

PAULA BEATRIZ BIANCHI PÉREZ

La vertiente moral del
Derecho de autor
SU INCONGRUENTE
TUTELA EN EL ÁMBITO PENAL



UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

PRÓLOGO
Juan Carlos Ferré Olivé

JIB
BOSCH EDITOR

En el marco del derecho de autor tienen cabida una serie de prerrogativas, de naturaleza moral y patrimonial, que pueden verse afectadas por comportamientos de distinta índole. Las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información han facilitado enormemente el acceso y difusión de las obras, pero al propio tiempo han incrementado exponencialmente las modalidades de vulneración de los derechos existentes respecto de las mismas. Tales infracciones pueden tener consecuencias diversas dependiendo de lo estipulado en cada ordenamiento jurídico. En términos generales, en los sistemas de tradición jurídica latina tanto los derechos de naturaleza personal como patrimonial del autor se encuentran amparados en el ámbito civil, no obstante, ello varía sensiblemente cuando se pasa al ámbito penal. Lo anterior justificó que en esta investigación, a partir de la precisión de aspectos básicos relativos al derecho de autor como lo son su regulación, naturaleza y contenido, se centrara la atención en su vertiente moral, a fin de valorar las opciones político-criminales que en las legislaciones internas de los países iberoamericanos se han adoptado en la criminalización de conductas infractoras de las prerrogativas de índole personal. Para ello, una vez fundamentada la procedencia de la vía penal para la sanción de las agresiones dolosas más graves a los derechos de divulgación, paternidad e integridad de la obra, se identificaron dentro de las legislaciones de los veintidós países objeto de estudio las disposiciones penales tipificantes de delitos relativos al derecho de autor, de cuyo marco se extrajeron y consideraron las directamente relacionadas con las facultades morales. Dicho estudio evidenció que las diferentes visiones respecto a cómo se concibe el derecho de autor, el peso específico que se le acuerda en su contexto a los derechos de naturaleza personal y patrimonial, el enfoque esencialmente económico en su valoración, así como la no inclusión de los derechos morales en normativas armonizadoras que demandan estándares mínimos de protección penal; ha derivado en una regulación y consecuente tutela penal de las facultades morales de autor absolutamente disímil e incongruente en el derecho comparado, que en la mayoría de los casos lejos está de brindar una adecuada protección punitiva.

PAULA BEATRIZ BIANCHI PÉREZ

**LA VERTIENTE
MORAL DEL DERECHO
DE AUTOR:
SU INCONGRUENTE
TUTELA EN EL
ÁMBITO PENAL**

UN ESTUDIO DE
DERECHO COMPARADO

PRÓLOGO

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ

Catedrático de Derecho Penal
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Huelva

2020



BOSCH EDITOR

Esta obra ha sido examinada por los siguientes miembros del Comité Científico editorial:

Dr. Alfredo Abadías Selma. Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal, UNIR

Dr. Miguel Bustos Rubio. Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal, UNIR

Dr. Francisco Rodríguez Almirón. Profesor Derecho Penal, Universidad de Granada

© DICIEMBRE 2020 PAULA BEATRIZ BIANCHI PÉREZ

© DICIEMBRE 2020

JTB BOSCH
EDITOR

Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-122827-4-0

ISBN digital: 978-84-122827-5-7

D.L.: B 22076-2020

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Colección «Penalcrim» J.M. Bosch Editor

Coordinadores del Comité Científico

Dr. Alfredo Abadías Selma

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja

Dr. Miguel Bustos Rubio

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja

Miembros del Comité Científico

Dr. Ignacio Berdugo Gómez De La Torre

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. Juan Carlos Ferré Olivé

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva

Dr. Octavio García Pérez

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Málaga

Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller

Catedrático (acr.) de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

Dr. José Ramón Agustina Sanllehí

Catedrático (acr.) de Derecho Penal
Universidad Internacional de Cataluña UIC

Dra. Paz Lloria García

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Dra. Beatriz Cruz Márquez

Profesora Titular de Derecho Penal
y Criminología
Universidad de Cádiz

Dr. Fernando Navarro Cardoso

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Dr. Enrique Sanz Delgado

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá de Henares

Dra. María del Carmen Armendáriz León

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

Dr. Félix María Pedreira González

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

Dra. María Concepción Gorjón Barranco

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. Sergio Cámara Arroyo

Profesor Contratado Doctor (acr.) de Derecho Penal
Universidad Nacional de Educación
a Distancia UNED

Dr. Víctor Manuel Macías Caro

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Dra. Ana Peligero Molina

Profesora Adjunta de Criminología
Universidad Camilo José Cela

Dr. Francisco Rodríguez Almirón

Profesor Derecho penal
Universidad de Granada

Dr. Pere Simón Castellano

Profesor Contratado-Doctor
Universidad Internacional de La Rioja

ÍNDICE

PRÓLOGO	15
ABREVIATURAS UTILIZADAS	17
PLANTEAMIENTO INICIAL	19
CAPÍTULO I	
CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO AL DERECHO DE AUTOR.....	25
1. Regulación del derecho de autor	25
1.1. Regulación internacional.....	28
1.2. Regulación comunitaria.....	33
Caso de la Unión Europea	34
Caso de la Comunidad Andina (CAN).....	37
Caso del Mercado Común del Sur (Mercosur)	39
1.3. Regulación nacional	40
2. Naturaleza jurídica del derecho de autor.....	44
2.1. Relación entre la naturaleza y la denominación de esta categoría jurídica	45
2.2. ¿Monismo o dualismo? Una interrogante difícil de resolver....	48
3. Contenido del derecho de autor.....	65

CAPÍTULO II

LA VERTIENTE MORAL DEL DERECHO DE AUTOR. LOS DERECHOS MORALES COMO OBJETO DE TUTELA JURÍDICA EN EL ÁMBITO CIVIL	73
1. Características de los derechos morales	73
2. Contenido del derecho moral.....	79
2.1. Derecho de divulgación de la obra	80
2.2. Derecho de paternidad	82
2.3. Derecho de integridad de la obra	85
2.4. Derecho de modificación de la obra	89
2.5. Derecho de retirada de la obra del comercio	92
2.6. Derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra	95
3. La tutela de los derechos morales en el ámbito civil.....	97

CAPÍTULO III

LA TUTELA PENAL DE LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR	109
1. La vía penal como <i>ultima ratio</i>	110
2. Justificación de la tutela penal de los derechos morales de autor	114
2.1. Merecimiento de protección.....	115
2.2. Necesidad de protección.....	123
2.3. Toma de postura.....	128
3. Panorámica de la regulación penal de los derechos morales en los ordenamientos jurídicos de los países iberoamericanos	130
3.1. Argentina	133
3.2. Bolivia	136
3.3. Brasil	138
3.4. Chile	140
3.5. Colombia.....	143
3.6. Costa Rica.....	149
3.7. Cuba.....	152

3.8.	Ecuador.....	154
3.9.	El Salvador.....	156
3.10.	España.....	161
3.11.	Guatemala.....	167
3.12.	Honduras	171
3.13.	México	173
3.14.	Nicaragua	175
3.15.	Panamá.....	179
3.16.	Paraguay.....	184
3.17.	Perú.....	187
3.18.	Portugal.....	192
3.19.	Puerto Rico	194
3.20.	República Dominicana.....	197
3.21.	Uruguay.....	202
3.22.	Venezuela	204
4.	Opciones político-criminales en la regulación penal de los derechos morales de autor en los países iberoamericanos.....	207
4.1.	Consideración de la vía penal para la tutela de los derechos morales	208
4.2.	Opción legislativa.....	209
4.3.	Técnica legislativa.....	211
4.4.	Previsión de la violación de derechos morales como delitos autónomos o como circunstancias agravantes de delito	214
4.5.	Derechos morales abarcados en los tipos penales	216
4.6.	Conductas sancionadas.....	220
4.7.	Exigencia de realización de actos de explotación que infrinjan derechos patrimoniales para la sanción penal de infracciones al derecho moral.....	228
4.8.	Exigencia en la descripción típica de un dolo específico.....	229
4.9.	Penalidad.....	231
4.10.	Recapitulación. Cuadros resúmenes de la política-criminal seguida en la regulación penal de los derechos morales de autor en los ordenamientos jurídicos de los países iberoamericanos .	233

REFLEXIONES FINALES	245
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y HEMEROGRÁFICAS	251
REFERENCIAS NORMATIVAS.....	267
REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES	273
SITIOS WEB Y OTROS.....	275

PRÓLOGO

Comenzaba el Siglo XXI cuando Paula Beatriz Bianchi Pérez se acercó a las aulas de la Universidad de Salamanca para realizar sus estudios de doctorado, dentro del exitoso programa «Aportaciones de la política criminal a las reformas penales iberoamericanas». Ya era entonces una extraordinaria experta en la compleja temática de los derechos de propiedad industrial, por lo que para mí no fue nada difícil dirigir su investigación que culminó en 2007 con la defensa de una brillante tesis sobre la protección penal de la propiedad industrial. Así, se convirtió en una joven doctora salmantina, obteniendo la máxima calificación prevista para la suprema aspiración académica de todo universitario.

Con el paso del tiempo se dedicó plenamente a la cátedra universitaria, investigando con seriedad y excelentes resultados muchos temas propios del Derecho Penal, Parte General y Especial. Y últimamente abordó un estudio indispensable sobre los delitos contra los derechos de autor, cuya puesta de largo es el libro que Ud. lector tiene en sus manos. Realiza un análisis de derecho comparado iberoamericano acerca del tratamiento jurídico penal de los derechos morales de autor. Diferenciando, como es imperativo, la tutela de los derechos morales de los aspectos económicos y de explotación –en cuanto derechos patrimoniales–. La autora profundiza el estudio de aquellas conductas que están o deberían estar sancionadas con pena. Efectivamente, las tecnologías de la información y comunicación están revolucionando nuestro entorno jurídico, y los derechos morales –fundamentalmente la paternidad y la integridad de las obras– se encuentran en franco peligro. Nunca ha sido tan sencillo practicar el plagio, que incluso ha sido llevado a cabo por personajes muy relevantes de la política nacional e internacional. La respuesta penal es inexistente o débil, y ello merece esta oportuna reflexión jurídica.

Estamos ante un estudio político-criminal comparado que aborda distintos problemas más allá de la necesidad de tipificación penal, como es la integración de estos delitos dentro o fuera del Código Penal, la utilización –a mi entender en ocasiones abusiva– de la técnica de las leyes penales en blanco, la entidad de las penas amenazadas en cada uno de los países estudiados y muchos otros razonamientos que superan la comprensión del ataque a los derechos morales del autor como un mero problema de responsabilidades civiles con contenido indemnizatorio.

Por todo ello doy anticipadamente mi enhorabuena a la autora y la animo a seguir proporcionándonos estos conocimientos indispensables para dotar a los autores de una tutela efectiva de sus intereses más valiosos, y también para intimidar suficientemente a quienes los desplazan sustrayendo la paternidad de la obra, aprovechándose de un marco jurídico débil e ineficaz.

El Rompido, Huelva, 17 de noviembre de 2020

Juan Carlos Ferré Olivé

Catedrático de Derecho Penal
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Huelva

PLANTEAMIENTO INICIAL

Al aproximarnos al estudio del derecho de autor¹ es frecuente ubicar en los trabajos de los últimos años, con independencia de la perspectiva de su abordaje, un planteamiento reiterado centrado en la preocupación existente por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los autores frente a las nuevas formas de acceso a la información, las cuales se traducen en nuevas posibilidades de violación de los derechos conferidos respecto de sus creaciones intelectuales. Tal cuestionamiento no es ajeno a la materia a ser considerada en esta investigación, al contrario, sirve como punto de partida para la justificación y delimitación del tema a ser tratado.

El crecimiento exponencial de las formas de acceso, reproducción y utilización de los contenidos que circulan por la red, dada la vertiginosa evolución de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, contenidos que en muchos casos se encuentran tutelados por el derecho de autor, tiene una evidente repercusión no sólo respecto de las facultades patrimoniales comprendidas en tal derecho, sino igualmente en relación con las de naturaleza personal.

En términos generales, se advierte que el avance en las nuevas tecnologías permite un acceso voraz a las obras que sirve de catalizador para el sur-

1 En este trabajo se utilizará la expresión *derecho de autor* para hacer referencia al conjunto de facultades que la ley confiere al autor respecto de su obra, pues la locución *propiedad intelectual* se empleará en su sentido amplio, como categoría genérica que comprende tanto al derecho de autor y los derechos conexos al derecho de autor, como a la propiedad industrial.

gimiento de novedosos mecanismos de difusión. Ello repercute en una mayor complejidad para la protección y garantía de los derechos del autor sobre su creación, lo que justifica ampliar el ámbito de protección de los respectivos derechos². Wuhl destaca que los cambios en las tecnologías de las telecomunicaciones y el acceso a la información, han transformado las lógicas del consumo y producción de las distintas formas de contenido. De manera particular han afectado el modo en que la información circula, pues ya no es necesario un soporte material que deba pasar de mano en mano, siendo suficiente el acceso a un dispositivo con internet. Por lo anterior, en criterio del referido autor, el marco regulatorio que rige esta materia no puede quedar al margen de estas nuevas formas de consumo³.

Para Miró Llinares los derechos de propiedad intelectual han encontrado un aliado pero también un enemigo en internet, pues por una parte se convierte en el mejor vehículo para la difusión y para el crecimiento de su mercado, pero por otra parte sus características de «aterritorialidad» y «afisicidad» facilitan su violación. Es lo que el referido autor califica como el *anverso y el reverso de la propiedad intelectual*⁴.

Asimismo Fariñas, al abordar el impacto de las redes sociales en la propiedad intelectual, destaca que vivimos en tiempo de interconectividad en el que cada persona a través de una conexión de internet puede intercambiar información a

2 Ana Vizcarra, «Autoría y obras huérfanas», *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 78 (septiembre-diciembre 2009): 162, <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/236/176>.

3 Félix Wuhl, «¿Derecho de autor o propiedad intelectual? Nuevas posibilidades en internet?», en *Actas de las III Jornadas de Investigación en Edición, Cultura y Comunicación*, ed. por Inés Casanova, Martín Gómez y Esteban Rico (Buenos Aires: Facultad de Filosofía y Letras, 2015), 157, 159-161, http://jornadasedicion.org/wp-content/uploads/2016/06/Wuhl_Jornada-Edicion-2015.pdf.

4 Fernando Miró Llinares, «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia del derecho de autor y su porvenir ante la revolución de internet», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. 1, N° 2 (marzo 2007): 106, http://www.crimina.es/documentos/miembros/00001/El_futuro_de_la_propiedad_intelectual_desde_su_pasado.pdf.

escala global, información que en muchos casos comprende contenidos protegidos por el derecho de autor. Así las cosas, las redes sociales han pasado a ser una plataforma ideal para la circulación de libros, canciones, fotografías, videos, etc., sin que en muchos casos exista como contrapartida un beneficio directo para los respectivos titulares⁵. Concretamente respecto de la industria musical, se apunta que «la circulación sin control en la red (...) nos revela que la voracidad con la que puede circular la música en Internet termina siendo incontrolable para los titulares de derechos (...) facilitando el uso no autorizado de las obras y grabaciones digitales», lo que exige respuesta desde el derecho y desde la propia industria⁶.

Según Belloso Martín, «La propiedad intelectual y el desarrollo tecnológico se presentan en una relación dialéctica». En su opinión el propio concepto de autor, las formas de difusión de las obras, la explotación del resultado de su trabajo, así como la protección de la dimensión patrimonial y moral de sus creaciones, tiene que ser revisado a la luz de la era digital, toda vez que las mutaciones que estos derechos han experimentado no se han visto acompañadas de una legislación acorde a estas nuevas exigencias⁷.

Desde la perspectiva penal, Osorio señala que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, bajo lo que denomina los *principios de la sociedad de la información*, nos ha llevado a una era digital que demanda respuestas para los nuevos retos en todos los órdenes normativos, y ni la dogmática jurídico penal ni la política criminal son ajenas a ese desarrollo⁸.

5 José R. Fariñas Díaz, «El impacto de las redes sociales en la propiedad intelectual», *Revista Propiedad Intelectual*, Año X, N° 14 (enero-diciembre 2011): 150, 159.

6 Olenka Woolcott y Germán Flórez, «La paradoja del derecho de autor en el entorno de la industria musical frente a las nuevas tecnologías», *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, Vol. XVII, N° 34 (julio-diciembre 2014): 22-23, <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v17n34/v17n34a02.pdf>.

7 Nuria Belloso Martín, «La protección de los derechos fundamentales en la era digital: su proyección en la propiedad intelectual», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 18 (2009): 74, <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/117/128>.

8 César A. Osorio Moreno, «Política global para la protección penal de la propiedad intelectual en la internet», *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 9, N° 81

Todo lo anterior pone de relieve la preocupación existente frente a la incontrolable circulación de obras por la red, y al propio tiempo pone de manifiesto la necesidad de una intervención por parte del Derecho penal para la defensa de los derechos autorales. Sin embargo, aun cuando en términos generales en los sistemas de tradición jurídica latina el derecho de autor se encuentra regulado y protegido en el marco del Derecho civil, en toda su dimensión, en el ámbito punitivo la situación es completamente diferente.

En efecto, las legislaciones internas de los países iberoamericanos, en los que se enfoca este estudio, coinciden en sancionar penalmente las principales conductas infractoras de los derechos de explotación, elevando a la categoría de bien jurídico penal las prerrogativas que integran la faceta patrimonial del derecho de autor. Por el contrario, y no obstante comprender la vertiente moral derechos trascendentales para el autor⁹, como lo son el derecho de divulgación, de paternidad y de integridad de la obra, su tratamiento penal es bastante heterogéneo.

Lo expuesto justifica que en esta investigación, a partir de la precisión de aspectos básicos sobre el derecho de autor como lo son su regulación, naturaleza y contenido, se centre la atención en su vertiente moral a fin de precisar si la vía penal ha sido considerada efectivamente como un medio de tutela de las prerrogativas que la integran, tal y como ocurre con las de naturaleza patrimonial, y en caso afirmativo valorar las opciones político-criminales que en las legislaciones internas de los países iberoamericanos se han adoptado en la criminalización de conductas infractoras de los derechos morales, lo que permitirá determinar si efectivamente tales derechos han sido elevados a la categoría de bienes jurídicos penales. Para ello, se identificarán en el marco del ordenamiento jurídico de los

(julio-diciembre 2013): 146, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4608208>.

9 Para González López, el derecho moral tiene preeminencia y superior rango sobre los demás derechos atribuidos al autor, y constituye el fundamento mismo y el núcleo esencial de la protección jurídica de la propiedad intelectual. Ver: Marisela González López, *El derecho moral del autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*. *Monografías Jurídicas* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1993), 19.

veintidós países objeto de estudio las normas tipificantes de delitos relacionados con el derecho de autor, y dentro de éstos los vinculados concretamente con su faceta personal, con el fin de presentar un diagnóstico y mostrar de manera sistemática, y en la medida de lo posible esquemática, el escenario normativo existente en esta materia.

■ **La violencia filio-parental: una visión interdisciplinar. 2020**

Alfredo Abadías Selma | Roberto Pereira Tercero (*Coordinadores*)

■ **Aporofobia y Delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4^a CP.). 2020**

Miguel Bustos Rubio

■ **Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal. 2020**

Demelsa Benito Sánchez

■ **Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea. 2020**

Juan María Terradillos Basoco

■ **Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código Penal. 2020**

Miguel Bustos Rubio | Alfredo Abadías Selma (*Directores*)

■ **La Justicia Transicional en el ámbito del Derecho penal Internacional. 2020**

Sergio Cámara Arroyo

■ **Criminalidad organizada. Tratamiento policial y judicial. 2020**

Manuel Cerrada Moreno

■ **La justicia penal juvenil en Iberoamérica.
Libro homenaje a D. Elías Carranza. 2020**

Tomás Montero Hernanz (*Coordinador*)

■ **El delito de violencia habitual: consideraciones en relación
a la despenalización de los “micromachismos”. 2020**

María Concepción Gorjón Barranco

■ **La vertiente moral del derecho de autor:
su incongruente tutela en el ámbito penal.
Un estudio de derecho comparado. 2020**

Paula Beatriz Bianchi Pérez

■ **Responsabilidad penal de las personas
jurídicas. En preparación**

Víctor Martínez Patón