01: Delitos contra los derechos de autor y conexos que tienen mayor gravedad o reproche penal.....</b>	<b>124</b>
<b>Tabla Nº 02: Delitos con mayor incidencia en las fiscalías especializadas en propiedad intelectual .....</b>	<b>126</b>
<b>Tabla Nº 03: Delitos que no tienen aplicación en las fiscalías especializadas en propiedad intelectual. años 2016 al 2018.....</b>	<b>135</b>
<b>Tabla Nº 04: Descripción parcial de obras protegidas en el artículo 217 del Código Penal.....</b>	<b>146</b>
<b>Tabla Nº 05: Cuadro comparativo del artículo 217 y 218 del Código Penal...</b>	<b>150</b>
<b>Tabla Nº 06: Incidencia y jerarquización de delitos contra los derechos de autor y conexos que se investigan en las fiscalías especializadas en propiedad intelectual de Lima en el periodo 2016 al 2018.....</b>	<b>163</b>

## RESUMEN

La obra entendida como la creación intelectual en el ámbito literario, artístico y científico, con contenido moral y patrimonial, constituye el objeto de protección de los derechos de autor y conexos, cuya infracción puede ser investigada y sancionada en el ámbito penal y administrativo.

Las infracciones contra los derechos de autor y conexos se manifiestan como conductas masivas que vulneran los derechos de los titulares de las obras protegidas, desde la reproducción y venta no autorizada de obras en pequeños puestos de venta, la realización de estas conductas en galerías comerciales, hasta las formas más sofisticadas de descarga, reproducción y distribución de obras a través de plataformas de internet.

La verificación de esta característica masiva de las actividades ilícitas que infringen los derechos de autor y conexos, exige la aplicación de criterios de selección de casos que deben ingresar al ámbito penal y administrativo, tomando en cuenta los grados de reproche de las conductas o lesividad del bien jurídico protegido.

A su vez, la selección de los casos que deben ingresar al ámbito penal debe tomar en cuenta los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y mínima intervención del Derecho Penal, para generar eficacia y legitimidad del poder sancionatorio del Estado en este ámbito, derivándose al ámbito administrativo las infracciones de menor lesividad o cuando no se verifique con rigor la vulneración de la obra como objeto de protección.

En tanto, el análisis crítico del contenido moral y patrimonial de los derechos de autor y conexos permite verificar la existencia de la vulneración de la obra como

objeto de protección, tomando en cuenta la descripción de los elementos objetivos que aparecen en la tipificación penal.

**Palabras clave:** obra, derechos de autor y conexos, derecho moral, derecho patrimonial, protección penal, protección administrativa.

## **ABSTRACT**

The work understood as intellectual creation in the literary, artistic and scientific field, with moral and patrimonial content, constitutes the object of protection of copyright and related rights, whose infringement can be investigated and sanctioned in the criminal and administrative field.

Infringements against copyright and related rights are manifested as massive behaviors that violate the rights of the owners of protected works, from the unauthorized reproduction and sale of works in small stalls, the realization of these behaviors in commercial galleries, to the most sophisticated ways of downloading, reproducing and distributing works through internet platforms.

The verification of this massive characteristic of illegal activities that infringe copyright and related rights requires the application of criteria for the selection of cases that must enter the criminal and administrative sphere, taking into account the degrees of reproach of the conduct or injury of protected legal assets.

In turn, the selection of cases that must enter the criminal field must take into account the principles of exclusive protection of legal assets and minimal intervention of Criminal Law, to generate effectiveness and legitimacy of the sanctioning power of the State in this area, deriving from administrative scope infringements of less harmful or when the violation of the work as an object of protection is not rigorously verified.

Meanwhile, the critical analysis of the moral and heritage content of the copyright and related rights allows verifying the existence of the violation of the work as an

object of protection, taking into account the description of the objective elements that appear in the criminal classification.

**Keywords:** work, copyright and related rights, moral law, property law, criminal protection, administrative protection,

## INTRODUCCIÓN

Los derechos de autor y conexos se construyen sobre la existencia de la obra entendida como toda creación intelectual personal y original en el ámbito literario, artístico y científico. Por la importancia que tiene la obra en el desarrollo social, ha sido reconocido en instrumentos jurídicos universales como el Convenio de Berna y la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en legislación comunitaria como la Decisión Andina 351; en tanto, a nivel interno, el derecho de autor tiene reconocimiento constitucional conforme aparece en el artículo 2, numeral 8 de la norma fundamental que establece 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 “, y el Decreto Legislativo N° 822 que regula específicamente los derechos de autor y conexos.

Los derechos de autor y conexos pueden ser protegidos tanto en el ámbito penal y administrativo, además de la vía civil, no existiendo una delimitación clara para la intervención de uno u otro orden jurídico, más aún si el artículo 173 del Decreto Legislativo N° 822 establece que la vía administrativa no constituye vía previa.

La falta de esta delimitación clara para la intervención de los ámbitos penal y administrativo en la protección de los derechos de autor y conexos, ha ocasionado una dispersa e indistinta intervención de estos órdenes sancionatorios, generando la intervención del ámbito penal en casos de mínima o escasa relevancia, que no contribuye a la eficacia y legitimidad de este orden sancionatorio para la adecuada protección de los derechos de autor y conexos.

Como parte de la descripción de la realidad problemática de la investigación se ha señalado precisamente que la represión penal de las conductas infractoras de

derechos de autor y conexos se orienta en gran parte a la intervención de actos de comercialización de obras reproducidas sin la autorización de los titulares del derecho, que constituye el último eslabón en la cadena de actividades ilícitas que infringen derechos autorales, y que, además, tomando en cuenta la magnitud o forma de realización de estas conductas, no tienen la relevancia necesaria para su procesamiento en el ámbito penal. Esta situación ha sido constatada en la presente investigación a través de los reportes del sistema integrado de apoyo al trabajo fiscal - SIATF - de las Fiscalías Especializadas en Propiedad Intelectual de Lima en el periodo de la investigación, siendo esta información uno de los insumos esenciales para la discusión del problema planteado. A partir de la descripción de dicha realidad problemática, planteamos como problema general la forma como incide la norma penal y administrativa en la protección de los derechos de autor y conexos en el Distrito Fiscal de Lima en el periodo de investigación 2016-2018.

En ese sentido, teniendo en cuenta la comprensión de la realidad problemática y el planteamiento de los objetivos generales y específicos, hemos construido las hipótesis de investigación sobre la existencia de incidencia de la aplicación de las normas penales y administrativas para la protección de los derechos de autor y conexos.

Las hipótesis de investigación han sido verificadas con la información de los sistemas fiscales de información, así como el uso de las técnicas de cuestionario que han sido aplicadas a fiscales de las Fiscalías Especializadas en Propiedad Intelectual de Lima. Siendo así, dicha información ha demostrado que los casos que ingresan al sistema penal, en su gran mayoría, están referidos a la realización de conductas de distribución o comercialización, que constituye el último eslabón de la cadena de actos de infracción de derechos de autor y conexos. Esta situación

genera una saturación y sobrecarga del sistema penal con casos que no son los que revisten el mayor reproche o afectación de los derechos de propiedad intelectual, específicamente de los derechos de autor y conexos, además de no contribuir a la legitimación del sistema penal como herramienta punitiva estatal de última intervención.

Desde esa perspectiva, sobre la base de indicadores de casos que ingresan al sistema penal, que se ha verificado en la presente investigación, formulamos la importancia de la selección del ámbito del procesamiento y sanción de las conductas infractoras de derechos de autor y conexos. Por lo que, por la propia naturaleza del derecho penal, como instrumento de control estatal de mayor severidad, debe reservarse este control formal para las infracciones autorales de mayor reproche, derivándose al ámbito administrativo las conductas de menor lesividad, teniendo en cuenta que aquel también tiene competencia para la investigación y sanción de conductas que infringen derechos de autor y conexos.

Sin embargo, la represión penal de estas actividades ilícitas en gran parte se orienta a la intervención de actos de comercialización de obras reproducidas sin la autorización de los titulares del derecho, que constituyen el último eslabón de la cadena de actividades de dichas conductas ilícitas.

Además debido a las características de reproducción en escala, bajo costo y de óptima calidad de las copias ilícitas que vulneran derechos de autor, la concentración de la represión penal en las actividades de comercialización no contribuye de manera eficiente en el control de dichos actos ilícitos, por cuanto efectuadas las intervenciones inmediatamente se reanudan dichas actividades, generando como consecuencia la percepción de impunidad en la sociedad frente a

dichos actos, además de la falta de protección debida a los titulares de derechos de autor y conexos.

En este contexto, la investigación desarrollada es importante teóricamente porque se orienta a analizar y establecer las formas más adecuadas de protección penal de los derechos de autor y conexos, para legitimar el derecho penal como instrumento de control social de última ratio, optimizar los recursos fiscales utilizados para la represión de éstos ilícitos y garantizar la efectiva protección de los derechos autorales.

Desde el punto de vista social, la investigación es útil porque contribuirá al desarrollo de estrategias jurídicas y operativas que mejoren la represión de las conductas ilícitas contra los derechos de autor y conexos, generen confianza en la sociedad sobre el respeto de estos derechos y promuevan la creatividad e innovación. Al mismo tiempo, la investigación tiene trascendencia e impacto en la sociedad porque promoverá la efectiva represión de las conductas ilícitas contra los derechos de autor y conexos, modificando la actual percepción de impunidad de éstos ilícitos.

La presente investigación se desarrolla en cinco capítulos. En el primer capítulo abordamos el marco teórico que contiene los antecedentes de la investigación, las funciones del derecho penal, donde partimos desarrollando las formas de control social y las teorías de la pena, abordando también los procesos de criminalización. Igualmente, en el primer capítulo abordamos el estudio de las limitaciones del poder penal del Estado desde los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y mínima intervención del derecho penal; la legislación sobre derechos de autor en el ámbito universal, comunitario y nacional; el objeto del derecho de autor, el

contenido de protección de los derechos de autor y conexos, los ámbitos de protección autoral, los delitos contra los derechos de autor y conexos, las relaciones del ámbito penal y administrativo en la protección de los derechos de autor y conexos y las formas de comisión de los delitos en esta materia.

Dentro de los antecedentes de la investigación señalamos los estudios de Mosqueira (2014). Pontificia Universidad Católica del Perú. La protección de la propiedad intelectual en el comercio internacional de bienes a través de la aplicación de medidas en frontera. Hacia una redefinición del modelo peruano. Expone el problema de la piratería y la falsificación como un problema masivo que abarca grandes cifras a nivel mundial, que en la investigación se caracteriza como la masificación de estas conductas.

Quineche (2011). Pontificia Universidad Católica del Perú. Análisis económico de la piratería musical: el efecto de las políticas públicas en el Perú. En este trabajo de investigación el autor plantea el combate a la piratería desde el lado de los consumidores, es decir, que sean los consumidores los que a través de su preferencia en el consumo no adquieran productos protegidos por derechos autorales que hayan sido puestos en el mercado de manera ilícita. En el planteamiento del autor sobre la posible solución al problema de la piratería, igualmente se refleja la manifestación masiva de las conductas infractoras de derechos autorales.

Por su parte, Córdova (2013). Pontificia Universidad Católica del Perú, en su obra La excepción de copia privada en el derecho de autor frente a las medidas tecnológicas de protección: ¿una limitación a la excepción?, plantea que la persecución de los actos de elusión de medidas tecnológicas en derechos de autor,

resulta prácticamente imposible, por lo que resulta más conveniente orientar el control al proveedor de estos medios tecnológicos. Esta postura resulta razonable y concordante con la posición que planteamos en la investigación a partir de la selección de casos que deben ingresar al ámbito penal y administrativo para la adecuada protección de los derechos autorales.

En el mismo sentido, Valdivia (2012). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en su obra *Los Delitos contra los Derechos de Autor en el Perú*, señala que el carácter subsidiario del derecho penal respecto de otras ramas del derecho, exige su intervención solo en los casos de ataques graves, dejando al ámbito administrativo las infracciones que no tengan tal carácter, que resulta concordante con la postura que asumimos en la presente investigación.

Con relación a las funciones del derecho penal, previamente, desarrollamos las formas de control social entendidas como instituciones y herramientas que garantizan la vigencia del orden y la convivencia pacífica como son los controles formales y no formales. Los controles sociales no formales, son aquellos que no se encuentran positivizados en el ordenamiento jurídico, sino que, se expresan a través de instituciones básicas como la familia y la escuela. En tanto, el derecho penal se enmarca dentro del control social formal estatal que se encarga de la protección y vigencia de los intereses relevantes de la sociedad, interviniendo cuando se configuran conductas transgresoras de dichos intereses que no pueden ser controlados por otros órdenes jurídicos.

Con relación a las teorías de la pena, aparece en la doctrina la formulación de las teorías absolutas o de la retribución, que establecen el concepto que mediante la pena se castiga al agente por el daño causado. Estas teorías consideran que la

pena no cumple ninguna función social, sino únicamente se agota como un mal que se aplica directamente contra el delincuente en la misma medida del daño que ha causado.

Por otro lado, las teorías relativas se fundamentan en la utilidad de la pena, a través de la intimidación general o especial. Estas teorías relativas pueden ser de prevención especial y prevención general.

Las teorías de la prevención especial se enfocan en los beneficios que la pena debe generar en el penado. En tanto, las teorías de la prevención general estiman que la finalidad de la pena es influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución. La prevención general negativa se orienta al efecto intimidatorio que genera la amenaza de la imposición de la pena; a su vez, la prevención general positiva se orienta al efecto del aprendizaje motivado pedagógicamente por la justicia penal, que genera confianza en el derecho.

A su vez, las teorías de la unión, como su nombre mismo ya adelantan su significación, consideran que tanto la retribución como la prevención especial y general, son finalidades de la pena que deben ser alcanzados de manera conjunta.

Con relación a las funciones del derecho penal, se establecen las funciones de protección de bienes jurídicos y las funciones de prevención.

Dentro de las funciones de protección de bienes jurídicos, la doctrina ha construido la postura de que el derecho penal se orienta a la protección de dichos bienes como intereses necesarios e imprescindibles para el funcionamiento pacífico y armónico de la sociedad. En tanto, desde la perspectiva de las funciones de prevención del derecho penal, se estima el carácter disuasorio de conductas transgresoras a partir del establecimiento del catálogo de conductas penalmente prohibidas.

A su vez, dentro de los procesos de criminalización se encuentran los procesos de creación y aplicación de las normas penales. Los procesos de creación de normas penales como procesos de criminalización primaria, corresponden a los órganos legislativos, especialmente el poder legislativo, y en su caso, el poder ejecutivo, vía delegación de facultades. En tanto, los procesos de criminalización secundaria, que corresponde a la aplicación de las normas penales, se ejecutan esencialmente con la participación de los jueces, fiscales, policías y la defensa.

En el tema de las limitaciones del poder penal, abordamos los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y mínima intervención del derecho penal.

Siendo así, la pretensión punitiva del Estado, se encuentra sujeto a límites que surgen del respeto irrestricto de los derechos fundamentales, que constituyen la fuente primaria de limitación del poder punitivo del Estado y cuyo ejercicio no requiere ninguna justificación, como si requiere el Estado para intervenir en el ámbito de los derechos fundamentales.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos exige que la actuación estatal en el ámbito penal, solo puede manifestarse cuando exista una concreta vulneración de un interés socialmente relevante considerado como bien jurídico. A su vez, no toda vulneración de un bien jurídico legitima la intervención penal, sino solo cuando las conductas infractoras hayan dañado de manera grave o severa los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico, donde interviene el principio de mínima intervención para racionalizar el uso de la herramienta penal en el control de las conductas infractoras.

La limitación del poder penal estatal tomando en cuenta los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de mínima intervención, constituye el punto de

central que justifica la investigación que presentamos y que se plasma en la demostración de la hipótesis general y las hipótesis específicas. Es decir, considerando la intervención del derecho penal en el ámbito autoral solo cuando las conductas efectivamente hayan vulnerado el bien jurídico, es decir, la obra como creación intelectual y los derechos que emanan de ella (no la obra entendida como objeto o medio en el que se plasma la creación intelectual), y además, en consonancia con el principio de mínima intervención, cuando dicha vulneración del bien jurídico sea la más grave o reprochable, derivando los casos menos graves al ámbito administrativo, que tiene la facultad para investigar y sancionar las infracciones autorales con el mismo fundamento o interés que es la afectación de un derecho moral o patrimonial de la obra.

Con relación a la legislación de derechos de autor, se ha tomado en cuenta la legislación universal, comunitaria y nacional.

En el ámbito internacional el Convenio de Berna Constituye una de las normas de mayor relevancia en esta materia, no solo por ser una de las primeras normas a nivel mundial, sino por ser una norma que de manera sistemática desarrolla principios relevantes como el principio de trato nacional.

En igual medida, son relevantes a nivel internacional, la Convención Universal sobre Derecho de Autor, el Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (WCT) y el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – acuerdos APDIC.

A nivel comunitario, la Decisión Andina 351 es la norma subregional andina relevante en materia de derechos de autor y conexos, y a nivel nacional, el Decreto

Legislativo N° 822 es la norma que desarrolla el contenido y alcances de los derechos de autor y conexos.

Con relación al objeto del derecho, la obra constituye el objeto de protección de las normas de derechos de autor conexos, siendo necesario precisar la distinción entre la obra como creación intelectual que tiene un carácter inmaterial, y el soporte físico o digital que contiene la obra. De la creación intelectual o relación de autoría del creador con su obra surgen los contenidos morales y patrimoniales, los primeros vinculados a la protección de paternidad o integridad de la obra, y los segundos vinculados a los derechos de explotación de la obra que asiste al autor o titular de la obra.

A su vez, además de la protección civil de la obra, que surge como consecuencia del daño que pueda sufrir el autor o titular de los derechos, la obra puede ser protegida en el ámbito administrativo y penal, que constituyen los ámbitos de estudio y análisis que presentamos en esta investigación. En estos dos ámbitos, administrativo y penal, existe homogeneidad en el interés jurídico de protección. Es decir, tanto en el ámbito penal y administrativo la obra como creación intelectual constituye el fundamento o interés jurídico de protección, variando la sanción según el ámbito jurídico donde se realice la investigación de la infracción autoral.

Igualmente, en esta parte desarrollamos los tipos penales contra los derechos autor de autor y conexos que aparecen regulados en el Capítulo I del Título VII del catálogo penal, las formas de comisión de estos delitos y la relación entre el ámbito penal y administrativo.

En el segundo capítulo presentamos el marco metodológico con la exposición de las hipótesis planteadas a partir de la aproximación a la realidad problemática,

sosteniendo la incidencia de la intervención penal y administrativa en la protección de los derechos de autor y conexos a partir de criterios de selección de los casos para determinar conductas que deben tramitarse en el ámbito penal o administrativo.

Este capítulo comprende cuatro unidades temáticas, además de los aspectos éticos, que permiten apreciar el orden metodológico seguido en la investigación, los objetivos, hipótesis, tipo, diseño, población, muestra, y los procedimientos y técnicas de recolección de datos.

En el tercer capítulo se presentan los resultados de la investigación a partir de los datos que surgen de la aplicación de las técnicas de investigación y la contrastación con las hipótesis planteadas, que contribuyen a dar respuesta a los objetivos de la investigación.

En el cuarto capítulo se desarrolla la discusión de resultados en base al análisis, comparación e interpretación de los datos que surgen de dichos resultados de la investigación, tomando en cuenta el análisis crítico de los tipos penales contra los derechos de autor y conexos. Se precisa la necesidad de la selección de casos en el ámbito de la protección de los derechos de autor y conexos, tomando como criterio orientador los principios de protección de bienes jurídicos y mínima intervención del derecho penal, debiendo intervenir el ámbito penal solamente en los casos de ataques más graves al bien jurídico protegido, derivándose al ámbito administrativo las infracciones autorales menos lesivas.

En el capítulo quinto se presentan las conclusiones de la investigación, así como las recomendaciones y fuentes bibliográficas, adjuntándose los anexos más relevantes.

# CAPÍTULO I

## MARCO TEÓRICO

### 1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Mosqueira (2014). Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Internacional Económico. En la investigación: *La Protección de la Propiedad Intelectual en el Comercio Internacional de Bienes a través de la Aplicación de Medidas en Frontera. Hacia una redefinición del modelo peruano*, ha arribado a las siguientes principales conclusiones:

El problema de la falsificación y la piratería no sólo corresponde a una institución, hay operadores económicos públicos e instituciones involucradas. Para poner fin al problema de la falsificación y la piratería que abarca grandes cifras a nivel mundial, las administraciones aduaneras vienen coordinando alianzas intersectoriales y asociaciones público-privadas como nuevas iniciativas para identificar el mejor rol que puede desarrollar cada participante para aprovechar la información que administra (pág. 53).

Quineche (2011). Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Economía. En la investigación: *Análisis Económico de la piratería musical: El efecto de las políticas Públicas en el Perú*, ha llegado a las siguientes principales conclusiones:

- En el caso peruano, el combate contra la piratería se podría hacer... logrando un cambio en las preferencias de los consumidores mediante una campaña de educación y de publicidad sobre el respeto hacia los derechos

de propiedad intelectual. Mientras que, las redadas harían que menos comerciantes se dediquen a la venta de productos no originales haciendo más difícil su acceso a éstos.

- Cabe precisar que es necesario analizar el costo beneficio de las medidas puramente represivas y de las políticas basadas en la educación y publicidad (pág.41).

Córdova (2013). Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia, en la investigación: *La excepción de copia privada en el derecho de autor frente a las medidas tecnológicas de protección: ¿una limitación a la excepción?*, ha llegado a las siguientes conclusiones:

La persecución de los actos de elusión de las medidas tecnológicas de protección es difícil y hasta imposible pues dichos actos serán efectuados por individuos en su ámbito privado. Así, resulta más efectivo impedir que se adquiera fácilmente, a través de cualquier medio, dispositivos que permitan la elusión de las medidas tecnológicas de protección yendo directamente contra el proveedor de dichos dispositivos y no contra el individuo que busca el servicio (pág. 133).

Valdivia (2012). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, en la investigación: *Los delitos contra los Derechos de Autor en el Perú*, en el capítulo de confluencia sancionadora, catálogo de sanciones, señala lo siguiente:

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 (pág. 243-244).

## **2. BASES TEÓRICAS**

### **2.1. FUNCIONES DEL DERECHO PENAL**

#### **2.1.1. Control social**

Para abordar las funciones del Derecho Penal es necesario observar la configuración de las formas de control social, donde el Derecho Penal constituye una de las parcelas de dicho control, que por incidir en el ámbito de uno de los valores más relevantes del ser humano como es su libertad, constituye el control más gravoso y de última ratio.

Zúñiga Rodríguez (2000), afirma que:

El orden social se construye constantemente por el hombre en su relación con los otros hombres, de acuerdo a la concepción del mundo imperante en cada momento histórico. Para asegurar el mantenimiento de ese orden

social, se establecen una serie de reglas de conducta (normas sociales) y también mecanismos para asegurar esas reglas de conducta. (pag.133).

La sociedad organizada, conforme a sus particulares directrices políticas, desarrolla las formas y mecanismos de control para hacer viable la vida en comunidad, garantizando la coexistencia pacífica y en libertad.

La aplicación de los controles sociales “asegura las normas y expectativas de conducta de sus miembros, indispensables para seguir existiendo como tal, a la par que impone límites a la libertad del hombre y conduce a su socialización como integrante del grupo”. (Lascano (h) C.J. 2005, pág.15).

Dicho control social se vale de herramientas para regular y exigir el comportamiento adecuado de los miembros de la sociedad, recurriendo a dichos controles en orden gradual de aflictividad o afectación de derechos de los integrantes insumisos.

Afirma Hassemer (1984) que “el control social es una condición básica irrenunciable de la vida social” (pág. 390).

En el mismo sentido, Muñoz Conde y García Arán (1998) señalan que:

Con el control social se asegura el cumplimiento de las expectativas de conductas y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su frustración o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento. El control social determina los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo, al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros. (pág. 69).

En el espectro de las normas de control social del comportamiento del individuo en sociedad, existen controles sociales formales y no formales.

#### **2.1.1.1. Control social no formal**

Son aquellos controles que se no encuentran positivizados en el ordenamiento jurídico, sino que se expresan a través de instituciones sociales básicas que permiten la regulación del comportamiento de las personas en la sociedad, que a la vez generan el sustrato axiológico necesario para el desarrollo de pautas o reglas formales de ordenación de la sociedad.

Muñoz Conde y García Aran (1998) señalan que:

La conciencia moral, el súper yo y la ética social se forman desde la niñez en referencia primariamente a situaciones y comportamientos de otras personas y, solo secundariamente y a partir de un determinado grado de desarrollo intelectual, en referencia a las normas penales. Así, por ejemplo, todo el mundo sabe que matar o robar está prohibido, pero este conocimiento se adquiere primariamente como norma social y sólo posteriormente como norma jurídico – penal (pág.70).

En ese sentido, son formas básicas de control social no formal, la familia, la escuela, la religión y las organizaciones sociales, que son los espacios primarios donde las personas captan e interiorizan patrones y normas de comportamiento. Además, en el contexto actual no se puede soslayar la importancia de los medios de comunicación como la prensa, la radio, la televisión y las redes sociales, en la configuración de pautas de comportamiento social. Es indudable la influencia que generan estos medios de comunicación en la conducta de las personas, en los comportamientos sociales y en las respuestas del Estado, que en muchas

ocasiones perfila lineamientos políticos criminales a partir de datos o información propalada por estos medios.

Aparece entonces, que el control social no formal, si bien no cuenta con catálogos escritos de conducta, sin embargo, si mantiene un entramado de pautas de comportamiento y sanción no formalizado que contribuye en la formación de los contenidos axiológicos de la persona en su interacción en los espacios como la familia, la escuela y la comunidad.

#### **2.1.1.2. Control social formal**

Se expresa a través de reglas formales que expide el Estado como titular del poder jurídico o *ius imperium*, para establecer normas jurídicas que regulan la convivencia social, al mismo tiempo que establece sanciones para los que vulneran sus mandatos, ejerciendo su poder manera coactiva a través de las sanciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

En el ámbito de control social formal coexisten una serie de parcelas dentro del conjunto del ordenamiento jurídico que asoman su intervención para la composición de los conflictos en atención a los intereses relevantes para la sociedad y la gravedad de la afectación de dichos intereses.

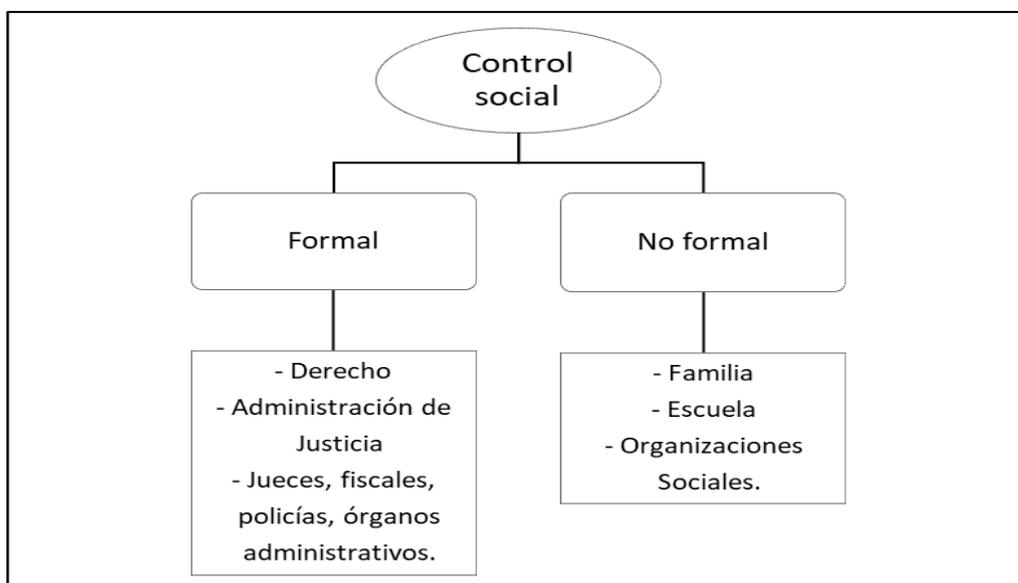
Así tenemos que, la utilización del Derecho Penal como mecanismo de control social formal, por un lado, atiende a la naturaleza aflictiva de su intervención, y por otro lado, a la importancia de los intereses jurídicos sociales dañados y la intensidad o grado de reproche de la afectación de dichos intereses, lo que configura la intervención del Derecho Penal como última ratio de control de las conductas dañosas o lesivas de bienes jurídicos protegidos, que interviene luego

de la verificación de la falta de idoneidad de las herramientas administrativas o civiles para la protección de intereses socialmente relevantes.

La norma penal surge para remediar el menoscabo que las conductas infractoras ocasionan en los bienes jurídicos, la misma que se caracteriza por su última intervención en función de la gravedad del ataque a los intereses que la sociedad estima relevantes o imprescindibles para la convivencia armónica de sus miembros.

Por lo tanto, en el entramado de normas jurídicas que protegen intereses relevantes para la coexistencia pacífica de la sociedad, el derecho penal como mecanismo de control social formal, se legitima cuando su intervención es subsidiaria frente a los mecanismos formales de control.

**Gráfico N° 01:**



Fuente: elaboración propia.

### **2.1.2. Funciones del Derecho Penal. Teorías de la pena**

Bacigalupo (2004) afirma que “toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho Penal” (pág. 29).

En el vasto panorama teórico sobre las funciones de la pena, encontramos líneas de pensamiento que animan la configuración de las teorías. Por un lado, las teorías que estiman que el Derecho Penal tiene una aspiración o función metafísica, orientado a la consecución de ideales de justicia, como las teorías absolutas que establecen como justificación la retribución al infractor por el daño causado. En tanto, otras teorías, que estiman que el Derecho Penal tiene una función social orientada a la protección de intereses sociales relevantes, como las teorías relativas que propugnan fines que debe alcanzar la pena. (Bacigalupo, 2004)

Conforme aparece en la doctrina, las teorías o postulados sobre la pena, expresan las funciones del derecho penal, porque este se concreta a través de la imposición de una pena en un caso específico. Sobre la base de esta premisa, entonces, resulta válido sostener que las funciones del derecho penal son aquellas que corresponden a las funciones de la pena.

Dentro de las funciones de la pena, en la doctrina encontramos las teorías absolutas, relativas y mixtas o de la unión.

#### **2.1.2.1. Teorías absolutas o de la retribución.**

Sus principales exponentes son Kant y Hegel. Estas teorías estiman que la pena no cumple ninguna función social, sino únicamente busca causar un mal al infractor que generó un daño.

Bustos Ramírez, citando a Hegel, sostiene que:

la pena es la negación del derecho, cumple entonces solo un papel restaurador o retributivo y, por tanto, según sea el quantum o intensidad de la negación del derecho, así también será el quantum o intensidad de la negación que es la pena. (Bustos, J. 2005, pág. 206)

Esta teoría se fundamenta en el antiguo principio del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”, que sostiene que la pena se aplica al infractor solamente como mera venganza por la conducta antisocial. Carece de fundamento científico y colisiona con el principio derecho de la dignidad humana, que consagra el artículo 1 de la Constitución Política del Estado, que establece que “La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

#### **2.1.2.2. Teorías relativas o de la utilidad**

Estas teorías se fundamentan en la utilidad de la pena, a través de la intimidación general o especial.

##### **2.1.2.2.1. Teoría de la prevención especial**

Denominada también teoría de la retribución relativa. Bustos Ramírez, afirma que:

El autor que logro universalizar la prevención especial fue Von Lizst, quien ya en su famoso Programa de Marburgo, planteó que la pena debía regirse por el criterio de la prevención especial, y que según si el delincuente era ocasional, de estado o habitual incorregible, la pena tendría por fin la

intimidación individualmente considerada, la corrección o la inocuización.

(Bustos, J. 2005, pág. 219)

Esta teoría señala que la pena tiene por finalidad generar beneficios en los penados a partir de su voluntad de resocialización, manifestándose esta finalidad en dos momentos: 1) al momento de la aplicación de la pena, para disuadir al infractor de futura comisión de ilícitos, al internalizar la grave amenaza de la pérdida de su libertad y, 2) al momento de la ejecución de la pena, orientado a la reeducación, reincorporación y reinserción del penado a la sociedad. Estas finalidades de la pena aparecen en el artículo 139, numeral 22 de la Constitución Política del Estado.

#### **2.1.2.2.2. Teoría de la prevención general**

Bacigalupo afirma que:

El representante más caracterizado de esta teoría es Feuerbach, quien sostuvo que era una preocupación del Estado, que se hace necesaria por el fin de la sociedad, que aquel que tenga tendencias antijurídicas se vea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias.

(Bacigalupo, 2004, p. 33)

Sobre el mismo punto, en la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC, se señala que:

La teoría de la prevención general orienta la finalidad de la pena a través de sus efectos en la sociedad antes que en el penado. Se estima que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa

importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal (Exp. N° 0019 -2005-PI/TC. Fundamento 32).

La prevención general puede ser:

- a) **Prevención general negativa:** genera un efecto de intimidación en los individuos proclives a la comisión de ilícitos, aunque es difícil sostener el efecto intimidatorio en todos los sujetos con propensión al crimen, quienes pueden actuar más orientados por el riesgo de ser descubiertos, que por la amenaza de la pena en sí misma.
- a) **Prevención general positiva:** tiene mayor relevancia que la prevención general negativa. Claus Roxin, citado en la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0019 -2005-PI/TC señala que.

( ... ) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el 'ejercicio de la confianza en el derecho' que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado (Fundamento 32).

Asimismo, en la misma sentencia referida precedentemente, el Tribunal Constitucional reconoce que las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección, en tanto resultan acordes con el principio

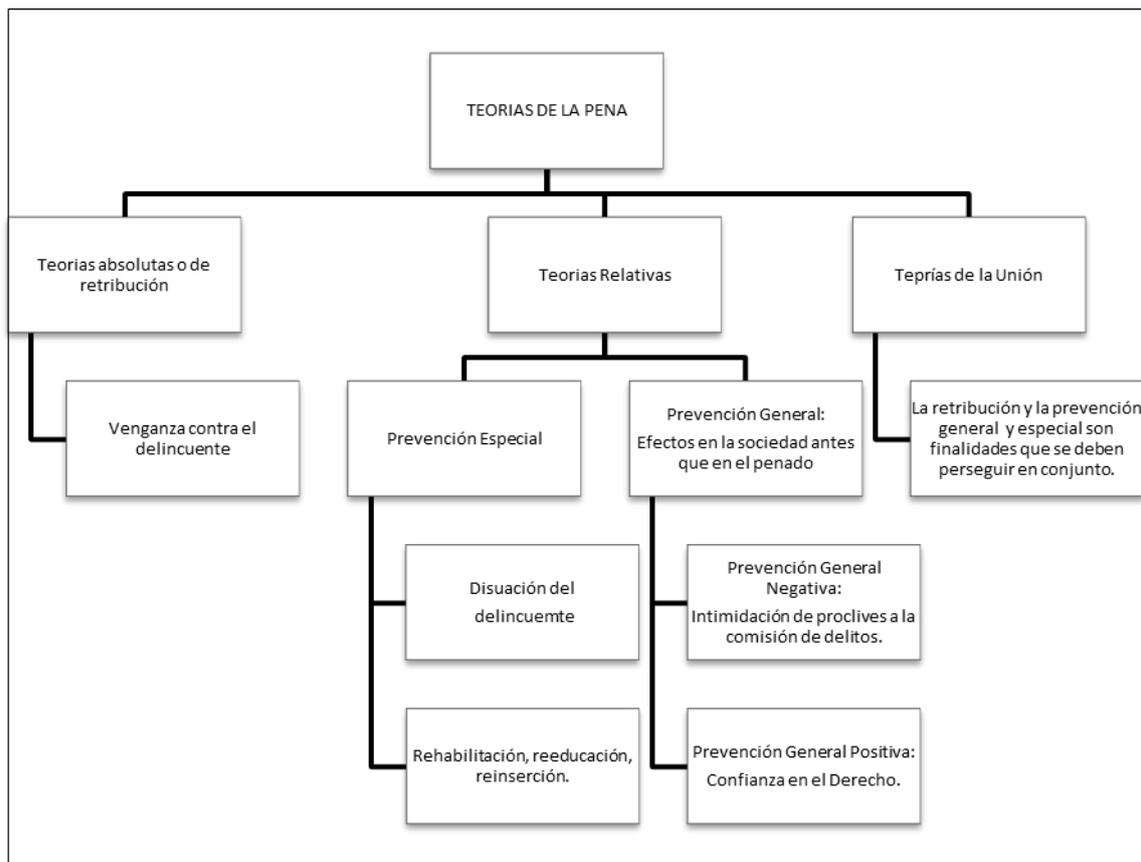
derecho de dignidad y con la doble dimensión de los derechos fundamentales (Exp. N° 0019 -2005-PI/TC. Fundamento 38).

### 2.1.2.3. Teorías de la unión

Bacigalupo (2004), afirma que:

Son teorías que procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. Dicho en otras palabras, la pena será legítima, para estas teorías, en la medida en que sea a la vez justa y útil. (pág. 6).

Gráfico N° 02:



Fuente: elaboración propia.

### **2.1.3. La pena en el Código Penal**

La Constitución Política define el modelo estatal como un Estado social democrático y de derecho (artículo 43 de la Constitución), que lleva ínsita la protección de los derechos fundamentales e inspira la finalidad de la pena. Esto resulta más evidente en la regulación constitucional prevista en el artículo 139, inciso 22 del texto fundamental que declara que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad. Es decir, de la norma fundamental se desprende paladinamente que la pena tiene una finalidad preventivo especial, orientado a la resocialización del agente infractor.

Sin embargo, es necesario precisar que la determinación de las penas en el catálogo penal, así como la imposición de las mismas en los casos concretos, no cumplen solamente una específica finalidad con prescindencia de las demás.

Resulta entonces, que la pena, además de cumplir una finalidad de prevención general, sustentada en el efecto intimidatorio o de la amenaza de la imposición de la sanción que se orienta hacia la modulación de las conductas de la sociedad en general, cumple igualmente una finalidad de prevención especial, orientada directamente al penado, propendiendo al enderezamiento de su conducta a través de la imposición de la sanción. Siendo así, las teorías preventivas, tanto especial como general, gozan de protección constitucional, por su vinculación directa con el principio derecho de dignidad humana y con los derechos fundamentales, tanto en su dimensión objetiva y subjetiva.

#### **2.1.4. Procesos de criminalización**

El proceso de criminalización comprende tanto el proceso de creación de las normas penales (criminalización primaria), así como el proceso de su aplicación a los casos concretos (criminalización secundaria).

Zaffaroni y Hassemer (citado en Villavicencio, 2006.) señalan que: “El sistema penal es el control social punitivo institucionalizado o formalizado” (pág. 10).

Asimismo, Aniyar de Castro (citado en Villavicencio, 2006), indica que: “Este sistema emerge como medio de socialización sustitutivo cuando los controles informales fracasan”. (pág. 10)

##### **2.1.4.1. Criminalización primaria**

Villavicencio Terreros (2006) señala que:

La criminalización primaria viene a ser el poder de definición a través del cual el legislador erige en delictivas algunas conductas. Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa que debe ser cumplido por agencias diferentes a los que la formulan. Aquí intervienen las agencias políticas, especialmente el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. (pág. 11).

Es innegable que dentro de los procesos de criminalización primaria intervienen entidades estatales y corporaciones privadas que, conforme a sus intereses institucionales, promueven el desarrollo de iniciativas legislativas o cuerpos normativos que son canalizados a través del Poder Ejecutivo, convirtiéndose en

normas de aplicación concreta a través de la promulgación de decretos legislativos, que surgen del ejercicio de poderes constitucionales delegados.

Por otro lado, dentro de los procesos de criminalización primaria, no se puede dejar de mencionar la participación e influencia de los medios de comunicación masiva como la radio y la televisión, así como las redes sociales, que recogen la información de los acontecimientos sociales generando corrientes de opinión e incidencia política, que en muchas ocasiones se traducen en la formulación de normas a través del Poder Legislativo o Poder Ejecutivo.

Si bien estos procesos de criminalización primaria pueden canalizarse con la participación de dichos agentes, sin embargo, resultan cuestionamientos a la formulación de normas legislativas que tienen dicho origen al no responder a criterios de política criminal ni a principios o criterios doctrinarios.

#### **2.1.4.2. Criminalización secundaria**

La criminalización secundaria es el poder de asignación en el que la calidad de delincuente es impuesta a ciertas personas por quienes aplican la ley (policías, fiscales, jueces, etc. Estas instituciones buscan cumplir el programa que enuncia la criminalización primaria, pero esto suele ser irrealizable. (Villavicencio, 2006).

##### **a) La policía**

El artículo 166 de la Constitución Política del Estado establece que la Policía Nacional:

(...) tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad.

Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público o privado. Previene investiga y combate la delincuencia.

La policía tiene una función importante en el mantenimiento del orden interno y en la prevención del delito, actuando inmediatamente en casos de flagrancia del delito. Por ello, al estar en contacto permanente con los derechos fundamentales esenciales, como la libertad de la persona, al intervenir y capturar a personas que se encuentran en la perpetración del delito, manifiesta su violencia, que debe ser controlada por otras instituciones como el Ministerio Público y el Poder Judicial. En la investigación del delito, interviene como auxiliar del fiscal, desarrollando todas las actividades de investigación que informa la criminalística.

Si bien la policía actúa en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales de prevención y represión del delito, dicho ejercicio está sujeto al control de legalidad, que ejerce el Fiscal en un inicio verificando la adecuación de la actuación policial al marco constitucional del concepto de flagrancia, o cuando se trata de actuaciones en cumplimiento de mandatos judiciales de detención.

Por otro lado, si conforme a su mandato constitucional, la Policía Nacional desarrolla labores de prevención y represión, para el cumplimiento de dichas funciones utiliza información de diversa fuente, lo que le permite orientar su función institucional hacia las actividades ilícitas que generan mayor zozobra e inseguridad ciudadana. Sin embargo, desde una perspectiva político criminal, en el cumplimiento de esta función, la Policía Nacional debe interactuar con los otros operadores del sistema de justicia, como el Ministerio Público, el Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Instituto Nacional Penitenciario y las demás

instituciones vinculadas a la prevención y lucha contra los comportamientos criminales, para generar mayor eficiencia en la lucha contra la criminalidad.

## **b) Los Fiscales**

La Constitución Política del Estado define que la función de los Fiscales en el ámbito criminal es la conducción de la investigación del delito desde su inicio, la titularidad de la carga de la prueba y la promoción de la acción penal, tal como se desprende del artículo 159 de la norma fundamental.

En el curso de la investigación penal, los fiscales realizan los actos de investigación necesarios para recabar los elementos de convicción de cargo y descargo, que les permita configurar causa probable para promover acción penal, o en su caso, el archivamiento de la investigación.

Por otro lado, si bien es cierto que en el curso de la investigación, el fiscal tiene la obligación de realizar actos de investigación para establecer la existencia de una causa probable de imputación penal, sin embargo, para garantizar la eficiencia del funcionamiento del sistema penal, específicamente referido a la intervención del Ministerio Público y del Poder Judicial, el fiscal debe evaluar la aplicación de criterios de mínima intervención del Derecho Penal, así como de criterios de oportunidad.

En el caso de los delitos contra los derechos de autor resulta relevante la apreciación de los tipos penales en el contexto de mercado, así como el análisis valorativo de cada una de las modalidades de conducta que se van desarrollando especialmente a partir del ingreso al país de mercancías o especies que vulneran derechos autorales, o de la reproducción en territorio nacional de especies u objetos con contenido autoral no autorizado.

La aproximación hacia las conductas infractoras de derechos autorales tomando en cuenta la naturaleza de cada una de las modalidades de comisión delictiva, considerando su mayor impacto en la vulneración de derechos autorales o mayor reprochabilidad penal, resulta relevante para establecer en cada caso concreto la aplicación de un criterio de mínima intervención o de un criterio de oportunidad. Esa labor realiza el fiscal como parte de su función persecutora del delito, para lograr mayor eficiencia en el cumplimiento de su función y en la respuesta del sistema penal frente a la comisión de ilícitos penales que afectan derechos autorales.

### **c) Los Jueces**

El artículo 138 de la Constitución Política del Estado establece que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. A su vez, el inciso 1 del artículo 139 de la norma fundamental del Estado establece que “la función jurisdiccional es exclusiva del Poder Judicial”.

Por otro lado, en el numeral 2 del artículo 139 del Texto Fundamental se establece la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional como uno de los principios basilares de la administración de justicia. Este principio resulta fundamental como garantía del Estado Democrático Constitucional del Derecho y para afianzar el ejercicio de la independencia de poderes. El juez, en su función, no puede estar sujeto a ninguna presión o interferencia de otros poderes o entidades del Estado, sino solamente puede tener apego a la constitución, a las leyes y a su propia conciencia.

Además de la necesidad de fortalecer la independencia del Poder Judicial frente a las presiones políticas, resulta también necesario fortalecer dicha independencia frente a la presión o interferencia ejercida a través de los medios de comunicación y las redes sociales, utilizada por segmentos sociales o grupos de poder con el propósito de generar sensibilidad en las decisiones del Poder Judicial hacia determinados aspectos de interés de dichos grupos.

En el proceso de criminalización secundaria, el Juez cumple un rol de determinación selectiva de aplicación de las penas previstas en el Código Penal. Sobre la base de la valoración probatoria y convicción judicial, el juez determina los individuos infractores de la ley penal a los que se les aplica la pena privativa de libertad efectiva u otras penas previstas en el catálogo penal.

En el ejercicio de la función judicial, lo mismo que en la función fiscal, tiene relevancia el proceso de especialización, que redundará en el mejoramiento del desempeño funcional. En el caso de los delitos contra los derechos de autor y conexos, en Lima se han implementado dos juzgados especializados en esta materia, lo que ha significado el fortalecimiento de la actividad judicial en la lucha contra estos delitos, a partir de una mejor comprensión de la naturaleza de los mismos y la expedición de resoluciones que trasuntan la aplicación adecuada de la ley penal al momento de emitir sentencias, así como el otorgamiento de medidas cautelares.

#### **d) La Defensa**

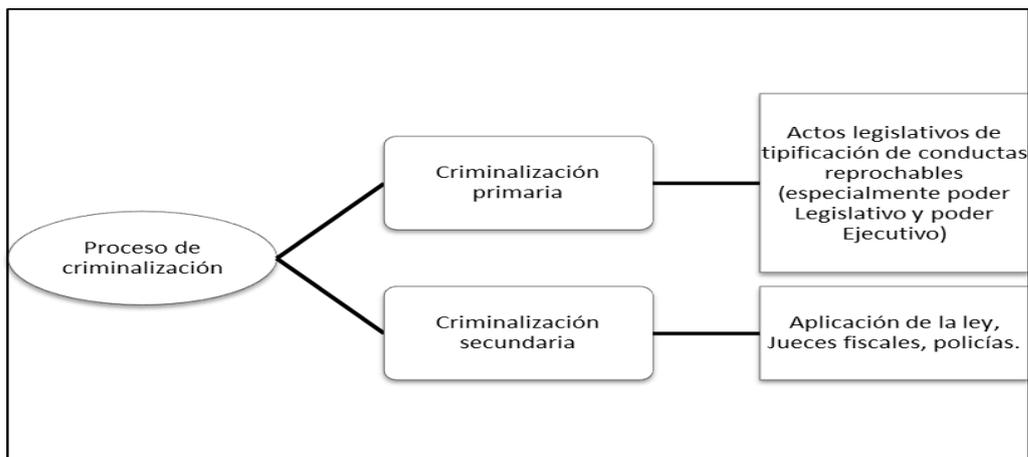
En el modelo que introduce el Código Procesal Penal de 2004 de naturaleza acusatoria adversarial, la defensa adquiere un papel relevante que confronta directamente con el titular de la pretensión penal del Estado que es el Ministerio

Público, actuando en igualdad de armas con este último, frente al órgano imparcial que es el Juez.

Es importante destacar que el ejercicio de la defensa debe estar ceñida rigurosamente a los marcos deontológicos que establece los Colegios Profesionales de Abogados, orientando la actividad defensiva de sus patrocinados de acuerdo a los principios de licitud y veracidad. La defensa de ninguna manera puede entenderse u orientarse a la obtención de prueba de descargo que signifique la distorsión de los hechos a través de la falsificación o manipulación de documentos y testigos, o la utilización de recursos o mecanismos extraprocesales que no tienen la finalidad de controvertir la prueba de cargo actuada, sino generar presión directa o indirecta en los operadores de justicia como los jueces y fiscales.

Asimismo, resulta relevante el fortalecimiento de la defensa pública en los casos donde los investigados o imputados no cuenten con defensa privada o de defensa de su libre elección. En el modelo acusatorio adversarial previsto en el Código Procesal Penal de 2004 que exige la observancia irrestricta del derecho de defensa, el ejercicio de la defensa pública constituye un soporte esencial para el adecuado funcionamiento del sistema penal.

**Grafico N° 03:**



Fuente: elaboración propia.

## **2.2. LIMITACIÓN DEL PODER PENAL DESDE LOS PRINCIPIOS DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL**

### **2.2.1. Fundamentos de la limitación del poder penal del Estado**

La Constitución Política del Estado, en su artículo 1, establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Por lo tanto, en todas las actividades desarrolladas en la sociedad se deben observar, de manera irrestricta, el respeto de la persona humana, portadora de derechos fundamentales que garantizan su existencia libre y pacífica. Cuando se produce el quebrantamiento de las pautas o normas jurídicas, interviene el Estado para restablecer la ruptura del orden normativo, pero no lo hace de manera arbitraria o antojadiza, sino, tomando en cuenta límites o barreras establecidas para garantizar dignidad y el respeto de la persona humana, razón de ser de la existencia del Estado.

Afirma Jescheck (1981) que:

El límite al poder punitivo del Estado constituye un núcleo de derechos que no puede ser vulnerado por ninguna ley ni por cualquier acción del Estado. Precisa que es un núcleo inviolable y que está sustraído al ejercicio del poder estatal para proteger la dignidad humana (pág. 16).

Por lo tanto, desde este enfoque conceptual, se entiende que los límites al poder penal del Estado tienen como razón esencial la observancia de los derechos humanos o derechos fundamentales, que permitan el mantenimiento invariable de la dignidad y respeto de la persona humana, aun cuando es sometida al control penal que, constituye uno de los controles formales más severos establecidos por el Estado.

Los límites del poder punitivo del estado sustentados en el fundamento constitucional basilar de la dignidad humana, tienen concordancia con el postulado del régimen democrático constitucional de derecho. Siendo así, el Código Penal de 1991, en su exposición de motivos establece que “el Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa de que el Derecho Penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho”. En el mismo sentido, el artículo 43 de la norma fundamental establece que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

Resulta manifiesto, entonces, que los derechos fundamentales constituyen la fuente primaria de limitación del poder punitivo del Estado, siendo que el ejercicio de los mismos no requiere ninguna justificación, en tanto, la intervención del

Estado en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos requiere expresa justificación y límite.

Si el Estado tiene el monopolio del *ius puniendi*, a través de una de las ramas del ordenamiento jurídico como el derecho penal, que conlleva las sanciones más severas, solo puede resultar justificada su intervención por la protección de intereses jurídicos relevantes para la sociedad en su conjunto. De ello, se puede concluir que solo un valor o interés constitucionalmente relevante, puede justificar la intervención en la esfera de un derecho fundamental.

En la concepción de Estado democrático y constitucional de derecho, como señala Bacigalupo (1999), “los derechos fundamentales son derechos que limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuentes de obligaciones del mismo” (pág. 13).

En el esquema de control social del Estado, el control penal de las conductas constituye la última intervención, cuando las otras parcelas de control no resultan eficaces para resolver las controversias generadas. Además, esto resulta así, porque la intervención del control penal comporta en sí misma el mayor grado de aflicción o menoscabo en el ámbito de derechos de las personas a quienes se aplica el instrumento penal de control, que resulta justificada por la gravedad o intensidad del ataque a los intereses sociales relevantes o bienes jurídicos protegidos.

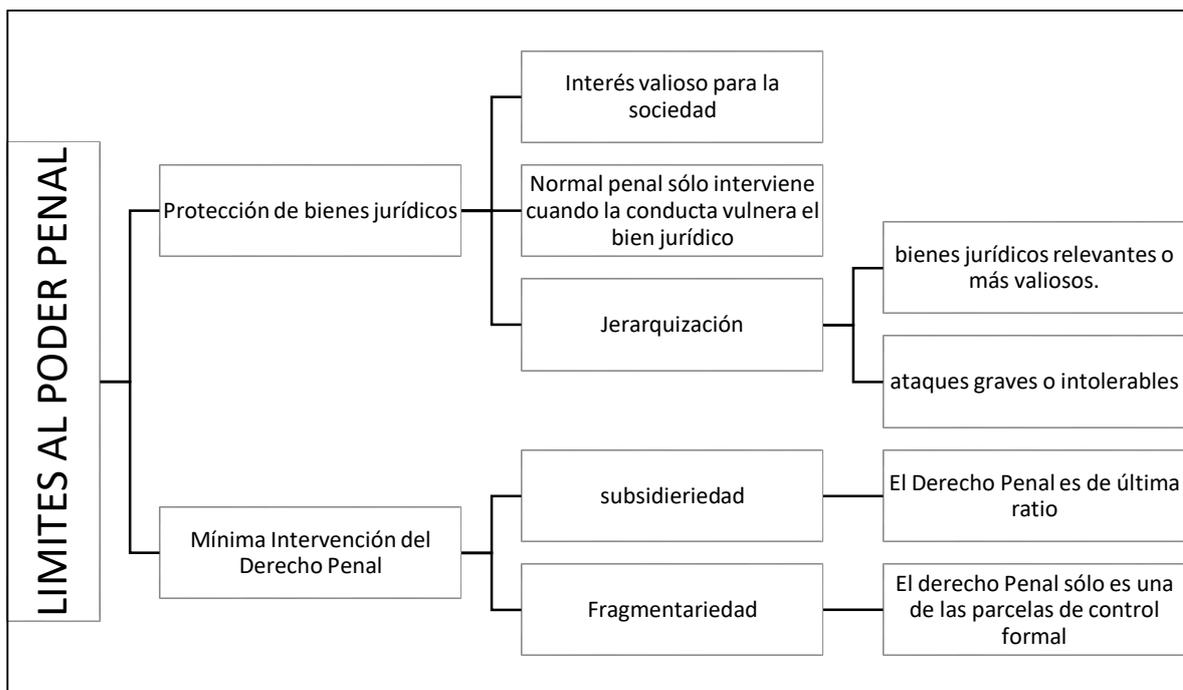
Hurtado Pozo (2005), citando a Cellies, afirma que:

El Derecho Penal debe ser utilizado, en consecuencia, de manera coherente y complementaria con respecto a los demás recursos y procesos que

conforman el arsenal del control social estatal. Estando condicionada la comisión de delitos por las circunstancias personales y sociales en que actúa el responsable, para evitarla o dificultarla no es el derecho penal el medio más adecuado, más bien debe recurrirse, en primera línea, a medios que atenúen o eliminen dichos factores criminógenos (pág. 48).

Si bien la doctrina desarrolla la formulación de límites materiales o penales y formales o procesales para la intervención del poder punitivo del Estado, en el ámbito penal estimamos el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el carácter fragmentario del Derecho Penal como límites sustanciales que cobran vigencia y vitalidad para configurar un Derecho Penal inserto en un sistema democrático constitucional de derecho, que vigore su función como instrumento de control social de última ratio, frente a la vulneración de los intereses jurídicos sociales más relevantes para la sociedad.

**Gráfico N° 05:**



Fuente: elaboración propia.

### 2.2.2. Principio de protección exclusiva de bienes jurídicos

El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal plasma el principio de lesividad, estableciendo que “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

Sobre este punto, Villavicencio (2007) señala:

De acuerdo al principio de lesividad u ofensividad, para que una conducta sea considerada ilícita no sólo se requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado un bien jurídico determinado. Se le identifica con la máxima “*nullum crimen sine iniuria*” (pág. 94-95).

Si el bien jurídico constituye un interés social relevante o valioso para la sociedad, entonces la norma penal sólo interviene cuando existe una conducta previamente configurada en la ley que vulnera dicho interés o valor social.

Sin embargo, no todo bien jurídico es protegido por la norma penal, por cuanto existen precisamente diversos fragmentos del ordenamiento jurídico para el control de las conductas sociales, siendo el ordenamiento penal el último que reclama intervención cuando las otras parcelas del ordenamiento resultan ineficaces. Como afirma Villavicencio (2007), “no solo el Derecho Penal puede intervenir en la protección de bienes jurídicos, sino también otros medios de control social” (pág. 95).

En concordancia con lo anotado, el aforismo *nullum crimen sine iniuria* adquiere validez y significación social cuando se refiere a la vulneración de los bienes jurídicos como los valores más trascendentes para la coexistencia humana.

Afirma Polaino Navarrete, citado en Abanto (2014) que “si no se reconocieran y protegieran estos bienes, el Derecho Penal carecería de una base sustancial, renunciaría a inspirarse en los principios de justicia y no podría servir para regular la vida humana en sociedad” (pág. 14).

Resulta entonces que, la intervención del derecho penal solo es legítima para la protección de bienes jurídicos relevantes para la persona y para la sociedad. Por tanto, en el ámbito de los derechos de autor y conexos, la norma penal solo deberá intervenir cuando exista vulneración de los derechos que conciernen a la obra como creación intelectual personal y original, además de que dichas afectaciones a los derechos de autor y conexos sean las más gravosas o intolerables y que las otras parcelas del ordenamiento jurídico resulten insuficientes para la adecuada protección de los derechos conculcados.

### **2.2.2.1. Funciones del bien jurídico**

#### **2.2.2.1.1. Función crítica**

El bien jurídico sirve de pauta valorativa para la criminalización de conductas que afectan intereses relevantes, al mismo tiempo que orienta la descriminalización de conductas que no afectan los intereses sociales y, por tanto, no resultan merecedoras de sanción penal.

Los bienes jurídicos se someten a permanente revisión en función a los intereses prevalentes para la sociedad en determinado tiempo. La función crítica del bien jurídico orienta la labor del legislador como parte de la criminalización primaria, al mismo tiempo que sirve como herramienta de selección para la represión de las conductas infractoras en el curso de la criminalización secundaria, considerando la gravedad de la afectación del bien jurídico protegido.

La función crítica del bien jurídico en el proceso de criminalización secundaria define el análisis de la protección penal del contenido de los derechos autorales que se realiza en la presente investigación, tomando en cuenta la jerarquía o gravedad de afectación de los bienes jurídicos protegidos.

#### **2.2.2.1.2. Función interpretativa**

Bustos Ramírez (2005) señala que:

El proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico – penal, es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate (pág. 542).

El bien jurídico protegido constituye el núcleo de definición de las conductas típicas, determinando los alcances o grado de desarrollo de las actividades ilícitas. Asimismo, el bien jurídico protegido sirve para delimitar las formas de concurso de delitos y de concurso de leyes penales o concurso aparente de delitos. En el caso del concurso de delitos, el bien jurídico sirve para determinar el concurso ideal frente al concurso de leyes a partir de los diferentes bienes jurídicos vulnerados con una determinada conducta, lo que evita además vacíos de punibilidad al reprocharse tipos penales distintos a partir de los distintos bienes jurídicos vulnerados. En tanto, el concurso aparente de leyes constituye en sí proceso de interpretación de las normas penales, subsumiéndose las conductas en un solo tipo penal que absorbe todo el desvalor de las conductas reprochadas.

### **2.2.2.1.3. Función sistemática**

El bien jurídico sirve para la ordenación de las conductas ilícitas en el catálogo penal, que describen las conductas penales en función de la identidad u homogeneidad del bien jurídico que protegen. Además, la estructuración u organización de los instrumentos penales sustantivos tienen como criterio rector el bien jurídico protegido a partir del cual las modalidades de comisión delictual se ordenan en función de la vulneración de aquel bien o interés relevante que protegen.

### **2.2.2.2. Jerarquización de los bienes jurídicos**

Abanto Vásquez (2014) señala que:

La concepción de los bienes jurídicos desde una base constitucional articula la necesidad de desarrollar una jerarquización de los bienes jurídicos, como una herramienta útil para establecer la necesidad de una mayor, menor o falta de necesidad de protección penal (pág. 26).

La jerarquización de los bienes jurídicos a partir de la relevancia o importancia del bien jurídico, la intensidad del ataque o el grado de dañosidad ocasionado por el agente, permitirá establecer parámetros de mayor eficiencia en la intervención penal, al mismo tiempo que otorga legitimidad al Derecho Penal como herramienta de control social de última ratio.

Entonces, a partir de la identificación de bienes jurídicos protegidos y la necesidad de jerarquización de los mismos, en este caso del contenido de

protección de los derechos de autor y conexos, se podrá establecer la necesidad de una protección penal decreciente de mayor a menor gravedad.

En esta línea de ideas, Abanto Vásquez (2014) señala que:

cuando la afectación del bien jurídico resulta grave y no exista otra forma de reaccionar adecuadamente contra ella, se admite la necesidad de la intervención del Derecho Penal. En tal caso, se dice que la conducta “merece una pena” (bajo una valoración de dañosidad social de la conducta) y “necesita pena” (bajo consideración de finalidades de la pena estatal). Con estos dos conceptos se aluden a criterios de política criminal o política jurídica, derivados de principios constitucionales y dirigidos al legislador, sobre los cuales se puede decir que existe amplio consenso en la doctrina penal, aunque se utilice, a veces, una distinta terminología (pág. 26).

#### **2.2.2.2.1. Merecimiento de pena**

La intervención penal debe orientarse hacia los ataques del bien jurídico más graves o intolerables.

Si bien existen conductas típicas que pueden atacar el mismo bien jurídico protegido, sin embargo, el elenco de modalidades típicas previstas en el catálogo penal permite establecer distintos grados de reproche en la conducta del agente en función de los efectos lesivos sobre el bien jurídico protegido.

#### **2.2.2.2. Necesidad de pena**

La necesidad de pena está vinculada a la institución de control que es necesario para solucionar el conflicto provocado con la conducta ilícita. Esta categoría conceptual se remite de manera invariable al principio de mínima intervención que, en un Estado democrático de derecho, define la intervención del Derecho Penal en último término o última ratio, cuando no son suficientes las otras parcelas del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, si resultan suficientes las otras ramas del ordenamiento jurídico para restablecer el desequilibrio social provocado con la conducta ilícita, entonces, el derecho penal debe alejarse como posible solución al conflicto. Este enfoque conceptual es de especial importancia en el ámbito de las infracciones autorales, no solamente por la masiva manifestación de estas conductas ilícitas, que torna inviable la intervención del derecho penal en todos los casos, sino la mínima o escasa lesividad de dichas conductas, que pueden ser reparadas con eficacia con la intervención de los órdenes administrativos del Estado.

Habiendo anotado la intrínseca vinculación de la necesidad de pena con el principio de mínima intervención del derecho penal, en seguida desarrollamos dicho principio de limitación del poder penal del Estado.

#### **2.2.3. Principio de mínima intervención**

“El Estado solo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social, para mantener el orden democrático y social establecido” (Villavicencio Terreros 2007, pág. 91-92).

Por su propia naturaleza de coacción violenta frente a las conductas desviadas de los individuos en la sociedad, el Derecho Penal necesariamente debe tener

una intervención secundaria frente a los otros controles formales del ordenamiento jurídico.

Muñoz Conde y García Aran (1998), enfatizan que:

Dentro del control social, la norma penal, el sistema jurídico – penal, ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. La norma penal no crea, en efecto, nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en sociedad (pág.70)

Estos autores, afirmando la incuestionable ubicación de última ratio del Derecho Penal que se desprende del principio de mínima intervención, precisan que es:

Inimaginable un Derecho Penal completamente desconectado de las demás instancias de control social. Es más, un Derecho Penal que funcionara así sería absolutamente insoportable y la más clara expresión de una sociedad de esclavos. La norma penal, el sistema jurídico – penal, el Derecho Penal como un todo, sólo tiene sentido si se lo considera como la continuación de un conjunto de instituciones, públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc.), cuya tarea consiste en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas del comportamiento (pág. 70)

En el ámbito de derechos de autor y conexos, la vulneración de los derechos de los titulares de las obras protegidas, aparece en un contexto de mercado, donde las conductas que inician la cadena de comercialización o distribución, son las modalidades de reproducción que encierran el mayor reproche penal. Además de los distintos grados de reproche penal de las conductas infractoras de

derechos autorales que aparecen en las normas penales, es necesario precisar que en Derecho de Autor existen normas administrativas que protegen el mismo contenido o interés jurídico protegido en el ámbito penal. Por ello, en Derecho de Autor, se grafica con nitidez la necesidad de establecer los contornos o límites de intervención de cada uno de estos ámbitos.

El principio de mínima intervención contiene a su vez los sub principios de fragmentariedad y subsidiaridad.

#### **2.2.3.1. Sub principio de fragmentariedad**

Hurtado Pozo (2005), señala que la fragmentariedad:

No se trata de un defecto del Derecho Penal, sino más bien de una propiedad derivada de su conformidad con los principios del Estado de Derecho. Tampoco se puede admitir, actualmente, que su falta de plenitud sea debido, como lo afirmara Binding, a deficiencias de técnica legislativa.

El carácter fragmentario del Derecho Penal no es sino una exigencia ética planteada al legislador (pág. 47)

Por su parte, Santiago Mir Puig (2005), afirma que “el Derecho Penal no interviene en la regulación de todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo en las modalidades más peligrosas” (pág. 127).

#### **2.2.3.2. Sub principio de subsidiaridad o última ratio**

Villavicencio (2006) precisa que:

Este principio informa que solo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que

revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social.  
(pág. 93)

Por su parte, Bramont – Arias Torres (2005), señala que “el Derecho Penal deberá intervenir exclusivamente cuando los otros medios de control social hayan fracasado en el intento de salvaguardar el buen desarrollo de la sociedad”  
(pág. 90-91).

El principio de mínima intervención, con los sub principios de fragmentariedad y subsidiaridad constituyen el límite a la intervención del Derecho Penal frente a los casos menos graves o de mínima lesividad, generando la intervención de otras parcelas del ordenamiento jurídico como el ámbito administrativo, al mismo tiempo que legitima la intervención del Derecho Penal frente a los ataques más severos de los bienes jurídicos que protege.

## **2.3. LEGISLACIÓN SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS**

En derechos de autor y conexos existen normas de carácter universal, normas comunitarias y normas nacionales.

### **2.3.1. LEGISLACIÓN UNIVERSAL**

En el ámbito global, destacan como normas fundamentales el Convenio de Berna, la Convención Universal sobre Derecho de Autor y el Acuerdo sobre Derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, denominado Acuerdo APDIC.

### **2.3.1.1. Convenio de Berna**

#### **2.3.1.1.1. Antecedentes**

El origen de la protección de los derechos de autor y conexos, está vinculado a la aparición de la imprenta, que permitió la producción más rápida de copias de libros. Al mismo tiempo, al crecer la demanda de libros impresos, también aumento la producción no autorizada de los mismos, surgiendo de esta manera, la necesidad de protección formal de los creadores de los libros y de las editoriales encargadas de su impresión y distribución.

#### **Primera ley de derecho de autor: Estatuto de la Reyna Ana**

Este estatuto ha sido promulgado por el Parlamento Británico en 1709. Esta norma estableció que el privilegio que tenían las editoriales de producir y distribuir libros, pasado un tiempo, retornaba a los autores, quienes podían contratar con otros editores, generándose de esta manera, una competencia entre los mismos. Esta norma, además, reconoce la facultad del autor de autorizar la reproducción de su obra.

En el documento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual denominado “La protección internacional de los derechos de autor y los derechos conexos”, precisa que, a partir de los albores de la protección autoral, el derecho de autor se fue expandiendo por diversos países, como el caso de Dinamarca que reconoce el derecho de autor mediante ordenanza de 1741. En 1790, los Estados Unidos de Norteamérica promulgaron la primera Ley Federal de protección autoral. En Francia, durante la revolución, en 1791 y 1793, se promulgaron dos decretos que reconocieron los derechos de autores de obras literarias y artísticas. En Alemania, donde nació la imprenta, los principios del

derecho de autor empezaron a surgir en forma de reglas sobre los acuerdos de publicación de obras. A mediados del siglo XIX, se publicaron leyes similares en Austria y España, al igual que en Latinoamérica como en Chile (1834), Perú (1849), Argentina (1869) y México (1871).

Si bien se fueron promulgando los primeros documentos normativos de protección autoral, sin embargo, era necesario uniformizar los criterios y procedimientos de protección entre los distintos países. Como consecuencia de dicho interés se realiza el primer acuerdo multinacional de protección del derecho de los autores, celebrado el 9 de septiembre de 1886 en Berna, Suiza, denominado “Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas”, administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Este Convenio ha sido revisado en diversas oportunidades para hacerla compatible con los cambios tecnológicos, como la revisión de Berlín de 1908, la revisión de Roma de 1928, la revisión de Bruselas de 1948, la revisión de Estocolmo de 1967, y la última revisión de París de 1971.

#### **2.3.1.1.2. Obra protegida**

El Convenio de Berna en su artículo 2 establece que:

Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras

expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

#### **2.3.1.1.3. Principios básicos**

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en el documento denominado “La protección internacional de los derechos de autor y de los derechos conexos”, precisa que hay principios básicos de protección en el Convenio de Berna:

- **Trato nacional:** según el cual las obras que se originan en uno de los Estados miembros deben protegerse en cada uno de los Estado miembros de la misma forma en que esos Estados protegen las obras de sus propios nacionales.
- **Derechos mínimos:** significa que las leyes de los Estados miembros deben proporcionar los niveles mínimos de protección establecidos por el Convenio

Además, del convenio se desprenden otros principios como:

- **Independencia:** el goce y ejercicio de los derechos de protección son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra.
- **Reciprocidad:** los derechos se protegen tomando en cuenta el cumplimiento de las normas de los países donde se presenten las obras.

- **Informalismo:** la protección de derechos autorales no está subordinada al cumplimiento de formalidades específicas.

#### **2.3.1.1.4. Titulares de los derechos**

El Convenio de Berna, en su artículo 2 establece que “los titulares de los derechos son los autores y sus derechohabientes”. Sin embargo, el propio Convenio, como en el caso de las obras cinematográficas, en su artículo 14 bis 2a establece que “la determinación de los titulares de los derechos queda reservada a la legislación del país en que la protección se reclame”.

#### **2.3.1.1.5. Derechos protegidos**

##### **Derechos patrimoniales:**

- Traducción (artículo 8).
- Reproducción (artículo 9).
- Representación o ejecución pública de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales (artículo 11).
- Radiodifusión y comunicación pública (artículo 11 bis).
- Recitación pública (artículo 11ter).
- Adaptación (artículo 12).

##### **Derechos morales (artículo 6bis):**

- Paternidad (el autor puede reivindicar su obra).

- Integridad (se desprende de la protección frente a la deformación, mutilación u otra modificación de la misma o cualquier atentado que cause perjuicio al honor y reputación del autor).

#### **2.3.1.1.6. Importancia del Convenio de Berna**

El Convenio de Berna adquiere importancia significativa por ser el primer instrumento normativo global sobre derechos de autor, que fija el ámbito de protección de derechos de autor, tanto en su contenido moral y patrimonial, lo que ha servido para la irradiación de la protección normativa en los distintos países, sobre la base de los contenidos mínimos de protección que establece el Convenio.

#### **2.3.1.2. Convención Universal sobre Derecho de Autor**

##### **2.3.1.2.1. Antecedentes**

Esta norma universal ha sido firmada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952, revisada en París el 24 de julio de 1971, precisándose en la misma norma que surge del convencimiento de que un régimen de protección de derechos de autor adecuado a todas las naciones y formulado en una Convención Universal, que se una a los sistemas internacionales de protección autoral, contribuirá a asegurar el respeto de los derechos de la personalidad humana y a favorecer el desarrollo de las letras, las ciencias y las artes.

##### **2.3.1.2.2. Obras protegidas**

Este Convenio en su artículo I establece que:

se compromete a adoptar las disposiciones necesarias para asegurar la protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualquier otro titular de derechos sobre las obras literarias, científicas y artísticas como los escritos, obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura.

### **2.3.1.2.3. Principios**

**a) Trato nacional:** “las obras de los nacionales de cualquier Estado, gozarán, en cada uno de los Estados contratantes, de la protección que cada uno de los Estados conceda a las obras de sus nacionales” (artículo II.1.2.).

**b) Asimilación de autores extranjeros:** “para la aplicación del Convenio, todo Estado contratante puede, mediante disposiciones de su legislación interna, assimilar a sus propios nacionales toda persona domiciliada en ese Estado”. (artículo II.3.)

### **2.3.1.3. Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (WCT)**

#### **2.3.1.3.1. Relación con el Convenio de Berna**

Este Tratado es un arreglo particular en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas en el entorno digital (artículo 1).

#### **Objetos de protección**

Conforme a la finalidad del tratado sobre protección de las obras en el entorno digital, se precisan como objetos de protección las siguientes obras:

- a) **Programas de ordenador:** “Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión” (artículo 4).
- b) **Compilaciones de datos (bases de datos):** “Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación” (artículo 5).

#### **2.3.1.3.2. Derechos de autor regulados**

- a) **Derecho de distribución:** “Es el derecho de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad” (artículo 6).
- b) **Derecho de alquiler:** “Es el derecho de autorizar el alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras” (artículo 8).
- c) **Derecho de comunicación:** “Es el derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija” (artículo 8).

### **2.3.1.3.3. Limitaciones y excepciones**

El artículo 10 del Tratado establece que:

- 1) las partes contratantes podrán establecer en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.
- 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

### **Observancia de los derechos**

Artículo 14:

Las partes contratantes se deben asegurar que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.

#### **2.3.1.4. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – acuerdos APD/C**

##### **2.3.1.4.1. Principios**

###### **a) Trato nacional:**

Cada Miembro concederá a los nacionales de los demás Miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección de la propiedad intelectual, a reserva de las excepciones ya previstas en, respectivamente, el Convenio de París (1967), el Convenio de Berna (1971), la Convención de Roma o el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados. En lo que concierne a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, esta obligación sólo se aplica a los derechos previstos en el presente Acuerdo. Todo Miembro que se valga de las posibilidades estipuladas en el artículo 6 del Convenio de Berna (1971) o en el párrafo 1 b) del artículo 16 de la Convención de Roma lo notificará según lo previsto en esas disposiciones al Consejo de los ADPIC.

###### **b) Trato de la nación más favorecida:**

Con respecto a la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Miembro a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros. Quedan exentos de esta obligación toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedidos por un Miembro que:

**b.1)** se deriven de acuerdos internacionales sobre asistencia judicial o sobre observancia de la ley de carácter general y no limitados específicamente a la protección de la propiedad intelectual;

**b.2)** se hayan otorgado de conformidad con las disposiciones del Convenio de Berna (1971) o de la Convención de Roma que autorizan que el trato concedido no esté en función del trato nacional sino del trato dado en otro país;

**b.3)** se refieran a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, que no estén previstos en el presente Acuerdo;

**b.4)** se deriven de acuerdos internacionales relativos a la protección de la propiedad intelectual que hayan entrado en vigor antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, a condición de que esos acuerdos se notifiquen al Consejo de los ADPIC y no constituyan una discriminación arbitraria o injustificable contra los nacionales de otros Miembros. (Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – acuerdos APDIC).

#### **2.3.1.4.2. Relación con el Convenio de Berna**

El Acuerdo precisa que los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo (artículo 9).

Con relación al alcance de la protección autoral, establece que la protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí (artículo 9).

#### **2.3.1.4.3. Procedimientos y recursos civiles y administrativos**

Los Miembros pondrán al alcance de los titulares de derechos procedimientos judiciales civiles para lograr la observancia de todos los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo. Los demandados tendrán derecho a recibir aviso por escrito en tiempo oportuno y con detalles suficientes, con inclusión del fundamento de la reclamación. Se autorizará a las partes a estar representadas por un abogado independiente y los procedimientos no impondrán exigencias excesivamente gravosas en cuanto a las comparecencias personales obligatorias. Todas las partes en estos procedimientos estarán debidamente facultadas para sustanciar sus alegaciones y presentar todas las pruebas pertinentes. El procedimiento deberá prever medios para identificar y proteger la información confidencial, salvo que ello sea contrario a prescripciones constitucionales existentes.

#### **Procedimientos penales**

Los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel

de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial.

## **LEGISLACIÓN COMUNITARIA**

### **2.3.1.5. Decisión Andina 351 - Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos**

#### **2.3.1.5.1. Antecedentes**

El régimen comunitario sobre derechos de autor fue aprobado en el sexagésimo primer periodo ordinario de sesiones de la comisión del Acuerdo de Cartagena, celebrado en Lima el 17 de diciembre de 1993.

#### **2.3.1.5.2. Finalidad**

En el artículo 1 se establece que:

Reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.

### **2.3.1.5.3. Definición de obra protegida**

“La obra es toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma” (artículo 3).

### **Obras protegidas**

La norma comunitaria en el artículo 4 detalla una lista obras protegidas que incluye, entre otras, las siguientes:

- Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales.
- Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza;
- Las composiciones musicales con letra o sin ella;
- Las obras dramáticas y dramático-musicales.
- Las obras coreográficas y las pantomimas.
- Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento.
- Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías.
- Las obras de arquitectura.
- Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.
- Las obras de arte aplicado.

- Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias.
- Los programas de ordenador.
- Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales.

#### **2.3.1.5.4. Derechos protegidos**

**a) Derechos morales:** Estos derechos son inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables. El artículo 11 de la norma comunitaria establece que estos derechos son los siguientes:

- Conservar la obra inédita o divulgarla.
- Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento.
- Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

**b) Derechos patrimoniales:** el artículo 13 de la norma comunitaria establece que el autor o, en su caso, sus derechohabientes, 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 las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes.
- La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler.

- La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho.
- La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

#### **2.3.1.5.5. Limitaciones y excepciones**

En el artículo 21 se establece que:

Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

Las limitaciones que detalla la norma comunitaria en el artículo 22 son las siguientes:

- a)** Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga.
- b)** Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra

transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.

- c)** Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:
- 1) Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización.
  - 2) Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.
- d)** Reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga
- e)** Reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente.
- f)** Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información.

- g)** Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras.
- h)** Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público.
- i)** La realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional.
- j)** Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución.

- k) La realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.

#### **2.3.1.5.6. Derechos conexos**

La norma comunitaria reconoce como derechos conexos los derechos de los intérpretes, artistas y ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión.

#### **2.3.1.5.7. Gestión colectiva**

Para la representación y protección de los derechos de los titulares de derechos de autor o derechos conexos, la norma comunitaria regula el funcionamiento de la sociedad de gestión colectiva, sujetas a la vigilancia e inspección de organismos estatales.

### **2.3.2. LEGISLACIÓN NACIONAL**

En el ámbito nacional, los derechos de autor y conexos aparecen regulados en el Decreto Legislativo N° 822. Por otro lado, en el Código Penal aparecen regulados los delitos contra los derechos de autor y conexos, siendo necesario precisar que los derechos de autor y conexos como parte de los derechos intelectuales tienen plasmación constitucional, conforme aparece en el artículo 2.8 de la norma suprema que establece el derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto.

## **2.4. Objeto del derecho de autor**

### **2.4.1. Consideraciones generales**

El derecho de autor hace alusión a la creación intelectual literaria, artística o científica, donde el autor es la persona humana que realiza dicha creación. Para que exista la obra tiene que verificarse un proceso de creación intelectual que dota de originalidad o individualidad a la creación literaria, artística o científica. La obra entonces grafica la personalidad o impronta del autor de donde surge el contenido moral o de paternidad de la obra, además de los derechos o contenido patrimonial de la obra.

### **2.4.2. La obra como objeto del derecho de autor**

La obra en derecho de autor es toda creación intelectual original literaria, artística o científica, susceptible de reproducción.

El artículo 2, numeral 17 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor, establece que la obra es toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.

El Convenio de Berna precisa que son obras protegidas todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión.

Por su parte, en el ámbito comunitario, la Decisión Andina 351 establece que la obra es toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

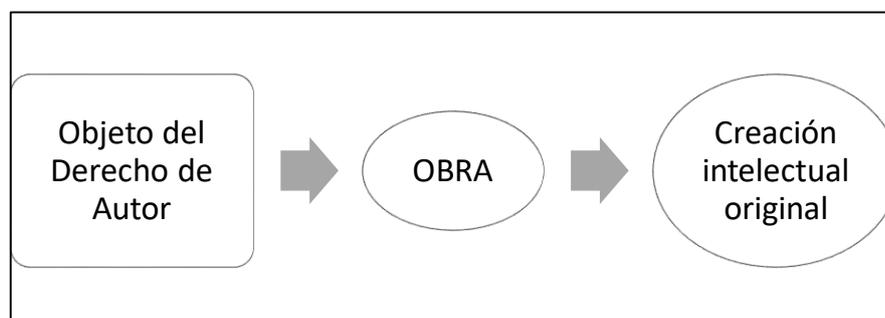
De manera concordante con las definiciones anotadas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso N° 23-IP-2012, se refiere a la obra señalando que son las manifestaciones originales, literarias, artísticas y científicas, que sean fruto del ingenio humano, cuando ellas son o puedan ser accesibles a la percepción sensorial y puedan ser objeto de reproducción por cualquier medio apto para tal finalidad. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso N° 23-IP.2012. Punto 2. Objeto de protección del derecho de autor)

En doctrina, Lipszyc (2006) señala que:

El objeto de protección del derecho de autor es la obra. Para el derecho de autor, la obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida (pág. 61)

La existencia de la obra como creación intelectual humana determina la atribución de los derechos que consagra el derecho de autor. Los derechos de autor surgen cuando las ideas creativas se vierten desde la mente del autor y se plasman en una obra concreta.

**Gráfico N° 06:**



Fuente: elaboración propia.

### **2.4.3. Características de la obra**

#### **a) Creación intelectual**

La obra es la expresión del talento creativo del ser humano en el ámbito literario, artístico o científico. En el ámbito de derecho de autor, solo la persona física crea una obra, a quien se reconoce como el autor de la obra.

En los informes técnicos que alcanza la Dirección de Derechos de Autor del Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, como que aparece en el informe técnico N° 060-2017/DDA emitida por la Dirección de Derechos de Autor de esta entidad, se señala que:

para la legislación peruana en materia de propiedad intelectual, que se inspira en fuentes latinas, al igual que en otras legislaciones que comparten este origen, solo los seres humanos en forma consciente son capaces de realizar una creación intelectual, por ende, el derecho de autor siempre nacerá en cabeza de los autores, después de lo cual puede transferirse o ser ejercido por otras personas naturales o jurídicas distintas del creador de la obra.

#### **a.1) autoría y titularidad de la obra**

**a.1.1) autor:** Es la persona natural que realiza la creación autoral (artículo 2, numeral 1 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor). Es decir, el autor es el creador de la obra, quien dota a su creación de particularidad o individualidad, que caracteriza a la obra para su protección por el ordenamiento jurídico.

**a.1.2) titular:** Es aquel que cuenta con la calidad del titular de derechos reconocidos por la ley (al artículo 2, numeral 43, Ley de Derecho de Autor). Es decir, el titular ejerce, por sí mismo (en caso del autor) o por representación o título de autorización, los derechos que la ley reconoce al creador de la obra.

## **a.2. Titularidad originaria y derivada**

**a.2.1) titular originario:** Es la que emana del solo acto de creación de la obra (artículo 2, numeral 44, Ley de Derecho de Autor). Por lo tanto, el autor o creador de la obra también tiene la calidad de titular originario de su obra.

**a.2.2) titular derivado:** Es aquella que surge por circunstancias distintas de la creación, por mandato de la ley o por presunción legal, o bien por cesión mediante acto entre vivos o transmisión mortis causa (artículo 2, numeral 45 de la Ley de Derechos de Autor).

## **b) Originalidad**

La originalidad es el sello, individualidad o impronta de la personalidad del autor. Constituye una condición necesaria para la protección de la obra. Lipszyc (2006) señala que “la originalidad reside en la expresión - o forma representativa – creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. No hay obra protegida si ese mínimo no existe”. (pág. 65).

En el proceso N° 023-IP-2012, la Corte Comunitaria, citando a Hermenegildo Baylos Carroza, señala 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. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso N° 023-ip-2012. Punto 2. Objeto de protección del derecho de autor).

Sin embargo, es necesario diferenciar el concepto de originalidad del concepto de novedad.

La originalidad se entiende como el desarrollo creativo del autor. Como señala Lipszyc (2006), “la originalidad es la expresión creativa e individualizada del autor, plasmada en la obra. Para que la obra goce de protección debe tener algo de individual y propio del autor, por más mínima que sea esa individualidad” (pág. 65).

Agrega la misma jurista que:

No es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena las ideas utilizadas en la obra pueden ser viejas, y sin embargo, la obra puede ser original, pues el derecho intelectual admite que la creación se realice sobre elementos previos (pág. 66).

En tanto, la novedad hace referencia a la calidad de nuevo, a la creación que todavía no ha sido expuesta o presentada. Tiene una valoración objetiva de anterioridad en la presentación o exposición de algún elemento o creación, que no hace referencia a la originalidad del mismo.

### **c) Expresión formal y susceptible de reproducción**

El derecho de autor solo protege la creación intelectual literaria, artística o científica plasmada o expresada formalmente en forma física o digital.

El soporte puede ser físico o virtual. Lo determinante para la protección autoral es que la obra, como proceso creativo del ser humano, se exteriorice desde la mente del autor y se plasme en cualquier soporte físico o virtual. Si la obra no ha sido exteriorizada y plasmada de manera física o virtual, no reviste protección autoral. Es decir, si solamente existe una "idea", aun cuando la misma revista características de originalidad, no tiene la calidad de obra protegida por el derecho autoral.

#### **d) Protección independiente de la forma de expresión, mérito o destino**

El Derecho de autor protege las obras expresadas en cualquier forma, física o digital. Lo importante es que sea reproducible por cualquier medio conocido o por conocerse.

Por tanto, la existencia de la obra no se supedita a la importancia de la creación autoral, su mérito o destino. Sin embargo, en el ámbito del Derecho Penal será necesario concordar dicha expresión con el concepto de bien jurídico protegido. Es decir, el Derecho Penal extenderá su ámbito de protección siempre y cuando la obra constituya en sí misma un interés apreciable o relevante para la sociedad. Este punto resulta relevante para la aplicación sistemática de las normas del ordenamiento jurídico. Si bien, el concepto de obra no exige la verificación de la importancia de la creación autoral, de su mérito o destino, sin embargo, en la aplicación de la norma penal, que expresa la intervención más severa del Estado en la esfera personal, se debe observar escrupulosamente la importancia y naturaleza de la creación autoral en función de los intereses relevantes para la sociedad en un contexto determinado. Por lo que, al margen de su consideración formal como creación autoral, en el ámbito penal se tiene

que observar si dicha creación resulta concordante con el concepto de bien jurídico protegido para legitimar la intervención del derecho penal.

#### **2.4.4. Obras protegidas**

El artículo 5 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor, establece, sin carácter taxativo, que son obras protegidas las siguientes:

- Las obras literarias expresadas en forma escrita, a través de libros, revistas, folletos u otros escritos.
- Las obras literarias expresadas en forma oral, tales como las conferencias, alocuciones y sermones o las explicaciones didácticas.
- Las composiciones musicales con letra o sin ella.
- Las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas y escénicas en general.
- Las obras audiovisuales.
- Las obras de artes plásticas, sean o no aplicadas, incluidos los bocetos, dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías.
- Las obras de arquitectura.
- Las obras fotográficas y las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía.
- Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias.
- Los lemas y frases en la medida que tengan una forma de expresión literaria o artística, con características de originalidad.
- Los programas de ordenador.

- 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.
- Los artículos periodísticos, sean o no sobre sucesos de actualidad, los reportajes, editoriales y comentarios.
- 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.

## **2.5. CONTENIDO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS**

### **2.5.1. Derechos de Autor**

La obra como creación intelectual del autor configura un contenido moral o de paternidad, al mismo tiempo que al ser susceptible de reproducción y distribución, configura un contenido patrimonial o de aprovechamiento económico del autor o titular de la obra.

El Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor, regula el contenido de los derechos morales y patrimoniales de autor que se señalan a continuación:

#### **2.5.1.1. Derechos morales**

Los derechos morales de autor son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles (artículo 21). Estos derechos son (artículo 22):

### **a) El derecho de divulgación**

Artículo 23:

Es la facultad del autor de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. En el caso de mantenerse inédita, el autor podrá disponer, por testamento o por otra manifestación escrita de su voluntad, que la obra no sea publicada mientras esté en el dominio privado, sin perjuicio de lo establecido en el Código Civil en lo referente a la divulgación de la correspondencia epistolar y las memorias.

El derecho de autor a disponer que su obra se mantenga en forma anónima o seudónima no podrá extenderse cuando ésta haya caído en el dominio público.

### **b) El derecho de paternidad.**

“Consiste en el derecho del autor de ser reconocido como tal, determinando que la obra lleve las indicaciones correspondientes y de resolver si la divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o en forma anónima” (artículo 24).

### **c) El derecho de integridad**

“Consiste en la facultad del autor de oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o alteración de la misma, incluso frente al adquirente el objeto material que contiene la obra” (artículo 25).

#### **d) El derecho de modificación o variación**

“El autor antes o después de su divulgación tiene la facultad de modificar su obra respetando los derechos adquiridos por terceros, a quienes deberá previamente indemnizar por los daños y perjuicios que les pudiere ocasionar” (artículo 26).

#### **e) El derecho de retiro de la obra del comercio.**

Artículo 27:

EL autor tiene el derecho de suspender cualquier forma de utilización de la obra, indemnizando previamente a terceros los daños y perjuicios que pudiere ocasionar.

Si el autor decide reemprender la explotación de la obra, deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular, en condiciones razonablemente similares a las originales.

El derecho de retiro se extingue a la muerte del autor. Una vez caída la obra en el dominio público, podrá ser libremente publicada o divulgada, pero se deberá dejar constancia en este caso que se trata de una obra que el autor había rectificado o repudiado.

#### **f) El derecho de acceso.**

Artículo 28:

El autor 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 los patrimoniales reconocidos en la presente ley.

Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de las obras y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor.

#### **2.5.1.2. Derechos patrimoniales**

El artículo 31 de la Ley de Derechos de Autor establece que “los derechos patrimoniales comprenden especialmente el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir”:

##### **a) Reproducción**

“La reproducción comprende cualquier forma de fijación u obtención de copias de la obra, permanente o temporal, especialmente por imprenta u otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el registro reprográfico, electrónico, fonográfico, digital o audiovisual” (artículo 32).

##### **b) Comunicación pública**

“Es todo acto por el cual una o más personas, reunidas o no en un mismo lugar, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares” (artículo 32).

##### **c) Distribución**

Artículo 34:

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.

**d) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra**

**e) Importación**

“La importación comprende el derecho exclusivo de autorizar o no el ingreso al territorio nacional por cualquier medio, incluyendo la transmisión, analógica o digital, de copias de la obra que hayan sido reproducidas sin autorización del titular del derecho” (artículo 35).

**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.**

### **2.5.2. Derechos Conexos**

El Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de autor, establece como derechos conexos los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes, los derechos de los productores de fonogramas, de los organismos de radiodifusión y otros derechos, con sus correspondientes contenidos morales y patrimoniales, como son:

**a) Derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes**

**a.1) Derechos morales:**

- **Reconocimiento de su nombre sobre su interpretación o ejecución:**  
se reconoce este derecho moral a los artistas intérpretes o ejecutantes, porque en la ejecución o interpretación que realizan de la obra, trasuntan la impronta o sello de su personalidad. Por ejemplo, es particularmente artístico escuchar la ejecución de la canción Mi Perú en la voz Oscar Avilés y Arturo “Zambo” Cavero.

- **Oposición a deformación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación** (artículo 131.b)

#### **a.2) Derechos patrimoniales:**

- **Comunicación pública:** de sus presentaciones o ejecuciones.
- **Fijación y reproducción:** de sus representaciones o ejecuciones.
- **Reproducción:** de una fijación autorizada.
- **Remuneración equitativa:** pago por el uso de sus interpretaciones o ejecuciones.

#### **b) De los productores de fonogramas**

Los productores de fonogramas tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- Reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.
- Distribución pública, alquiler, préstamo público y cualquier otra transferencia onerosa de copias de sus fonogramas.
- Puesta a disposición del público de los fonogramas.
- Inclusión de sus fonogramas en obras audiovisuales.
- Modificación de sus fonogramas por medios técnicos.

Los tres primeros derechos reconocidos, se extienden a la persona natural o jurídica que explote el fonograma bajo el amparo de una cesión o licencia exclusiva.

- Derecho de remuneración

#### **c) De los organismos de radiodifusión**

Los organismos de radiodifusión tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- Retransmisión de sus emisiones.
- Grabación de sus emisiones.
- Reproducción de sus emisiones.
- Remuneración equitativa por comunicación pública de emisiones o transmisiones de radiodifusión.

#### **d) Otros derechos conexos**

- Derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de grabaciones de imágenes en movimiento no consideradas obras audiovisuales.
- Reproducción, distribución y comunicación pública de fotografía no considerada como obra protegida.
- Derechos de explotación del que publica por primera vez obra inédita que esté en el dominio público.

#### **2.5.3. Limitaciones de protección autoral**

La ley de Derechos de Autor establece limitaciones a la protección de los derechos patrimoniales de autor, autorizando la realización de actos que no tienen la naturaleza de explotación comercial de la obra y por lo tanto no requieren el pago de remuneración alguna. Estas limitaciones pueden ser las siguientes:

- a) Limitaciones al derecho de comunicación o difusión:** cuando se realice en el ámbito doméstico (art. 41.a), en actos oficiales o ceremonias religiosas

(art. 41.b), en actividades didácticas, en público o en privado (art. 41.c y 42), los que se realizan en establecimientos de comercio con fines demostrativos (art. 41.d), las que se realizan en actuaciones judiciales o administrativas (art. 41.e), difusión de acontecimientos de actualidad (art. 45.a), difusión de disertaciones o alocuciones efectuadas en público (art. 45.b), difusión de imagen de obra arquitectónica, plástica o fotografía que se encuentre en lugar público (art. 45.c).

- b) Limitaciones al derecho de reproducción:** cuando se realizan con fines educativos (art. 43.a), reproducción de fragmentos para uso personal (art. 43.b), reproducción individual en bibliotecas (art. 43.c), reproducción justificada para actuaciones judiciales o administrativas (art. 43. d), reproducción de obra expuesta en lugar público (art. 43.e), reproducción de obras para uso privado de invidentes (art. 43.g).
- c) Derecho de cita:** es permitido realizar las citas conforme a los usos honrados y en la medida justificada (art. 44).
- d) Grabaciones efímeras:** realizadas por organismos de radiodifusión respecto de obras sobre las que tengan derecho de radiodifundir. (art. 46).
- e) Transmisión o retransmisión de emisiones:** respecto de obras radiodifundidas por un organismo de radiodifusión (art. 47).
- f) Derecho de copia privada:** es lícita la copia para uso personal. No se extiende a la copia de obra arquitectónica en edificio, respecto de reproducción hecha y firmada por el autor y sobre una base o compilación de datos (artículo 48).

f) **La parodia:** mientras no implique riesgo de confusión con la obra original (artículo 49).

## **2.6. ÁMBITOS DE PROTECCIÓN AUTORAL**

La protección de los derechos de autor y conexos en el ordenamiento jurídico nacional se plasma en el ámbito administrativo, civil y penal. El artículo 173 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor establece que:

Sin perjuicio de las acciones civiles y penales que se interpongan ante las autoridades judiciales competentes, los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en la legislación sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos, o sus representantes, podrán denunciar la infracción de sus derechos ante la Oficina de Derechos de Autor en su condición de Autoridad Administrativa Competente; no constituyendo esta última, en ninguno de los casos, vía previa.

Aparece entonces que, si bien la precitada norma administrativa establece que la vía administrativa no constituye vía previa, existiendo protección del contenido autoral tanto en sede administrativa y penal, además de la vía civil, se debe tomar en cuenta especialmente el principio de mínima intervención del derecho penal, determinando el procesamiento de las conductas menos graves en el ámbito administrativo.

### **2.6.1. Protección Administrativa**

La protección administrativa de los derechos de autor y conexos se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, que es un órgano estatal encargado de la

protección de los derechos y elementos de propiedad intelectual, entre ellos los derechos de autor y conexos.

Sobre ello, el artículo 168 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor, establece que:

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.

#### **2.6.1.1.   Ámbito de competencias de INDECOPI en sede administrativa**

La entidad administrativa tiene facultades para disponer de oficio o a petición de parte, medidas cautelares, investigaciones y sanciones por la vulneración de derechos de autor y conexos. Siendo así, conforme al artículo 169, inciso d de la Ley de Derechos de Autor, la entidad administrativa tiene facultades para:

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 establecimientos.

Asimismo, la norma de derechos de autor establece que “para el cumplimiento de las funciones y la ejecución de sus resoluciones, el órgano administrativo

puede solicitar el auxilio de la fuerza pública, promoviendo la ejecución forzosa o cobranza coactiva de sus resoluciones (artículo 169, literal o y p).

En primera instancia, a través de la Dirección de Derechos de Autor, el órgano administrativo tiene facultades para cautelar y proteger los derechos de autor. En segunda instancia interviene la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI para pronunciarse sobre las resoluciones expedidas por la Dirección de Derechos de Autor con relación a la vulneración de derechos autorales.

#### **2.6.1.2. Sanciones**

A nivel administrativo, la Oficina de Derechos de Autor tiene facultades para imponer las siguientes sanciones (artículo 188 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor):

- Amonestación.
- Multa de hasta 180 Unidades Impositivas Tributarias.
- Reparación de las omisiones.
- Cierre temporal hasta por noventa días del establecimiento.
- Cierre definitivo del establecimiento.
- Incautación o comiso definitivo.
- Publicación de la resolución a costa del infractor.

#### **2.6.2. Protección Civil**

Las conductas infractoras de derechos autorales que generen menoscabo moral o patrimonial, pueden ser reclamadas en el ámbito civil a partir de la

configuración del daño que cause la conducta del agente infractor en las obras protegidas del autor o titular.

Así, el artículo 196 del Decreto Legislativo N° 822, prescribe que:

Los titulares de los derechos, sus representantes o través de las sociedades de gestión colectiva, pueden solicitar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización correspondiente a los daños materiales y morales causados por la violación y a las ganancias obtenidas por el infractor imputables a la infracción y que no fueran tomadas en cuenta al calcular el monto de los daños (al provecho ilícito), o a elección del titular del derecho, la indemnización pre-establecida, así como el pago de costas y costos.

Asimismo, la norma administrativa establece que cuando el interesado “opte por acudir a la vía civil, se tramitará de acuerdo a lo establecido en el procedimiento abreviado previsto en el Código Procesal Civil y las disposiciones contenidas en la legislación especial” (artículo 195).

### **2.6.3. Protección Penal**

La protección de los derechos de autor y conexos se encuentra regulada en el capítulo I del Título VII del Código Penal que tipifica los delitos contra los derechos de autor y conexos, a partir del artículo 216 a 221.

La protección penal se fundamenta en la vulneración de los derechos de autor y conexos que emergen de la obra, que constituye el objeto de protección del derecho de autor.

La norma administrativa establece que “cuando los hechos materias del procedimiento administrativo constituyan presunto delito, la Oficina de Derechos de Autor podrá formular denuncia penal ante el Ministerio Público” (artículo 185)

## **2.7. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS**

Los delitos contra los derechos de autor y conexos están ubicados en el título VII, capítulo I del Código Penal, que comprende los artículos 216 al 221.

### **A. Publicación de obras con omisión o modificación del nombre del autor, traductor, adaptador, compilador o arreglador. Artículo 216.**

- a) Publicación de obras con omisión de nombre de autor, traductor, adaptador, compilador o arreglador.
- b) Publicación de obra con adición o supresión en el nombre del autor, traductor, adaptador, compilador o arreglador.
- c) Publicación de obras con abreviaturas, adiciones o supresiones o cualquier otra modificación en la obra.
- d) Publicación de obra en forma separada o conjunta, sin autorización.

Estableciendo una sanción de dos a cuatro años de pena privativa de libertad y de diez a sesenta días multa.

**B. Reproducción, distribución y comunicación pública de obras sin autorización previa y escrita de los autores o titulares, estableciendo además una modalidad de modificación total o parcial de la obra. Artículo 217.**

- a) Modificación total o parcial de la obra.
- b) Distribución de obra mediante venta, alquiler o préstamo público.
- c) Comunicación o difusión pública, transmisión o retransmisión.
- d) Reproducción, distribución o comunicación pública en mayor número de lo autorizado.

Se establece una sanción de dos a seis años de pena privativa de la libertad y de treinta a noventa días multa.

**Forma agravada: último párrafo:**

Reproducción total o parcial y distribución mediante venta, alquiler o préstamo público de obras que superen las 2 UIT.

Estableciendo una sanción de cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad y de sesenta a ciento veinte días multa.

**C. Formas agravadas. Artículo 218**

- a) Hacer conocer al público obra inédita o no divulgada
- b) Reproducción, distribución o comunicación pública con fines comerciales, o alterando o suprimiendo en nombre o seudónimos del autor, productor o titular de derechos.
- c) Distribución pública de obra conociendo el origen ilícito de copia o reproducción.

- d) Fabricar, ensamblar, importar, exportar, modificar, vender, alquilar, ofertar para venta o alquiler o poner en circulación dispositivos, sistemas tangibles o intangibles, esquemas o equipos capaces de soslayar otro equipo que impida o restrinja la copia de obras, menoscabar la calidad de copias realizadas, o capaces de permitir o fomentar recepción de programas codificados, radiodifundidos o comunicados en otra forma.
- e) Inscripción de obra ajena.

Se establece una sanción de cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad y noventa a ciento ochenta días multa.

#### **D. Plagio. Artículo 219**

“Difusión de obra como propia, en todo o en parte, copiándola o reproduciéndola textualmente o disimulando la copia mediante ciertas alteraciones, atribuyéndose o atribuyendo a otro la autoría o titularidad ajena.”

Se sanciona con cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad y de noventa a ciento ochenta días multa

#### **E. Formas agravadas. Artículo 220**

- a) “Atribución falsa de autoría de derechos de autor o derechos conexos para suspender actos de comunicación, reproducción, distribución, interpretación, producción, emisión u otro acto.
- b) Realizar actividades de entidad de gestión colectiva.
- c) Declaración falsa de datos susceptibles de causar daño a los titulares de derechos de autor o conexos.
- d) Integrar organización delictiva.
- e) Calidad de funcionario o servidor público.

Se establece una sanción de cuatro a ocho años y de noventa a ciento ochenta días multa”.

#### **F. Elusión de medida tecnológica efectiva. Artículo 220-A**

Eludir, con fines de comercialización de obras u otro tipo de ventaja económica, medidas tecnológicas de protección de obras.

Se establece una sanción no mayor de dos años de pena privativa de la libertad y de diez sesenta días multa.

#### **G. Productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas. Artículo 220-B.**

“Fabricar, importar, distribuir, ofrecer al público, proporcionar o de cualquier manera comercializar dispositivos, productos o componentes destinados a eludir medidas tecnológicas de protección de obras, con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica”.

Se establece una sanción no mayor de dos años de pena privativa de la libertad y de diez a sesenta días multa.

#### **H. Servicios destinados a la elusión de medidas tecnológicas. Artículo 220-C**

Brindar u ofrecer servicios, con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica, para eludir medidas tecnológicas efectivas de protección de obras.

Se establece una sanción no mayor de dos años de pena privativa de la libertad y de diez a sesenta días multa.

## **I. Delitos contra la información de gestión de derechos 220-D**

Suprimir o alterar información sobre gestión de derechos, con fines de comercialización.

Distribuir o importar información sobre gestión de derechos a sabiendas que ha sido suprimida o alterada.

Distribuir, importar para distribución, transmitir, comunicar o poner a disposición del público copias de obras, a sabiendas que la información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada.

Se establece una pena no mayor de dos años y de diez a sesenta días multa

## **J. Etiquetas, carátulas o empaques. Artículo 220-E**

Fabricar, comercializar, distribuir, almacenar, transportar, transferir o de otra manera disponer con fines comerciales u otro tipo de ventaja económica etiquetas o carátulas no auténticas de obras o documentación o empaques de programas de ordenador

Se establece una sanción de tres a seis años de pena privativa de la libertad y de sesenta a ciento veinte días multa.

## **K. Manuales, licencias u otra documentación no auténtica de programas de ordenador 220-F**

“Elaboración, comercialización, distribución, almacenamiento, transporte, transferencia o disponer con fines comerciales u otro tipo de ventaja económica manuales, licencias, documentación o empaques no auténticos de programas de ordenador.”

Se establece una sanción de cuatro a seis años de pena privativa de la libertad y de sesenta a ciento días multa.

## **2.8. RELACION DEL ÁMBITO ADMINISTRATIVO Y PENAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS**

### **2.8.1. Ilícito administrativo**

Constituye la “vulneración de cualquier disposición contenida en la ley de derecho de autor y conexos” (artículo 183 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor y Conexos). Conforme a la naturaleza del procedimiento administrativo, la responsabilidad en este ámbito es objetiva, es decir, atiende esencialmente a la producción del resultado.

El ámbito de los ilícitos administrativos se puede generar como consecuencia de la vulneración de los derechos morales y patrimoniales de autor y la vulneración de los derechos conexos.

#### **2.8.1.1. Derechos de autor**

**a) Derechos morales:** la infracción se configura con la vulneración de los siguientes derechos: divulgación, paternidad, integridad, modificación o variación, retiro de la obra del comercio y acceso.

**b) Derechos patrimoniales:** la infracción se configura con la vulneración de los derechos de reproducción, comunicación pública, distribución pública, traducción, adaptación, arreglo o transformación, importación y cualquier otra forma de utilización no contemplada en la ley; precisándose que esta lista de derechos es meramente enunciativa y no taxativa.

### **2.8.1.2. Derechos conexos**

#### **a) Derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes**

**a.1) Derechos morales:** se configura la infracción con la vulneración de los derechos de reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones, o través de la deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación.

**a.2) Derechos patrimoniales:** se configura la infracción con la vulneración del derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- La comunicación pública en cualquier forma de sus representaciones o ejecuciones.
- fijación y reproducción de sus representaciones o ejecuciones, por cualquier medio o procedimiento.
- reproducción de una fijación autorizada, cuando se realice para fines distintos de los que fueron objeto de la autorización.
- Además, tienen el derecho a la remuneración equitativa.

#### **b) De los productores de fonogramas**

Los productores de fonogramas tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir (Artículo 136 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor):

- reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.
- distribución pública, alquiler, préstamo público y cualquier otra transferencia onerosa de copias de sus fonogramas.
- puesta a disposición del público de los fonogramas.

- inclusión de sus fonogramas en obras audiovisuales.
- modificación de sus fonogramas por medios técnicos.

Los tres primeros derechos reconocidos, se extienden a la persona natural o jurídica que explote el fonograma bajo el amparo de una cesión o licencia exclusiva. (Artículo 137 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor)

- Derecho de remuneración (artículo 137 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor).

### **c) De los organismos de radiodifusión**

Los organismos de radiodifusión tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir (artículo 140 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor):

- retransmisión de sus emisiones.
- Grabación de sus emisiones.
- reproducción de sus emisiones.
- Remuneración equitativa por comunicación pública de emisiones o transmisiones de radiodifusión.

### **d) Otros derechos conexos**

- derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de grabaciones de imágenes en movimiento no consideradas obras audiovisuales (artículo 143 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor).

- reproducción, distribución y comunicación pública de fotografía no considerada como obra protegida (artículo 144 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor).
- derechos de explotación del que publica por primera vez obra inédita que esté en el dominio público (artículo 145 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor).

### **2.8.2. Ilícito penal**

“La norma administrativa establece que cuando los hechos del procedimiento administrativo constituyan presunto delito, la Oficina de Derechos de Autor podrá formular denuncia penal ante el Ministerio Público” (artículo 185 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor)

Esta regulación administrativa parece dejar la posibilidad de establecer supuestos de infracción administrativa que también constituya delito y otros supuestos que no revistan tal carácter.

Frente a dichas posibilidades, resulta relevante plantearse las siguientes preguntas:

- ¿Todas las infracciones administrativas en derechos de autor y conexos, pueden también constituir delitos contra los derechos de autor y conexos?
- En derechos de autor y conexos, ¿Las infracciones administrativas tienen el mismo contenido de protección que las infracciones penales?
- ¿existe una necesaria dependencia del Derecho Penal a la norma administrativa respecto del contenido de protección de derechos de autor y conexos?

Frente a estas interrogantes, es necesario precisar el objeto de protección penal y la naturaleza de la relación penal administrativa en materia de derechos de autor y derechos conexos.

#### **2.8.2.1. Objeto de protección de la norma penal de derecho de autor**

Hemos dilucidado en el desarrollo de la presente investigación que el objeto de protección de la norma penal de derecho de autor es la obra entendida como “toda creación intelectual original reproducible por cualquier medio conocido o por conocerse” (artículo 2.17 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor).

Los derechos de autor y los derechos conexos, constituyen el haz de derechos que protegen al autor de la obra y a terceros que realizan las actividades necesarias para la difusión y acceso público de las obras, que configuran el bien jurídico protegido en derechos de autor y conexos. Es decir, los derechos de autor y los derechos conexos surgen a partir de la creación de una obra protegida, desplegándose los distintos derechos de orden moral y patrimonial y corresponden a los autores y titulares, tanto de derechos de autor y de derechos conexos.

#### **2.8.2.2. Relación administrativa y penal: naturaleza de las normas penales**

El haz de derechos de autor y derechos conexos aparece definido por la norma administrativa sobre derechos de autor. Siendo así, las normas administrativas constituyen desarrollan el contenido de protección de los derechos de autor y conexos que recoge la norma penal. Este aserto que señalamos se desprende del propio contenido de derechos morales y patrimoniales de derechos de autor

y derechos conexos establecidos en la norma administrativa, que determinan el mismo contenido de protección de la norma penal, es decir la norma penal protege los derechos morales y patrimoniales regulados en la norma administrativa.

Por tanto, en la aplicación de la norma penal, debe recurrirse a los conceptos administrativos de derechos de autor que desarrolla la norma administrativa. Sobre el punto, Abanto Vásquez (2000) señala que: “la norma penal contiene los conceptos propios de la norma administrativa, sin definirlos de manera independiente, por lo cual se puede admitir una remisión interpretativa” (pág. 277).

Por otro lado, conforme a los principios de legalidad y tipicidad en materia penal, que exige que la norma penal que sanciona conductas sea previa, estricta y escrita, no se podrían admitir interpretaciones distintas a las que surjan del propio contenido normativo de las normas administrativas o extrapenales, así tampoco interpretaciones analógicas o extensivas de dichos conceptos administrativos. La aplicación de la norma penal debe obedecer en estricto a los alcances normativos o conceptuales de la norma administrativa. Siendo así, por ejemplo, de la norma administrativa de derecho de autor se desprende el concepto de obra entendida como toda creación intelectual original, reproducible por cualquier medio conocido o por conocerse. Esta definición normativa sirve de base a la interpretación de la norma penal al momento de su aplicación, que debe realizarse con la rigurosidad que corresponde al ámbito penal que constituye la última ratio del ejercicio punitivo del Estado.

### **2.8.2.3. Características de la relación administrativa y penal en derechos de autor**

Conforme a la descripción precedente de la relación del ámbito administrativo y penal, señalamos dos características de esta relación:

#### **a) Dependencia normativa del Derecho Penal de Autor. Norma penal en blanco**

Como ya señalamos anteriormente, citando a Manuel Abanto Vásquez, la norma penal de derecho de autor, recurre necesariamente a la norma administrativa, en este caso, la Ley de Derechos de Autor, para completar o llenar su contenido normativo.

El Derecho Penal de Autor se construye con los conceptos normativos afincados en sede administrativa. Los elementos objetivos del tipo penal como el concepto de obra, así como el ámbito de entendimiento de las distintas modalidades de conducta que afectan los derechos de autor y conexos como la distribución, reproducción o comunicación pública, se ubican en sede administrativa. Por lo tanto, existe una directa e inmediata vinculación del Derecho Penal de Autor con el Derecho Administrativo.

#### **b) Relación de complemento**

Todos los contenidos morales y patrimoniales de autor y derechos conexos pueden ser investigados y sancionados en sede administrativa, conforme se desprende de las propias normas administrativas:

Ley de Derechos de Autor, Decreto Legislativo N° 822:

- artículo 168:

“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...”

- Artículo 183:

“Se considera infracción la vulneración de cualquiera de las disposiciones contenidas en la presente ley.

...”

Ley de Organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, Decreto Legislativo N° 1033:

- Artículo 38:

“38.1 Corresponde a la Dirección de Derecho de Autor proteger el derecho de autor y los derechos conexos. En la protección de los referidos derechos es responsable de cautelar y proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos.

38.2 Adicionalmente, 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...”

Si bien la norma administrativa no establece una tipificación específica de las infracciones administrativas contra los derechos de autor y conexos, conforme se desprende del artículo 183 del Decreto Legislativo N° 822, sin embargo, de las normas administrativas anotadas precedentemente, se desprende con nitidez que todas las infracciones de derecho autoral, tanto moral y patrimonial, pueden ser investigadas y sancionadas en sede administrativa.

Por otro lado, todas las conductas o infracciones punibles en sede penal, corresponden también a infracciones que pueden ser investigadas y sancionadas en sede administrativa.

A partir de esta constatación podemos señalar la siguiente precisión relacional administrativa penal:

Todos los tipos penales contra los derechos de autor y conexos, también constituyen infracciones administrativas; sin embargo, no todas las infracciones administrativas constituyen tipos penales. Es decir, la norma administrativa contiene un elenco mayor de infracciones contra los derechos de autor y conexos en relación al catálogo penal, que contiene los tipos penales específicamente descritos en la norma penal sustantiva.

Asimismo, el contenido de protección tanto en el ámbito administrativo y penal, resulta siendo el mismo; es decir, todo el haz de derechos morales y patrimoniales de los derechos de autor y conexos, constituyen el interés jurídico protegido tanto en sede penal y administrativa.

Esta constatación resulta relevante para trasladar al ámbito administrativo los casos con menor reproche penal, tomando en cuenta el principio de mínima intervención del derecho penal.

## **2.9. FORMAS DE COMISION DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS**

### **2.9.1. Tecnología e información**

Previamente al análisis de las formas de comisión de los delitos contra los derechos de autor y conexos, es decir, de los modos y procedimientos a través de los que se materializan las conductas infractoras de derechos autorales, es necesario anotar el cambio tecnológico y cultural plasmado actualmente en la denominada “sociedad de la información”, donde las telecomunicaciones y el desarrollo de internet como vehículo de transmisión de información, ha conllevado al desarrollo de diversas formas tecnológicas de reproducción, almacenamiento y transmisión de información.

Sobre este punto Fernández Masiá (1998) señala que:

La irrupción de los ordenadores en nuestra sociedad puede ser comparable al de la imprenta. No es descabellado decir que hoy en día asistimos a una verdadera “Revolución Informática”, de tal forma que la informática es a finales del siglo XX lo que fue la industria a finales del siglo XIX, con las mismas necesidades de materiales y los mismos mercados potenciales. De hecho, hoy en día es normal que en todos los ámbitos de nuestra vida las creaciones informáticas sean acompañantes habituales, siendo factor decisivo para el vertiginoso cambio social que estamos viviendo (pág.1).

En el mismo sentido Belloso Martín (2011) acota que:

Internet es un acontecimiento tecnológico y cultural de extraordinaria repercusión. Permite la integración potencial de textos, imágenes y sonidos en un mismo sistema que puede ser interactuado desde infinidad de puntos situados en cualquier lugar del mundo, pudiendo además elegir el tiempo en el que se desea actuar (pág. 64).

En el mismo sentido del desarrollo tecnológico sobre la transmisión de la información, la tecnología ha desarrollado nuevas formas de condensación de datos como la tecnología digital, que supera la tecnología analógica, que basado en la sucesión código binarios de ceros y unos, permite la concentración casi ilimitada de información.

El impacto de la tecnología digital e internet en el mundo actual genera cambios sustantivos en el tiempo, volumen y calidad de la información que transita a través de las redes de telecomunicación como internet. Los usuarios pueden tener a su disposición una gran cantidad de contenidos autorales literarios, artísticos o científicos, que transitan en tiempo real a través de las redes de telecomunicación y con gran fidelidad o calidad en las copias o contenidos.

Con relación a este desarrollo tecnológico Delgado Porras (1998) señala que:

(...) las dos formas de comunicación de las obras (en forma de bienes o de servicios) a partir de un formato digital – numérico – se identifican por su pertenencia (servicios) o no (bienes) al campo de la telecomunicación. De esta suerte, la comunicación de obras en ese formato mediante servicios prestados utilizando las técnicas de difusión disponibles – satélite, cable y red hertziana – o en redes numéricas – las “superhighways” o “autopistas de la información” – han recibido el nombre de comunicación “on line”; y la

que se efectúe por medio de la producción de bienes – tales como CD, MD, CDI, CD-ROM -, comunicación “off line (pág. 38).

Sobre el impacto de la tecnología digital en el desarrollo de la comunicación y la información, y en especial en el ámbito de los derechos de autor, Belloso Martin (2011) precisa que:

La tecnología digital permite en esencia la realización de copias perfectas (auténticos clones) y su masiva difusión a través de soportes y redes de intercomunicación; en ambos casos con costos ínfimos y usando medios que ya no están solo al alcance de una minoría (...). La tecnología digital ha proporcionado un nuevo y flexible formato universal para las creaciones ya conocidas (música, literatura, audiovisual). Y, además, ha significado la aparición de un nuevo lenguaje, apto para expresar la creatividad humana y cuya utilización ha dado lugar a nuevos tipos de obras tales como los programas de ordenador y las bases de datos electrónicas, las llamadas obras multimedia e internet, la imagen como nueva propiedad intelectual, la tecnología digital y la autoría (pág. 89).

Las obras en formato digital pueden ser transmitidas o distribuidas en soporte físico o de manera virtual a través de los procedimientos de telecomunicación como internet. En el caso de los soportes físicos, si bien se utilizan estos soportes para almacenar y distribuir la obra, sin embargo, al contenido es estrictamente digital. A partir de estas dos formas de presentación de las obras en formato digital se establece la comunicación denominada “on line” (en línea) y la comunicación “off line” (fuera de línea).

- **Comunicación on line:** es la comunicación que se realiza a través de satélites o de autopistas de la comunicación como internet. El contenido autoral “viaja” a través de estas autopistas de la información, albergándose en centros de almacenamiento digital o virtual, a donde se pueden acceder mediante grabación o transmisión (este último a través de la tecnología IPTV - *Internet Protocol Television*, o streaming – transmisión). El usuario puede grabar o fijar el contenido autoral en archivos digitales, sin ningún soporte físico.
- **Comunicación off line:** la distribución o acceso de los usuarios a los contenidos autorales se realiza a través de formatos o soportes físicos como CD, DVD, CDI, CD-ROM.

### **2.9.2. Formas de comisión de las infracciones autorales**

En el ámbito de la piratería entendida como actividad económica ilícita de reproducción y comercialización de contenidos autorales, se identifican tres sectores que actúan en intrínseca interconexión desde el punto de vista del objetivo comercial, permitiendo la intervención de diversos agentes en cada uno de estos sectores o segmentos de la actividad.

Esencialmente, estos sectores o segmentos de la infracción autoral o piratería son: la fuente u obtención del contenido autoral, la distribución o transmisión de los contenidos y el consumo o la puesta a disposición del usuario. Es preciso señalar en esta parte que los términos utilizados para describir cada uno de estos segmentos o actividades desarrolladas por el agente, no se utilizan estrictamente en el sentido del concepto autoral que corresponden a las modalidades o verbos rectores que definen las conductas de derechos autorales, sino que se utilizan

en el sentido común o general que corresponde al contenido semántico de los términos.

#### **2.9.2.1. Piratería de fuentes o de reproducción**

La cadena de infracción autoral se inicia con la obtención del contenido autoral, que sirve de insumo para la reproducción y posterior distribución de los contenidos. Es decir, el agente obtiene el contenido autoral en original o copia, a través de la fijación del contenido autoral en soportes de almacenamiento o grabación de sonido o imagen, o través de la selección de contenidos para su posterior colocación en plataformas electrónicas donde acceden los usuarios.

Aunque parezca meramente redundante, es preciso afirmar que el agente en esta fase o segmento de la actividad ilícita no crea ningún contenido autoral, sino que obtiene dicho material para la posterior realización de copias o fijación de contenidos en plataformas electrónicas para el acceso de los usuarios.

Estas actividades de fijación y almacenamiento, en términos de las modalidades de conducta de infracción autoral, consiste esencialmente en la modalidad de reproducción. A partir de la constatación de estas actividades de fijación y almacenamiento que realiza el agente que inicia la cadena de infracción autoral, se vislumbra el reproche de mayor intensidad del agente que participa en esta fase de la actividad infractora de derechos autorales, porque manifiestamente utiliza un contenido autoral para su posterior reproducción y comercialización sin contar con la autorización del titular del derecho. El desvalor de la conducta del agente se manifiesta con la realización de las actividades de fijación y almacenamiento de los contenidos autorales, que trasunta la realización de actos de reproducción de obras sin autorización de los titulares del derecho.

### **2.9.2.2. Piratería de distribución y consumo**

Una vez que el agente obtiene el contenido autoral, lo reproduce para su posterior distribución, tratándose de la piratería física u “off line”. En tanto, en la piratería “on line”, el agente obtiene el contenido autoral y lo aloja en la plataforma informática para el acceso de los usuarios. En esta forma de piratería on line, no se produce necesariamente la reproducción o descarga del contenido autoral, de una película o una canción por ejemplo, sino, el usuario visualiza dicho contenido a través de terminales de telecomunicación como una computadora con internet, televisión o celular inteligente a través de los cuales tiene acceso a los contenidos autorales. Sin embargo, también es cierto, que el usuario puede hacer la descarga del material o contenido autoral, donde se manifiesta la reproducción del contenido.

En el caso de la piratería física u “off line”, los discos con contenido autoral, como música, películas, software, libros, se comercializan en tiendas o galerías, donde concurren los usuarios para la adquisición física de estos soportes.

En las acciones de control o interdicción de las actividades de distribución, se aprecia en gran medida que, una vez realizada la incautación de los ejemplares ilícitos, inmediatamente son renovados por nuevo material ilícito de contenidos autorales. Esto ocurre por el gran volumen de producción de los discos, el bajo costo de producción de los mismos debido a la ilegalidad e informalidad de dicha actividad, y la falta de un enfoque de represión orientado a las actividades de piratería de fuentes o de reproducción.

## **CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

#### **1.1. Problema general**

¿Cómo incide la norma penal y la norma administrativa en la protección de los derechos de autor y conexos en el distrito Fiscal de Lima, durante los años 2016, 2017 y 2018?

##### **1.1.1. Problema específico**

- ¿Cómo incide la norma penal en la protección de los derechos de autor y conexos en el distrito Fiscal de Lima?
- ¿Cómo incide la norma administrativa en la protección de los derechos de autor y conexos en el Distrito Fiscal de Lima?

#### **1.2. Formulación de objetivos**

##### **1.2.1. Objetivo General**

Determinar la incidencia de la norma penal frente a la norma administrativa en la protección de los derechos de autor y conexos en el distrito Fiscal de Lima durante los años 2016, 2017 y 2018.

##### **1.2.2. Objetivos específicos**

- Determinar la incidencia de la norma penal en la protección de los derechos del autor y conexos en el distrito Fiscal de Lima durante los años 2016, 2017 y 2018.
- Establecer la incidencia de la norma administrativa en la protección de los derechos de autor y conexos en el distrito Fiscal de Lima durante los años 2016, 2017 y 2018.

### **1.3. Formulación de hipótesis**

#### **1.3.1. Hipótesis General**

Existe incidencia entre la aplicación de la norma penal y la norma administrativa para la adecuada protección de los derechos de autor y conexos.

#### **1.3.2. Hipótesis específica**

- Existe incidencia en la aplicación de la norma penal para la protección de los derechos de autor y conexos frente a infracciones más graves.
- Existe incidencia en la aplicación de la norma administrativa para la protección de los derechos de autor y conexos frente a infracciones menos graves.

## **2. VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN**

La investigación se considera viable por cuanto el tesista se desempeña como Fiscal de una Fiscalía Especializada en Delitos contra la Propiedad Intelectual, conociendo la parte operativa de las intervenciones por la comisión de delitos contra los derechos autorales y conexos, así como el trabajo de despacho en el análisis y formulación de resoluciones y dictámenes fiscales.

Además, el tesista cuenta con especialización y capacitación permanente en Derecho Penal, disponiendo de los recursos económicos y material necesario para realizar la investigación.

### **3. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. Delimitación espacial**

Se desarrollará en el Distrito Fiscal de Lima, comprendiendo las Fiscalías Especializadas en Delitos Aduaneros y Contra la Propiedad Intelectual de Lima.

#### **3.2. Delimitación temporal**

El trabajo de investigación comprende los años 2016, 2017 y 2018.

#### **3.3. Delimitación social**

Los operadores del derecho como la Fiscalía, el Poder Judicial, la Policía Nacional, INDECOPI. Los creadores y distribuidores de derechos de autor.

#### **3.4. Delimitación conceptual**

La investigación se realizará en base a conceptos de Derechos de Autor, Derecho Penal, Derecho Constitucional, Derecho Penal Económico y Política Criminológica.

### **4. DISEÑO METODOLÓGICO**

#### **4.1. Tipo de investigación**

La investigación que se propone es analítica – cualitativa, por cuanto siendo el objeto de estudio un fenómeno propio de la ciencia jurídico social, no resulta posible la capacidad de controlar, alterar o manipular variables (contenido de los derechos morales y patrimoniales de autor y los alcances de su protección penal), que ocurren en el contexto natural externo.

## **4.2. Nivel de investigación**

La investigación tendrá nivel descriptivo explicativo, por cuanto se propone describir la realidad en sus componentes principales y explicar las relaciones causales de los problemas encontrados.

## **4.3. Método**

Se utilizará el método inductivo porque a partir de los casos particulares se pretende generalizar conceptos y tomas de postura.

## **5. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

### **5.1. Diseño muestral:**

- **Universo:** Está constituida por las investigaciones llevadas en las Fiscalías Especializadas en Delitos Aduaneros y Propiedad Intelectual de Lima.
- **Población:** La población está constituida por las investigaciones llevadas sobre derechos de autor y conexos por las Fiscalías Provinciales Penales Especializadas en Propiedad Intelectual de Lima durante los años 2016, 2017 y 2018.
- **Muestra:** Se tomará la muestra de investigaciones llevadas sobre derechos de autor y conexos por las Fiscalías Provinciales Penales Especializadas en Propiedad Intelectual de Lima.

## **6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS**

### **6.1. Registro documental:**

- **Fotocopiado de muestras:** Ubicadas las muestras tanto en los Despachos Fiscales o en Archivo Central, se procederá a su fotocopiado.

- **Reportes del Sistema Integrado de Apoyo al Trabajo Fiscal – SIATF:** dicha información será relevante para conocer la población y la muestra y para realizar el análisis de datos y análisis estadísticos.
- **Lectura de resoluciones fiscales:** se realizará la lectura de las resoluciones fiscales que correspondan a la muestra, para conocer los criterios de los representantes del Ministerio Público para acoger las denuncias penales por derechos de autor y conexos.
- **Entrevista:** se entrevistará a los Fiscales Especializados en Delitos Aduaneros y Propiedad Intelectual de Lima.
- **Análisis documental y estadístico:** la experiencia del investigador en el objeto de estudio será relevante para el análisis documental. El análisis estadístico se realizará con el apoyo de personal especializado en estadística.
- **Observación de la realidad:** el investigador utiliza su capacidad de observación para acercarse al objeto de estudio.

## 7. ASPECTOS ÉTICOS

El investigador respetará escrupulosamente los derechos de autor en las citas y referencias bibliográficas.

## CAPÍTULO III: RESULTADOS

### 1. ENTREVISTAS

De las entrevistas realizadas a los fiscales provinciales y adjuntos de la Primera, Segunda y Tercera Fiscalía Provincial Penal especializada en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad intelectual de Lima, se tiene lo siguiente:

#### 1.1. **Sobre la delimitación del ámbito penal y administrativo para la protección de derechos de autor y conexos.**

Cuatro de los entrevistados señalan que los principales problemas que se encuentran en las normas penales contra los derechos de autor y conexos son:

Los entrevistados N° 1 y 3 coinciden en que, si bien el Código Penal ampara la protección del Derecho de Autor, así como el Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor, empero se advierte una yuxtaposición entre ambas normas, debido a que no existe una delimitación normativa que permita determinar, en base a la afectación al bien jurídico protegido, cuando reclama intervención el Derecho Penal y cuando se configura una infracción autoral atendible en el ámbito administrativo, lo que conlleva a la sobrecriminalización de los delitos contra los derechos de autor, es decir, la solución de las infracciones autorales a través de la intervención del derecho penal al margen de las consideraciones de entidad o gravedad de las conductas dañosas, por lo que ante dicha situación se ha considerado la necesidad de la aplicación del principio de mínima intervención del derecho penal. Asimismo, el entrevistado N° 2, señaló que uno de los problemas es la falta de coherencia entre el tipo penal base (Art. 217°) y el tipo penal agravado (Art. 218 ° inc. b), relacionado a la reproducción ilícita. El tipo penal base no hace alusión a la reproducción ilícita de copias, empero el tipo

agravado lo contempla como circunstancia agravante cuando dicha reproducción tiene fines comerciales u otro tipo de ventaja económica. Por lo que, para la calificación de una circunstancia agravante, previamente tiene que analizarse la conducta prevista en el tipo base y luego adicionar la circunstancia agravante. En el mismo sentido, el entrevistado N° 4, considera que los tipos penales vulneran de cierta manera el Principio de Legalidad (en su ámbito *Lex certa*) porque algunos tipos penales son leyes abiertas y cada operador jurídico complementa los tipos penales, generando posiciones diferentes al complementar o llenar de contenido algunos términos del tipo penal.

Por otro lado, el entrevistado N° 5, opina que dentro de la normativa relacionada a los derechos de autor no hay problema principal que dificulte la actuación del Estado en la aplicación de las normas.

## **1.2. Dificultades o problemas en la tipificación de las figuras agravadas de los delitos contra los derechos de autor y conexos**

Los entrevistados N° 1 y 2 coincidieron al precisar que, si bien el artículo 218 del Código Penal establece circunstancias agravantes de las infracciones autorales de reproducción y distribución; sin embargo, el artículo 217 del mismo texto legal, que aparece como tipo base de dichas modalidades de conducta, en su último párrafo establece también una circunstancia agravante que exige como requisito para su consumación que el sujeto activo reproduzca y distribuya el objeto material del delito que debe tener una valorización superior a dos unidades impositivas tributarias, sancionando dicha conducta con la misma pena que corresponde al artículo 218. No obstante, en el inciso c de éste último artículo del Código Penal también se establece como circunstancias agravantes

independientes la reproducción y distribución de las obras conociendo su origen ilícito.

Visto así, en la práctica la circunstancia agravante prevista en el último párrafo del artículo 217 de la norma penal sustantiva, pasa desapercibida y no tiene aplicación por su configuración copulativa de las conductas de reproducción y distribución y, además, porque se desconoce qué institución, autoridad o entidad sería la encargada de emitir el informe sobre el valorización de la mercancía, y si la misma debería realizarse tomando en cuenta el precio del producto original, el precio del producto pirata.

Del mismo modo, en la agravante prevista en el inciso b del artículo 218, cuando se establece que la distribución sea con fines de comercialización, no se desprende una diferencia clara respecto de la conducta prevista en el tipo base del inciso b del artículo 217 como distribución mediante venta.

Por otro lado, el entrevistado N° 4, indicó que hay verbos rectores no graves o equivalentes a modalidades previstas en el tipo base (artículo 217°), que son consideradas como agravantes, cuando deberían estar previstas con una pena menor. Otro problema que identifica el citado entrevistado es que, si bien la norma penal ha previsto la fabricación como conducta ilícita, sin embargo, solo se hace referencia respecto de algunos productos.

En tanto, los entrevistados N° 3 y 5, señalan que, conforme a los casos tramitados en sus despachos, no han encontrado dificultades al subsumir los hechos en las formas agravadas previstas en el Código Penal, debido a que los verbos rectores son precisos, concordándose con la ley especial de la materia.

### **1.3. Delitos contra los derechos de autor y conexos que tienen mayor gravedad o reproche penal.**

Los delitos contra Derechos de Autor y Conexos considerados por los fiscales entrevistados con mayor gravedad o reproche penal son:

**Tabla N° 01:**

N° orden	Delito
1	Reproducción de obras
2	Comunicación pública
3	Plagio

Fuente: Elaboración propia.

### **1.4. Criterios de agravación de las conductas en los delitos contra los derechos de autor y conexos**

El entrevistado N° 1 indicó que se deben considerar como agravantes las conductas que causen mayor reproche y generen mayores ganancias ilícitas como la reproducción de obras, que se realizan con el propósito de comercialización, así como la comunicación pública de obras en medios de comunicación masivos como internet y televisión.

El entrevistado N° 2, consideró que uno de los criterios para determinar las circunstancias agravantes es el concurso es el concurso de dos o más personas, como se presentan en los hechos de afectación de los derechos patrimoniales, que constituyen las conductas de mayor incidencia en el ámbito de los delitos contra los derechos de autor y conexos.

Añadió el referido entrevistado que en la práctica se puede advertir que los infractores se organizan de tal forma que, para algunas fases de elaboración del producto ilícito, solicitan servicios de terceros, esto es, tercerizan los servicios, pero todos de alguna forma conocen la actividad ilícita que realizan.

El entrevistado N° 3, señaló que, atendiendo a la política criminal que evoluciona paulatinamente, los criterios para determinar las agravantes deben considerar aquellas actuaciones de mayor connotación en la sociedad mercantil, y las actuaciones de funcionarios que coadyuven a dichas acciones.

Desde otra perspectiva, los entrevistados N° 4 y 5, indicaron que se debe analizar qué conductas generan un reproche mayor al bien jurídico protegido que son los derechos de autor sobre la protegida, tomando en cuenta las conductas de: importar, exportar, fabricar, reproducir, transportar, entre otros.

#### **1.5. Aplicación del derecho penal teniendo en cuenta el principio de mínima intervención.**

Los entrevistados N° 1, 2 y 3, coinciden en que: se debe tomar el criterio de significancia, considerando la característica del derecho penal como herramienta de control de *ultima ratio*, en consecuencia no puede intervenir en todos los casos en que se afectan los derechos autorales (comunicación pública, distribución mediante venta), si es que con dichas conductas no se afectan los derechos autorales de manera significativa; tanto más si se advierte que INDECOPI (Dirección de Derechos de autor) también se encuentra facultado para sancionar cuando se afectan los derechos autorales, por lo que existe doble protección, administrativa y penal, debiendo conocer el derecho penal solo los casos significativos y trasladarse los demás casos a la vía administrativa.

Asimismo, los entrevistados N° 4 y 5, acotan que se debería haber una diferencia cuantitativa con el derecho administrativo, es decir, tomar en cuenta la valorización de las mercancías infractoras de derechos autorales.

#### **1.6. Enfoques o criterios para la intervención de delitos contra los derechos de autor y conexos.**

El entrevistado N° 4, indicó que las intervenciones deben orientarse a los primeros eslabones de la cadena de transgresiones contra los derechos de autor, por ejemplo: la fabricación, reproducción, importación, exportación, hasta el transporte por su contribución significativa a la circulación de la mercancía objeto de delito. En el mismo sentido, el entrevistado N° 5, consideró que se debe intervenir a las grandes fábricas o almacenes que distribuyan o provean a los mercados o a los pequeños comerciantes.

El entrevistado N° 2, por otro lado, indicó que, teniendo en cuenta la naturaleza de los delitos contra los derechos de autor que generalmente son delitos continuados, y/o acciones repetitivas, se debería hacer una buena labor de inteligencia y seguimiento por parte de la autoridad policial y luego realizar la intervención. Se debe realizar actos previos a la intervención, sobre todo porque en dicho acto se tiene que adoptar medidas limitativas de derecho, como es, la incautación.

El entrevistado N° 3, desde otro punto de vista, señaló que el enfoque y/o criterio en la intervención de los delitos contra el derecho de autor y conexos, debe tomar en cuenta los derechos constitucionales, debido a que su vulneración perjudicaría el futuro de la investigación, afectando la acción penal.

### **1.7. Delitos con mayor incidencia en las fiscalías especializadas en propiedad intelectual**

Conforme a lo señalado por los fiscales entrevistados los delitos contra derechos de autor y conexos con mayor incidencia son los siguientes:

**Tabla N° 02:**

N° orden	Delito
1	Distribución mediante venta (Art. 217 b)
2	Reproducción, distribución, comunicación pública agravada (Art. 218 b)
3	Plagio (Art. 219)
4	Comunicación pública (Art. 217 c)

Fuente: Elaboración propia.

### **1.8. Tipos penales que no se aplican en las fiscalías especializadas en propiedad intelectual**

El entrevistado N° 2, señaló que si existen tipos penales que no tienen aplicación en las investigaciones realizadas en las fiscalías especializadas, como las conductas previstas en el artículo 216° del Código Penal, también los agravantes previstos en el artículo 220° del Código Penal.

Los entrevistados N° 4 y 5, también indicaron que si existen tipos penales que no tienen aplicación en las investigaciones realizadas en las fiscalías especializadas.

El entrevistado N° 3, desde otro enfoque, señala que conforme a la política criminal adoptada, cada tipo penal determinado en el derecho de autor y conexos tiene cabida al haber emergido la necesidad de regular dichas actuaciones, si bien lo concerniente al sistema informativo no es frecuente, ello no deriva en su

inexistencia, más aún, si se valora que tras dicho medio comienzan a desarrollarse prácticas que poco a poco van tomando importancia para ser reguladas en las actuaciones contra el derecho de autor.

### **1.9. Derivación de casos al ámbito administrativo**

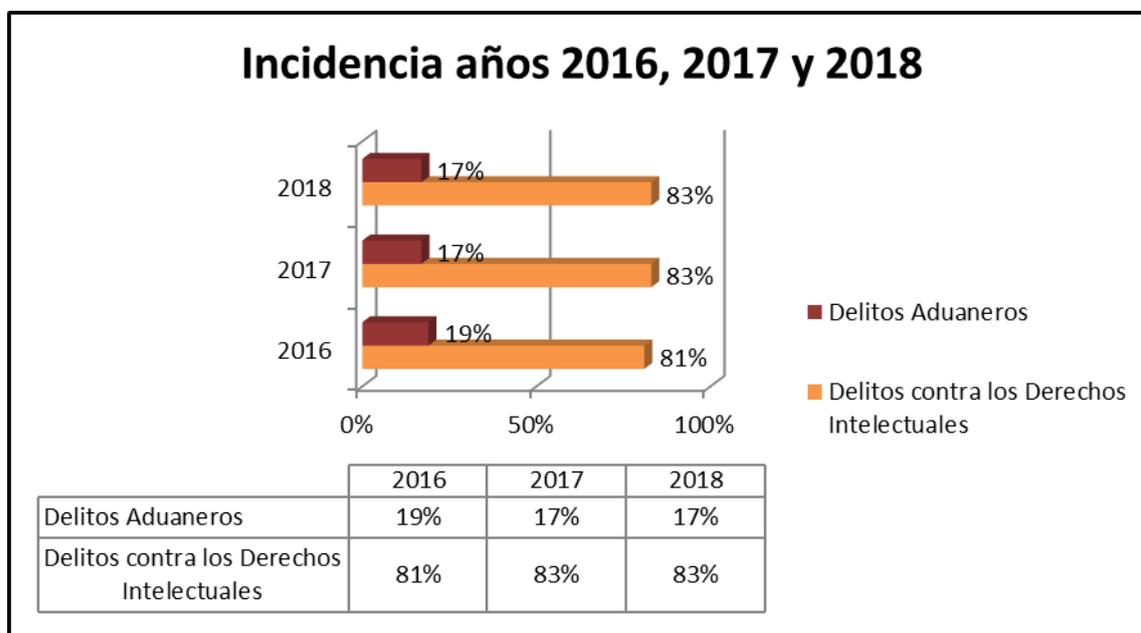
Los entrevistados N° 1 y 2, coincidieron en que: el criterio de derivación deber ser el principio de mínima intervención y la lesividad que resultan ser principios del derecho penal aplicables a los casos que a pesar que la conducta resulta típica, no resultan significativas para ser resueltas por el derecho penal. En los criterios de derivación no puede establecerse barreras, el criterio va a depender de la discrecionalidad ya sea del fiscal o juez, lo que no significa que la determinación sea arbitraria, sino que de acuerdo a la casuística se vayan estableciendo criterios de derivación como por ejemplo por la cantidad de obras productos ilícitos. Complementando lo señalado anteriormente, los entrevistados N° 4 y 5, consideraron que debe reformarse la ley a fin de que se encuentre expresamente delimitada la competencia administrativa y penal.

El entrevistado N° 3, desde otro punto de vista, señaló que un supuesto de los delitos contra el derecho de autor y conexos que debería derivarse al ámbito administrativo, correspondería al “plagio académico”, debido a que sobre el mismo se encuentra determinadas formas preventivas en el desarrollo de las actuaciones académicas, más aún, cuando el propio Estado se ha encargado de regular dichas actuaciones a través del ente estatal – Superintendencia de Educación Superior Universitaria (SUNEDU).

**2. REPORTES DEL SISTEMA INTEGRADO DE APOYO AL TRABAJO FISCAL – SIATF DE LAS FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN PROPIEDAD INTELECTUAL**

**2.1. Carga procesal de la 1°, 2° y 3° Fiscalías Provinciales Penales Especializadas en Propiedad Intelectual de Lima**

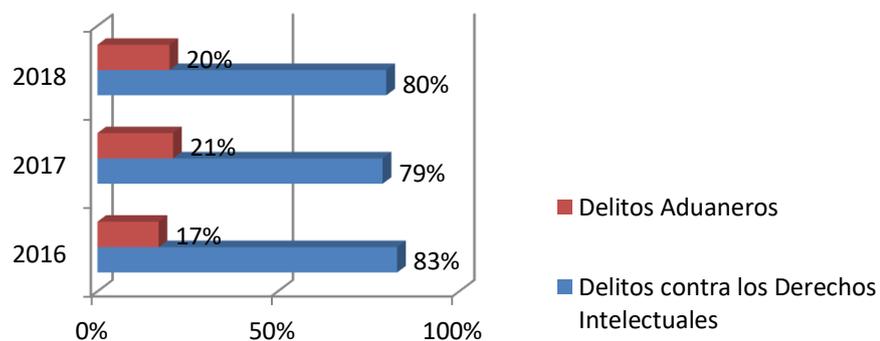
**Cuadro N° 01: Primera Fiscalía Provincial Especializada en Delitos Aduaneros y Propiedad Intelectual**



Fuente: Elaboración propia con información obtenida del SIATF de la Segunda fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual de Lima.

**Cuadro N° 02: Segunda Fiscalía Provincial Especializada en Delitos Aduaneros y Propiedad Intelectual**

### Incidencia del 2016 al 2018 de la 2°FPPEDACPI

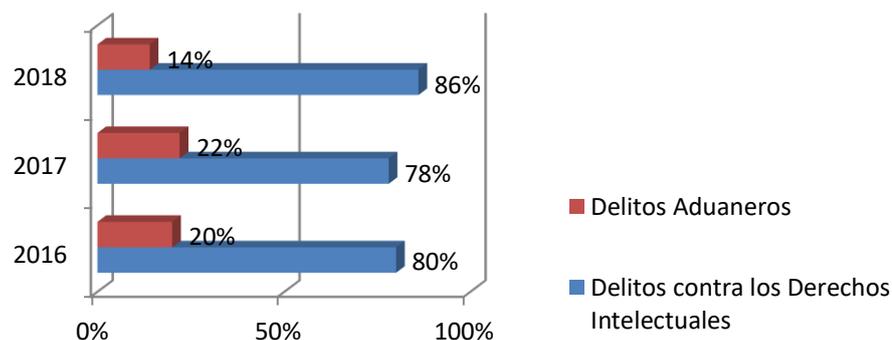


	2016	2017	2018
Delitos Aduaneros	17%	21%	20%
Delitos contra los Derechos Intelectuales	83%	79%	80%

Fuente: Elaboración propia con información obtenida del SIATF de la Segunda fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual de Lima.

### Cuadro N° 03: Tercera Fiscalía Provincial Especializada en Delitos Aduaneros y Propiedad Intelectual

### Incidencia del 2016 al 2018 3°FPPEDACPI

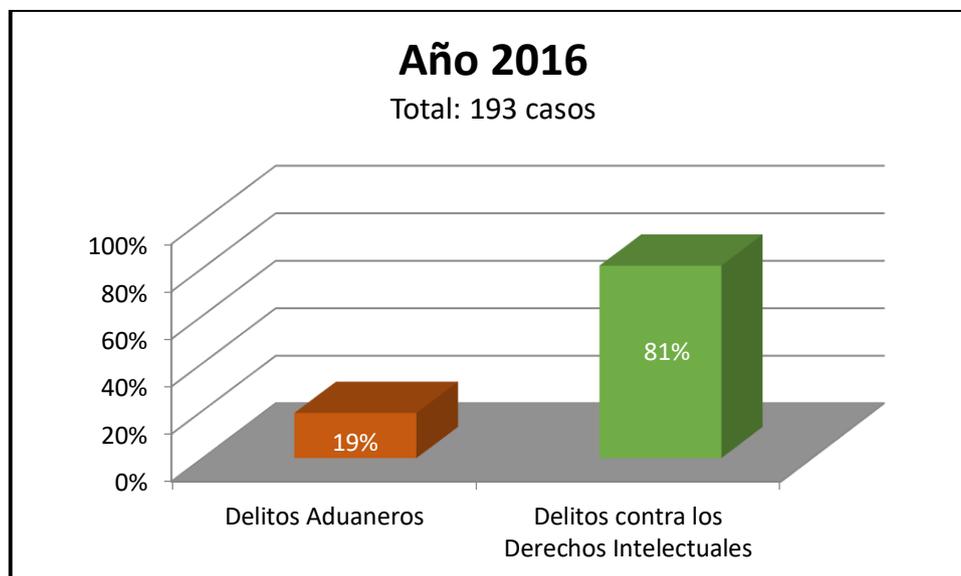


	2016	2017	2018
Delitos Aduaneros	20%	22%	14%
Delitos contra los Derechos Intelectuales	80%	78%	86%

Fuente: Elaboración propia con información obtenida del SIATF de la Tercera fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual de Lima.

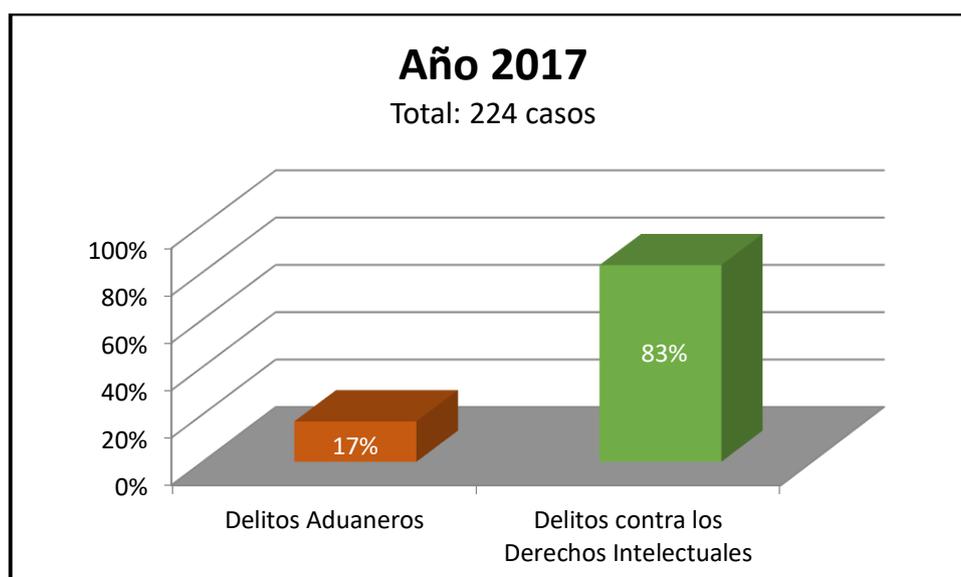
## 2.2. Carga procesal de la Primera Provincial Especializada en Delitos Aduaneros y Propiedad Intelectual

Cuadro N° 04: carga procesal año 2016



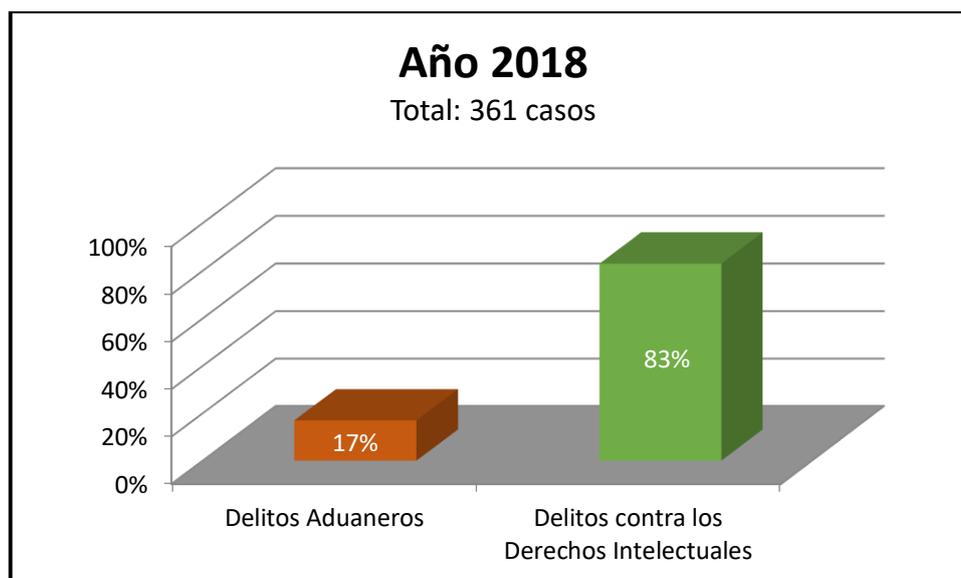
Fuente: Elaboración propia con información obtenida del SIATF, Manual de Ingresos Operativos y carpetas fiscales de la Primera fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual de Lima.

Cuadro N° 05: carga procesal año 2017



Fuente: Elaboración propia con información obtenida del SIATF, Manual de Ingresos Operativos y carpetas fiscales de la Primera fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual de Lima.

**Cuadro N° 06: carga procesal año 2018**

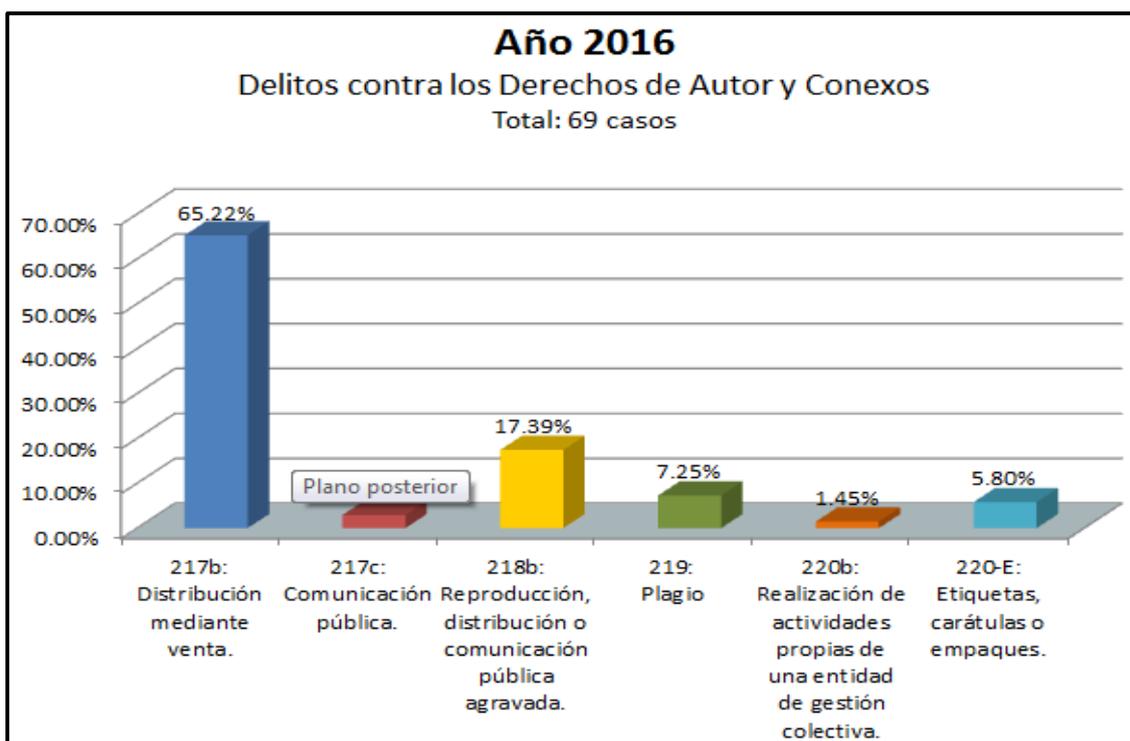


Fuente: Elaboración propia con información obtenida del SIATF, Manual de Ingresos Operativos y carpetas fiscales de la Primera fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual de Lima.

De los cuadros detallados precedentemente aparece que de los casos que ingresan a las Fiscalías Especializadas en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual de Lima, existe una incidencia mayoritaria de delitos contra la propiedad intelectual frente a delitos aduaneros, existiendo 17% de casos por delitos aduaneros frente a 83 % de casos por delitos contra la propiedad intelectual durante los años 2017 y 2018; en tanto, durante el año 2016 se aprecia incidencia mayor de delitos aduaneros solamente de dos puntos porcentuales, siendo 19 % de delitos aduaneros frente a 81% de delitos contra los derechos intelectuales.

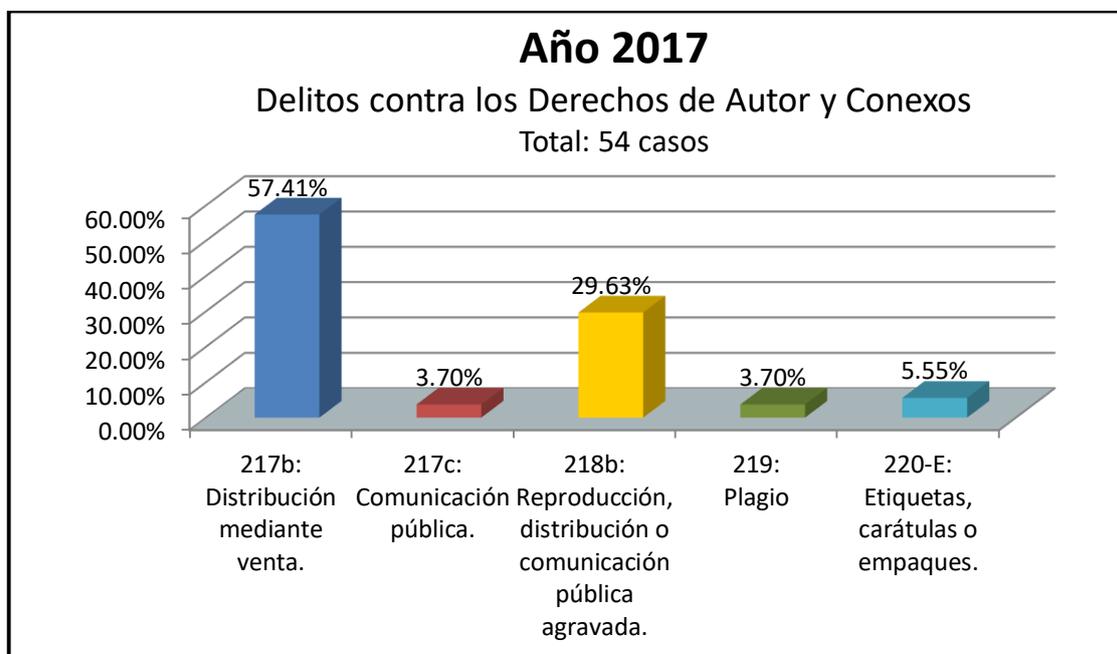
### **2.3. Registro de delitos contra los derechos de autor y conexos en la Primera Fiscalía Provincial Especializada en Propiedad Intelectual**

**Cuadro N° 07:**



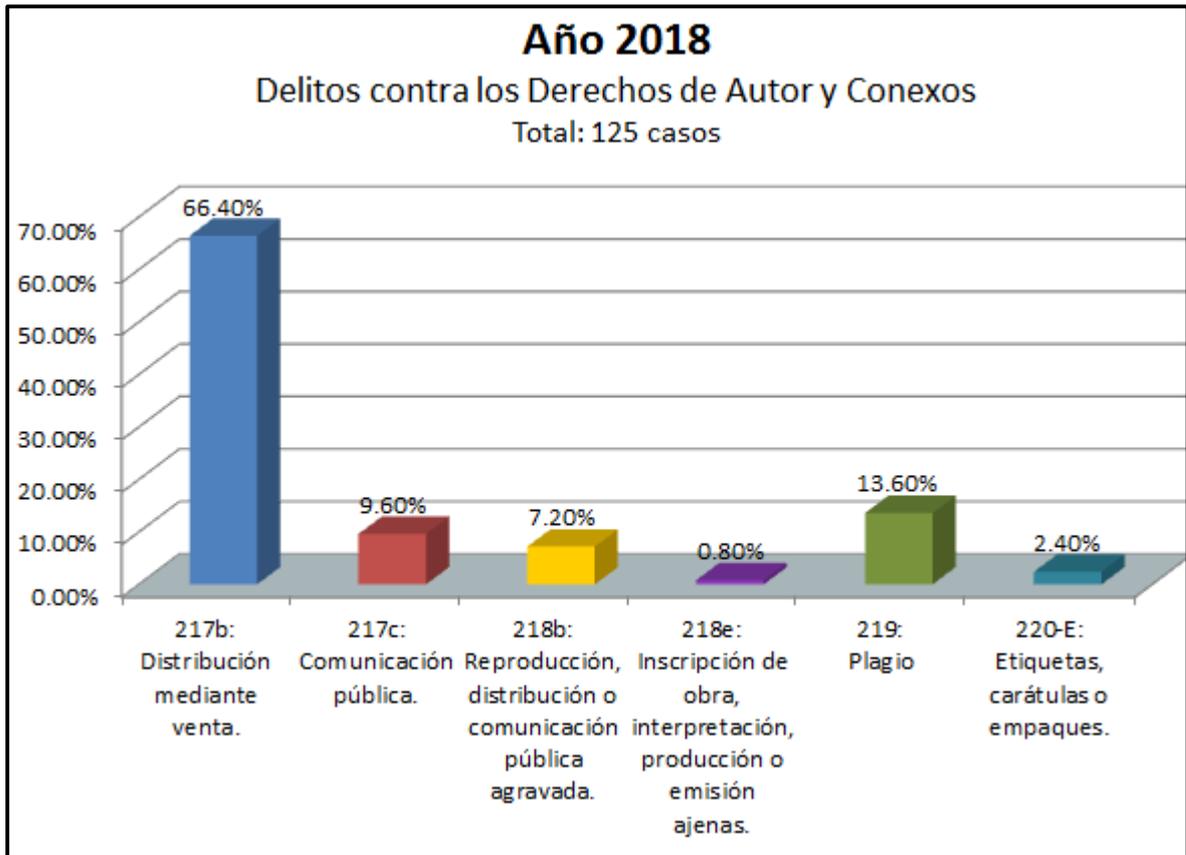
Fuente: Elaboración propia con información obtenida del SIATF, Manual de Ingresos Operativos y carpetas fiscales de la Primera fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual de Lima.

**Cuadro N° 08:**



Fuente: Elaboración propia con información obtenida del SIATF, Manual de Ingresos Operativos y carpetas fiscales de la Primera fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual de Lima.

**Cuadro N° 09:**



Fuente: Elaboración propia con información obtenida del SIATF, Manual de Ingresos Operativos y carpetas fiscales de la Primera fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual de Lima.

Estos últimos tres gráficos estadísticos muestran la incidencia de los delitos contra los derechos de autor y conexos y sus modalidades de comisión, al mismo tiempo que informan los delitos y modalidades de comisión respecto de los cuales no existen denuncias ni investigaciones, específicamente en la Primera Fiscalía Provincial Especializada en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual de Lima.

### 3. DELITOS QUE NO TIENEN APLICACIÓN EN LAS FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN PROPIEDAD INTELECTUAL. AÑOS 2016 AL 2018

Tabla N° 03:

<b>CÓDIGO PENAL DE 1991</b>
<p><b>Copia o reproducción no autorizada</b></p> <p><b>Artículo 216:</b></p> <p>a. Sin mencionar en los ejemplares el nombre del autor, traductor, adaptador, compilador o arreglador.</p> <p>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.</p> <p>c. Publique la obra con abreviaturas, adiciones, supresiones, o cualquier otra modificación, sin el consentimiento del titular del derecho.</p> <p>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.”</p> <p><b>Artículo 217.- Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor:</b></p> <p>a. La modifique total o parcialmente.</p> <p>d. La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito.</p> <p><b>Artículo 218.- Formas agravadas:</b></p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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</p>

un programa codificado, radiodifundido o comunicado en otra forma al público, por aquellos que no están autorizados para ello."

### **Formas agravadas**

#### **Artículo 220:**

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.

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 medida tecnológica efectiva**

#### **Artículo 220-B.- Productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas**

#### **Artículo 220-C.- Servicios destinados a la elusión de medidas tecnológicas**

#### **Artículo 220-D.- Delitos contra la información sobre gestión de derechos**

#### **Artículo 220-F.- Manuales, licencias u otra documentación, o empaques no auténticos relacionados a programas de ordenador**

Fuente: Elaboración propia. Reportes SIATF y Código Penal.

#### **4. TIPOS DE INFRACCIÓN CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS QUE INGRESAN A LAS FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN PROPIEDAD INTELECTUAL**

En esta parte se plasman los tipos o formas de comisión de delitos contra los derechos de autor y conexos como resultado de la observación directa realizada por el investigador en la Primera Fiscalía Provincial Especializada en Propiedad Intelectual de Lima.

**4.1. Piratería de composiciones musicales- piratería musical:** se manifiesta, esencialmente, a través de la comercialización de discos musicales reproducidos sin autorización de los titulares del derecho, en diversas tiendas, galerías comerciales o de venta ambulatoria o al paso.

**4.2. Piratería de obras audiovisuales:** tiene similares características de la piratería de composiciones musicales o de piratería musical. Esta actividad ilícita suele tener como punto de inicio las grabaciones furtivas realizadas en las salas de cine para su transmisión a otros mercados donde las películas aún no han sido estrenadas, a través del uso de tecnología como el camcording. Los contenidos audiovisuales obtenidos de dicha forma o través de discos originales o copias se reproducen de manera ilimitada para abastecer a los mercados locales y a nivel internacional.

**4.3. Piratería de obras literarias –plagio y reproducción:** además del plagio que significa la atribución de la titularidad de obras ajenas, la piratería de libros se plasma en la reproducción de los textos, obtenidos en forma física o virtual, en los talleres de imprenta, para su distribución en diversas tiendas y galerías comerciales.

Asimismo, con relación a la piratería de libros, actualmente todavía se recurre al fotocopiado de libros para su distribución mediante venta. Esta actividad se realiza en los centros de fotocopia de las universidades o en fotocopiadoras aledañas, así como en diversos talleres de fotocopia y empastado de textos.

**4.4. Piratería de programas de ordenador – software:** esencialmente consiste en la copia no autorizada de licencias de software como procesadores de texto, de cálculo, de presentaciones multimedia, antivirus, etc.

**4.5. Piratería de obras de artes plásticas:** se refiere a la copia no autorizada de personajes protegidos utilizados en diversos productos o servicios como prendas de vestir, calzado, diseño de tiendas virtuales, etc.

## **5. FORMAS DE COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN AUTORAL**

**5.1. Piratería de fuentes:** comprende las actividades ilícitas que inician la cadena de infracciones contra los derechos de autor y conexos, expresada esencialmente en la reproducción de obras sin autorización de los titulares para su posterior distribución y comercialización en soportes físicos o generando plataformas electrónicas que alojan las obras para su posterior descarga o consumo.

De los casos de investigaciones de derechos autorales que se desarrollan en las Fiscalías Especializadas se tiene conocimiento que dentro de la piratería de fuentes, se encuentran las siguientes actividades ilícitas:

**a) Taller de imprenta:** se realiza la impresión de libros, revistas, etiquetas, láminas con personajes protegidos. El agente obtiene ejemplares originales

o copias de dichas obras y utilizando las máquinas de impresión, reproduce de manera ilimitada las obras, para su posterior distribución y comercialización.

- b) Talleres de confección de prendas de vestir:** se utilizan máquinas con tecnología digital que contiene los diseños de personajes protegidos para su aplicación en las prendas de vestir, o través de máquinas bordadoras que se utilizan para bordar los personajes protegidos en las prendas de vestir.
- c) Piratería de música y películas:** la piratería musical y videográfica se segmenta en la piratería física u “off line” y la piratería virtual u “on line”, en ambos casos a través del uso de la tecnología digital.

**c.1.) Piratería física u “off line”: talleres de reproducción:** en la casuística de las investigaciones de las Fiscalías Especializadas contra la Propiedad Intelectual, se ha verificado la existencia de talleres artesanales de reproducción de música y películas, donde se utilizan dispositivos de grabación de audio y sonido, denominados reproductores o quemadores, instalados en serie, generalmente en forma vertical, conocidos como “torres”, conectados a un dispositivo central que ordena la grabación.

En cada uno de los talleres artesanales de piratería existen una cantidad considerable de torres de quemadores que permiten la reproducción de una gran cantidad de discos de música y películas, que luego de se comercializan en los distintos centros comerciales, tiendas y puestos de venta ambulatoria, que constituye unas de las formas más recurrentes y visibles de piratería en Lima y en las diversas ciudades del país.

**c.2.) Piratería virtual “on line”:** en esta forma de piratería el agente utiliza las plataformas informáticas o redes o autopistas de información, donde coloca o aloja contenidos autorales para que los usuarios accedan a los mismos.

### **Caso pelis 24 (Segunda Fiscalía Especializada en Propiedad Intelectual)**

Se presenta denuncia por parte de diversas empresas titulares de derechos de autor y conexos contra los administradores de un sitio web dedicado al streaming, modalidad en la que se utilizan contenidos online que al ser transmitidos no quedan gravados en el dispositivo con el que se accede a esos contenidos, pero son ejecutados a la medida en que los paquetes de datos son recibidos por el dispositivo no autorizado de contenidos audiovisuales, siendo diversas las fuentes de los contenidos, resaltándose los obtenidos a través del camcording (filmación no autorizada de películas dentro de salas de cine y/o por medio de la reproducción de DVD's o de contenidos televisivos).

Los contenidos que ofrece este sitio web son de fácil acceso y utilización para los usuarios, quienes tienen a disposición un catálogo de películas y series televisivas, con audio en español o en inglés y subtítulos en español.

Si bien el uso de la página web denunciada es gratuito para todos los usuarios; sin embargo, su actividad genera ganancias económicas para sus operadores, a través de la inserción de anuncios publicitarios a los que accede forzosamente el usuario, los cuales son insertados

estáticamente en las páginas del sitio web denunciado, o son dinámicamente exhibidos al usuario de la página de acuerdo a sus rutas de navegación.

Los anuncios publicitarios no son contratados directamente con el sitio web, sino por compañías de intermediación de anuncios denominados “redes de anuncios”, quienes tienen contratos con anunciantes, donde se comprometen a entregar al anunciante una cantidad delimitada de visualizaciones de los anuncios, puesto que, por cada visualización de un anuncio publicitario, la red de anuncios paga al sitio web un determinado monto, que representa una parte del pago hecho a la red de anuncios por el anunciante para una campaña publicitaria específica.

Los administradores de los sitios web reproducen, difunden, distribuyen y comunican diversos contenidos autorales sin las autorizaciones de los titulares del derecho.

**d) Grabación de obras videográficas en salas de cine:** el agente realiza la grabación de películas en salas de cine, utilizando dispositivos electrónicos de fijación o grabación, para el posterior envío de contenidos a lugares donde todavía no se ha estrenado la película.

**5.2. Piratería de distribución y consumo:** Consiste en la puesta a disposición de las obras al público usuario que han sido previamente reproducidas o fijadas en plataformas informáticas sin autorización de los titulares del derecho.

- a) **Galerías:** consisten en conglomerados de tiendas donde se comercializan obras reproducidas sin autorización de los titulares del derecho como discos de música y películas, software, libros, prendas de vestir, etc.
- b) **Tiendas:** lugares de venta donde en forma individual se comercializan diversas obras como los que se describen precedentemente.
- c) **Plataformas informáticas:** consisten en sitios electrónicos o sitios web donde se alojan las obras para su descarga o consumo por los usuarios.

## **CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN**

### **1. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS TIPOS PENALES CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS**

Tomando en cuenta la tipificación penal de los delitos contra los derechos y autor y conexos y los resultados de la aplicación de los instrumentos de investigación como las entrevistas, los reportes del sistema integrado de apoyo al trabajo fiscal – SIATF de las tres Fiscalías Provinciales Especializadas y la propia observación del investigador; y por otro lado, tomando en cuenta la problemática general planteada sobre la incidencia de la norma penal, iniciamos la discusión de la investigación con el análisis crítico de los tipos penales contra los derechos de autor y conexos desde la perspectiva de su aplicación en las Fiscalías Especializadas en Propiedad Intelectual de Lima.

#### **1.1. Actos de divulgación o publicación de obra: artículo 216**

Estas modalidades de conducta aparecen comprendidas en el artículo 216 del Código Penal como formas de publicación de obras con omisión o modificación del nombre del autor, traductor, adaptador, compilador o arreglador de las obras. En tanto, el inciso a del artículo 218 comprende la divulgación de obra inédita.

Si bien aparecen como modalidades que afectan derechos morales de divulgación y modificación, sin embargo, no constituyen modalidades que lesionen severamente o con intensidad los referidos derechos morales de autor, lo que sin duda se refleja con la información estadística sobre la inexistencia de denuncias o investigaciones de estos delitos en las Fiscalías Especializadas en Propiedad Intelectual de Lima.

## **1.2. Actos de reproducción, distribución y comunicación pública: artículos 217 y 218**

Estas formas de afectación de derechos autorales aparecen tipificadas en su forma básica en el artículo 217 del Código Penal, en tanto, el artículo 218 tipifica las formas agravadas.

En el ámbito penal, en términos cuantitativos, estas formas comisivas de reproducción, distribución y comunicación pública, constituyen las modalidades de conducta que generan la mayor afectación de derechos de autor y conexos, conforme se desprende del volumen de casos de investigación sobre derechos de autor y conexos llevados a cabo por los operadores de justicia como la Policía Nacional y el Ministerio Público a través de las Fiscalías Especializadas en Delitos contra la Propiedad Intelectual; sin embargo, la regulación penal presenta problemas en su aplicación conforme pasamos a exponer.

### **1.2.1. Relación parcial de obras y derechos conexos en el tipo base del artículo 217 del Código Penal**

El artículo 217 del Código Penal aparece configurado como el tipo penal base sobre el que se construyen las formas agravadas previstas en el artículo 218, que detalla las obras y derechos conexos que constituyen el objeto de vulneración de las modalidades de conducta que se tipifican en dicha norma penal.

Con relación a las obras, de manera genérica se consigna el término de “obra”, sin embargo, también se hace alusión específica a algunas obras como son las grabaciones audiovisuales (obras audiovisuales) y las imágenes fotográficas (obras fotográficas), además de consignarse las fijaciones sonoras denominadas

como fonogramas. En tanto, con relación a derechos conexos, en la norma se menciona la interpretación, la ejecución artística y la emisión o transmisión de radiodifusión.

Como se ha precisado en la presente investigación, el Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor, establece el catálogo de obras, originarias y derivadas, así como derechos conexos. Siendo así, el artículo 5 de la referida norma establece la relación de obras originarias, en tanto el artículo 6 establece la relación de obras derivadas. A su vez, en el artículo 136 y siguientes se regulan los derechos conexos como los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión.

Aparece entonces que, en el primer párrafo del artículo 217 del Código Penal, solamente se realiza un listado parcial de las obras y derechos conexos protegidos reguladas en la norma extrapenal, lo cual resulta innecesaria y afecta la taxatividad de la norma penal, pudiendo haberse consignado solamente las obras y derechos conexos, respecto de los cuales se realizan las conductas ilícitas que se describen en el tipo penal, tanto más si para su adecuada interpretación y aplicación, la norma penal necesariamente recurre a la norma extrapenal, donde encuentra los alcances y contenido de protección de los derechos de autor y conexos protegidos.

**Tabla N° 04: Descripción parcial de obras protegidas en el artículo 217 del Código Penal**

Artículo 217: Código Penal
Contenido autoral protegido: <ul style="list-style-type: none"><li>• Obra</li><li>• Interpretación o ejecución artística</li><li>• Fonograma</li><li>• Emisión o transmisión de radiodifusión</li><li>• Grabación audiovisual</li><li>• Imagen fotográfica</li></ul>

Fuente: elaboración propia. Código Penal

**1.2.2. El tipo base no contiene la modalidad de reproducción como forma autónoma de infracción de derechos de autor**

El tipo base del artículo 217 no tipifica la reproducción como modalidad independiente de infracción de derechos autorales.

Siendo así, esta modalidad aparece prevista en el literal d del artículo 217 de la referida norma sustantiva, sin embargo, esta última norma solamente tipifica la reproducción realizada con exceso de autorización del autor o titular de la obra, describiéndose como “d. La reproduzca, (...) en mayor número que el autorizado por escrito”. Por lo tanto, solamente se puede calificar la conducta conforme a esta norma sustantiva si previamente existe una “autorización escrita”, y el agente excede dicha autorización.

Por otro lado, si bien es cierto que el último párrafo del artículo 217 del Código Penal reprime la conducta del agente que reproduce total o parcialmente la obra y si la distribución se realiza mediante venta, alquiler, préstamo público u otra forma de transferencia de la posesión del soporte que contiene la obra o

producción que supere las dos Unidades Impositivas Tributarias. Sin embargo, no obstante que en la doctrina nacional existe controversia sobre la configuración individual o conjunta de ambas conductas de reproducción y distribución, tomando en cuenta la perspectiva interna de la sistemática de la redacción de los tipos penales contra los derechos de autor, aparece como una conducta penal que exige la realización conjunta de ambas modalidades, es decir reproducción y distribución de la obra, precisamente por estar vinculadas por una conjunción copulativa.

Por otro lado, la configuración típica de esta modalidad aparece supeditada a que la valoración de las obras incautadas sea superior a dos unidades impositivas tributarias, no habiéndose dispuesto normativamente la entidad que se encargaría de dicha valoración, lo que lo en la práctica ha contribuido a la inviabilidad de la inaplicación de esta norma penal.

Adicionalmente, si bien este último párrafo forma parte del artículo 217 del Código Penal que regula las formas básicas de infracciones autorales en el ámbito penal, sin embargo, la pena que establece es de cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad, que es el mismo marco penal de las formas agravadas tipificadas en el artículo 218. Esta imprecisión normativa incrementa la inviabilidad de la aplicación de la referida norma penal prevista en el último párrafo del artículo 217 del Código Penal. De ello se desprende entonces que la norma penal no regula un tipo penal independiente o autónomo de la modalidad de reproducción de obra sin autorización de los titulares del derecho como forma básica

como forma básica, por cuanto la reproducción que aparece regulado en el inciso b del artículo 218 contiene como elemento de tendencia interna trascendente los fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica.

Esta situación genera dificultades para la calificación típica de conductas de reproducción de obras en las que no se adviertan de manera clara circunstancias que permitan establecer los fines de comercialización del agente que realiza la conducta, precisamente porque no se ha tipificado una forma básica de reproducción sin sujeción al referido elemento de tendencia interna trascendente.

### **1.2.3. El “tipo agravado” del artículo 218 describe modalidades independientes**

Para el desarrollo de este análisis es necesario precisar las modalidades de conducta lesiva de derechos autorales previstas en el artículo 217 del Código Penal como son:

- a. Modificación total o parcial de la obra.
- b. Distribución mediante venta, alquiler o préstamo público.
- c. Comunicación o difusión pública, transmisión o retransmisión por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular derecho.
- d. Reproducción, distribución o comunicación en mayor número que el autorizado por escrito.

A su vez, el último párrafo del mismo artículo regula una forma agravada de *reproducción y distribución*, sancionando con cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad, cuando la obra o producción supere las dos (02) unidades impositivas tributarias.

En tanto, el artículo 218, regula formas agravadas con sanción de cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad, estableciendo lo siguiente:

- 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 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, 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.

**Tabla N° 05: Cuadro comparativo del artículo 217 y 218 del Código Penal**

Artículo 217	Artículo 218
<p>Pena: no menor de dos ni mayor de seis años de pena privativa de libertad y treinta a noventa días multa.</p> <p>a. La modifique total o parcialmente.</p> <p>b. La distribuya mediante venta, alquiler o préstamo público.</p> <p>c. La comunique o difunda públicamente, transmita o retransmita por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho.</p> <p>d. La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito.</p> <p>Reproducción y distribución de obras que supere las dos unidades impositivas tributarias: pena no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y sesenta a ciento veinte días multa.</p>	<p>Pena: no menor de cuatro ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad y noventa a ciento ochenta días multa.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>

Fuente: elaboración propia. Código Penal

Aparece entonces que, el artículo 218 del Código Penal no desarrolla supuestos de agravación respecto de las modalidades previstas en el artículo 217, sino que regula supuestos que se configuran como modalidades agravadas independientes, conforme precisamos a continuación:

**a) Difusión de obra inédita**

Es una modalidad agravada prevista en el literal “a” del artículo 218 del Código Penal, que no tiene relación con alguna de las modalidades de conducta previstas en el artículo 217, sino, constituye una modalidad independiente donde el factor de agravación es el carácter “inédito o no divulgado” de la obra.

Si bien esta modalidad afecta el derecho moral de difusión, por cuanto el autor tiene derecho a mantener inédita su obra, el referido factor de agravación no se configura como una circunstancia que intensifique el reproche penal al punto de establecer una pena de cuatro a ocho años de pena privativa de libertad. Más aún, cuando el artículo 216 desarrolla similares conductas de divulgación como la establecida en el literal “d” referida a la publicación de la obra en forma separada o conjunta, cuya sanción es de dos a cuatro años de pena privativa de la libertad.

**b) Distribución de obra con fines comerciales (forma agravada prevista en el artículo 218, inciso b) contiene el mismo supuesto de ánimo de lucro de distribución mediante venta (forma básica prevista en el artículo 217, inciso b)**

El concepto normativo de distribución aparece en el artículo 2, inciso 8 del Decreto Legislativo N° 822 como “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 la propiedad o posesión de dicho original o copia”.

El mismo concepto aparece también en el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor, como “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...”

El elemento nuclear de ambas figuras penales, básicas y agravadas, es la distribución de obras, existiendo diferencias a nivel literal o gramatical. Siendo así, en la forma básica se describe que la distribución se realice mediante venta; en tanto, en la forma agravada se describe que la distribución tenga fines comerciales u otro tipo de ventaja económica.

**Frente a ello cabe la siguiente pregunta: ¿Existe diferencias entre la distribución mediante venta y distribución con fines de comercialización?**

En principio, es necesario precisar que la distribución es una de las modalidades de mayor recurrencia en los ilícitos o infracciones contra los derechos de autor, junto a la reproducción que no aparece como modalidad autónoma o independiente en el tipo base. Por lo que resulta pertinente establecer la diferencia conceptual, normativa y ontológica de lo significa “distribución mediante venta”, que aparece en el tipo base, y la “distribución con fines de comercialización”, que aparece en el tipo agravado.

Esta tarea resulta necesaria si se toma en cuenta que la diferencia gramatical de realización de la conducta “mediante venta” respecto de la que se realiza con “fines de comercialización”, deviene relevante para una debida aplicación de la

norma penal conforme al principio de legalidad, es decir, determinar de manera explícita los factores que definen la calificación de la conducta en el tipo base y en el tipo agravado, además de la diferencia de penalidad y consecuencias procesales que genera la aplicación de una u otra norma penal sustantiva.

Siendo así, mientras el tipo base establece una pena de dos a seis años, el tipo agravado establece una pena de cuatro a ocho años. Además de esta significativa diferencia de carga punitiva, la aplicación de uno y otro supuesto penal determinará también la posibilidad de medidas cautelares como la prisión preventiva y, por otro lado, la aplicación de mecanismos de celeridad o simplificación procesal como el principio de oportunidad, que en el caso de la forma agravada no resulta procedente tomando en cuenta los requisitos previstos en la norma procesal para su aplicación.

Recurriendo al diccionario de la Real Academia Española (RAE) encontramos que venta significa acción y efecto de vender, y éste último término significa traspasar a alguien por el precio convenido la propiedad de lo que se posee. A su vez, el artículo 1529 del Código Civil establece que “por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero”.

Por otro lado, tomando en cuenta el mismo diccionario de la Real Academia Española (RAE), comercializar significa “poner a la venta un producto”, es decir, venta y comercialización tienen similares contenidos conceptuales y legales referidos a la transferencia de un bien a cambio de un precio, donde aparece claramente configurado el fin lucrativo del agente que realiza la venta o comercialización, por lo que no se aprecia una diferencia conceptual y ontológica

entre ambos términos que sirva para sustentar la agravación de los “fines de comercialización” respecto de la actividad realizada “mediante venta”

En el mismo sentido, Manual Abanto Vásquez (2000), “haciendo referencia al concepto normativo de distribución prevista en el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor, entendida como “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 comercialización”, precisa que la característica de la mayoría de éstas modalidades es que se tratan de conductas comerciales que incluyen siempre un ánimo de lucro” (p. 304).

Por su parte, Eduardo Oré Sosa señala que: “cuestiona la consideración de los fines comerciales u otro tipo de ventaja económica como factores agravantes, pues ellas constituyen elementos de tendencia interna trascendente generalmente presentes en los delitos contra el derecho de autor” (p. 16).

Sostenemos entonces que, la **distribución mediante venta** y la **distribución con fines de comercialización** engloban el mismo ánimo de lucro en la realización de la conducta ilícita contra los derechos de autor. En la fórmula legal no existe un fundamento de mayor reproche penal basado en la magnitud de las especies infractoras o daños causados a los autores o titulares, o la especial trascendencia de los medios utilizados como la plataforma informática o distribución online.

**c) Distribución de copias ilícitas:** El factor de agravación es el conocimiento del agente respecto de las copias ilícitas que distribuye. Sin

embargo, el contenido fáctico de dicha agravante ya está inserto en la distribución “mediante venta” o en la distribución con “fines de comercialización”, por cuanto en la legislación nacional, los tipos penales contra los derechos de autor estructuran modalidades cuyos objetos pueden ser copias “lícitas” o “ilícitas” de obras.

Por lo que ésta agravante no tiene ninguna significación como factor autónomo de agravación.

**d) Fabricación y comercialización de dispositivos destinados a alterar equipos de protección de derechos autorales:** En este supuesto concreto no se vislumbra la obra como bien jurídico protegido, sino que constituiría un adelantamiento de las barreras de protección penal de derechos autorales, al punto que se penaliza la fabricación y comercialización de equipos destinados a alterar o manipular equipos de protección de derechos autorales.

**e) Inscripción fraudulenta de derechos de autor:** constituye un supuesto de carácter documental y registral donde prevalece la distorsión sobre la titularidad del derecho de autor o del derecho conexo. Como señala Oré Sosa “dicha conducta bien podría subsumirse en un delito contra la fe pública (falsedad ideológica), aunque el legislador ha preferido incluirla –con un marco penal más grave – como una forma agravada de los delitos contra los derechos de autor” (pág. 17).

### **1.3. Plagio**

Constituye una de las modalidades más reprochables en el ámbito autoral que vulnera el derecho moral de paternidad, además del derecho patrimonial de distribución cuando la obra plagiada se difunde o se pone a conocimiento del

público. El plagio resiente de manera especialmente sensible el núcleo esencial de protección de los derechos autorales que es la titularidad de la creación autoral. El agente vulnera el derecho de paternidad del creador de la obra atribuyéndose la titularidad sobre la misma. Por ello la pena establecida en el Código Penal es una de las más altas dentro del catálogo de delitos contra los derechos de autor, por lo que es necesario deslindar con prolijidad las meras irregularidades u omisiones de la citación autoral frente a la atribución de la autoría ajena que sanciona el plagio.

#### **1.4. Formas agravadas del artículo 220**

Tomando en cuenta la sistemática penal de la formulación de agravantes, aparece que solamente las circunstancias previstas en el inciso “d” (integración de organización delictiva) y “e” (calidad de funcionario o servidor público), constituyen circunstancias agravantes que intensificarán el reproche penal generando un nuevo marco penal cuando se aplican sobre las formas básicas.

Sin embargo, las circunstancias en el inciso “a” (atribución falsa de autoría para suspender reproducción, distribución o comunicación pública de obras), inciso “b” (realizar actos de sociedad de gestión colectiva sin autorización administrativa), y “c” (presentación de declaraciones falsas sobre ingresos, asistencia de público, identificación de autores), no se configuran como auténticas circunstancias agravantes, sino como presupuestos fácticos que podrían configurarse como tipos penales autónomos pero no contra los derechos de autor y conexos, sino esencialmente contra la fe pública, por cuanto no se parte de un hecho típico de vulneración de derechos autorales que incremente su punición con las referidas circunstancias agravantes, sino que son hechos

independientes que significan la distorsión de la realidad de los hechos que se presentan, que constituyen presupuestos fácticos de los delitos contra la fe pública.

### **1.5. Elusión de medidas tecnológicas de protección de derechos de autorales**

Mediante el artículo 2 de la Ley N° 29263, publicada el 2 octubre 2008, se incorporan en el Código Penal los tipos penales de elusión de medidas tecnológicas (artículo 220-A), fabricar o comercializar productos destinados a la elusión (artículo 220-B) y los servicios destinados a la elusión de medidas tecnológicas (220-C).

En estos supuestos típicos, si bien no aparece claramente configurado la obra como bien jurídico protegido, sin embargo, constituyen formas de adelantamiento de las barreras de punibilidad a estadios previos a la efectiva vulneración de derechos de autor para los que sirven la realización de los actos que se detallan.

### **1.6. Alteración de información sobre gestión de derechos**

Esta norma penal aparece prevista en el artículo 220-D del Código Penal que sanciona esencialmente la alteración de información sobre gestión de derechos que realizan las sociedades de gestión colectiva que tienen una función relevante en el ámbito de protección de derechos de autor.

Sin embargo, tomando como punto de referencia el bien jurídico protegido que es la obra o derecho conexo, las conductas detalladas en el artículo 220-D tampoco constituyen propiamente la afectación de un derecho autoral o derecho conexo para su protección como delito contra los derechos de autor y conexos,

sino, nuevamente, aparecen como hechos que distorsionan la realidad de los hechos que conciernen al funcionamiento de las sociedad de gestión colectiva que correspondería a la protección como tipos penales contra la fe pública.

### **1.7. Fabricación y comercialización de etiquetas, carátulas, empaques, manuales y licencias de programas de ordenador**

Constituyen tipos penales previstos en los artículos 220-E y 220-F, cuyas formas comisivas pueden calificarse como reproducción o distribución de obras, que corresponden a la tipificación prevista en el artículo 217 y 218.

Sin embargo, revelando un afán casuístico de protección penal, el artículo 220-E sanciona la fabricación, comercialización, distribución, almacenamiento, transporte, transferencia o cualquier otra manera de disposición de etiquetas o carátulas de obras, o documentación de programas de ordenador.

Más aún, no obstante que el artículo 220-E del Código Penal ya sanciona la fabricación y comercialización de documentación de programas de ordenador sin autorización de los titulares del derecho; sin embargo, el artículo 220-F reitera la sanción de dicho contenido autoral, desarrollando una relación extensa de modalidades comisivas como la elaboración comercialización, distribución, almacenamiento, transporte o transferencia de manuales, licencias documentación o empaques no auténticos de programas de ordenador.

## **2. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS QUE NO SE APLICAN EN LAS INVESTIGACIONES DE LAS FISCALIAS ESPECIALIZADAS EN PROPIEDAD INTELECTUAL**

La información contenida en la tabla N° 3 demuestra que en el catálogo de delitos contra los derechos de autor y conexos, existen tipos penales que durante el periodo de estudio que comprende los años 2016 al 2018, no tienen ninguna aplicación práctica en las Fiscalías Provinciales Especializadas en Propiedad Intelectual.

En el caso del artículo 216 resulta ilustrativa la información sobre la inexistencia de denuncias penales por cuanto, si bien es cierto, dicho tipo penal concierne a la vulneración de contenidos morales de autor, sin embargo, plasma conductas de omisión o modificación del nombre del autor o de otros intervinientes en la publicación de las obras, lo que no resiente de manera significativa el contenido moral del derecho de autor como para merecer reproche penal.

Sobre este punto, Abanto Morales (2000) señala que “se nota una clara tendencia en el C.P. peruano a la sobrerrepresión, manifestada principalmente en los supuestos del art. 216. La doctrina pone en tela de juicio que los actos de extralimitación de una autorización sobre derechos de autor, en los que están en juego fundamentalmente derechos morales (número de ejemplares, suprimir o adicionar algo, abreviar, etc.), merezca sanción penal” (p. 351).

En el mismo sentido, las modalidades que aparecen en el artículo 218, si bien en el tipo penal aparecen como formas agravadas del artículo 217, sin embargo, como se ha desarrollado anteriormente, constituyen modalidades típicas autónomas. En el caso de la modalidad prevista en el inciso “d” sobre fabricación

y comercialización de dispositivos destinados a alterar equipos de protección de derechos autorales, aparece como un tipo penal que adelanta la barrera de protección autoral a la fabricación y comercialización de equipos destinados a la protección de derechos autorales, que no aparece con ninguna aplicación práctica en el ámbito penal. En igual sentido, el supuesto típico previsto en el inciso “e” del artículo 218 sobre inscripción fraudulenta de derechos de autor, que se asoma más a la vulneración de la fe pública como bien jurídico protegido que a la vulneración de derechos autorales.

En el mismo sentido, los supuestos del artículo 220, si bien en el Código Penal, aparecen como circunstancias agravantes, sin embargo, los incisos “a” (atribución falsa de autoría para suspender reproducción, distribución o comunicación pública de obras) e inciso “c” (presentación de declaraciones falsas de ingresos, asistencia de público, identificación de autores), no se configuran como circunstancias agravantes, sino como tipos penales autónomos que no se construyen sobre la base de la obra como bien jurídico protegido, sino que constituyen supuestos que distorsionan la realidad de los hechos que indican, que los asoma a supuestos típicos contra la fe pública y que no registran ninguna aplicación práctica en las Fiscalías Especializadas dentro del periodo de extracción de muestras.

En el caso del inciso “b” (realizar actos de sociedad de gestión colectiva sin autorización administrativa), si bien tampoco constituye circunstancia agravante sino modalidad típica autónoma, aparece solo una denuncia en el año 2016 ante la Primera Fiscalía Especializada en Delitos Aduaneros y Propiedad Intelectual de Lima.

Igualmente, en el caso de los artículos 220-A (elusión de medida tecnológica efectiva), 220-B (productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas), 220-C (servicios destinados a la elusión de medidas tecnológicas), 220-D (delitos contra la información de gestión de derechos), y 220-F (manuales, licencias u otra documentación no auténtica de programas de ordenador), no se presenta ninguna denuncia o investigación ante las Fiscalías Especializadas.

Por otro lado, es necesario precisar que en el caso de los delitos 220-A, 220-B y 220-C, constituyen supuestos de adelantamiento de las barreras de punibilidad a estadios previos o anteriores a la vulneración de derechos autorales, sancionándose la comercialización de productos o prestación de servicios destinados a la vulneración de medidas tecnológicas de protección de derechos autorales.

A su vez, el delito previsto en el artículo 220-D no constituye un supuesto específico de vulneración de derechos autorales, sino un atentado contra la buena fe en la información que concierne a la sociedad de gestión colectiva, que en su caso resultaría más adecuada su ubicación como una circunstancia agravante de la reproducción o distribución de obras.

En tanto, llama la atención que en el artículo 220-F se sancione la fabricación, distribución, comercialización de documentación no auténtica de programas de ordenador, cuando la documentación técnica constituye un elemento de los programas de ordenador, junto con el código fuente y el código objeto, conforme aparece de los manuales sobre protección de programas de ordenador del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI. Entonces, dicha documentación técnica

aparece incluida en la protección de los programas de ordenador como obra protegida, salvo se haya previsto la circunstancia casuística de encontrarse solamente dicha documentación técnica sin ninguna vinculación con los otros elementos del programa de ordenador.

Sin embargo, en todos estos supuestos, conforme aparece de la información estadística, no presentan utilidad práctica o de aplicación, por cuanto no existen denuncias ni investigaciones en las Fiscalías Especializadas.

### **3. INCIDENCIA Y JERARQUIZACIÓN DE DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS QUE SE INVESTIGAN EN LAS FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL PERIODO 2016 AL 2018**

#### **3.1. Análisis de incidencia**

Para realizar el análisis de incidencia de los delitos que se investigan en las Fiscalías Especializadas en Propiedad Intelectual de Lima, se toman en cuenta los resultados específicos de casos contra los derechos de autor y conexos ingresados a la Primera Fiscalía en Propiedad Intelectual durante el periodo 2016 al 2018, los reportes del sistema integrado de apoyo al trabajo fiscal -SIATF de las tres Fiscalías Provinciales de Propiedad Intelectual, los resultados de las entrevistas y la propia observación del investigador, lo que se plasma en la siguiente tabla:

**Tabla N° 06:**

<b>N° de orden</b>	<b>Porcentaje</b>	<b>Delito</b>
1	63.01%	Distribución mediante venta. Art. 217 b
2	18.07%	Reproducción, distribución, comunicación pública agravada. Art. 218 b
3	8.18%	Plagio. Art. 219

4	5.40%	Comunicación pública. Art. 217 c
5	4.58%	Fabricación de etiquetas, carátulas, empaques. Art- 220-E
6	1.45%	Realización de actividades propias de entidad de gestión colectiva. Art. 220 b
7	0.80%	Inscripción de obra ajena, interpretación, producción o emisión ajena. Art. 218 e

Fuente: Elaboración propia.

**a) Primer grupo:** el delito con mayor incidencia de casos de investigación es el delito de distribución mediante venta previsto en el artículo 217, inciso b del Código Penal que alcanza a un 63.01% de la carga total, seguido del delito de reproducción agravada (la modalidad independiente de reproducción solo está tipificada como modalidad agravada en el Código Penal en el artículo 218, inciso b; es decir, no aparece como modalidad básica independiente en el artículo 217 de la norma penal sustantiva) que alcanza el 18.07% de la carga total de investigación de las Fiscalías Especializadas.

La suma de ambos delitos alcanza el 81.08% de la carga total; en tanto, la suma de los demás seis delitos alcanzan solamente el 18.92%. Es decir, en el ámbito de derechos de autor y conexos, la carga fiscal de investigación de las Fiscalías Especializadas en Propiedad Intelectual se concentra en estas dos modalidades de conducta.

**b) Segundo grupo:** en este grupo de delitos aparece el plagio con una incidencia del 8.18% de casos, el delito de comunicación pública no autorizada con 5.4% y la fabricación de etiquetas, carátulas o empaques no autorizados con 4.58%, que corresponden a tipos penales contra los

derechos de autor que vulneran los contenidos morales y patrimoniales del derecho de autor.

**c) Tercer grupo:** encontramos los delitos de realización no autorizada de actividades propias de entidades de gestión colectiva que representa el 1.45% y el delito de inscripción de obra, interpretación, producción o emisión ajena, que representa el 0.80% de la carga. Con relación a este último grupo, como se ha referido en el análisis crítico de los tipos penales contra los derechos de autor y conexos, constituyen tipos penales en los que no resulta clara la vulneración de la obra como bien jurídico protegido de los delitos contra los derechos de autor y conexos, sino que aparecen como tipos penales que describen conductas que vulneran otros bienes jurídicos como la fe pública.

### **3.2. Análisis de jerarquización**

Teniendo como sustrato el resultado de la información estadística de la carga procesal de las tres Fiscalías Provinciales Especializadas en Propiedad Intelectual de Lima durante los años 2016, 2017 y 2018, que se grafica en la tabla N° 06, desarrollamos una jerarquización de las conductas infractoras de derechos de autor, teniendo en cuenta la recurrencia de las infracciones autorales y la intensidad del ataque al bien jurídico protegido.

#### **3.2.1. Primer nivel o jerarquía**

##### **a) Reproducción y distribución de obras**

Estas modalidades constituyen las conductas más recurrentes en la vulneración de los derechos de autor y conexos que se tramitan en las tres Fiscalías

Provinciales Especializadas en Propiedad Intelectual durante los años 2016, 2017 y 2018.

Por otro lado, en el ámbito patrimonial, conforme a la incidencia de delitos que se registra en las tres fiscalías especializadas, constituyen las modalidades que generan mayor afectación o lesividad del bien jurídico protegido.

**a.1) Reproducción**, entendida como “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” (artículo 2.37 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor), constituye la modalidad que inicia la cadena de actos que vulneran los derechos de autor, por lo que encierra mayor gravedad o reproche penal, tanto más si el agente realiza dicha conducta sin contar con la autorización previa y escrita de los titulares de los derechos protegidos, configurándose como una modalidad de infracción autoral de fuentes. Además, en este punto es necesario tener en cuenta que si el agente realiza la reproducción de obras contando con la autorización previa y escrita, los siguientes actos de comercialización o distribución que se realicen en el territorio nacional, resultarían lícitos tomando en cuenta en artículo 34 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor que establece “cuando la comercialización autorizada de los ejemplares se realice mediante venta u otra forma de transmisión de la propiedad, el titular de los derechos patrimoniales no podrá oponerse a la reventa de los mismos en el país para el cual han sido autorizadas, pero conserva los derechos de traducción, adaptación, arreglo u otra transformación, comunicación pública y reproducción de la obra, así como el de autorizar o

no el arrendamiento o el préstamo público de los ejemplares". De lo que se desprende el mayor reproche penal de esta conducta.

**a.2) Distribución de obras:** aparece como una de las conductas que permite poner las obras reproducidas a disposición del público, configurándose como actos que se realizan en mayor número que los actos de reproducción, precisamente porque se trata de una actividad que sucede a la reproducción con el propósito de colocar las obras a disposición del público.

La característica de la distribución es su masividad, que se realiza en tiendas, galerías y grandes centros comerciales dedicados a la venta de productos que contienen derechos autorales.

**a.3) Plagio:** En el ámbito moral, la vulneración del derecho de paternidad constituye el ataque más severo al derecho de autor por cuanto a través de dicha conducta el agente desconoce y se apropia en forma total o parcial de la autoría o titularidad de una obra ajena. El agente aparece como autor de una obra que no ha realizado y lo difunde.

En el caso del plagio parcial, tomando en cuenta el principio de mínima intervención del derecho penal, es necesario establecer el carácter sustancial de la copia o reproducción, para determinar la necesidad de la intervención del ámbito penal, por cuanto en esta materia, existe un ámbito administrativo como es INDECOPI que también tiene competencia para investigar y sancionar el plagio.

### **3.2.2. Segundo nivel o jerarquía**

#### **a) comunicación pública**

Esta conducta sanciona el acceso público a las obras sin que exista reproducción o distribución de ejemplares, en forma física o digital. La calificación típica de esta conducta debe tomar en cuenta que el uso de las obras constituya insumo principal en la actividad desarrollada por el agente sin contar con la autorización previa y escrita de los titulares de los derechos.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la comunicación pública de obras está vinculada al derecho remuneratorio de autores o titulares del derecho, es necesario precisar que cuando la remuneración aparezca como el interés principal de la reclamación, se legitima la utilización del ámbito administrativo o civil para cautelar dicho interés.

#### **b) Fabricación de etiquetas, carátulas o empaques**

Si bien aparecen como conductas accesorias de la protección de la obra a la cual sirven para su presentación, difusión o comercialización, también contienen elementos autorales que en sí mismos reclaman protección. Sin embargo, aparecen con mayor nitidez la necesidad de valorar en cada caso concreto la gravedad de las conductas para radicar la investigación en sede penal o administrativa.

### **3.2.3. Tercer nivel o jerarquía**

**a)** Realización de actividades propias de las entidades de gestión colectiva

**b)** Inscripción de obra ajena

Si bien aparecen tipificados en la norma penal como infracciones autorales, sin embargo, tomando en cuenta el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, en los casos concretos será necesario establecer la necesidad de la intervención penal o su derivación al ámbito administrativo.

#### **4. CONCENTRACION DE LA INTERVENCION PENAL EN LOS ACTOS DE DISTRIBUCION DE OBRAS**

Las entrevistas y los reportes estadísticos de la carga procesal de denuncias de las Fiscalías Provinciales Especializadas en Propiedad Intelectual demuestran que la actividad de los operadores de justicia encargados de la represión de delitos contra los derechos de autor y conexos como la Policía Nacional y las Fiscalías Especializadas, se concentran en los actos de distribución de obras, que concierne a una segunda fase o eslabón en la actividad ilícita contra los derechos de autor y conexos.

Esta actividad ilícita presenta las siguientes características:

- **Masividad de la conducta:** es la característica principal de esta conducta ilícita. Se realiza en grandes centros o galerías comerciales dedicadas a la comercialización de obras reproducidas sin autorización de los titulares del derecho.
- **Es el segundo eslabón en la cadena de actos de vulneración de derechos autorales:** esta modalidad sucede a la modalidad de reproducción o fijación de los contenidos autorales que constituye el primer eslabón en la cadena de infracciones autorales. En esta modalidad intervienen diversos agentes que se encargan de realizar independientemente las actividades de distribución.

- **Ocultamiento de los agentes que realizan las conductas:** los conductores o responsables de estas actividades ilícitas, ocultan su actividad a través de la contratación de personas que laboran en sus puestos de venta como vendedores o administradores de los locales comerciales.

A partir de la verificación de la concentración de la intervención penal en los actos de distribución que constituye el segundo eslabón de la cadena de infracciones contra los derechos de autor y conexos, es necesario establecer si la mayor incidencia de la intervención penal hacia esta modalidad de conducta contribuye a la eficacia de la aplicación de la herramienta penal tomando en cuenta el principio de mínima intervención.

La fenomenología delictual en el ámbito de derechos de autor y conexos ilustra que la modalidad de distribución de obras presenta las características señaladas precedentemente, graficándose esencialmente como una actividad masiva tanto en su manifestación digital en soportes físicos como en su presentación en plataformas electrónicas.

Si la actividad de distribución de obras constituye el segundo eslabón en la cadena de actos de vulneración de derechos autorales, desde una perspectiva político criminal se asoma con nitidez la necesidad de la intervención penal hacia la represión de las conductas de reproducción, que constituye el primer eslabón de la cadena de actos ilícitos y la modalidad más dañosa para el bien jurídico protegido.

Por otro lado, dentro de las modalidades de distribución, en un inicio, el ámbito penal a través de sus operadores como la Policía Nacional, pueden intervenir sin

ninguna distinción de la magnitud o gravedad del hecho. En igual sentido, ocurre lo mismo con relación a todas las conductas infractoras de derechos autorales al no existir una delimitación entre el orden penal y administrativo para la protección de derechos autorales, como se desarrolla en el siguiente punto de análisis.

#### **5. FALTA DE DELIMITACION DE LA INTERVENCION PENAL Y ADMINISTRATIVA GENERA USO EXPANSIVO DEL ÁMBITO PENAL EN LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS**

Si bien en el último párrafo del artículo 217 del Código Penal se establece como elemento típico la valoración de las mercancías que deben superar las dos unidades impositivas tributarias para configurar la conducta típica de reproducción y distribución, sin embargo, no se ha desarrollado el reglamento o el procedimiento necesario para la aplicación de dicha norma penal, por lo que no se tiene conocimiento sobre la aplicación de dicha norma penal en el ámbito de protección de derechos de autor y conexos.

Se ha establecido en la investigación que los todos los contenidos autorales previstos en las normas penales también pueden ser protegidos en el ámbito administrativo; sin embargo, no todos los contenidos autorales previstos en la Ley de Derechos de Autor pueden ser protegidos en el ámbito penal.

A partir de esta constatación se pone de manifiesto la incidencia de la aplicación de las normas penales y administrativas para la adecuada protección de los contenidos autorales sobre la base del principio de mínima intervención y exclusiva protección de bienes jurídicos, teniendo en cuenta la naturaleza intrínseca de cada uno de éstos ordenes jurídicos como parte del sistema

punitivo del Estado. El ámbito penal debe intervenir sobre las conductas más graves o de mayor dañosidad de la obra como bien jurídico protegido. En tanto, el ámbito administrativo deberá intervenir para controlar las conductas menos graves, aunque si ya ha sido aplicada la sanción administrativa incluso para casos de especial relevancia, será suficiente dicha intervención administrativa y la sanción impuesta tomando en cuenta el principio del *ne bis in ídem*, esencialmente en lo que concierne al interés jurídico protegido, que resulta siendo el mismo en ambos órdenes jurídicos cuando no exista una relación especial de sujeción del agente con la administración pública.

Entonces, la falta de delimitación de la intervención penal y administrativa acarrea como consecuencia el uso expansivo de la herramienta penal frente a toda posible vulneración de la obra como bien jurídico protegido sin considerar la dañosidad o gravedad de la conducta. Esta situación no solamente ocasiona la saturación del sistema penal, sino erosiona su legitimidad como instrumento de control formal de última ratio. Por tanto, resulta preciso la delimitación de la intervención de estos dos ámbitos de protección de derechos autorales sobre la base de criterios cuantitativos, referidos a la cantidad o valor de las obras que infringen derechos autorales, y cualitativos, referidos a las modalidades de conducta.

Siendo así, como refiere Manuel Abanto Vásquez (2000), existe sobrerrepresión en la tipificación penal de las conductas infractoras de derechos de autor, precisando que “los tipos penales son demasiado amplios, aparte de lo criticable que resulta que el legislador penal no haya previsto ninguna cuantía y que no guarde proporcionalidad al momento de tipificar supuestos agravados. Si se hubiera atendido a la jerarquía del bien jurídico, al principio de mínima

intervención y al de fragmentariedad y proporcionalidad, se debió haber restringido los tipos básicos a las conductas más graves como las intencionales (dolo directo) y las realizadas con “ánimo de lucro”. Para la agravación podría pensarse en la “especial trascendencia económica” de las conductas ilícitas (su valor o número) y el daño grave al autor (patrimonial y/o moral)”.

En ese sentido, si bien el objeto de protección de los derechos de autor es la obra, entendida como creación intelectual original, no todos los ataques inferidos a dicho bien jurídico adquieren relevancia necesaria para someter la infracción al ámbito del Derecho Penal, más aun teniendo en cuenta que los contenidos autorales tienen doble naturaleza, moral y patrimonial, y dentro de éstos últimos, existen derechos de naturaleza remuneratoria que originan el deber de pago de las remuneraciones correspondientes por el uso de las obras a la Sociedad de Gestión Colectiva o a los autores o titulares del derecho, que deben ser ventilados en sede administrativa por cuanto conciernen a una reclamación de carácter remuneratorio.

Asimismo, de la propia observación del investigador, de las estadísticas generadas en las Fiscalías Especializadas en Propiedad Intelectual, corroboradas con las entrevistas a los Fiscales de las Fiscalías Especializadas en Propiedad Intelectual, se verifica el uso expansivo del ámbito penal orientado a la intervención de casos de escasa relevancia, precisamente por la inexistencia de delimitación para la intervención de dichos órdenes de control formal de protección de derechos autorales.

## **6. EFICACIA DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS SOBRE LA BASE DE LOS PRINCIPIOS DE MÍNIMA INTERVENCION Y EXCLUSIVA PROTECCION DE BIENES JURÍDICOS**

Se ha precisado que dentro de las formas de comisión de las infracciones autorales se observan las conductas o infracciones de fuentes y de distribución o consumo. Por otro lado, sobre la base del análisis de los contenidos de protección autoral, se ha precisado que todos los contenidos autorales protegidos en sede penal, también pueden ser protegidos en sede administrativa a cargo de INDECOPI, pero no todos los contenidos autorales previstos en la Ley de Derechos de Autor, pueden ser protegidos en sede penal. Este punto de intersección de las normas penales y administrativas grafica la incidencia de estas normas en la protección de los derechos autorales, que debe ser resuelto tomando en cuenta los criterios de gravedad o dañosidad de las conductas infractoras de derechos autorales y aplicando los principios de mínima intervención y de exclusiva protección de bienes jurídicos.

A partir de la observación directa de los casos de investigaciones de delitos contra los derechos de autor y conexos y tomando en cuenta la naturaleza de las modalidades de comisión, sostenemos que la modalidad de conducta de mayor reproche o gravedad son las conductas reproducción o fijación de obras tanto en soportes físicos o electrónicos, que constituye la primera actividad en la cadena de actos de infracción de derechos autorales. A partir de dicha actividad se realizan los posteriores actos de difusión o distribución y comunicación pública.

Si bien los reportes del sistema de apoyo al trabajo fiscal – SIATF, han demostrado una mayor incidencia de casos distribución frente a los casos de

reproducción, significa entonces que se debe reorientar la intervención de los agentes que intervienen en el ámbito de la criminalización secundaria como la Policía y la Fiscalía sobre la base de criterios político criminales de lesividad o dañosidad de la conducta.

### **6.1. Mínima intervención del Derecho Penal**

Este principio que sirve de sustrato axiológico y metodológico para la intervención del Derecho Penal en la regulación y sanción de las conductas, adquiere notoria relevancia en el ámbito de las infracciones de derechos de autor y conexos por la manifestación masiva de estas conductas.

Si bien este principio debe enfocar el desarrollo legislativo como parte de la criminalización primaria, delimitando las conductas prohibidas hacia los ataques más graves del bien jurídico protegido, también tiene que erigirse como una herramienta de aplicación necesaria en el ámbito de criminalización secundaria a cargo de los operadores del sistema penal como la Policía y el Ministerio Público.

En el ámbito de aplicación de la norma penal, tomando en cuenta las características específicas de la manifestación de las conductas ilícitas contra los derechos de autor y conexos, el principio de mínima intervención tiene que servir para la selección de los casos que ingresan al sistema penal a partir de los criterios de gravedad o dañosidad de la conducta, es decir, el establecimiento de criterios de selección de casos antes de la intervención penal.

Por otro lado, el principio de mínima intervención también tiene que servir para seleccionar los casos que ya ingresaron al sistema penal, sobre la base de la misma consideración de gravedad o dañosidad de las conductas. En ese sentido,

teniendo en cuenta el sub principio de fragmentariedad, se tiene que el ámbito administrativo a cargo de INDECOPI tiene facultades de investigación y sanción sobre la base de los mismos contenidos de protección autoral previstos en el Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor. En tanto, el sub principio de subsidiaridad o última ratio informa que siendo el Derecho Penal el último recurso, existe el ámbito administrativo a cargo de INDECOPI que puede intervenir para la investigación y sanción de las conductas menos lesivas, reservándose el Derecho Penal cuando los ataques al bien jurídico protegido resulten intolerables.

## **6.2. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos**

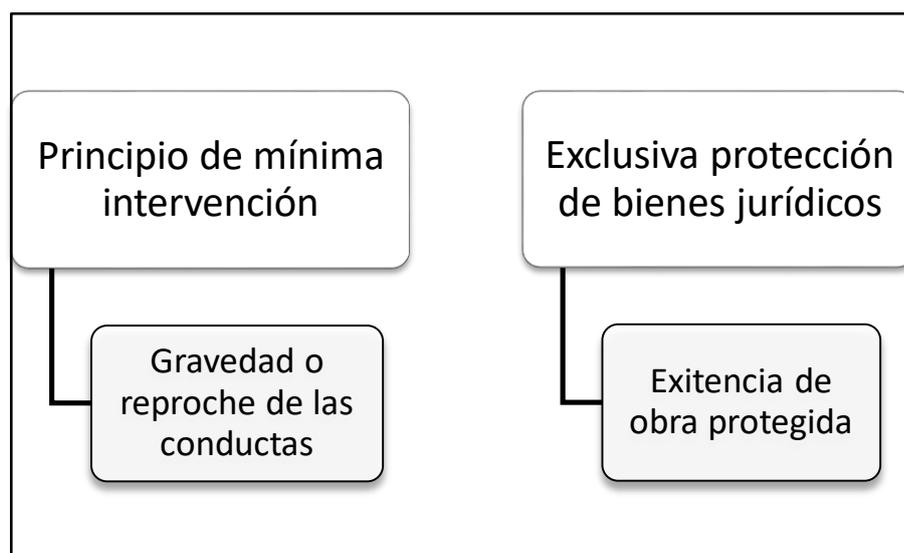
Como señala el profesor Villavicencio (2007), conforme al principio de lesividad y ofensividad:

para que una conducta sea considerada ilícita no sólo se requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado un bien jurídico determinado. Se le identifica con la máxima "*nullum crimen sine inuria*". (pág. 94-95)

Este aserto se decanta con notable nitidez en el ámbito del derecho penal de autor tomando en cuenta que el objeto de protección es la obra, entendida esencialmente, como toda creación intelectual persona y original. Cuando este contenido autoral tanto en su vertiente moral o patrimonial no aparece con claridad en las conductas tipificadas como delitos contra los derechos de autor y conexos como la elusión de medidas tecnológicas, la realización de actividades de entidades de gestión colectiva o la inscripción de obra ajena, se hace preciso dilucidar si dichas conductas lesionan la obra como bien jurídico protegido.

Entonces, para la adecuada delimitación de la intervención del ámbito penal, resulta relevante el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, derivando dichas conductas hacia el orden administrativo donde encontrarían asidero para su debida protección.

**Gráfico N° 10:**



Fuente: elaboración propia.

### **6.3. Intervención del ámbito penal**

De los resultados estadísticos aparece que el sesenta por ciento (60%) de los casos investigados en las Fiscalías Especializadas constituyen casos de distribución de obras ilícitas y el veinte por ciento (20) constituyen casos de reproducción.

De estos resultados estadísticos se advierte que la intervención penal se concentra mayoritariamente hacia la represión de las conductas de distribución, apareciendo solo en una tercera parte de dicha magnitud las intervenciones

orientadas a la represión de las conductas de reproducción, que constituyen las modalidades más gravosas.

Sin embargo, también es necesario tomar en cuenta que las modalidades de distribución, por la misma naturaleza de dicha conducta que sucede a la reproducción, siempre tendrá una manifestación cuantitativa significativamente mayor o superior a las conductas de reproducción. Es decir, mientras que en la reproducción participa un agente, en la distribución participarán varios agentes, hasta decenas o cientos de ellos, como ocurre en las galerías comerciales donde se realizan estas conductas.

Tomando en cuenta, por un lado, los principios de mínima intervención del Derecho Penal y de exclusiva protección de bienes jurídicos, y por otro lado, las formas de manifestación de las conductas infractoras de derechos autorales como son las formas de reproducción y de distribución y consumo, es preciso señalar que el derecho penal se enfoque, en principio, en las conductas de reproducción que son las que revisten en sí mismas el mayor reproche o afectación de los derechos autorales, porque son las conductas que inician la posterior distribución o puesta a disposición del público de las obras reproducidas ilícitamente o sin autorización de los titulares del derecho.

En las conductas de distribución se debe tener en cuenta específicamente la magnitud de las obras ilícitas que se ponen a disposición de público, tomando en cuenta los criterios de cantidad de obras o la valoración de los mismos, que en el mismo sentido que aparecen en la norma penal puede utilizarse como criterio delimitador el valor de dos unidades impositivas tributarias. Cuando la valoración de las obras o de las mercancías que contienen las obras, superen

dicho monto, los hechos podrían calificarse como delito contra los derechos de autor, y en caso contrario, los hechos se derivarían al ámbito administrativo.

La fijación de estos parámetros de intervención permitirá la legitimación y eficacia del derecho penal como herramienta estatal del control de última ratio, asomando su intervención frente a las conductas más gravosas, al mismo tiempo que legitima la intervención del ámbito administrativo frente a las conductas menos gravosas.

En igual sentido, en el caso de las conductas de comunicación pública de obras, plagio y las demás conductas que aparecen en el catálogo penal, se deben tomar en cuenta la magnitud o alcance de las conductas infractoras, es decir, el grado de afectación de derechos autorales, y si las conductas imputadas vulneran efectivamente la obra como bien jurídico protegido.

## **CAPÍTULO V: CONCLUSIONES**

1. Los derechos de autor y conexos son protegidos en el ámbito penal y administrativo a partir de la existencia de la obra, entendida como “toda creación intelectual personal y original” (artículo 2.17 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor), con contenidos morales y patrimoniales definidos en la norma extrapenal. El contenido moral está constituido por los derechos de divulgación, paternidad, integridad, modificación o variación, retiro de la obra del comercio y el derecho de acceso, previsto en el artículo 22 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor. En tanto, el contenido patrimonial está constituido por los derechos de reproducción, comunicación pública, distribución, traducción, adaptación, arreglo, transformación, importación, conforme aparece en el artículo 31 del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor, siendo la lista antecede meramente enunciativa y no taxativa.
2. Todo el haz de derechos morales y patrimoniales de autor y derechos conexos definidos por la norma administrativa sirven de sustento a la protección penal y administrativa. Todos los derechos reconocidos en la norma extrapenal pueden ser objeto de investigación y sanción en sede administrativa, conforme se desprende del artículo 173 del Decreto Legislativo N° 822 que establece que “sin perjuicio de las acciones civiles y penales que se interpongan ante las autoridades judiciales competentes, los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en la legislación sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos, o sus representantes, podrán denunciar la infracción de sus derechos ante la Oficina de Derechos de Autor en su condición de Autoridad Administrativa Competente; no constituyendo esta última, en ninguno de los casos, vía previa”.

Sin embargo, en sede penal, las infracciones autorales aparecen acotadas por la descripción típica conforme a los principios de legalidad y taxatividad. Por lo que todas las conductas descritas como tipos penales contra los derechos de autor y conexos también pueden ser investigadas en sede administrativa, pero no toda infracción administrativa autoral también puede ser trasladarse al ámbito penal, como el caso específico de los derechos autorales remuneratorios.

**3.** La constatación de la protección penal y administrativa de los derechos de autor y conexos constituye el punto de incidencia para la determinación de la eficacia de la protección de los derechos de autor y conexos en el ámbito penal y administrativo, lo que plasma el objetivo general y los objetivos específicos de la investigación. La concurrencia de la protección penal y administrativa exige la aplicación rigurosa de los principios de mínima intervención y de exclusiva protección de bienes jurídicos, que permitirán dotar de eficacia y legitimidad a la intervención penal como herramienta de control formal de última ratio y de mayor severidad, en cuya sede deben tramitarse los casos graves o de mayor afectación del bien jurídico protegido, derivándose al ámbito administrativo los casos que no revistan dichas características.

**4.** A su vez, la hipótesis general y las hipótesis específicas sobre la incidencia de las normas penales y administrativas en la protección de los derechos de autor y conexos se expresan a partir de la falta de una clara delimitación de la intervención penal y administrativa en el ámbito de derechos de autor y conexos que actualmente existe, lo que genera la aplicación del derecho penal hacia conductas o casos que pueden ser de escasa relevancia o significación penal, tomando en cuenta la manifestación masiva de estas

conductas. Si bien en el artículo 217, último párrafo del Código Penal se establece una cuantía superior a dos unidades impositivas tributarias para la configuración de las conductas de reproducción y distribución de obras, sin embargo, no se ha establecido formalmente la entidad u órgano estatal ni los criterios de valoración de mercancías para la realización de dicha valoración, más aún si en dicho supuesto de conducta se establece la realización conjunta de la reproducción y distribución, que dificulta su aplicación a los casos concretos donde solamente aparecen las conductas de reproducción o distribución.

5. Además, conforme a la problemática planteada en la investigación, en el periodo de investigación 2016 al 2018 en las Fiscalías Provinciales Especializadas en Propiedad Intelectual de Lima, se ha constatado en el ámbito penal una mayor incidencia de casos de distribución de obras, que constituye el segundo eslabón en la cadena de actos de infracción de derechos autorales. Por lo que tomando en cuenta que las conductas de mayor reproche penal constituyen los actos de reproducción o fijación de obras tanto en soportes físicos o en plataformas electrónicas, que son las conductas que inician la cadena de actos de comercialización o distribución, la represión penal de las infracciones contra los derechos de autor y conexos deben orientarse con mayor énfasis hacia la represión de las conductas de reproducción o fijación, en concordancia con los principios de mínima intervención y de exclusiva protección de bienes jurídicos.

## RECOMENDACIONES

1. Se debe establecer un baremo o límite cuantitativo de valor para la determinación de las infracciones autorales en el ámbito penal y en el ámbito administrativo, tomando en cuenta el valor de las unidades impositivas tributarias. La valoración de las mercancías debe estar a cargo de una entidad estatal que, en este caso, debe corresponder a INDECOPI como entidad especializada en la protección de derechos autorales.

2. Se deben realizar modificaciones sustantivas a las normas penales en derechos de autor y conexos, precisando con rigurosidad técnica las conductas que deben anclarse en el ámbito penal conforme a su propia naturaleza de normas de mayor severidad dentro del ordenamiento jurídico y que se construyen sobre la base de la obra como bien jurídico protegido, derivándose al ámbito administrativo las infracciones autorales que no revistan gravedad suficiente como las conductas que se describen en el artículo 216 del Código Penal; o en su caso, se califiquen como conductas contra la fe pública como las formas agravadas que aparecen en el artículo 220, incisos a, b y c, y el artículo 220-D sobre alteración en la información de gestión de derechos.

3. Se debe establecer con mayor rigurosidad técnica los tipos base y las formas agravadas. Estas últimas deben constituir circunstancias o modalidades que otorguen mayor reproche a la afectación contra los derechos de autor y conexos tomando criterios como cuantía o magnitud de los hechos o del daño causado, la calidad del individuo o sujeto activo, o su pertenencia a un grupo u organización criminal. Específicamente requiere modificación el artículo 217 como tipo base y el artículo 218 como forma agravada, debiendo considerarse en el artículo 217 formas básicas de las conductas de reproducción, distribución o comunicación pública, y en el artículo 218, las agravantes de dichas conductas con los criterios antes señalados.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2000). *Derecho Penal Económico*. Parte Especial. Lima: Editorial Idemsa.
- Abanto, M. (2014). *Dogmática Penal, Delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Ale, R. y Gomez, Y. (2004). *Teoría jurídica del delito: una nueva sistemática en el derecho penal peruano*. Lima: Rao.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ara editores.
- Belloso, N. (2011). Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites. En R. Mata y Martín y A. Javato. (eds.), *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet* (pp. 61-125). España: Editorial La Ley.
- Binder, A. (2004). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bramont, L. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (3.a ed.). Lima.
- Bringas, S. (Noviembre, 2003). La Piratería: ¿Necesidad o Delito?. *La Revista*, 189-197.
- Bustos, J. (2005). *Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ara Editores.
- Carbonell, M. (1999). *Derecho Penal: concepto y principios fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Carpio, J. (2015). Consideraciones sobre el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual dentro de las negociaciones de los tratados internacionales de los países latinoamericanos. En M. Bermudez (ed.), *Propiedad intelectual, derecho farmacéutico y derecho de autor* (pp. 45-63). Lima: ECB Ediciones, Caballero Bustamante Thomson Reuters.
- Castillo, J. (2002). *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Delgado, A. (1998). La propiedad intelectual ante la tecnología digital: las obras multimedia. En M. Del Arco (ed.), *Los derechos de propiedad en la nueva sociedad de la información: perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado* (pp. 25-46). Granada: Editorial Comares.
- Fernández, E. (1998). Informática y propiedad intelectual: software, base de datos y creaciones asistidas por ordenador. En M. Del Arco (ed.), *Los*

*derechos de propiedad en la nueva sociedad de la información: perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado* (pp. 1-24). Granada: Editorial Comares.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Fontán, C. (1995). *Derecho Penal: Introducción y parte general*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

Fontán, C. (2002). *Derecho penal: parte especial*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

Fuentes, J. (2015). El sistema europeo de protección de autor para los no comunitarios. En M. Bermudez (ed.), *Propiedad intelectual, derecho farmacéutico y derecho de autor* (pp. 245-270). Lima: ECB Ediciones, Caballero Bustamante Thomsom Reuters.

García Pablos de Molina, A. (2009). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*. Lima: Jurista editores.

García, N. (1995). Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal de 1995. En Consejo General del Poder Judicial: Cuadernos de Derecho Judicial (ed.), *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales* (pp. 203-250). Madrid: Sociedad Anónima de Fotocomposición.

García, N. (1996). *El poder punitivo en el Estado Democrático*. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha.

Garrido, M. (s.f.). *Derecho Penal. Parte General*.

Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Editorial Boch.

Hoyos, J. (2015). Referentes históricos del derecho de autor en el Perú y el mundo y las recientes y necesaria modificaciones a la ley sobre derechos de autor en el Perú. En M. Bermudez (ed.), *Propiedad intelectual, derecho farmacéutico y derecho de autor* (pp. 23-44). Lima: ECB Ediciones, Caballero Bustamante Thomsom Reuters.

Hurtado, J. (1995). *Manual de derecho penal: parte especial I*. Lima: Juris.

Hurtado, J. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*. Tercera edición. Lima: Editora jurídica Grijley.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.

Jakobs, G. (1998). *La imputación objetiva en derecho penal*. Lima: Grijley.

- Jescheck, H. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte general* (vol. 1). Traducción y adiciones de Derecho Español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Boch, Barcelona.
- Lascano (h), C.J. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. 1° reimpresión. Córdoba. Editorial Advocatus.
- Latorre, V. (1994). *Protección Penal del Derecho de Autor*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Lipszyc, D. (2006). *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones UNESCO
- Lipszyc, D. (2012). El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital: luces y sombras. En Asociación Peruana de autores y compositores, Interamerican Copyright Institute, Artistas Uintérpretes, Sociedad de Gestión (eds.), *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías: ¿intereses compatibles o contrapuestos?: homenaje a Carlos Alberto Villalba* (pp. 129-146). Lima: APDAYC.
- López, J. (2004). *Derecho Penal: parte general*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Mir Puig, S. (1998). *Derecho penal: parte general*. Barcelona: REPERTOR.
- Mir Puig, S. (2005). *Derecho penal del siglo XXI*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Mir Puig, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. (7.a ed.). Buenos Aires.
- Mir Puig, S. (2006). *Estado, pena y delito*. Montevideo: B de F.
- Muñoz, F. y García, M. (1998). *Derecho Penal. Parte General*. (3.a ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz, F. (2004). *Derecho Penal y Control Social*. Bogotá: Temis.
- Muñoz, F. (2007). *Introducción al derecho penal*. (2.a ed.). Montevideo: B de F.
- Ollero, A. (1995). Los llamados derechos “morales” del autor en los debates parlamentarios. En Consejo General del Poder Judicial: Cuadernos de Derecho Judicial (ed.), *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales* (pp. 29-62). Madrid: Sociedad Anónima de Fotocomposición.
- Orts, E. (1998). Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y Derecho penal. En M. Del Arco (ed.), *Los derechos de propiedad en la nueva sociedad de la información: perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado* (pp. 149-162). Granada: Editorial Comares.
- Paz, M. (2015). Aproximación a la problemática de los delitos contra los derechos de autor (piratería) y su flagrancia delictiva. En M. Bermudez (ed.),

- Propiedad intelectual, derecho farmacéutico y derecho de autor* (pp. 145-162). Lima: ECB Ediciones, Caballero Bustamante Thomsom Reuters.
- Pazmiño, A. (2012). El papel del Estado en el derecho de autor y los derechos conexos. En Asociación Peruana de autores y compositores, Interamerican Copyright Institute, Artistas Uintérpretes, Sociedad de Gestión (eds.), *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías: ¿intereses compatibles o contrapuestos?: homenaje a Carlos Alberto Villalba* (pp. 101-128). Lima: APDAYC.
- Peña Cabrera, R. (2004). Derecho penal. Parte general. Tomo I. Lima, Idemsa.
- Quintero, G. (2000). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (2.a ed.). Navarra: Editorial Aranzadi.
- Quintero, G. (2007). *Parte general del derecho penal*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Rengifo, E. (1996). *Propiedad Intelectual. El moderno derecho de autor*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, Grupo Editorial 87 Ltda.
- Rodriguez, R. (1995). Introducción a la regulación de los derechos de autor. En Consejo General del Poder Judicial: Cuadernos de Derecho Judicial (ed.), *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales* (pp. 11-28). Madrid: Sociedad Anónima de Fotocomposición.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Silva, J. (1999). *La expansión de derecho penal: aspectos de la política en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Sotomayor, A. (2015). Propiedad industrial y derechos de autor: realidad actual en América Latina, rumbo a la marca comunitaria sudamericana. En M. Bermudez (ed.), *Propiedad intelectual, derecho farmacéutico y derecho de autor* (pp. 209-243). Lima: ECB Ediciones, Caballero Bustamante Thomsom Reuters.
- Schünemann, B. (2006). *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Lima: IDEMSA.
- Velásquez, F. (1997). *Derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editorial Grijley.
- Villavicencio, F. (2007). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Zaffaroni, R. (2005). *Derecho penal del siglo XXI*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Zúñiga, L. (2000). *Política Criminal*. Madrid: Editorial Colex.

### Fuentes de internet

Aguiar, J. (julio, 2010). La piratería como conflicto. Discursos sobre la propiedad intelectual en México. *Revista ÍCONOS* (38). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3293514.pdf> . Revisado el 22/02/2019.

Castiñeira, M. y Robles, R. (abril, 2007). ¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial). *Revista InDret*. Recuperado de [www.indret.com](http://www.indret.com). Revisado el 10/03/2019.

Linares, R., Petterson, M. y Viciado, L. (2000). La información a través del tiempo. *Revista ACIMED* 8(3). Recuperado de [www.sld.cu/revistas/aci/vol8\\_3\\_00/aci09300.pdf](http://www.sld.cu/revistas/aci/vol8_3_00/aci09300.pdf) . Revisado el 10/03/2019

Oré, E. (s.f). Delitos contra el derecho de autor. Recuperado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20100407\\_01.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100407_01.pdf) . Revisado el 13/02/2019

Sarriegui, J. (27 de julio de 2006). La industria del “software” centra su lucha antipiratería en las tiendas de informática. *El País*. Recuperado de <https://elpais.com> . Revisado el 22/09/2019.

Silva, J. (enero, 2019). La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanohablante. *Revista InDret*. Recuperado de [www.indret.com](http://www.indret.com). Revisado el 10/03/2019.

¿Cuán seria es la lucha antipiratería en América Latina? (16 de julio de 2012). *BBC*. Recuperado de [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/07/120713\\_tecnologia\\_lucha\\_pirateria\\_aa](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/07/120713_tecnologia_lucha_pirateria_aa) . Revisado el 22/02/2019.

(OMPI. La protección internacional de los derechos de autor y de los derechos conexos. Recuperado de: [www.wipo.int/copyright/es/activities/pdf/international\\_protection.pdf](http://www.wipo.int/copyright/es/activities/pdf/international_protection.pdf). Revisado el 22/02/2019

### Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2005). Exp. N° 0019-2005-PI/TC

### **Normas nacionales**

Código Penal de 1991

Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor

### **Normas internacionales**

Convenio de Berna

Convención Universal sobre Derecho de Autor

Convenio OMPI sobre Derecho de Autor (WCT). artículo 1.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – acuerdos APDIC

Decisión Andina 351 - Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos