

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

DIRECCIÓN DE POST GRADO Y RELACIONES

INTERNACIONALES



**“DEFICIENCIAS DE LA TUTELA
PENAL BOLIVIANA DE
LOS DERECHOS DE AUTOR”**

**TESIS EN OPCIÓN AL GRADO DE
MAGÍSTER EN DERECHO PENAL**

Omar Rommel Asturizaga Navarro

La Paz – Bolivia
2002

Al presentar esta Tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del Grado Académico de Magister en Educación Superior de la Universidad Mayor de San Andrés , autorizo a la Dirección de Posgrado y Relaciones Internacionales o a la Biblioteca de la Universidad para que haga de esta Tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Asimismo, manifiesto mi acuerdo en que se utilice como material productivo, dentro del Reglamento de Ciencia y Tecnología, siempre y cuando esta utilización no suponga ganancia económica, ni potencial.

También cedo a la Universidad Mayor de San Andrés los derechos de publicación de esta Tesis; o parte de ella, manteniendo mis derechos de autor, hasta un período de 30 meses después de la aprobación.

Omar Rommel Asturizaga Navarro

La Paz, mayo de 2002.

Agradezco

a mi madre que se ha constituido en un pilar en todo el desarrollo de mi vida.

INDICE.

INTRODUCCIÓN

ALCANCES DEL TRABAJO

CAPITULO I

MARCO DOCTRINARIO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO PENAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR

4

I OBJETO Y NATURALEZA DEL DERECHO DE AUTOR.

5

I.1 Naturaleza Jurídica

5

II EL DERECHO DE AUTOR EN RELACION AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

12

A. DEFINICIÓN Y CONTENIDO

14

1. El derecho moral

16

2. El derecho patrimonial.

17

B. REQUISITOS PARA LA PROTECCIÓN DE UNA OBRA

18

1. Originalidad

19

2. Fijación o materialización.

21

3. Expresión

22

III REQUISITOS PARA SU TUTELA PENAL

23

Capítulo II

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA SOBRE DERECHOS DE AUTOR

25

I ANTECEDENTES NORMATIVOS GENERALES.

26

II.1 Protección internacional

28

II LEGISLACIÓN BOLIVIANA

29

II.1. Antecedentes normativos.	29
II.2. Bolivia y la normativa internacional	31
II.3 Ley de Derechos de Autor	31
II.4 Cualidades y defectos de la Ley de Derechos de Autor	38
III ELCODIGO PENAL	40
III.1 Marco general	40
III.2 El tipo básico penal	42
1. Estructura.	42
2. Sujeto activo	43
3. Sujeto pasivo.	43
4. Elemento subjetivo	44
5. Objeto material	44
6. Requisitos esenciales para la tutela penal en nuestra legislación	45
III.3 Conductas punibles.	46
III.4 Consentimiento del titular del derecho de autor	55
III.5 El tipo subjetivo, la exigencia del ánimo de lucro.	56
III.6 Perjuicio ajeno.	57
CAPITULO III	
ANÁLISIS Y CONCLUSIONES	59
I ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR BOLIVIA	60
II ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DEL CODIGO PENAL	62
1. Modificación del Código Penal	63
2. Modificación de la Ley de derechos de autor.	63
3. Nuestro Criterio.	64

CONCLUSIONES	66
RECOMENDACIONES	68
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION.-

En la actualidad los cambios que se han venido dando en el mundo debido a los avances tecnológicos, descubrimientos científicos y la evolución de las relaciones sociales, han determinado que el derecho al igual que cualquier otra ciencia deba apretar el acelerador para estar a la par de las exigencias de la sociedad actual. es así, que en las diferentes áreas del derecho se han generado estudios doctrinarios amplios que en muchos casos han llevado a reformas normativas de alcance nacional y también internacional como el caso de los tratados que buscan a través de la homogeneización de normas la mejor protección jurídica posible.

Este fenómeno también es observable en el campo de los derechos intelectuales y los derechos de autor, donde el estudio y la precitada evolución ha llevado al surgimiento de normas diversas sobre el tema, en el caso de nuestro país ha dado origen a la promulgación de La Ley de derechos de Autor, la modificación al Código Penal y la firma y posterior ratificación de diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos de autor encontrándose entre los mas importantes, el convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, la decisión 351 del acuerdo de Cartagena sobre derechos de autor. Sin embargo pese a la existencia de dicha normativa que se encuentra plenamente vigente desde un punto de vista formal, en la práctica, en la vida diaria no es mas que una referencia lejana puesto que la violación de los derechos de autor se puede evidenciar por cualquier ciudadano a simple vista.

La violación precitada no se puede atribuir a un solo factor pues como la mayoría de los fenómenos sociales tienen fuente primigenia en diferentes aspectos, es así que la violación de los derechos de autor, es resultado de las condiciones económicas de diferentes grupos sociales que han hallado una interesante forma de sustento en la reproducción y venta de obras protegidas por

el derecho de autor, sin el consentimiento del titular de los derechos, por otra parte, tenemos un desconocimiento general sobre el tema y quién sabe aun más importante de los alcances económico sociales de la violación de los derechos de autor y por último el factor que mas nos interesa a fines del presente trabajo la existencia de normas con diferentes defectos y problemas que se ven agravados por la inexistencia de la infraestructura adecuada para su aplicación.

Es pues dentro del ámbito normativo que pretendemos analizar el artículo 362. Del Código Penal, una de las normas que desde nuestro punto de vista por sus deficiencias necesita modificación. A efecto de establecer estas imperfecciones iremos viendo los diferentes elementos que componen el artículo así como las bondades y defectos de los mismos en relación con la normativa sobre derechos de autor vigente a efectos de establecer a nuestro criterio las características que debería tener la norma penal sobre el tema.

ALCANCES DEL TRABAJO

En base al primer acercamiento realizado podemos decir que el objetivo general de la presente tesis es establecer las deficiencias existentes en nuestra legislación penal sobre el tema a objeto de proponer las modificaciones normativas que pudieran optimizar la protección penal de los derechos de autor. Definiendo como nuestro principal problema de investigación una deficiente regulación penal de protección de los derechos de autor que sumada a factores de tipo económico cultural y de ineficacia funcional administrativa derivan en la común violación de los derechos de autor.

Dentro de este marco nos hemos planteado como hipótesis de referencia “La deficiencia jurídico penal en la protección de los derechos de autor impone la necesidad de reformar el contenido del artículo 362 del Código Penal, para el logro de una tutela penal adecuada de los precitados derechos”.

A fin de llevar adelante la presente investigación utilizaremos un método analítico y de revisión bibliográfica, ya que partiendo de los preceptos plasmados en la doctrina moderna estableceremos bases sobre las cuales se pueda realizar un descomposición de las partes del tipo penal y de las diferentes disposiciones directamente relacionadas con el mismo para encontrar los puntos exactos que necesiten una modificación legislativa.

CAPITULO I

MARCO DOCTRINARIO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO PENAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR

I.- OBJETO Y NATURALEZA DEL DERECHO DE AUTOR.

En inicio se puede decir que el derecho de autor protege la inventiva la habilidad y el trabajo del creador, pero desde un punto de vista práctico la creatividad puede ser protegida el momento que adquiere una expresión formal es así que la protección se refiere a las obras como formas de expresión, obras que se constituyen en creaciones intelectuales en los campos de la literatura, música, arte y ciencia. Lo que se protege es la obra en sí, la manera o forma de expresión, no las ideas del autor. El derecho de autor no se aplica a ideas, a los sistemas, a los principios ni a los métodos. Es necesario que las ideas se traduzcan en una forma material, un libro, el artículo de un periódico, un disco. constituyéndose los autores en beneficiarios de la protección. Podemos pues concluir que el objeto de los derechos de autor es la obra literaria científica o artística reflejo de la creatividad de su autor.

II.1 NATURALEZA JURÍDICA.-

La naturaleza jurídica de los derechos de autor ha sido objeto de la formulación de diferentes teorías, pasando a continuación a desarrollar las mas importantes:

DERECHO DE LA PERSONALIDAD.-

Teoría que tiene sus antecedentes primigenios en Kant, para quien el derecho de autor es un derecho personalísimo¹. El autor Von Gierke² por su parte es uno de los expositores más fervientes de esta corriente y señala que lo creado conserva de manera evidente un ligamen de carácter intelectual que origina un

¹ Derecho de Autor y Derechos Conexos obra de la autora delia Lipszyc, quien en la página 24 realiza comentario al respecto.

derecho de carácter personal al igual que lo puede ser el nombre o la fama, de manera independiente al derecho patrimonial que pueda surgir como consecuencia del primero. Así se habla del derecho de autor como un atributo personal que no tiene relación con su disfrute económico.

CRITICAS. Planteado en contraposición a lo manifestado que una vez que la idea se exterioriza se separa de la esfera de la personalidad del autor sin que intervenga su voluntad, se transforma en un derecho susceptible de disfrute comerciable, siendo la relación entre el autor y la obra de pertenencia y no de carácter personal, se podría decir inclusive que la cosa se separa para tener una existencia independiente, propia. Se menciona además el hecho de que es posible para un autor por acuerdo o contrato establecer el disfrute de su derecho original por un tercero y que si el autor realiza una violación de lo previamente pactado de ningún modo se podría decir que ha cometido un acto de violencia contra sí mismo.

Hay quienes incluso plantean que la obra tiene valor fuera de la persona del autor, pues se habla de algo que tiene una función social y de progreso cultural.

DERECHO CONTRACTUAL.-

Según esta teoría el autor con su obra realiza un aporte a la cultura a la sociedad y por ende merece una recompensa la cual se constituye en un incentivo para la labor creadora de otros autores. Para esta corriente el derecho de explotación exclusivo que se concede con el registro se constituye en una especie de monopolio legítimo que no deriva del respeto a la personalidad en cuyo ámbito entra la creación para los que postulan la teoría de derecho personal, sino que

² Gierke O Von: Deutches Privakech, citado por Julio C. Ledesma en su obra Derecho penal intelectual, pagina 90 y siguientes

parte de una creación ficticia de la ley, un modo de remuneración práctica elegido por la sociedad.

Esta corriente es muy seguida en Francia en autores como Renouard³ quien señala que existen cosas que son aprovechables y otras inaprovechables, pudiendo ejercer derecho de propiedad solamente sobre las primeras, derivando la legitimidad del ejercicio de dicho derecho de la necesidad de que su objeto sea susceptible de apropiación exclusiva por parte del propietario a fin de evitar un caos social.

Por otra parte, cuando se habla de los bienes inaprovechables se sostiene que estos forman parte del patrimonio del género humano, se consideran como riquezas universales y la apropiación de una persona de manera exclusiva de uno de ellos, sería injusto ya que el valor de este bien o cosa no desaparece por el hecho de que sea aprovechada o explotada por todos. Así al hablar de propiedad intelectual se habla de una institución de carácter excepcional una creación convencional del derecho positivo a través de la cual el autor puede realizar la explotación de su obra considerándose los derechos de autor como derechos de trabajo, en virtud de los cuales la sociedad que se aprovecha de la publicación para asegurarla debe pagar al autor un precio proporcional a los beneficios que implica la creación.

CRITICAS. La idea de recompensa del autor solo es la razón moral del derecho y no este en si mismo. Por otro lado se habla de la recompensa como contraprestación por el aporte realizado con la creación de una obra pero como vimos toda obra que cumpla con los requisitos para su protección dará lugar al derecho de exclusividad mas allá del verdadero aporte que signifique.

³ Renouard, A.C.: Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts, citado por Julio ledezma, ob cit. Pag.94

Se señala además que al no existir la sociedad como persona es el Estado quien contrata, por lo que la convención debería surtir sus efectos respecto a este y no en lo que atañe a todos y cada uno de los que lo integran.

DERECHO INTELECTUAL.-

Teoría planteada por autores como Picard y Kohler, quienes nos hablan de derechos intelectuales y bienes inmateriales respectivamente y consideran que los derechos de autor a la par de otros derechos intelectuales no pertenecen a los derechos reales ni pueden ser calificados entre otros de propiedad siendo para ellos necesaria la creación de una nueva categoría de derechos, de manera textual Picard ⁴ señala “ todo derecho se compone de tres elementos: un objeto, un sujeto y una relación que uniendo al sujeto con el objeto concreta el alcance y naturaleza de su ejercicio. Pero de estos tres elementos solo el objeto puede servir de base para una clasificación ya que el sujeto siempre es el hombre y la relación jurídica es infinitamente variable”.

Basándose en la clasificación tradicional en derechos reales, personales y obligacionales, se entiende que las producciones intelectuales, artísticas, literarias, etc. han sido tradicionalmente incluidas entre los derechos reales sin considerar la diferencia entre la propiedad común y la propiedad de concepciones intelectuales.

Hablan así de que la propiedad de concepciones artísticas, literarias industrial de marcas, modelos y otras del ámbito intelectual por razones varias están limitadas en su duración al contrario de lo que sucede con la propiedad ordinaria que tiene la característica de ser perpetua. Por otra parte, la propiedad se afirma en el mundo físico y esta dotada de impermeabilidad es decir al pertenecer algo a determinada persona no puede pertenecer al mismo tiempo a otro, en el caso de las obras puede existir una reproducción ilimitada de

ejemplares. Concluye señalando que existe una diferencia entre la naturaleza de una res material y una intelectual, por lo que al lado de los derechos personales, derechos de las obligaciones y derechos reales haya lugar para una cuarta categoría; la de los derechos intelectuales, que por la naturaleza de los objetos a los que se aplican responde a la realidad.

CRITICAS. Se señala que no basta hacer puntualizaciones en cuanto a las diferencias existentes entre propiedad de cosas en general y propiedad intelectual, dejándose sin aclarar el contenido la naturaleza y límites de ese pretendido derecho intelectual.

Se señala además que lo que se debe tener en cuenta es la relación existente entre el titular y el objeto.

Köhler⁵ por su parte, plantea su teoría de los bienes inmateriales y señala que la obra intelectual es propiedad del autor y que la ley debe garantizar esta propiedad al igual que cualquier otra, encontrando la distinción en que nos encontramos frente a una propiedad inmaterial, por lo cual el carácter de las leyes que la amparen debe ser particular y en directa relación con el carácter inmaterial del bien objeto de esta. Despliega su teoría partiendo de la afirmación de que los bienes inmateriales tienen su origen en la creación del intelecto, misma que en la fase de dominio intangible no es susceptible de protección, mientras que cuando se manifiesta por medio de su materialización en el mundo exterior confiere a su autor un derecho exclusivo y absoluto diferente al derecho de propiedad, no sólo porque consiste en la explotación económica de una entidad que excede los medios y las formas que la representan sino por su carácter temporáneo. Señala que aunque existen características similares a la propiedad de bienes materiales existen también diferencias esenciales, encontrando entre las similitudes el goce absoluto y exclusivo del derecho y que el mismo es separable de la persona del

⁴ Picard, Edmundo: Pandectes Bekges, citado Julio Ledesma, ob. Cit pag. 97

⁵ Köhler, José: Manuale delle privative industriali, citado por Ledesma ob.cit. pag.99

titular, en cuanto a las diferencias plantea esencialmente la temporaneidad, pues lo que hasta cierto momento le pertenecía al autor pasa a dominio de la comunidad.

CRITICAS. Se ha criticado esta teoría porque se ha señalado que no ha estructurado un verdadero contenido pues realiza análisis y cambia la terminología pero no modifica las concepciones jurídicas.

DERECHO DE PROPIEDAD. -

Diferentes autores son partidarios de esta teoría entre ellos podemos nombrar a Ihering ⁶ quien postula que aunque la protección jurídica de la propiedad incorporal toma una forma algo distinta respecto de la propiedad ordinaria interviene la misma idea básica de goce exclusivo de una cosa. Esto se puede ver en el contenido idéntico de ambos derechos pues el titular de un derecho incorporal tiene un derecho primario y pleno al igual que el titular de una cosa corporal. Postula el autor que el referido derecho se refleja en el concepto de destino exclusivo permanente del bien, sea material o inmaterial, en provecho de la persona.

Señala además en cuanto a la tutela de ambos derechos que existe una protección absoluta, termina su exposición con la aseveración de que “no es exigir demasiado del pensamiento jurídico para trasladarlo de la noción de derecho sobre objetos corporales a la de objetos incorporales, aquel cuya concepción no pueda llegar a esto deja de ser jurista”.

El doctrinario Bry ⁷ señala que la idea de derecho de propiedad ha sido criticado

⁶ Ihering, Rudolf Von: Actio injuriarum. Des lésions injurieuses en droit romain et en droit francais, Paris 1888, ps148 y ss, citado por Julio C. Ledesma.

⁷ Bry, Jorge citado por Ledesma ps 103 y 104.

porque se confunde la idea de propiedad con valor comercial, la riqueza resultante de su creación. Aclarando además que no se debe confundir las reproducciones materiales con el tipo inmaterial que surge de la creación, un derecho propio que se ejerce en relación directa con la cosa inmaterial de una manera absoluta y exclusiva, lo que constituye los caracteres de toda propiedad. De manera más simple Couhin⁸ señala que al igual que la propiedad minera y otras análogas la expresión propiedad intelectual se constituye en una propiedad de naturaleza especial que importa un conjunto de reglas particulares.

CRITICAS. La principal crítica se centra en la falta de un objeto material, se parte de la clasificación que realiza el derecho romano en cosas corporales e incorporeales y que al ubicarse la propiedad entre las cosas corporales no se puede hablar de propiedad en el caso de los derechos por obras intelectuales. Al respecto Ihering señala que la propiedad es una res incorporalis con igual título que los otros derechos reales y cuando se la transfiere lo transferido no es la res corporalis sino el derecho de la res incorporalis. Aclara que este error de concepción proviene del derecho romano que poco a poco llegó de un punto de vista materialista a una visión inmaterial.

Ahora bien, parecería claro que si bien en el derecho romano se dio la posibilidad de reconocer a las cosas incorporeales calidad de derecho real son los tratadistas modernos los que le dan un análisis más profundo al tema, con autores como Aubry y Rau⁹ que parten de la concepción de que los objetos del derecho civil pueden ser corporales o incorporeales, señalando que no se puede negar la existencia de derechos reales sobre bienes incorporeales, mas allá de la variación de contenido en relación con el que se ejerce sobre las cosas corporales, ya que la relación jurídica no puede substraerse a la naturaleza del objeto al cual se refiere.

⁸ Couhin, Claudio : citado por Julio Ledesma, ob.cit. pag 104

⁹ Aubry y Rau: Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharix, Paris, 1869.

Por nuestra parte consideramos que si nos encontramos en frente de un derecho de propiedad, solo que el mismo adquiere características especiales en relación con el objeto al cual se refiere es decir a un objeto inmaterial, por ese carácter inmaterial de su objeto, se permite usarlo simultáneamente y reproducirlo de manera indefinida. Es un derecho de propiedad limitado en el tiempo que aunque se constituye dentro de la esfera del derecho privado, el Estado tiene marcada injerencia en la protección jurídica del mismo en consideración a los alcances socio económicos de la violación de este derecho.

II EL DERECHO DE AUTOR EN RELACION AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Como es de nuestro conocimiento las normas tienen por objeto la tutela de diferentes bienes jurídicos, en el caso de la propiedad intelectual han surgido diferentes tendencias que buscan establecer el bien jurídico protegido, en un estudio dirigido a solucionar este problema Díaz y García Conlledo clasifica las tendencias doctrinales en tres posturas, la de la naturaleza moral, la de la naturaleza patrimonial y la de la naturaleza mixta del bien jurídico protegido, existiendo variables inclusive dentro de cada grupo.¹⁰ Sintetizando las posturas se puede decir que la primera relacionan la tutela al reconocimiento del derecho a la libre creación literaria, artística, científica y técnica, es decir que se tiene por finalidad la protección a perpetuidad de la personalidad del creador ante las posibles lesiones a su capacidad o calidad inventiva, constituyéndose en una especie de prolongación de la personalidad. Es por eso que el derecho moral esta estrechamente relacionado con la facultad personal del autor que tiene su génesis

¹⁰ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido», *ADPCP*, 1990, págs. 803-857. Cfr. asimismo, LATORRE, *op. cit.*, págs. 35 y ss.

en la creación originada por producto de su ingenio y de contacto con el campo de la axiología.

Se señala además que la evidencia de la existencia de un derecho moral se encuentra en que aunque se realice un determinado contrato por el cual se produzca la cesión de los derechos de explotación, el derecho moral por el cual se reconoce a una persona como autora de una obra no es transferido y queda permanente.

La segunda postura plantea que lo que se protege es el derecho de explotación patrimonial exclusiva que tiene el propietario o autor de una obra, quien podrá beneficiarse de cualquier rédito económico producto de publicación, reproducción representación interpretación, etc.

Por último la postura mixta plantea con diferentes acotaciones el reconocimiento de ambos derechos como tutelados como bien jurídico, en el caso de autores como Nicolás García Rivas¹¹ deben distinguirse dos aspectos del fenómeno de la creación de una obra el derecho de crear por una parte, y los derechos derivados de dicha creación es decir que en el primer caso se habla de un derecho general de toda persona de acuerdo a sus facultades de convertirse en creador aunque en la realidad no todos lleguen a serlo y por otra parte de la protección que nace de la creación en sí de la obra que por supuesto no tiene carácter personal puesto que al concretarse la posibilidad creadora deja de ser innata a todas las personas.

¹¹ **Nicolás García Rivas** Catedrático de Derecho Penal
LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995, obra en la cual hace referencia a La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 9 de diciembre de 1985 expresa nítidamente esta doble vertiente jurídica del ingenio humano: una cosa es el «derecho a ser autor», como capacidad potencial de toda persona para crear una obra literaria, artística, científica o técnica, y otra bien distinta el «derecho de autor», como haz de facultades pertenecientes al creador y que tiene por objeto la obra ya creada:

Ahora bien nosotros consideramos que se debe hablar de la existencia de un derecho con componentes morales y patrimoniales puesto que una persona tiene derecho a que se le reconozca la autoría de una obra desde dos perspectivas, en primer lugar por el premio subjetivo de reconocimiento de sus cualidades que han determinado la creación de una obra única en sus características y en segundo lugar tomando en cuenta la explotación material que se pueda tener de esa obra de características únicas, por lo tanto el bien jurídico esta integrado por la facultad creadora como por el derecho patrimonial que pueda resultar de la explotación de las obras producto de dicha facultad.

A.- DEFINICION Y CONTENIDO

Una vez visto el bien jurídico protegido por el derecho de autor nos corresponde analizar las definiciones que del mismo existen. Por ejemplo la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia¹² define como derecho de autor “ la protección que le otorga el estado al creador de toda obra literaria o artística desde el momento de su creación y por un tiempo determinado” definición que nos parece simple pero adecuada si observamos que se realiza una complementación en la cual se señala “ el derecho de autor protege la originalidad, la habilidad y el trabajo del autor. No obstante, desde el punto de vista práctico, sólo es posible proteger la creatividad cuando esta adquiere una materialización formal...”, por su parte Delia Lipsyc¹³ señala que “ el derecho de autor regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales.

¹² En una obra publicada por dicha institución GENESIS Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR de 1995

¹³ en su obra DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS obra publicada por la UNESCO 1993

Por otra parte el Dr. Raúl Medrano Vidal¹⁴ señala que derecho de autor “ es la rama del derecho que protege las creaciones de carácter literario, artístico y científico y aclara que las obras artísticas, literarias o científicas son creaciones originales como expresión propia del creador”.

A fines del presente trabajo nos animamos a esbozar nuestra propia definición considerando que derecho de autor ” es la rama del derecho que se encarga de la protección de los derechos morales y patrimoniales que son resultado de la creación de una obra artística, literaria o científica, siempre que dicha obra por su carácter original represente reflejo del trabajo intelectual de su creador”

Ahora bien tanto en las definiciones que hemos visto como en la esbozada podemos a fines aclarativos y siguiendo el convenio de Berna¹⁵ decir que se entiende por obras literarias y artísticas todas las producciones en el campo literario, científico y artístico cualquiera que sea el modo 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

¹⁴ Director Nacional de Derecho de Autor de Bolivia, varias gestiones hasta el 98, el año 95 en su calidad de Coordinador Nacional del Programa Lucha Anti- Piratería, La Paz, se encarga de la realización de seminarios y cursos varios sobre la protección a los derechos de autor y propiedad intelectual, tomándose la presente definición del SEMINARIO NACIONAL DE LA OMPI SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL PARA JUECES Y FISCALES DE BOLIVIA EN Sucre del 24 a 27 de julio de 1995.

¹⁵ GUIA DEL CONVENIO DE BERNA para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971) publicada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Bolivia se adhiere a esta convención el noviembre de 1993 adheriéndose con las modificaciones del acta de París de 1971.

arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

Habiendo delimitado el bien jurídico que protegen los derechos de autor así como teniendo una definición podemos realizar un análisis del contenido del derecho de autor, es así que partiremos de que consideramos el derecho de autor en un doble ámbito el moral y el patrimonial, desde es punto de vista tenemos:

1. - El derecho moral

Este derecho surge de la consideración de que el autor al realizar una obra trasmite su propia visión de la realidad expresa sus ideas se puede decir que refleja parte de sí mismo, de ahí que se deba reconocer su absoluto gobierno sobre obras que son continuación de su esencia, este derecho moral se traduce en prerrogativas amplias y exclusivas que de inicio tienen carácter de perpetuidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad, estas prerrogativas se pueden resumir en las siguientes:

- Derecho de reconocimiento de la paternidad de su obra, pudiendo a tal efecto realizar la reivindicación correspondiente en todo tiempo, ya sea para la utilización de su nombre en la obra original o en cualquier otra forma de uso de las misma o por el contrario a efectos de que se mantenga el anonimato o se establezca la utilización de un seudónimo.
- El derecho a determinar la divulgación o la mantención inédita de la obra.
- Derecho a la integridad de su obra, es decir a determinar la publicación o divulgación de su obra con todas las características dadas por su persona, pudiendo oponerse a cualquier mutilación alteración o difamación que desvirtúe la naturaleza de la obra o baya en contra de su propia honra.

- El derecho a la retractación, que se relaciona con la posibilidad de retirar su obra del comercio, ya sea por cambio de sus convicciones o por utilización no acorde al objetivo inicial de la creación de la obra.

2. - El derecho patrimonial.

En segundo lugar podemos hablar del derecho patrimonial, que surge porque el producto de el intelecto manifestado en una obra puede generar a través de su explotación beneficios económicos para el autor, se puede resumir estos derechos patrimoniales en los siguientes:

- Reproducción de la obra en forma material.
- Comunicación pública de la obra en forma no material por medio de la representación y ejecución pública.
- La transformación de la obra ya sea con su traducción modificación o complementación e incluso se habla de la adaptación en versiones para guión de obras teatrales musicales o cinematográficas.
- El derecho de distribución que comprende la venta, alquiler e importación.

La diferencia fundamental de estos derechos radica en que no tienen el carácter personalísimo de los primeros ni el carácter de intransferible pudiendo ser transferidos a otras personas ya sea naturales o jurídicas., además de que tienen un término de vigencia que varía según las legislaciones en el caso de nuestra ley de Derechos de Autor se establece una vigencia de 50 años después de la muerte del autor..

B.- REQUISITOS PARA LA PROTECCION DE UNA OBRA.-

Hemos visto hasta ahora como el derecho de autor busca la protección de los derechos patrimoniales y morales surgidos como consecuencia de la creación de una obra, surge pues la pregunta de que se debe entender de manera general como obra, así como cuales son los requisitos que debe tener la misma para ser objeto de protección del derecho. Es pues necesario establecer si determinada manifestación intelectual es tutelable en la esfera de los derechos de autor, o estar sujeta al derecho común, siendo por lo tanto necesario la existencia de una definición, o una norma general que establezca los requisitos necesarios para que una obra se considere tutelable. Existiendo el problema en nuestra legislación como en otras de la inexistencia de definiciones que nos aclaren que se debe entender por obra o producción científica o artística, hecho que se puede evidenciar del artículo 6 de la Ley de derechos de Autor que hace mención a obras literarias artísticas y científicas, cualesquiera que fuere su modo de expresión, sin establecerse las condiciones o características que una obra deba tener para considerarse de esa clase, existiendo un simple listado descriptivo y no limitativo de obras especialmente protegidas.

Este punto para algunos doctrinarios puede constituirse en un problema si se analiza los siguientes puntos:

1. - La dificultad no solo normativa sino también doctrinal para dar una definición de lo que se entiende por arte pues existe diferentes parámetros mas de carácter subjetivo y de apreciación personal que son los que permiten establecer que determinada obra es artística, si vemos por ejemplo el caso de obras como el David de Miguel Angel, La Gioconda de Da Vinci serán reconocidas por cualquier persona con un nivel cultural promedio como obras de arte aunque en realidad las mismas no les inspire absolutamente nada, por otra parte el ojo común podría no encontrar diferencia entre una obra abstracta y el lienzo utilizado

por un pintor para limpiar sus pinceles. Surge pues la pregunta si a efectos de determinar el valor artístico y derecho de protección debe haber un estudio de entendedores del tema pictórico escultórico o musical, etc.

2. - La ciencia jurídica tiene como precepto la existencia de normas que se constituyen en paradigmas constantes sobre la base de los cuales el juez pueda realizar el estudio correspondiente en la infinidad de casos que se le presenten en el ejercicio de su función.

Nosotros consideramos, en cuanto a estos dos problemas que el punto fundamental a considerarse es que una obra se encuentra protegida mas allá de su valor artístico, especialmente si consideramos que la apreciación de una obra como artística esta netamente ligada a aspectos subjetivos, siendo que lo que nos interesa es proteger la creatividad, la expresión del ingenio de las personas, no siendo necesario que expresión sea sinónima de talento, especialmente si recordamos que diferentes obras en su momento fueron criticadas por su falta de técnica u otro elemento y en la actualidad son consideradas como verdaderas obras de arte que han alcanzado costos inimaginables a tiempo de su creación. Así lo que pretendemos es encontrar ciertas condiciones o características por las cuales una obra se pueda considerar de manera cierta como tutelada por los derechos de autor.

La doctrina y las legislaciones han planteado diferentes requisitos, pero consideramos que en los que se coincide y son de mayor importancia son tres:

1. - ORIGINALIDAD.

El requisito que se constituye en el unánimemente aceptado y más importante para la tutela de una obra es que la misma sea original, es decir que exista un proceso de creación, estamos aquí hablando del derecho de propiedad exclusivo

que tiene el autor de todo aquello que hubiere creado, siendo necesario que el esfuerzo intelectual realizado tenga características propias, el derecho de autor se integra así con los resultados de la acción creadora, los elementos destacados de la personalidad de su autor que le dan a la obra lo que se ha venido a llamar originalidad.

La originalidad tiene ciertas características que veremos a continuación:

- a) **Es un concepto relativo.**- Puesto que no se puede entender originalidad como crear algo de la nada, debemos considerar que las creaciones de la inteligencia humana siempre tienen base en conocimientos previos, estando la verdadera importancia de una obra original en que transmita el trabajo intelectual del autor, que se pueda ver lo algunos han llamado su sello personal.

Existen autores que consideran como característica independiente la no extrañeza a la técnica entendida como el conjunto de conocimientos prácticos revestidos de cierta habilidad especializada que utiliza el autor en la producción de la obra, pero desde nuestro punto de vista esta en directa relación con el carácter relativo de la originalidad pues una obra puede demostrar la existencia de escuelas pictóricas, literarias, como expresión de conocimientos previos, al igual que lo son la educación, conocimiento de la materia que se constituyen en el uso de conocimientos adquiridos que puede dar lugar a la semejanza de estilos, pero nunca de resultados.

- b) **Es ajena a la valoración de la obra.**- Se dice que al hablar de la originalidad debemos separar la obra de su carácter artístico, creemos que este punto esencialmente se refiere a que no interesa si determinada obra puede ser catalogada como obra de arte, ser buena, mala o simplemente mediocre, especialmente si recordamos que dichas apreciaciones son relativas debido a

la ya mencionada apreciación subjetiva que puede cambiar de acuerdo al medio social y el tiempo en que se realice la valoración.

- c) **Es íntegra al aporte personal del autor.**- Esta característica se puede ver como la máxima expresión de la originalidad, y se sintetiza en que la obra refleje de cierta manera la identidad del autor, que obviamente por similar que sea con otras tendrá algo que la distinga.

2. – MATERIALIZACION Y FIJACION.-

Este requisito, parte de la concepción de que no se puede proteger ideas siendo necesario que las mismas se exterioricen de una manera tangible, es decir que la protección comenzará en el momento que un grupo de ideas que se constituyen en algo abstracto se conviertan, se transformen en algo concreto y apreciable por terceras personas, es necesario que la obra se haya exteriorizado en modo concreto o sensible.

La fijación, por su parte se refiere a la materialización de una obra mediante su plasmación en un soporte material, adquiriendo importancia puesto que en gran parte de las legislaciones es el punto de partida para la protección de una obra. El convenio de Berna en su artículo 2, párrafo 2) establece de manera textual "...queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros, no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material".

El convenio deja abierta esta posibilidad en consideración de que algunos legisladores consideran que a efectos identificativos y de delimitación de una obra, de las aportaciones del autor y las que se produzcan de manera posterior es necesaria la existencia de cierta forma material, entendiéndose a la fijación como una forma de prueba de la existencia de la obra.

No obstante para otras escuelas la fijación no debe ser condición indispensable para la protección de la obra, señalan que por ejemplo puede existir material cinematográfico, películas no fijadas que igualmente necesiten protección. Es en este sentido que ante la existencia de posturas diversas el convenio no toma parte atribuyendo a la ley nacional la facultad de subordinar la protección a la fijación de la obra en un soporte material.

En el punto que si consideramos es necesaria realizar una aclaración es en el tema de lo que es la materialización y la ejecución, en el caso de la primera existe un instrumento concreto por el cual se puede dar a conocer la obra que en este se plasma, por otro lado, cuando hablamos de ejecución si bien existe exteriorización de ideas, mismas que pueden llegar a conocimiento de una cierta audiencia, terminada la ejecución no existe evidencia fáctica de la existencia de ese grupo de ideas que fue ejecutado. Sin embargo, es también aceptado por muchas legislaciones la reiterada ejecución de una obra como materialización de la misma.

3. EXPRESIÓN.

Este último requisito parte de que no se puede proteger una idea en sí misma sino la forma de expresión que esta adopte, William Strong ¹⁶ nos da un ejemplo simple que clarifica este punto, señala que un crítico literario que publica una nueva teoría sobre la estructura de una novela, no puede obtener los derechos de autor sobre esta teoría; solo puede proteger la expresión escrita de la misma.

¹⁶ William S. Strong "El libro de los derechos de autor" Buenos Aires, 1995 pag 22

Este requisito sin embargo podría dar lugar al planteamiento de una serie de cuestionamientos en cuanto a donde se puede fijar el punto exacto que divide a la idea de su expresión, en que momento una idea básica adquiere ciertas características que la convierten en expresión única de su autor y por tanto protegible por los derechos de autor. ; especialmente si tomamos en cuenta que ciertas ideas encuentran en la utilización de ciertos elementos su única o una de las pocas formas razonables de utilizarse prácticamente.

Creemos en todo caso que este requisito ha sido recogido por la generalidad de la doctrina porque para el caso de los derechos de autor lo importante es la forma en que una idea se plasma, las características con las que se materializa y llega al conocimiento de la gente, es decir la forma de expresión.

III. REQUISITOS PARA SU TUTELA PENAL

En el presente título un acercamiento general al tema de los requisitos para la tutela penal de una obra, ya que realizaremos un estudio mas etallado a tiempo e realizar el análisis de nuestra Legislación.

Como es de nuestro conocimiento las diferentes ramas del derecho protegen diferentes bienes jurídicos, en el caso del derecho penal la protección que realiza se limita a bienes jurídicos de relevancia constitucional, es decir aquellos que por el ordenamiento jurídico son considerados como de extrema importancia y cuya violación da lugar a un quebrantamiento del orden jurídico que debe ser restaurado, hablamos aquí del carácter fragmentario del derecho penal.

En el caso de los derechos de autor vemos como en la actualidad ha sido reconocida su importancia por todas las legislaciones y por la comunidad internacional en general, por lo que en primera instancia se podría decir que el derecho de autor debe ser objeto de tutela penal, ahora las características

especiales o requisitos para la tutela de una obra estarán en directa relación con las características de la legislación de cada país sin embargo podemos mencionar de manera general algunos de los aspectos en los que se ha coincidido a tiempo de hablar de los requisitos para la tutela penal siendo estos:

1. - Que se trate de una obra protegida, es decir que dicha obra sea considerada dentro de los ámbitos del derecho de autor por las características de la misma.
2. - Que la utilización no se haya realizado al amparo de una de las limitaciones del derecho de autor. Esta condición es lógica puesto que ante la existencia del consentimiento del autor o del titular u otra circunstancia que de carácter de lícita a una conducta no se podría hablar de la comisión de un delito.
3. - Que el plazo de protección se encuentre vigente, es decir que no se haya extinguido el derecho.
4. -la existencia de dolo en el agente, puesto como veremos mas adelante este delito solo puede configurarse como doloso.
5. - El ánimo de lucro. Que es uno de los elementos subjetivos incorporados en la mayoría de las legislaciones actuales, cuyo análisis veremos a tiempo de revisar nuestro Código Penal.

CAPITULO II

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA SOBRE DERECHOS DE AUTOR

I ANTECEDENTES NORMATIVOS GENERALES

No existe consenso en cuanto a los diferentes momentos de evolución de los derechos de autor, hay quienes por ejemplo hablan del origen de los mismos de manera conjunta con la invención de la imprenta en el siglo XV, sin embargo ciertas técnicas de impresión ya eran conocidas en China y Corea siglos antes de Gutenberg y su tipo móvil.

Antes de que se reconociera el derecho patrimonial del autor se había tomado conciencia de su derecho moral, en Grecia y en Roma el plagio se condenaba por deshonoroso y los griegos ya disponían de medios para sancionar el plagio literario. Los autores romanos eran conscientes de que la publicación y utilización de una obra ponía en juego derechos intelectuales y morales.

Volviendo a Gutenberg vemos que si bien no fue el origen de los derechos de autor si tuvo fuerte influencia en el desarrollo del mismo puesto que antes del tipo móvil los libros en Europa eran escasos, con la imprenta se bajaron los costos de edición y correlativamente aumento la difusión de los libros, permitieron la impresión de manuscritos y su reproducción en grandes cantidades con la correspondiente distribución al público. Así las obras se transformaron en objetos de comercio y fuente de lucro para sus autores, siendo los primeros beneficiados de este nuevo comercio los impresores a quienes se otorgó el derecho de imprimir manuscritos antiguos y posteriormente obras contemporáneas.

Es así como los libreros realizaban todas las actividades relacionadas con la difusión de las obras escritas, impresión publicación y venta, debiendo a dicho efecto adquirir equipos que aumentaba el monto de su inversión, asimismo aumentó la competencia, a veces debida a especuladores que imprimían libros ya publicados. Así, a fines del siglo XV, junto con la consolidación de la actividad editorial, nació la piratería de las obras.

En el continente europeo las autoridades civiles y clero comprendieron la importancia de la imprenta y el poder que representaba, por lo que los soberanos se vieron inducidos a otorgar a algunos editores los derechos exclusivos de publicación de determinadas obras, utilizando ese sistema para controlar y censurar la producción de los editores y vigilar la prensa. Caracterizándose fines del siglo XV y comienzos del siglo XVIII se promulgaron diversos decretos y leyes de concesión de derechos exclusivos.

En el siglo XVIII con el surgimiento de las doctrinas liberales y un posterior periodo hasta de cierta anarquía se derrumbó el sistema de monopolios, teniendo los libreros y editores que defender sus privilegios invocando la teoría de la propiedad intelectual.

Así en Inglaterra, La Stationers' Company influyo para el establecimiento de algún tipo de protección a la propiedad intelectual, el 11 de enero de 1709 se presentó a la Cámara de los Comunes un proyecto de ley que se transformo en ley del 10 de abril de 1710, conocida como Ley de la reina Ana, que se constituye en la primera ley sobre derechos de autor. Por esta se confirió a los autores de obras ya impresas el derecho exclusivo de imprimirlas por el plazo de 21 años desde su promulgación, en el caso de las obras inéditas, la vigencia de los derechos de autor era de 14 años, con posibilidad de renovación por el mismo lapso de tiempo.

Esta ley limitaba su protección a los libros dejando al desamparo otras obras como dibujos y obras de arte surgiendo movimientos tales como los del artista inglés Hogarth que desencadenó la promulgación de la ley de grabadores de 1735.

En Francia por otra parte el rey Luis XVI dicto seis decretos que sentaron nuevas bases para la impresión y edición. Posteriormente con la revolución en 1789 la Asamblea Constituyente decidió suprimir todos los fueros individuales y así

también los privilegios de los autores y editores, una vez superado el estado de convulsión se dictó un decreto sobre derecho de autor en 1791 por el cual se sancionó el derecho de ejecución y representación y otro de 1793 que confirió al autor el derecho exclusivo de reproducción.

En Estados Unidos las primeras leyes sobre derechos de autor precedieron a la revolución francesa como al movimiento emancipador, la ley de 17 de marzo de 1789 del estado de Massachussets, que sancionaba la protección de los derechos de autores, disponía “ no existe forma alguna de propiedad que pertenezca de manera tan singular al individuo como la que resulta de la labor de su intelecto”

Al poco tiempo se vio la necesidad de una ley federal de protección de los derechos de autor. La Constitución de los estados Unidos facultó al Congreso para “fomentar el progreso de la ciencia y de las actividades artísticas útiles, garantizando para ello a los autores e inventores el dominio exclusivo de sus respectivos escritos y descubrimientos durante periodos determinados “.

La primera ley federal de derechos de autor de 1790, consagró la protección de libros, los mapas y las cartas marítimas. Existe así en diferentes países antecedentes de la creación de los derechos de autor España 1762, Prusia 1794, Rusia 1830, etc. evolucionando de diferentes maneras en los diferentes países pero con contenidos básicos similares.

II.1 PROTECCIÓN INTERNACIONAL.-

A comienzos del siglo XIX, numerosos estados, incluidos algunos países de América latina, ya habían promulgado leyes nacionales sobre derecho de autor, con modificaciones periódicas, no obstante dichas leyes eran relativamente fragmentarias y las modificaciones no alteraron su alcance territorial y con el

desarrollo de las relaciones internacionales traducción de obras a distintos idiomas era necesario proteger a autores mas allá de sus territorios de origen.

La primera forma de hacer extensiva la protección a las obras extranjeras, consistió en incluir disposiciones especiales de reciprocidad en las leyes nacionales. No obstante, dichas medidas no eran eficaces y se vio la necesidad de creación de instrumentos internacionales multilaterales es así que a finales del siglo XIX en 1886 se firma el primer acuerdo multilateral: el Convenio de Berna para la protección de Obras Literarias y Artísticas. En el siglo XX se firmaron varios acuerdos de los que fueron partícipes los países americanos y es en 1952 que se aprobó la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

II LEGISLACIÓN BOLIVIANA.

II.1 ANTECEDENTES NORMATIVOS

Al hablar de nuestra legislación podemos señalar que los antecedentes relacionados con el tema de los derechos de autor son dispersos y sin ninguna sistemática, el primer antecedente normativo lo encontramos en un decreto sobre propiedad literaria y artística de 13 de agosto de 1879, que partía de la consideración básica de que la propiedad literaria y artística es inherente a las facultades constitucionales de publicar los pensamientos por la prensa y ejercer toda industria lícita. El 13 de noviembre de 1909 se dicta la Ley de Propiedad Intelectual, cuyos rasgos esenciales eran:

- 1- La propiedad intelectual comprende las obras científicas artísticas y literarias.
- 2- Se ejerce por los autores, los traductores, los editores, por los que realizan compendios o extractan con permiso del autor, por los herederos, por los

autores de mapas planos y diseños científicos y por los compositores de música, pintores, escultores, etc.

- 3- Se preveía una protección por toda la vida del autor mas treinta años después de su muerte.

Posteriormente encontramos a la Ley de 15 de enero de 1945 sobre propiedad intelectual, que complementa algunos aspectos de la anterior en materia de ejecución, publicación de la obra. El mismo año, se dicta la Ley de 30 de octubre que aclara algunos conceptos de la ley que le precedió, en relación a la autorización para la ejecución de obras musicales impresas y la música en material discográfico.

En base a estas tres leyes se fueron dictando una serie de decretos reglamentarios, entre los que podemos mencionar a l Decreto Supremo de 27 de febrero de 1949 sobre ejecución y publicación de obras literarias científicas o musicales, el Decreto Supremo de 14 de mayo de 1957, que prescribe la obligación del depósito de dos ejemplares de toda obra impresa en el país o el extranjero en la Biblioteca Nacional de Sucre y un ejemplar en la Biblioteca el Congreso Nacional de La Paz. El Decreto Supremo de 11 de noviembre de 1960, reglamento de los servicios radioeléctricos, que plasma la obligación de las empresas de radiodifusión de reconocer y pagar por concepto de derechos de autor por la transmisión de obras literarias y artístico musicales. El Decreto Supremo de 17 de enero de 1968 que reitera la obligación de depósito de los libros folletos o revistas. Se dictaron además una serie de resoluciones ministeriales sobre diferentes aspectos de la propiedad intelectual.

Así vimos como se fueron dictando una serie de disposiciones sobre la protección de los derechos de autor, hasta la promulgación de la Ley 1322 “ Ley de Derechos de Autor” de 13 de abril de 1992, cuyo análisis realizaremos en un punto posterior al presente.

II.2 BOLIVIA Y LA NORMATIVA INTERNACIONAL

Al igual que en otras materias nuestro país ha firmado y posteriormente ratificado una serie de instrumentos internacionales relacionados de manera general a la protección de la propiedad intelectual y específicamente sobre la protección a los derechos, pasamos a hora a citar los mismos:

- Convenio de Roma, ratificado por Ley No 1476, en vigencia desde 24 de noviembre de 1993
- Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, ratificado por Ley No 1439, en vigencia desde el 4 de noviembre de 1993
- OMPI Convención Universal , ratificado por Ley No 1438, vigente desde el 6 de julio de 1993
- Acuerdo de Cartagena , Decisión 351, régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos.

II.3 LEY DE DERECHOS DE AUTOR

Todas las disposiciones vigentes hasta la promulgación de la Ley de derechos de autor, se habían quedado relegadas ante el avance científico y tecnológico, surgiendo el reto de la creación de una nueva ley que reúna el progreso y avance la la ciencia jurídica con el avance de otras ramas científicas, así, en un trabajo coordinado con la Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI, dio lugar a la promulgación de una ley que adecue nuestra legislación a las transformaciones jurídicas vigentes mundialmente sobre el tema.

Así como una necesidad jurídica el 13 de abril de 1992 se promulga la Ley 1322 “ Ley de Derechos de Autor”, de la cual a continuación pasaremos analizar algunos de sus artículos relacionados al marco general de aplicación de la norma

y especialmente al tema de las infracciones y sanciones por violaciones de los derechos de autor.

En su artículo. 1 señala textualmente " las disposiciones de la presente Ley son de orden público y se reputan de interés social, regulan el régimen de protección del derecho de los autores sobre las obras del ingenio de carácter original, sean de índole literario, artística o científica y los derechos conexos que ella determina El derecho de autor comprende los derechos morales que amparen la paternidad e integridad de la obra y los derechos patrimoniales que protegen el aprovechamiento económico de la misma. Además del acervo cultural de la nación".¹⁷

Este artículo nos muestra el alcance de la protección de la ley y en consideración a los apuntes doctrinarios previamente vistos podemos señalar que nuestra Ley asume a postura de un bien jurídico mixto puesto que se protege el derecho sobre las obras como producto del ingenio y como objeto de aprovechamiento patrimonial. Por otra parte consideramos interesante la inclusión del último párrafo referido al acervo cultural de la nación pues sale del marco original de protección de los derechos de autor en el entendido de que si bien existe una protección de las obras como pertenecientes al patrimonio de la comunidad y en última instancia de la humanidad entera, la protección esencial de los derechos de autor atañe como el mismo texto de la ley lo señala al derecho moral y patrimonial del autor de una obra y no a las manifestaciones culturales que tienen un carácter único desde el punto de vista de identidad nacional y cultural, pero no desde el punto de vista de un autor que la ha creado y dado ha conocer, siendo que por el contrario este tipo de manifestaciones adquiere ese carácter de acervo cultural en el momento en el que se ha asimilado como expresión propia de toda una comunidad o nación.

¹⁷ Esta norma es concordante con el artículo 1 del Código Civil,, el artículo 1 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, artículo 2 inciso 1 del Convenio de Berna

Parece que el legislador pretendió establecer una protección a las manifestaciones culturales propias de nuestro país, ante el surgimiento de manifestaciones culturales en vecinos países que además de desvirtuar el espíritu de nuestro acervo, lo presentan como propio, sin embargo si bien esa protección es necesaria, no creemos que deba plasmarse en el ámbito de protección de los derechos de autor.

El artículo 2 de la ley, establece que el derecho de autor nace de la creación de la obra sin que sea necesario registro, depósito, ni ninguna otra formalidad para obtener la protección reconocida por la presente ley. Las formalidades que en ella se establecen son para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen.

Este artículo nos parece de suma importancia pues le da a la ley un mayor alcance al caer dentro su protección todas las obras que se hayan materializado, sin importar que se produzca su registro, lo que implica que si bien el registro da mayor seguridad sobre la titularidad de un derecho, esto no implica que una obra no registrada se encuentre desprotegida siendo evidente que en caso de controversia deberá presentarse ante las instancias correspondientes todo el material probatorio por el cual se acredite la titularidad sobre la creación de una obra o sobre los derechos emergentes de la misma.¹⁸

1. DEL CONTENIDO Y DE LOS TITULARES.

El artículo 8 de la Ley determina textualmente “ únicamente la persona natural puede ser autor, sin embargo, el Estado, las entidades de derecho público

¹⁸ En este sentido el artículo 52 de la decisión 351 determina que la protección de las obras y producciones intelectuales no esta subordinada a ningún tipo de formalidad, complementándose esta norma con el artículo 53 de la decisión que de manera expresa señala que el registro no es constitutivo de derechos ofreciendo únicamente una presunción Juris Tantum.

y las personas morales o jurídicas pueden ejercer los derechos de autor como titulares derivados de conformidad con las normas de la presente Ley”.

Nuestro Código al delimitar el contenido de los derechos de autor, consagra en su Art. 14º tanto el derecho moral como el derecho patrimonial , realizando en el primer caso un enunciado de las facultades propias del mismo siendo estas básicamente el derecho a la reivindicación de la paternidad de la obra, oposición a cualquier deformación mutilación o modificación de la misma y a la ineditud de su obra. En el segundo caso realiza un estudio más complejo describiendo de forma enunciativa estos derechos y realizando una descripción y estudio más amplio de ciertos contratos en particular.

Del análisis de estos dos artículos podemos evidenciar como el legislador delimita de manera clara en primer lugar a las personas naturales como autores, mismas que son las únicas que pueden ejercer los derechos morales, mientras que los derechos patrimoniales pueden ser ejercidos incluso por personas jurídicas que se constituyen en titulares derivados, puesto que su titularidad esta en directa relación con la celebración de un contrato con el titular originario, el autor de la obra.

2. DE LOS DERECHOS CONEXOS

Hasta aquí hemos visto los derechos de autor relacionados con la creación de la misma y con el rédito económico que se puede obtener de su explotación. Sin embargo existen los que en la doctrina se ha venido a llamar derechos conexos, que surgen no de la creación de la obra sino de las características propias que tiene la difusión de la misma por determinado artista o interprete, carácter único que determina la posibilidad de un nuevo derecho moral y un nuevo derecho material, ya que en el primer caso estamos ante las características innatas de la personalidad del interprete que se reflejan en su ejecución o interpretación y en el segundo caso

estamos frente al rédito económico que puede obtener por la explotación de ese derecho moral.

En este sentido la Ley de Derechos de Autor regula a los derechos conexos en su Título X con tres capítulos referido el primero a los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, el segundo al régimen de los productores de fonogramas, y el último a los productores de las grabaciones audiovisuales y de los organismos de radiodifusión.

a) Artistas, intérpretes y ejecutantes

Nuestra Ley, no nos da una definición de lo que se entiende por artistas intérpretes o ejecutantes, limitándose a describir como derecho fundamental de los mismos la posibilidad de prohibir la fijación y reproducción, así como la comunicación al público o cualquier otra forma de difusión de una obra interpretada o ejecutada por ellos, como habíamos visto este derecho surge del carácter singular de la interpretación o ejecución de una obra literaria musical o de otro género.

Por otra parte como mencionamos este derecho, al tener una marcación similar a l derecho de autor propiamente dicho, tienen en su contenido un derecho moral y un derecho patrimonial, ambos están consagrados en el artículo 53 de la ley, que en primer lugar determina que a efectos de difundir, comunicar públicamente una obra, deberán obtener la autorización de los artistas intérpretes o ejecutantes, lo que les permite realizar las gestiones necesarias para obtener una remuneración económica por dicha autorización y la consecuente difusión que se produzca.

Por su parte el derecho moral se encuentra expresamente descrito en el mismo artículo precitado, que señala que el artista interprete goza de derecho del reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones ya oponerse, a la

deformación, mutilación o cualquier otro atentado a su actuación y que lesione su prestigio o reputación.¹⁹

b) De los productores de fonogramas

La ley en el presente caso tampoco nos da una definición, sin embargo podemos señalar que entendemos como productor de fonogramas a la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos diferentes. Constituyéndose el fonograma como primera forma de fijación de los sonidos en el objeto de protección de los derechos de autor, y de manera derivada la persona natural o jurídica que se convierte en titular de los derechos sobre esa fijación por ser el patrocinador de la misma.

El artículo 54 de la ley de derechos de autor establece que el productor tiene respecto a sus fonogramas los siguientes derechos exclusivos:

- De autorizar o prohibir la reproducción
- De autorizar o prohibir el alquiler y la comunicación al público
- Añade el artículo incluso la distribución por cable, emisión por satélite o cualquier otro medio.

¹⁹ Se les reconocen los siguientes derechos, siguiendo básicamente los criterios marcados por la Convención de Roma de 1961. El derecho exclusivo de autorizar la reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones. Dicha autorización deberá otorgarse por escrito. --El derecho moral al respeto de la personalidad en sus dos aspectos básicos, a saber, el derecho al nombre o a ser identificado como artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones y el derecho a oponerse a toda deformación o modificación, o cualquier otro atentado sobre su actuación. — El derecho patrimonial a una remuneración o compensación económica (50 por 100 en la actualidad de lo que reciba el productor), cuando sus actuaciones estén fijadas en fonogramas publicados con fines comerciales y éstos se utilicen en cualquier forma de comunicación pública.

c) De las entidades de radiodifusión

El objeto protegido por la Ley, en el caso de estas entidades de radiodifusión, es la emisión (difusión mediante ondas hertzianas u otros sistemas sin hilos) o transmisión (difusión mediante hilos, cable, fibra óptica u otros procedimientos análogos).

Según el artículo 57, los organismos de radiodifusión gozan respecto a sus emisiones y transmisiones del derecho exclusivo de autorizar:

- 1) Su retransmisión (esto supone la emisión simultánea de un organismo de radiodifusión de una emisión o transmisión de otro organismo de radiodifusión).
- 2) Su grabación o fijación de sus emisiones
- 3) La reproducción de tales fijaciones.

En cuanto a la protección de estos derechos debemos remitirnos al ya citado artículo 52 de la ley que delimita la protección de estos derechos de manera independiente a los derechos autorales propiamente dicho sin que la protección de los primeros implique menoscabo de los segundos.

3. DE LAS VIOLACIONES AL DERECHO DE AUTOR

La ley de Derechos de autor en su Art.65 deja claramente establecido que las infracciones que vulneren sus preceptos serán de conocimiento de la judicatura penal ordinaria, no obstante, en su Art. 68 realiza una descripción enunciativa de una serie de conductas que deben ser consideradas como violación de los derechos de autor y por inferencia lógica podemos decir que esta descripción se constituye en una verdadera tipificación surgiendo una ley penal en blanco hecho que analizaremos mas adelante.

Otro aspecto que destacar de la remisión a la jurisdicción ordinaria surge de la revisión del Artículo 70 que dispone que todos los ejemplares de una obra publicados o reproducidos en forma ilícita serán secuestrados y quedarán bajo la custodia judicial hasta que se dicte sentencia. , debiendo en ejecución de sentencia procederse a la destrucción o adjudicación al titular del derecho según fuera el caso.

En su Artículo 71 determina el establecimiento de un procedimiento especial de conciliación como paso previo a la instancia ordinaria en el caso de controversias civiles. Sin embargo al no existir una disposición específica sobre el resarcimiento civil o un procedimiento para la obtención del mismo en caso de violación de los derechos de autor, se debe inferir que se deberá seguir alguna de las acciones plasmadas en la normativa procedimental civil.

II.4 CUALIDADES Y DEFECTOS.-

Entre las cualidades que se puede encontrar la principal reside en que con su promulgación se suplió normas de data muy antigua y por lo tanto con una regulación deficiente del tema, por lo que con el transcurso del tiempo dicha normativa paso a la obsolescencia ya que como era lógico con el avance de la ciencia y la tecnología fueron apareciendo nuevos medios de plasmar una obra, de reproducirla y de darla a conocimiento público, siendo necesario el establecimiento de una norma específica sobre el tema y que la misma abarcara la consideración de todos los avances tecnológicos que le atañesen.

Así la ley de derechos de autor introduce conceptos relacionados con los nuevos avances tecnológicos y plasma en sus normas el contenido de corrientes doctrinarias modernas, de estas innovaciones consideramos como una de los más importantes la no necesidad de registro como requisito para la protección de una obra como vimos previamente.

Uno de los defectos de la presente ley posiblemente el más importante radica en la inexistencia de disposiciones sobre infracciones de carácter administrativo, las sanciones correspondientes a las mismas así como el procedimiento para su aplicación, dejando que todo el aparato represivo penal deba iniciar su movimiento por la comisión de violaciones al derecho de autor sin importar la gravedad de dichas violaciones.

Consideramos que tanto por razones de economía procesal como de política criminal resultaría mas conveniente el establecimiento de un procedimiento administrativo para aquellas conductas que si bien constituyan una infracción contra el derecho de autor no tienen la relevancia suficiente como para afectar a los intereses del titular de los derechos de autor y a la comunidad en general. Parece pues lo mas lógico la aplicación de sanciones como el decomiso de mercadería y la aplicación de una multa para aquellos casos como el de los pequeños distribuidores de material pirata, ya que los mismos tienen como principal incentivo para la realización de dichas actividades la obtención de un pequeño margen de ganancia. Es así que en el caso de establecerse sanciones disciplinarias y económicas que den como resultado la pérdida del capital invertido podría desalentar el crecimiento de gente dedicada a este negocio.

No obstante, del texto de la norma parecería que el decomiso solo es factible como consecuencia del inicio de una acción penal, debiendo procederse a la destrucción de dicho material solo como consecuencia de una sentencia suponemos ejecutoriada. Siendo lo lógico que la destrucción del material pirata solo pueda darse como resultado inmediato de una sentencia condenatoria, ya que si se podría dar también en el caso de una sentencia declarativa de inocencia, no parecería lógico esperar el pronunciamiento de la misma para proceder a la destrucción correspondiente.

Consideramos pues que debe hacerse una distinción fundamental en el ámbito de protección de las normas de derecho de autor, no solamente desde el punto de vista de que intereses se desea proteger sino también de la gravedad de las infracciones cometidas, ya que en tiempos como los actuales en que las corrientes modernas del derecho han planteado el principio de intervención mínima del derecho penal, directamente relacionado con que dicho derecho es de ultima ratio, no se puede concebir que en la ley de derechos de autor no se consagre las vías administrativa y civil para la resolución de infracciones menores.

III EL CODIGO PENAL

III.1 MARCO GENERAL

Siempre que se habla de derecho penal es necesario hacer referencia a la existencia de tipos delictivos, siendo que son las penas al ser aplicadas las que dan plena vigencia al derecho sustantivo.

La doctrina moderna, ha coincidido en la necesidad de establecer una regulación penal adecuada del tema, sin embargo la mayoría de los acuerdos internacionales sobre derechos de autor no determinan una obligación para los Estados contratantes de dictar medidas represivas, dejando a la decisión de los mismos la creación de tipos penales y las sanciones a aplicarse. Siendo una rara excepción el acuerdo sobre los ADPIC (TRIPS)²⁰ prevé en su artículo 61 la obligación de las partes de establecer procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de piratería de derechos de autor (copyright piracy) 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

²⁰ ADPIC: Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio de mercancías falsificadas (en ingles TRIPS : Agreement on Trade Related aspects of Intellectual Property Rights, including trade in counterfeit goods.

correspondiente. Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. Las partes 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”

Por otra parte, la generalidad de las legislaciones del mundo han coincidido en la necesidad de tipificar conductas violatorias del derecho de autor en consideración a que una conducta contra los derechos de autor no solo afecta el derecho intelectual del autor en su aspecto moral y patrimonial, sino que también a la sociedad y su expresión cultural.

En el caso de nuestra legislación podemos ver como el Código penal de 1973 tenía regulado el capítulo DELITOS CONTRA EL DERECHO DE AUTOR, que establecía en su artículo 362 (Violación del Derecho de Autor) “El que de manera arbitraria y por cualquier medio explotare o dispusiere, publicare o reprodujere una obra literaria, científica o artística, en perjuicio de los derechos de su legítimo autor, siempre que este hubiere reservado sus derechos o los hubiere inscrito en los registros respectivos, será sancionado...”. Este artículo es posteriormente modificado por Ley 1768 y a la letra señala “ Quien con ánimo de lucro, en perjuicio ajeno, reproduzca, plagie, distribuya, publique en pantalla o en televisión, en todo o en parte, una obra literaria, artística musical, científica, televisiva o cinematográfica, o su transformación, interpretación, ejecución artística a través de cualquier medio sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus concesionarios o importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras, sin la referida autorización, será sancionado con la pena de reclusión de tres meses a dos años y multa de sesenta días”.

De un primer acercamiento a este articulado podemos rescatar los siguientes puntos:

1. - Como uno de los puntos positivos e interesantes que encontramos en dicho artículo es el de la inclusión de un elemento subjetivo en la descripción típica cual es el ánimo de lucro.
2. - Hasta cierto punto se ha superado la concepción previa de que era necesaria la inscripción de una obra en el correspondiente registro para que pueda ser tutelada, siendo que como hemos visto que si bien el registro es lo deseable, a efectos de tutela jurídica basta que una obra se haya plasmado en un soporte o que la misma se haya dado a conocer a través de ejecución u otros medios como propia de determinado autor.
3. - Por otra parte vemos como se ha retrocedido en el sentido de que el nomen juris nos habla de los delitos contra la propiedad intelectual, cuando de acuerdo a la doctrina moderna el termino propiedad intelectual es mas amplio puesto que además de abarca los privilegios de invención.
4. - En este tipo la descripción del tipo delictivo es insuficiente y al no establecer de manera clara la remisión a una ley especial como lo es la de Derechos de Autor, no podríamos hablar de una ley penal en blanco sino mas bien del surgimiento de lo que la doctrina moderna ha venido a llamar delitos especiales

III.2 EL TIPO BASICO PENAL

1. ESTRUCTURA

El precepto se compone de un párrafo, la primera parte del mismo consagra la exigencia del ánimo de lucro y la actuación en perjuicio de tercero

Ahora bien, debe entenderse que al igual que, sería atípico un alzamiento incapaz de causar perjuicio, asimismo lo será la comisión de cualquiera de las

conductas previstas en el artículo. 362 con manifiesta incapacidad para ocasionar el perjuicio requerido a un tercero; en efecto, la estructura de los delitos de intención no se agota en la realización de una conducta que, concordando formalmente con la prevista en el tipo, añade un mayor desvalor de acción por la presencia en el autor de un ánimo especial; es cierto que los delitos de peligro no exigen la causación efectiva de la lesión, pero sí que es ineludible la demostración de que el peligro existió (y no sólo aparentemente). En efecto, el principio constitucional de lesividad no se satisface incriminando conductas en las que la ofensa es sólo aparente, pues si esto sucediera se estaría condenando en realidad al autor por el intenso dolo demostrado y, en consecuencia, por manifestar su mala conciencia, lo cual iría en contra del principio de culpabilidad. De ahí que no sea típico cualquier plagio, reproducción o distribución, sino sólo bajo la condición de su aptitud para ocasionar al tercero un perjuicio económico efectivo.

2. SUJETO ACTIVO

En primera instancia se puede señalar que en esta figura típica nos encontramos con un sujeto activo general, es decir que cualquier persona puede cometer un delito de esta naturaleza ya que no son necesarias características especiales por el cargo profesión u otras cualidades para la comisión del delito, existe sin embargo un silencio del legislador sobre el modo de extender la responsabilidad penal en cuanto a las diferentes conductas que tipifica, entendiéndose la intención de establecer igual responsabilidad por cualquiera de las conductas estando en última instancia obligados a recurrir a las reglas generales sobre autoría que el Código contiene;

3. SUJETO PASIVO

Se puede inferir del análisis del tipo penal que se constituye en sujeto pasivo el titular del derecho. Ahora bien, de la revisión de la Ley de Derechos de Autor

podemos concluir que los derechos del autor como tal no agotan el ámbito de protección de la normativa sobre el tema, ya que existe la posibilidad de que por determinados contratos o sucesión surjan derechos intelectuales en terceros como son el derecho de reproducción o distribución pública, se advierte entonces que la tutela punitiva no alcanza solamente al autor en sentido estricto sino también a cualquiera que de algún modo se constituya en titular de un derecho intelectual, pudiendo ser una persona física o como lo establece el artículo 8 de dicho instrumento legal una persona jurídica de manera derivada. Se puede pues señalar que el ámbito de protección de la normativa penal tiene como sujeto pasivo a una amplia gama de posibilidades que se delimitará en el caso específico de acuerdo a quien se constituya en titular del derecho afectado por la comisión de la conducta típica.

4. ELEMENTO SUBJETIVO

De la revisión del artículo 13 quarter del Código Penal, cuando no existe una conminación expresa de la ley, sólo es punible el delito doloso, por lo cual al no existir esta disposición expresa en el artículo 362, evidenciamos que nos encontramos frente a un delito doloso.

5. OBJETO MATERIAL

El artículo 6 de la Ley de Derecho de Autor establece como objeto de protección de la ley a “los derechos de autor sobre sus obras literarias, artísticas y científicas cualesquiera que sean el modo o la forma de expresión empleado y cualquiera sea su destino” en el mismo artículo se consigna un listado enunciativo de aquellas obras que se considera deben tener especial protección, lo que no implica que una obra que no se encuadre perfectamente en ese listado no este protegida por la ley.

Debemos pues recordar del análisis previo que una obra para ser considerada como objeto de protección debe reunir una serie de requisitos siendo el principal la originalidad y que aunque una obra ingresa en el ámbito de protección de los derechos de autor desde su materialización en un soporte material no se puede confundir a la obra con el objeto material en el cual se plasma el contenido de la misma.

6. REQUISITOS ESENCIALES PARA LA TUTELA PENAL EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Como habíamos visto en un título precedente, las características especiales o requisitos para la tutela de una obra estarán en directa relación con las características de la legislación de cada país, pudiendo ahora realizar el análisis de los requisitos generales que requiere nuestra legislación para que una obra pueda ser tutelada penalmente:

1. - Que se trate de una obra protegida, recordando la amplitud de este concepto, podemos señalar que se requiere la existencia de una obra artística literaria o científica, que sea resultado del ingenio humano y que refleje de manera única la personalidad de su autor.
2. - Que la utilización no se haya realizado al amparo de una de las limitaciones del derecho de autor. Esta condición es lógica puesto que como es de nuestro conocimiento uno de los elementos que determina la comisión del delito es la falta del consentimiento del autor en el caso del derecho moral y del titular en el caso del derecho patrimonial.
3. - Que el plazo de protección se encuentre vigente, pues como analizamos en su momento el derecho de autor puede ser considerado como un derecho de propiedad con características especiales, siendo una de estas su limitación en el tiempo, en el caso de nuestra legislación, la protección de una obra esta limitada

por el tiempo de vida del autor y cincuenta años después de la muerte del mismo a favor de sus sucesores.

4. -la existencia de dolo en el agente, puesto que como vimos este delito solo puede configurarse como doloso.

5. - El ánimo de lucro. Que es uno de los elementos subjetivos incorporados en la mayoría de las legislaciones actuales, cuyo análisis mas profundo veremos mas adelante.

III.3 CONDUCTAS PUNIBLES

Nuestra norma penal describe directamente las conductas punibles, si bien el intérprete deberá recurrir constantemente a la ley de Derechos de Autor para determinar el alcance de la esfera de prohibición. Ya se ha venido explicando de qué manera el legislador penal, realiza tipificación de una espesa red de conductas atentatorias contra los derechos definidos por la precitada ley. Desde este punto de vista las conductas previstas tienen idéntica gravedad, situándose además como auténticas alternativas en sentido técnico, pues la realización de dos o más de ellas no supone una multiplicación de la responsabilidad penal, sino a lo sumo un incremento de la responsabilidad civil en función del daño económico ocasionado al titular. En este sentido, siguiendo a Nicolás García²¹ puede afirmarse que nos hallamos ante un *tipo mixto alternativo* en el que el legislador explicita distintas vías de puesta en peligro del bien jurídico protegido, pero comprendidas en un solo precepto punitivo.

El carácter subsidiario de la protección penal, esto es, la necesaria remisión a la regulación existente en la ley particular, determina que debemos basar la protección en los límites puestos en dicho instrumento normativo, ya que si bien se describe una serie de conductas y una sanción a quien incurra en las mismas, es

²¹ Nicolas García idem.2

necesario remitirse a la Ley de Derechos de Autor para poder determinar el real alcance de cada conducta descrita en el tipo, hecho que veremos con mas detalle en los puntos siguientes:

1. EL PLAGIO

Como habíamos visto al hablar del problema del bien jurídico existe una parte de la doctrina que plantea una postura personalista o de un derecho moral, teniendo los partidarios de dicha corriente en el plagio a la principal conducta atentatoria contra los derechos de autor pues vulnera la original paternidad de la obra; de ahí a significar la importancia otorgada por el legislador penal a los derechos morales del creador sólo hay un paso. Sin embargo, mas allá de consideraciones de tipo doctrinal la norma en su redacción del precepto sitúa el plagio en una posición paritaria, (no de preferencia) frente a otros atentados contra los derechos de autor que no tienen relación alguna con un derecho moral sino mas bien con la explotación material de una obra como son el caso de la reproducción o distribución pública; es decir que el plagio se constituye en una conducta tan grave como las demás siendo el atentado contra el bien jurídico igualmente de grave, creemos que esto se debe a que el legislador al referirse al plagio lo hace mas allá de su consideración moral y se limita a su implicación material.

Se observa que si en la norma no existe una definición de lo que se entiende por plagio podemos partir de una simple y clara dada por el Diccionario de la Real Academia, «plagiar» significa «copiar sustancialmente una obra, dándola como propia»; es decir atribuirse la labor creadora de otra persona, sin embargo esta definición podría dejar latente la controversia dada en la doctrina entre la consideración de conducta punible solamente en el plagio total o atribución como propia de una obra ajena o la posible inclusión del plagio parcial que puede variar de la transformación ejecución o interpretación de una obra sin la correspondiente aclaración de la autoría, por lo que podemos en caso de duda remitirnos al art. 68

de La Ley de Derechos de Autor que si bien no da una definición al hablar de las conductas violatorias en los incisos a) y b) da descripciones detalladas de lo que podríamos entender como conductas plagiarías y por lo tanto punibles.

Un tema que siempre ha dado lugar a estudio es el de la difícil diferenciación entre el plagio y la influencia o falta de originalidad MISERACHS RIGALT ²² realiza la diferenciación entre *utilización de ideas preexistentes*, que no constituye plagio porque las ideas no son susceptibles de apropiación, sino que son la base de la inspiración, y *apropiación de la expresión formal* de las mismas, constitutivo de delito en tanto que la nueva forma creada no sea mas que el reflejo fiel de la forma de expresar ideas utilizado por otro autor a efecto de plasmarlas y darlas a conocer, no existiendo por lo tanto esfuerzo creador.

Nos parece interesante del análisis del artículo 362 del Código Penal, que al describir todas las conductas constitutivas de delito además del ánimo de lucro y del perjuicio ajeno exige que dichas conductas se realicen sin la autorización del titular de derecho de propiedad intelectual, lo cual nos parece lógico si hablamos de la interpretación, publicación distribución de una obra pero no así en el caso del plagio pues la sola definición del mismo implica la comisión de una conducta delictiva, pareciendo ilógica la concesión de permiso para un plagio que con dicha autorización en realidad perdería su esencia convirtiéndose en cualquier otra cosa.

2. LA REPRODUCCION

Como ya habíamos señalado en nuestro Código Penal no existen definiciones o descripción de las conductas violatorias debiendo remitirnos en su caso a la Ley de Derechos de Autor, que en el presente caso en su artículo16 señala que el derecho de reproducción consiste en la multiplicación y fijación

²² Citado por Nicolas Garcia en obra precitada.

material de la obra por cualquier procedimiento que permita hacerla conocer al público como la imprenta, fotografía, grabado, litografía, cinematografía,... de donde se desprende que al igual que el criterio de la doctrina. para hablar de reproducción se requiere «la comunicación fiel y exacta de los elementos y características del original”, de donde se desprende la diferencia esencial con respecto al plagio: en la reproducción se está lesionando el derecho consagrado en nuestra norma sobre la fijación material de un determinado número de ejemplares y no así la calidad de autor de una persona.

Ahora bien, a tiempo de describir este tipo nuestro código penal se limita a establecer como conducta punible aquella que se realice sin la autorización del titular de derecho de autor, encontrando una clarificación sobre el tema en la Ley de Derechos de Autor que en su artículo 68 establece en que casos la reproducción se puede considerar como violatoria:

1. - Reproducción en la que se introduzca, alterando el nombre del editor autorizado,
2. - Reproducción en mayor número del autorizado por el titular de los derechos de autor.
3. - Reproduzca un fonograma o videograma con miras a su comercialización o alquiler sin autorización escritas, etc.

Creemos que es dentro de esta tercera esfera es decir reproducción de fonogramas y videogramas sin la correspondiente autorización donde encontramos el reflejo mas claro de la del delito que, entrando al campo de lo que se llama piratería, siendo en nuestro medio es evidenciable para el común de la gente la existencia de material de dichas características. Siendo que la gran mayoría de la población ha hecho compra de dicho material por el precio comparablemente bajo con el de las casas autorizadas para la reproducción y distribución. Por

2.1 PIRATERIA.

Realizamos un estudio del tema de la piratería en esta parte del trabajo porque en nuestro Código Penal no existe un tipo específico que la describa, pudiendo del análisis de nuestra norma penal asimilarla la reproducción ilegal, sin embargo, creemos que debido a la importancia que dicha conducta tiene en nuestro medio y a ciertas características que analizaremos que debería ser plasmada de manera independiente en un tipo delictivo

Podemos comenzar nuestro análisis dando una definición de lo que se entiende por piratería “conducta antijurídica contra el derecho de reproducción que consiste en la fabricación, la venta y cualquier forma de distribución comercial de ejemplares ilegales de obras literarias, artísticas, audiovisuales, musicales, de las interpretaciones o ejecuciones de las mismas, de programas de ordenador y de bases de datos”

En el proyecto de disposiciones de la OMPI ²³ se aclara que la preparación o fabricación de copias constituye un acto de piratería, siempre que las mismas sean fabricadas a escala comercial y sin autorización. Como vimos la falta de autorización se constituye en un elemento común de las diferentes conductas que forman parte del tipo descrito en el artículo 362 de nuestro código penal, por otra parte el concepto de “escala comercial” nos parece un elemento fundamental para distinguir la simple violación del derecho de reproducción con la piratería como tipo independiente, estando la configuración de dicho concepto relacionada con el número de ejemplares y la posibilidad de obtener rédito económico de la comercialización de los mismos. Este punto puede ser clarificado con un ejemplo, si el funcionario una tienda de ante la solicitud de un cliente realiza la copia de un disco compacto original y lo vende al solicitante, estaríamos frente a un caso de reproducción ilegal, pero si el

mismo funcionario realiza cincuenta copias del material y lo empieza a ofrecer a los diferentes clientes de la tienda, nos encontraríamos frente a un caso de piratería.

Creemos que este tipo debe ser objeto de una tipificación especial además de tener la característica especial de adecuarse al concepto de escala comercial, porque en la actualidad se han llegado a formar verdaderas organizaciones dedicadas a la industria ilegal de la piratería, teniendo la misma diferentes formas de manifestación además de la fabricación y distribución de copias ilegales, estando entre ellas el almacenamiento, exportación, etc. Además de estar asociada a otra serie de conductas delictivas, tales como el cohecho, tráfico de influencias, etc. En todo caso creemos que corresponde a nuestros legisladores realizar un análisis mucho mas profundo para una tipificación adecuada de la piratería.

3. DISTRIBUCIÓN.

De manera general se puede decir que la distribución consiste en la comercialización de la obra intelectual, es decir la puesta en el mercado, de donde inferimos que este tipo requiere como elemento básico la existencia e obras que se alguna manera en sí mismas ya representen violación de los derechos de autor y no esta simplemente referido al expendio de una obra puesto que desde nuestro punto de vista si bien el titular de derechos de autor tiene derecho al control de la distribución de su obra, en cuanto a los ejemplares a publicarse e incluso lugares de expendio, etc. Es también cierto que ese derecho se extingue con la primera venta. Mientras que la protección de la identidad del autor, de la conservación del contenido tienen un mayor alcance.

4. PUBLICACION

El Art. 362 de nuestro Código Penal nos habla específicamente de la

²³ Documento OMP1 C & P/ CE/2 del 18 de enero de 1988

publicación en pantalla o televisión, de donde podemos analizar los siguientes aspectos:

La ley de Derechos de Autor no define a la publicación por lo cual partiremos de una definición plasmada en el convenio de Berna por su parte en su artículo 3, párrafo 3) define como obra publicada a “ las que han sido editadas con el consentimiento de sus autores, cualquiera sea el modo de la fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de estos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, estimadas de acuerdo con la índole de la obra. No constituye publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria o artística, la exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica.

Esta definición fue ampliada por la revisión de Estocolmo, introduciendo un cambio en cuanto a la forma de poner una obra en conocimiento del público y la otra referida al consentimiento del autor. En el primer caso se señala que no es necesario que el público se convierta en propietario de un ejemplar de la obra que se da a conocer, puesto que en el caso de las obras cinematográficas las mismas al exhibirse no está, al mismo tiempo en venta. Por lo cual parecía excesivo que se requiera que una obra se establece el termino de que satisfaga razonablemente las necesidades del público. Completándose el término de acuerdo con la índole de la obra a efectos de remarcar el diferente tipo de obras y las características en las que las mismas estarán a disposición del público.

Para aclarar este punto consideramos necesario remitirnos a la definición de un término de alcances mucho más generales, el Diccionario Jurídico Cabanellas define a la publicación como “ el acto de llevar a conocimiento general un hecho o cosa”, definición que por su carácter general nos aproxima a la definición de un termino diferente cual es la comunicación pública, que creemos es el término que en

realidad debió utilizar nuestro Código penal, entendiendo la misma como cualquier acción por la cual se ponga a conocimiento de la comunidad una obra sin que represente la distribución individual de la misma, en el caso de nuestro código penal entendemos que se utilizó el término publicación a efectos de delimitar el alcance de la figura típica a la comunicación mediante medios televisivos o audiovisuales. Es así, que la violación queda configurada una vez que sin consentimiento del autor, se ponga en conocimiento del público por medio la proyección en cine o televisión o pantalla similar la obra del mismo.

Esta violación afecta al derecho moral si consideramos la posible voluntad del autor de mantener su obra inédita. Sin embargo, creemos que la principal afectación se da en el derecho patrimonial, puesto que el titular del derecho de autor se ve impedido de obtener algún tipo de rédito económico por la transmisión de la obra.

Ahora bien, podemos ver que el problema de nuestro código penal parte en este caso de la terminología utilizada, creemos que el código debió plasmar de manera específica una descripción típica o por lo menos realizar la remisión a un término cuya conceptualización se encontrase en la Ley de Derechos de Autor, puesto que como vimos existe una confusión entre publicación y comunicación pública, que es un concepto más amplio relacionado con la puesta al conocimiento del público por cualquier medio, por lo cual la violación de los derechos de autor no podría limitarse a la comunicación mediante pantalla o televisión, olvidándose de otros medios de difusión masiva cual la radio. Por lo expuesto, consideramos que el código debió limitarse a describir a la publicación en su concepto limitado o a la comunicación pública como la difusión por cualquier medio, siendo en todo caso en consideración a la relevancia de la acción y del daño que represente aclarar la necesidad que el medio implique la posibilidad de llegar a una audiencia masiva.

En consideración a este último punto de la difusión masiva ha surgido la polémica doctrinal de si debería considerarse “comunicación pública ” la producida

en aquellos establecimientos abiertos al público que brindan receptores de televisión o radio, hecho que en la actualidad se constituye en el común de los diferentes establecimientos comerciales, que han visto como una estrategia mas de atracción a la clientela el ofrecimiento de la difusión radial o televisiva. Desde nuestro punto de vista, debe hacerse una distinción en el sentido de que en estos casos estamos frente a una especie de complemento a un servicio determinado y no frente a la publicación específica de determinada obra o grupo de obras, pues en realidad no se busca la comunicación de obras como un fin inmediato.

Es lógico que cualquiera de nosotros en un taxi, restaurante u otro tipo de establecimiento hayamos escuchado música o visto determinado programa televisivo, pero en todo caso debemos recordar que en primera instancia si hablamos de emisoras radiales o de televisión corresponde a las mismas contar con la autorización específica para la emisión de determinado material, en el caso de casetes discos y videos cuya exhibición habitualmente es de uso casero creemos que debe considerarse dos elementos en primer lugar que no exista una determinación específica del material a ser difundido y que la misma no implique de manera directa el componente determinante de ingreso económico.

5. IMPORTAR, EXPORTAR, ALMACENAR.

Si bien en la primera parte del artículo 362 del código penal encontramos la enumeración de una serie de conductas que encuentran una descripción más amplia en la ley de derechos de autor, no ocurre lo mismo en la segunda parte. Aquí aparecen previstas ciertas acciones que no hallan definición en la norma de referencia porque tienen un alcance mayor. En efecto, cuando el legislador utiliza los términos importar, exportar o almacenar está dando vida a elementos de la infracción criminal con un alcance estrictamente descriptivo.²⁴

²⁴ Carmona Salgado “ El tipo básico del nuevo delito contra la propiedad intelectual” citada por Nicolas Garcia.

La doctrina ha realizado un análisis en cuanto a las características de licitud e ilicitud de las obras que sean almacenadas, importadas o exportadas y pese a existir criterios diferentes, creemos que lo fundamental de las mismas radica en que se realice la importación, exportación de obras que de alguna manera se constituyan en violatorias del derecho de autor, siempre que se tenga conocimiento de este carácter, consideramos que en realidad puede resultar interesante el carácter autónomo que le da a estas conductas, que bajo otras circunstancias podría considerarse como una forma de participación ya que dichas conductas estarían destinadas a que el autor del acto delictivo obtenga el elemento subjetivo que motiva su conducta, es decir el lucro.

Creemos que la consideración como conductas delictivas autónomas se debe a dos aspectos en primer lugar la gran importancia que han adquirido en los últimos tiempos la protección de los derechos de autor y por otra parte el gran movimiento económico que surge de la comisión de estos delitos, apareciendo verdaderas organizaciones delictuosas, en las que cada uno de los pasos destinados a la concreción de la conducta delictuosa y la obtención del beneficio económico, están perfectamente definidos.

III.4 EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL DERECHO DE AUTOR.-

En nuestro código se plasma en el tipo penal como requisito indispensable para que la figura delictiva quede configurada la falta de consentimiento de parte del titular del derecho de autor. El amplitud de derechos que son protegidos por la ley de derechos de autor ha dado lugar a la introducción de un elemento negativo con la amplitud suficiente para que abarque al titular original así como aquellos que surjan por subrogación ya sea contractual o por la vía de la sucesión. Debemos recordar en todo caso la observación realizada en cuanto al plagio, figura que por su propia definición implica la inexistencia de consentimiento.

Nos parece interesante en este punto el análisis realizado por Romeo Casanova, quien otorga distinta relevancia al consentimiento según recaiga sobre los derechos morales o los patrimoniales, señala que en el caso de los derechos morales nos encontramos en una causa de justificación, siendo por lo tanto la conducta lícita, mientras que en otros casos nos encontraremos en la falta de tipicidad²⁵. Romeo parte en su análisis del carácter irrenunciable e inalienable de los derechos morales, por lo que el derecho de autorización es patrimonio exclusivo del autor, y la manifestación de su voluntad en tal sentido no es otra cosa que su voluntad de modificar, divulgar, etc su obra.

Este análisis nos llama la atención por el interesante punto de vista planteado, sin embargo desde una óptica mas simple debemos considerar a la existencia de consentimiento por parte del titular del derecho de autor como atipicidad, pues la ausencia de consentimiento es uno de los elementos consagrados en la descripción típica de nuestro código penal y como es de nuestro conocimiento cualquier conducta para ser considerada como delictiva debe ser típica, es decir adecuarse a la descripción realizada por el legislador en la norma penal.

III. 5 EL TIPO SUBJETIVO. LA EXIGENCIA DEL ÁNIMO DE LUCRO.

De conformidad a lo establecido en el artículo 13 quarter de nuestro Código penal, “ cuando la ley no conmina expresamente con pena el delito culposo. Sólo es punible el delito doloso, lo que implica que si en la descripción típica del Código Penal no se establece la posibilidad de delito culposo, solamente se tendrá como conducta delictiva a la conducta dolosa.

²⁵ Romeo Casabona, “ Poder Informático y seguridad jurídica” ed. Programadas de ordenador, Aresti Gutierrez “ La protección jurídica de los programas de ordenador en España, a través del derecho de autor, el derecho de patentes y el derecho penal”

En el presente caso nos encontramos ante un delito doloso, pero que además esta recubierto de un elemento subjetivo específico cual es el ánimo de lucro, es decir que no basta con que la conducta del sujeto activo se adecue a la descripción típica sino que es necesario que haya tenido la intención de beneficiarse económicamente con su conducta

III.6 EL PERJUICIO AJENO.

Nuestro Código Penal plantea además del elemento subjetivo del animo de lucro la existencia del perjuicio ajeno, consideramos que la inclusión de estos términos solo puede ser interpretado de dos formas, en primer lugar que se haya introducido como un complemento al elemento subjetivo del ánimo de lucro, es decir como una intencionalidad de causar perjuicio al titular de los derechos de autor que se ve afectado por la comisión de la conducta delictiva. En este sentido creemos que de haber sido esa la intención del legislador tiene un carácter excesivo puesto que si bien como resultado de la acción delictiva puede resultar un daño económico o moral para el autor o el titular de los derechos, no creemos que exista una intencionalidad directa de parte del sujeto activo de causar perjuicio aunque se tenga conciencia del mismo, sino simplemente existirá la intención de beneficiarse económicamente.

La otra posibilidad estaría relacionada con la inclusión del perjuicio ajeno como elemento de un delito de resultado, en ese sentido consideramos que no se puede exigir para la configuración del delito la existencia de un resultado material plasmado en el perjuicio de un tercero, específicamente del titular de los derechos de autor, debiendo considerar en primer lugar que como vimos al estar el bien jurídico relacionado no solo con el rédito económico sino también con el derecho moral, ambos derechos se pueden ver afectados de manera independiente, es decir que puede darse la circunstancia de que no exista perjuicio económico para el autor pero si exista un daño moral.

Creemos que en todo caso la inclusión de este artículo podría dar lugar a confusión y una aplicación errática de la norma penal pues podría existir aquellos que interpreten que al no existir perjuicio económico existiría materia justiciable y aquellos que bajo circunstancias similares consideren que si existe un daño, pero un daño moral que afecta no solo al titular de los derechos sino a la sociedad en su conjunto, en ese sentido creemos que a efectos de evitársete tipo de disgregaciones sería aconsejable eliminar el perjuicio ajeno de la descripción dada por el artículo 362 del Código Penal.

CAPITULO III

ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN

I ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN BOLIVIA.

Como habíamos señalado el problema de la constante violación de los derechos de autor tiene como base una multiplicidad de factores siendo desde nuestro punto de vista cuatro los fundamentales:

Problema económico.

Es conocido por cualquier conocedor del derecho, que uno de los factores de gran influencia para la comisión de determinados delitos es el aspecto económico, en nuestro país el factor económico se ha convertido en uno de lo más importantes para la comisión de cierto de violaciones del derecho de autor tales como la piratería, puesto que gente de escasos recursos que tiene pocas posibilidades de acceder a una fuente de trabajo estable, se ve en la necesidad de incurrir en el comercio informal, venta de todo tipo de productos entre los cuales se encuentran los diferentes tipos de material pirata, tenemos conocimiento que este fenómeno no es propio únicamente de nuestro país sino que es común en la gran mayoría de los países latinoamericanos.

En el caso específico de la venta de material pirata, la misma es considerada como una de las actividades del comercio informal mas atractivas por tener sus productos gran demanda, siendo para los comercializadores una simple forma de generar ingresos económicos. Es evidente que en otros niveles tales como la producción y distribución existe estatus económicos mucho mas elevados que los del simple vendedor, por lo cual no se podría hablar del factores económicos como pobreza y desempleo como único elemento determinante para la comisión de actos de piratería u cualquier otro acto típico contra los derechos de autor. Sin embargo, no se le puede restar importancia, debemos recordar que por regla general para que exista venta y aumento de oferta de cualquier producto

debe existir compra y demanda del mismo, siendo que en el caso del material pirata es preferido por un gran porcentaje de la población que prefiere sacrificar ciertos parámetros de la calidad por el de la economía, ya que por ejemplo: la diferencia entre un disco compacto original y uno pirateado es abismal, llegando el precio del original inclusive a duplicar o triplicar el del material pirata.

Desconocimiento de la norma.-

En segundo lugar nos encontramos frente a un completo desconocimiento del tema de los derechos de autor y de la importancia de los mismos siendo que una gran mayoría de la población difícilmente asimila que el pago por la compra de un video, disco compacto, libro o cualquier otro material implica lleva consigo el pago de una remuneración a los autores y a los demás titulares de los derechos de autor, incentivando por lo tanto a la producción de posteriores obras, por parte de los autores y a que los reproductores distribuidores y demás empresarios de la materia encuentren atractivo esa área del mercado para mantener sus inversiones en la misma.

Además del desconocimiento de la relevancia del respeto a los derechos de autor y de las implicaciones sociales culturales y económicas que el mismo tiene, se tiene un desconocimiento de la existencia y/o contenido de la norma siendo que en el caso específico de nuestro código penal es prácticamente desconocido por el común de la gente que existe una conducta delictiva, que se configura por la violación de los derechos de autor

Problemas normativos.-

Además de los dos problemas planteados previamente, debemos mencionar como un problema fundamental para la violación de los derechos de autor, la inexistencia de normas sobre la materia que se constituyan un verdadero

sistema normativo de protección de los derechos de autor, ya que si bien es cierto que la ley de derechos de autor introdujo un gran avance normativo sobre el tema al consagrar en su estructura el contenido de las corrientes doctrinales modernas sobre el tema, en el aspecto sancionatorio existe un vacío puesto que no existe regulación sobre un proceso administrativo y la aplicación de sus correspondientes sanciones, por otra parte no existe una completa coherencia entre dicha ley y el tipo consagrado en nuestro Código penal que como vimos se limita a señalar como delito una serie de conductas generales, que no se encuentran definidas como tales en la Ley de Derechos de Autor, que se limita a Dar la descripción de una serie de conductas que se consideran como violatorias del derecho de autor.

Problema administrativo.

El cuarto elemento que determina la falta de protección efectiva de los derechos de autor esta relacionada con la administración pública y específicamente con los órganos policiales y judiciales que no han asumido la verdadera trascendencia de los derechos de autor, existiendo una aplicación prácticamente nula de las prescripciones de La Ley de Derechos de Autor y del Código Penal, a diferencia de lo que sucede en el caso de marcas y patentes no es de nuestro conocimiento ningún caso en el haya existido procesamiento penal por la comisión del delito de violación de los derechos de autor, limitándose los órganos policiales a realizar decomisos masivos en ocasiones especiales que de algún modo existe presión de la comunidad internacional o el deseo de autoridades de turno de hacer figurar su compromiso con los autores.

II ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA CON EL CODIGO PENAL

Como hemos visto al realizar el análisis del artículo 362, existen diferentes problemas en la descripción típica, comenzando del hecho que al tratarse de una ley penal en blanco debería existir una remisión expresa a la Ley de Derechos de

Autor, lo cual no acontece. Siendo que dicha remisión de manera concreta se desprende de la Ley de Derechos de autor que establece que las violaciones descritas en la misma serán sancionadas conforme lo establece el artículo 362 del Código Penal, lo cual nos parece que no guarda lógica jurídica.

No obstante la observación precitada, creemos que el verdadero problema radica en que la descripción típica del código penal realiza una enumeración de una serie de conductas, mismas que no se encuentran descritas como tales en la ley de derechos de autor debiendo realizarse una especie de adecuación interpretativa de las conductas y la descripción de las mismas. En este sentido existe diferentes opiniones sobre el curso a seguirse para corregir este entuerto jurídico siendo principalmente dos las posiciones:

1. Modificación del Código Penal.-

La primera postura plantea que el artículo 362 debería configurarse como una verdadera norma penal en blanco, sin realizar descripción alguna de conductas punibles o realizar como lo hace ahora una enumeración de conductas que no se encuentran como tales descritas en la Ley de Derechos de Autor debiendo remitirnos a otros instrumentos jurídicos o doctrinales para determinar su alcance, lo que desde el punto de vista del principio de tipicidad resulta inconcebible. Por lo tanto esta postura considera que el código penal debería estar limitado a dar el rango de la sanción aplicarse y realizar una remisión expresa a la Ley de Derechos de Autor y a las violaciones descritas en la misma.

2. Modificación de la Ley de Derechos de Autor.-

La segunda postura plantea que el código penal esta bien estructurado pero que la Ley de Derechos de Autor al realizar una descripción de las conductas violatorias de los derechos de autor debería utilizar definiciones y no simplemente

descripciones fácticas, es decir que a cada una de las conductas enumeradas en el Código penal debería corresponder en la ley de derechos de autor a la descripción de una determinada conducta.

3. Nuestro Criterio.-

Esta última postura nos parece lógica especialmente si consideramos que en la Ley de Derechos de autor el régimen de infracciones contra los derechos de autor esta limitado a las conductas delictivas, realizando una remisión en cuanto a las sanciones y procedimiento para aplicarlas a lo dispuesto en el Código Penal, por lo que desde nuestro punto de vista se debería plasmar en la ley un texto que señale “a los efectos de lo dispuesto en el artículo 362 del Código penal se entiende por: “ y empezar la descripción típica de cada una de las conductas enumeradas en el Código Penal.

Por otra parte creemos que salvando ese aspecto de congruencia entre la norma penal y la Ley de derechos de autor consideramos que si serían necesarias varias modificaciones en el Código penal, en primer lugar como lo mencionamos en diferentes oportunidades debería existir una reemisión expresa a la Ley de Derechos de Autor.

En segundo lugar, debemos recordar que cuando analizamos el artículo 362 además de enumerar una serie de conductas introducía elementos comunes para cada una de ellas como requisito necesario para la configuración de la conducta delictiva, en ese sentido vimos como se consagra la inexistencia del consentimiento del autor como uno de esos requisitos e igualmente vimos como la consagración de ese elemento parecería excesivo en el caso del plagio que por su propia naturaleza implica la inexistencia del consentimiento del autor. Sobre la base de estas consideraciones creemos que debería consignarse al plagio como

un tipo independiente o en su caso plasmarse en el mismo artículo en un párrafo separado al resto de las conductas.

Consideramos además que debido a la importancia que ha adquirido en los últimos años la piratería la misma debería ser contemplada en un tipo especial que describa las características que esencialmente la diferencian de la reproducción ilegal.

Por último, como señalamos a tiempo de analizar el perjuicio ajeno creemos que dicho término debería ser eliminado del texto del artículo 362 del Código Penal a efecto de evitar errores interpretativos.

CONCLUSIONES

CONCLUSIÓN GENERAL.

En nuestro país no existe una protección efectiva de los derechos de autor, dicha desprotección se debe a diferentes elementos, siendo uno de los principales la falta de una congruencia normativa, que específicamente en el caso del Código Penal se refleja en una serie de defectos del artículo 362 del Código Penal, mismo que debe ser modificado a efectos de mejorar la protección jurídica de los derechos de autor.

CONCLUSIONES ESPECIFICAS

PRIMERA.

El Código penal debe incluir una remisión expresa a la Ley de Derechos de Autor en la cual se debe realizar una descripción concreta de cada una de las conductas enunciadas en el artículo 362

SEGUNDA

Debido a la naturaleza y características del plagio que lo diferencian de las otras conductas violatorias de los derechos de autor, el mismo debe ser plasmado en un tipo independiente o ser tratado en un párrafo previo a la enumeración de las otras conductas que pueden dar lugar a la configuración del tipo penal.

TERCERA

Debido a La gran relevancia económica social que ha adquirido en la actualidad la piratería así como la magnitud que ha adquirido la estructura para la

comisión de este delito creemos de suma importancia la creación de un tipo específico que describa tal conducta delictiva.

TERCERA.

Se debe eliminar del artículo 362 el perjuicio ajeno como elemento descriptivo del tipo.

CUARTA.

Es necesario el establecimiento en la Ley de Derechos de Autor de un régimen administrativo con sus propias sanciones y procedimiento para la aplicación de las mismas.

RECOMENDACIONES

PRIMERA

Se debe realizar una adecuación normativa por la cual exista congruencia entre lo dispuesto en el Código Penal y la Ley de Derechos de Autor a efectos de que la protección penal sea realmente efectiva, pudiendo partir dicho cambio del análisis realizado en la presente tesis.

SEGUNDA

Debe existir mayor difusión del contenido de los derechos de autor sus implicaciones así como la normativa sobre el tema.

TERCERA

Realización de seminarios dirigidos a toda la comunidad en general y específicamente a los entendidos del derecho para plasmar un sistema normativo adecuado a nuestra realidad y a una protección efectiva de los derechos de autor.

CUARTA

Se debe plasmar una estructura infraestructura administrativa que permita la correcta aplicación de la normativa sobre el tema.

BIBLIOGRAFIA

- Vicente Gimeno Sendra, Victor Moreno Catena José Almagro Nosete, Valentín Cortes Domínguez., Derecho Procesal penal II, Valencia 1992
- Gastón Rios Anaya, Derecho Penal parte especial, La Paz Bolivia 2000
- Benjamín Miguel Harb, Derecho Penal II Parte Especial, editorial Juventud, La Paz 1998”
- Victor Aliaga, Procedimientos Especiales, La Paz 1998
- Julio C. Ledezma, Derecho Penal Intelectual, editorial Universidad, Buenos Aires 1992
- Miguel Angel Emory, Propiedad Intelectual, Buenos Aires 1999
- Mabel Goldstein, Derecho de Autor, Buenos Aires 1998.
- Días y García Connlledo, Los derechos de autor y conexos su protección penal ADPCP 1990.
- Organización mundial de Propiedad Intelectual OMPI, Guía del Convenio de Berna, OMPI Ginebra, 1978
- OMPI, Secretaria Nacional de Cultura, Corte Suprema de Justicia, Seminario Nacional de la OMPI sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de Bolivia, OMPI, Sucre 1995.
- Delia Lipszic”, La protección de la propiedad intelectual, Universidad Buenos aires, Buenos Aires 1995.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS

- Ley de Derechos de autor 13 de abril de 1992
- Reglamento de la Ley de derechos de Autor 7 diciembre 1994
- Código Penal. 11 de marzo de 1997
- Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, ratificado por Ley No 1439, en vigencia desde el 4 de noviembre de 1993
- OMPI Convención Universal , ratificado por Ley No 1438, vigente desde el 6 de julio de 1993

- Acuerdo de Cartagena , Decisión 351, régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos