

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



Reivindicando a *Patch Adams*

*La creación de una nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor en el
Ordenamiento jurídico peruano para los usos de obras protegidas con fines
benéficos.*

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO DE LA
PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE LA COMPETENCIA**

AUTOR

JAVIER ANDRÉ MURILLO CHÁVEZ

ASESOR

EDGARD MARTIN MOSCOSO VILLACORTA

Marzo, 2020

RESUMEN

La presente investigación se justifica por la observación de diversos fenómenos que serían calificados como infractores según nuestro régimen de Derecho de Autor, pese a perseguir fines benéficos, tales como el tratamiento médico, la publicidad comercial con mensajes benéficos sin fin de lucro directo, la propaganda o publicidad institucional, las actividades de recreación de personas necesitadas y colectas públicas, además de la realización de ritos funerarios. En este sentido, el objetivo principal del presente trabajo es estudiar, analizar, plantear y defender la posibilidad de establecer un nuevo límite y/o excepción a los derechos de autor para los usos de obras protegidas con fines benéficos en el régimen sobre Derecho de Autor en el Ordenamiento Jurídico peruano actual. Nuestra hipótesis es que, en efecto, sí se puede establecer la misma. Para ello, se realizó un análisis del marco jurídico aplicable a los límites y/o excepciones en nuestro Ordenamiento y algunos otros de forma comparada en la Comunidad Andina y la Unión Europea; luego, se hizo una recopilación de los supuestos observados y se clasificaron los mismos para determinar si eran infractores o no; finalmente, se delimitó la fórmula normativa propuesta con sus elementos y criterios, junto con la justificación constitucional de cada uno de los aspectos que cubre la misma. La conclusión principal a la cual se arribó consiste en que se debe incluir los nuevos artículos 44-A y 44-B en la Ley de Derecho de Autor peruana, los cuales incluyen la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor cuando se trata de usos con fines benéficos, pues el uso libre y gratuito de obras en estos casos es justo y tiene fundamento constitucional que limita de forma válida el derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica.

*A mi querido hermano Franco,
quien día a día ayuda a muchas personas
como el gran médico que es*

y

*A mi querida hermana Sofía,
quien alegra nuestras vidas desde 2004 y
es mi cómplice en nuestras locuras de superhéroes*

捧げよ！捧げよ！心臓を捧げよ



ÍNDICE

RESUMEN.....	1
DEDICATORIA.....	2
ÍNDICE.....	3
ÍNDICE DE TABLAS.....	8
ÍNDICE DE FIGURAS.....	10
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO 1. EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS LÍMITES O EXCEPCIONES	17
1.1. El fundamento del régimen de protección por derechos de autor.....	17
1.2. El funcionamiento de la protección por el régimen del Derecho de Autor	21
1.2.1. Funcionamiento de los derechos patrimoniales de autor y sus limitaciones estructurales.....	28
1.2.2. Los límites y/o excepciones a los derechos patrimoniales de autor.....	32
a. Sistema de límites y/o excepciones cerrado	35
a.1 Unión Europea.....	38
a.2 España.....	41
a.3 Italia.....	43
a.4 Comunidad Andina	44
a.5 Colombia	46
a.6 Perú.....	48
a.7 Breves notas conclusivas de los diversos ordenamientos con sistema cerrado.....	50
b. Sistema de límites y/o excepciones abierto (<i>fair use</i>)	52
c. Sistema de límites y/o excepciones mixto (<i>fair dealing</i>)	56
1.3. El análisis del establecimiento de restricciones al régimen de Derecho de Autor	60

CAPÍTULO 2. LOS USOS DE OBRAS PROTEGIDAS CON FINES BENÉFICOS COMO SUPUESTO INFRACTOR DE LA NORMATIVA SOBRE DERECHO DE AUTOR	67
2.1. Tipos de usos de obras protegidas con fines benéficos	67
2.1.1. Uso de obras protegidas como tratamiento médico.....	68
a. Tratamiento médico directo en general.....	68
b. Tratamiento de mejora de salud mental.....	72
2.1.2. Uso de obras protegidas para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos.....	80
2.1.3. Uso de obras protegidas para propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral.....	91
2.1.4. Uso de obras protegidas en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública	96
2.1.5. Uso de obras protegidas en ritos funerarios	100
2.1.6. Notas conclusivas sobre la tipología de usos de obras protegidas con fines benéficos.....	105
2.2. Calificación de los usos de obras protegidas con fines benéficos como usos lícitos o usos infractores en los sistemas de límites y/o excepciones	108
2.2.1. En los regímenes de Derecho de Autor con el sistema de límites y/o excepciones cerrado	120
2.2.2. En los regímenes de Derecho de Autor con sistema de límites y/o excepciones abierto (<i>fair use</i>)	123
2.2.3. En los regímenes de Derecho de Autor con sistema de límites y/o excepciones mixto (<i>fair dealing</i>)	126
2.3. Breve mención a las posibles infracciones a los derechos morales de autor..	132
CAPÍTULO 3. LA NUEVA EXCEPCIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR PARA USOS DE OBRAS PROTEGIDAS CON FINES BENÉFICOS EN EL RÉGIMEN SOBRE DERECHO DE AUTOR PERUANO ACTUAL	136
3.1. El fundamento constitucional de los usos de obras protegidas con fines benéficos	136

3.1.1.	En los usos como tratamiento médico	145
3.1.2.	En los usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos	149
a.	El derecho a la libertad de empresa	149
b.	El derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión	151
c.	El Principio de Solidaridad como valor intrínseco del Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho	153
d.	La Responsabilidad Social Empresarial como valor intrínseco del Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho y del Modelo del Economía Social de Mercado	155
3.1.3.	En los usos para propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral.....	157
a.	El derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión	157
b.	El mandato de cumplimiento de los deberes fundamentales del Estado.....	159
3.1.4.	En los usos en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública.....	161
a.	El Principio de Solidaridad como valor intrínseco del Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho.....	161
b.	La Responsabilidad Social Empresarial como valor intrínseco del Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho y del Modelo del Economía Social de Mercado	162
c.	El derecho a la participación, en forma individual o asociada, en la vida social de la Nación.....	163
3.1.5.	En los usos en ritos funerarios	164
3.2.	La excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos.....	168
3.2.1.	Presupuesto: el respeto a la regla de los tres pasos	169
a.	Restricción de especialidad	172
b.	No interferencia con el mercado de la obra utilizada.....	176
c.	No perjudicar injustificadamente los intereses del autor	182

3.2.2.	Requisitos transversales	186
a.	Finalidad Benéfica	186
b.	Ausencia de finalidad de lucro directo.....	189
3.2.3.	Requisitos específicos.....	192
a.	Tratamiento médico	192
b.	Publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos	194
c.	Propaganda o publicidad institucional.....	197
d.	Actividades de recreación de personas necesitadas y Colecta pública.....	197
e.	Ritos funerarios	198
3.2.4.	Derecho potestativo de oposición por parte del autor y/o titular de forma justificada en el caso de usos de obras como propaganda o publicidad institucional, y rectificación con aviso de repudio por parte del autor y/o titular de los derechos...	203
3.2.5.	Redacción normativa de la nueva excepción para el uso de obras con fin benéfico	211
3.3.	Aspectos sobre la aplicación práctica de la nueva excepción sobre usos de obras protegidas con fines benéficos en el régimen de Derecho de Autor peruano actual .	217
3.3.1.	El rol de los órganos resolutivos del INDECOPI sobre la nueva excepción sobre usos de obras protegidas con fines benéficos	217
3.3.2.	Algunos puntos de la labor de los órganos resolutivos del INDECOPI en la aplicación de la nueva excepción sobre usos de obras protegidas con fines benéficos	221
a.	La específica y cuidadosa interpretación de la contradicción con el concepto general de “finalidad benéfica”	222
b.	El control <i>ex-post</i> del ejercicio del derecho potestativo limitativo, así como el cumplimiento de la rectificación con aviso de repudio, como muestra de “perjuicio injustificado al autor y/o titular”.....	224
CONCLUSIONES		230
a.	Capítulo 1.....	230
b.	Capítulo 2.....	232

c. Capítulo 3.....	236
BIBLIOGRAFÍA.....	244



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 1 – Tabla de límites y excepciones a los derechos de autor en la normativa de la Unión Europea	39
Tabla N° 2 – Tabla de límites y excepciones a los derechos de autor en la normativa de España	41
Tabla N° 3 - Tabla de límites y excepciones a los derechos de autor en la normativa de Italia	43
Tabla N° 4 - Tabla de límites y excepciones a los derechos de autor en la normativa de la Comunidad Andina.....	45
Tabla N° 5 - Tabla de límites y excepciones a los derechos de autor en la normativa de Colombia	47
Tabla N° 6 - Tabla de límites y excepciones a los derechos de autor en la normativa de Perú.....	49
Tabla N° 7 – Tabla de específicas finalidades en las normativas con un sistema de límites y excepciones mixto	57
Tabla N° 8 – Tabla de opciones legislativas para el establecimiento de restricciones a los derechos de autor	64
Tabla N° 9 – Tabla de tipos de publicidad respecto a la finalidad lucrativa y fines específicos.....	90
Tabla N° 10 – Tabla de diferencia entre publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos y propaganda o publicidad institucional con fines benéficos.....	91
Tabla N° 11 – Tabla de derechos de autor ejercidos o vulnerados con implantes con diseños específicos	112
Tabla N° 12 – Tabla de los supuestos fácticos de usos benéficos con identificación de los derechos de autor involucrados.....	118
Tabla N° 13 – Tabla de descuento respecto a eventos de carácter estrictamente benéfico en el Tarifario del año 2020 de APDAYC	121
Tabla N° 14 – Tabla de la Sub-Section 25-5, párrafo 5 de la Australian Charities and Not for profits Commission Act de 2012	129
Tabla N° 15 – Tabla con los fundamentos constitucionales de cada restricción a los derechos de autor en la normativa y jurisprudencia en el Perú	137
Tabla N° 16 - Tabla con los fundamentos constitucionales de cada aspecto de la nueva excepción a los derechos de autor por fines benéficos	143
Tabla N° 17 – Tabla de diferenciación entre los mensajes comunicados y su fundamento constitucional.....	152

Tabla N° 18 - Tabla de opciones legislativas para el establecimiento de la nueva excepción a los derechos de autor por fines benéficos..... 168

Tabla N° 19 - Tabla de diferenciación entre la antigua excepción de ceremonias religiosas y la nueva faceta de ritos funerarios como fin benéfico..... 200



ÍNDICE DE FIGURAS

Figura N° 1 – Esquema de las restricciones a los derechos de autor.....	34
Figura N° 2 – Prótesis de brazos con diseño de armadura del personaje Iron Man de Ángel Mallqui	68
Figura N° 3 – Prótesis de mano con diseño del personaje Iron Man distribuida por Gustavo Loiacono.....	69
Figura N° 4 – Prótesis de brazo con diseño del personaje Iron Man para Daniel Garabito	69
Figura N° 5 – Prótesis de brazo con diseño del personaje R2D2 de Isabella Tadlock	70
Figura N° 6 – Isabella Tadlock muestra su prótesis de brazo con diseño del personaje R2D2 a Mark Hamill.....	70
Figura N° 7 - Robert Downey Jr. junto a Alex con la prótesis de brazo diseñada por Albert Manero	71
Figura N° 8 – Gráfico con los potenciales aspectos de mejoría de la salud con la “terapia de la risa”.....	75
Figura N° 9 - Caja impresa en 3D alusiva a Batman para cubrir el medicamento de quimioterapia de niños y niñas.....	77
Figura N° 10 - Caja impresas en 3D con logotipos del personajes para cubrir el medicamento de quimioterapia de niños y niñas.....	77
Figura N° 11 - Disfraz de "El Santo" del Dr. Sergio Gallegos Castorena atendiendo a sus pacientes	78
Figura N° 12 – Personal hospitalario disfrazado de Iron Man en el Instituto Nacional de Salud del Niño de San Borja (Lima).....	78
Figura N° 13 – Personal hospitalario disfrazado de Batman en el Instituto Nacional de Salud del Niño de San Borja (Lima).....	79
Figura N° 14 - Traslado de paciente menor de edad en auto de juguete a la sala de cirugía en Trujillo (La Libertad)	79
Figura N° 15 - Traslado de paciente menor de edad en auto de juguete a la sala de cirugía en Puno (Puno).....	80
Figura N° 16 - Anuncio publicitario polémico de United Colors of Benetton sobre la igualdad.....	81
Figura N° 17 - Fotogramas de la campaña publicitaria de Wong "Somos amables, seámoslo siempre"	83
Figura N° 18 - Fotogramas de la campaña publicitaria de Sodimac "Estación de descanso".....	84

Figura N° 19 - Anuncio publicitario de banditas utilizando la mano del personaje Hulk de Band-Aid.....	87
Figura N° 20 - Anuncio publicitario de Whisky de Johnnie Walker utilizando la muralla y los caminantes blancos de la serie Game of Thrones	88
Figura N° 21 - Anuncio publicitario de mascarillas de la empresa Flor de Papa a través de la red social Instagram con donación a Casa Mantay con cada venta	89
Figura N° 22 - Fotogramas de la propaganda audiovisual de War Child en favor de los niños en la guerra utilizando al personaje Batman.....	92
Figura N° 23 - Anuncio de propaganda de Hellenic Association of Blood Donors de Grecia a favor de la donación de sangre utilizando el brazo del personaje Spider Man	93
Figura N° 24 - Anuncio de propaganda del Instituto Nacional de Salud del Niño a favor de la donación de sangre utilizando disfraces relacionados a Star Wars	94
Figura N° 25 - Anuncio de propaganda del Instituto Nacional de Salud del Niño a favor de la donación de sangre utilizando un disfraz de Stormtrooper de la saga Star Wars	94
Figura N° 26 - Fotograma del videoclip de propaganda de EsSalud utilizando la popular canción Tusa para promover la donación de sangre.....	95
Figura N° 27 - Voluntario disfrazado de Spider Man en visita a un hospital en el Callao	97
Figura N° 28 - Fotografías de la visita de la actriz Gal Gadot disfrazada de la Mujer Maravilla al área oncológica de un hospital en el extranjero	97
Figura N° 29 - Autoridad de Las Condes (Chile), Joaquín Lavín, caracterizado como Mario Bross en un evento benéfico.....	98
Figura N° 30 – Fotografía de las intérpretes de la coreografía y canción "Let it go" realizada en la Teletón de 2015 en Lima (Perú).....	98
Figura N° 31 - Fotograma de la Interpretación de la coreografía de un mix de canciones de música contemporánea asiática realizada en la Teletón de 2018 en Lima (Perú) ..	99
Figura N° 32 - Fotografía del funeral del niño Brayden Denton en el cual se hizo un homenaje con disfraces de superhéroes.....	101
Figura N° 33 - Fotografía del velorio del niño Jacob Hall en el cual se puede observar a personas disfrazadas de superhéroes como homenaje	101
Figura N° 34 - Fotografía del velorio del niño Jacob Hall, en el discurso de John Buckland, de la organización Heroes4Higher, caracterizado como Batman.....	102
Figura N° 35 - Fotografía del velorio de Lady Di con Elton John interpretando "Candle in the wind" como homenaje.....	102
Figura N° 36 - Fotografía del velorio de Nipsey Hussle con Stevie Wonder interpretando "Tears in heaven" como homenaje	103

Figura N° 37 - Fotografía de un homenaje en el Cementerio Nueva Esperanza en Lima	104
Figura N° 38 - Fotografía de un entierro en el Cementerio Nueva Esperanza en Lima	104
Figura N° 39 - Fotografía de un paseo con cerveza y música en un entierro común en un barrio del Callao.....	104
Figura N° 40 - Portada del libro "Go Green. A family guide to a sustainable lifestyle" donde se utiliza personajes protegidos de Disney a favor de la protección del medio ambiente.....	114
Figura N° 41 - Fotografía del programa de responsabilidad social "Team of Heros" de Disney en el cual visitan a niños enfermos en este caso como Mickey Mouse	115
Figura N° 42 - Fotografía del programa de responsabilidad social "Team of Heros" de Disney en el cual visitan a niños enfermos en este caso como Ana y Elsa de la película Frozen	115
Figura N° 43 - Disfraz de "Iron Man" del Dr. Sergio Gallegos Castorena atendiendo a sus pacientes.....	116
Figura N° 44 – Fotografía de la aparición en holograma de "Edna Moda" de la saga "Los Increíbles" en la entrega de los Oscar de 2005.....	116
Figura N° 45 - Fotografía del holograma de Hatsune Miku en un concierto	116
Figura N° 46 – Esquema de tipos de publicidad comercial	196
Figura N° 47 – Ejemplo de un montaje con un uso no autorizado del personaje "Mafalda" en una campaña política sobre el debate del aborto legal en Argentina	209
Figura N° 48 – Procedimiento de ejercicio del derecho potestativo preventivo 1.....	225
Figura N° 49 – Procedimiento de ejercicio del derecho potestativo preventivo 2.....	225
Figura N° 50 — Procedimiento de ejercicio del derecho potestativo correctivo 1	226
Figura N° 51 - Procedimiento de ejercicio del derecho potestativo correctivo 2	227
Figura N° 52 - Procedimiento de ejercicio del derecho potestativo correctivo 3	227

INTRODUCCIÓN

Imaginemos que *Hunter Doherty Adams* –más conocido como *Patch Adams*–, como ya sucedió antes (Equipo editorial de TV Perú, 2017), visita el Perú. En medio de su nueva visita, entra al Hospital del Niño, donde una pequeña niña con leucemia postrada en cama le pide con toda su ternura que cumpla su sueño de visitar *Disneyland*, conocer al ratón *Mickey Mouse*, al pato *Donald* y al divertido *Goofy*. Entonces, como *Patch Adams* es especialista en cumplir sueños y hacer la denominada “risoterapia”, consigue ir al día siguiente del pedido de la niña a la unidad de oncología del hospital, cargado de globos, con música de cuentos de hadas y trayendo de la mano a personas disfrazadas de los personajes preferidos y solicitados por la niña enferma; se torna una mañana de felicidad indescriptible para esta paciente, su disposición a recibir el tratamiento mejora conforme transcurre el día, narran los doctores, y *Patch* cumple con su desinteresado propósito. Días después, antes de irse de nuestro país, le llega una notificación de la Comisión de Derecho de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI) iniciando un procedimiento de oficio por infracción a los derechos de autor al haber utilizado obras protegidas por Propiedad Intelectual de titularidad de Disney. Pese a que casi todas las veces los titulares de los derechos de autor –y el propio INDECOPI– hacen “vista ciega” de los usos de obras en casos como el relatado, ni el Decreto Legislativo N° 822 –Ley de Derecho de Autor peruana– (en adelante, LDA) ni la Decisión 351 –Régimen Común sobre Derecho De Autor y Derechos Conexos– (en adelante, RCDA) hacen diferencia y en teoría califican lo relatado como actos infractores si no se solicita el permiso y no se pagan las regalías. Esto debe cambiar.

En la actualidad, se plantean diversas críticas al régimen de protección en base a los derechos de autor; en principio, debido a su larga duración, sus rígidas reglas, entre otros motivos. En este contexto, hemos ubicado y demostraremos la configuración de algunos supuestos fácticos en los cuales la norma es demasiado rígida y los subsume como infractores –ciertamente, en caso de no pedirse autorización y/o pagar la regalía correspondiente por el uso de una obra– de manera injusta y, por esto, creemos que se debería establecer un mecanismo en la norma y/o en la jurisprudencia para corregir esta situación: así, en la presente investigación, nosotros planteamos como solución la aplicación de un nuevo límite y/o excepción en base a los que creemos son motivos legítimos para hacer contrapeso al derecho de exclusiva otorgado a los autores y/o titulares.

Uno de los grandes beneficios de la aplicación de nuestra propuesta es que se lograría que las millones de actividades de carácter benéfico que utilizan las obras protegidas por los derechos de autor para ser realizadas se vean legitimadas por el ordenamiento y queden –sin lugar a dudas– fuera del marco de ilegalidad que les imprimirían las actuales normativas sobre Derecho de Autor en el Perú y –quizás– en otros países del mundo. Estudiaremos algunas de las actividades que actualmente se encontrarían fuera del ámbito de la licitud, salvo que se consiga el permiso de los titulares de los derechos de autor y se haga el pago de regalías, en caso de ser solicitado.

En efecto, como veremos, incluso los actos que realicen los propios actores y actrices con los disfraces de personajes protegidos por el Derecho de Autor estarían calificados como actos infractores si no se obtiene el permiso por parte del verdadero titular de los derechos, que muchas veces es la casa productora. Igualmente, si los propios niños y niñas con enfermedades usan el vestuario para publicidad institucional, o si los usan personas que ayudan en hospitales o actos protocolares de última voluntad, las leyes de Derecho de Autor a nivel nacional y de otros países calificarían –como veremos– estos actos como infractores.

Con la presente investigación pondremos a prueba la hipótesis central que plantea que, en efecto, sí se puede –y debe– establecer un nuevo límite y/o excepción a los derechos patrimoniales de autor para los usos de obras protegidas con fines benéficos, en el régimen sobre Derecho de Autor en el Ordenamiento Jurídico peruano actual.

Para este fin, se estudiará, planteará y defenderá la posibilidad de establecerlo, debiendo necesariamente (i) estudiar y analizar los diferentes supuestos de usos de obras protegidas con fines benéficos para determinar si son infractores de las normas del régimen de protección por Derecho de Autor; (ii) estudiar el contexto general y aplicación de los límites o excepciones a los derechos de autor en los distintos sistemas existentes, con especial énfasis en el sistema cerrado (establecido en la Unión Europea, la Comunidad Andina, Perú, Colombia, España e Italia) para evaluar la inclusión del nuevo límite o excepción al derecho de autor para los usos de obras protegidas con fines benéficos en el Ordenamiento Jurídico peruano actual; (iii) buscar el fundamento internacional y constitucional en el Ordenamiento Jurídico peruano que avale la proporcionalidad entre los derechos de autor y el valor detrás de los usos de obras protegidas con fines benéficos; (iv) analizar el régimen sobre Derecho de Autor en el Ordenamiento Jurídico peruano para observar el encuadre del nuevo límite y/o

excepción a los derechos de autor para los usos de obras protegidas con fines benéficos; y, finalmente, (v) proponer las reglas específicas de aplicación del nuevo límite y/o excepción a los derechos de autor para los usos de obras protegidas con fines benéficos.

Es necesario indicar que la presente investigación resolverá si la labor efectuada por diversas personas y entidades en aras de fines benéficos puede tener un fundamento legítimo en el Ordenamiento jurídico peruano y puede ser catalogada como lícita por las diversas normas de Derecho de Autor; sobre todo cuando no existen estudios particulares sobre estos supuestos de hecho ni a nivel nacional ni internacional. No obstante, sí debemos reseñar que existen estudios diversos sobre los límites y/o excepciones como tema concreto o estudios sobre algunos de ellos de manera individual y especializada, lo cual facilita la evaluación de este nuevo planteamiento.

Confesamos que, en general, existe un gran campo para la creación de contenido nuevo ya que la falta de estudios sobre el tema específico a estudiar motiva a la delimitación de supuestos, creación de teoría y establecimiento de reglas aplicables con las fuentes del tema genérico, estudiando los ejemplos y revisando los casos existentes; de igual forma, podemos encontrar alguna coincidencia o similitud del planteamiento propuesto en la normativa o jurisprudencia extranjera, la cual será explorada para fines de la presente Tesis.

A continuación, la presente investigación presenta en el capítulo 1, la revisión de las reglas aplicables en el régimen de Derecho de Autor y su funcionamiento, así como se exploran los sistemas de límites y/o excepciones existentes a nivel mundial, detallando de mayor manera el que es aplicable en nuestro ordenamiento, terminando con breves “pinceladas” de una teoría sobre cómo elegir entre una y otra de las restricciones a los derechos de autor.

Luego, en el capítulo 2, se efectúa un análisis completo de los casos observados –y aquellos que fueron apareciendo a lo largo de la investigación– que motivaron el inicio del presente estudio, así como la evaluación de su calificación jurídica en virtud del régimen de protección por Derecho de Autor y los sistemas de límites y/o excepciones existentes, con la finalidad de comprobar la verdadera existencia de un problema jurídico.

Finalmente, en el capítulo 3, habiendo comprobado la existencia de una situación problemática, se procederá a explicar a detalle la propuesta normativa de regulación de una nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor, describiendo sus aspectos estáticos y dinámicos de aplicación, así como su concordancia con las reglas generales aplicables a los límites y/o excepciones en nuestro ordenamiento.



CAPÍTULO 1. EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS LÍMITES O EXCEPCIONES

1.1. El fundamento del régimen de protección por derechos de autor

Pese a que sería ideal, aún no existe un estatuto mundial o global sobre el Derecho de Autor; no obstante, hoy en día, la Propiedad Intelectual es una de las pocas materias que tiene consenso sobre reglas mínimas en la gran mayoría de países del mundo. Prueba de ello es la suscripción del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, y sus diversas Actas, por la mayoría de Estados en los cinco continentes. De igual forma, otro fenómeno de la globalización de reglas mínimas en esta materia que se puede observar en la actualidad es la creación y emisión de normas supranacionales regionales como la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y el Consejo del 22 de mayo de 2001 – Directiva sobre la armonización de ciertos aspectos del derecho de autor y derechos relacionados en la sociedad de la información de la Unión Europea (en adelante, DIDAUE) o la Decisión 351 de la Comunidad Andina – Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (en adelante, RCDA).

Nuestro país, como parte de la Unión de Berna¹ y Estado miembro de la Comunidad Andina, se ve obligado a respetar los mínimos establecidos en ambas normas y –si así lo desea el Gobierno– ampliar el espectro de protección o plantear reglas más protectoras de los autores y su actividad creativa². En concordancia con esto, el cuerpo normativo de jerarquía más alta en nuestro ordenamiento –nuestra Constitución– debe establecer una base sobre la cual estructurar todo el régimen de protección por Derecho de Autor. Nosotros creemos que este “cimiento” constitucional se encuentra en el derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, estipulada en el inciso 8 del artículo 2, el cual contiene la lista de derechos fundamentales reconocidos a todo ciudadano peruano³; esta misma norma adicionalmente reconoce la propiedad

¹ Perú se volvió parte del Convenio de Berna el 20 de agosto de 1988, suscribiendo hasta la última Acta de París de 1971.

² Un claro ejemplo de ello es la estipulación más amplia que se hace del derecho a la integridad de la obra como derecho moral del autor al prescindir de la configuración de un atentado al decoro de la obra y reputación del autor (RCDA, 1993, art. 11 inc. c), o que se cause un perjuicio a su honor o reputación (Convenio de Berna, 1979, art. 6*bis*) como requisito de una infracción a este derecho. Así, la versión vigente de la norma positiva sobre este derecho en el Perú indica:

“Por el derecho de integridad, el autor tiene, incluso frente al adquirente del objeto material que contiene la obra, la facultad de oponerse a toda deformación, modificación, mutilación, alteración o destrucción de la misma”. (LDA, 1996, art. 25)

³ A diferencia de otras perspectivas que sitúan la base constitucional del Derecho de Autor en otros derechos o valores constitucionales (Pizarro, 2012, pp. 325-365).

sobre las creaciones realizadas en ejercicio de la mencionada libertad, lo cual permite la disposición de algunos de los derechos que derivan de la misma. De esta forma, se funda de forma constitucional la base del régimen especial del Derecho de Autor, el cual está desarrollado a detalle en el Decreto Legislativo N° 822 – Ley de Derecho de Autor (en adelante, LDA).

Para ubicar el fundamento que inspira el Derecho de Autor en el Ordenamiento jurídico peruano debemos hacer un poco de historia constitucional y encontrar el origen que llevó a nuestro Constituyente y al Legislador hacia la emisión de nuestras normas sobre la materia en tiempos antiguos, ya que –hoy por hoy– se da por asumido que deben existir las normas del *Droit d'Auteur* o del *Copyright* en todas las partes del mundo⁴; es claro que tanto los Tratados Internacionales, así como la propia Constitución peruana de 1993, forman *in semet ipsis* el fundamento normativo vigente y actual que otorga la legitimidad a los autores para ostentar sus derechos en el Perú, pero no es lo mismo hablar del fundamento de la existencia del sistema de incentivos para los autores tal cual.

Para encontrar este último tendríamos que ubicar el motivo del primer registro del privilegio por 5 años de parte de la República de Venecia a *Giovanni da Spira*, introductor de la imprenta en Venecia, en 1469 (Lipszyc, 1993, p. 31; Olimpio, 2013, p. 96) o la conversión del *Statute of Queen Anne* en Ley, el cual reemplazó el derecho perpetuo al *Copyright* (instituido por Privilegio Real 1557) a favor de la *Stationers Company*, reconociendo el derecho exclusivo de autores a imprimir o disponer de copias de cualquier libro desde 1710 en Inglaterra (Pabón, 2009, p. 69). Con el estado de avance de la cobertura mundial del Derecho de Autor a través de los Tratados internacionales y regionales, la Sociedad y los Ordenamientos jurídicos, ya no es necesario –desde nuestro punto de vista– retroceder tanto en el tiempo; el fundamento positivo en el más alto nivel de cada Estado sería suficiente, siendo menores las críticas estructurales al sistema, principalmente desde el Análisis Económico del Derecho algunas radicales (Bullard, 2009, pp. 203-238) y otras más moderadas (Posner, 2013, pp. 77-90), las cuales incluso admiten que no existen estudios concluyentes para demostrar que los regímenes de protección de obras por derechos de exclusiva ya no sean necesarios (Björn, 1996, pp. 4-5; Landes & Posner, 2006, p. 547; Shavell, 2004, pp. 152-166).

⁴ Pese a que existen referencias al sistema de Derecho de Autor Socialista (Ubertazzi, 2003, pp. 9-10), no consideramos que sea un sistema vigente en la actualidad, que lleve la importancia de equiparación al sistema de la tradición romano germánica o al del *Common Law* anglosajón.

Basta aquí señalar que las ideas de John Locke sobre el fruto de la labor del trabajo de la persona es uno de los fundamentos antiguos más claros sobre el Derecho de Autor (Blackstone, 1862, p. 412), influenciando incluso hasta tiempos modernos cuando se asumía el criterio de protección como “*skill and labour*” (habilidad y mano de obra), utilizado en la Sentencia de la *High Court* de Australia en el caso *Sands & McDougall PTY LTD v. Robinson* (23 CLR 49) de 1917 y la Decisión de la *House of Lords* inglesa en el caso *Ladbroke Football LTD v. William Hill Football Ltd* (1 WLR 273) de 1964; o el “*sweet of the brow*” (sudor de la frente), éste último dejado de lado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Feist Publications, INC. v. Rural Telephone Service Co.* (499 U.S. 340) recién en 1991 (Murillo, 2017a, pp. 483-484). De igual forma, se añade que las teorías utilitaristas y de incentivos son un consenso en la doctrina como fundamento de la existencia de la potestad estatal de otorgamiento de privilegios legales y el *Copyright* norteamericano (Moore, 1997, p. 65; Menell, Lemley, & Merges, 2018, p. 2; Landes & Posner, 2006, pp. 7-8). Finalmente, como veremos en la siguiente sección, la finalidad dual es aun presupuesto incólume del Derecho de Autor, la cual contiene fuerte influencia de las ideas de Locke acerca de la retribución por la labor del autor en la creación de la obra en su aspecto de finalidad inmediata.

Volviendo al fundamento positivo de más alto rango en el Ordenamiento jurídico peruano, haciendo un poco de historia, lo encontramos reflejado en la inspiración de nuestro primer Constituyente en la longeva Constitución de los Estados Unidos de 1787, la cual establece el fundamento constitucional del *Copyright* –como adelantamos– en clave de poder del Congreso para la creación de normas sobre derechos exclusivos en cabeza de autores (e inventores, para el sistema de patentes) por un tiempo limitado; así, la *Section 8* del artículo I de dicha Constitución indica: “El Congreso tendrá facultad: (...) Para fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”⁵ (Constitución de los Estados Unidos, 1787, Art. I Sec. 8).

Esta norma tuvo cristalina influencia histórica en el inciso 20 del artículo 60 de la Constitución peruana de 1823 y el inciso 19 del artículo 48 de la de 1828, ambas imitando la fórmula de empoderamiento del Legislativo para emitir normas que otorguen derechos de exclusiva para los autores e inventores.

⁵ Traducción de: “The Congress shall have Power (...) To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”. (Constitución de los Estados Unidos, 1787, Art. I Sec. 8)

No obstante, con un cambio histórico de perspectiva, se varía de la potestad del Estado de dar privilegios a la de reconocimiento de un derecho propio del ciudadano cuando efectúa actividad de autor; pese a ello, como demuestran el artículo 27 de la Constitución peruana de 1856, el mismo de la Constitución peruana de 1860 y el artículo 43 de la Constitución peruana de 1920, se confunden las categorías subjetivas y objetivas originarias del sistema de protección de Patentes y aquel sobre Derecho de Autor. Igual sucedió, en peor manera, cuando se quita toda referencia al “autor” en el artículo 149 de la Constitución peruana de 1826, el artículo 167 de la Constitución peruana de 1828, el artículo 163 de la Constitución peruana de 1834 y el artículo 170 de la Constitución peruana de 1839.

Posteriormente, ya perfilando el reconocimiento vigente en la actualidad al régimen de Derecho de Autor a nivel constitucional en el Perú, aparecen el artículo 30 de la Constitución peruana de 1933 y el artículo 129 de la Constitución peruana de 1979 que sí mencionan expresamente a los “autores” e incluso las “obras y creaciones”.

Finalmente, el vigente inciso 8 del artículo 2 de nuestra Constitución de 1993 reconoce el **derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica**; sin embargo, no sólo establece ello, sino que –yendo más allá– reconoce también el derecho a la propiedad sobre las creaciones y su producto. Esto último consiste en la expresa mención a la posibilidad de obtener ganancias a través de la explotación de las obras protegidas, como veremos, a través de los denominados derechos patrimoniales de autor. Sin embargo, apuntamos que esta misma norma también reconoce el **deber del Estado de propiciar, desarrollar y difundir el acceso a la cultura**, como uno –sino el principal– contrapunto del derecho fundamental reconocido. El texto es el siguiente:

Toda persona tiene derecho: (...) A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2 inc. 8).

Ahora bien, como se ha reconocido ampliamente por el Tribunal Constitucional peruano, todos los derechos reconocidos están planteados en torno a una doble dimensión; vale decir un derecho subjetivo y un deber del Estado de garantía de los derechos⁶. En este

⁶ Tal como señalan diversas Sentencias (STC 3330-2004-AA/TC, 2005, Fj. 9; STC N° 0964-2002-AA/TC, 2003, Fj. 3; STC N° 0858-2003-AA/TC, 2004, Fj. 6), por citar ejemplos. Pero principalmente una en la se

esquema constitucional sobre los derechos fundamentales, el inciso 2 del artículo 8 de la Constitución también puede disgregarse en el derecho subjetivo de toda persona y el deber del Estado de garantía del primero para todos; en este sentido, disgregando estos aspectos, podemos esquematizar lo siguiente:

- **Creación intelectual, artística, técnica y científica**
 - **Dimensión subjetiva:** el derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica, el cual se encuentra expresamente reconocido.
 - **Dimensión objetiva:** el deber del Estado de garantizar los beneficios de la creación intelectual, artística, técnica y científica.

- **Acceso a la cultura**
 - **Dimensión subjetiva:** el derecho fundamental de la persona al acceso a la cultura.
 - **Dimensión objetiva:** el deber del Estado de propiciar, desarrollar y difundir el acceso a la cultura, el cual se encuentra expresamente reconocido.

En resumen, en tiempos actuales, no es necesario retroceder a los tiempos iniciales del *Droit d'Auteur* francés o del *Copyright* anglosajón para encontrar el fundamento del régimen de protección de los derechos de autor. En la actualidad, se da por sentada la necesidad del régimen de protección de Derecho de Autor; el cual encuentra fundamento en el Ordenamiento jurídico peruano en la Constitución peruana de 1993 en la que se reconoce expresamente el derecho subjetivo a la creación intelectual, artística, técnica y científica, pero junto a esta existe un deber del Estado de propiciar, desarrollar y difundir el acceso a la cultura.

1.2. El funcionamiento de la protección por el régimen del Derecho de Autor

reconoce la doble dimensión nacida del inciso 8 del artículo 2 de la Constitución peruana de 1993 (STC N° 0044-2004-AA/TC, 2005, Fj. 10).

Para empezar, como adelantamos, es unánime en la Doctrina que la **finalidad del régimen de protección del Derecho de Autor** es dual; es decir, un primer aspecto consiste en retribuir al autor por su labor creativa individual buscando el incentivo de la creación de más obras (**finalidad inmediata**); lo cual, a su vez, en segundo lugar genera el aumento de las obras creativas y originales que incrementan el acervo cultural, científico y/o artístico (**finalidad mediata**) (Murillo, 2017b, p. 73; Auteri, y otros, 2016, pp. 566-567; Vibes, 2009, p. 21; Antequera, 2007, pp. 24-26; Lipszyc, 1993, pp. 59-60; Moscoso, 2013, p. 5; Maraví, 2010, p. 4). Como hemos indicado en un trabajo previo,

Estas dos finalidades, unánimemente aceptadas por la doctrina clásica del Derecho de Autor, están unidas por un vínculo de causalidad recíproca, pues una no podría existir sin la otra; si no existieran retribuciones al autor, no existirían incentivos para la creación de nuevas obras y la cultura quedaría estancada (Murillo, 2017b, p. 74).

De igual forma, aunque no existe pronunciamiento sobre estas finalidades por parte de nuestro Tribunal Constitucional, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia ha indicado lo siguiente:

(...) el reconocimiento moral y material de la labor de los autores de obras artísticas, literarias o científicas contribuye a la realización del trabajo como principio fundamental del Estado (...). Aparte de constituir un incentivo para la creación, el producto mismo del trabajo, su resultado material, es un aporte conjunto del individuo y de la sociedad. El beneficio social que reporta la producción artística, literaria y científica se concibe precisamente a partir de la interacción entre el autor y el conjunto de la cultura. En efecto, la obra es el resultado del contacto personal individual con la cultura como expresión de la sociedad y, en esta medida, la sociedad contribuye a su creación. (...) Aunque no toda la producción cultural individual reporte el mismo beneficio social, la creación artística, literaria y científica, en sus diversas manifestaciones es un patrimonio social. Lógicamente, a esta sociedad le interesa que el Estado proteja tanto la parte que le corresponde directamente, es decir el conjunto de prerrogativas que le corresponden sobre la obra, como los derechos que el autor tiene, sin los cuales no existirían incentivos para la creación. (SCCC N° C-053-01, 2001, Fj. 11-12)

Para lograr estas finalidades, como todas las áreas dentro de la Propiedad Intelectual, el régimen de Derecho de Autor funciona a través de dos facultades del derecho subjetivo de creación intelectual, artística, técnica y científica: el *ius utendi* y el *ius excludendi*. Esto quiere decir que –como todo régimen sobre propiedad inmaterial, incluyendo incluso al derecho a la imagen del ámbito constitucional/civil (Murillo, 2017c, p. 67)– el sistema se articula en torno al ejercicio de los derechos, la disposición de los mismos y la defensa de ellos ante los usos de las obras protegidas sin autorización.

Ahora bien –a diferencia de los otros derechos de propiedad intelectual, los cuales funcionan en base a un registro constitutivo– el plexo de derechos de autor nace en cabeza de una persona natural –llamado autor– con el mero hecho de la creación de una obra, la cual debe ser categorizada como original, según la teoría y concepción que se adopte en cada Ordenamiento jurídico⁷. El artículo 18 de la LDA precisamente confirma esta regla para el Ordenamiento jurídico peruano y su sistema de Derecho de Autor⁸.

Por este motivo, fenomenológicamente *prior in tempore potior in iure*, en aquellos casos de superposición entre este y otros derechos similares (como el derecho exclusivo sobre los diseños industriales o las marcas figurativas) priman los derechos de autor (Murillo, 2013, p. 336). Confirmándose legislativamente este presupuesto en la estipulación del artículo 4 de la LDA⁹.

Precisando la consecuencia de la creación de una obra original, también el artículo 18 de la LDA indica que existen dos grupos dentro del conjunto de derechos reconocidos por el ordenamiento a los autores: (i) los derechos morales y (ii) los derechos patrimoniales, ambos necesarios para el funcionamiento del sistema.

⁷ Sobre las teorías de la originalidad, hemos realizado una descripción de las teorías existentes en el *Common Law* y en la tradición Romano-Germánica en un trabajo previo (Murillo, 2017a, pp. 480-485).

⁸ La LDA estipula

El autor de una obra tiene por el sólo hecho de la creación la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en la presente ley. (LDA, 1996, art. 18)

⁹ La LDA indica

El derecho de autor es independiente y compatible con:

a. Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra.

b. Los derechos conexos y otros derechos intelectuales reconocidos en la presente ley.

Respecto al literal a), en caso de conflicto, se estará siempre a lo que más favorezca al autor. (LDA, 1996, art. 4)

Por un lado, precisamente, para cumplir la finalidad dual del régimen de protección del Derecho de Autor están los **derechos patrimoniales de autor**, que funcionan principalmente en clave negativa (*ius excludendi*) al habilitar al autor y/o titular impedir los usos no autorizados de obras protegidas a terceros, aunque también se reconoce una faceta positiva (*ius utendi*) con la cual los autores y/o titulares pueden efectuar uso exclusivo de sus obras protegidas o también efectuar negocios jurídicos para cederlos o licenciarlos, permitiendo que los autores y/o titulares utilicen el sistema de precios (Vibes, 2009, p. 45).

Los derechos patrimoniales tienen como regla que todos los usos de obras protegidas no están permitidos sin la autorización del autor y sin pago correspondiente. Esto se desprende, en el sistema peruano de Derecho de Autor, de la lectura de las siguientes normas:

- (i) El artículo 37 de la LDA¹⁰ que califica como ilícitos todos los actos de explotación de la obra sin consentimiento previo y escrito por parte del titular; así como
- (ii) El artículo 30 de la LDA¹¹ que otorga el derecho al titular de explotar su obra y obtener beneficios bajo cualquier forma o procedimiento.

Es más el artículo 39 de la LDA¹² resalta que nadie podrá autorizar la utilización de obras protegidas, ni prestar apoyo para su utilización, sin autorización previa y escrita por parte del titular, dejando a salvo la posibilidad de usos previstos como excepciones y/o límites

¹⁰ La LDA señala

Siempre que la Ley no dispusiere expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor. (LDA, 1996, art. 37)

¹¹ La LDA establece

El autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y de obtener por ello beneficios, salvo en los casos de excepción legal expresa.
El ejercicio de los derechos morales, según lo establecido en la presente norma, no interfiere con la libre transferencia de los derechos patrimoniales. (LDA, 1996, art. 30)

¹² La LDA indica

Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra o cualquier otra producción protegida por esta Ley, o prestar su apoyo a dicha utilización, si el usuario no cuenta con la autorización previa y escrita del titular del respectivo derecho, salvo en los casos de excepción previstos por la ley. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable. (LDA, 1996, art. 39)

al derecho patrimonial de autor para los que se prescinde de dicha autorización y además, en algunos casos, del pago por dicha utilización.

De esta forma, en el régimen peruano de Derecho de Autor, se reconocen principalmente los cuatro derechos patrimoniales principales, concordando con las demás regulaciones a nivel internacional:

- El **derecho de reproducción**, reconocido en el artículo 31 inciso a) de la LDA y el artículo 13 inciso a) del RCDA, consistente en la fijación de una obra en un soporte o la obtención de copias de la misma sin alteraciones y a través de cualquier medio¹³;
- El **derecho de comunicación pública**, reconocido en el artículo 31 inciso b) de la LDA y el artículo 13 inciso b) del RCDA, consistente en brindar acceso a la obra a una o más personas por cualquier medio o procedimiento sin previa distribución de ejemplares¹⁴;
- El **derecho de distribución**, reconocido en el artículo 31 inciso c) de la LDA y el artículo 13 inciso c) del RCDA, consistente en la puesta a disposición del público de la obra original o copias de la misma mediante transferencia de la propiedad o posesión de dichos soportes; y, finalmente,
- El **derecho de transformación**, reconocido en el artículo 31 inciso d) de la LDA y el artículo 13 inciso e) del RCDA], consistente en la realización de cambios, variaciones y/o alteraciones a la obra que conlleven la implantación de la impronta de la personalidad del nuevo autor o nuevos autores¹⁵.

No obstante, las diferentes legislaciones podrían reconocer algún otro, como lo hace el artículo 31 inciso e) de la LDA, junto con el artículo 13 inciso d) del RCDA, reconociendo el **derecho de importación**; o el **derecho de exposición pública** que se reconoce en el artículo 81 de la LDA para la enajenación del soporte que contiene una obra de arte. Pero de todas maneras, la fórmula del inciso f) del artículo 31 de la LDA confirma que

¹³ Para una mayor referencia y particular estudio de este derecho, revisar la obra de Ribera (2002).

¹⁴ Para un completo estudio de este derecho, revisar la obra de Ayllón (2011).

¹⁵ Para revisar a detalle este derecho, revisar la obra de Mariscal (2013).

nos encontramos ante una lista abierta y sumamente amplia de derechos patrimoniales, pero nuevamente se deja a salvo los usos previstos como excepción a los mismos¹⁶.

Ahora bien, por otro lado, los **derechos morales de autor** tienen características especiales conforme indican el artículo 21 de la LDA¹⁷ y el artículo 11 del RCDA¹⁸: la inalienabilidad, la imposibilidad de su embargo, prescripción y renuncia. En este caso, la LDA va más allá que el RCDA predisponiendo su perpetuidad, disposición que deberá ser interpretada en compatibilidad con la existencia de la persona natural y las teorías sobre lo que ocurre con estos derechos a su muerte¹⁹; estableciendo los propios artículos antes mencionados la solución concreta²⁰, sumándose el artículo 29 de la LDA²¹, para el caso del régimen peruano al encargar su ejercicio a los herederos mientras la obra protegida esté en dominio privado, pasando a una legitimidad de *ius excludendi* abierta, incluyendo al Estado.

Los derechos morales de autor en el régimen de Derecho de Autor peruano pueden ser de ejercicio, de defensa o mixtos, así como uno instrumental:

¹⁶ La LDA estipula

El derecho patrimonial comprende, especialmente, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: (...) Cualquier otra forma de utilización de la obra que no está contemplada en la ley como excepción al derecho patrimonial, siendo la lista que antecede meramente enunciativa y no taxativa. (LDA, 1996, art. 31 inc. f)

¹⁷ “Los derechos morales reconocidos por la presente ley, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. (...)”. (LDA, 1996, art. 21)

¹⁸ El RCDA señala que

El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;
- b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor. (...) (RCDA, 1993, art. 11)

¹⁹ Para un estudio completo sobre los derechos morales, revisar la obra de Cámara (1998).

²⁰ “(...) A la muerte del autor, los derechos morales serán ejercidos por sus herederos, mientras la obra esté en dominio privado, salvo disposición legal en contrario”. (LDA, 1996, art. 21)
Y el RCDA establece

(...) A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra. (RCDA, 1993, art. 11)

²¹ La LDA establece

En resguardo del patrimonio cultural, el ejercicio de los derechos de paternidad e integridad de las obras que pertenezcan o hayan pasado al dominio público corresponderá indistintamente a los herederos del autor, al Estado, a la entidad de gestión colectiva pertinente o a cualquier persona natural o jurídica que acredite un interés legítimo sobre la obra respectiva”. (LDA, 1996, art. 29)

- **Derechos de ejercicio.** Aquellos que únicamente tienen sentido cuando el autor, y únicamente él, los hace valer sobre la obra creada:
 - El **derecho de modificación o variación**, reconocido en el artículo 22 inciso d) de la LDA, por el cual el autor está facultado a realizar modificaciones o variaciones a su obra;
 - El **derecho de retiro de la obra del comercio**, reconocido únicamente en el artículo 22 inciso e) de la LDA, que otorga al autor la posibilidad de repudiar su obra y quitarla del tráfico comercial, previo resarcimiento a quienes resulten dañados (por ejemplo, un editor); y
- **Derecho de mera defensa.** Aquel que tiene funcionamiento únicamente cuando el autor o sus herederos, incluso el Estado o un tercero legitimado cuando se encuentre la obra en dominio público, alegan en un procedimiento administrativo o proceso judicial que se viene trasgrediendo por parte de un tercero:
 - El **derecho de integridad**, reconocido en el artículo 22 inciso c) de la LDA y el artículo 11 inciso c) del RCDA, con el cual el autor u otros legitimados tienen la facultad de defender su obra ante posibles deformaciones, modificaciones, alteraciones o, incluso, su destrucción.
- **Derechos mixtos (de ejercicio y defensa).** Aquellos que pueden ser ejercidos por el autor o, también, pueden ser reclamados por parte de terceros en caso de trasgresión:
 - El **derecho de divulgación o de inédito**, reconocido en el artículo 22 inciso a) de la LDA y el artículo 11 inciso a) del RCDA, por el cual –por un lado– el autor puede decidir el momento y la forma en la cual hace accesible la obra por primera vez o decide dejarla como inédita, además –por otro lado– el autor o terceros legitimados pueden reclamar administrativa o judicialmente por una divulgación ilícita; y
 - El **derecho de paternidad**, reconocido en el artículo 22 inciso b) de la LDA y el artículo 11 inciso b) del RCDA, por el cual –por un lado– el autor puede decidir entre su colocación personal como creador de la obra u optar por el anonimato o usar un seudónimo, también –por otro lado– el

autor o terceros legitimados pueden defenderse ante una falsa indicación de un tercero como creador de la obra del autor.

- **Derecho instrumental.** Aquel que permite el ejercicio de otros de los derechos morales y/o patrimoniales de autor:
 - El **derecho de acceso**, reconocido también únicamente en el artículo 22 inciso e) de la LDA, con el cual el autor y los sucesores tienen habilitada la posibilidad de acceder al ejemplar único de su obra para ejercer o defender el resto de los derechos morales e, incluso, los patrimoniales.

No debemos perder de vista que estos derechos permiten de forma indirecta la explotación de los derechos patrimoniales; piénsese, por ejemplo, cómo podrían concederse las licencias de uso de obras si no se reconociese al autor, quien es la persona habilitada para suscribirlas. De igual forma, la reputación del autor se forja únicamente teniendo en cuenta el reconocimiento al derecho de paternidad de los autores. Estos derechos que, si bien tienen más cercanía a los derechos personalísimos que a los derechos reales, tienen importancia central en el funcionamiento del sistema que permite cumplir los fines del Derecho de Autor, cuya modalidad inmediata es meramente patrimonial.

Como hemos revisado, existe una finalidad dual en el Derecho de Autor: retribuir individualmente al autor por su labor creativa y así incentivar el aumento del acervo cultural. Esta finalidad se logra a través del reconocimiento de un plexo de derechos (morales y patrimoniales) en cabeza del autor cuando crea una obra original; así, el autor puede ejercer sus derechos, disponer de los mismos relacionándose con terceros (titulares o autorizados) o defender la exclusividad a través de acciones de cesación de usos no autorizados.

1.2.1. Funcionamiento de los derechos patrimoniales de autor y sus limitaciones estructurales

Los principales derechos que nos permiten hablar de retribución al autor son aquellos que tienen naturaleza patrimonial. Estos derechos, junto a los de Propiedad Industrial, a su vez son bienes muebles según el inciso 6 del artículo 886 de nuestro Código Civil²².

²² "Son muebles: (...) Los derechos patrimoniales de autor, derechos de patente, nombres comerciales, marcas y otros derechos de propiedad intelectual". (Código Civil, 1984, art. 886 inc. 6)

Estos, entonces, son susceptibles de ser ejercidos (uso de obras), transferidos (cesión) o defendidos (acción de infracción); estas facultades en cabeza del autor o de otro titular, cuando se le han transferido los mismos, funcionan como derechos de exclusiva muy fuertes, calificándose incluso como monopolios legales (Lepage, 2003, p. 3; Cooter & Ulen, 1998, pp. 169-170) excluidos de la prohibición constitucional del primer párrafo del artículo 61 de la Constitución²³ como sucede en el caso de los derechos de propiedad industrial, conforme establece el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1075 que complementa la Decisión 486 de la Comunidad Andina²⁴.

Las limitaciones ante tremendo beneficio en cabeza de autores y titulares comienzan con las **limitaciones estructurales** que prevé el propio régimen.

La primera limitación estructural es el **plazo de duración** de los derechos patrimoniales de autor. Así, como en todas las normativas a nivel internacional comparado sobre la materia, se establece que los derechos patrimoniales de autor tienen una duración limitada; en el caso de Perú, el artículo 52 de la LDA²⁵ establece que estos duran toda la vida del autor más setenta (70) años después del fallecimiento²⁶, contándose estos desde el 01 de enero del año siguiente a la muerte del autor o, en su caso, desde la divulgación, publicación o terminación de la obra, según el artículo 56 del mismo cuerpo normativo²⁷ y el artículo 20 del RCDA²⁸. Una vez terminado el plazo de duración, la obra ya estará en cabeza de los herederos o de la Beneficencia Pública, según el artículo

²³ “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 61).

²⁴ “Los derechos de propiedad industrial otorgan a su titular la exclusividad sobre el objeto de protección y su ejercicio regular no puede ser sancionado como práctica monopólica ni como acto restrictivo de la competencia” (D.Leg. N° 1075, 2008, art. 6).

²⁵ La LDA indica

El derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, cualquiera que sea el país de origen de la obra, y se transmite por causa de muerte de acuerdo a las disposiciones del Código Civil.

En las obras en colaboración, el período de protección se contará desde la muerte del último coautor. (LDA, 1996, art. 52)

²⁶ Por su parte, el artículo 18 del RCDA indica que la protección no será menor a cincuenta (50) años después de la muerte del autor. Consideramos que el RCDA es un piso inferior que la propia LDA y eso genera que se aplique la norma más favorable al autor.

²⁷ “Los plazos establecidos en el presente Capítulo, se calcularán desde el día primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor o, en su caso, al de la divulgación, publicación o terminación de la obra”. (LDA, 1996, art. 56)

²⁸ “El plazo de protección se contará a partir del primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor o al de la realización, divulgación o publicación de la obra, según proceda”. (RCDA, 1993, art. 20)

830 del Código Civil peruano²⁹ a falta de ellos, y entrará en lo que se denomina **dominio público** según el artículo 57 de la LDA³⁰.

La segunda limitación estructural es la **territorialidad** de los derechos patrimoniales de autor. La exclusión de usos sólo puede ser realizada a través de los Órganos del Estado dentro del territorio donde se reconoce la protección; una expresión de esta limitación estructural se puede encontrar en el denominado **agotamiento del derecho patrimonial de autor** establecido en el artículo 34 de la LDA³¹ por el cual el titular de los derechos patrimoniales de autor no podrá interponer ninguna acción en contra de quien efectúe la venta lícita del ejemplar original o copias del mismo, adquiridos lícitamente, en el país para el cual han sido autorizadas.

Como se puede observar, en la práctica, los derechos patrimoniales de autor son enormemente amplios, pues –como ya vimos– permiten impedir todos los usos no autorizados, sean los que sean; de esta forma, tienen como limitaciones estructurales el plazo de duración y la territorialidad del régimen de protección. Pese a esto, la balanza entre los intereses de los creadores de obras y los usuarios de las mismas sigue fuertemente inclinada hacia la finalidad del régimen de los derechos de autor; por este motivo, surgen los movimientos como el *Copyleft*, movimiento de renuncia a todos los

²⁹ Como indica nuestro Código Civil

A falta de sucesores testamentarios o legales el juez o notario que conoce del proceso o trámite de sucesión intestada, adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria, a la Sociedad de Beneficencia o a falta de ésta, a la Junta de Participación Social del lugar del último domicilio del causante en el país o a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana si estuvo domiciliado en el extranjero.

Es obligación de la entidad adjudicataria pagar las deudas del causante si las hubiera, hasta donde alcance el valor de los bienes adjudicados.

Corresponde al gestor del proceso o trámite de sucesión intestada, el diez por ciento del valor neto de los bienes adjudicados, el mismo que será abonado por la entidad respectiva, con el producto de la venta de dichos bienes u otros, mediante la adjudicación de alguno de ellos. (Código Civil, 1984, art. 830)

³⁰ “El vencimiento de los plazos previstos en esta ley implica la extinción del derecho patrimonial y determina el pase de la obra al dominio público y, en consecuencia, al patrimonio cultural común. (...). (LDA, 1996, art. 57)

³¹ Así, la LDA estipula

(...) Cuando la comercialización autorizada de los ejemplares se realice mediante venta u otra forma de transmisión de la propiedad, el titular de los derechos patrimoniales no podrá oponerse a la reventa de los mismos en el país para el cual han sido autorizadas, pero conserva los derechos de traducción, adaptación, arreglo u otra transformación, comunicación pública y reproducción de la obra, así como el de autorizar o no el arrendamiento o el préstamo público de los ejemplares. (...). (LDA, 1996, art. 34)

derechos de autor³², o los *Creative Commons*, que buscan flexibilizar y facilitar la cesión de los derechos de autor³³.

Ante este panorama, lo ideal sigue siendo buscar un equilibrio entre los intereses patrimoniales y lucrativos de autores y titulares, en clara concordancia con la finalidad dual del sistema, frente a los intereses de la sociedad civil –en específico los usuarios de las obras– de acceder a todo posible uso libre y gratuito de las obras creadas (Ortega, 2016, p. XI; Bouchoux, 2013, p. 186; Moser & Slay, 2012, p. 7), como –por ejemplo– indica en sus considerandos la DIDAUE al declararse que “debe garantizarse un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas” (DIDAUE, 2001, Cd. 31); para lograrlo, no basta con quedarnos con las limitaciones estructurales, sino que deben crearse otros límites y/o excepciones aplicables de manera dinámica mientras la obra original tiene protección por parte del régimen en el plazo legalmente establecido.

³² Por su parte Stallman, en clara relación a los programas de ordenador, señala que

El *Copyleft* usa la Ley de Derecho de Autor, pero la invierte para servir a un propósito opuesto al que usualmente tiene: en lugar de medidas para privatizar el *software*, los vuelve medios para mantener el *software* libre. La idea central del *Copyleft* es que demos permiso a todos para reproducir el programa, copiar el programa, modificar el programa y distribuir versiones modificadas – pero sin permiso de añadir restricciones propias. Así, las cruciales libertades que definen al “*software* libre” son garantizadas a todos los que tienen una copia; estos se convierten en derechos inalienables. Para un efectivo *Copyleft*, las versiones modificadas también deben ser libres. Esto asegura que las obras derivadas de las nuestras se vuelvan disponibles para nuestra comunidad si son publicadas (2006, p. 17).

Traducción libre de:

Copyleft uses copyright law, but flips it over to serve the opposite of its usual purpose: instead of a means of privatizing software, it becomes a means of keeping software free. The central idea of *copyleft* is that we give everyone permission to run the program, copy the program, modify the program, and distribute modified versions -- but not permission to add restrictions of their own. Thus, the crucial freedoms that define 'free software' are guaranteed to everyone who has a copy; they become inalienable rights. For an effective *copyleft*, modified versions must also be free. This ensures that work based on ours becomes available to our community if it is published. (Stallman, 2006, p. 17)

³³ Como indica Xalabarder,

el proyecto Creative Commons facilita, por un lado, la publicación de obras en Internet autorizando su uso al público y, por otro, su localización y acceso por parte del público. (...) El sistema es muy sencillo: el autor que crea una obra y quiere explotarla a través de Internet elige alguna de las licencias CC y, al colgarla en Internet, la identifica con el símbolo CC y le adjunta la licencia. Así, los usuarios podrán identificar fácilmente las condiciones que el autor ha establecido para el uso de la obra. Cuando un usuario decide utilizar una obra bajo una licencia CC, se convierte en licenciatarario y se compromete a aceptar y respetar las condiciones de la licencia establecida por el autor. En este sentido, pues, Creative Commons actúa de intermediario: poniendo al alcance de autores y usuarios/licenciatararios (en adelante, sólo hablaremos de usuarios) un sistema de licencias para que se pongan de acuerdo (2006, p. 6).

Entonces, los derechos patrimoniales de autor pueden ser ejercidos (uso de obras por parte del autor), transferidos (cesión por parte del autor) o defendidos (acción de infracción por parte del autor); generándose un privilegio legal muy fuerte en cabeza de los autores y/o titulares de los mismos, así surgen las limitaciones estructurales consistentes en el plazo de duración de los mismos y la territorialidad de la protección. No obstante, estos límites no son suficientes para equilibrar la balanza entre los intereses en juego, por ello surgen los límites y/o excepciones aplicables dentro del plazo de duración de los derechos patrimoniales.

1.2.2. Los límites y/o excepciones a los derechos patrimoniales de autor

Debido a lo indicado, aparecen los límites y/o excepciones a la protección de los derechos patrimoniales de autor dentro del régimen general. Estos son establecidos en cada Ordenamiento de forma singular, encontrando algunos puntos comunes a nivel comparado; lo que sí, todos estos deben estar basados en un fin legítimo base del más alto nivel jerárquico normativo para encontrarnos siquiera ante el presupuesto de habilitación del análisis de la proporcionalidad requerida para una medida restrictiva de derechos fundamentales (Bernal, 2014, p. 785; Barak, 2017, p. 24). Como indica Rodríguez,

el objetivo y fin fundamental de las limitaciones es el de lograr equilibrar los derechos reconocidos a los autores por sus creaciones y los que le corresponden a la sociedad, relativos al disfrute de las obras como fuentes de cultura, conocimiento e información (2004, p. 66).

Como ya hemos indicado, el derecho a la libertad de creación califica como derecho fundamental e, incluso, ha llegado a calificársele como Derecho Humano por su previsión en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tal como hizo nuestro Tribunal Constitucional (STC N° 0044-2004-AA/TC, Fj. 12) junto con algún autor de la doctrina (Rios, 2011, p. 7; Córdoba, 2015, pp. 59-66).

Por ello, los límites y/o excepciones a los derechos patrimoniales de autor deben estar fundamentados –como mínimo– en un valor constitucional, sino estarlo en un derecho reconocido en Tratados Internacionales. Sea el derecho de acceso a la cultura, el

derecho a la información, el derecho a la educación, el derecho a la participación en los resultados de la producción creativa, el derecho de participación en la vida cultural de la nación y en el progreso científico de la Sociedad, el derecho a la libre expresión e, incluso, las funciones de los Órganos del Estado, entre otros (Rodríguez S. , 2004, pp. 76-104). En el presente trabajo, analizaremos a detalle cómo algunos derechos pueden calificar como fundamento para limitar el extenso espectro de protección de los derechos patrimoniales de autor en aras de contribuir con los fines benéficos.

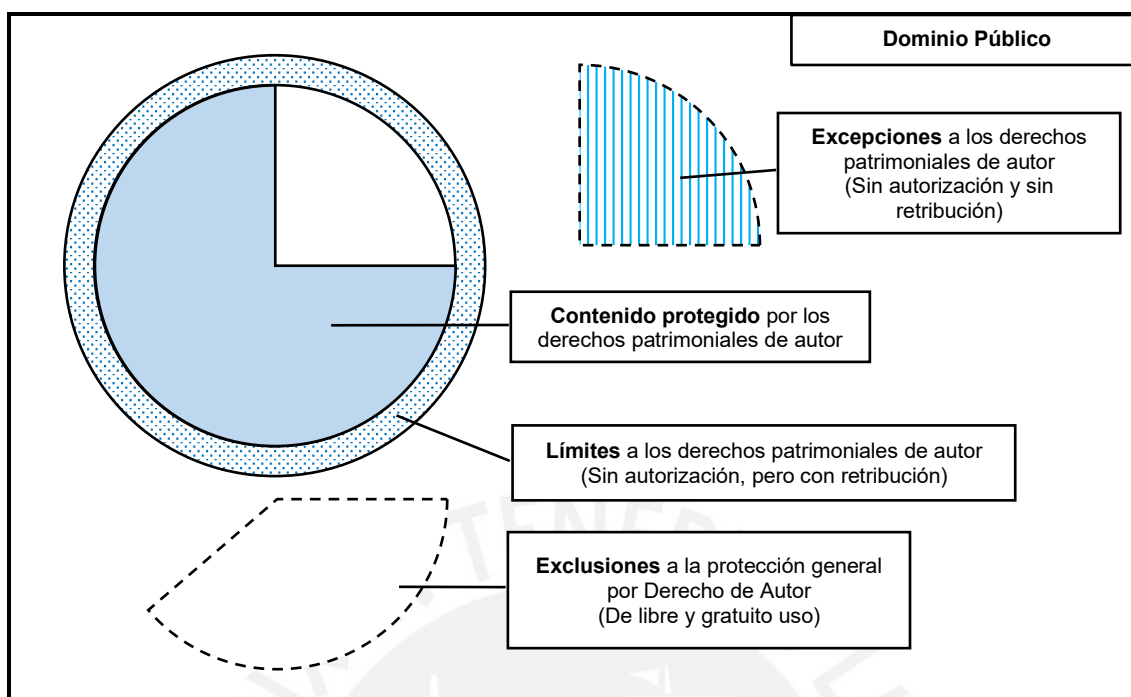
Empecemos tratando de manera general estas limitaciones. Hasta el momento hemos indicado límites y/o excepciones de forma indistinta, pero debemos –pese a la costumbre de utilización indistinta– tratar de diferenciarlos; así Sirinelli indica

Atendiendo a la necesidad de precisar la terminología, sería sin duda conveniente hablar de “limitación” cuando se está en presencia de un derecho de retribución y de “excepción” cuando dejan de existir los derechos de autor o los derechos conexos. Sin embargo, el peso de la costumbre es tal y tan importante la diversidad de las normativas, que ambos términos se suelen emplear indiferentemente para designar las restricciones a un derecho exclusivo – que es la regla general en materia de derechos de autor. (1999, p. 3).

Por tanto, creemos que estaremos ante un **límite** cuando el supuesto fáctico está ubicado en la “periferia” de la protección del derecho patrimonial de autor, siendo una decisión legislativa que el uso de la obra protegida sea libre, pero debiéndose pagar aún una retribución al titular; mientras que estaremos frente a una **excepción** cuando el supuesto fáctico se encuentra fuera de la protección del derecho patrimonial de autor por decisión del Legislador, sin requerirse autorización ni debiéndose pagar retribución alguna.

En graduación, la restricción al derecho a la libertad de creación intelectual y a los derechos patrimoniales de autor será menor en los límites, pues únicamente se requiere imponer la prescindencia de la autorización, que en las excepciones, donde se necesitará restringir doblemente al imponer la no necesidad de solicitar autorización y – adicionalmente– impedir la retribución al titular, lo cual se puede lograr únicamente hablando de hechos extraídos de la *fattispecie* del régimen de Derecho de Autor (Ercolani, Falce, & Graziadei, 2014, p. 175).

Figura N° 1 – Esquema de las restricciones a los derechos de autor



Fuente: elaboración propia.

Finalmente, es importante mencionar que estaremos frente a otro concepto cuando se habla de **exclusión** ya que estos supuestos como las ideas, los textos oficiales, los descubrimientos, las noticias del día, los hechos o datos, el patrimonio cultural inmaterial, lo que se deriva de la naturaleza de las cosas, la aplicación mecánica de lo dispuesto en normas, la simple técnica o las instrucciones manuales, no están dentro del ámbito de protección del derecho; es decir, no nos encontramos frente a obras protegibles como creaciones originales cuya realización genere el reconocimiento del plexo de derechos. Por tanto, en los supuestos de exclusión no estaremos ni siquiera frente a reconocimiento de derechos morales; de igual forma, se trata de creaciones que no requieren ni de pago ni de autorización para utilizarse. Característica que las hace parecer a las excepciones, pero se diferencian en que nunca estuvieron protegidas; mientras que las excepciones sí estuvieron protegidas, pero por decisión del Legislador son extraídas de la generación de los beneficios de los derechos patrimoniales.

Ahora bien, se reconoce hasta tres tipos de sistemas de límites y/o excepciones a los derechos patrimoniales de autor: los sistemas cerrados, basados en una lista taxativa de supuestos; los sistemas abiertos, aquellos que cuentan con una fórmula para evaluar caso a caso los supuestos a través de la jurisprudencia (Lepage, 2003, pp. 5-7); y, finalmente, el sistema mixto que utiliza dos pasos: uno de selección de supuestos para el análisis del límite y/o excepción a modo de encabezados y otro de evaluación del

caso concreto por los operadores jurídicos (Rodríguez S. , 2004, p. 105). Estudiaremos a detalle los tres sistemas, a continuación.

Entonces, en resumen, incluso contando con las limitaciones estructurales se hace necesario establecer restricciones a los derechos patrimoniales de los autores y/o titulares de los mismos, aplicables de manera dinámica durante el plazo de duración de los mismos. Estos están basados en diversos fundamentos de la jerarquía más alta, constitucional o internacional, para su legitimidad. Los términos “límite” y “excepción” han sido utilizados de forma indistinta por costumbre. No obstante, estaremos frente a un límite cuando por decisión del legislador el supuesto fáctico analizado está ubicado en la “periferia” de la protección, estableciéndose que el uso de la obra sea libre, pero debiéndose pagar aún una retribución al titular; mientras que estaremos frente a una excepción cuando por decisión legislativa el supuesto fáctico se encuentra fuera de la protección del derecho patrimonial de autor por decisión del Legislador, sin requerirse autorización ni debiéndose pagar retribución alguna.

a. Sistema de límites y/o excepciones cerrado

El primer sistema de límites y/o excepciones a los derechos patrimoniales de autor funciona en torno a una lista exhaustiva de supuestos previstos por el Legislador con reglas generales y específicas para que las Autoridades analicen en caso se presente una denuncia administrativa o una demanda judicial debido a los actos supuestamente lesivos de los derechos de autor.

Este sistema es consistente con la tradición romano-germánica –en contraste al *Common Law*– debido a que la fuente principal del Derecho son las normas positivas y el espacio de libertad para la aplicación de las normas por parte de las Autoridades, sean administrativas o judiciales, queda restringido únicamente a la subsunción de los hechos demostrados en los supuestos de hecho previstos previamente por el Legislador en la Ley de Derecho de Autor. La Jurisprudencia se establece como una fuente complementaria que solamente delimita o dota de sentido a lo establecido en las normas de manera anterior a su aplicación; así, no existe posibilidad de creación de supuestos adicionales por esta vía.

Para el correcto funcionamiento del sistema, los Estados establecieron un *test* de aplicación general denominado la **regla de los tres pasos**, el cual consiste en que el

libre establecimiento de restricciones a los derechos patrimoniales de autor por parte de los Estados deberá sujetarse a determinadas reglas:

- Primero, que los límites y/o excepciones deben circunscribirse únicamente a casos especiales;
- Segundo, que la aplicación de los límites y/o excepciones no debe perjudicar la explotación normal de la obra protegida; y
- Tercero, que la aplicación de los límites y/o excepciones no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Este *test* ha sido incorporado de forma primigenia en el Acta de Estocolmo de 1967 del Convenio de Berna (Cerde, 2016, p. 38) plasmándose en su artículo 9 párrafo 2 sólo para el derecho de reproducción, tal como se puede observar:

Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (Convenio de Berna, 1979, art. 9 párr. 2).

No obstante, con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC-*TRIPS*) y los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (TODA-*WCT* y TOIEF-*WPPT*) este *test* se expandió para aplicarse a todos los derechos patrimoniales de autor (Hugues, 2017, p. 241). Igualmente, el mismo continúa vigente y ha sido incorporado en instrumentos internacionales recientes como el Tratado de Beijing y el Tratado de Marrakech (Córdoba, 2015, pp. 133-139).

Este *test* es conforme con el tipo de sistema ante el cual nos encontramos y, precisamente, cierra el círculo lógico de la previsión en la normativa de los únicos especiales supuestos de restricción de los derechos patrimoniales de autor. Pues, al contrario de los Ordenamientos de tradición del *Common Law*, se busca cerrar la lista a como dé lugar. Como explica Samuelson,

Los países del *Civil Law* han sido generalmente reacios a adoptar límites y/o excepciones flexibles y abiertos, como el *fair use*, por tres principales razones: primero, la Legislación en estos países esperan definir el balance de los derechos entre los titulares del Derecho de Autor y el público; segundo, límites y/o excepciones abiertos, como el *fair use*, son constantemente pensados como impredecibles; y, tercero, algunos piensan que los límites y/o excepciones abiertos son incompatibles con obligaciones de Tratados Internacionales³⁴ (2017, p. 45).

Incluso aplicando las restricciones dinámicas, tendremos que ver que son valores de un mismo nivel jerárquico y de la misma importancia, debiéndose siempre tratar el equilibrio. De esta forma, es importante la reflexión que hace Bercovitz al estudiar los límites y/o excepciones en el Ordenamiento jurídico español específicamente en materia de Derecho de Autor, al indicar que

Frecuentemente se señala que al tratarse de límites o excepciones a derechos deben interpretarse restrictivamente. Ello es parcialmente cierto (desde luego lo es cuando se enfrenten a un interés puramente económico individual). No debe olvidarse que tal como se resalta desde el “Derecho a la información”, el propio derecho de autor es una excepción a la libertad de expresión y a la libertad de información (Bercovitz, 2015, p. 102).

Ahora bien, siguiendo este razonamiento, los supuestos específicos que recogen los distintos Ordenamientos como límites y/o excepciones son diversos y todos se encuentran fundamentados en un valor constitucional o internacional de jerarquía tan alta como sea necesaria para poder restringir los derechos de autor. Concordando con lo indicado, encontramos una interesante clasificación realizada por Hugenholtz (1996, p. 94 y ss.), quien es citado por (Lepage, 2003, pp. 4-5), el cual divide los límites y/o excepciones según el contrapunto al derecho patrimonial de autor:

- Un primer grupo explicando su establecimiento en virtud de otras libertades fundamentales, reagrupando las excepciones como el derecho de cita, de parodia, de revista de prensa, de pastiche; se trataría de una garantía de la sociedad democrática.

³⁴ Traducción libre de: “Civil law countries have generally been reluctant to adopt a flexible and open-ended L&E, such as fair use, for three principal reasons: first, legislatures in those countries are expected to define the balance of rights between copyright owners and the public; second, open-ended L&Es, such as fair use, are often thought to be unpredictable; and third, some think open-ended L&E are incompatible with international treaty obligations”. (Samuelson, 2017, p. 45)

- Un segundo grupo justificando su establecimiento en virtud del denominado interés público, por las necesidades de la sociedad como las bibliotecas, los museos, el sistema escolar, los archivos, los centros docentes o el acceso para los minusválidos.
- Un tercer grupo motivando su establecimiento por paliar una deficiencia del mercado: la imposibilidad de ejercer los derechos de exclusiva sobre las obras; como en el caso de la copia privada.

Al margen de los específicos supuestos establecidos en los Ordenamientos, cuyo breve análisis sobre algunos haremos a continuación, es importante observar que los sistemas de límites y/o excepciones cerrados funcionan en base a la aplicación restrictiva de un listado con *numerus clausus* que está enfocado en equilibrar los intereses de los titulares de los derechos de autor con los de los usuarios de las obras protegidas, con la finalidad de funcionamiento del propio sistema e, incluso, con los objetivos del Estado. Para este fin, se ha previsto el *test* de la regla de los tres pasos, por el cual los límites y/o excepciones (i) deben ser aplicados únicamente a casos especiales de forma restrictiva, (ii) no deben atentar contra la regular explotación de la obra protegida, (iii) ni deben perjudicar los intereses legítimos del autor de manera injustificada.

A continuación, revisaremos la normativa de la Unión Europea a nivel supranacional, tomando también como muestra la Legislación de España e Italia; así como la de la Comunidad Andina, revisando la Legislación de Colombia y nuestro país. Todos estos Ordenamientos utilizan el sistema de límites y/o excepciones cerrado³⁵ y por ello se analizarán de manera conjunta.

a.1 Unión Europea

La DIDAUE es la norma que establece a nivel supranacional en la Unión Europea cuáles son los márgenes en los cuales deben basarse las normativas de los Estados miembros al plantear sus normas de Derecho de Autor.

Estas son establecidas en el artículo 5 de esta norma que, primeramente, establece la regla de los tres pasos en el inciso 5 de la misma³⁶ y, luego, enumera los supuestos

³⁵ Dejaremos de lado para el análisis los establecimientos de excepciones específicas sobre programas de ordenador o *software*, al estar muy alejadas del tema de estudio del presente trabajo, así como tener reglas y funcionalidad distintas debido al particular tipo de obra.

³⁶ “Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación

específicos que califican como límites y/o excepciones que los Estados podrán fijar en sus normativas nacionales:

Tabla N° 1 – Tabla de límites y excepciones a los derechos de autor en la normativa de la Unión Europea

Norma	Límite y/o Excepción
Inciso 1 del Artículo 5	<p>Al derecho de reproducción cuando se trate de:</p> <p>a) Actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios, formando parte integrante y esencial de un proceso tecnológico con la única finalidad de facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario.</p> <p>b) Actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios, formando parte integrante y esencial de un proceso tecnológico con la única finalidad de facilitar una utilización lícita que no tengan por sí mismos una significación económica independiente.</p>
Inciso 2 del Artículo 5	<p>Al derecho de reproducción cuando se trate de:</p> <p>a) Reproducciones sujetas a compensación equitativa.</p> <p>b) Reproducciones de personas naturales para usos privados sin fines comerciales, sujetas a compensación equitativa.</p> <p>c) Reproducciones efectuadas por bibliotecas, centros de enseñanza, museos accesibles al público o por archivos, sin fines lucrativos ni comerciales.</p> <p>d) Grabaciones efímeras de obras por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones.</p> <p>e) Reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales sin fines comerciales, como hospitales o prisiones, sujetas a compensación equitativa.</p>
Inciso 3 del Artículo 5	<p>Al derecho de reproducción y comunicación pública cuando se trate de:</p> <p>a) Uso justificado para la ilustración con fines educativos o de investigación científica, sin fines comerciales.</p> <p>b) Uso razonable en beneficio de personas con minusvalías, sin fines comerciales.</p>

y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho". (DIDAUE, 2001, art. 5 inc 5)

	<p>c1) Reproducción o comunicación de artículos publicados o emisiones sobre temas de actualidad, cuando no haya reserva expresa, o</p> <p>c2) Uso justificado que guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, con finalidad informativa.</p> <p>d) Citas razonables con fines de crítica o reseña de obras divulgadas.</p> <p>e1) Uso con fines de seguridad pública, o</p> <p>e2) Usos para garantizar el correcto desarrollo o para asegurar una cobertura adecuada de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales.</p> <p>f) Discursos políticos y de extractos de conferencias públicas, o similares, en la medida en que lo justifique la finalidad informativa.</p> <p>g) Uso durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales organizadas por una autoridad pública.</p> <p>h) Uso de obras realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos.</p> <p>i) Inclusión incidental en otro material.</p> <p>j) Uso necesario con finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, con exclusión de cualquier otro uso comercial.</p> <p>k) Uso a efectos de caricatura, parodia o pastiche.</p> <p>l) Uso en relación con la demostración o reparación de equipos.</p> <p>m) Uso de una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano de un edificio para reconstruir.</p> <p>n) Comunicación a personas concretas a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en bibliotecas, centros de enseñanza, museos accesibles al público o archivos, de creaciones de sus colecciones, que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia.</p> <p>o) Uso analógicos en casos de importancia menor ya previstos en el Derecho nacional, siempre que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en la Unión Europea.</p>
Inciso 4 del Artículo 5	Todos los anteriores (incisos 2 y 3) aplicados al derecho de distribución, cuando su finalidad lo justifique.

Fuente: elaboración propia en base a la DIDAUE (2001).

a.2 España

En clara concordancia con la DIDAUE, en el Ordenamiento jurídico español también se ha establecido la necesidad de respetar la regla de los tres pasos en el artículo 40*bis* del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, – Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual³⁷ (en adelante, TRLPI). Precisamente, el Capítulo II de este cuerpo normativo es el que establece el listado de límites y/o excepciones en España:

Tabla N° 2 – Tabla de límites y excepciones a los derechos de autor en la normativa de España

Norma	Límite y/o Excepción
Artículo 31	1. Reproducciones provisionales. 2. Reproducciones como copia privada.
Artículo 31 <i>bis</i>	- Reproducción, distribución y comunicación pública con fines de seguridad pública. - Reproducción, distribución y comunicación pública para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios.
Artículo 31 <i>ter</i>	Reproducción, distribución y comunicación pública razonable de creaciones divulgadas en beneficio de personas con discapacidad, sin fin lucrativo. * Disposición ya adecuada a las disposiciones del Tratado de Marrakech.
Artículo 32	1. Inclusión razonable en una creación de fragmentos o creaciones aisladas de carácter plástico o fotográfico, divulgadas, a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, solo con fines docentes o de investigación. 2. Comunicación pública por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica, con finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, sujeta a compensación equitativa. 3. Reproducción, distribución y comunicación pública de fragmentos o creaciones aisladas de carácter plástico o fotográfico, divulgadas, por parte de profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español y el personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación en sus funciones de investigación científica, sin finalidad comercial. 4. Reproducción parcial, distribución y comunicación pública de creaciones para la ilustración con fines educativos y de investigación científica, de forma limitada, en las universidades o centros públicos de investigación, por su

³⁷ “Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”. (TRLPI, 1996, art. 40*bis*)

	personal y con sus medios e instrumentos propios, sujeto a remuneración equitativa.
Artículo 33	<p>1. Reproducción, distribución y comunicación pública de trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social en otros de la misma clase, sujeto a remuneración equitativa.</p> <p>2. Reproducción, distribución y comunicación pública de conferencias, alocuciones, informes ante los Tribunales y otras análogas que se hayan pronunciado en público, con el exclusivo fin de informar sobre la actualidad.</p>
Artículo 34	Actos necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario
Artículo 35	<p>1. Reproducción, distribución y comunicación pública razonable de creaciones susceptibles de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad.</p> <p>2. Reproducción, distribución y comunicación pública de obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas, por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales.</p>
Artículo 37	<p>1. Reproducción realizada por museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública, o integradas en instituciones de carácter cultural o científico, sin finalidad lucrativa y para fines de investigación o conservación.</p> <p>2. Préstamo realizado por museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública, o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.</p> <p>3. Comunicación pública a efectos de investigación mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados en museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública, o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, de creaciones de sus colecciones y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Sujeto a remuneración equitativa.</p>
Artículo 37bis	Usos autorizados de obras huérfanas (obra cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de los mismos).
Artículo 38	Ejecución pública de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones públicas y ceremonias religiosas, siempre que el público pueda asistir a ellas gratuitamente y los artistas que en las mismas intervengan no perciban remuneración específica por su interpretación o ejecución en dichos actos.

Artículo 39	Transformación para la creación de una parodia de obra divulgada, sin generar riesgo de confusión con la obra originaria ni inferir daño a la misma o a su autor.
Artículo 40	Usos de una obra en dominio privado con autor fallecido sujeta a no divulgación cuando se ejerce de forma abusiva en contra del deber del Estado de promover y tutelar el acceso a la cultura.

Fuente: elaboración propia en base al TRLPI (1996).

a.3 Italia

Igualmente, en concordancia con la DIDAUE, en el Ordenamiento jurídico italiano se ha recogido la necesidad de respetar en parte la regla de los tres pasos en el artículo 71*nonies* del Decreto Legislativo N° 8, del 15 de enero de 2016, – *Testo consolidato della Legge N° 633, del 22 de abril de 194, sulla Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*³⁸ (en adelante, TCLDA). En efecto, el Capítulo V de este cuerpo normativo es el que establece el listado de límites y/o excepciones en Italia:

Tabla N° 3 - Tabla de límites y excepciones a los derechos de autor en la normativa de Italia

Norma	Límite y/o Excepción
Artículo 65	1. Reproducción o comunicación pública de artículos de actualidad de carácter económico, político o religioso, publicados en revistas o diarios, radiodifundidos o colocados a disposición del público, y otro material semejante, en otros medios. 2. Reproducción o comunicación pública de obras en ocasión de eventos de actualidad con el fin de ejercer el derecho de hacer crónica o limitado a una finalidad informativa.
Artículo 66	Reproducción o comunicación pública de discursos sobre temas de interés político o administrativo celebrados en asambleas públicas o en público, así como extractos de conferencias abiertas al público, con propósito informativo.
Artículo 67	Reproducción total o parcial con fines de seguridad pública y en procedimientos parlamentarios, judiciales o administrativos.
Artículo 68	1. Reproducción total o parcial para uso personal a mano o medios mecánicos.

³⁸ “Le eccezioni e limitazioni disciplinate dal presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari” (TCLDA, 1941, art. 71*nonies*).

	<p>2. Reproducción de creaciones en bibliotecas accesibles al público, escuelas, museos públicos o archivos, realizadas por estas mismas para proveer sus servicios, sin fines lucrativos.</p> <p>3. Reproducción parcial como máximo del 15% con medios de fotocopia, xerocopia o similares, sujeta a compensación.</p>
Artículo 68 <i>bis</i>	Reproducciones provisionales, transitorias, accesorias y parte de un procedimiento tecnológico para conseguir la transmisión en red entre terceros con intervención de intermediario o un uso legítimo.
Artículo 69	<p>1. Préstamo realizado por bibliotecas del Estado o Entes Públicos con fines exclusivos de promoción cultural o estudio personal.</p> <p>2. Reproducción realizada por bibliotecas del Estado o Entes Públicos de ejemplar único, sin fines de lucro.</p>
Artículo 69 <i>bis</i> – 69 <i>septies</i>	Usos autorizados de obras huérfanas (obra cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de los mismos).
Artículo 70	<p>1. Reproducción, resumen, cita o comunicación pública, parcial o total, con fines de crítica o discusión.</p> <p>1<i>bis</i>. Publicación en Internet de imágenes y música de baja resolución para uso educativo o científico, sin fines de lucro.</p> <p>2. Reproducción de antologías para uso escolar, sujeta a compensación.</p>
Artículo 71	Ejecución pública de obras musicales, total o parcial, por parte de bandas musicales o bandas de las fuerzas armadas, sin fines lucrativos.
Artículo 71 <i>bis</i>	<p>Reproducción y comunicación pública razonable de creaciones divulgadas en beneficio de personas con discapacidad, sin fin lucrativo.</p> <p>* Disposición ya adecuada a las disposiciones del Tratado de Marrakech.</p>
Artículo 71 <i>ter</i>	Comunicación al público con fines de investigación o actividades de estudio privado en terminales de bibliotecas accesibles al público, instituciones educativas, museos y archivos, de creaciones en sus colecciones, siempre que no existan restricciones.
Artículo 71 <i>quater</i>	Reproducción de emisiones de radio y televisión realizadas por hospitales públicos e institutos de prevención y sanción, para uso interno, sujeto a compensación.

Fuente: elaboración propia en base al TCLDA (1941).

a.4 Comunidad Andina

El RCDA, a diferencia de la DIDAUE, no es la norma que establece a nivel supranacional cuáles son los márgenes en los cuales deben basarse las normativas de los Estados

miembros al plantear sus normas de Derecho de Autor; en realidad nos encontramos frente a una norma como los Reglamentos de la Unión Europea (Menéndez & Gordillo, 2016, pp. 91-96); es decir, que las Decisiones de la Comunidad Andina son normas que son aplicables de manera directa, preferente e inmediata por las Autoridades de estos países (Novak, 2003, pp. 68-79).

No obstante, los Estados miembros de la Comunidad Andina si pueden establecer mayores protecciones hacia los autores mediante su legislación nacional, siempre y cuando no contravengan empeorando su situación establecida en el RCDA.

Los límites y/o excepciones están establecidos en el artículo 22, pero antes se establece en el artículo 21 la regla de los tres pasos³⁹, de forma taxativa:

Tabla N° 4 - Tabla de límites y excepciones a los derechos de autor en la normativa de la Comunidad Andina

Norma	Límite y/o Excepción
Artículo 22, inciso a)	Cita razonable de obras publicadas.
Artículo 22, inciso b)	Reproducción razonable de artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, sin fines lucrativos.
Artículo 22, inciso c)	Reproducción de creaciones de su colección por parte de bibliotecas o archivos, sin fines lucrativos, con la finalidad de preservar ejemplares o sustituir el ejemplar en caso de extravío, destrucción o inutilización.
Artículo 22, inciso d)	Reproducción razonable para actuaciones judiciales o administrativas.
Artículo 22, inciso e)	Reproducción, distribución o comunicación pública de artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter.
Artículo 22, inciso f)	Reproducción o comunicación pública razonable de informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de creaciones vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos.
Artículo 22, inciso g)	Reproducción o comunicación pública razonable de discursos políticos, disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras similares pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad.

³⁹ "Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos". (RCDA, 1993, art. 21)

Artículo 22, inciso h)	Reproducción o comunicación pública de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público.
Artículo 22, inciso i)	Realización de grabaciones efímeras por parte de los organismos de radiodifusión mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión.
Artículo 22, inciso j)	Comunicación pública en el curso de las actividades de una institución de enseñanza, de forma interna, sin fin lucrativo.
Artículo 22, inciso k)	Transmisión o retransmisión por parte de un organismo de radiodifusión, siempre que sea simultánea con la original y no tenga alteraciones.

Fuente: elaboración propia en base al RCDA (1993).

a.5 Colombia

En el Ordenamiento jurídico colombiano hubo cambios sustanciales en el 2018; así, la Ley 1915 de 12 de julio de 2018 (en adelante, NLCDA) comienza indicando “sin perjuicio de las limitaciones y excepciones establecidas en la Decisión Andina 351 de 1993, en la Ley 23 de 1982 y en la Ley 1680 de 2013, se crean las siguientes:” (NLCDA, 2018, art. 16). En este sentido, los límites y/o excepciones a los derechos patrimoniales de autor en Colombia se encuentran dispersos en varias normas y asumen los establecidos en el RCDA.

En efecto, la primigenia Ley 23 de 28 de enero de 1982 (en adelante, ALCDA) establecía en su Capítulo III los límites y/o excepciones aplicables, pero luego el artículo 12 de la Ley 1680 de 20 de noviembre de 2013 añadió uno y el artículo 16 de la NLCDA termina actualizando la lista e, incluso, añadió una figura interesante en el artículo 17: la revisión y actualización de los límites y/o excepciones para la presentación de proyectos de Ley con alta participación.

Ahora bien, otra nota particular es que la normativa colombiana no reconoce expresamente la regla de los tres pasos, pero –como indicamos– la NLCDA asume la aplicación directa del RCDA que sí la contiene, como hemos anunciado anteriormente. Por ello, no podríamos decir que en Colombia no se aplica este *test*; para mayor desarrollo, igualmente, es posible observar menciones a los usos honrados [inciso e) del artículo 16 de la NLCDA] o incluso la redacción del propio *test* en el ámbito del depósito legal (artículo 28 de la NLCDA).

De esta forma, presentamos una lista ordenada de los límites y/o excepciones en Colombia, asumiendo que son aplicables también los del RCDA:

Tabla N° 5 - Tabla de límites y excepciones a los derechos de autor en la normativa de Colombia

Norma	Límite y/o Excepción
Artículo 31 ALCDA	Citar razonablemente.
Artículo 32 ALCDA	Utilización razonable a título de ilustración destinada a la enseñanza y para fines escolares, educativos, universitarios y de formación profesional sin finalidad lucrativa.
Artículo 33 ALCDA	Reconocimiento de cualquier artículo, fotografía, ilustración y comentario relativo a acontecimiento de actualidad.
Artículo 34 ALCDA	Reproducción, distribución y comunicación al público de noticias u otras informaciones relativas a hechos o sucesos que hayan sido públicamente difundidos.
Artículo 35 ALCDA	Publicación de discursos pronunciados o leídos en asambleas deliberantes, en los debates judiciales o en las que se promuevan ante otras autoridades públicas o cualquier conferencia, discurso, sermón o similar pronunciada en público, con carácter de noticias de actualidad.
Artículo 36 ALCDA	Publicación del retrato con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público.
Artículo 37 ALCDA	Reproducción ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro.
Artículo 38 ALCDA	Reproducción por parte de bibliotecas públicas de las creaciones en sus colecciones o agotadas en el mercado, para el uso exclusivo de sus lectores y cuando ello sea necesario para su conservación, o para el servicio de préstamos a otras bibliotecas también públicas.
Artículo 39 ALCDA	Reproducción, distribución o comunicación pública de creaciones colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas.
Artículo 40 ALCDA	Anotación o recogida de conferencias o lecciones dictadas en establecimientos de enseñanza superior, secundaria o primaria, por parte de los estudiantes.
Artículo 41 ALCDA	Reproducción de la Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, reglamentos, demás actos administrativos y decisiones judiciales.
Artículo 42 ALCDA	Reproducción parcial o total razonable por la autoridad competente, para su uso dentro de los procesos judiciales o por los órganos legislativos o administrativos del Estado.

Artículo 44 ALCDA	Utilización en el domicilio privado sin fin de lucro.
Artículo 12 de la Ley 1680	Reproducción, distribución, comunicación pública, traducción, adaptación, transformación o el arreglo para garantizar la autonomía y la independencia de las personas ciegas y con baja visión en el ejercicio de sus derechos a la información, las comunicaciones y el conocimiento, sin fines de lucro.
Artículo 16, inciso a), de la NLCDA	Reproducción temporal transitoria o accesoria, que forma parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red informática entre terceras partes por un intermediario, o una utilización lícita.
Artículo 16, inciso b), de la NLCDA	Préstamo por una biblioteca, archivo o centro de documentación de copias o ejemplares, siempre que figuren en sus colecciones o hagan parte de un programa de cooperación, sin fines lucrativos.
Artículo 16, inciso c), de la NLCDA	Comunicación pública por parte de bibliotecas, archivos o centros de documentación, a través de terminales especializados instalados en sus propios locales, para fines de investigación o estudio personal de sus usuarios.
Artículo 16, inciso d), de la NLCDA	Transformación con fines de parodia y caricatura, que no implique un riesgo de confusión con el original.
Artículo 16, inciso e), de la NLCDA	Reproducción razonable, total o parcial, para la enseñanza o para la realización de exámenes por instituciones de todos los niveles educativos, de artículos en periódicos o colecciones periódicas, sin finalidad de lucro.
Artículos 18 al 27 de la NLCDA	Usos autorizados de obras huérfanas (obra cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de los mismos).

Fuente: elaboración propia en base a la ALCDA (1982), NLCDA (2018) y la Ley 1680 de 20 de noviembre de 2013.

a.6 Perú

Nuestro Ordenamiento jurídico ha establecido el *test* de la regla de los tres pasos en el artículo 50 de la LDA cuando establece: “Las excepciones establecidas en los artículos precedentes, son de interpretación restrictiva y no podrán aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados” (LDA, 1996, art. 50).

Derivando en remisión al concepto de **usos honrados** que está definido en la propia LDA en el inciso 47 del artículo 2 de la siguiente manera:

“A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente: (...) **Usos honrados:** Los que no

interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del respectivo derecho”. (LDA, 1996, art. 2 inc. 47).

En ese sentido, la lista de límites y/o excepciones que establece el Sistema de Derecho de Autor peruano está taxativamente establecida en la LDA de la siguiente manera:

Tabla N° 6 - Tabla de límites y excepciones a los derechos de autor en la normativa de Perú

Norma	Límite y/o Excepción
Artículo 41	<p>a. Comunicación pública en un ámbito exclusivamente doméstico, sin fines de lucro y sin propalarla deliberadamente al exterior.</p> <p>b. Comunicación pública de pequeños fragmentos musicales o de partes de obras de música efectuadas en el curso de actos oficiales o ceremonias religiosas, de acceso gratuito al público y sin que ninguno de los participantes en el acto perciba una remuneración específica por su interpretación o ejecución en dicho acto.</p> <p>c. Comunicación pública con fines exclusivamente didácticos en el curso de las actividades de una institución de enseñanza, sin fines lucrativos, interna y limitada.</p> <p>d. Comunicación pública dentro de establecimientos de comercio, para los fines demostrativos a la clientela de productos que lo requieran, sin propalarla deliberadamente al exterior.</p> <p>e. Comunicación pública indispensable para llevar a cabo una prueba judicial o administrativa.</p>
Artículo 42	<p>Anotación y recogida de lecciones impartidas por los profesores de las universidades, institutos superiores y colegios por aquellos a quienes van dirigidas.</p>
Artículo 43	<p>a. Reproducción razonable para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones de enseñanza, sin fines de lucro.</p> <p>b. Reproducción de breves fragmentos o de creaciones agotadas, publicadas en forma gráfica, para uso exclusivamente personal.</p> <p>c. Reproducción individual sin fines de lucro por bibliotecas o archivos públicos cuando el ejemplar se encuentre en su colección permanente, para preservarlo o sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o para sustituir en la colección permanente de otra biblioteca o archivo.</p> <p>d. Reproducción razonable de una obra para actuaciones judiciales o administrativas.</p>

	<p>e. Reproducción de una creación de arte expuesta permanentemente en las calles, plazas u otros lugares públicos, o de la fachada exterior de los edificios, realizada por medio diverso al empleado para la elaboración del original.</p> <p>f. Préstamo al público del ejemplar por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro.</p> <p>g. Reproducción para uso privado de invidentes, siempre que ésta se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y sin fin lucrativo.</p>
Artículo 44	Citar razonablemente.
Artículo 45	<p>a. Difusión razonable de imágenes y sonidos en el curso de acontecimientos de actualidad con ocasión de las informaciones relativas a los mismos.</p> <p>b. Difusión razonable a título de información de actualidad, de los discursos, disertaciones, alocuciones, sermones y otras similares pronunciadas en público, y los discursos pronunciados durante actuaciones judiciales.</p> <p>c. Comunicación pública de la imagen de una obra arquitectónica, plástica, de fotografía o de arte aplicado, que se encuentren situadas permanentemente en un lugar abierto al público.</p>
Artículo 46	Grabación efímera por parte de un organismo de radiodifusión, con sus propios equipos y para la utilización por una sola vez, en sus propias emisiones de radiodifusión.
Artículo 47	Comunicación pública por parte de un organismo de radiodifusión de su emisión, simultánea con la original y sin alteraciones.
Artículo 48	Reproducción para uso exclusivamente personal.
Artículo 49	Transformación a parodia sin riesgo de confusión.

Fuente: elaboración propia en base al LDA (1996).

a.7 Breves notas conclusivas de los diversos ordenamientos con sistema cerrado

Como podemos observar de la muestra estudiada de los Ordenamientos jurídicos con listas taxativas de límites y/o excepciones, existen grandes coincidencias entre las regulaciones establecidas por las diferentes normativas.

En primer lugar, es claro que la supranacionalidad de la DIDAUE y del RCDA, normas de aplicación diferente en los Estados miembros, tiene influencia en los cuerpos normativos estudiados (el TRLPI, el TCLDA, la NLCDA y la LDA), así como seguro la tiene en los demás Ordenamientos de ambas regiones (la Unión Europea y la Comunidad Andina); de esta forma, los supuestos establecidos como límites y/o

excepciones en los Regímenes de Derecho de Autor que utilizan el sistema cerrado se vuelven cuasi uniformes o altamente semejantes.

En segundo lugar, todos estos Ordenamientos que reconocen y utilizan el sistema de límites y/o excepciones cerrado presentan un *numerus clausus* inspirado y nutrido del *test* de la regla de los tres pasos; incluso, creemos, aplicable en el Sistema de Derecho de Autor colombiano al remitirse al RCDA de manera directa.

En tercer lugar, observamos que todos los supuestos de límites y/o excepciones analizados están respaldados por uno o más valores constitucionales o internacionalmente reconocidos, equiparables al derecho a la libertad de creación de los autores, ya sea otro (i) derecho o libertad del lado de los usuarios de obras; (ii) el interés público, una obligación del Gobierno para con sus ciudadanos o el *ius imperium* del Estado; o, finalmente, (iii) una falla del mercado⁴⁰ que hace muy dificultoso el cobro de

⁴⁰ En el presente trabajo utilizaremos el término “falla de mercado” (o su plural “fallas de mercado”) en el contexto que indica Samuelson (2017, pp. 38-41); es decir, en el sentido de altos costos de transacción en el cobro de las regalías que generan los usos de las obras protegidas, bienes inmateriales, sin consumo rival y con altos costos de exclusión (Bullard, 2009, p. 208). El mercado de las industrias creativas tiene variables como las grandes empresas que pueden costear su propio aparato logístico de supervisión, fiscalización y recaudación, pero también está conformado por los autores y/o titulares que no tienen suficiente institucionalidad o poder económico como para realizar dicha tarea. Como señala North,

las instituciones necesarias para realizar el intercambio económico varían en cuanto a su complejidad desde aquellas que resuelven problemas de intercambio simple hasta las que se extienden a través del espacio y del tiempo a individuos numerosos. El grado de complejidad del intercambio económico es una función del nivel de contratos necesario para realizar el intercambio en economías de varios grados de especialización (North, 2012, p. 51).

En palabras de Samuelson,

Algunos límites y excepciones han sido adoptados en las Leyes de Derecho de Autor de algunos países como una vía de curar o mitigar fallas de mercado percibidas. Los mercados de Derecho de Autor pueden fallar para formar o ser disfuncionales por diversas razones. Los costos de transacción de negociar licencias en forma obra-por-obra o titular-por-titular pueden, por ejemplo, ser prohibitivos. El poder de mercado de algunos jugadores en ciertos sectores de la industria puede hacer dificultoso o imposible lograr o aproximarse a los precios de mercado. Las intervenciones regulatorias dirigidas a lograr objetivos que no son propios del Derechos de Autor pueden, como subproducto, frustrar los esfuerzos para alcanzar resultados de mercados competitivos en sectores industriales particulares. Los problemas de retención exclusiva se encuentran entre los factores que pueden hacer que ciertos jugadores de la industria no estén dispuestos a otorgar licencias de uso en términos que otros jugadores consideren razonables. Las licencias obligatorias han sido una herramienta frecuente para resolver las fallas del mercado en los sectores de la industria del Derecho de Autor (2017, p. 38).

Traducción libre de:

Some L&Es have been adopted in national copyright laws as a way to cure or mitigate perceived market failures. Copyright markets can fail to form or be dysfunctional for a number of reasons. The transaction costs of negotiating licenses on a work-by-work and rightsholder-by-rightsholder basis may, for instance, be prohibitive. The market power of some players in certain industry sectors can make it difficult or impossible to achieve or approximate competitive market pricing. Regulatory interventions aimed at achieving noncopyright goals can, as a byproduct, thwart efforts to reach competitive markets results in particular industry sectors. Holdup problems are among the factors that may make certain industry players unwilling to license uses on terms that other players deem

las regalías correspondientes. Así mismo, se puede dar una mixtura de alguna de las mencionadas.

Más adelante, en el capítulo 3, veremos cuál es el fundamento o los fundamentos – dentro de los tres grupos delimitados– que respaldarían la creación de un nuevo límite y/o excepción por usos benéficos de obras protegidas por el régimen de Derecho de Autor.

Ahora corresponde analizar el otro par de sistemas de límites y/o excepciones que están más vinculados con el *Common Law* y la fuente principal de los Ordenamientos de dicha tradición jurídica: la jurisprudencia. Como veremos, a diferencia de las normativas que hemos analizado donde la normativa es la fuente de Derecho principal, las decisiones de los casos concretos se tornan un antecedente importante que brinda las reglas a seguir por parte de los ciudadanos –en este caso, los usuarios de obras– si se reiteran los supuestos, pero dando la flexibilidad necesaria para cobijar nuevos supuestos en caso de suceder.

b. Sistema de límites y/o excepciones abierto (*fair use*)

A diferencia del sistema de límites y/o excepciones cerrado, los Ordenamientos anglosajones desarrollaron la doctrina del *fair use* en sus decisiones judiciales. Tanto el *fair use* como el *fair dealing*, propios del *Common Law*, nacen de las decisiones jurisprudenciales para, solo luego, ser incorporados en las legislaciones específicas (Córdoba, 2015, p. 18). En este caso, el sistema del *fair use*, también denominado como

reasonable. Compulsory licensing has been a frequent tool to resolve market failures in copyright industry sectors (Samuelson, 2017, p. 38).

Desde otro punto de vista, entendemos el término utilizado como costos de transacción o externalidades en el sentido que establecen Coase (1937, pp. 386-405; 1960, pp. 1-44) o Stiglitz (1989, p. 197; Stiglitz & Greenwald, 1986, p. 230), solo que suele ocurrir que éstos costos o externalidades en el mercado de industrias culturales no pueden ser cubiertos por parte de los autores y/o titulares autónomos o independientes, debiéndose establecer soluciones desde la regulación. Algunas soluciones se plantearán como regulación específica que alcance el objetivo sin tergiversar tampoco el sistema de protección por Derecho de Autor basado en la autonomía de cada autor y/o titular para disponer de sus situaciones jurídicas. Ahora bien, la regulación estatal directa no es la única solución, existen otras que brindan la posibilidad de uso de las Sociedades de Gestión Colectiva, un mecanismo surgido en contexto público-privado, pero incluso en este supuesto se deben discutir las normas base que utilizarán las mismas en su funcionamiento.

En todo caso, lo importante es no caer en “disparos regulatorios” sin reflexión, sin explorar otras alternativas que no involucren al propio Estado, ya sea regulando o interviniendo de alguna forma; es decir, como indica Rodríguez, cuando critica el sistema altamente regulado de protección al consumidor: evitar siempre optar por regular porque “es políticamente rentable hablar de fallas del mercado omitiendo una discusión seria sobre las fallas del Estado” (2013, p. 100); coincidiendo con lo que dice Pinotti, “(...) para que la liberalización y la desregulación sean políticamente atractivas, podría ser necesario fomentar y mejorar instituciones alternativas destinadas a prevenir y corregir las fallas del mercado” (2012, p. 657).

el sistema de límites y/o excepciones abierto, nace y es utilizado en Estados Unidos a través de la jurisprudencia. Este sistema es categorizado como uno de mayor apertura hacia los usuarios en contraste al *fair dealing* y el sistema cerrado (D'Agostino, 2008, p. 314).

Este sistema nace en 1841 con la decisión en el caso *Folsom v. Marsh* [9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841)] del Juez Story, magistrado que recopiló las decisiones de casos previamente resueltos en Inglaterra sentando las bases del *fair use* tal como se concibe en la actualidad. En nuestros días, el *fair use* ha sido recogido en la *Section 107* de la *Copyright Act* norteamericana de 1976, fijándose algunas pautas sobre cuándo nos encontramos ante un supuesto de *fair use* (Lepage, 2003, p. 6). No obstante, no podemos decir que para aplicar el sistema abierto basta con esta noción normativa.

Los Ordenamientos anglosajones de corte jurisprudencial, siempre evalúan cada potencial uso infractor a los derechos patrimoniales de autor que llega a los Tribunales a través de los siguientes criterios (Bercovitz, 2015, p. 118; Solórzano & Marciani, 2004, p. 267; Córdoba, 2015, p. 21):

- (i) El propósito y las características del uso, incluso viendo si el uso es comercial o si carecen de fin lucrativo;
- (ii) La naturaleza de la creación protegida por el *Copyright*,
- (iii) La cantidad y calidad de la porción utilizada del trabajo protegido por el *Copyright*, y
- (iv) El efecto del uso del material protegido en el mercado potencial o en el valor del trabajo protegido.

De todas formas, queda claro que el sistema abierto de límites y/o excepciones – protagonizado por el criterio jurisprudencial del *fair use*– es precisamente uno que permite la flexibilidad necesaria para calificar nuevos supuestos de la realidad como usos no infractores que califican como permisibles y sin pago a los usuarios de obras en la sociedad. Esto, según Samuelson, es precisamente un objetivo al cual deberían aspirar todos los regímenes de Derecho de Autor porque así se logra un claro equilibrio en los intereses de usuarios de obras y titulares de los derechos de autor (2017, p. 44).

De igual forma, viendo la perspectiva desde el *fair use*, también encontraremos diversas justificaciones para el establecimiento de los límites y/o excepciones que ha recopilado el *fair use* y su posterior codificación en los Estados Unidos (Samuelson, 2017, pp. 24-45):

- **Promoción de la continuación de creación;** es decir, permitir que otros autores tomen partes razonables de trabajos previos para la elaboración de nuevas creaciones, lo cual es precisamente la finalidad que busca el propio sistema del Derecho de Autor.
- **Creación de una plataforma (búfer) para la autonomía de los usuarios y sus intereses de propiedad personal;** es decir, la creación de un espacio para que los usuarios de obras puedan desenvolverse siempre en uso de su autonomía sobre la propiedad que adquieren al adquirir un soporte con la obra original.
- **Provisión de beneficios públicos;** en este caso, se hace diferencia de diversos públicos intereses que están involucrados:
 - **Fomento del interés público en el acceso a la información;** donde se ubican las libertades de acceso a la información, libertad de expresión y el enriquecimiento cultural como justificación de límites y/o excepciones a los derechos patrimoniales de autor.
 - **Servicio para cumplir metas de Políticas sociales;** ubicando Políticas sociales y culturales, lo cual incluye fines educativos, para evaluación, de recopilación de clases, de igual forma usos por museos, archivos o bibliotecas, entre otros semejantes.
 - **Habilitación para las funciones de Instituciones Públicas;** estando aquí reconocidos los usos por parte del Congreso, los Jueces y Cortes, el Ejecutivo y otras entidades que califican como Administración Pública.
- **Cumplimiento de metas económicas;** en este caso, se mencionan varias finalidades económicas tomadas en cuenta:
 - **Fomento de comercio, competencia e innovación continua;** se establecen límites y/o excepciones para promover la venta a través del

uso de obras de forma demostrativa, la desprotección de diseños o artículos utilitarios, permiso de ingeniería inversa, desarrollo de *add-ons*, entre otras.

- **Exención de usos incidentales económicamente insignificantes;** está aquí ubicada la posibilidad de establecer límites y/o excepciones en casos de usos que no tienen relevancia económica para los titulares de los derechos de autor, como reproducciones temporales o emisiones de radiodifusores, entre otros.
- **Cura o medio de mitigación de fallas del mercado;** en este caso, se ubican los límites y/o excepciones que buscan corregir los altos costos de transacción del sistema de precios ya sea creando licencias obligatorias o rompiendo monopolios irracionales en la titularidad de obras.
- **Adopción por razones políticamente oportunas;** adicionalmente, se coloca como una justificación la pertinencia de aprobación de límites y/o excepciones por causas políticamente oportunas en base a un contexto determinado, tales como excepciones a algunas entidades sin fines de lucro específicas en el régimen norteamericano.

Igualmente, siendo esta una clasificación muy práctica que permite perfilar la justificación sin entrar a detalles de cada caso norteamericano específico, queda recalcar que las justificaciones en base al *fair use* pueden aumentar y es porque este sistema provee un mecanismo para la flexibilidad necesaria en una era de rápidos cambios tecnológicos y dinamismo del mercado en general. Precisamente, las críticas a este sistema vienen desde el punto de vista de los titulares de los derechos patrimoniales de autor, sean los originarios o derivados, porque plantean que un sistema abierto se presta para abusos por parte de la Autoridad ya que no otorga predictibilidad necesaria ni a titulares ni a usuarios.

Ahora bien, la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos tiene recogidos desde la *Section 108* a la *Section 120* diversas disposiciones que establecen algunos supuestos de límites y/o excepciones, licencias obligatorias o el perfil particular de los diversos ámbitos de protección de obras determinadas. Todas estas están recogidas de alguna

manera u otra en las justificaciones antes enunciadas, excediendo el objetivo del presente trabajo el análisis de cada una de ellas y sus puntos de aplicación específicos.

Sin embargo, es importante mencionar que dentro de los supuestos que encontramos recogidos en la *Section 110* de la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos, como casos emblemáticos o reiterados de uso del *fair use*, encontramos tres que son antecedentes claros, pero limitados, para el propósito de creación de un nuevo límite y/o excepción para usos benéficos: sobre usos en eventos educativos, religiosos o de caridad, sin fines de lucro (*Section 110*, párrafo 4, de la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos); sobre usos por el Gobierno u organizaciones sin fines de lucro dedicadas a la agricultura o horticultura (*Section 110*, párrafo 6, de la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos); y sobre usos por parte de organizaciones de veteranos o fraternales sin fines de lucro (*Section 110*, párrafo 10, de la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos). Estos serán analizados a detalle en el Capítulo 2 para observar si los supuestos fácticos materia del presente estudio, de observarse su ilicitud, podrían adaptarse a alguno de estos límites y/o excepciones o si existe necesidad de un caso concreto que establezca un nuevo precedente jurisprudencial para su licitud.

Entonces, el sistema de límites y/o excepciones abierto, protagonizado por el *fair use* norteamericano, es uno que admite la calificación jurisprudencial de supuestos fácticos como límites y/o excepciones por parte de Jueces y Cortes, algunos de los cuales ya han sido reconocidos como lineamientos en la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos. Los supuestos jurisprudenciales de casos de *fair use* tienen diverso fundamento, encontrándose –principalmente– la promoción de la continuación de creación, la creación de una plataforma para la autonomía de los usuarios y sus intereses de propiedad personal, la provisión de beneficios públicos, el cumplimiento de metas económicas e, incluso, la adopción por razones políticamente oportunas.

Ahora, pasemos a analizar un tercer sistema aparecido como variación al *fair use* en algunos otros Ordenamientos del *Common Law* y de tradición anglosajona, que utiliza una mixtura de técnicas para palear las críticas a la falta de predictibilidad compatibilizando el criterio jurisprudencial con el establecimiento de una lista de motivos como requisito previo: el *fair dealing*.

c. Sistema de límites y/o excepciones mixto (*fair dealing*)

Frente a un sistema de límites y/o excepciones con una lista cerrada de supuestos a ser utilizados por las Autoridades para vislumbrar si nos encontramos ante una infracción o un uso lícito establecido en la norma, junto a otro sistema de límites y/o excepciones con una lista enunciativa de supuestos más frecuentes inspirados por la jurisprudencia que ha generado criterios para determinar si estamos ante un *fair use* o uso justo que no debe ser infractor del *Copyright*, encontramos el sistema mixto denominado *fair dealing*.

Australia, Canadá, Reino Unido y Nueva Zelanda cuentan con un sistema de límites y/o excepciones distinto a los dos estudiados anteriormente. Este sistema consiste en analizar únicamente supuestos usos infractores en base a tres pasos (Schmidt, 2014, p. 27):

- (i) Primero, se debe determinar si una parte sustancial de la obra original ha sido utilizada;
- (ii) Segundo, observar si dicho uso fáctico puede encuadrar en alguna de las específicas finalidades establecidas en la Ley (tales como investigación y estudio, crítica o revisión, reporte de noticias, parodia y sátira, o educación en general); estas constituyen el primer filtro para desechar si estamos ante un supuesto infractor (cuando no califica dentro de las finalidades establecidas por la norma) o frente a un posible uso lícito (cuando está dentro de una de las finalidades establecidas por la norma):

Tabla N° 7 – Tabla de específicas finalidades en las normativas con un sistema de límites y excepciones mixto

	Investigación y estudio	Crítica o revisión	Reporte de noticias	Parodia y Sátira	Educación en general
Australia (<i>Copyright Act</i> 1968)	S. 40	S. 41	S. 42	S. 41A	-
Canadá (<i>Copyright Act</i> 1985)	S. 29	S. 29	S. 29	S. 29	S. 29
Reino Unido (<i>Copyright, Design and Patents Act</i> 1988)	S. 29	S. 30	S. 30	S. 30A	S. 32
Nueva Zelanda (<i>Copyright Act</i> 1994)	S. 43	S. 42	S. 42	-	-

Fuente: elaboración propia.

- (iii) Y, tercero, una vez dentro del ámbito de alguna de las finalidades finalmente se busca establecer si el uso es “justo” (*fair*) o “razonable” (*reasonable*), utilizando criterios similares al sistema del *fair use* como el impacto del uso

en el mercado de la obra original, el monto y sustancia de lo utilizado, la naturaleza de la obra protegida, así como las alternativas al uso y el fin de la obra receptora del uso.

En este caso, al igual que en el devenir de uso del *fair use*, podemos observar que –por ejemplo– la *Copyright Act* canadiense de 1985 establece en los artículos siguientes a la *Section 29*, una lista de los límites y/o excepciones más utilizados o aquellos que por su importancia son colocados de manera enunciativa en la propia norma, tales como –por ejemplo– la generación de contenido no comercial creado por el usuario (*Copyright Act*, 1985, *Sub-Section 29.21*), la reproducción para usos privados (*Copyright Act*, 1985, *Sub-Section 29.22*), la realización de copia de respaldo (*Copyright Act*, 1985, *Sub-Section 29.24*), los usos por instituciones educativas (*Copyright Act*, 1985, *Sub-Section 29.4*), los usos por bibliotecas, archivos y museos (*Copyright Act*, 1985, *Sub-Section 30.1*), entre otros.

Lo que llama la atención es que también estarían recogidas –por ejemplo– como límites y/o excepciones normativas, sin calzar en ninguna de las finalidades de la *Section 29* del *fair dealing* antes mencionadas, en nuestra opinión, la reproducción alternativa para personas con discapacidad visual (*Copyright Act*, 1985, *Section 32*), haciendo incluso mención al Tratado de Marrakech, o el cumplimiento de otros mandatos normativos como sus Leyes de acceso a la información, la de privacidad, la de importación y exportación de bienes culturales, o la de radiodifusión (*Copyright Act*, 1985, *Sub-Section 32.1*).

De igual forma sucede con la *Copyright Act* australiana de 1968 que luego de establecer las finalidades para el segundo paso del *fair dealing* (*Copyright Act*, 1968, *Sections 40, 41, 41A y 42*) se plantean otros límites y/o excepciones a modo de lista como –por ejemplo– reproducciones permitidas para procesos judiciales o actividad profesional del abogado o agente de propiedad industrial (*Copyright Act*, 1968, *Section 43*); así como reproducción temporal para la comunicación (*Copyright Act*, 1968, *Section 43A*); lectura, recitación o radiodifusión de obras de forma razonable (*Copyright Act*, 1968, *Section 45*); reproducciones en domicilio o residencia (*Copyright Act*, 1968, *Section 46*); o, incluso, reproducción en bibliotecas y archivos (*Copyright Act*, 1968, *Section 49*); entre otras.

Lo mismo en la *Copyright Act* neozelandesa de 1994 al observar que, aparte de las finalidades del *fair dealing* (*Copyright Act*, 1994, *Sections 42 y 43*) establecidas, existe

una lista de límites y/o excepciones como –por ejemplo– usos permitidos por biblioteca y archivos (Copyright Act, 1994, *Sections* 51 – 56C), usos por el Parlamento o en procesos judiciales (Copyright Act, 1994, *Section* 59), reproducciones para personas con discapacidad visual (Copyright Act, 1994, *Section* 69), impresión 3D aplicada industrialmente (Copyright Act, 1994, *Section* 75), reconstrucción y planos de obras arquitectónicas (Copyright Act, 1994, *Section* 78), entre otras.

Igualmente sucede en lo regulado por la *Copyright, Design and Patents Act* de Reino Unido de 1988 al estar regulados, junto a las finalidades del *fair dealing* (Copyright, Design and Patents Act, 1988, *Sections* 29, 30, 30A y 32), usos en educación (Copyright, Design and Patents Act, 1988, *Sections* 33 – 36A), usos por bibliotecas y archivos (Copyright, Design and Patents Act, 1988, *Sections* 37 – 44A) y uso por la Administración Pública (Copyright, Design and Patents Act, 1988, *Sections* 45 – 50). Estando este último supuesto fuera de las finalidades reconocidas como filtro del *fair dealing*.

Tal como mencionamos en el caso del *fair use*, en los Ordenamientos que reconocen el *fair dealing* parece existir también la regulación normativa a modo enunciativo, lo llamativo es la no estricta concordancia con las finalidades establecidas como primer filtro; no obstante, todas éstas están recogidas de alguna manera u otra en las justificaciones que ya hemos venido estudiando y son comunes –al parecer– a todos los sistemas. Por ello, el análisis específico de cada una de ellas excede el objetivo del presente.

No obstante, debemos señalar que encontramos un límite y/o excepción acerca de usos por parte de instituciones, entidades u organizaciones de caridad, repetitivo en los Ordenamientos que contemplan el *fair dealing* (Copyright Act, 1985, *Sub-Section* 32.2, párr. 3; Copyright Act, 1994, *Section* 186; Copyright Act, 1968, *Section* 106), de forma muy similar, aunque con una que otra particularidad (como las “*registered charity*” en Australia). Así mismo, existe un límite y/o excepción establecido con el propósito de proveer atención médica en el régimen de Derecho de Autor australiano (Copyright Act, 1968, *Section* 44BB). Resaltamos que estos antecedentes también serán analizados a detalle en el Capítulo 2 para observar si los supuestos fácticos materia del presente estudio, de observarse su ilicitud, (i) podrían adaptarse –primero– a alguna de las finalidades y –luego– pasar como uso justo o razonable, o –como hemos visto es posible– (ii) si el Legislador lo establece como supuesto de límite y/o excepción, igualmente legítimo, pero fuera del mecanismo del *fair dealing*.

Pues, como hemos podido observar, el sistema de límites y/o excepciones mixto se basa en el denominado *fair dealing*, utilizado principalmente en países del *Common Law*, que utilizan su jurisprudencia como fuente principal. El *fair dealing* consiste en un análisis de los supuestos actos infractores bajo tres pasos: primero, analizar si se hace uso de parte sustancial de la obra; segundo, observar si el acto evaluado califica dentro de alguna de las finalidades reconocidas; y, tercero, establecer si el uso es justo o razonable en base a criterios semejantes al *fair use*. Sin embargo, los Ordenamientos estudiados (Australia, Canadá, Reino Unido y Nueva Zelanda) establecen en sus normas un listado de los supuestos de límites y/o excepciones, más emblemáticos o de mayor reiteración, estableciendo pautas específicas; Incluso, agregan algunos límites y/o excepciones que no calzan en las finalidades filtro del *fair dealing*, tales como los usos por parte del Estado, lo impuesto por el Tratado de Marrakech para discapacitados visuales u otras diversas.

1.3. El análisis del establecimiento de restricciones al régimen de Derecho de Autor

Tal como hemos podido observar, los estudios de los límites y/o excepciones siempre han sido inductivos desde los supuestos establecidos por las normas, en el sistema cerrado, o por la jurisprudencia, en los sistemas del *fair use* y del *fair dealing*. Estos han creado clasificaciones muy interesantes pero basadas en este método de estudio del tema (Hugenholtz, 1996, p. 94 y ss.; Samuelson, 2017, pp. 24-45), incluso algunas netamente centradas en un tipo de justificación de límite y/o excepción (Seng, 2016, pp. 14-17; Crews, 2017, pp. 9-10). Sin embargo, faltan estudios que partan de la verdadera evaluación sobre en qué supuestos se necesita establecer un límite y/o excepción, para luego evaluar qué grado de restricción se debe realizar (límite, excepción o exclusión) por parte del Legislador. Pero, como dice Raffo,

(...) esta concepción incurre en un error: la realidad de todo fenómeno jurídico comprende a la ley, pero no se agota con ella. Es más, la ley asigna sentido jurídico a conductas que constituyen el dato originario y previo a toda norma, y serán las conductas como dato el punto de partida de toda indagación realista sobre los fenómenos jurídicos, esta actitud epistemológica permitirá comprender el sentido profundo de la norma –que por ser vigente lo expresa– y el acierto o desacierto de las palabras –del Legislador– que enuncian. (2011, pp. 20-21)

Dicha reflexión es pertinente debido a que el análisis sobre los hechos que motivan el establecimiento de los límites y/o excepciones permite visualizar la existencia de –por lo menos– tres situaciones que motivarían el establecimiento de una restricción al derecho a la libertad de creación:

- Primero, la necesidad de utilización de una obra protegida por parte de uno (interés privado) o más usuarios de obras (interés colectivo o difuso).

Aquí podemos apoyarnos en una analogía de la configuración de una necesidad humana como el fundamento de interés de un consumidor para participar de transacciones de consumo (Durand, 2007, p. 51), recordemos que las obras son un bien a consumir por parte de un público que precisamente persigue utilizar de forma libre y gratuita la mayor cantidad de obras (Vibes, 2009, p. 51), pues debemos recordar que las obras culturales forman parte de las necesidades de los usuarios y consumidores de la industria del entretenimiento o de la cultura (Delupi, Vibes, Alesina, Carbone, & Leguer, 2014, pp. 58-60), industria que viene generando un mercado de lo intangible con gran relevancia económica (Montiel, 2010, pp. 98-100).

- Segundo, la dificultad que los titulares otorguen una licencia, no sólo por motivos económicos sino extra-patrimoniales, o la dificultad de que efectúen el cobro de las regalías utilizando el sistema de precios.

Por ello es que, desde el análisis económico del derecho, se indica que, en términos de costos (en sentido amplio), un uso (*use*) es justo (*fair*) cuando los costos de transacción con el titular del derecho patrimonial de autor sobre el permiso de uso de la obra protegida excederían los beneficios de la transacción (Posner, 1992, p. 69).

- Tercero, la necesidad del propio Estado, a través de sus órganos y/o organismos, de utilizar determinadas creaciones o permitir el uso a sus ciudadanos por una obligación legal o constitucional (interés público).

La noción de interés público es bastante compleja pues es un concepto jurídicamente indeterminado, el cual, como indica nuestro Tribunal Constitucional, “(...) se trata de un concepto que hace referencia a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados en su enunciado, pero que

sin embargo podrá ser concretizado en cada caso en atención a las circunstancias” (STC N° 02488-2004-AA/TC, 2006, Fj. 7).

Así, este concepto precisamente tiene un contenido y extensión que será adaptable de acuerdo a las circunstancias; sin embargo, se ha afirmado lo siguiente:

El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. (STC N° 00090-2004-AA/TC, 2004, Fj. 11)

Finalmente, y muy importante, se ha establecido también lo siguiente:

La noción de interés público incorpora, entonces, las funciones que están llamada a cumplir la autoridad. Por ello, tras el interés público es posible encontrar el deber de la Administración de, por un lado, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades; y, por otro, garantizar la seguridad ciudadana y el desarrollo en términos sociales. En esa medida, la Administración en cada caso deberá mantener las condiciones adecuadas para el logro de estas finalidades y, a su vez, remover los obstáculos que pudieran impedirlos; o, dicho de otra manera, hacer posible la convivencia pacífica de los administrados en la sociedad y a la vez el desarrollo de la misma. (STC N° 03951-2007-PA/TC, 2008, Fj. 10)

Ahora bien, el interés público no es un valor irrelevante frente a un derecho fundamental o humano como el derecho a la libertad de creación. Al respecto Barak ha indicado que “(...) las consideraciones relativas al interés público deben ser incluidas y tomadas en cuenta dentro de la discusión referente a las reglas de proporcionalidad” (2017, p. 101). Así, nótese que no indica que un derecho fundamental pueda ser restringido en base a cuestiones de interés público, sino que sería un criterio más a tomar en consideración; el mismo autor complementa indicando sobre esta premisa lo siguiente:

Este enfoque permite una mejor comprensión de la noción de derecho fundamental. Este enfoque ubica el derecho fundamental como un ideal

que busca ser realizado por la sociedad en la cual reside. Este ideal puede entrar en conflicto con otros ideales –u otros intereses– que buscan también su realización en la misma sociedad. Esta clase de conflicto no debe ser resuelto, sin embargo, a través de la restricción al alcance de los ideales, sino más bien a través de la restricción a la forma en la que ellos se realizan. El derecho mismo, en tanto concepto jurídico, debe continuar existiendo en una forma pura, en tanto una aspiración en un estado constante de conflicto con diversas aspiraciones opuestas a él. (...) La ponderación entre las formas en las cuales un derecho fundamental se lleva a cabo y las aspiraciones opuestas no afectan o cambian su supuesto de hecho o la naturaleza del derecho mismo. Por el contrario, tal ponderación afecta la realización del derecho a nivel infraconstitucional en una sociedad dada en un tiempo determinado. Tal enfoque siempre pone a disposición de la sociedad los ideales a cuyo logro debe aspirar y refuerza el estatus jurídico de estos ideales, aun si ellos no son realizados nunca en la práctica. (Barak, 2017, pp. 103-104)

Incluso es interesante ver cómo un país como Chequia, que utiliza el sistema cerrado de límites y/o excepciones, tiene en el inciso a) del artículo 3 de su Ley N° 121/2000 Coll. –Texto Consolidado de la Ley sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (en adelante, TCLCHDA)– una fórmula abierta⁴¹ para introducir supuestos no infractores justificados, no en un derecho fundamental u otro valor, sino en el interés público, que como hemos visto equivale al “interés general de la comunidad” (STC N° 00090-2004-AA/TC, 2004, Fj. 11):

La protección de los derechos de autor no se aplicará a: (...) un trabajo oficial, como un reglamento, una decisión, una carta pública, un registro de acceso público y la recopilación de estos documentos, y también cualquier borrador oficial de un trabajo oficial y otra documentación oficial preparatoria que incluya la traducción oficial de dicho trabajo, las publicaciones de la Cámara de Diputados y del Senado, una crónica conmemorativa de un municipio (crónicas municipales), un símbolo de estado y un símbolo de un municipio, **y cualquier otra obra similar**

⁴¹ Lo cual parece calificar como un reclamo de mayor flexibilidad, tal como sucedió en el caso de la aplicación del uso inocuo en un caso español en la Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de abril de 2012 (Caso Google) (Bercovitz, 2015, p. 118).

donde exista un interés público en su exclusión de la protección de derechos de autor (resaltado nuestro) (TCLCHDA, 2000, art. 3 inc. a)⁴²

En este escenario, concordante con los estudios positivistas-inductivos previamente mencionados, los Legisladores –dejando a salvo las limitaciones estructurales– tienen diversas herramientas para establecer el funcionamiento dinámico del régimen de Derecho de Autor teniendo principalmente las siguientes:

Tabla N° 8 – Tabla de opciones legislativas para el establecimiento de restricciones a los derechos de autor

Grado		Obra protegida	Autorización necesaria en caso de uso	Pago de regalía en caso de uso
1°	Límites	Sí	No	Sí
2°	Excepciones	Sí	No	No
3°	Exclusiones	No	No	No

Fuente: elaboración propia.

En efecto, como se puede observar, la graduación de la medida va variando conforme pasamos de una herramienta a la otra: en el primer nivel, los límites sólo permiten prescindir de la autorización para la utilización de la obra; mientras que en el segundo nivel, la excepción genera que se pueda utilizar una obra de forma libre y gratuita; y, finalmente, el grado más fuerte de intervención en el derecho a la libre creación es la exclusión, supuesto en el cual ya ni siquiera estamos ante una obra protegida.

Sin el ánimo de agotar el tema, pues la referencia realizada en el presente trabajo es meramente ilustrativa e introductoria, existe necesidad de crear pautas o reglas para establecer cuándo es necesario el establecimiento de una de las tres restricciones al derecho fundamental –o hasta derecho humano– de libertad de creación.

⁴² Traducción de: "Copyright protection shall not apply to: a) an official work, such as a legal regulation, decision, public charter, publicly accessible register and collection of its documents, and also any official draft of an official work and other preparatory official documentation including the official translation of such work, Chamber of Deputies and Senate publications, a memorial chronicle of a municipality (municipal chronicles), a state symbol and symbol of a municipality, and any other such works where there is public interest in their exclusion from copyright protection. (TCLCHDA, 2000, art. 3 inc. a)

En el caso de una exclusión, nos encontramos ante un supuesto de regla de inalienabilidad; es decir, que por decisión del Legislador o la Judicatura la creación ha sido excluida de protección (Calabresi, 2011, pp. 386-391) de forma que prima el interés privado, colectivo, difuso o público de la comunidad en general por sobre el interés de los titulares de los derechos de autor. En este caso, podríamos indicar que se debe aplicar esta medida cuando la necesidad de utilizar determinadas obras es tan básica y elemental que, incluso, su protección podría ir en contra de la propia misión y finalidad del régimen (retribuir al autor e incentivar el aumento del acervo cultural); así, la excesiva protección –que puede ser potencialmente enorme en caso de creaciones que deben permanecer libres y gratuitas– termina generando que se desincentive la actividad creativa (Posner, 2013, pp. 82-86). Un claro ejemplo es la colocación de las ideas, sin concreción, como supuesto excluido de la protección.

Es más difícil distinguir cuando utilizar un límite o una excepción. Creemos que la excepción debe estar reservada para los casos en los cuales nos encontramos ante una de dos situaciones, o ambas conjuntamente:

- Que los costos de transacción de obtener un permiso para el uso de una obra sean tan onerosos que resulte imposible que el titular de su consentimiento, lo cual implica que también el sistema de precios podría generar una barrera (costo oculto) para utilizar la obra. Un ejemplo es la necesidad de permitir el uso sin autorización ni pago para realizar parodias, precisamente sin pago para que la colocación de un monto irrisorio no inhabilite la posibilidad de la creación de este tipo de obras, mala regulación, en opinión compartida con Marciani y Solórzano (2004, p. 280), de la parodia en el Perú (LDA, art. 49).
- Que nos encontremos ante un uso que se justifica en base a varios valores constitucionales e internacionales (tales como un derecho fundamental combinado con el interés público, un derecho fundamental y una garantía del Estado o varios derechos fundamentales, entre otras combinaciones). Un ejemplo es el permiso de uso de obras por parte de archivos, bibliotecas y/o museos, en base a diversos valores constitucionales como el deber del Estado de promoción del acceso a la cultura, el derecho a la educación difuso y el interés público de parte de la comunidad de acceder a medios culturales y educativos.

Finalmente, bastaría mencionar que debería utilizarse un límite cuando estemos ante una falla del mercado que imposibilite el cobro de regalías por parte del titular de los

derechos de autor, pero que el uso de obras sea realmente necesario, estando fundado –como mínimo– en un valor constitucional o internacional, incluso el mero interés público; por ejemplo, cuando se haga una copia privada y se deba sujetar dicho límite al sistema de compensación equitativa o cuando el uso necesariamente debe ser libre, pero se utiliza a alguna Sociedad de Gestión Colectiva para gestionar el cobro de las regalías de forma que se reducen los costos de transacción para el titular sin impedir el ejercicio del fundamento constitucional o internacional.

Así, como estudio preliminar e introductorio, podemos indicar que existen tres grados de restricción del derecho a la libertad de creación: un límite que sólo restringe la posibilidad de generar una licencia obligatoria, debiéndose pagar una regalía por el uso permitido; una excepción que permite el uso libre y gratuito de una obra; y, finalmente, una exclusión, que saca una creación del ámbito de protección de la norma. El uso de cada uno de estos tipos de restricciones variará: debiéndose utilizar únicamente una exclusión cuando el uso de la obra es básico y elemental que puede ir en contra del propio régimen; una excepción cuando estamos ante una imposibilidad de conseguir una autorización por costos de transacción o cuando estamos ante una combinación de fundamentos de la misma; o un límite cuando hay una falla de mercado del cobro de regalías y haya como mínimo un valor constitucional o internacional como justificación, pudiendo ser el interés público.

CAPÍTULO 2. LOS USOS DE OBRAS PROTEGIDAS CON FINES BENÉFICOS COMO SUPUESTO INFRACTOR DE LA NORMATIVA SOBRE DERECHO DE AUTOR

2.1. Tipos de usos de obras protegidas con fines benéficos

Antes de las normas jurídicas, necesariamente encontraremos los hechos (Raffo, 2011, p. 25); ya que el Derecho es por excelencia el sistema de regulación de las conductas sociales (Rubio, 2009, p. 76), aquellas que acontecen en la realidad y son materia de regulación por los supuestos de hecho de las normas. Por dicho motivo, previamente a proceder con el estudio jurídico –sobre la licitud o ilicitud de una u otra conducta– debemos analizar, conceptualizar, ejemplificar y clasificar los distintos escenarios fácticos que encontramos al plantear *in abstracto* el problema identificado que motivó la presente investigación.

El posible establecimiento de normas jurídicas requiere de mucho cuidado en su redacción; igualmente, debe tenerse el mismo cuidado cuando se aprueban criterios administrativos y/o jurisprudenciales que interpreten las reglas establecidas por el Legislativo. En esta crucial tarea, el primer punto es la delimitación de los fenómenos que van a ser regulados; ya sea que se aplique el régimen de límites y/o excepciones cerrado, propio del Derecho de Autor de tradición romano-germánica, o los sistemas abiertos (*fair use*) o mixtos (*fair dealing*), propios del *Copyright* anglosajón.

Se debe tener en consideración que el Legislador parte de la realidad, punto de partida en el cual debemos basarnos para la formulación normativa que será propuesta, más aún, cuando existe un mandato específico para ser cuidadoso y delimitar los supuestos, según el *test* de la regla de los tres pasos, aplicable a toda formulación legislativa de un nuevo límite y/o excepción, como veremos en capítulo posterior.

El inicio de la presente investigación estuvo motivado por la observación de ciertos supuestos acaecidos en la realidad; los cuales, a nuestro modo de ver, generan situaciones de aplicación injusta de las normas del sistema de Derecho de Autor peruano. En este punto, es momento de poner a prueba la primera premisa que hicimos respecto a la subsunción de los hallazgos; no obstante, como hemos indicado, el primer paso es describir y clasificar los casos recogidos para posteriormente proceder a analizar si se comprueba el problema proyectado y, además, si el mismo existe –o también existe– en los sistemas de límites y/o excepciones abiertos y mixtos.

2.1.1. Uso de obras protegidas como tratamiento médico

a. Tratamiento médico directo en general

En primer lugar, encontramos los usos de obras protegidas que serían tratamiento médico general; es decir, que las obras originales sean utilizadas por el médico tratante como parte de la labor médica conocida como “tratamiento”. El tratamiento debe ser entendido como “todas las actividades médicas ejercidas en relación con un determinado paciente” (Fernández Sessarego, 2011, p. 56), lo cual presupone la existencia de una enfermedad que busca ser menguada, curada por completo e, incluso, corregir alguna de las consecuencias posteriores a la misma. El acto médico, en general, comprende la totalidad de actividades o intervenciones que realiza el médico en relación con un caso singular sometido a su cuidado y atención profesional (Fernández & Woolcott, 2018, p. 107), lo cual incluye el tratamiento.

En este caso, hemos encontrado un primer supuesto en el cual niños y/o niñas que han perdido una extremidad o padecen de alguna malformación en las mismas reciben prótesis características correspondientes a algún diseño protegido por derechos de autor al pertenecer al traje o disfraz de un superhéroe.

Por ejemplo, un niño en nuestro país, Ángel Mallqui, ha recibido dos prótesis de brazos con el diseño de una parte de la armadura del superhéroe *Iron Man*, personaje y diseño protegido por Derecho de Autor, debido a que nació sin extremidades por una malformación congénita (Equipo editorial Diario El Comercio, 2018):

Figura N° 2 – Prótesis de brazos con diseño de armadura del personaje Iron Man de Ángel Mallqui



Fuente: (Equipo editorial Diario El Comercio, 2018)

Esta iniciativa ha sido replicada en otros puntos de nuestro continente: por ejemplo, en Argentina, Gustavo Loiacono distribuye prótesis con manos y/o brazos con diseños de la armadura de *Iron Man* a niños y/o niñas que han perdido alguna extremidad de su cuerpo (Equipo editorial Diario La República, 2019):

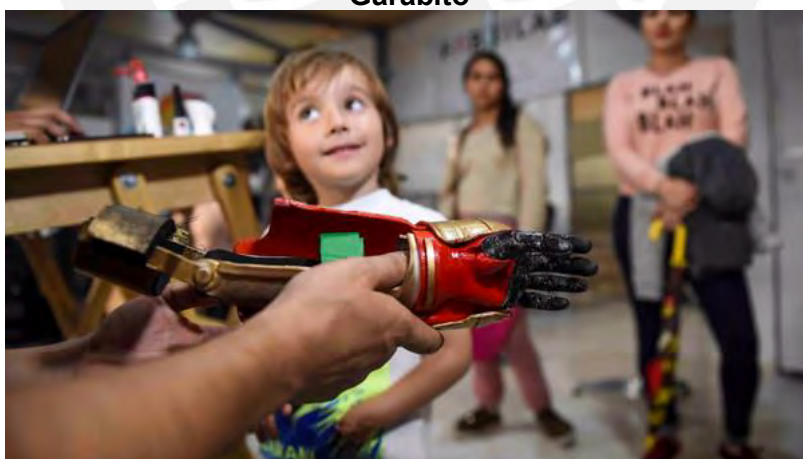
Figura N° 3 – Prótesis de mano con diseño del personaje Iron Man distribuida por Gustavo Loiacono



Fuente: (Equipo editorial Diario La República, 2019)

De igual forma, en Colombia, el joven Daniel Garabito ha recibido la prótesis con diseños de la armadura de *Iron Man* debido a que no cuenta con la mano izquierda (Equipo editorial RPP Noticias, 2017):

Figura N° 4 – Prótesis de brazo con diseño del personaje Iron Man para Daniel Garabito



Fuente: (Equipo editorial RPP Noticias, 2017)

También tenemos la historia de Isabella Tadlock, una niña que nació con una protuberancia en el brazo derecho y sin dedos, que obtuvo luego de una recaudación de dinero una prótesis con el diseño del androide R2-D2 de la saga de *Star Wars*, la cual capta señales de los músculos de la extremidad restante; esta prótesis fue creada por la empresa Open Bionics y, posteriormente, la niña conoció a Mark Hamill, actor

interprete de *Luke Skywalker* en la saga vía skype, para mostrarle su prótesis (Equipo editorial CNN en Español, 2020).

Figura N° 5 – Prótesis de brazo con diseño del personaje R2D2 de Isabella Tadlock



Fuente: (Equipo editorial MVS Radio, 2020)

Figura N° 6 – Isabella Tadlock muestra su prótesis de brazo con diseño del personaje R2D2 a Mark Hamill



Fuente: (Equipo editorial CNN en Español, 2020)

También tenemos el caso del propio Robert Downey Jr., actor que encarnó al superhéroe *Iron Man* en el cine, regalando una prótesis de brazo elaborada por el estudiante de ingeniería Albert Manero en los Estados Unidos a un niño llamado Alex, quien tenía una malformación en el brazo (Morales, 2015):

Figura N° 7 - Robert Downey Jr. junto a Alex con la prótesis de brazo diseñada por Albert Manero



Fuente: (Morales, 2015)

Por otro lado, encontramos un segundo supuesto en el que existe posibilidad de utilizar las obras musicales como parte del tratamiento directo en caso de determinadas enfermedades. Así, lo determinan artículos periodísticos sobre la denominada “musicoterapia”, por ejemplo, ayudando a tratar enfermedades neurológicas (Gubar, 2019); o mejorando la salud de las mujeres en gravidez, mejorando las funciones vitales de los recién nacidos, apoyando al desarrollo neurológico de los niños, mejorando las habilidades de comunicación de los niños con autismo, produciendo menos perjuicio al recibir otros tratamientos, aliviando la ansiedad y el dolor de pacientes con cáncer, entre otros (Quijada, 2014).

De igual forma, incluso, artículos científicos mencionan al respecto, por ejemplo, que “(...) aplicar música en la neurorrehabilitación de pacientes, aparece como un recurso económico, asequible, con evidencia científica que puede ser de ayuda en el manejo de diversas condiciones médicas para las cuales aún existe bastante limitación de la terapéutica actual” (Miranda, Hazard, & Miranda, 2017, p. 274); en el mismo sentido, se indica que

el uso de musicoterapia en el tratamiento integrador de los pacientes de cáncer es una opción terapéutica cuyo potencial salutífero se muestra en muchos estudios de casos, como los presentados en este trabajo. Sin embargo, los resultados de los estudios no dibujaban una imagen concluyente del efecto general de la musicoterapia (Boyde, Linden, Boehm, & Ostermann, 2012, p. 25).

Es decir, está comprobado el efecto de la musicoterapia en los pacientes con cáncer que presentan deficiencias neurológicas (cabe precisar que el estudio de donde se

extrae la cita anterior sólo estudia las investigaciones realizadas sobre este tipo de pacientes), pero este estudio concreto no puede concluir sobre efectos generales de la musicoterapia sobre otras patologías. No obstante, otros estudios sí permiten ver mayores efectos de la musicoterapia; como por ejemplo el efecto en aliviar el sufrimiento de pacientes luego de tratamientos agresivos por encima de los analgésicos (Li, y otros, 2011, p. 416), lo cual implica rehabilitación que sería también tratamiento. De igual forma, tenemos resultados positivos de la musicoterapia en actividad motriz, afectiva y conductual en casos de pacientes con Parkinson (Pacchetti, y otros, 2000, p. 386). También existen efectos positivos en pacientes con demencia (Raglio, y otros, 2008, p. 158) y reduciendo la ansiedad durante las colonoscopías (López-Cepero, y otros, 2004, p. 1381).

De esta manera, tanto en el caso de los implantes como terapia médica donde se usan obras plásticas –parte de obras literarias y audiovisuales más complejas (Murillo, 2015a, p. 207)– como en el uso de obras musicales originales como parte de la terapia de enfermedades determinadas, tenemos supuestos de utilización de obras originales protegidas por el sistema de Derecho de Autor para lograr paliar los efectos negativos de una situación de disminución de la salud o para mejorar la salud de un paciente específico.

b. Tratamiento de mejora de salud mental

Ahora bien, sin salir del uso de obras para el tratamiento médico, encontramos los usos de obras protegidas que serían utilizadas como medidas para mejorar la calidad de vida y/o proporcionar un ambiente adecuado para el desarrollo de la vida de aquellos pacientes que tengan diagnosticada una enfermedad, así como de parientes cercanos debido al tratamiento que reciben los pacientes. En este caso, a diferencia del tratamiento médico general, nos encontramos ante un uso de obras protegidas que busca menguar específicamente los efectos que genera la enfermedad misma o el tratamiento mismo en la salud mental.

En este caso, los usos que describimos son los que pretenden hacer más llevadera la enfermedad diagnosticada a ciertos pacientes, mejorando su calidad de vida y generando un ambiente adecuado al desarrollo de la vida de los mismos e, incluso, en ciertos casos sus familiares.

Es importante recalcar que los problemas de salud mental también pueden ser el objetivo del tratamiento médico. En nuestro país, se modificó la Ley General de Salud (Congreso de la República del Perú, 1997) en el año 2012 para mejorar el artículo 11 sobre las intervenciones sobre salud mental (Congreso de la República del Perú, 2012). Al respecto, precisamente, la Gerencia de Salud Ambiental, Seguridad y Salud en el Trabajo de ESSALUD explicitó aquello que entraría dentro del concepto de tratamiento de enfermedades de salud mental (Informe Técnico N° 001-Comité ad hoc-GCPS-ESSALUD-2018, 2018):

(...) Atención integral de los problemas de salud mental. Debe considerar al sujeto influenciado por diferentes representaciones psicosociales que son determinadas por múltiples variables: sociales, políticas, culturales, ambientales y económicas, y que pueden intervenir en el estado de armonía o de desequilibrio del cuerpo-mente-emociones (entorno interno), interrelacionado con las relaciones interpersonales, las relaciones sociales y el medio ambiente (entorno externo) de una persona, por lo que la atención de los trastornos mentales y del comportamiento debe ser interdisciplinario y proporcionar a la persona, familia y comunidad el tratamiento óptimo y su rehabilitación.

(...) Rehabilitación. Es el conjunto de intervenciones multidisciplinarias y apoyos cuyo objetivo esencial es ayudar a la persona con trastornos mentales y del comportamiento a recuperar o adquirir las capacidades y habilidades necesarias para el desarrollo de una vida cotidiana en comunidad de la manera más autónoma y digna, así como en el desempeño y manejo de las diferentes funciones sociales y demandas que supone vivir, trabajar y relacionarse (citado en Grupo Parlamentario Fuerza Popular, 2018, p. 35)⁴³.

De esta manera, tanto la atención de los males que afectan la salud mental, así como la rehabilitación de las secuelas de los mismos, también son consideradas dentro de la definición de tratamiento médico directo; sólo hemos realizado la diferenciación debido a que existen supuestos fenoménicos específicos respecto a este tipo de tratamiento.

Un primer supuesto es toda la actividad realizada por los denominados *clowns* hospitalarios o *dream doctors* cuando utilizan obras plásticas, obras musicales, obras

⁴³ Dejamos expresa constancia que solo hemos citado este Proyecto de Ley por ser la única fuente en la cual ubicamos el informe técnico de la Gerencia de Salud Ambiental, Seguridad y Salud en el Trabajo de ESSALUD, no coincidiendo con ninguna de las ideas políticas de dicho grupo parlamentario, ni avalando su trabajo parlamentario.

audiovisuales, obras teatrales, obras coreográficas, entre otras. En este caso, si bien no existen muchos estudios que hablen específicamente del uso de obras protegidas por el Derecho de Autor en el campo de la medicina, sí existen estudios que hablan de los efectos del genérico rol de los denominados *clowns* hospitalarios o *dream doctors*. Por un lado, están aquellos que trabajan con niños y jóvenes; de esta forma, un *dream doctor*

(...) utiliza diferentes técnicas, como la comunicación no verbal, los títeres, el movimiento, el sonido y los objetos, crea un mundo imaginario para el/la niño/a, lo que lo/la distrae del procedimiento médico al centrar su atención en un espacio de juego donde divertidas y absurdas cosas suceden, donde el/la niño/a se siente seguro y en control, un lugar para jugar⁴⁴ (Dvory, y otros, 2016, p. 410).

Por otro lado, están aquellos que trabajan con adultos mayores utilizando la improvisación, el humor y la empatía, también herramientas como canciones, instrumentos musicales o el baile (Kontos, y otros, 2016, p. 3; Quintero, Eucaris, Villamil, & León, 2015, p. 98; Bennett, y otros, 2014, p. 490; Gelkopf, 2011, p. 6).

Pese a que algunos creen que la “terapia de la risa” no sirve como cura, sino sólo como paliativo (Moffat, 2013, p. 49), creemos que aliviar los males en salud mental es parte del tratamiento médico, sobre todo reducir el sufrimiento, el dolor y la ansiedad (Bennett, y otros, 2014, p. 491); siendo el tratamiento del trastorno mental y del comportamiento definido en la Reglamento de la Ley N° 29889 como

Acciones propias de la medicina, psicología, enfermería, terapia ocupacional, trabajo social y de otras profesiones relacionadas según sea procedente, dirigidas por un médico tratante y que tengan por objeto producir la recuperación o mejoría, adaptación y/o habilitación de una persona con trastorno mental y del comportamiento (Presidente de la República del Perú, 2015, Art. 3, Inc. 17).

También está demostrado que la actividad de los *clowns* hospitalarios mejora la salud de los pacientes jóvenes e, incluso, de los padres de pacientes menores de edad; adicionalmente, esta actividad es de mucha utilidad cuando estamos ante tratamientos invasivos llevados a cabo con pacientes menores (Sridharan & Sivaramakrishnan, 2016, p. 1357). Además, también se observan efectos positivos reduciendo la ansiedad y

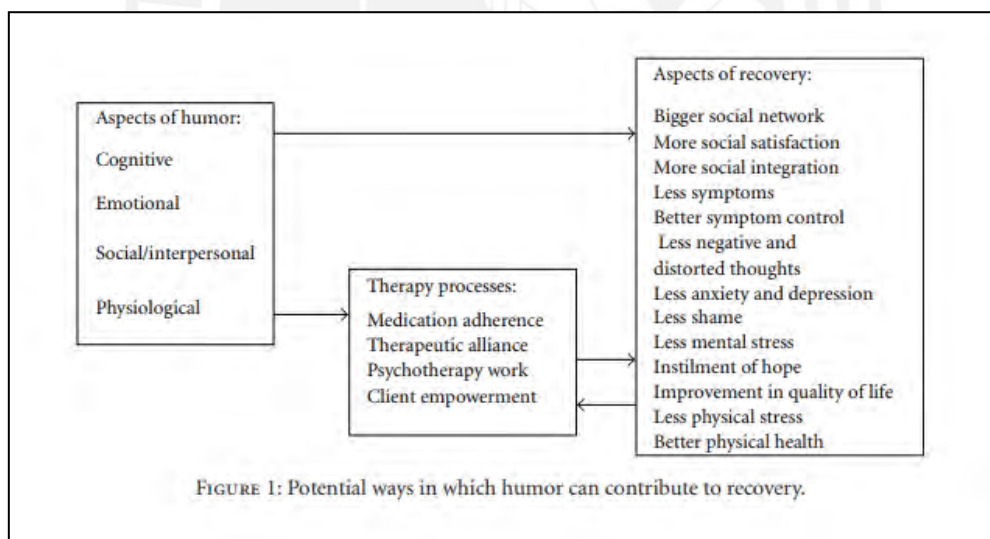
⁴⁴ Traducción libre de: “*The DD, using different techniques, such as nonverbal communication, puppetry, movement, sound, and objects, creates an imaginary world for the child, distracting him or her from the medical procedure by focusing his or her attention on a play space where funny and absurd things happens, where the child feels safe and in control, a place to play*”.

umentando la oxitocina en pacientes menores esperando por cirugía o luego de la operación (Scheel, Hoepfner, Grotevendt, & Barthlen, 2017, p. 279).

Es más, existe muestra que los *clowns* hospitalarios, en algunos casos, incluso podrían reemplazar la sedación en procedimientos no invasivos o no dolorosos ejecutados en pacientes menores (Dvory, y otros, 2016, p. 411; Hannuka, Rotchild, Gluzman, & Uziel, 2011); de igual forma, también se ha registrado resultados positivos en pacientes geriátricos (Sridharan & Sivaramakrishnan, 2016, p. 1358).

Igualmente, se ha indicado de manera comprobada que la “terapia de la risa” que efectúan los *dream doctors* o *clowns* hospitalarios sirve para aliviar el dolor, fortalecer la función inmunológica, mejorar las emociones positivas, reducir el estrés, disociarse de la angustia y mejorar los procesos interpersonales (Gelkopf, 2011, p. 1). Un resumen con los potenciales aspectos de mejoría de la salud con la “terapia de la risa” se observa en el siguiente cuadro:

Figura N° 8 – Gráfico con los potenciales aspectos de mejoría de la salud con la “terapia de la risa”



Fuente: (Gelkopf, 2011, p. 4)

A la par de la potencialidad de la labor del *clown* hospitalario como tratamiento médico directo, vemos que un aspecto mucho menos tratado es aquel referido a la mejora en la calidad de vida y ambiente adecuado de los pacientes. Si bien no necesariamente tiene que ver con la salud directa del paciente; sí tiene un fundamento sobre el rol de los *dream doctors* o *clowns* hospitalarios en el sistema médico. De esta forma,

Los médicos generalmente tienen opiniones positivas sobre los efectos de las visitas de los clowns hospitalarios a los pacientes pediátricos, a pesar de sus prejuicios u opiniones personales negativas. Esto sugiere que los médicos consideran que sus propias percepciones acerca de los clowns hospitalarios son menos importantes que la opinión de sus pacientes, la cual es consistente con otros estudios sobre la opinión de los clowns hospitalarios desde la perspectiva del personal hospitalario⁴⁵ (Van Venrooij & Barnhoorn, 2017, p. 194).

De igual manera, Sridharan & Sivaramakrishnan determinan que “la presencia de *clowns* hospitalarios como complemento brinda soporte y fortalece el sistema”⁴⁶ (2016, p. 1356); y, de manera interesante, Kristensen, Sørensen, Stinson, & Thomsen indican que

El establecimiento de una [relación entre paciente y clown hospitalario] podría inspirar y promover el cuidado psicosocial de los niños hospitalizados que se someten a procedimientos dolorosos, lo que sugiere que [una relación entre paciente y clown hospitalario] puede ser útil en otros enfoques no-farmacológicos, proporcionados por enfermeras y otros profesionales de la salud⁴⁷ (2019, p. 8).

No debe perderse de vista que se ha comprobado que “(...) las intervenciones de los clowns hospitalarios son efectivas para disminuir las emociones negativas y los síntomas psicológicos y para mejorar el bienestar de los pacientes y sus familiares”⁴⁸ (Lopes-Junior, y otros, 2019). Es importante la mención de la mejora del bienestar de los familiares, pues muchas veces los rastros de problemas en la salud mental de éstos repercuten en la propia salud de los pacientes.

También sirve para que los pacientes menores sean examinados sin angustia, permitiendo exámenes físicos más precisos y significativos, relajados por la intervención del *clown* hospitalario (Meiri, y otros, 2017, p. 765). Igualmente, se recomienda la mayor intervención de *clowns* hospitalarios para la mejora del estado emocional de los

⁴⁵ Traducción libre de: “*physicians generally have positive opinions on the effect of hospital clown visits on paediatric patients, despite their prejudices or negative personal opinions. This suggests that physicians consider their own perceptions of hospital clowning to be less important than their patients’ opinion, which is consistent with other studies on the position of hospital clowns from the perspective of hospital staff*”.

⁴⁶ Traducción libre de: “*the presence of medical clowns supplements the support and strengthens the system*”.

⁴⁷ Traducción libre de: “*the establishment of a WE might inspire and advance the psychosocial care of hospitalized children undergoing painful procedures, suggesting that the WE may be helpful in other non-pharmacological approaches, provided by nurses and other healthcare professionals*”.

⁴⁸ Traducción libre de: “*the results show that clown interventions are effective in decreasing negative emotions and psychological symptoms and in enhancing the well-being of patients and their relatives*”.

pacientes, siempre tomando en cuenta las diferencias individuales de las intervenciones (Auerbach, 2017, p. 6).

Como ejemplo de un hallazgo similar de mejora en la salud mental, tenemos el caso del hospital de Sao Paulo, A.C. Camargo Cancer Center, donde se utilizaron cajas impresas en 3D con logotipos de los principales superhéroes –obras plásticas protegidas e, incluso, marcas comerciales protegidas– para cubrir los envases de medicamento traspasado a los niños y niñas con cáncer como parte de la quimioterapia (J. Walther Thompson, 2013), siendo también esta campaña replicada en otros países (Bejar, 2018), incluso siendo un fenómeno bautizado como “#ChemoBox” en la red social Twitter con gran popularidad (Filippi, 2019):

Figura N° 9 - Caja impresa en 3D alusiva a Batman para cubrir el medicamento de quimioterapia de niños y niñas



Fuente: (Chacón, s.f.)

Figura N° 10 - Caja impresas en 3D con logotipos del personajes para cubrir el medicamento de quimioterapia de niños y niñas



Fuente: (J. Walther Thompson, 2013)

En el mismo sentido, tenemos la historia del Dr. Sergio Gallegos Castorena, un médico mexicano que trata a sus pacientes menores con cáncer diagnosticado disfrazándose de superhéroe (Mulato, 2017):

Figura N° 11 - Disfraz de "El Santo" del Dr. Sergio Gallegos Castorena atendiendo a sus pacientes



Fuente: (Mulato, 2017)

No obstante, no sólo los médicos efectúan dicha labor, sino también el personal de apoyo de los centros de salud como el Instituto Nacional de Salud del Niño de San Borja en la capital de nuestro país (Vadillo, 2017); quienes –en ciertos momentos– cumplen los sueños de muchos niños y niñas pacientes diagnosticados con diversos males, consistentes en conocer a los personajes de ficción, cuya descripción y/o diseño animado está protegido por el régimen de Derecho de Autor:

Figura N° 12 – Personal hospitalario disfrazado de Iron Man en el Instituto Nacional de Salud del Niño de San Borja (Lima)



Fuente: (Vadillo, 2017)

Figura N° 13 – Personal hospitalario disfrazado de Batman en el Instituto Nacional de Salud del Niño de San Borja (Lima)



Fuente: (Vadillo, 2017)

Ahora bien, no sólo debemos ponernos a pensar en los disfraces que utilizan médicos, así como el personal hospitalario y/o clínico, también debemos proyectar que tanto los *clowns* hospitalarios y estos profesionales médicos utilizan diversas obras musicales, coreográficas, teatrales e, incluso, audiovisuales; siendo todas estas obras protegidas por el sistema de Derecho de Autor.

De igual manera, entrando a un segundo supuesto, podemos observar que el uso de objetos o juguetes protegidos por el Derecho de Autor es otro caso de mejora de la calidad de vida y ambiente adecuado para pacientes diagnosticados, siendo también – como hemos detallado– tratamiento médico directo. En nuestro país, encontramos el caso de ESSALUD de La Libertad, en donde se traslada a los pacientes a la sala de quirófano a través de automóviles de lujo de juguete a control remoto –modelos cuyo diseño en boceto es obra plástica y hasta diseño industrial– para entretenerse evitando malestar y ansiedad antes de ser intervenidos (Equipo editorial Diario Correo, 2019); medida replicada en Puno (Equipo editorial Diario La República, 2019):

Figura N° 14 - Traslado de paciente menor de edad en auto de juguete a la sala de cirugía en Trujillo (La Libertad)



Fuente: (Equipo editorial Diario Correo, 2019)

Figura N° 15 - Traslado de paciente menor de edad en auto de juguete a la sala de cirugía en Puno (Puno)



Fuente: (Equipo editorial Diario La República, 2019)

Como se puede observar, tanto en el caso de la actividad de los *clowns* hospitalarios, así como la del personal médico y/o apoyo en centros médicos, puede involucrar el uso de obras originales –sean éstas obras plásticas o de cualquier otro tipo–, obras al final y al cabo protegidas por el sistema de Derecho de Autor. Así, observamos que el uso de estas obras por parte de los agentes mencionados también se realiza con el fin de tratamiento directo de la salud de los pacientes, específicamente la salud mental de éstos, así como para mejorar la calidad de vida y adecuar el ambiente adecuado para la misma en el caso de pacientes que ya cuentan con un diagnóstico médico y –probablemente– estén recibiendo tratamiento específico o vayan a recibirlo próximamente.

2.1.2. Uso de obras protegidas para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos

En segundo lugar, encontramos los usos de obras protegidas que serían utilizadas como parte de publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos. Para delimitar este supuesto, utilizaremos el concepto de “publicidad comercial” establecido en el Decreto Legislativo N° 1044 –Ley de Represión de Competencia Desleal–; el cual califica a la publicidad como

toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad

de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales (LRCD, 2008, art. 59, inc. d).

De un vistazo inicial, la presente definición legal nos obligaría a descartar cualquier supuesto por la existencia del fin lucrativo; no obstante lo indicado, existen casos de publicidad comercial que nos colocan en supuestos límite; es decir, donde parece que el fin lucrativo se encuentra matizado o es indirecto. Uno de estos casos es aquel que se logra al colocar únicamente imágenes provocativas o de contenido altamente crítico junto al signo distintivo de un proveedor específico, como es el caso de las campañas de United Colors of Benetton (Nuala, 2017):

Figura N° 16 - Anuncio publicitario polémico de United Colors of Benetton sobre la igualdad



Fuente: (Nuala, 2017)

En casos como este, aparte de los demás elementos de la definición legal, sólo la presencia del signo distintivo es el elemento fundamental que hace que se pueda calificar a la misma como “publicidad comercial”, ya que la función publicitaria del signo distintivo hace que ésta promueva la contratación o la realización de transacciones para satisfacer los intereses empresariales de un proveedor determinado –en este contexto, anunciante– (Murillo, 2015c, p. 181).

Los supuestos que encontramos consisten en anuncios creados por empresas – proveedores en términos del Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC, 2010, art. IV del Título Preliminar, inc. 2) y anunciantes en términos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD, art. 59, inc. c)– que buscan transmitir el mensaje de ayudar a los demás sin invitar expresamente a los consumidores a comprar y/o contratar, así el único propósito comercial sería la inclusión del signo distintivo.

En este sentido, fenomenológicamente, la **publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos** es aquella comunicación exteriorizada realizada por un anunciante en el mercado con finalidad de informar un mensaje de ayuda a los demás, por encima de persuadir al público de adquirir sus productos y/o de contratar sus servicios, sólo colocando un signo distintivo en la misma; las características de este tipo de comunicación son las siguientes:

- Ineludiblemente, la finalidad de la publicidad será persuadir e informar, en diferentes grados y/o intensidad (García J., 2014, pp. 184-185); este tipo de publicidad específico –que nace de una categorización basada en el grado y/o intención de la finalidad lucrativa (persuadir para lograr mayor contratación y/o ventas)– está caracterizado por sólo tener presente como elemento de persuasión la colocación de un signo distintivo.
- El objetivo de este tipo de publicidad consiste únicamente en la transmisión al público del mensaje de incentivo de ayudar a los demás (con fines exclusivamente benéficos).

Debemos resaltar que no encontramos ejemplos exactos de la categoría que estamos proponiendo; creemos, precisamente, que el motivo por el cual no se hallan supuestos que encajen con este tipo de publicidad específica⁴⁹ es que el uso de las obras originales está condicionado para su legalidad a la consecución de la licencia específica y, de ser requerido, el pago de la remuneración específica. Por ello, presentaremos ejemplos de publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, pero que no muestran el uso de obras protegidas; entendiendo, claramente, que la presencia del signo distintivo sí demuestra la presencia de un fin indirectamente lucrativo caracterizado por el posicionamiento del signo distintivo en el mercado.

Un primer ejemplo es el que encontramos en la campaña “Seamos amables, seámoslo siempre” de Wong. Así, se describe la campaña de la siguiente manera:

Wong puso una campaña con el nombre “Seamos amables, seámoslo siempre” en la que exponía cómo la amabilidad era un principio en sus colaboradores, puesto en práctica no solo con sus clientes, sino entre ellos y con la sociedad.

⁴⁹ No se malentienda, existen innumerables ejemplos de publicidad comercial con finalidad lucrativa directa que utilizan obras protegidas, basta con citar cualquier *spot* publicitario –impreso, radial o audiovisual– que haga uso de personajes animados, canciones de actualidad como *jingles* y/o obras plásticas, obviamente de forma lícita, solicitando la correspondiente autorización y licencia. Incluso, hay ejemplos de publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa que carece de objetivo exclusivamente benéfico, pero estas no entrarían –como veremos– dentro del supuesto que postularemos como excepción.

Las acciones y estrategias de Wong han calado hasta transformarse en una "lovemark" (Marquina, 2019).

En estas muestras publicitarias, se exponen situaciones en las cuales ciudadanos necesitan ayuda de otros (v.g. necesidad de cambiar una llanta de auto o necesidad de subir escaleras cargando un pesado bulto) y la ayuda llega de parte de la amabilidad de otros ciudadanos, exponiéndose como ejemplo a seguir. Finalmente, lo único que se muestra es el signo distintivo del proveedor anunciante:

Figura N° 17 - Fotogramas de la campaña publicitaria de Wong "Somos amables, seámoslo siempre"



Fuente: (CENCOSUD; McCann Lima, 2017)

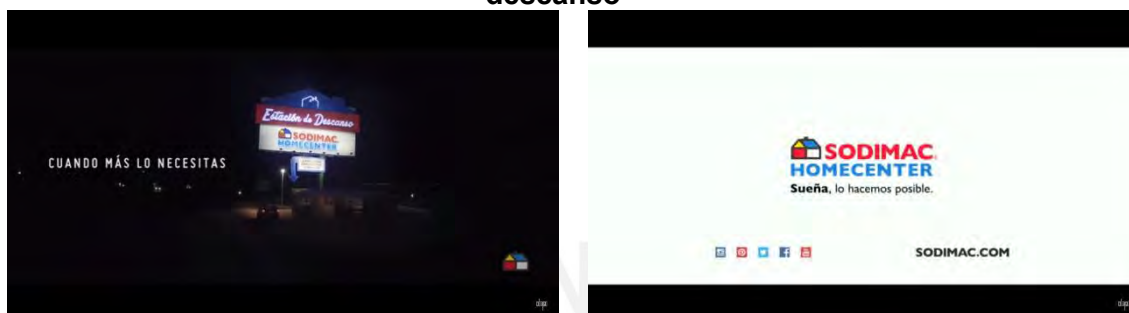
Un segundo ejemplo es aquel que observamos en la campaña "Estación de Descanso" de Sodimac. Descrita de la siguiente manera:

La campaña de verano "Estación de descanso" de Sodimac Homecenter ubicada en el km 65, está sorprendiendo mucho, debido a que es una propuesta novedosa que consiste en brindarles un espacio donde poder descansar a los conductores con rumbo al sur. La campaña tiene como objetivo principal, ofrecer un lugar seguro y cómodo donde descansar, y de esta manera evitar los accidentes de tránsito producidos por el cansancio (Equipo editorial Diario La República, 2016).

En esta publicidad, se expone una medida de ayuda para los conductores que se encuentran somnolientos en la carretera; es decir, un panel publicitario adecuado para

ser estacionamiento y descanso para los conductores en sus autos. Esta medida es un medio por el cual la empresa ayuda a la ciudadanía de manera creativa; siendo, como veremos, la ayuda un concepto implícito en la definición de fines benéficos. Al final de este anuncio, lo único que se muestra es el signo distintivo del proveedor anunciante:

Figura N° 18 - Fotogramas de la campaña publicitaria de Sodimac "Estación de descanso"



Fuente: (Petty Publicidad; Sodimac Homecenter, 2016)

Ambos supuestos expuestos no utilizan obras protegidas de terceros para hacerlos más atractivos; suponemos –como ya hemos indicado– por no adquirir la licencia y no desembolsar algún monto como regalía. No obstante, creemos que en los casos de este tipo de publicidad comercial, que hemos denominado publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, también estamos ante un supuesto de aplicación de las normas del sistema de Derecho de Autor de forma injusta. Es muy importante admitir que estos anuncios podrían ser mucho más atractivos y generarían mayor impacto, con la finalidad benéfica que persiguen, si se utilizaran obras originales que ya cuenten con popularidad por parte de los consumidores de las industrias culturales.

El sustento que nos hace creer que la publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos debería ser incluida como supuesto parte de un límite y/o excepción a los derechos patrimoniales de autor es que se persigue informar un mensaje de incentivo para ayudar a los demás, un fin benéfico, que se potenciaría con el uso de obras protegidas por Derecho de Autor. La persecución de fines benéficos podría estar respaldada –como exploraremos más adelante– en fundamentos constitucionales que serían contrapeso al fundamento del sistema de protección por Derecho de Autor.

Queda claro que la colocación de obras protegidas por Derecho de Autor potenciaría el efecto de traslado del mensaje informativo con fin benéfico del anuncio publicitario; es evidencia de ello que -usualmente- los anuncios publicitarios usen obras para añadir

valor agregado a su mensaje, lo cual se traduce –efectivamente– en contratos de licencia para el uso de obras protegidas por Derecho de Autor en campañas publicitarias o estrategias de marketing. Sin ir muy lejos, dentro de las modalidades publicitarias encontramos precisamente la esponsorización en la cual eventos o actividades de diversa índole, incluyendo causas nobles, se relacionan a los signos distintivos de un anunciante (Solórzano, 2005, pp. 52-53; Muguillo, 2005, p. 123)⁵⁰. El patrocinio de estos eventos –uso de estos eventos como publicidad indirecta– aumenta el atractivo para los consumidores; igualmente, el uso de obras protegidas añade valor agregado al producto y/o servicio ofertado por el anunciante.

Además, existe un gran motivo que hace necesaria la utilización y también la potenciación de la publicidad que traslada información con fine benéficos. Como indica Calfee,

el hecho que sea difícil o imposible comercializar información pura por su valor es uno de los principios fundamentales de la economía modera. Esto implica que mucha información valiosa no se creará, y aunque sea creada, nadie pagaría los costos de diseminación de información a través de medios de comunicación (2013, p. 36).

Lo indicado tiene en consideración sólo a la publicidad comercial que tiene un mensaje clásico, sin ninguna relación a los fines benéficos; es previsible que anuncios con mensaje de fin benéfico no sean atractivos ni para los propios empresarios, aunque dicha situación viene revirtiéndose gracias a la difusión de la responsabilidad social empresarial. En este sentido, cualquier apoyo a la expansión del conocimiento de los mensajes de fin benéfico contenidos en publicidad comercial deberían obtener respaldo.

En este orden de ideas, la potencia de la publicidad como medio de traslado de información es muy importante; como señala el mismo autor antes citado, “en efecto, la información y los productos están unidos en un solo paquete por un único precio. Esto permite que la publicidad sea un poderoso instrumento para la distribución de información” (Calfee, 2013, p. 38). Si bien parecería que no es imprescindible el uso de obras protegidas por Derecho de Autor, este ayudar en el traslado efectivo de los mensajes publicitarios que incluyen aquellos con fines exclusivamente benéficos.

⁵⁰ El desarrollo de eventos de fin benéfico será precisamente abordado en el supuesto de desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, que será analizado más adelante; no obstante, en este supuesto también la finalidad principal siempre será benéfica.

Como indica Muguillo,

(...) muchas veces la información transmitida por el acto de comunicación publicitaria no se vincula directamente con el producto ni sus ventajas, sino que elabora hechos o situaciones alejados, pero que importan definir por referencia o imágenes el producto o servicio publicitado para una mejor captación de los receptores del mensaje. Esta sofisticada manera de atracción hacia el producto o servicio no siempre importa una adecuada revelación informativa sobre sus bondades o beneficios (2005, p. 14).

Precisamente, en publicidad donde el mensaje publicitario es mucho más informativo y sólo se incluye como elemento persuasivo un signo distintivo del anunciante, cobra mayor relevancia la potenciación de difusión del mensaje sobre fines benéficos, lo cual –desde nuestra perspectiva– se logrará al utilizar obras protegidas por Derecho de Autor, siempre que se cumplan estrictos requisitos.

Justamente, en relación a ello, debemos poner en relieve que este tipo de anuncios debe ser considerado para la aplicación de un potencial límite y/o excepción de manera excepcional; es decir, únicamente en aquellos casos en los que el fin lucrativo es totalmente indirecto por la presencia del signo distintivo y ningún otro elemento de promoción de la contratación o realización de transacciones para satisfacer los intereses empresariales del anunciante, aspecto necesariamente presente en la definición legal prevista en la Ley de Representación de Competencia Desleal sobre publicidad comercial.

Por ejemplo, no podría considerarse dentro de este supuesto el anuncio en el cual una empresa de banditas para heridas que utilice la figura de un superhéroe como el increíble Hulk, diseño de personaje en bocetos con derechos de autor protegidos a nombre de una empresa de entretenimiento, para posicionar su marca sin ninguna finalidad benéfica (Clio Awards, LLC, 2010):

Figura N° 19 - Anuncio publicitario de banditas utilizando la mano del personaje Hulk de Band-Aid



Fuente: (Samaan, 2010)

En este caso, observamos que existe un anuncio en el cual se coloca la marca, incluso el producto mismo, pero no se llama a los consumidores a contratar y/o adquirir expresamente; observamos que se utiliza una obra protegida por derecho de autor, pero no se puede verificar la exclusiva finalidad benéfica que traería el anuncio. Entonces, el caso citado es uno de **publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa sin fines exclusivamente benéficos** debido a que el mensaje publicitario se centra en que hasta un superhéroe como Hulk –categorizado como uno de los más fuertes sobrehumanos de ficción– también necesita el producto del anunciante. Por lo indicado, en este caso, el anuncio debería obtener autorización y pagar la regalía correspondiente.

Este punto es precisamente la diferencia entre la publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa: no enviar un mensaje de ayuda a los demás, sino al contrario buscar persuadir al público en general para adquirir productos y/o contratar servicios del anunciante; incluso, en caso de exponerse un mensaje crítico o polémico como el de la publicidad de United Colors of Benetton ya citado (Nuala, 2017), no existe ningún mensaje con fin benéfico, por lo tanto no calificaría para entrar en el supuesto de hecho del futuro límite y/o excepción.

De igual manera, otro ejemplo, es la campaña de Johnnie Walker relacionada a la popular serie y saga literaria *Game of Thrones*:

Figura N° 20 - Anuncio publicitario de Whisky de Johnnie Walker utilizando la muralla y los caminantes blancos de la serie Game of Thrones



Fuente: (John Walker and Sons Limited, S/F)

De esta forma, tenemos un ejemplo de publicidad que cuenta únicamente con el signo distintivo (la marca Johnnie Walker), pero además presenta un nuevo producto de edición limitada sin ningún mensaje con fin benéfico; al contrario, el mensaje es claramente atraer consumidores para adquirir el nuevo producto introducido al mercado usando la popularidad de la obra audiovisual *Game of Thrones*, lo cual le brinda un valor agregado al producto que regularmente ofrece este anunciante-proveedor.

Finalmente, encontramos **publicidad con finalidad lucrativa directa con fines benéficos** en aquellos supuestos de anuncios en los cuales se indica como mensaje que la venta de los productos y/o la contratación de los servicios del proveedor-anunciante conllevará alguna ventaja para alguna causa benéfica. En este caso, la publicidad está enfocada en la oferta de productos y/o servicios, teniendo a la persuasión como objetivo principal, mientras que la información es mínima; no obstante, está presente, al buscar apoyar alguna causa benéfica.

Encontramos un ejemplo en la publicidad de venta de mascarillas de tela con donación exclusiva de 25% a una entidad benéfica u otras, tal como el caso de Flor de Papa (Flor de Papa, 2020):

Figura N° 21 - Anuncio publicitario de mascarillas de la empresa Flor de Papa a través de la red social Instagram con donación a Casa Mantay con cada venta



Fuente: (Flor de Papa, 2020)

En este sentido, una vez repasadas las formas o tipos de publicidad, nos corresponde ordenar estas categorías tomando en consideración las dos variables específicas (la finalidad lucrativa y el fin benéfico); en realidad, como indicamos, sólo de manera excepcional la publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos podría entrar dentro del supuesto de hecho del nuevo límite y/o excepción que se perfilará más adelante, esto porque si bien el uso de obras protegidas por Derecho de Autor brinda un valor agregado a todos los tipos de publicidad que se encuadran en la definición establecida en la Ley de Represión de Competencia Desleal, no todos buscan o persiguen un fin benéfico, lo cual conlleva –precisamente– que el añadido de valor sea permitido para potenciar el efecto de transmisión del mensaje. Esto no quiere decir que permitir añadir obras protegidas por Derecho de Autor vía límite y/o excepción a este tipo de anuncios sea imprescindible, pero sí serviría a

coadyuvar valores constitucionales que respalden el traslado de mensajes con fin benéfico a través de publicidad que cumpla con estrictos requisitos.

De esta manera, presentamos un cuadro que resume los tipos de publicidad comercial que hemos venido describiendo desde un punto de vista fáctico:

Tabla N° 9 – Tabla de tipos de publicidad respecto a la finalidad lucrativa y fines específicos

	Finalidad lucrativa	Fin benéfico	Ejemplo/s
Publicidad con finalidad lucrativa directa sin fines exclusivamente benéficos	<u>Directa</u> Más elementos que sólo el signo distintivo.	<u>Sin fines exclusivamente benéficos</u> Que tiene por lo menos un mensaje sin fin benéfico.	Cualquier publicidad regular que oferte productos y/o servicios con precios, ventajas, atractivos, entre otros.
Publicidad con finalidad lucrativa directa con fines benéficos	<u>Directa</u> Más elementos que sólo el signo distintivo.	<u>Con fin benéfico</u> Que tiene por lo menos un mensaje con fin benéfico.	Publicidad de mascarillas de FLOR DE PAPA
Publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa sin fines exclusivamente benéficos	<u>Indirecta</u> Sólo se consigna el signo distintivo.	<u>Sin fines exclusivamente benéficos</u> Que tiene por lo menos un mensaje sin fin benéfico.	Publicidad de BAND-AID que utiliza a <i>The Hulk</i> y publicidad de JOHNNIE WALKER relacionada a <i>Game of Thrones</i> .
Publicidad Comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos	<u>Indirecta</u> Sólo se consigna el signo distintivo.	<u>Con fines exclusivamente benéficos</u> Que sólo tiene un mensaje, el cual tiene fin benéfico.	Publicidades de WONG y/o SODIMAC.
Fuente: elaboración propia.			

En este sentido, según hemos relatado a lo largo del presente apartado, sólo la publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos será apta para considerar aplicable la nueva excepción propuesta, tal como indicamos de forma excepcional ya que potenciaría el traslado del mensaje con fin benéfico; claro está, como será indicado más adelante cuando perfilamos los requisitos específicos y

la regulación jurídica de este nuevo límite y/o excepción, cumpliendo estrictos requisitos para su aplicación.

2.1.3. Uso de obras protegidas para propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral

En tercer lugar, encontramos los usos de obras protegidas en la denominada propaganda o publicidad institucional, cuya definición jurídica fue perfilada en un antiguo precedente de observancia obligatoria como “aquella tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras” (INDECOPI, Res. N° 096-1996/TDC-INDECOPI, 1996), luego recogido por la Legislación (Congreso de la República del Perú, 2006, art. 2) y por la Doctrina especificando que están fuera del concepto de publicidad comercial (Billorou, 2002, p. 37; Murillo, 2015c, p. 188).

Para diferenciar claramente el supuesto anterior de publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos del supuesto actualmente explicado de propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral, debemos hacer diferencia clara en el factor subjetivo de quien emite cada uno de ellos:

Tabla N° 10 – Tabla de diferencia entre publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos y propaganda o publicidad institucional con fines benéficos

Comunicación	Factor subjetivo	Ejemplo
Publicidad Comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos	Cualquier entidad en un marco de concurrencia	WONG, SODIMAC, etc.
Propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral	Sólo el Estado o personas ejerciendo actividades sin fines de lucro, no concurrentes	INSN, CHILD WAR, SEDAPAL, OSIPTEL, etc.

Fuente: elaboración propia.

De esta manera, en el caso de la publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos estamos ante la posibilidad que cualquier persona o entidad que efectúa actividad concurrencial efectúe una comunicación publicitaria con mensajes determinados de fin benéfico exclusivamente; mientras que en el supuesto actualmente explicado de propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral estamos ante estas comunicaciones sólo cuando las

comunicaciones las efectúa el Estado o personas o entidades sin fines lucrativos no concurrenciales.

En este tipo de comunicaciones, efectivamente, existen ejemplos que demuestran el uso de obras protegidas siendo aplicadas por entidades e instituciones que persiguen una finalidad benéfica en apoyo de causas que generan ayuda a otros de forma desinteresada, siendo –incluso– el propósito esencial y único de este tipo de entidades y/o instituciones.

Un primer ejemplo es aquel consistente en el anuncio de la Fundación *War Child* de Holanda en el cual se muestra a un niño escapando de la situación de la guerra a través de su imaginación al imaginar a su padre como si fuera el superhéroe Batman, personaje y traje protegidos como obras originales plásticas de titularidad de una empresa de entretenimiento (Equipo editorial Diario El País, 2016):

Figura N° 22 - Fotogramas de la propaganda audiovisual de War Child en favor de los niños en la guerra utilizando al personaje Batman

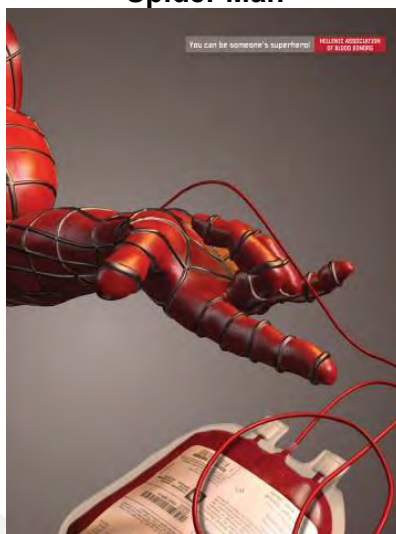


Fuente: (War Child Holland, 2017)

También podemos observar el caso de un anuncio donde la *Hellenic Association of Blood Donors* de Grecia hace un llamado a la donación de sangre a través de la figura del brazo de Spiderman, superhéroe con diseño protegido por derechos de autor a favor de una empresa de entretenimiento, al respecto curiosamente se ha indicado

El problema con la donación de sangre es simple... Nunca es suficiente porque es un recurso que constantemente se necesita y no puede ser creado por el hombre, solo donado; por ello tantas campañas. Aquí tres de las más recientes y mejores campañas de marketing social con ese objetivo: (...) La primera utiliza brillantemente una sinécdoque de Spider-Man lo suficientemente buena para no pagar regalías pero que funciona bien para que se entienda el personaje y haga sentir a los usuarios como un héroe al donar (Maram, 2013).

Figura N° 23 - Anuncio de propaganda de Hellenic Association of Blood Donors de Grecia a favor de la donación de sangre utilizando el brazo del personaje Spider Man



Fuente: (Tsoutis, 2013)

Debemos aclarar que pese a que este autor indica que la colocación únicamente del brazo del superhéroe arácnido es “lo suficientemente buena para no pagar regalías” (Maram, 2013) nos resulta muy discutible, ya que la colocación de un elemento gráfico que deje claramente establecido que forma parte de una obra protegida bastaría para requerir la autorización y pagar los derechos de autor por no calzar –precisamente– en los límites y excepciones previstos en los sistemas cerrados, deberemos analizar si sucede lo mismo en los sistemas abiertos y mixtos; no obstante, de que existe uso de parte de una obra protegida, parece indudable.

Es claro que estas comunicaciones provenientes de una persona sin fines de lucro con fines benéficos, cuyos propósitos quizás concuerdan en su totalidad con el objeto de la persona jurídica o con el fin perseguido por la persona natural altruista, puede involucrar el uso de obras originales –sean éstas obras plásticas o de cualquier otro tipo–, obras al final y al cabo protegidas por el sistema de Derecho de Autor. En este supuesto, estamos claramente ante una finalidad de promover conductas de relevancia social.

En un segundo ejemplo tenemos la publicidad institucional de eventos con fines de recaudación por fines benéficos, tales como la campaña seguida por el Instituto Nacional del Niño disfrazándose con trajes de la saga de Star Wars o invitando a donar sangre a los niños a través de la figura de un *Stormtrooper* de la misma saga de ficción:

Figura N° 24 - Anuncio de propaganda del Instituto Nacional de Salud del Niño a favor de la donación de sangre utilizando disfraces relacionados a Star Wars



Fuente: (Equipo editorial Perú 21, 2018)

Figura N° 25 - Anuncio de propaganda del Instituto Nacional de Salud del Niño a favor de la donación de sangre utilizando un disfraz de Stormtrooper de la saga Star Wars



Fuente: (Equipo editorial La República, 2017)

Igualmente, tenemos la campaña de donación de sangre promovida por ESSALUD utilizando la canción “Tusa” (interpretada por Karol G y Nicky Minaj) de composición de *Keityn, Karol G y Nicky Minaj*; siendo este un ejemplo de cómo se puede utilizar una obra musical con gran éxito entre los consumidores de la industria cultural de la música para incentivar una finalidad social por parte del Estado (Equipo editorial Diario La República, 2020):

Figura N° 26 - Fotograma del videoclip de propaganda de EsSalud utilizando la popular canción Tusa para promover la donación de sangre



Fuente: (Equipo editorial Diario La República, 2020)

Finalmente, debemos indicar que la propaganda específica de tipo electoral no califica para ser objetivo de estudio de un posible límite y/o excepción, ya que jamás podría ser injusto requerirse la autorización del autor y el pago de la correspondiente regalía por uso de las obras protegidas por derechos de autor en ese supuesto. Esto no sólo porque no existe ningún fin benéfico en el uso de obras en estos casos, sino también porque muchas veces la autorización cobra severa importancia para el uso de las obras en estos casos, debido a la ideología y los derechos morales de los autores.

Legislativamente, la Resolución N° 0078-2018-JNE – Reglamento sobre propaganda electoral, publicidad estatal y neutralidad en periodo electoral, establece qué se entenderá como **propaganda electoral**. De esta forma, la define de la siguiente manera:

Toda acción destinada a persuadir a los electores para favorecer a una determinada organización política, candidato, lista u opción en consulta, con la finalidad de conseguir un resultado electoral. Solo la pueden efectuar las organizaciones políticas, candidatos, promotores de consulta popular de revocatoria y autoridades sometidas a consulta popular que utilicen recursos particulares o propios (RPEPEN, 2018, art. 5, inc. o).

Es claro que en este tipo de propaganda no se podría perseguir una finalidad benéfica en tanto es utilizada para la consecución de una finalidad política, altamente parcializada con un candidato, organización política u otros. Así, es importante indicar que debemos descartar que sea injusto aplicar la obligatoriedad de obtención de autorización y pago de regalía para el supuesto de propaganda electoral.

Es más, existe evidencia fáctica que muchos artistas envían requerimientos para que políticos no utilicen *v.g.* obras musicales para sus campañas y/o eventos, tal como

sucedió con las canciones de *Adele*, *Aerosmith*, *Queen* y *Pharrell*, entre otros, en usos que realizó Donald Trump en propaganda electoral en los Estados Unidos (Equipo editorial BBC Mundo, 2018). Esto ya ha sido también señalado por los abogados de la Sociedad de Gestión Colectiva que tutela las obras musicales y literarias relativas a estas, la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC), quienes constataron que ningún candidato o partido había solicitado autorización o pagado las regalías, pese a hacerse uso de obras musicales y literarias relativas a éstas en las elecciones municipales del 2018 en nuestro país (Equipo editorial RPP Noticias, 2018).

2.1.4. Uso de obras protegidas en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública

En cuarto lugar, encontramos los usos de obras protegidas en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, claramente benéficas; en este caso, a diferencia de los casos antes estudiados, debemos perfilar los supuestos a los cuales nos referimos. En principio, las actividades benéficas pueden ser de distintos tipos, incluyendo actividades realizadas en centros de salud (las cuales pueden colindar con aquellas que veíamos en el supuesto de tratamiento médico); sin embargo, la diferencia es que en este caso se tratará de actividades organizadas por personal externo a los centros hospitalarios y/o clínicas.

La regulación más precisa es la contenida en el inciso d) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 010-2016-IN – Reglamento de promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas, el cual establece que una “colecta pública” es una “actividad mediante la cual el agente recolecta recursos para destinarlos a fines sociales” (RPCRCP, 2016, art. 5, inc. d); siendo un “fin social” “(...) la satisfacción de las expectativas sociales de una persona o un grupo de personas, relacionadas a alimentación, salud, educación, bienestar y desarrollo integral” (RPCRCP, 2016, art. 5, inc. g). Creemos que esta definición puede ser utilizada como parámetro delimitador, tal cual está recogida en la norma citada.

En efecto, un primer ejemplo es aquel en el cual un grupo de voluntarios acude a un nosocomio vestidos de personajes protegidos por derechos de autor generando la alegría de los pacientes, sobre todo los pacientes menores de edad, en la provincia constitucional del Callao (Equipo editorial Perú 21, 2017). Es importante recalcar que la visita y actividad no es realizada por personal del propio centro de salud, sino por voluntarios externos a la entidad.

Figura N° 27 - Voluntario disfrazado de Spider Man en visita a un hospital en el Callao



Fuente: (Equipo editorial Perú 21, 2017)

Encontramos el mismo supuesto, incluso, cuando un actor o actriz visita a los enfermos de un centro médico con el disfraz característico de un personaje que interpreto en una película *live action* como la visita de Gal Gadot –actriz– a los niños con cáncer vestida con el disfraz con el cual interpretó a la superheroína *Wonder Woman* (Equipo editorial Diario Correo, 2018).

Figura N° 28 - Fotografías de la visita de la actriz Gal Gadot disfrazada de la Mujer Maravilla al área oncológica de un hospital en el extranjero



Fuente: (Equipo editorial Diario Correo, 2018)

En un caso como el relatado, la actriz no es la titular de los derechos de autor sobre el personaje, incluso –quizás– ni siquiera es la titular de los derechos conexos de artista intérprete por cesión a la casa productora; en estos casos, siempre sería necesaria la obtención de la autorización y el pago de la regalía por el uso del diseño del personaje, obra protegida por los derechos de autor.

El segundo ejemplo trata de aquellos usos de obras –nuevamente disfraces de personajes protegidos por derechos de autor– en eventos organizados por personas o

instituciones con una finalidad de realizar una colecta de dinero para fines benéficos, tales como la Teletón u otras colectas para ayudar a colectivos en situación de necesidad. Ejemplo de este tipo de uso es la “Gamerton”, que formó parte de la Teletón en Chile, un evento en el cual varias celebridades se disfrazaron de personajes parte de obras literarias como comics o videojuegos para atraer más recaudación (Labarca, 2018).

Figura N° 29 - Autoridad de Las Condes (Chile), Joaquín Lavín, caracterizado como Mario Bross en un evento benéfico



Fuente: (Labarca, 2018)

Pasa exactamente lo mismo con el uso del disfraz de un personaje de una película – obra audiovisual– y el cantar la canción parte del *original soundtrack* de la misma –obra musical protegida– como parte del evento de la Teletón como se hizo en 2015 en nuestro país con modelos y actrices disfrazadas de la reina Elsa de la película Frozen, propiedad de una productora cinematográfica extranjera, para interpretar un pequeño acto musical con la canción “*Let it go*” parte de dicho largometraje (Equipo editorial America TV, 2015).

Figura N° 30 – Fotografía de las intérpretes de la coreografía y canción "Let it go" realizada en la Teletón de 2015 en Lima (Perú)



Fuente: (Equipo editorial America TV, 2015)

En el caso relatado, queda claro que el disfraz de la princesa Elsa está protegido por derechos de autor, al igual que la canción “*Let it go*” (“Libre soy”) de composición de Kristen Anderson-Lopez y Robert Lopez, cuyos derechos le pertenecen a una empresa productora como parte de la creación de la obra audiovisual “Frozen”.

Sucede exactamente lo mismo cuando, sin utilizar vestuarios que asemejen obras plásticas, se realizan pasos de baile a manera de secuencia (obra coreográfica) utilizando canciones de K-pop (obras musicales) por parte de un grupo de artistas en medio de un evento benéfico, tal como sucedió en la Teletón de 2018 en nuestro país, gala en la cual se interpretaron las canciones “*Bang*” (interpretada por Big Bang) de composición de *Teddy, G-Dragon* y *T.O.P*; “Lo siento” (interpretada por Super Junior) de composición de *Kenzie, Heechul, Eunhyuk*, Mario Cáceres, Yasmil Marrufo y Leslie Grace; “Baam” (interpretada por Momoland) de composición de *Shinsadong Tiger* and Bum; y “Idol” (interpretada por B.T.S.) de composición de “*Hitman*” *bang*, Roman Campolo, Pdogg, RM, Supreme Boi, *Ali Tamposi* y *Onika Maraj* (Fundación Teletón Perú, s.f.).

Figura N° 31 - Fotograma de la Interpretación de la coreografía de un *mix* de canciones de música contemporánea asiática realizada en la Teletón de 2018 en Lima (Perú)



Fuente: (Fundación Teletón Perú, 2018)

Finalmente, es importante relatar un caso que ocurrió en el Perú, en el cual se pudo observar que la rigidez del sistema de Derecho de Autor generó malestar en la población ya que la Sociedad de Gestión Colectiva encargada de gestionar los derechos patrimoniales de autor de autores y compositores en nuestro país –la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC)– quiso cobrar regalías a los organizadores de un concierto benéfico para ayudar a la actriz y conductora de TV Francesca Brivio; al final, luego de una fuerte crítica a través de redes sociales y medios

de comunicación, el presidente de APDAYC tuvo que retroceder, ordenar que sólo se cobre el 50% (aparentemente, esta era la regla cuando se trataba de un evento benéfico) y, finalmente, el propio presidente de la asociación pagó con su propio dinero dichas regalías (Equipo editorial Perú 21, 2010).

De igual manera, el CEO de la compañía de entretenimiento Disney tuvo que pedir disculpas públicas a una escuela pública en los Estados Unidos vía la red social *Twitter* luego que se les multara por comunicar públicamente la obra audiovisual *live action* “*The Lion King*” en una actividad de recaudación de fondos (Pallota, 2020), siendo la multa un tercio de lo que recaudaron (Elassar, 2020).

El uso de obras musicales y, quizás, obras coreográficas protegidas en estos casos buscan promover la realización de donaciones para un fin benéfico; por ello, nos parece injusto que estos actos pudieran ser calificados como infractores por parte de la LDA si se requiriera la autorización para el uso de las mismas y/o el pago de las regalías por el mismo.

2.1.5. Uso de obras protegidas en ritos funerarios

Finalmente, en quinto lugar, hallamos los usos de obras protegidas en el desarrollo de actos y/o ceremonias consistentes en el respeto de la última voluntad de la persona fallecida y/o la muestra de respeto por parte de familiares y/o amigos en honor a una persona que ha muerto. En este caso, encontramos supuestos en los cuales se utilizan obras protegidas por derecho de autor en cumplimiento de la última voluntad de una persona que dejó expresamente indicado que se proceda así en sus ritos funerarios (velorio, entierro, cremación, esparcimiento de cenizas, entre otros) con uso de las mismas, ya que el artículo 686 de nuestro Código Civil⁵¹ permite el establecimiento de disposiciones de carácter no patrimonial como aquellas.

Sin perjuicio de ello, también es posible que la familia y/o amigos de la persona fallecida decidan realizar el rito con el uso de alguna obra, cuyo significado sería especial para la persona a la cual le dan el último adiós.

El primer ejemplo que encontramos a modo de ejemplo es aquel en el cual se utilizan nuevamente atuendos que forman parte del diseño de superhéroes, parte de una obra

⁵¹ “(...) Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas” (Código Civil, 1984, art. 686)

literaria y/o plástica protegida por derechos de autor, para despedir a un niño fallecido o niña fallecida en su entierro. Como la historia del pequeño Brayden Denton que luchó contra el cáncer al cerebro y para quien, al fallecer, su madre organizó un entierro de superhéroes en la ciudad de Chicago hace unos años (Zulueta, 2014):

Figura N° 32 - Fotografía del funeral del niño Brayden Denton en el cual se hizo un homenaje con disfraces de superhéroes



Fuente: (Zulueta, 2014)

Igual historia encontramos en el caso del funeral de despedida de Jacob Hall en Australia, un niño que falleció a causa de un ataque criminal en su escuela (*shooting*); a su funeral asistieron sus parientes y amigos vestidos de superhéroes incluyendo a su hermano vestido de Superman (Equipo editorial BBC Mundo, 2016) y a John Buckland, de la organización Heroes4Higher, quien se vistió como Batman (Yupán, s.f.):

Figura N° 33 - Fotografía del velorio del niño Jacob Hall en el cual se puede observar a personas disfrazadas de superhéroes como homenaje



Fuente: (Equipo editorial BBC Mundo, 2016)

Figura N° 34 - Fotografía del velorio del niño Jacob Hall, en el discurso de John Buckland, de la organización Heroes4Higher, caracterizado como Batman



Fuente: (Equipo editorial BBC Mundo, 2016)

El segundo ejemplo que tenemos es cuando se toca una canción protegida por derechos de autor en el funeral de una persona que ha fallecido. Esto sucede frecuentemente en funerales desarrollados en los países anglosajones, como podemos observar en el funeral de *Lady Di* cuando *Elton John* interpreta "*Candle In The Wind*", composición suya pero la letra de *Bernie Taupin*, en homenaje a su amiga cambiando incluso la letra y añadiendo el sobrenombre "England Rose" (Christodoulou, 2018); o cuando *Stevie Wonder* interpreta "Tears in heaven", composición de *Eric Clapton* y *Will Jennings*, en el funeral del rapero *Nipsey Hussle* en los Ángeles, llamando a un más estricto control de armas (Bueno, 2019):

Figura N° 35 - Fotografía del velorio de Lady Di con Elton John interpretando "*Candle in the wind*" como homenaje



Fuente: (Christodoulou, 2018)

Figura N° 36 - Fotografía del velorio de Nipsey Hussle con Stevie Wonder interpretando "Tears in heaven" como homenaje



Fuente: (Bueno, 2019)

En este caso, hemos citado dos casos emblemáticos de funerales de personas famosas; no obstante, esto no resta que existan muchos ejemplos de canciones utilizadas para tal propósito, existiendo listas de las canciones más utilizadas en funerales en Reino Unido (Equipo editorial RPP Noticias, 2014) o recomendaciones de canciones para los funerales (Ruiz, 2016), incluso corporativas (Funeral Services for Mississauga, s.f.).

Igualmente, existen cementerios de nuestro país en los cuales es posible encontrar el fenómeno de reproducción de obras musicales cuando se despide a un ser querido, situación muy recurrente en la sierra del Perú o en entierros de migrantes de la sierra en la capital, siendo así los velorios y funerales mostrando símbolos como música y danza, junto a comida tradicional, rezos y flores ornamentales (Acosta, Acuache, Dibós, & Ilich, 2014, p. 168). Se indica sobre el velorio, que “durante la ceremonia hay música y comida preparada por los familiares para los concurrentes” (Acosta, Acuache, Dibós, & Ilich, 2014, p. 183) y, en general, “los familiares no solo tienen la costumbre de llevarle comida al difunto, también suelen contratar orquestas o músicos para que toquen las canciones favoritas del fallecido o música representativa del lugar de procedencia del difunto” (Acosta, Acuache, Dibós, & Ilich, 2014, p. 194). No sólo eso, sino que también en fechas especiales –como el día de los muertos– las familias y deudos visitan las tumbas en estos cementerios con música, cerveza y comidas (Vigil, 2017, p. 122).

Figura N° 37 - Fotografía de un homenaje en el Cementerio Nueva Esperanza en Lima



Fuente: (Agencia EFE, 2016)

Figura N° 38 - Fotografía de un entierro en el Cementerio Nueva Esperanza en Lima



Fuente: (Nas Daily, 2018)

También, existen funerales en los cuales prima la cultura popular del barrio, otro tipo de expresión cultural que se observa en los barrios populares de la capital de nuestro país (Vitorio & Huaroc, 2015):

Figura N° 39 - Fotografía de un paseo con cerveza y música en un entierro común en un barrio del Callao



Fuente: (Vitorio & Huaroc, 2015)

Ahora bien, en muchas ocasiones hay actos delictivos en estos entierros, como por ejemplo en algunos de los barrios de la provincia constitucional del Callao (Equipo editorial America TV, 2019), o incluso actos sumamente vulgares, pero propios de la cultura popular, tales como efectuar bailes sumamente sexuales encima del ataúd (Equipo editorial America TV, 2017). Igualmente, observamos que en muchos de estos actos se come y se bebe a la par de celebrar el rito funerario.

La pregunta que aparentemente deberíamos formularnos es si aún con estos actos estamos frente a un fin benéfico; sin embargo, el objeto de estudio no son los actos excesivos, sino el uso de obras protegidas por derecho de autor (v.g. las obras musicales); además, pese a que pudiera parecerlo, no creemos que la discrepancia sobre la moralidad o corrección con las buenas costumbres sobre estos actos (v.g. bailar sexualmente encima de un ataúd, efectuar disparos al aire, libar licor o comer durante el rito) no nos compete y no determina la licitud o ilicitud del uso de obras protegidas por el régimen de Derecho de Autor.

En realidad, no creemos que sea relevante para el sistema de Derecho de Autor las formas en las cuales se hagan los ritos funerarios, no es tarea de este régimen ser un instrumento controlador de moralidad o corrección con las buenas costumbres; incluso, si un autor y/o titular de obras protegidas repudiara el uso de sus creaciones en un rito funerario popular que incluya las prácticas referidas –estando, como regla, en su derecho– se trata de una ceremonia religiosa íntima, realizada en torno a familiares y/o amigos, no relevante para el autor y/o titular.

2.1.6. Notas conclusivas sobre la tipología de usos de obras protegidas con fines benéficos

En el apartado anterior se han descrito y perfilado los hallazgos de supuestos fácticos que consideramos pueden ser catalogados como actos posiblemente infractores siempre que se realicen sin autorización por parte de los autores y/o titulares de los derechos de autor, así como que se realicen sin pagar la correspondiente contraprestación a los mismos.

Finalmente, las categorías perfiladas son usos de obras protegidas i) como tratamiento médico, lo cual incluye el tratamiento médico general y de mejora de salud mental; ii) para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos; iii) para propaganda o publicidad institucional, con exclusión de propaganda

electoral; iv) en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas y colecta pública; y, finalmente, v) en ritos funerarios.

Inductivamente, podemos observar que existen diversos tipos de obras que podrían ser utilizadas con fines benéficos no existiendo un tipo determinado de obra para delimitar los supuestos fácticos; de esta forma, en los hallazgos encontramos usos de obras plásticas, obras musicales, obras teatrales, obras coreográficas e, incluso, parte de obras literarias y/o audiovisuales.

De igual forma, encontramos entre nuestros hallazgos un supuesto en el cual, incluso con fin de lucro indirecto, nos sigue pareciendo injusto exigir autorización y/o solicitar el pago de regalías, pues la finalidad principal es el propósito benéfico. Así, cuando tenemos publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos –la cual es ontológicamente lucrativa, pero indirectamente por la colocación del signo distintivo del anunciante/proveedor– somos de la posición que debería permitirse la inclusión de estos supuestos en un nuevo límite y/o excepción a los derechos patrimoniales de autor en aras de incentivar su propósito comunicativo, ya que en la actualidad no observamos usos de obras protegidas, los cuales podrían potenciar las comunicaciones realizadas (a través del uso de obras musicales como jingle de fondo o de partes de obras literarias, plásticas o audiovisuales como parte del contenido, v.g. diseño de personajes u otros que harían más llamativos los anuncios).

En el mismo sentido, pero de forma restrictiva, encontramos que dentro del supuesto de propaganda o publicidad institucional no es posible extender la ventaja de inclusión en un nuevo límite y/o excepción a los derechos patrimoniales de autor a los casos de usos de obras protegidas en propaganda electoral; esto debido a que existen muchos casos en los cuales ya se ha observado que los propios creadores y/o titulares muestran su desacuerdo con el uso de obras en este tipo de campañas, lo cual se debe quizás a su ideología política o, simplemente, como medio de protesta frente a actos contrarios a las creencias políticas de los mismos.

De forma inductiva, de los casos observados, ya podríamos ir perfilando lo que entendemos como “benéfico”, al menos desde una perspectiva extrajurídica⁵². En todos los hallazgos que hemos relatado hasta el momento encontramos una característica

⁵² La definición extrajurídica es aquella que se extrae de los supuestos fácticos analizados utilizando la inducción; no obstante, la definición jurídica y aquella que sería plasmada finalmente en una norma del Ordenamiento puede ser idéntica a la extrajurídica, tener pequeñas adaptaciones –sobre todo debido al principio de coherencia sistémica– o simplemente ser distinta y totalmente separada de aquella.

común: el afán por ayudar a quienes lo necesitan; de esta manera, el fin benéfico es aquel que persigue la ayuda de quien lo necesite. Cuando el personal de los centros de salud realiza tratamiento, ya sea para curar en general o para mejorar la salud mental, está ayudando a los pacientes y/o sus familiares cercanos; cuando las empresas efectúan publicidad sólo colocando sus signos distintivos en iniciativas de auxilio o sociales, están ayudando a las personas y/o colectivos a quienes están dirigidos los anuncios; cuando se emite publicidad institucional o propaganda, se está ayudando a personas y/o colectivos a quienes están dirigidas dichas comunicaciones; cuando un grupo de personas o alguna entidad efectúa actividades de recreación para los enfermos o realizan una colecta de fondos para alguna entidad que lo necesite, están ayudando a estos colectivos y/o entidades; de igual forma, cuando se respeta la última voluntad de una persona o se realiza un homenaje en algún rito funerario a ésta, se está ayudando a la familia y/o amigos de la persona fallecida a mostrar un último adiós y respeto al ser querido que ha fallecido.

Si bien en un principio nos vimos tentados de colocar el añadido “(...) de forma desinteresada” a la definición que hemos proporcionado, creemos que este añadido tendría un carácter absoluto frente a los usos de obras protegidas para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos; es decir, nos haría excluir supuestos como los expuestos en el apartado 2.2.3., lo cual nos resultaría injusto viendo que la colocación del signo distintivo es el único motivo por el cual se categoriza a estos supuestos como publicidad comercial, esto no contrasta –en nuestra opinión– la primacía del fin benéfico del anuncio frente a la ventaja, indirecta, que obtiene la empresa anunciante. Para que quede totalmente claro, si una publicidad comercial cuenta con fin lucrativo indirecto únicamente por la colocación del signo distintivo del anunciante, pero principalmente y de forma prioritaria el contenido del anuncio busca ayudar a quienes lo necesitan, nos parece injusto que se requiera el permiso para la utilización de obras protegidas por el Derecho de Autor y se obligue al pago de regalías. No obstante, dejamos advertido que podría ser discutible que deban pagar una regalía por estos usos; sin embargo, la regalía debe ser razonable para que no se convierta en una barrera al libre uso de las obras protegidas cuando exista fin benéfico, tal como sucede en el caso de la regulación de la parodia en la LDA donde el requisito del pago se ha convertido en un obstáculo insalvable (Solórzano & Marciani, La libertad de expresión y la parodia en el derecho a la propiedad intelectual, 2004, p. 280).

Ahora que hemos terminado de revisar los supuestos fenomenológicos que motivaron el inicio de la presente investigación y teniendo claro cuáles son las *fattispecie* sobre las cuales realizaremos el estudio jurídico sobre el nuevo límite y/o excepción de uso de obras protegidas con fines benéficos, recién podemos entrar a demostrar la existencia del problema identificado; es decir, la calificación de los supuestos descritos como ilícitos en el Ordenamiento jurídico peruano, así como observar si otros sistemas de límites y/o excepciones dentro de los regímenes de Derecho de Autor los califican de esta manera.

2.2. Calificación de los usos de obras protegidas con fines benéficos como usos lícitos o usos infractores en los sistemas de límites y/o excepciones

Ahora que hemos terminado la exposición de los supuestos fácticos, nos toca comenzar con el análisis jurídico sobre la licitud o ilicitud de dichos usos en los distintos regímenes de Derecho de Autor, según cuál sistema de límites y/o excepciones tiene regulado en su normativa, pero inicialmente debemos pensar en si las *fattispecie* alcanzan a los fenómenos observados.

Como hemos descrito en el capítulo 1, son los derechos patrimoniales aquellos por los cuales se cumple la finalidad inmediata del régimen de Derecho de Autor, a saber la retribución al autor por su labor creativa y producir, a la vez, el incentivo para el incremento del acervo cultural, científico y artístico, la finalidad mediata del régimen. De esta forma, tanto en nuestro país como en otros ordenamientos como el español, el italiano o el colombiano, la norma primaria en materia de Derecho de Autor establece que todo uso de aquellas obras que alcancen los requisitos para su protección no estará permitido a menos que se cuente con la autorización por parte del autor y se realice efectuando el pago de la regalía correspondiente.

En el sistema peruano de Derecho de Autor esto se desprende de la lectura de los artículos 30, 37 y 39 de la LDA en los cuales se establece que el titular tiene derecho a explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, siendo ilícitos todos los actos de explotación de la obra sin consentimiento previo y escrito por parte del titular, siendo también ilícito el apoyo prestado por terceros para efectuar usos ilícitos.

De esta forma, también como ya hemos desarrollado, la LDA en el artículo 31 establece los derechos típicos que se han reconocido a los autores y/o titulares, los cuales concuerdan con las demás regulaciones a nivel internacional estudiadas: el derecho de

reproducción, de comunicación pública, de distribución y de transformación. No obstante, también pueden existir algunos derechos específicos reconocidos por la norma como el caso peruano del derecho patrimonial de importación o el de exposición pública, ambos reconocidos en la LDA; así como una disposición general que funciona como apertura a una lista abierta de usos que recaen dentro de la protección de los derechos patrimoniales de autor, como la ubicada en el inciso f) del artículo 31 de la norma referida.

Sin embargo, recordamos que la LDA siempre deja a salvo en las normas citadas la posibilidad de usos lícitos previstos como límites y/o excepciones al derecho patrimonial de autor para los que se prescinde de dicha autorización y además, en algunos casos, del pago por dicha utilización.

Esta forma de funcionamiento, donde todos los usos requieren autorización y pago (dejando a salvo los límites y/o excepciones previstos) es común a los ordenamientos que hemos tomado como objeto de estudio; así, el ordenamiento colombiano lo establece en el artículo 72 de la ALCDA⁵³, el español en el artículo 17 del TRLPI⁵⁴ y el italiano en el artículo 12 del TCLDA⁵⁵. De la misma manera, sucede en los regímenes del Copyright en los sistemas de tradición anglosajona, tal como se puede observar – por citar un ejemplo– en la *Section 106* de la *Copyright Act* de 1976⁵⁶.

⁵³ “El derecho patrimonial del autor se causa desde el momento en que la obra o producción, susceptible de estimación económica y cualquiera que sea su finalidad, se divulgue por cualquier forma a modo de expresión” (ALCDA, 1982, art. 72)

⁵⁴ Así, el TRLPI español establece que

Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley. (TRLPI, 1996, art. 17).

⁵⁵ El TCLDA italiano indica

L'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera.
Ha altresì il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo, originale o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi indicati negli articoli seguenti.
E' considerata come prima pubblicazione la prima forma di esercizio del diritto di utilizzazione. (TCLDA, 1941, art. 12).

⁵⁶ Como indica la *Copyright Act* de los Estados Unidos de 1976:

Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

- (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;
- (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;
- (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;
- (4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;

En este sentido, los cuatro derechos patrimoniales de autor básicos (reproducción, comunicación pública, distribución y transformación) son reconocidos incluso explícitamente en todos los ordenamientos estudiados. Bajo este marco, debemos analizar qué supuestos de uso de ejemplo que hemos descrito se subsume en cada uno de los mencionados derechos patrimoniales, o en el supuesto general abierto, para observar si nos encontramos frente a usos que configuran una infracción a los derechos de autor. Este es el primer paso.

Para poner en forma esquemática los usos a los que hemos arribado de la observación y los hallazgos de supuestos que nos parecen –extrajurídicamente e *in abstracto*– injustos, vamos a realizar un listado simplificado con todos los hechos que hemos descrito en el acápite anterior:

- Sobre tratamiento médico
 - Uso de prótesis médicas con diseño de parte del disfraz de superhéroe para pacientes
 - Uso de música por parte de profesionales de la salud o personal auxiliar del centro médico
 - Uso de logotipos de superhéroes en instrumental médico
 - Uso de disfraces por parte de profesionales de la salud o personal auxiliar del centro médico
 - Uso de autos de juguete conducidos por pacientes niños y niñas
- Sobre publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico
 - Uso de personajes, parte de un libro o película
 - Uso de disfraces de personajes, parte de un libro o película
 - Uso de música
 - Uso de fragmentos de películas
- Sobre propaganda o publicidad institucional, con exclusión de usos en propaganda electoral
 - Uso de disfraces de personajes, parte de un libro o película
 - Uso de personajes, parte de un libro o película

(5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and

(6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission. (Congreso de los Estados Unidos, 1976, Sec. 106).

- Uso de música
- Uso de fragmentos de películas
- Sobre la realización de actividades de recreación y colectas públicas
 - Uso de disfraces de personajes, parte de un libro o película
 - Uso de personajes, parte de un libro o película
 - Uso de música
 - Uso de coreografías
- Sobre la realización de ritos funerarios
 - Uso de disfraces de personajes, parte de un libro o película
 - Uso de música
 - Uso de coreografías

El listado elaborado está fundado en los supuestos analizados, ello sin perjuicio de otros usos de obras que puedan darse con los propósitos identificados (tratamiento médico, publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, realización de actividades de recreación y colectas públicas, así como la realización de ritos funerarios); sólo por citar un ejemplo, podríamos encontrar un supuesto de tratamiento médico a través de la exposición de obras audiovisuales, pues como hemos indicado y demostrado el tratamiento médico también implica la mejora o estabilidad de la salud mental de menores de edad, quienes podrían disfrutar de su película favorita luego de una operación o mientras reciben un procedimiento intravenoso agresivo.

Luego de analizar los supuestos y los tipos de obra que involucran, preliminarmente creemos que –pese a que estamos delimitando un posible límite y/o excepción a los derechos patrimoniales de autor, el cual debe ser claramente restrictivo y preciso– no podemos delimitarlo y restringirlo a uno o más tipos de obras específicas para el establecimiento legislativo de la misma, sino que se debería dejar abierta la posibilidad de elegir cualquier tipo de obra, claro está siempre que exista el fin benéfico como propósito del uso de las mismas debidamente comprobado.

Observamos que casi todos los usos descritos en los supuestos encontrados están calificados como usos que involucran el ejercicio de los derechos patrimoniales de autor. En todos los supuestos encontramos la realización de un uso que configura el derecho de reproducción de la obra protegida, salvo en el caso de las prótesis médicas que podría implicar una transformación al tomar en cuenta el diseño original plasmado en la

obra literaria (*comic*) en lugar de la obra plástica (diseño del traje del superhéroe) creada para la grabación de una obra audiovisual (película *live action* basada en el *comic*):

Tabla N° 11 – Tabla de derechos de autor ejercidos o vulnerados con implantes con diseños específicos

Obra Protegida	Supuesto de uso	Derecho ejercido / vulnerado
		Derecho patrimonial de autor de Transformación
		Derecho patrimonial de autor de Reproducción

Fuente: elaboración propia, imágenes de (Romita & Layton, 1979), (Equipo editorial RPP Noticias, 2015) y (Equipo editorial Excelsior TV, 2015)

Sucede exactamente lo mismo en todos los supuestos de uso de disfraces de personajes en todos los demás tipos de usos identificados; con la salvedad que debemos también diferenciar el origen del disfraz:

- Si el disfraz es elaborado por el propio usuario (*cosplay*) o éste es adquirido de un distribuidor que no tiene autorización o licencia por parte del autor y/o titular de los derechos de autor, se trata de un acto de reproducción y/o transformación, como lo hemos expresado antes.
- Si el disfraz es adquirido de un distribuidor que tiene autorización o licencia por parte del autor y/o titular de los derechos de autor, estaríamos ante un acto completamente lícito ya que se configuraría el agotamiento del derecho⁵⁷ y el uso

⁵⁷ Como estipula la LDA,

sería personal⁵⁸; sin embargo, los usos en publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, en propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, así como los de realización de actividades de recreación y colectas públicas, sí pueden configurar un acto de comunicación pública⁵⁹ por la exposición de la obra en los supuestos correspondientes. Así, quedarían como supuestos lícitos sólo en los supuestos de tratamiento médico y realización de ritos funerarios.

De igual forma, en el tipo de uso de tratamiento médico, sólo sería lícito el supuesto en el cual los autos de juguete para pacientes menores sean comprados de un distribuidor que tiene autorización o licencia por parte del autor y/o titular de los derechos de autor; siendo usos correspondientes al derecho de reproducción o de transformación si el personal del centro de salud crea el vehículo.

En todo el resto de supuestos encontramos casos de actos que configuran ya sea el derecho patrimonial de autor de reproducción⁶⁰, de transformación⁶¹ y/o de comunicación pública. Ahora bien, asumimos como dato particular –porque debe verse en cada caso– que situaciones en las cuales los propios actores y/o actrices que representan el papel de los superhéroes en las películas realizan los usos de estas

“(…) Cuando la comercialización autorizada de los ejemplares se realice mediante venta u otra forma de transmisión de la propiedad, el titular de los derechos patrimoniales no podrá oponerse a la reventa de los mismos en el país para el cual han sido autorizadas, pero conserva los derechos de traducción, adaptación, arreglo u otra transformación, comunicación pública y reproducción de la obra, así como el de autorizar o no el arrendamiento o el préstamo público de los ejemplares. (...)” (1996, art. 34)

⁵⁸ “Reproducción u otra forma de utilización de la obra de otra persona, en un sólo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo” (LDA, 1996, art. 1, inc. 48).

⁵⁹ Como establece la LDA,

(…) todo acto por el cual una o más personas, reunidas o no en un mismo lugar, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, por cualquier medio o procedimiento, análogo o digital, conocido o por conocerse, que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes (...) (1996, art. 1, inc. 5)

⁶⁰ “Fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, y la obtención de copias de toda o parte de ella” (LDA, art. 1, inc. 37).

⁶¹ Pese a que no existe definición legal en la LDA, podemos afirmar que el **derecho de transformación** consiste en el uso de la obra original o de elementos de la misma para crear algo distinto, llevando una originalidad nueva (Rodríguez S. , 2004, p. 45); así, se le da poder al autor y/o titular para impedir cualquier modificación relevante de la obra, además de cualquier uso de la obra transformada (Auteri, y otros, 2016, p. 649). Ayllón complementa la definición otorgada indicando que

se puede definir la transformación (actividad) de la obra como cualquier modificación que se efectúe sobre la obra originaria que, ya incida sobre el contenido, ya sobre la forma de expresión de la misma, permita seguir identificando la misma en la obra resultante y que reúna la suficiente originalidad para ser calificada como de obra a los efectos de la propiedad intelectual, sea o no la misma una obra derivada. (Ayllón, El Derecho de Transformación de las Obras del Espíritu, 2014, p. 118)

obras pueden estar siendo realizados con autorización y/o licencia de parte de los autores y/o titulares de los derechos patrimoniales, incluso por sus propios contratos como artistas intérpretes, aunque siempre queda la posibilidad de que no sea así y estén actuando a nombre de terceros.

Sucede lo mismo –es decir, no existirá ilicitud– cuando es la propia empresa titular de los derechos patrimoniales de autor la que organiza la propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral o la publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, así como cuando realiza eventos benéficos. Por citar un ejemplo, dentro de la tipología de usos de propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, tenemos el caso de la empresa Disney que sacó un sello editorial denominado “Go Green”, para la publicación de libros como “Go Green. A family guide to a sustainable lifestyle” (Jonsdottir, Finnbogadottir, & Gunnarsdottir, 2014) utilizando a sus personajes protegidos, como Mickey Mouse, llamando a proteger el medio ambiente y a tener hábitos saludables, claramente un fin benéfico:

Figura N° 40 - Portada del libro "Go Green. A family guide to a sustainable lifestyle" donde se utiliza personajes protegidos de Disney a favor de la protección del medio ambiente



Fuente: (Oskarsson, 2014)

Lo mismo ocurre cuando la empresa Disney hace uso de su programa “Team of Heroes” y realiza actividades benéficas en favor de realizar los sueños y mejorar la calidad de vida de los niños enfermos:

Figura N° 41 - Fotografía del programa de responsabilidad social “Team of Heros” de Disney en el cual visitan a niños enfermos en este caso como Mickey Mouse



Fuente: (Disney Enterprises, Inc., s.f.)

Figura N° 42 - Fotografía del programa de responsabilidad social “Team of Heros” de Disney en el cual visitan a niños enfermos en este caso como Ana y Elsa de la película Frozen



Fuente: (Disney Enterprises, Inc., s.f.)

De igual forma, hemos hecho diferencia entre (i) el uso de disfraces de personajes, parte de un libro o película, y (ii) el uso de personajes, parte de un libro o película; en el primer caso nos encontramos ante un uso. En el primer ejemplo, estamos ante un usuario que se coloca un traje que lo asemeja a un personaje parte de una obra literaria (libro, caricatura, *comic*, entre otros) o una obra audiovisual (película, serie, corto animado, entre otros):

Figura N° 43 - Disfraz de "Iron Man" del Dr. Sergio Gallegos Castorena atendiendo a sus pacientes



Fuente: (Mulato, 2017)

En cambio, en el segundo ejemplo, estamos ante un usuario –por lo general, una entidad– que efectúa uso de un personaje de ficción en una comunicación al público, sea un anuncio televisivo o por internet, en el cual el propio personaje encarnado en un dibujo en 2D o en 3D hace su aparición en la pantalla gracias a edición virtual:

Figura N° 44 – Fotografía de la aparición en holograma de "Edna Moda" de la saga "Los Increíbles" en la entrega de los Oscar de 2005



Fuente: (Academia de Artes y Ciencias Cinematográficas, 2014)

Figura N° 45 - Fotografía del holograma de Hatsune Miku en un concierto



Fuente: (Johnson, 2012)

De esta forma, observamos que casi todos los usos que hemos identificado, clasificado y recopilado están categorizados como usos en ejercicio de un derecho patrimonial de autor y, siguiendo la lógica del funcionamiento del régimen, se debe obtener la autorización y efectuar el pago a los autores y/o titulares de estos derechos. Esto se puede observar en el siguiente cuadro que categoriza *prima facie* si el uso de un determinado supuesto es o no es lícito o ilícito:



Tabla N° 12 – Tabla de los supuestos fácticos de usos benéficos con identificación de los derechos de autor involucrados

Supuesto fáctico		Calificaciones en derechos patrimoniales		Prima facie Lícito o ilícito	
Categoría	Uso específico				
Tratamiento médico	Uso de prótesis médicas con diseño de parte del disfraz de superhéroe para pacientes	Reproducción y/o transformación		Ilícito	
	Uso de música por parte de profesionales de la salud o personal auxiliar del centro médico	Reproducción y comunicación pública		Ilícito	
	Uso de logotipos de superhéroes en instrumental médico	Reproducción, transformación y comunicación pública		Ilícito	
	Uso de disfraces por parte de profesionales de la salud o personal auxiliar del centro médico	Creados por el usuario o comprado de fuente ilícita	Reproducción y/o transformación		Ilícito
		Comprado de fuente lícita	-		Lícito
	Uso de autos de juguete conducidos por pacientes menores	Creados por el usuario o comprado de fuente ilícita	Reproducción		Ilícito
Comprado de fuente lícita		-		Lícito	
Publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico	Uso de disfraces de personajes, parte de un libro o película	Creados por el usuario o comprado de fuente ilícita	Reproducción y/o transformación, así como comunicación pública	Ilícito	
		Comprado de fuente lícita	Comunicación Pública	Ilícito	
	Uso de personajes, parte de un libro o película	Reproducción y/o transformación, además comunicación pública		Ilícito	
	Uso de música	Reproducción y comunicación pública		Ilícito	
	Uso de fragmentos de películas	Reproducción, transformación y/o comunicación pública		Ilícito	
Propaganda o publicidad institucional, con exclusión de usos en propaganda electoral	Uso de disfraces de personajes, parte de un libro o película	Creados por el usuario o comprado de fuente ilícita	Reproducción y/o transformación, así como comunicación pública	Ilícito	
		Comprado de fuente lícita	Comunicación Pública	ilícito	
	Uso de personajes, parte de un libro o película	Reproducción y/o transformación, además comunicación pública		Ilícito	
	Uso de música	Reproducción y comunicación pública		Ilícito	
	Uso de fragmentos de películas	Reproducción, transformación y/o comunicación pública		Ilícito	

Supuesto fáctico		Calificaciones en derechos patrimoniales		Prima facie Lícito o ilícito
Categoría	Uso específico			
Realización de actividades de recreación y colectas públicas	Uso de disfraces de personajes, parte de un libro o película	Creados por el usuario o comprado de fuente ilícita	Reproducción y/o transformación, así como comunicación pública	Ilícito
		Comprado de fuente lícita	Comunicación Pública	ilícito
	Uso de personajes, parte de un libro o película	Reproducción, transformación y/o comunicación pública		Ilícito
	Uso de música	Reproducción y comunicación pública		Ilícito
	Uso de coreografías	Reproducción y comunicación pública		Ilícito
Realización de ritos funerarios	Uso de disfraces de personajes, parte de un libro o película	Creados por el usuario o comprado de fuente ilícita	Reproducción y/o transformación, así como comunicación pública	Ilícito
		Comprado de fuente lícita	-	Lícito
	Uso de música	Reproducción y comunicación pública		Ilícito
	Uso de coreografías	Reproducción y comunicación pública		Ilícito

Fuente: elaboración propia.

Así, habiendo visto la subsunción de estos usos en los derechos reconocidos por los regímenes de Derecho de Autor, ahora toca analizar si estos usos de obras protegidas con fines benéficos pueden terminar de ser calificados como lícitos o ilícitos específicamente en el régimen de Derecho de Autor i) con el sistema de límites y/o excepciones cerrado, ii) con el sistema de límites y/o excepciones abierto (*fair use*) y iii) con el sistema de límites y/o excepciones mixto (*fair dealing*); pues, como hemos visto en el capítulo 1, existe la posibilidad que la LDA o las normas de los otros ordenamientos tengan prevista una restricción a los derechos patrimoniales, sea exclusión, límite o excepción.

2.2.1. En los regímenes de Derecho de Autor con el sistema de límites y/o excepciones cerrado

Habiendo confirmado que casi todos los usos descritos son actos contrarios al mandato general de protección de los derechos patrimoniales de autor, nos corresponde analizar, tal como hemos revisado en el capítulo 1 de la presente Tesis, si bajo la forma en cómo funciona el régimen de Derecho de Autor con un sistema de límites y/o excepciones a los derechos patrimoniales de autor cerrado –es decir, a través de una lista exhaustiva de supuestos previstos por el Legislador con reglas generales y específicas para que las Autoridades analicen en caso se presente una denuncia administrativa o una demanda judicial debido a los usos supuestamente lesivos de los derechos de autor– aún podríamos considerar ilícitos los actos estudiados o podrían estar habilitados por la norma como usos lícitos.

La única restricción de los sistemas de Derecho de Autor con listado cerrado de límites y/o excepciones que es similar y equivalente a aquel que proponemos para los usos con fines benéficos es el que se establece para el acceso de obras a las personas con discapacidad, principalmente invidentes; la cual ha sido recientemente modificada en los diversos ordenamientos por el Tratado de Marrakech (Asamblea del Tratado de Marrakech, 2013), el cual entró en vigor en Perú recién el 30 de septiembre de 2016. La similitud y equivalencia viene dada porque se trata de un fin benéfico, ya que se logra ayudar a un colectivo en vulnerabilidad que no tiene acceso a las obras con la facilidad que tiene el resto de personas; así, se trataría de un supuesto específico del género que ahora venimos a justificar.

Por otro lado, observamos que existen límites y excepciones enfocados en ciertas instituciones particulares, tales como museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas, centros de enseñanza, archivos, centro de documentación, instituciones sociales sin fines comerciales (como hospitales o prisiones) y entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo, siempre sin ánimo de lucro; pero todas ellas enfocadas en algún uso específico que no coincide con los supuestos hallados en el presente estudio.

De igual forma, también encontramos límites y excepciones sobre celebraciones religiosas, en específico, pero con ciertos requisitos que las delimitan, tales como acceso gratuito, que no se paguen remuneraciones para los artistas intérpretes y ejecutantes, o la restricción a que únicamente se puedan utilizar pequeños fragmentos de obras musicales. Nuevamente, incluso si tomamos únicamente el caso de los usos en ritos funerarios, este tipo de límite y/o excepción regulado en los sistemas cerrados se queda corto frente a los supuestos que hemos descrito.

Finalmente, es importante mencionar que a nivel de gestión colectiva de los derechos patrimoniales de autor en nuestro país, podemos observar que el tarifario del año 2020 de la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC), entidad de gestión colectiva, incluye un descuento de 99,99% en caso de “eventos de carácter estrictamente benéfico, tipo teletón, campañas pro damnificados, liga contra el cáncer, cruz roja y similares”, como se puede observar en el Anexo 9:

Tabla N° 13 – Tabla de descuento respecto a eventos de carácter estrictamente benéfico en el Tarifario del año 2020 de APDAYC

CLASIFICACIÓN	CON OBTENCIÓN DE INGRESOS	SIN OBTENCIÓN DE INGRESOS
9.2.3 Eventos de carácter estrictamente benéfico , tipo teletón, campañas pro damnificados, liga contra el cáncer, cruz roja y similares..	<p>La tarifa se aplica de acuerdo a la naturaleza del espectáculo, y sobre ella se aplicará el descuento de hasta 99.99%.</p> <p>Requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El organizador deberá presentar su solicitud, por lo menos con 15 días hábiles de antelación, a la realización del evento. 2. El organizador deberá presentar la documentación que APDAYC considere pertinente requerir, a fin de determinar que no existe un fin lucrativo para el organizador ni para los artistas o ejecutantes ni para un tercero ajeno al beneficio o asistencia social. 3. El descuento es aprobado por la Dirección General/Adjunta o Gerencia de Recaudación. <p>Base Legal: (Art. 153 "e" D.L. 822)</p> <p>La tarifa mínima es 60 VUM.</p>	<p>La tarifa ordinaria es el 18% del VUM por la cantidad de personas asistentes.</p> <p>Para acceder a esta tarifa, el organizador deberá cumplir con los requisitos previstos en la modalidad "con obtención de ingresos o venta de entrada" del presente numeral. Además Apdayc podrá otorgar los descuentos establecidos en dicha modalidad.</p> <p>Base Legal: (Art. 153 "e" D.L. 822)</p> <p>La tarifa mínima es 40 VUM.</p>

Fuente: (Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC), 2020, p. 2)

De igual forma, se establece en el mismo documento la posibilidad de pactar un “Convenio de Cooperación Recíproca” en caso no haya finalidad de lucro, así la Sección 9.14 del Anexo establece lo siguiente:

Con la finalidad de promover y difundir actividades de carácter cultural, educativo y deportivo, APDAYC podrá otorgar un trato especial a personas jurídicas a través de un Convenio de Reciprocidad. Dichas personas jurídicas, tales como: Organizaciones públicas o privadas, Asociaciones, gremios o empresas, entre otros; podrán realizar el licenciamiento de la comunicación pública de obras musicales en las distintas modalidades de uso (Bailes, Espectáculos y/o LP), siempre y cuando éstas modalidades de uso no tengan un fin de lucro. En sentido, APDAYC realizará un descuento de hasta 50% de la tarifa por derecho de autor resultante en la modalidad a emplear en estricto cumplimiento de las cláusulas del convenio (Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC), 2020, p. 11).

Estas dos medidas asumidas por esta específica Sociedad de Gestión Colectiva son realizadas en base a la aplicación del inciso e) del artículo 153 de la LDA, el cual menciona lo siguiente:

(...) Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión deberán ser razonables y equitativas, las cuales determinarán la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, sea perteneciente a titulares nacionales o extranjeros, residentes o no en el país, las cuales deberán aplicar el principio de la remuneración proporcional a los ingresos obtenidos con la explotación de dicho repertorio, salvo los casos de remuneración fija permitidos por la ley, y podrán prever reducciones para las utilidades de las obras y prestaciones sin finalidad lucrativa realizadas por personas jurídicas o entidades culturales que carezcan de esa finalidad (LDA, 1996, art. 153, inc. e).

Como podemos observar, la medida se permite únicamente por la falta de finalidad lucrativa, a nivel normativo, antes que por el fin benéfico. Igualmente, encontramos similares disposiciones, algunas para entidades culturales sin finalidad lucrativa, pero de descuento de 50% en el caso de la Unión de Productores Fonográficos - UNIMPRO (2017, p. 1), que recauda también en representación de Sociedad Nacional de Intérpretes y Ejecutantes de la Música – SONIEM; de 30% en la Asociación Peruana de

Artistas Visuales – APSAV (2018, pp. 3, 5 - 7, 12 -16); y, finalmente, de 16.6% en el caso de Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales – EGEDA PERU (2019, p. 1). Si bien éstas consisten en importantes medidas a nivel privado, creemos que los usos con fines benéficos, incluyendo el uso como publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, deberían permitirse a nivel legislativo en nuestro ordenamiento, existen razones para ello que serán explicitadas en el capítulo 3 de la presente investigación.

Por tanto, en este caso, de la revisión de los límites y excepciones establecidos en el ordenamiento jurídico peruano, colombiano, andino, español, italiano y europeo no encontramos un solo supuesto en el cual puedan ser subsumidos los supuestos de uso de obras que puedan darse con los propósitos identificados de tratamiento médico, publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, realización de actividades benéficas, así como la realización de ritos funerarios, a los que hemos hecho mención en los acápites anteriores. Por tanto, en los sistemas cerrados de límites y/o excepciones estos usos serían infractores de los regímenes de Derecho de Autor.

2.2.2. En los regímenes de Derecho de Autor con sistema de límites y/o excepciones abierto (*fair use*)

Ahora, en segundo lugar, corresponde analizar brevemente el caso del sistema de límites y/o excepciones abierto, como el que corresponde al criterio jurisprudencial del *fair use* utilizado en los Estados Unidos. Así, a diferencia del sistema cerrado de límites y/o excepciones, analizado previamente, encontramos una previsión en la *Section 110* de la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos como un supuesto de restricción al *copyright* parecido al que proponemos, pero limitado al uso lícito de obras para la comunicación pública en forma de ejecución de obras literarias y obras musicales, no dramáticas. Se trata del límite y/o excepción establecido por el párrafo 4:

Notwithstanding the provisions of section 106, the following are not infringements of copyright: (...) performance of a nondramatic literary or musical work otherwise than in a transmission to the public, without any purpose of direct or indirect commercial advantage and without payment of any fee or other compensation for the performance to any of its performers, promoters, or organizers, if-

(A) there is no direct or indirect admission charge; or

(B) the proceeds, after deducting the reasonable costs of producing the performance, are used exclusively for educational, religious, or charitable purposes and not for private financial gain, except where the copyright owner has served notice of objection to the performance under the following conditions;

(i) the notice shall be in writing and signed by the copyright owner or such owner's duly authorized agent; and

(ii) the notice shall be served on the person responsible for the performance at least seven days before the date of the performance, and shall state the reasons for the objection; and

(iii) the notice shall comply, in form, content, and manner of service, with requirements that the Register of Copyrights shall prescribe by regulation. (Congreso de los Estados Unidos, 1976, Sec. 110, Pár. 4)

Como ha indicado Samuelson, esta excepción referida a eventos educativos, religiosos y de caridad, todos sin fines de lucro, presenta varias condiciones que deben ser satisfechas para calificar como límite y/o excepción (2017, p. 33). En principio, se trata de la comunicación pública en forma de *performance* o ejecución de obras literarias u obras musicales, no dramáticas; de esta forma, se dejan de lado otros tipos de obras, al menos en la previsión de la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos.

Igualmente, la regulación establecida fija algunos requisitos o condiciones para calificar: primero, (i) que el uso permitido no genere ningún tipo de ventaja comercial directa o indirecta para el usuario; segundo, (ii) que el uso permitido no debe conllevar ningún tipo de pago a los intérpretes o ejecutantes, ni a los promotores ni a los organizadores; tercero, (iii) los usuarios que van a ser destinatarios del uso no paguen entrada o por admisión al evento, pero si hubiera pago de algún tipo como entrada o admisión, estos ingresos deben ser utilizados para propósitos educativos, religiosos o de caridad. Finalmente, (iv) existe posibilidad de veto por parte del titular de los derechos de autor a través de carta escrita y firmada dentro de un plazo de siete (7) días expresando las razones por las cuales se oponen (Collins, 1997, pp. 1297-1301).

Igualmente, el límite y/o excepción expuesto y recogido en el párrafo 4 de la *Section* 110 de la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos es un antecedente importante para el presente trabajo, pero es excedido por los supuestos recopilados y estudiados en el presente Capítulo. Pensemos únicamente en el supuesto de publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, el cual sería eliminado *in limine* por la ventaja comercial indirecta que se logra; de igual forma, esta previsión está restringida a las obras literarias y musicales, no dramáticas, así como al derecho de comunicación pública en forma de *performance* o ejecución, lo cual dejaría claramente fuera casi todos los supuestos expuestos cuando se trata de los derechos de reproducción y transformación, así como cuando se trata de partes de obras literarias, plásticas y/o audiovisuales, al igual que las obras coreográficas.

Además, también existen dos límites y/o excepciones previstos en la misma *Section* en los párrafos 6 (ejecución de obras musicales no dramáticas por el Gobierno u organizaciones sin fines de lucro dedicadas a la agricultura o horticultura, en el curso de ferias anuales o exhibiciones) y 10 (ejecución de obras literarias u obras musicales, no dramáticas, en el curso de una función social organizada y promovida por organizaciones de veteranos o fraternales sin fines de lucro, en las cuales no hay público en general, salvo invitados de organizaciones, con fines caritativos) que son en términos subjetivos aplicadas a entidades sin fines de lucro, pero que –al ser también muy limitadas– solo califican como antecedentes interesantes, pero no son equiparables a la pensada para el propósito que perseguimos con el presente trabajo.

Sin embargo, no debemos perder de vista que el funcionamiento del sistema de límites y/o excepciones abierto está fundado en la búsqueda de la evaluación del caso concreto basado en la doctrina jurisprudencial del *fair use*, consistente en observar si el uso concreto de la obra protegida cumple –a criterio del Juez– criterios que lo hacen un uso justo, pese a no estar autorizado y no haberse pagado regalía alguna.

En este caso, cuando se realice uno de los usos descritos en el acápite inicial del presente Capítulo y además un autor y/o titular demande al usuario para cobrar la regalía por dicho uso, el Juez debe tomar en consideración (i) el propósito y las características del uso; luego, (ii) la naturaleza de la obra protegida; posteriormente, (iii) la cantidad y calidad de la porción utilizada de la obra; y, finalmente, (iv) el efecto del uso de la obra en el mercado potencial o en el valor del trabajo protegido. De esta forma,

creemos que sí existe posibilidad que los Jueces otorguen la categoría de uso justo (*fair use*) a los supuestos que hemos detallado por lo siguiente:

- Casi todos tienen un uso sin fin lucrativo, salvo el supuesto de publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, pero en el cual cualquier Juez –haciendo un *balancing* entre la consecución del propósito benéfico y la existencia del fin indirecto de lucro por posicionamiento del signo distintivo– admitiría que se trata de un *fair use*.
- Además, si bien la naturaleza de la obra protegida es idéntica o muy similar en algunos casos, creemos que todos los supuestos no implicarían problema sobre este criterio porque no existe persecución de beneficio económico y, en muchos casos, implica labor creativa al verse involucrado el derecho de transformación.
- De igual forma, cuantitativamente, en casi todos los usos hallados como muestra en el acápite primero del presente Capítulo, el uso de la obra es mínimo, utilizándose partes de obras literarias y/o audiovisuales, y en otros casos sí obras completas o más largas, pero siempre justificándose en el *balancing* de los valores en juego.
- Finalmente, en todos los casos, los usos de las obras no repercuten en el mercado de las mismas, ya que poseen diferentes canales de distribución y diferente mercado; incluso pudiéndose indicar que los usos estudiados en el presente Capítulo están fuera del mercado.

Pese a las coincidencias que tienen los supuestos recogidos en los párrafos 4, 6 y 10 de la *Section 110* de la *Copyright Act* de 1976, prototipo del sistema abierto de límites y/o excepciones, no es posible subsumir en éstos los supuestos de uso de obras con los propósitos de tratamiento médico, publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, realización de actividades de recreación y colectas públicas, así como la realización de ritos funerarios, ya que están limitados por el tipo de obra y el derecho patrimonial involucrado. Hasta ese punto, los usos identificados son también ilícitos; no obstante, es importante considerar que utilizando los criterios del *fair use* para analizar casos concretos sí es posible que jurisprudencialmente se habiliten los supuestos antes indicados.

2.2.3. En los regímenes de Derecho de Autor con sistema de límites y/o excepciones mixto (*fair dealing*)

Finalmente, en último lugar, corresponde analizar de forma breve el caso del sistema mixto de límites y/o excepciones, como el que corresponde al criterio del *fair dealing* utilizado en países como Australia, Canadá, Reino Unido y Nueva Zelanda, que combina varios parámetros: el primero, uno fáctico correspondiente a la porción o cantidad de la obra utilizada; el segundo, uno legislativo que establece ciertas específicas finalidades en las cuales debería cuadrarse el caso específico para calificarse como lícito; y, el tercero, uno jurisprudencial para determinar con los parámetros del *fair use* si estamos ante un uso justo.

En este tipo de sistema, es importante resaltar como antecedente importante para los fines del presente trabajo la *Sub-Section 32.2*, párrafo 3, de la *Copyright Act* canadiense de 1985. Esta establece un límite y/o excepción a determinados actos de organizaciones o instituciones religiosas, educativas, de caridad o fraternales, siempre que sea en búsqueda de un fin religioso, educativo o de caridad:

No religious organization or institution, educational institution and no charitable or fraternal organization shall be held liable to pay any compensation for doing any of the following acts in furtherance of a religious, educational or charitable object:

(a) the live performance in public of a musical work;

(b) the performance in public of a sound recording embodying a musical work or a performer's performance of a musical work; or

(c) the performance in public of a communication signal carrying

(i) the live performance in public of a musical work, or

(ii) a sound recording embodying a musical work or a performer's performance of a musical work. (Parlamento de Canadá, 1985, Sub-Sec. 32.2, Pár. 3)

Igual antecedente encontramos en la *Section 186* de la *Copyright Act* neozelandesa de 1994 estableciendo un límite y/o excepción normativa muy parecida a la *Section 110*, párrafo 4, de la norma estadounidense, referida a los usos lícitos de obras musicales en

actividad o para el beneficio de un club, sociedad u otra organización sin fines de lucro, con objeto de caridad u otro referido a religión, educación o bienestar social:

(1) It is not an infringement of any right conferred by subparts 2 to 4 to play a sound recording as part of the activities of, or for the benefit of, a club, society, or other organisation, if the conditions contained in subsection (2) are complied with.

(2) The conditions referred to in subsection (1) are—

(a) that the club, society, or organisation is not established or conducted for profit; and

(b) that the main objects of the club, society, or organisation are charitable or are otherwise concerned with the advancement of religion, education, or social welfare; and

(c) that the proceeds of any charge for admission to the place where the recording is to be heard are applied solely for the purposes of the club, society, or organisation. (Parlamento de Nueva Zelanda, 1994, Sec. 186)

Al parecer la *Copyright, Design and Patents Act* de Reino Unido de 1988 también tenía establecida esta disposición tanto en su *Section 67* como en el *Schedule 2*, párrafo 1; sin embargo, fue omitida por la reforma de esta norma en 2010. Igualmente, recalcamos que encontramos un reflejo del sentido de la disposición antes comentada en la *Section 106* de la *Copyright Act* australiana de 1968:

(1) Where a sound recording is caused to be heard in public:

(a) at premises where persons reside or sleep, as part of the amenities provided exclusively for residents or inmates of the premises or for those residents or inmates and their guests; or

(b) as part of the activities of, or for the benefit of, a registered charity;

the act of causing the recording to be so heard does not constitute an infringement of the copyright in the recording.

(2) The last preceding subsection does not apply:

(a) in relation to premises of a kind referred to in paragraph (a) of that subsection, if a specific charge is made for admission to the part of the premises where the recording is to be heard; or

(b) in relation to a registered charity of a kind referred to in paragraph (b) of that subsection, if a charge is made for admission to the place where the recording is to be heard and any of the proceeds of the charge are applied otherwise than for the purposes of the registered charity.

(3) A reference in the last preceding subsection to a specific charge, or a charge, made for admission includes a reference to a specific charge, or a charge, made partly for admission and partly for other purposes. (Parlamento de Australia, 1968, Sec. 106)

Al parecer las entidades que realizan caridad en Australia son registradas según la *Australian Charities and Not-for-profits Commission Act* de 2012 y calificarían como “registered charity” todas aquellas que cumplan las descripciones de la tabla de la *Sub-Section 25-5*, párrafo 5, de esta norma, a saber:

Tabla N° 14 – Tabla de la Sub-Section 25-5, párrafo 5 de la *Australian Charities and Not for profits Commission Act* de 2012

Entitlement to registration		
Item	Column 1	Column 2
	Type of entity	Corresponding subtype of entity
1	Charity	Entity with a purpose that is the relief of poverty, sickness or the needs of the aged
2		Entity with a purpose that is the advancement of education
3		Entity with a purpose that is the advancement of religion
4		Entity with another purpose that is beneficial to the community
5		Institution whose principal activity is to promote the prevention or the control of diseases in human beings
6		Public benevolent institution
7		Entity with a charitable purpose described in section 4 of the <i>Extension of Charitable Purpose Act 2004</i> (provision of child care services)
Note:	An entity commonly known as a health promotion charity could be an entity described in column 2 of item 5 of the table (Institution whose principal activity is to promote the prevention or the control of diseases in human beings).	

Fuente: *Australian Charities and Not-for-profits Commission Act* de 2012.

Sin embargo, el antecedente más importante desde el punto de vista sustancial objetivo –dejando de lado la característica del aspecto subjetivo sin fin de lucro– para los fines del presente trabajo es la *Section 44BB*, párrafo 1, epígrafe a), numeral iv), de la *Copyright Act* australiana de 1968. Esta disposición normativa establece un límite y/o excepción a los derechos de autor basándose en la atención médica o el manejo de información médica:

The copyright in a work is not infringed by an act comprised in the copyright in the work if:

(a) the act is done, or authorised to be done:

(...)

(iv) for any other purpose relating to healthcare, or the communication or management of health information, prescribed by the regulations. (Parlamento de Australia, 1968, Sec. 44BB, Pár. 1, Epi. a, Num. iv)

Para entender el significado de “*healthcare*” debemos remitirnos a la *My Health Records Act* australiana de 2012, que en su *Section 5* menciona que éste término significa “*health service*” en los términos de la *Privacy Act* australiana de 1988, encontrando la siguiente definición en su *Section 6*, párrafo 1:

health service means:

(a) an activity performed in relation to an individual that is intended or claimed (expressly or otherwise) by the individual or the person performing it:

(i) to assess, record, maintain or improve the individual’s health;
or

(ii) to diagnose the individual’s illness or disability; or

(iii) to treat the individual’s illness or disability or suspected illness or disability; or

(b) the dispensing on prescription of a drug or medicinal preparation by a pharmacist (Parlamento de Australia, 1988, Sec. 6, Pár. 1)

Como hemos revisado en los supuestos fácticos presentados, el uso de obras protegidas como tratamiento médico encaja perfectamente en la *fattispecie* de la *Section 44BB*, párrafo 1, epígrafe a), numeral iv), de la *Copyright Act* australiana de 1968. En este caso, no existe la restricción de la ausencia del fin de lucro, ni en la previsión normativa ni en la configuración del supuesto fáctico. El límite previsto abarca tanto la

evaluación (*assess*), el mantenimiento (*maintain*) y la mejora (*improve*) de la salud de los individuos (*individual's health*), al igual que el diagnóstico (*diagnose*) y el tratamiento (*treat*) de las enfermedades (*illness*) o discapacidad (*disability*); incluso, va más allá y permite el uso de obras hasta para la dispensa (*dispensing*) y prescripción (*prescription*) de medicinas o preparaciones médicas por parte de los farmacéuticos.

De igual forma, incluso llegaría a cubrir un cierto tipo de uso de obra protegida para propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral en lo que respecta al sector salud, ya que el límite y/o excepción establece que estará también permitido sin infringir los derechos de autor, la comunicación o manejo de la información de salud (*the communication or management of health information*).

Ahora bien, en este caso, no se trataría de un supuesto parte del sistema de *fair dealing*, sino que es –en realidad– una previsión específica de la norma australiana que funciona como límite y/o excepción específico; no obstante, la prescripción normativa requiere de una labor de interpretación altamente compleja por la remisión entre normas y, luego, evaluar la subsunción. Igualmente, se debe evaluar los criterios jurisprudenciales que tienen los jueces y tribunales sobre los derechos de autor y los términos utilizados en la *Section 44BB*, párrafo 1, epígrafe a), numeral iv), de la *Copyright Act* australiana de 1968. No obstante, no se evalúa en este caso los parámetros del *fair use* para determinar si habrá infracción o no; el Gobierno Australiano es muy claro en determinar que se trata de una excepción miscelánea libre –fuera de los supuestos del *fair dealing*– no sujeta al sistema mixto (Consejo Australiano de Derecho de Autor, 2017, p. 6).

Fuera de esta previsión normativa, los demás supuestos fácticos que hemos hallado no encuentran un parangón exactamente equivalente en las normativas estudiadas y tampoco encajan en alguna de las finalidades específicamente previstas en el sistema mixto. De esta forma, para poder encajar en este sistema, quizás podría ser conveniente crear una “finalidad específica” de *fair dealing* relativa a los fines benéficos; precisamente, en esta finalidad podrían encajarse todos los supuestos fácticos hallados en la primera parte del presente Capítulo y ser evaluados con la flexibilidad que proveen los parámetros del *fair use* a este sistema mixto.

Pese a las coincidencias que tienen los supuestos de hecho de límites y/o excepciones recogidos en las normas canadiense, neozelandesa, inglesa y, finalmente, australiana –ordenamientos que tienen previsto el sistema mixto–, arribamos a la conclusión que tampoco es posible subsumir en éstos los supuestos de uso de obras con los propósitos

de tratamiento médico, publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, realización de actividades de recreación y colectas públicas y realización de ritos funerarios. No obstante, sí existe una previsión específica –como supuesto específico de excepción miscelánea libre– en la *Section 44BB*, párrafo 1, epígrafe a), numeral iv), de la *Copyright Act* australiana de 1968, en la cual estarían dentro los supuestos de uso de obras protegidas como tratamiento médico e, incluso, cierto tipo de uso de obra protegida para propaganda o publicidad institucional, con exclusión de usos en propaganda electoral, en lo que respecta al sector salud.

2.3. Breve mención a las posibles infracciones a los derechos morales de autor

Al igual que en el caso de las posibles y potenciales infracciones a los derechos patrimoniales de autor, los supuestos de uso de obras con los propósitos de tratamiento médico, publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, realización de actividades de recreación y colectas públicas benéficas, así como la realización de ritos funerarios, también podrían traer consigo supuestos infractores a los derechos morales de los autores que –a pesar de no ser objeto de estudio de la presente investigación– deben ser al menos brevemente mencionados.

En realidad, es común la despreocupación académica por el respeto a los derechos morales de autor cuando nos encontramos ante los usos que configuran algún supuesto de límite y/o excepción a los derechos patrimoniales de autor; no obstante, no debe quedar duda que éstos deben ser respetados, incluso en estos casos. Es más, encontramos ejemplos de límites y/o excepciones en la LDA peruana que nos lo recuerdan expresamente:

- Por un lado, el artículo 42 de este cuerpo normativo nos indica que las lecciones dictadas en público o en privado, por profesores de instituciones educativas, podrán ser anotadas y recogidas en cualquier forma por aquellos a quienes van dirigidas; no obstante, no se podrá ejercer el derecho moral de divulgación en colección completa o parcial sin autorización de los autores.
- De otro lado, el inciso e) del artículo 43 de la LDA establece que se podrá reproducir obras plásticas expuestas permanentemente en lugares públicos o la fachada exterior de los edificios, por medios distintos al original; sin embargo, la

norma prescribe que éste uso deberá realizarse siempre respetando el derecho moral de paternidad.

- Sucede lo mismo con el artículo 44 de la LDA que permite la cita de obras lícitamente divulgadas, lo cual ya implica respeto al derecho de divulgación si el autor no hubiere decidido ejercerlo, y además condiciona el límite y/o excepción al respeto del derecho moral de paternidad.

Ahora bien, conforme indica Martínez sobre el límite de fines educativos y de investigación en el TRLPI español,

En cuanto a la mención del nombre del autor, debe tenerse en cuenta que los derechos morales son irrenunciables y, por lo tanto, incluso si no se hubiera establecido la obligación de indicar el nombre del autor, la necesidad de su respeto llevaría aparejada necesariamente la indicación prevista en el límite en cuestión (2018, p. 177).

Igualmente, por más que estos derechos se asemejen a los derechos personalísimos o formen parte de la categoría de derechos de la persona (Fernández Sessarego, 2016, pp. 238-239), tampoco es posible concluir que sean derechos absolutos, existiendo algunas restricciones legales a su ejercicio. En este caso, usaremos el análisis exegético que nos brinda la LDA –cuerpo normativo que establece el régimen de Derecho de Autor en nuestro país– para describir ejemplos de algunos de los casos en los cuales los derechos morales son limitados legalmente:

- Primero, tenemos el límite al ejercicio del derecho de paternidad como anónimo o seudónimo –que se supone perpetuo– cuando la obra entra en dominio público, según el segundo párrafo del artículo 23 de la LDA.
- Segundo, cuando el autor decide modificar su obra en ejercicio del derecho moral de modificación o variación (no suponiendo transformación de la obra) el artículo 26 de la LDA prescribe que deberá resarcir previamente por los daños y perjuicios al adquirente del soporte. Aquí, la norma está pensando en los adquirentes del soporte material de –por citar un ejemplo prototipo– una obra de ejemplar único que el autor quiere modificar.

- Tercero, igualmente cuando el autor quiere ejercer el derecho de retiro de la obra del comercio, el artículo 27 de la LDA señala que éste deberá resarcir previamente por daños y perjuicios a los terceros que los sufran a raíz de la decisión del creador. En este caso, por ejemplo, se refiere al editor con quien se publicó la obra en un primer momento y el cual esperaba la normal comercialización de la obra editada.
- Cuarto, de igual forma, cuando se busca ejercer el derecho moral instrumental de acceso a la obra, el segundo párrafo del artículo 28 de la LDA establece que no se podrá exigir al propietario del ejemplar de la obra el desplazamiento del mismo, debiendo entonces ejercer este derecho en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor de dicho ejemplar.
- Finalmente, encontramos un supuesto específico de límite legal en el artículo 61 de la LDA para las obras audiovisuales, pues la norma señala que no se deberá consignar el nombre de los coautores si la producción es publicitaria o debido a que su naturaleza o breve duración no lo permita. Los ejemplos serían la publicidad comercial audiovisual y/o los *videoclips* musicales, supuestos en los cuales no es posible mencionar a todos los coautores porque existe un límite temporal en su exhibición según los usos de dicho mercado.

Tal como se puede observar, incluso cuando hay usos que generen límites y/o excepciones a los derechos patrimoniales previstos legalmente, los derechos morales deben ser respetados.

En los casos que hemos descrito existen algunas formas de respetar –por ejemplo– el derecho moral de paternidad aun cuando se utilicen las obras sin solicitar la autorización o hacer el pago de regalías correspondientes; *v.g.* en el uso de obras con los propósitos de tratamiento médico como las prótesis podemos respetar el derecho de paternidad grabando el nombre del creador en alguna parte de la misma o en el caso de uso de obras musicales bastaría colocar la lista de obras con sus compositores en los folletos informativos del centro de salud que provea el servicio de musicoterapia.

En los casos de uso de obras para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico y para propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, sería importante afirmar la aplicación de un límite al derecho moral de paternidad como el que se establece en el artículo 61 de la

LDA. Por el contrario, en los usos de obras para la realización de actividades de recreación y colectas públicas se podrían mencionar en las transmisiones del evento las referencias a los autores en las bandas informativas que aparecen en pantalla.

Finalmente, queda claro que no es razonable exigir la mención de los autores en el caso de uso de obras en la realización de ritos funerarios, pues por la naturaleza ceremoniosa y de respeto de dichos eventos no será posible hacer la mención a los autores respetando el derecho moral de paternidad de los mismos; pese a ello, se podría cumplir con dicha mención cuando se muestra a los parientes el repertorio existente en la funeraria, en caso ese sea el proceder.

En conclusión, el uso de obras permitido por un límite y/o excepción a los derechos patrimoniales de autor, tales como aquellos con los propósitos de tratamiento médico, publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, realización de actividades de recreación y colectas públicas y realización de ritos funerarios, no exime de la obligación de respetar los derechos morales del autor o los autores involucrados en la creación de las obras utilizadas; lo cual no implica que no puedan existir límites legales razonables a los mismos.

CAPÍTULO 3. LA NUEVA EXCEPCIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR PARA USOS DE OBRAS PROTEGIDAS CON FINES BENÉFICOS EN EL RÉGIMEN SOBRE DERECHO DE AUTOR PERUANO ACTUAL

3.1. El fundamento constitucional de los usos de obras protegidas con fines benéficos

Ahora bien, como hemos identificado en el capítulo 1 de la presente tesis, el derecho patrimonial de autor está fundado en un valor constitucional: el derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica, según el cual las personas tienen derecho a crear y a que se les reconozca el derecho a la propiedad sobre dichas obras, así como su producto; es decir, la posibilidad de obtener ganancias a través de la explotación de las mismas. Este no es un derecho absoluto y puede ser limitado; de esta forma, surgen los límites y excepciones, como hemos podido estudiar.

Por ello, como indica Martínez,

La incorporación de límites o excepciones a los derechos del autor se produce desde el mismo momento en que empiezan a reconocerse legalmente las facultades que ostenta el autor sobre la obra. Y ello no es más que una consecuencia lógica del carácter limitado de todos los derechos pues, como se observa incluso en el ámbito de los derechos más esenciales, como son los fundamentales, no hay derecho absoluto. Así, la justificación de los límites que se pueden establecer a los derechos se encuentra en la colisión de estos con otros, o con otro tipo de intereses que se consideran dignos de protección. En el caso de los derechos de autor, el fundamento de su limitación se encuentra en la necesidad de mantener un adecuado equilibrio entre el debido respeto a los derechos del autor sobre su obra y el interés general de la sociedad y las libertades y derechos fundamentales de los usuarios, pues en la consecución de dicha armonía entre los intereses enfrentados se encuentra el logro del objetivo último de la regulación de los derechos de autor: la difusión de la cultura y con ella, el desarrollo de las sociedades. (Martínez, 2018, pp. 67-68).

En vista de que la base del régimen de Derecho de Autor es un valor de rango constitucional, debemos encontrar uno o más contrapesos similares para sustentar la nueva excepción propuesta. Como se puede observar, el resto de restricciones –ya sea a la protección de determinadas obras y/o al goce de los derechos patrimoniales de

autor– están fundadas siempre en otro valor constitucional; para ilustrar sobre esto, presentamos un cuadro con el fundamento constitucional, o fundamentos constitucionales⁶², que identificamos para cada una de las restricciones a los derechos de autor establecidos en la LDA o en la jurisprudencia administrativa del INDECOPÍ de observancia obligatoria:

Tabla N° 15 – Tabla con los fundamentos constitucionales de cada restricción a los derechos de autor en la normativa y jurisprudencia en el Perú

Norma de la LDA	Restricción	Fundamento Constitucional o Fundamentos Constitucionales
(INDECOPÍ, Res. N° 286-1998/TPI-INDECOPÍ, 1998)	“Lo que ya forma parte del patrimonio cultural - artístico, científico o literario”.	Art. 21 de la Constitución: Deber del Estado de proteger el Patrimonio Cultural de la Nación
	“la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas”.	Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Información
	“[la forma de expresión que se deriva] de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas”.	Art. 38 de la Constitución: Deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación
	“la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que sólo requieren de la habilidad manual para su ejecución”.	Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Información
Artículo 9	a. Las ideas contenidas en las obras literarias o artísticas, los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí, los sistemas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.	Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Deber del Estado de propiciar, desarrollar y difundir el acceso a la cultura
	b. Los textos oficiales de carácter legislativo, administrativo o judicial, ni las traducciones oficiales de los mismos, sin perjuicio de la obligación de respetar los textos y citar la fuente.	Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Información Art. 2, Inc. 5 de la Constitución:

⁶² Es importante mencionar que, incluso, se podría recopilar también las normas internacionales sobre la justificación o base de cada una de las restricciones de protección a las creaciones, así como los límites y/o excepciones a los derechos patrimoniales de autor, puesto que en virtud del artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución éstas forman parte de nuestro ordenamiento; no obstante, basta con indicar la norma constitucional peruana. Hacer lo indicado implicaría justificar y detallar todas las previsiones de restricciones, lo cual excede el objeto de estudio del presente trabajo.

		<p>Derecho a Acceso a la Información</p> <p>Art. 139, Inc. 4 de la Constitución: Garantía de Publicidad en los procesos judiciales</p>
	c. Las noticias del día, pero, en caso de reproducción textual, deberá citarse la fuente de donde han sido tomadas.	<p>Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Información</p>
	d. Los simples hechos o datos.	<p>Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Información</p>
Artículo 41	a. Comunicación pública en un ámbito exclusivamente doméstico, sin fines de lucro y sin propalarla deliberadamente al exterior.	<p>Art. 2, Inc. 1 de la Constitución: Derecho al Libre desarrollo de la persona humana</p> <p>Art. 2, Inc. 16 de la Constitución: Derecho a la Propiedad</p>
	b. Comunicación pública de pequeños fragmentos musicales o de partes de obras de música efectuadas en el curso de actos oficiales o ceremonias religiosas, de acceso gratuito al público y sin que ninguno de los participantes en el acto perciba una remuneración específica por su interpretación o ejecución en dicho acto.	<p>Art. 2, Inc. 3 de la Constitución: Derecho a la Libertad Religiosa</p>
	c. Comunicación pública con fines exclusivamente didácticos en el curso de las actividades de una institución de enseñanza, sin fines lucrativos, interna y limitada.	<p>Art. 3 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00091-2005-AA/TC, F.J. N° 6 y Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00853-2015-PA/TC, FF.JJ. N° 5 - 8): Derecho a la educación</p> <p>Art. 13 de la Constitución: Derecho a la Libertad de enseñanza</p> <p>Art. 18 de la Constitución: Derecho a la Libertad de cátedra</p> <p>Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Deber del Estado de propiciar, desarrollar y difundir el acceso a la cultura</p>

	<p>d. Comunicación pública dentro de establecimientos de comercio, para los fines demostrativos a la clientela de productos que lo requieran, sin propalarla deliberadamente al exterior.</p>	<p>Art. 59 de la Constitución Derecho a la Libertad de Comercio</p>
	<p>e. Comunicación pública indispensable para llevar a cabo una prueba judicial o administrativa.</p>	<p>Art. 139, Inc. 3 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 010-2002-AI/TC, F.J. N° 148 y Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03997-2013-PHC/TC, F.J. N° 3) Derecho a probar – Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva</p>
Artículo 42	<p>Anotación y recogida de lecciones impartidas por los profesores de las universidades, institutos superiores y colegios por aquellos a quienes van dirigidas.</p>	<p>Art. 3 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00091-2005-AA/TC, F.J. N° 6 y Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00853-2015-PA/TC, FF.JJ. N° 5 - 8): Derecho a la educación</p> <p>Art. 16 de la Constitución: Derecho de acceso a una educación adecuada</p> <p>Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Deber del Estado de propiciar, desarrollar y difundir el acceso a la cultura</p>
Artículo 43	<p>a. Reproducción razonable para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones de enseñanza, sin fines de lucro.</p>	<p>Art. 3 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00091-2005-AA/TC, F.J. N° 6 y Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00853-2015-PA/TC, FF.JJ. N° 5 - 8): Derecho a la educación</p> <p>Art. 13 de la Constitución: Derecho a la Libertad de enseñanza</p> <p>Art. 18 de la Constitución: Derecho a la Libertad de cátedra</p> <p>Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Deber del Estado de propiciar, desarrollar y difundir el acceso a la cultura</p>

	b. Reproducción de breves fragmentos o de creaciones agotadas, publicadas en forma gráfica, para uso exclusivamente personal.	Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Deber del Estado de propiciar, desarrollar y difundir el acceso a la cultura
	c. Reproducción individual sin fines de lucro por bibliotecas o archivos públicos cuando el ejemplar se encuentre en su colección permanente, para preservarlo o sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o para sustituir en la colección permanente de otra biblioteca o archivo.	Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Deber del Estado de propiciar, desarrollar y difundir el acceso a la cultura
	d. Reproducción razonable de una obra para actuaciones judiciales o administrativas.	Art. 139, Inc. 3 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 010-2002-AI/TC, F.J. N° 148 y Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03997-2013-PHC/TC, F.J. N° 3) Derecho a probar – Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva
	e. Reproducción de una creación de arte expuesta permanentemente en las calles, plazas u otros lugares públicos, o de la fachada exterior de los edificios, realizada por medio diverso al empleado para la elaboración del original.	Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Deber del Estado de propiciar, desarrollar y difundir el acceso a la cultura
	f. Préstamo al público del ejemplar por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro.	Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Deber del Estado de propiciar, desarrollar y difundir el acceso a la cultura
	g. Reproducción para uso privado de invidentes, siempre que ésta se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y sin fin lucrativo.	Art. 7 de la Constitución: Derecho al respeto de la dignidad y a un régimen legal de protección y atención de la persona discapacitada
Artículo 44	Citar razonablemente.	Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica

		Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Expresión, Opinión y Difusión del pensamiento
Artículo 45	a. Difusión razonable de imágenes y sonidos en el curso de acontecimientos de actualidad con ocasión de las informaciones relativas a los mismos.	Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Información
	b. Difusión razonable a título de información de actualidad, de los discursos, disertaciones, alocuciones, sermones y otras similares pronunciadas en público, y los discursos pronunciados durante actuaciones judiciales.	Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Información Art. 139, Inc. 4 de la Constitución: Garantía de Publicidad en los procesos judiciales
	c. Comunicación pública de la imagen de una obra arquitectónica, plástica, de fotografía o de arte aplicado, que se encuentren situadas permanentemente en un lugar abierto al público.	Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Información
Artículo 46	Grabación efímera por parte de un organismo de radiodifusión, con sus propios equipos y para la utilización por una sola vez, en sus propias emisiones de radiodifusión.	Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Información Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica Art. 2, Inc. 16 de la Constitución: Derecho a la Propiedad Art. 59 de la Constitución Derecho a la Libertad de Industria
Artículo 47	Comunicación pública por parte de un organismo de radiodifusión de su emisión, simultánea con la original y sin alteraciones.	Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Información Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica Art. 2, Inc. 16 de la Constitución: Derecho a la Propiedad

		Art. 59 de la Constitución Derecho a la Libertad de Industria
Artículo 48	Reproducción para uso exclusivamente personal.	Art. 2, Inc. 1 de la Constitución: Derecho al Libre desarrollo de la persona humana Art. 2, Inc. 16 de la Constitución: Derecho a la Propiedad
Artículo 49	Transformación a parodia sin riesgo de confusión.	Art. 2, Inc. 8 de la Constitución: Derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Expresión, Opinión y Difusión del pensamiento

Fuente: elaboración propia en base al LDA (1996) y la Constitución Política del Perú (1993).

La información prevista en el presente cuadro puede estar abierta a discusión, ya que no existe un estudio completo sobre todas las restricciones que prevé nuestra LDA (1996) y sus fundamentos constitucionales; igualmente, no es nuestro propósito entrar a mayor detalle sobre cada una, pero sí nos permitimos aclarar de forma general que es necesario que para limitar el derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica, se necesita un valor de igual nivel jerárquico.

Como hemos visto de forma referencial, toda restricción a los derechos de autor debe estar fundada en –por lo menos– un valor constitucional, ya que el derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica tiene este rango y valor en nuestro ordenamiento. Ahora bien, el perfil del nuevo límite y/o excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos, al tener varios supuestos contenidos, requiere que fundemos cada uno de ellos en base a un fundamento constitucional necesariamente, como mínimo.

En este sentido, consideramos que el sustento de cada uno de los aspectos incluidos en la nueva excepción son los siguientes:

Tabla N° 16 - Tabla con los fundamentos constitucionales de cada aspecto de la nueva excepción a los derechos de autor por fines benéficos

Propuesta de norma	Restricción	Fundamento Constitucional o Fundamentos Constitucionales
Artículo 44-A y 44-B	a. Uso como tratamiento médico.	Art. 7 de la Constitución: Derecho a la salud
	b. Uso para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos.	<p>Art. 59 de la Constitución Derecho a la Libertad de Empresa</p> <p>Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Información y a la Libertad de Expresión</p> <p>Art. 43 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0048-2004-PI/TC, F.J. N° 37, Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00004-2010-PI/TC, FF.JJ. N° 8 – 9, Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2945-2003-AA/TC, F.J. N° 16 y Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2016-2004-AA/TC, F.J. N° 15): Principio de Solidaridad – Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho</p> <p>Art. 43 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03343-2007-AA/TC, FF.JJ. N° 21 – 23, Voto singular del Magistrado Landa en la Sentencia N° 06316-2008-PA/TC, F.J. N° 28 y Fundamento de Voto del Magistrado Eto en la Sentencia N° 02111-2019-PA/TC, F.J. N° 39): Responsabilidad Social Empresarial – Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho</p> <p>Art. 58 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 008-2003-AI/TC, F.J. N° 13): Responsabilidad Social Empresarial – Modelo del Economía Social de Mercado</p>
	c. Uso para propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral.	<p>Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: Derecho a la Libertad de Información y a la Libertad de Expresión</p> <p>Art. 44 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0012-2018-AI/TC - N° 0013-2018-AI/TC, F.J. N° 96): Mandato de cumplimiento de los deberes fundamentales del Estado</p>

	<p>d. Uso en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública.</p>	<p>Art. 2, Inc. 17 de la Constitución: Derecho a la participación, en forma individual o asociada, en la vida social de la Nación</p> <p>Art. 43 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0048-2004-PI/TC, F.J. N° 37, Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00004-2010-PI/TC, FF.JJ. N° 8 – 9, Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2945-2003-AA/TC, F.J. N° 16 y Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2016-2004-AA/TC, F.J. N° 15): Principio de Solidaridad – Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho</p> <p>Art. 43 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03343-2007-AA/TC, FF.JJ. N° 21 – 23, Voto singular del Magistrado Landa en la Sentencia N° 06316-2008-PA/TC, F.J. N° 28 y Fundamento de Voto del Magistrado Eto en la Sentencia N° 02111-2019-PA/TC, F.J. N° 39): Responsabilidad Social Empresarial – Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho</p> <p>Art. 58 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 008-2003-AI/TC, F.J. N° 13): Responsabilidad Social Empresarial – Modelo del Economía Social de Mercado</p>
	<p>e. Uso en ritos funerarios.</p>	<p>Art. 2, Inc. 3 de la Constitución: Derecho a la Libertad Religiosa</p>

En este caso, si nos corresponde desarrollar cada uno de los fundamentos en respaldo de nuestra propuesta de nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para fines benéficos. De forma preliminar, observamos que tanto los usos como tratamiento médico y los usos en ritos funerarios cuentan con reconocimientos expresos de valores constitucionales específicos que los justifican; mientras que en el caso de los usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, los usos para propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral y los usos en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, se debe realizar concordancia de valores constitucionales que han sido interpretados por nuestro Tribunal Constitucional.

3.1.1. En los usos como tratamiento médico

El fundamento constitucional de la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos respecto a la faceta de usos como tratamiento médico, es bastante simple de hallar: se trata del derecho fundamental a la salud de las personas que requieren el tratamiento y encontrarán mejora en su salud con el uso de dichas obras. Ya sea un niño o una niña que requiere una prótesis médica para paliar los efectos de no tener una extremidad, ya sea que se utilicen logotipos de superhéroes para los estuches de quimioterapia para mejorar la recepción al tratamiento por parte de pacientes menores de edad o ya sea que se necesite reproducir música frente a los pacientes con enfermedades de salud mental, siempre nos encontramos ante el derecho a la salud.

Para empezar, nos indica Fernández que

El derecho a la salud constituye una derivación directa del derecho a la vida, así como lo es el derecho a la integridad psicofísica. En efecto, el derecho a la vida implica el derecho a conservarla y es aquí donde confluye con la salud, sin la cual, preservar la vida se torna en una tarea imposible de alcanzar para el ser humano. Por ello es que el Estado interviene para garantizar el derecho a la salud a través de una política de promoción y hasta de recuperación de la misma, tal como lo prevé los textos constitucionales y el más amplio marco de los instrumentos internacionales (Fernández & Woolcott, 2018, pp. 182-183).

Complementa el Tribunal Constitucional, resaltando el rango constitucional de este derecho, indicando que

El derecho a la salud constituye un derecho constitucional. Conforme al artículo 7 de la Constitución, “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad (...), así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. (...)”. El contenido o ámbito de protección de este derecho constitucional consiste en la “facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo”. (...). El derecho a la salud, entonces, “se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado” (...). Este doble aspecto del derecho a la salud se orienta ciertamente a posibilitar un *estado pleno de salud* (STC N° 7231-2005-PA/TC, Fj. 1)

De igual manera, el contenido esencial de este derecho

(...) comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones cuyo cumplimiento corresponde, al Estado, el cual debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes. (STC N° 3208-2004-AA/TC, Fj. 6)

Entonces, el **derecho a la salud** es el valor constitucional, en faceta subjetiva, en forma de derecho personal por el cual toda persona tiene la facultad de mantener un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, lo cual no significa únicamente la ausencia de enfermedad; al igual que, en faceta objetiva, en forma de deber del Estado de garantizar a los ciudadanos el goce de dicho derecho constitucional, incluso impidiendo la afectación de la salud por parte de terceros, que concatena el derecho a la integridad física y moral (Pérez, 2014, p. 249). Así, también, tenemos una faceta preventiva y una recuperativa (León F. , 2014, p. 399). Además, es un derecho que sirve para que el ser humano pueda interrelacionarse con los demás; este derecho comprende el tratamiento, la prestación del servicio y también la expedición de productos para los fines antes indicados. (Varsi, 2006, p. 167; Sagüés, 2017, p. 96).

También se ha indicado que el derecho a la salud involucra dos aspectos: por un lado, la atención para la mejora de la salud de forma oportuna y apropiada y, por otro lado, va más allá involucrando el desarrollo de los aspectos que determinan la buena salud, tales como el agua potable, la nutrición, la vivienda y las condiciones ambientales y ocupacionales saludables, entre otros (STC N° 2064-2004-AA/TC, Fj. 2).

Adicionalmente, hay dos aspectos necesarios que debemos poner en relieve. Primero, que, además de la conservación del estado de salud física y mental, también hay una finalidad de mejora de la calidad de vida no sólo para lograr el bienestar individual, sino también el bienestar general a través de la adopción de políticas y programas. (STC N° 2016-2004-AA/TC, Fj. 27). Y, segundo, que es importante indicar que “la salud de una persona debe ser abordada en tres perspectivas, a saber: del individuo en particular, dentro de su contexto familiar y en un contexto comunitario” (STC N° 2016-2004-AA/TC, Fj. 29); recordemos que la mejora de la salud utilizando obras protegidas por Derecho de Autor incluso puede incluir la mejora en el estado de la salud de los padres de los pacientes menores de edad.

Ahora bien, también es necesario hacer mención al **derecho a la salud mental** como derecho fundamental de rango constitucional. Así, el Tribunal Constitucional ha indicado que

el derecho a la salud mental es un derecho fundamental cuyo sustento se encuentra contenido en el principio-derecho de dignidad humana y en los derechos a la salud y a la integridad psíquica. Ello debido a que la preservación de la vida humana no se limita solamente a proteger la supervivencia biológica de la persona humana, sino que también se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud. Considerar al ser humano integralmente, como una unidad física y psíquica, es imperativo, en vista de cautelar su desenvolvimiento vital dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. (STC N° 2480-2008-PA/TC, Fj. 14)

Igualmente, como parte del contenido esencial, existe el derecho a acceder a tratamientos adecuados e idóneos, sean ellos de orden preventivo, curativo, paliativo o de recuperación, cuando las personas tienen problemas para disfrutar de un buen nivel de salud mental (STC N° 2480-2008-PA/TC, Fj. 15; STC N° 4007-2015-PHC/TC, Fj. 11; González, 2010, p. 167), teniendo en cuenta que se trata de un sector de la población altamente vulnerable (STC N° 3081-2007-PA/TC, Fj. 25). De esta forma, el Estado debe eliminar los principales obstáculos estructurales para que las personas accedan a servicios de calidad en materia de salud mental; en este sentido, la protección a los derechos de autor se puede –potencialmente– convertir en una verdadera forma de obstáculo para el goce del derecho a la salud mental por parte de los pacientes y su familia.

Es también importante indicar que este derecho ha sido reconocido legislativamente con la promulgación de la Ley N° 30947 –Ley de Salud Mental– en la cual se reconoce en el artículo 7 que

En el marco de lo establecido por el artículo 7 de la Constitución Política del Perú, toda persona, sin discriminación alguna, tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental. El Estado garantiza la disponibilidad de programas y servicios para la atención de la salud mental en número suficiente, en todo el territorio nacional; así como el acceso a prestaciones de salud mental adecuadas y de calidad, incluyendo intervenciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. (Congreso de la República del Perú, 2019)

Misma norma que modificó el artículo 11 de la Ley General de Salud con su Primera Disposición Complementaria Modificatoria quedando finalmente establecido que

Toda persona tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental, sin discriminación. El Estado garantiza la disponibilidad de programas y servicios para la atención de la salud mental en número suficiente, en todo el territorio nacional; y el acceso a prestaciones de salud mental adecuadas y de calidad, incluyendo intervenciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. (Congreso de la República del Perú, 1997)

Finalmente, tanto el derecho a la salud como el derecho a la salud mental, no deben perder de vista la vida digna que es uno de los fines a los cuales apuntan ambos. Constitucionalmente, vivir implica vivir en condiciones dignas (García G. , 2007, p. 19). Si bien no existe pronunciamiento específico sobre la salud y la vida digna; el Tribunal Constitucional sí reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado y digno, por ejemplo, en la necesidad de servicio de saneamiento, agua potable y otros (STC N° 00666-2013-PA/TC, Fj. 5). Igualmente, en referencia al derecho a la pensión, también ha indicado que

(...) nuestro texto constitucional consagra la promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo (STC N° 1417-2005-AA/TC, Fj. 32).

Igualmente, se reconoce un deber del Estado –como Social y Democrático– de garantizar los postulados que aseguren el mínimo indispensable para que se logre la vida digna (STC N° 1535-2006-PA/TC, Fj. 82); esto debido a que la dignidad de la persona otorga la base constitucional para que el Estado, a través de sus políticas, provea posibilidades de lograr una mejor calidad de vida de las personas (STC N° 2945-2003-AA/TC, Fj. 17). De esta forma, el derecho a la salud y la salud mental no se pueden agotar en la aplicación de tratamientos considerados directos, sino también se puede ampliar la noción de tratamiento a la mejora en la calidad de vida de los pacientes; sobretodo en el caso de menores de edad que se encuentran recibiendo algún tratamiento o serán sometidos a algún acto médico como una intervención.

Como se puede observar, el derecho a la salud y el derecho a la salud mental de los pacientes e, incluso, de su entorno familiar, se configuran como un fundamento constitucional válido para restringir el derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica, base del sistema de Derecho de Autor; igualmente, es fundamento constitucional válido la búsqueda de condiciones para una vida digna de los pacientes. De esta forma, se encontraría respaldada la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos como tratamiento médico.

3.1.2. En los usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos

A diferencia de los usos como tratamiento médico, el fundamento constitucional para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, se encuentra en dos valores constitucionales diferentes: por un lado, el derecho a la libertad de empresa y, por otro lado, un intercalado entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión.

a. El derecho a la libertad de empresa

El **derecho a la libertad de empresa** está establecido en el artículo 59 de nuestra Constitución Política, éste ha sido consagrado –además– como uno de los Principios rectores de nuestro modelo económico, siendo definido como “la facultad de poder elegir

la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios” (STC N° 008-2003-AI/TC, Fj. 26).

El contenido esencial de este derecho está compuesto por cuatro libertades (Kresalja & Ochoa, 2009, pp. 451-457), explicitadas por el Tribunal Constitucional (STC N° 3330-2004-AA/TC, Fj. 13):

- Primero, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; consistente en la libre constitución de formas individuales o asociativas para emprender actividades económicas, así como la posibilidad de entrar al mercado.
- Segundo, la libertad de organización; es decir, la posibilidad de elección libre del objeto, nombre, domicilio, clase de estructura mercantil, políticas de precios, contratación de personal y política publicitaria, entre otros elementos centrales en la organización empresarial.
- Tercero, la libertad de competencia, permitiendo concurrir en el mercado de manera libre y leal.
- Finalmente, la libertad para cesar las actividades de la empresa, que ordena la salida ordenada del mercado cuando termina la iniciativa empresarial.

La determinación del contenido de la publicidad se ejerce a través de la facultad de libertad de organización, mientras que la difusión de publicidad como mecanismo de pugna por clientela es parte del ejercicio de la libertad de competencia. Los usos de obras protegidas por el Derecho de Autor para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos sí tienen un carácter lucrativo porque la finalidad de la publicidad es dual: informativa y persuasiva (Murillo, 2015c, p. 186).

En este punto, es importante indicar que no cualquier uso sería permitido con la nueva excepción, sino únicamente aquellos casos en los cuales la finalidad informativa es mayor que la función persuasiva, la cual únicamente vendrá determinada por la colocación de un signo distintivo en la pieza publicitaria determinada. En términos constitucionales, el desarrollo y ejercicio vendrá determinado en mayor parte por la libertad de organización que por la de competencia; esto, debido a que este tipo de publicidad –que entra a calificar con el uso de tal término en la denominada “Publicidad Comercial”– sólo tendrá función de captación de clientela de forma indirecta.

Por un lado, la facultad o libertad de organización –parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa– al potenciar la función informativa de la publicidad comercial, en limitación clara de la función persuasiva, se coloca como el primer fundamento constitucional para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos.

b. El derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión

En este punto, nos planteamos cuál sería el fundamento constitucional para que las empresas hagan de conocimiento del público, utilizando obras protegidas por derechos de autor, mensajes con fines benéficos. ¿Será derecho de libertad de información o derecho de libertad de expresión?

El Tribunal Constitucional ha indicado que

mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente (STC N° 0905-2001-AA/TC, Fj. 9).

De igual forma, Castillo indica que “mediante las libertades de expresión e información lo que se van a transmitir son mensajes comunicativos, los mismos que están compuestos, en su gran mayoría, por un elemento objetivo (hechos) y por otro subjetivo (juicios de valor)” (Castillo, 2006, p. 135).

En este caso, creemos que tanto el **derecho a la libertad de información** como el **derecho a la libertad de expresión**, establecidos ambos en el inciso 4 del artículo 2 de nuestra Constitución, fundamentan constitucionalmente la excepción que buscamos plantear para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, dependiendo del mensaje que se busque transmitir con la publicidad específica.

En este caso, tomando como ejemplo las dos campañas publicitarias a las que hicimos referencia en el capítulo 2, podemos indicar que la transmisión del mensaje condicionará la aplicación de uno u otro valor constitucional:

Tabla N° 17 – Tabla de diferenciación entre los mensajes comunicados y su fundamento constitucional

Mensaje transmitido	Derecho constitucional	Ejemplo
Ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones.	Derecho a la libertad de expresión	Campaña “ <i>Seamos amables, seámoslo siempre</i> ” de WONG
Informaciones de toda índole verazmente	Derecho a la libertad de información	Campaña “ <i>Estación de descanso</i> ” de SODIMAC

Fuente: elaboración propia.

En el caso de la campaña “*seamos amables, seámoslo siempre*” de la empresa Wong se está transmitiendo la idea que los peruanos debemos ser amables todo el tiempo entre nosotros, lo cual incentiva la mejora de civismo entre la población; mientras que en el caso de la campaña “*Estación de descanso*” de Sodimac se está transmitiendo una información objetiva y sujeta al principio de veracidad que consiste en la colocación de puestos en las carreteras donde los conductores somnolientos podrán descansar.

La regla es que cuando exista transmisión de un mensaje publicitario conteniendo una idea, un pensamiento, un juicio de valor o una opinión con fin benéfico, se ejercerá el derecho a la libertad de expresión; mientras que cuando se transmite una información sujeta al principio de veracidad, se ejercerá el derecho a la libertad de información.

En el caso del derecho a la libertad de información, el Tribunal Constitucional indica

las dimensiones de la libertad de información son: a) el derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información; b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente (...) (STC N° 1797-2002-HD/TC, Fj. 9).

En particular, en este caso, se estará ejerciendo

la libertad de informar, o sea, “la actividad de comunicar, de difundir, a través de la utilización de medios adecuados, informaciones que están destinadas a formar parte del conocimiento de otros individuos. Este elemento que es la finalidad de la recepción por parte de otros de los contenidos de la actividad, identifica la peculiaridad de la información respecto del derecho a la expresión” (León L. , 2007, p. 183).

Por el contrario, en el caso del derecho a la libertad de expresión, se trata de emisión y exteriorización de opiniones e ideas en todas sus dimensiones, manifestaciones de respaldo, adhesión, crítica o rechazo; en otras palabras, la emisión de juicios de valor y no mera información neutra respecto a su objetividad y veracidad (Marciani, 2014, p. 123).

Ambos, entonces, son sustento de la excepción que proponemos. Así, en resumen, tanto el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información, dependiendo del mensaje publicitario, son el segundo y tercer fundamento constitucional para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos.

c. El Principio de Solidaridad como valor intrínseco del Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho

El artículo 43 de nuestra Constitución indica que “la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. (...)”. Esta disposición normativa en el más alto nivel jerárquico normativo establece el modelo de Estado Democrático y Social de Derecho.

De este modelo, se desprende el denominado **Principio de Solidaridad**, que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional y nos sirve para sustentar la base constitucional de la excepción propuesta:

El principio de solidaridad, directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, está en la base misma de nuestro sistema jurídico, que ha puesto al hombre y no a la empresa ni a la economía, en el punto central de su *ethos* organizativo. Así, el Constituyente, al establecer

en el artículo 1 ° de la Constitución Política, que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", ha dejado un mensaje claro para las generaciones futuras; por ello, tanto el Estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano. Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies, como ya se ha dicho (STC N° 0048-2004-PI/TC, Fj. 37).

Este Principio implica la creación de una vinculación ética y común que entrelaza a quienes integran la sociedad. Así, "expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial" (STC N° 0004-2010-PI/TC, Fj. 8). Ahora bien, este principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

- a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esa orientación se alude a la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.
- b) El deber del núcleo directivo de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales (STC N° 0004-2010-PI/TC, Fj. 8; STC N° 2945-2003-AA/TC, Fj. 16; STC N° 2016-2004-AA/TC, Fj. 15).

Como se observa, existe una orientación benéfica en el centro del Principio de Solidaridad cuando se fomenta la ayuda mutua entre las personas; precisamente, lo que se busca con la excepción propuesta es la búsqueda de ayudar y promover la ayuda por parte de los anunciantes a las otras personas que puedan necesitarlo; ya sea a través de la mejora de valores en la población o ya sea proporcionando un lugar de descanso a los conductores somnolientos o enviando mensajes que promueven indirectamente la empresa que anuncia pero conllevan necesariamente un mensaje benéfico.

De esta forma, el Principio de Solidaridad, como valor del modelo de Estado Democrático y Social de Derecho, es el cuarto fundamento constitucional para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos.

d. La Responsabilidad Social Empresarial como valor intrínseco del Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho y del Modelo del Economía Social de Mercado

Finalmente, también el modelo antes comentado sirve como fundamento constitucional para la Responsabilidad Social Empresarial; en palabras del Tribunal Constitucional, “en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa” (STC N° 3343-2007-AA/TC, Fj. 21). De esta forma,

En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares (STC N° 3343-2007-AA/TC, Fj. 22).

Igualmente, Landa en un voto singular ha indicado que

Bajo la forma de responsabilidad social empresarial se prescribe entonces la obligación de los poderes privados, de compatibilizar su legítimo interés de lucro en el desarrollo de sus actividades, con el respeto irrestricto a los derechos e intereses generales que se promuevan desde el orden jurídico vigente. No se trata de una consecuencia de un llamado moral, sino de una obligación jurídica de la que se extraen consecuencias ante la inobservancia por parte de las empresas (STC N° 06316-2008-PA/TC, Fj. 28 - voto en discordia).

También, Eto en un fundamento de voto ha indicado que la responsabilidad social de la empresa, en el ámbito jurídico-constitucional, se fundamenta, en (i) la fuerza vinculante y la eficacia directa de la Constitución, (ii) la eficacia horizontal de los

derechos fundamentales y (iii) en la responsabilidad que todo ente público o particular tiene con la dignidad humana (STC N° 02111-2010-PA/TC, Fj. 39).

De igual forma, a la par, el artículo 58 de la Constitución establece que nuestro país tiene como modelo de régimen económico la Economía Social de Mercado. En este contexto, el Tribunal Constitucional ha indicado que la responsabilidad social es parte de las condiciones de desarrollo de este modelo de la siguiente manera: “la economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia” (STC N° 008-2003-AI/TC, Fj. 13).

En este sentido, la **Responsabilidad Social Empresarial** viene a configurar un presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho y una condición del régimen de Economía Social de Mercado; la misma consiste en un deber por parte del sector privado y público de realizar actividades en favor de los diversos *stakeholders*, sean del ámbito interno o externo a la entidad, para efectivizar el carácter social que debe guiar las actividades en el mercado. Portocarrero indica en una mesa redonda que, de las definiciones de Responsabilidad Social Empresarial,

una de las más interesantes es la de Denis Sulmont, para quien la RSE es "la actitud de una empresa dispuesta a asumir de una manera voluntaria y 'proactiva' las obligaciones que contrae con los diferentes sectores sociales involucrados en su actividad, armonizando sus fines particulares con los fines de la colectividad. (Caravedo, De Gastelumendi, Parodi, & Portocarrero, 2004, p. 245)

En este sentido, en la búsqueda de potenciar la ayuda y promover la ayuda por parte de los anunciantes a las personas que puedan necesitarlo a través de la excepción propuesta, se nota claramente que la excepción es apoyada por el desarrollo normativo y jurisprudencial de la Responsabilidad Social Empresarial; es más, es una piedra angular en su desarrollo, ya que los anuncios publicitarios –como ya hemos indicado– no tienen principalmente una función de persuasión, sino por el contrario una función más informativa, trasladando mensajes publicitarios que no son típicas frases de incentivo de contratación o consumo, sino que son mensajes con fines benéficos, que harán bien a otras personas.

Así las cosas, la Responsabilidad Social Empresarial, como presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho y condición del régimen de Economía Social de

Mercado, es el quinto fundamento constitucional para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos.

3.1.3. En los usos para propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral

En este caso, el fundamento constitucional para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos para propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral, se encuentra en dos valores constitucionales: uno ya desarrollado consistente en la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión, y uno nuevo consistente en el mandato de cumplimiento de los deberes fundamentales del Estado.

a. El derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión

Al igual que en la faceta de publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, creemos que tanto el derecho a la libertad de información como el derecho a la libertad de expresión, establecidos ambos en el inciso 4 del artículo 2 de nuestra Constitución, son fundamentos constitucionales para la excepción que buscamos plantear a la protección por los derechos patrimoniales de autor sobre obras con la finalidad de lograr fines benéficos, respecto a la faceta de usos para propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral, dependiendo del mensaje que se busque transmitir con la comunicación específica.

La similitud entre las facetas de publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos y aquella de propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral es obvia: en ambos casos nos encontramos ante comunicaciones realizadas hacia un público indefinido en el mercado. Esta semejanza deriva en el hallazgo del mismo fundamento constitucional, el cual está referido a la exteriorización de comunicaciones por parte de las personas en el mercado, según el mensaje transmitido.

Ahora bien, también es necesario indicar que la diferencia es que en el caso de la publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos

existirá un fin lucrativo indirecto debido al posicionamiento del signo distintivo, mientras que en el caso de la propaganda o publicidad institucional no encontramos ningún fin lucrativo.

Como confirma el Tribunal Constitucional, la publicidad institucional –especialmente la estatal– tiene fundamento en la garantía por parte del Estado de la libertad de información:

la publicidad estatal institucional, con la correcta y constante fiscalización por parte de los órganos competentes como la Contraloría General de la República o de la sociedad misma a través de los datos contenidos en los portales de transparencia, permite que se tome conocimiento de información relevante para la sociedad, sobre todo en aquellos lugares en los que los medios de comunicación electrónicos no son abundantes. En efecto, si el Estado elabora campañas publicitarias sobre ahorro de energía eléctrica, preservación del ambiente, pago de tributos, educación vial o sobre los peligros del consumo excesivo del alcohol, por citar algunos ejemplos, se espera que tales campañas sean sumamente persuasivas y lleguen idealmente a toda la población objeto de la campaña, que podrá tener alcance nacional, regional o local. (...) (STC N° 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC, Fj. 91)

Este mismo razonamiento puede aplicarse a la transmisión de mensajes semejantes por parte de privados sin finalidad de concurrencia en el mercado; en este caso, claramente sin finalidad lucrativa, el objetivo principal de estos anuncios no es la promoción de adquisición de productos o la contratación de servicios, sino es la de informar un mensaje sobre temas diversos, tales como los citados por el Tribunal Constitucional (ahorro de energía eléctrica, preservación del medio ambiente, pago de tributos, educación vial, peligro de consumo excesivo de alcohol, etc.). Igualmente, la base constitucional podrá ser también el derecho a la libertad de expresión en el caso de entidades del sector privado –sin fin de lucro y sin actividad concurrencial– en caso se trate de mensajes que contienen más ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, en lugar de información neutra sujeta al principio de veracidad.

En este sentido, tanto la libertad de información como la libertad de expresión – dependiendo del mensaje transmitido– son la base constitucional para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para el uso de obras con finalidad benéfica en la faceta destinada a la propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en

propaganda electoral, por tratarse de comunicaciones que transmiten información de carácter importante que debe ser transmitida a la población en general para apoyar a otras personas que lo necesitan o, en el caso estatal, para cumplir la finalidad de difusión de la información.

b. El mandato de cumplimiento de los deberes fundamentales del Estado

Como hemos adelantado, en el caso de la publicidad institucional o propaganda de parte del Estado más, incluso, que el derecho a la libertad de información y de expresión, está el mandato de cumplimiento de los deberes fundamentales del Estado. Aunque sí es importante reconocer que en el cumplimiento del derecho a la libertad de información de los ciudadanos en general, el Estado sí debe efectuar publicidad institucional o propaganda.

Así, el Tribunal Constitucional ha establecido sobre el mandato de cumplimiento de los deberes por parte del Estado que

no debe perderse de vista la relación entre los deberes del Estado y la libertad de información. En efecto, la publicidad institucional es una herramienta de suma importancia para poder cumplir con los deberes fundamentales del Estado, establecidos en el artículo 44 de la Constitución (...) (STC N° 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC, Fj. 96)

El primer párrafo del artículo 44 de nuestra Constitución establece de manera genérica que

son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (...) (Constitución Política del Perú, 1993, art. 44).

De forma muy genérica, la Carta Magna establece en esta disposición los deberes del Estado, los cuales se encuentran dispersos en todas las normas de nuestro ordenamiento según materia y sector. Es innegable que una de las guías de estas finalidades es la división ministerial del Poder Ejecutivo; así, existirán mandatos de cumplimiento de cultura, medio ambiente, defensa, seguridad interna, turismo, comercio

exterior, salud, vivienda, trabajo, producción, etc. Sin embargo, no sólo eso, también los Poderes Judicial y Legislativo –así como los órganos constitucionalmente autónomos– tienen que dar cumplimiento a mandatos específicos. Así, el Estado cumple con los mandatos constitucionales que le impone el ordenamiento como consenso básico de la sociedad también a través del cumplimiento de informar a los gobernados a través de la publicidad institucional o propaganda, con exclusión del uso en propaganda electoral.

En el caso la colocación de la condición “con exclusión del uso en propaganda electoral” se hace muy necesaria pues, por más que el Gobierno sea partidario de una entidad política previamente a la asunción del cargo y deba seguir fiel a su doctrina y filosofía, el Estado actúa como un ente neutral que tiene antes de libertad de expresión, salvo cuando se tome postura a través de una política pública, libertad de información hacia sus ciudadanos gobernados. Esto ha sido recalcado por el Tribunal Constitucional:

Evidentemente, para este Tribunal la publicidad estatal institucional no debe ser concebida como una posibilidad para que las autoridades que ejercen los principales cargos públicos puedan realizar propaganda electoral. En efecto, no debe confundirse la idea de informar a la sociedad con la de influenciarla y determinarla a apoyar a la autoridad en el cargo. En ese sentido, el artículo 192 de la Ley Orgánica de Elecciones establece que “[e]l Estado está prohibido, a través de publicaciones oficiales o estaciones de televisión o imprenta, cuando sean de su propiedad, de efectuar propaganda electoral en favor o difusión de información en contra de cualquier partido, agrupación independiente o alianza, excepto en el caso de referéndum”.

A nivel de gobiernos locales, es relevante para este Tribunal lo dispuesto en la Ley 27734, que modifica diversos artículos de la Ley 26864, Ley de Elecciones Municipales, la cual introduce una serie de disposiciones complementarias con el propósito de sancionar al alcalde y al regidor que postule a cualquier cargo electivo, sea nacional, regional o local en caso que, en el período cercano al electoral, participe en la inauguración e inspección de obras públicas o reparta a personas o entidades privadas bienes adquiridos con dinero de la municipalidad.

Según estima este Tribunal, estas disposiciones se justifican por el principio de neutralidad estatal, el cual obliga al Estado a no realizar cualquier clase de actividad que supongan exhibir alguna preferencia o adherencia que pueda distorsionar la elección electoral. Esto es así porque, con todos los medios con

los que cuenta, el Estado tiene la posibilidad real de alterar la voluntad popular a través de la influencia en los mensajes que llegan al ciudadano, sobre todo en épocas electorales. (STC N° 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC, FFjj. 84, 85 y 86).

De esta manera, respecto a la publicidad institucional o propaganda estatal, la excepción a los derechos patrimoniales de autor en el uso de obras para estas comunicaciones encuentra su fundamento constitucional, más que en la libertad de información o expresión, en el mandato de cumplimiento de los deberes del Estado; es decir, en el consenso de los entes del Estado y los ciudadanos sobre las diversas normas jurídicas del ordenamiento que implican deberes por parte del Estado, cuyo cumplimiento debe ser informado a los ciudadanos.

3.1.4. En los usos en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública

En este caso, el fundamento constitucional para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, se encuentra en dos valores constitucionales ya indicados previamente: el Principio de Solidaridad y la Responsabilidad Social Empresarial. La novedad es el fundamento que se encuentra en el derecho a la participación, en forma individual o asociada, en la vida social de la Nación.

a. El Principio de Solidaridad como valor intrínseco del Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho

Al igual que en la faceta previamente explicada, ya no deteniéndonos a repetir el concepto y desarrollo jurisprudencial del Principio de Solidaridad –valor intrínseco del Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho– creemos que éste se erige como el justificante y base constitucional de la faceta sobre desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública.

Claramente, en la realización de eventos por parte de terceros para promover la felicidad o levantar el ánimo de pacientes de nosocomios, así como en la realización de conciertos en *pro* de costear tratamientos médicos muy costosos existe una orientación benéfica en cuyo centro está el Principio de Solidaridad, ya que se busca la ayuda mutua

de las personas en sociedad para con el necesitado; exactamente, lo que se busca con la excepción propuesta en esta faceta es motivar la ayuda por parte de la gente en favor de otras personas que –en determinadas circunstancias– puedan necesitarlo.

De esta manera, también el Principio de Solidaridad es uno de los fundamentos constitucionales básicos de la excepción propuesta en la faceta del desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, debido a que se busca el apoyo de la sociedad a las personas que más lo necesitan, debido a las circunstancias en las cuales les ha tocado vivir.

b. La Responsabilidad Social Empresarial como valor intrínseco del Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho y del Modelo del Economía Social de Mercado

Como hemos indicado antes, para el caso de la publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, la Responsabilidad Social Empresarial –como presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho y condición del régimen de Economía Social de Mercado– se coloca como base constitucional para la excepción propuesta en su faceta sobre desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública. Por tanto, para no reiterar el contenido ya indicado, nos remitimos al esbozo teórico realizado en los acápites anteriores sobre la Responsabilidad Social Empresarial; no obstante, es interesante resaltar la definición brindada por De Gastelumendi en una mesa redonda, quien define a la Responsabilidad Social Empresarial como:

(...) una nueva manera de hacer negocio. Es el reconocimiento y la comprensión por parte de los empresarios que su compromiso no se limita más a responder sólo a los intereses "tradicionales" de los accionistas, sino que se debe ampliar hacia otros "grupos de interés" porque éstos afectan y son afectados por la empresa (Caravedo, De Gastelumendi, Parodi, & Portocarrero, 2004, p. 244).

La realización de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública tienen, claramente, una finalidad de ayuda de las personas que tienen una necesidad en la sociedad. Los ejemplos que hemos desarrollado en el Capítulo 2 son precisamente la recaudación que efectúa la Teletón y las campañas creadas por instituciones sin fines de lucro a favor de pacientes menores de edad para llevarles espacios de entretenimiento y ánimo. Ambas demuestran la Responsabilidad Social Empresarial en

pleno, pero sin agotarla, porque no sólo se trata de actividades benéficas para con terceros, sino que va más allá e implica, incluso, políticas internas para con sus trabajadores, proveedores y otros *stakeholders*.

De igual manera, la Responsabilidad Social Empresarial funge de fundamento constitucional para la excepción propuesta en su faceta sobre desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, debido a que –más que como límite a la libertad de las instituciones que se desarrollan en la sociedad y el mercado– es una oportunidad para colaborar y cumplir con uno de los mandatos que busca el Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho y el Modelo del Economía Social de Mercado que ha adoptado el Perú para su sociedad y el mercado marco en el cual se desenvuelven los privados y el propio Estado.

c. El derecho a la participación, en forma individual o asociada, en la vida social de la Nación

El inciso 17 del artículo 2 de nuestra Constitución establece el **derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida social de la Nación**. Este derecho abarca diversos aspectos de la vida en relación con otras personas; es decir, involucra todos los temas en los cuales puede participar la persona en su vida en relación social y participar no sólo implica recibir información, sino intervenir en los procesos de decisión (STC N° 5741-2006-PA/TC, Fj. 3).

Como indican Rubio, Eguiguren y Bernales,

la participación es un derecho que se ejerce en vida común con otras personas (naturales o jurídicas...). Es claro que nadie puede participar aislado de los demás. Los medios de comunicación moderna podrán permitir la participación a través de vías informáticas o telemáticas, pero siempre se estará interactuando, de una manera o de otra, con los demás (Rubio, Eguiguren, & Bernales, 2011, p. 532).

El derecho al cual hacemos referencia tiene un contenido amplio. La mención a la vida política, económica, social y cultural abarca los diversos aspectos a los cuales puede dedicarse la persona individualmente o de forma asociada. Sobre este último aspecto, por ejemplo, desde un punto de vista estructural este derecho sustenta la asociación sin

finés de lucro, pero también aquella destinada a la concurrencia en el mercado (STC N° 03071-2009-PA/TC, Fj. 8).

En este sentido, tomando los ejemplos proporcionados en el capítulo 2 para esta faceta de la excepción, podemos decir que el derecho de participar en la vida social de la Nación permite a una persona disfrazarse de algún superhéroe e ir a alegrar a los enfermos de la unidad de un hospital o a varias personas –integradas en una asociación o fundación– a disfrazarse e ir a animar a los adultos mayores de un asilo de ancianos. De igual forma, la Teletón está organizada por una entidad sin fines de lucro que convoca a varias personas y/o entidades que tranquilamente pueden reproducir música y efectuar una coreografía animando a la gente a colaborar con dinero para los más necesitados. De igual forma, si se organiza un evento deportivo o un concierto con la finalidad de recaudar dinero para una causa benéfica específica. En todas estas situaciones, el derecho a participar en la vida social de la Nación, de forma individual o asociada, logra ser un contrapeso específico frente al derecho subjetivo a la creación intelectual, artística, técnica y científica.

Entonces, junto al Principio de Solidaridad y la Responsabilidad Social Empresarial, el derecho a participar en la vida social de la Nación es además una de las bases constitucionales para la excepción a los derechos patrimoniales de autor en la faceta del desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, puesto que la actividad social de ayuda a los demás es uno de los aspectos de la vida social de la Nación que pueden ejercerse libremente por los ciudadanos de forma individual o asociada.

3.1.5. En los usos en ritos funerarios

Al igual que en la faceta de los usos como tratamiento médico, el fundamento constitucional de la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos respecto a los usos en ritos funerarios, está centrado en un solo valor constitucional y es mucho más sencillo de identificar: se trata del derecho fundamental a la libertad religiosa de los deudos.

Como parte del **derecho a la libertad religiosa** existe una facultad de la persona de participar y practicar actos de culto, según la religión que se profese, que parte de la dimensión positiva de este derecho constitucional (Pérez, 2014, pp. 262-263). No debemos olvidar que la laicidad del Estado, así como el derecho a la igualdad, impide

la interpretación monopólica de este derecho. Por más que se reconozca la importancia de la Iglesia Católica en el artículo 50 de la Constitución, esta misma disposición indica que “el Estado respeta otras confesiones” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 50); entonces, el derecho se reconoce para todas las religiones en las cuales pueda creer el ciudadano o el extranjero en nuestro país, ya que debe guardar imparcialidad (Sagüés, 2017, p. 259).

De manera general, se reconoce la libertad de culto, consistente en practicar los actos realizados dentro de una determinada confesión religiosa, como una especie y proyección de la libertad de conciencia (Sagüés, 2017, p. 255). Por otro lado, como sucede en España donde se ha utilizado de mejor manera la posibilidad de desarrollar el contenido constitucional de los derechos fundamentales a través de Leyes Orgánicas, tenemos la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (en adelante, LRRE) en la cual se reconoce directamente la libertad de practicar actos de culto y recibir asistencia religiosa y derecho a no ser obligado a hacerlo (Cortes Generales de España, 1980, Art. 2, Inc.b).

Esta faceta positiva de la libertad religiosa, de poder practicar activamente los actos de culto de la religión elegida por la persona, ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional como parte del contenido del inciso 3 del artículo 2 de nuestra Constitución al indicarse que

el reconocimiento de la profesión religiosa genera, por derivación, los derechos a practicar los actos de culto y a recibir la asistencia religiosa de la propia confesión; a conmemorar las festividades y a celebrar los ritos matrimoniales; y a recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole de acuerdo con las propias convicciones (STC N° 3283-2003-AA/TC, Fj. 19).

Igualmente, de forma específica, dentro de la libertad de culto se reconoce la garantía constitucional de realización de ritos religiosos, como la sepultura digna de los muertos (Mosquera, 2014, p. 253); así el Tribunal Constitucional indicó

la manifestación de la libertad religiosa a través de las creencias es consustancial a la libertad religiosa. Esta manifestación incluye tanto el proselitismo de las creencias como el culto, el cual forma parte de la religión que se profesa. En ese sentido, la libertad religiosa subsume a la libertad de culto, y dentro de la libertad de culto, quedan garantizadas constitucionalmente todas aquellas ceremonias

que la expresan, como las relativas al matrimonio y los ritos. Dentro de estos últimos, se encuentra la sepultura digna de los muertos por parte de sus familiares o seres queridos (STC N° 0256-2003-HC/TC, Fj. 16).

De forma conexas, el Tribunal Constitucional ha indicado que también –en faceta negativa– se afecta el derecho a la integridad moral de los familiares cuando se impide de una u otra manera el rito de darle sepultura a un cadáver, de la siguiente manera:

dato que el derecho a la integridad personal comprende el libre desarrollo del proyecto de vida en sociedad, de acuerdo a las costumbres que le asisten a las personas, así como el ejercicio de determinadas conductas que las identifican como parte de dicha comunidad, el rito de darle sepultura a un cadáver está amparado por dicho derecho fundamental. La práctica de los ritos, como el de dar sepultura digna al familiar fallecido, forma parte de la libertad de culto, de modo que el impedimento de dicha práctica afecta irremediablemente la integridad moral de los familiares (STC N° 0256-2003-HC/TC, Fj. 19).

En este contexto, se expidió la Ley N° 29635 – Ley de Libertad Religiosa – (en adelante, LLRP) en cuyo inciso h) de su artículo 3 se declara como parte del ejercicio individual de la libertad de religión, el derecho a “recibir sepultura de acuerdo con las tradiciones y ritos de la propia confesión religiosa, respetando en todo caso las normas vigentes sobre salud e higiene públicas” (LLRP, 2010, Art. 3, Inc. h). Así como su Reglamento (en adelante, RLLRP) indica que “el derecho de práctica de ritos y actos de culto, comprende (...) el derecho a recibir sepultura en los cementerios públicos o privados, conforme al propio rito religioso, en cumplimiento de las normas sobre salud pública” (RLLRP, 2016, Art. 5).

Ahora bien, en un caso más reciente, dos magistrados –Ledesma y Sardón– indicaron que no necesariamente los motivos para respetar la sepultura digna de los muertos son religiosos, pero ésta debe ser respetada a menos que haya motivos justificados para intervenir; así se señala que

nuestro deber de sepultar a los muertos y preservar sus tumbas son exigencias de nuestra esfera privada incorporado por tradición cultural, cuya interrupción por terceros puede simbolizar subestimación y hasta menosprecio por nuestra forma de vida conforme a los fundamentos propios, por eso solo valores los

suficientemente poderosos deben justificar cualquier intervención en tal ámbito personal (STC N° 5312-2011-PA/TC, Fj. 8 – fundamento de voto).

Igualmente, en Perú, Barandiarán indicó que “(...) los derechos personalísimos se extinguen con la muerte de su titular y que las cuestiones referidas al cadáver, al sepulcro, como la memoria del fallecido, vienen a incidir en las personas que son sucesoras del difunto o sus familiares” (1970, p. 94, citado por Mendoza, 2013, p. 54); así, se reconoce al cadáver como objeto de derecho *sui generis* y bien jurídico tutelado, estando habilitada la sociedad entera como legitimados para protegerlo (Mendoza, 2013, p. 60).

Queda claro que la libertad de religión, en su aspecto de libertad de culto, puede efectuar el contrapeso al derecho constitucional a la creación intelectual, artística, técnica y científica para permitir el uso de obras protegidas por el derecho patrimonial de autor en los ritos funerarios sin solicitar autorización y sin pagar las regalías que corresponderían a los autores y/o titulares. Existe un derecho a efectuar los ritos funerarios de cualquier religión que permitiría a las familias y deudos a utilizar de forma libre y sin pago obras protegidas para respetar la última voluntad, en caso exista, o respetar la elección de la familia y/o afines para despedir a su ser querido.

En resumen, el derecho a la libertad religiosa se erige como el fundamento constitucional para sustentar la excepción a los derechos patrimoniales de autor sobre las obras que serán utilizadas con fines benéficos en su faceta de usos en ritos funerarios, ya que con el fin de ayudar a respetar la última voluntad de la persona fallecida o con el fin de apoyar a ejercer la libertad de la familia y/o afines para despedirla se puede limitar el derecho constitucional a la creación intelectual, artística, técnica y científica, en sus facetas de requerir autorización previa y percibir regalías por dichos usos.

Una vez que hemos explicado el fundamento de la limitación realizada a nivel constitucional al derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica, respecto a cada una de las facetas de esta nueva excepción; ahora nos corresponde perfilar la propuesta normativa de la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos, especificando cómo deberá configurarse la misma y cómo encajará ésta en nuestro Ordenamiento de manera sistémica.

3.2. La excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos

Cuando surgió la idea de la presente tesis, se tenían algunos supuestos en mente acerca de usos de obras protegidas por el Derecho de Autor que aparentemente creaban un problema que merecía ser estudiado. De esta manera, en el capítulo 2 nos hemos dedicado a identificar los diversos supuestos fácticos que dieron origen a la presente investigación y hemos procedido a analizar si efectivamente existía o no la ilicitud que se planteó inicialmente; así, llegamos a la conclusión que casi todas las conductas observadas configuran o configurarían infracciones a los derechos patrimoniales de autor.

Ahora bien, frente a ello la necesidad de una solución es necesaria; de esta forma, lo que proponemos es que se establezca un nuevo límite y/o excepción para permitir a los usuarios el uso de obras protegidas cuando estén involucrados los fines benéficos; es decir, cuando estemos ante los fenómenos identificados en el capítulo 2. En este camino, la primera decisión será entre establecer un límite o una excepción puesto que la exclusión es imposible al estar ante obras regularmente protegidas por el régimen de Derecho de Autor. Gráficamente, tenemos dos opciones:

Tabla N° 18 - Tabla de opciones legislativas para el establecimiento de la nueva excepción a los derechos de autor por fines benéficos

Grado		Obra protegida	Autorización necesaria en caso de uso	Pago de regalía en caso de uso
1°	Límites	Sí	No	Sí
2°	Excepciones	Sí	No	No
3°	Exclusiones	No	No	No

Fuente: elaboración propia.

En este caso, como observamos en el capítulo 1, la diferencia entre los límites y las excepciones es que en el primero de los casos se permite el cobro de las regalías por el uso mientras que en el segundo de los supuestos la restricción llega incluso a permitir el uso de la obra sin pagar por el mismo.

En vista de lo estudiado, creemos que la nueva restricción para permitir los usos de obras protegidas con fines benéficos debe tener el grado de **excepción** a los derechos patrimoniales de autor; esto puesto que (i) los costos de transacción de obtener un permiso para el uso de una obra con estos fines pueden ser tan onerosos que resultaría imposible que el titular de su consentimiento, (ii) el sistema de precios podría generar una barrera (costo oculto) para utilizar la obra con los fines benéficos y (iii) nos encontramos ante usos amparados en base a varios valores del más alto rango normativo, que vamos a detallar en la segunda parte del presente capítulo.

De esta manera, habiendo establecido que se tratará de una excepción a los derechos patrimoniales de autor, nos corresponde delimitar el contenido de la misma para finalmente otorgar una redacción legislativa a la misma; así, procederemos ahora a fijar su presupuesto, sus requisitos y –como veremos, necesario– un derecho potestativo de oposición por parte del autor y/o titular de forma justificada.

3.2.1. Presupuesto: el respeto a la regla de los tres pasos

Como indicamos en el capítulo 1, internacionalmente se ha establecido un *test* de aplicación general denominado la **regla de los tres pasos**, el cual se debe utilizar (i) como directriz para formular nuevas restricciones legislativas y/o jurisprudenciales a los derechos patrimoniales de autor por parte de los Estados; tal como señala Antequera cuando menciona sobre el *test* de la regla de los tres pasos que “esas condiciones o excepciones van dirigidas, tanto a los legisladores al momento de dictar las normas internas, como a las autoridades al aplicarlas” (2007, p. 180), y en igual sentido señala Castelló al indicar que en la actualidad este *test* se ha convertido realmente en “(...) un verdadero límite para los Estados a la hora de permitir en sus legislaciones excepciones a los derechos exclusivos del derecho de autor” (2017, p. 724). Pero, además, se debe utilizar (ii) como regla de interpretación de cada uno de los límites y/o excepciones que se encuentran ya establecidos en el ordenamiento jurídico del Estado, cuando se apliquen por parte de sus Juzgados y/o Tribunales, e –incluso– por parte de los órganos administrativos y otras autoridades; tal como explica Córdoba al establecer que el *test* de la regla de los tres pasos “(...) es un sistema de principios que, aplicado a situaciones concretas, permite definir cuándo el determinado uso de una obra es razonable y, por lo tanto, legítimo” (2015, p. 264).

De igual forma, por más que la interpretación que puedan dar Autoridades específicas al aplicar el *test* de la regla de los tres pasos de forma dinámica genere inseguridad; Martínez señala:

(...) el legislador es incapaz de prever en abstracto absolutamente todos los casos concretos que puedan darse en la práctica, máxime si se tiene en cuenta la rapidez con la que se suceden los cambios tecnológicos. Por ello, y aunque la aplicación del *test* por parte del juzgador pueda generar una cierta inseguridad jurídica, lo cierto es que el juez podría colmar las necesidades de adaptación de las limitaciones a las nuevas realidades por medio de este instrumento interpretativo. (2018, p. 182).

En suma, como indica claramente resume la referida autora,

(...) debemos entender que el legislador nacional tiene que atender a las etapas del *test* cuando decide incorporar excepciones al derecho de autor. Así mismo, el juez podrá utilizarlo en la exégesis de la excepción cuando sea aplicable a hechos que generen dudas en cuanto a su posible subsunción en el supuesto de hecho de la excepción en concreto, especialmente cuando se trata de actos relacionados con nuevas formas de explotación de la obra. (Martínez, 2018, p. 182).

Como también ya reseñamos, este *test* implica tres determinadas reglas específicas, las cuales se subdividen en dos aspectos cada una, según sea una directriz para el planteamiento de un nuevo límite y/o excepción (dimensión macro-sistémica), o una regla de interpretación de un límite y/o excepción ya existente (dimensión micro-sistémica):

- Que los límites y/o excepciones deben circunscribirse únicamente a casos especiales, sirve para:
 - Que el nuevo límite y/o excepción sea efectivamente un caso especial; y
 - Que cuando se subsuman los hechos de un caso en el cual se utilice la norma o criterio específico que contiene un límite y/o excepción ya existente como defensa, se asuma que se trata de un caso especial.
- Que la aplicación de los límites y/o excepciones no debe perjudicar la explotación normal de la obra protegida, sirve para:

- Que el nuevo límite y/o excepción no se configure como un obstáculo al mercado de la obra protegida *in abstracto*; es decir, que la posibilidad de uso del nuevo límite y/o excepción no genere desviación de los consumidores de la obra que se va a utilizar; y
- Que cuando se subsuman los hechos de un caso en el cual se utilice la norma o criterio específico que contiene un límite y/o excepción ya existente como defensa, se tome en consideración que se debe denegar la aplicación si dicho uso configura un obstáculo al mercado de la obra protegida.
- Que la aplicación de los límites y/o excepciones no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, sirve para:
 - Que el nuevo límite y/o excepción no genere desmedro a algún interés del autor *in abstracto*; es decir, que la posibilidad de uso del nuevo límite y/o excepción no genere algún daño o perjuicio a los intereses del autor de la obra que potencialmente sería utilizada; y
 - Que cuando se subsuman los hechos de un caso en el cual se utilice la norma o criterio específico que contiene un límite y/o excepción ya existente como defensa, se tome en consideración que se debe denegar la aplicación si dicho uso trae consigo un desmedro a algún interés del autor.

Ya indicamos que este *test* fue incorporado por vez primera en el Acta de Estocolmo de 1967 del Convenio de Berna, pero sólo para el derecho de reproducción; no obstante, con la emisión del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC-*TRIPS*) y los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (TODA-*WCT* y TOIEF-*WPPT*) este *test* se expandió para aplicarse a todos los derechos patrimoniales de autor. De igual forma, es posible señalar que el mismo y sus tres puntos específicos han sido convalidados por la revisión generada por dos paneles de discusión en la Organización Mundial de Comercio (Hugues, 2017, p. 241; Okediji, 2018, p. 444). Igualmente, el *test* se ha incorporado en instrumentos internacionales recientes como el Tratado de Beijing y el Tratado de Marrakech (Córdoba, 2015, pp. 133-139).

Ahora bien, la propuesta de una nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos no puede generar la pérdida de sistematicidad del régimen de Derecho de Autor. De esta forma, observamos que la LDA

tiene consignada la regla de los tres pasos dividida primero en el paso de la aplicación restrictiva (LDA, 1996, art. 50) y luego los otros dos pasos en la definición de “usos honrados” (LDA, 1996, art. 2 inc. 47), los cuales coinciden con la Decisión 351 de la Comunidad Andina (RCDA, 1993, art. 3), norma también aplicable de manera directa, preferente e inmediata en nuestro ordenamiento (Novak, 2003, pp. 68-79).

En este sentido, la regla de los tres pasos se configura como un presupuesto de aplicación de la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos, *test* que deberá ser aplicado en sus dos dimensiones. La dimensión micro-sistémica del *test* de la regla de los tres pasos será estudiada en la última parte del presente capítulo; ahora procederemos a analizar cómo la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos debe cumplir con el *test* de la regla de los tres pasos a nivel macro-sistémico.

a. Restricción de especialidad

En este punto, lo que corresponde es cuestionarnos si la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos, que propondremos, es un caso especial. Ahora bien, en esta dimensión del *test* de la regla de los tres pasos, hablar de “casos especiales” implica que el límite nuevo y/o la excepción nueva tengan confines delimitados y estén perfiladas sus características, requisitos y/o presupuestos, de manera que se trate de supuestos plenamente conocidos tanto por los consumidores de obras, así como por los titulares y por las Autoridades que van a resolver los casos conflictivos sobre ellos; así, tenemos indicado por Hughes sobre este requisito lo siguiente:

Ahora desprovisto de cualquier vestidura de política pública, "ciertos casos especiales" parece solo "requerir cierta definición clara de los contornos de una excepción". En palabras del panel de discusión de la OMC del año 2000, ciertos casos especiales significan que "una excepción o limitación en la legislación nacional debe definirse claramente" de manera que "el alcance de la excepción sea conocido y particularizado"⁶³ (Hughes, 2017, p. 245).

⁶³ Traducción libre de:

Now shorn of any public policy dressings, “certain special cases” seems only to “requir[e] some clear definition of the contours of an exception”. In the word of the 2000 WTO panel, certain special

Concordando con lo indicado, todos los usos, propuestos y detallados en el capítulo 2 que forman parte de la excepción que ahora trabajamos, deberán cumplir con este requisito del *test* para su ingreso legislativo en el ordenamiento jurídico peruano, pues éstos mínimamente deben estar claramente delimitados; de lo contrario, la excepción podría devenir en un “cajón de sastre” en el cual se podría subsumir erróneamente supuestos que no cuentan con sustento para ser exonerados de la solicitud de autorización y del pago de regalías.

Siempre se debe tener en consideración que una de las grandes aspiraciones de los sistemas jurídicos de tradición romano germánica es que la Ley –en sentido amplio– sea tan clara que el margen de actuación de las Autoridades que van a aplicarla sea mínimo; sin embargo, como ello no es posible, aparecen los mecanismos de interpretación pues la subsunción no siempre es fácil, pero incluso por más que legislativamente se intente agotar la norma con definiciones de cada una de las palabras consignadas, estas generan que se vuelva a utilizar otras palabras que, a su vez, también deberían ser definidas por su contenido jurídico conceptual. Dicha labor se volvería infinita; por ello, se deben utilizar ciertas herramientas legislativas.

En principio, (i) tenemos la remisión hacia otras normas que ya definen conceptos específicos, normas especializadas en las cuales el Legislador ya se ha dado el trabajo de definir de forma especializada ciertos conceptos; por otro lado, (ii) tenemos la utilización de conceptos que están ubicados en decisiones jurisprudenciales, como Sentencias y Laudos arbitrales, o decisiones administrativas, como las Resoluciones que emiten los órganos resolutivos del INDECOPI; de igual forma, (iii) se puede recurrir a conceptos ya definidos por la Doctrina jurídica mayoritaria, la cual tiene un mínimo consenso sobre ellos; también, (iv) tenemos el uso de palabras que tienen un significado usual común en el ordenamiento, siendo éste el sentido que el Legislador quiso darle en dichos casos; finalmente, (v) generar definiciones en la misma norma o en una norma que abarque diversas definiciones en el mismo cuerpo legislativo donde se ubicará la nueva norma.

Como veremos, la propuesta de nuestra nueva excepción hará uso de algunas de estas herramientas, ya que –precisamente– éstas ayudan a cumplir con el primer requisito del *test* de la regla de los tres pasos al delimitar los supuestos de hecho en los cuales

cases mean that “an exception or limitation in the national legislation must be clearly defined” such that “the scope of the exception is known and particularized” (Hugues, 2017, p. 245).

deberán subsumirse los usos que estarán exonerados de solicitar autorización y de pagar las regalías respectivas.

Yendo al detalle de cada uno de los supuestos especificados en nuestra propuesta, podemos observar que todas cumplen con el requisito de la delimitación; incluso tomando los términos más complicados⁶⁴ observamos que –de una u otra manera– están bien perfilados, como se puede observar a continuación:

- **“Tratamiento médico”**: este concepto no cuenta con definición normativa en nuestro ordenamiento, más se puede asumir que la excepción califica para cualquier tipo de tratamiento calificado como médico según la Ley N° 26842 – Ley General de Salud; es decir, en el sentido tradicional de la misma; como vimos, en el capítulo 2, los usos de obras protegidas como tratamiento médico están basados en resultados científicos que demuestran mejoría en la salud de los pacientes y, en algunos casos, sus familiares. Por ello, no sería posible ampliar la excepción a medicina no convencional o alternativa como la homeopatía, acupuntura, etc. Igualmente, también cuenta con definición por parte de Doctrina autorizada (Fernández Sessarego, 2011, p. 56). En el caso de este concepto, si bien deberíamos incluir una definición debido a la falta aquella; es un tema regulado en otro cuerpo legislativo y debemos hacer remisión general a la mención de las palabras “tratamiento médico” en la mencionada norma aunque carezca de definición.
- **“Publicidad comercial”**: este término está ya definido de manera correcta y específica en la Ley de Represión de Competencia Desleal (LRCD, 2008, art. 59, inc. d); por lo que, en este caso bastará la remisión normativa. Incluso, como veremos, la propuesta de norma sólo incluye un tipo de comunicación publicitaria específica, dentro del concepto general recogido en dicha norma; a saber, la publicidad comercial que sólo tiene finalidad lucrativa indirecta al colocar el signo distintivo y transmitir un mensaje más informativo que persuasivo; en realidad, un mensaje exclusivamente con fin benéfico.
- **“Propaganda o publicidad institucional”**: este término está ya definido previamente en una Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia del

⁶⁴ Debemos notar que los conceptos listados no tienen adjetivo de “con fines benéficos”; esto, en tanto el dicho adjetivo plasmado en la norma consiste en un requisito concreto que será expresamente enunciado en la fórmula legislativa.

INDECOPI (INDECOPI, Res. N° 096-1996/TDC-INDECOPI, 1996), así como ha sido recogido en la Ley de Publicidad Estatal (LPE, 2006, art. 2). También cuenta con desarrollo por parte de la Doctrina (Billorou, 2002, p. 37; Murillo, 2015c, p. 188). En este punto, para este supuesto también, únicamente bastará la remisión normativa.

- **“Actividades de recreación”**: en el caso de este supuesto, no se cuenta con desarrollo normativo del concepto; podemos indicar que se trata de actividades con la finalidad de divertir, alegrar o deleitar. Ahora bien, en el contexto de la nueva excepción que se propone, se trata de “actividades de recreación de personas necesitadas”, ósea niños, niñas, personas que pasen por momentos difíciles de salud; personas que requieren apoyo después de un desastre natural, luego de una tragedia; entre otras. En este caso, debemos incluir una definición debido a la falta de definición específica.
- **“Colecta pública”**: este término está ya definido previamente en el Reglamento de promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas (RPCRCP, 2016, art. 5, inc. d); por lo que, en el punto sobre este concepto, también sólo bastará la remisión normativa.
- **“Ritos funerarios”**: no se cuenta con desarrollo sobre este concepto, pese a la existencia de la Ley N° 29635 – Ley de Libertad Religiosa. En este caso, si bien deberíamos incluir una definición debido a la falta aquella; es un tema regulado en otro cuerpo legislativo y debemos hacer remisión general a la mención de la palabra “rito” en la mencionada norma aunque carezca de definición (LLRP, 2010, art. 3, inc. h).
- **“Propaganda electoral”**: este término se encuentra definido en las normas del Jurado Nacional de Elecciones para cada campaña electoral; en este sentido, el último de estos reglamentos es la Resolución N° 0078-2018-JNE – Reglamento sobre propaganda electoral, publicidad estatal y neutralidad en periodo electoral. Este Reglamento es el que contiene una definición de “propaganda electoral” (RPEPEN, 2018, art. 5, inc. o); por lo que, en este caso igualmente debemos aplicar la remisión normativa.

El uso de las definiciones antes indicadas y la remisión que se hará a las normas especiales genera que los supuestos de uso permitidos por la nueva excepción a los

derechos patrimoniales de autor estén perfilados y delimitados, siendo así que se cumple con la dimensión macro-sistémica del primer paso del *test* que venimos explicando.

En suma, la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos cumple con el requisito de la restricción de especialidad en la dimensión macro-sistémica del *test* de la regla de los tres pasos, debido a que se perfila y delimita de manera cautelosa el supuesto de hecho que configurará la nueva excepción, para que la subsunción sea lo más exacta posible, incluso utilizando remisiones a las normas especiales que contienen definiciones utilizadas en la formula legislativa propuesta.

b. No interferencia con el mercado de la obra utilizada

En igual sentido, sobre el segundo paso del *test*, debemos cuestionarnos si la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos será un obstáculo para el mercado regular de las obras utilizadas o no. Este tema, más que un tema de Derecho de Autor propiamente dicho, se refiere más a la concurrencia en el mercado de la obra original utilizada y el uso de la obra que se hará –en este nivel de análisis siempre *in abstracto*– al colocarse la excepción nueva.

En principio, sobre la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos debemos indicar que la exclusión del derecho de transformación como uno de los usos permitidos es un gran “candado” para no interferir con el mercado regular de la obra; claramente, el permitir la comercialización de ejemplares de las obras protegidas a través de una excepción a dicho derecho de autor se configuraría como un sin propósito y una clara contravención al mencionado paso del *test* de la regla de los tres pasos.

De igual forma, encontramos o bien más restricciones que hacen que se cumpla con la no interferencia con el mercado de la obra utilizada en cada uno de los supuestos y su particular redacción, o bien circunstancias y/o características de cada uno de los supuestos que hacen que no exista incompatibilidad entre los usos y la normal explotación de las obras utilizadas:

- **En los usos de obras protegidas como tratamiento médico**

En el caso de la faceta de la nueva excepción sobre los usos de obras protegidas como tratamiento médico, estas formas de utilización de la obra no colisionan con el mercado regular de la obra original ya que se trata de un uso restringido subjetivamente al personal especializado, conforme indica el propio artículo 22 de la LGS:

Para desempeñar actividades profesionales propias de la medicina, odontología, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud, se requiere tener título profesional en los casos que la ley así lo establece y cumplir con los requisitos de colegiación, especialización, licenciamiento y demás que dispone la ley (LGS, 1997, art. 22).

Es claro que la remisión al significado de “tratamiento médico” que se realizará con motivo del cumplimiento del primer paso del *test* deja en claro que el tratamiento médico sólo podrá ser prestado por parte de un profesional de la salud, conforme indica la normativa que citamos. De esta manera, cuando un titular de derechos de autor de la obra originaria busque efectuar su explotación regular, v.g. incluir su canción en un servicio de *streaming* o exhibir la película en los cines con el diseño de sus personajes animados, dichas actividades no concurrirán con los fines benéficos que han sido previstos.

Una de las observaciones que se podrían realizar es que los pacientes van a pagar por el servicio de salud e, indirectamente, existiría un fin lucrativo por parte de los profesionales de la salud que efectúen el uso de obras para el tratamiento médico; no obstante, dicho fin de lucro sería claramente indirecto y tangencial, puesto que lo que se pagará –de forma principal y preponderante– sería el servicio médico y no un valor agregado por el uso de las obras que serían utilizadas en virtud de la nueva excepción.

- **En los usos de obras protegidas para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos**

En el caso de la faceta de la nueva excepción sobre los usos de obras protegidas para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, estas formas de utilización de la obra tampoco colisionan con el mercado regular de la obra original. En este caso, efectivamente, nos encontramos ante personas y/o empresas que harán publicidad con las obras protegidas, pero –como hemos visto– (i) con una finalidad más informativa que persuasiva e, incluso, (ii) con ella deberá transmitirse un mensaje de fin benéfico puro y sin otras intenciones.

En principio, el mercado de la obra original que será utilizada con la nueva excepción siempre va a estar circunscrito a actividades propias de las industrias culturales; siendo una excepción el uso de las mismas en otras actividades económicas. Para graficar lo indicado: *v.g.* un escritor y/o editor siempre tendrá como meta regular que un libro se comercialice; *v.g.* un compositor y/o editor musical siempre tendrá como meta regular que la música se transmita, se compren discos y se efectúen conciertos; *v.g.* un artista plástico siempre querrá que su pintura o escultura sean vendidas y/o apreciadas. Estos escritores, compositores o artistas plásticos no tienen como mercado regular o usual de la obra, la utilización de sus creaciones en publicidad comercial.

No obstante, existe una posible y potencial afectación al mercado de la obra original utilizada en el caso de *v.g.* los compositores de *jingles* musicales para publicidad comercial; en efecto, estas obras musicales son creadas para su uso en específicas piezas de publicidad comercial. De igual forma, tendremos los casos de los personajes creados específicamente para publicidad comercial, tales como mascotas u objetos animados –muchos de los cuales estarán registrados como marca comercial seguramente–, los cuales aparecen en publicidad comercial de forma exclusiva acompañando a un producto y/o a un servicio de determinado proveedor. Sin embargo, siendo éstas excepciones dentro del gran conjunto de obras y sus usos regulares; siempre se podrán controlar a través del análisis con la dimensión micro-sistémica del *test*, en cada caso concreto.

- **En los usos de obras protegidas para propaganda o publicidad institucional, con exclusión de usos en propaganda electoral, con fines benéficos**

En el caso de la faceta de la nueva excepción sobre los usos de obras protegidas para propaganda o publicidad institucional con fines benéficos, la actividad del mercado regular de la obra original no entrará en conflicto con los usos indicados porque estos – en principio– carecen de finalidad lucrativa.

Ahora bien, el Tribunal del INDECOPI ya indicó que incluso cuando falta finalidad de lucro o ánimo lucrativo, se debe considerar que un agente participa de forma “empresarial” en el mercado; en efecto, al analizar si el Estado efectúa o no “actividad empresarial”, este Órgano colegiado indico lo siguiente:

(...) es preciso señalar que resulta irrelevante que se verifique si la actividad ha sido diseñada para obtener ganancias, pues el concepto de actividad empresarial no adquiere contenido a partir de la existencia de un beneficio económico para el ente estatal, siendo indistinto si éste está o no presente.

(...) La mencionada condición parte de una constatación práctica: por regla general, una empresa pública o una actividad económica gestionada por una entidad estatal conservan un objetivo que no se agota en un fin lucrativo, sino que expresa también fines político – sociales.

(...) La Sala ya ha tenido oportunidad de señalar en un anterior pronunciamiento que el fin no lucrativo no excluye la posibilidad de realizar actividad empresarial, pues en cumplimiento de tal objetivo, incluso las asociaciones pueden organizarse para proveer bienes o servicios al mercado. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea también tiene esta posición y ha sido específico en el caso de las actividades estatales, manifestando en reiteradas oportunidades que para delimitar si éstas son empresariales no resulta relevante determinar si tienen fin lucrativo.

(...) De aceptarse la hipótesis en virtud de la cual la finalidad de lucro constituye el rasgo que define a la actividad empresarial, se concluiría que, por ejemplo, la prestación de bienes y servicios por una asociación civil no califica como tal por el solo hecho que el objeto social de la persona jurídica no es lucrativo. (INDECOPI, Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, 2010)

Lo indicado por el INDECOPI es claro. La inexistencia de finalidad lucrativa, por sí misma, no puede excluir la configuración de la actividad como competencia y concurrencia en el mercado.

Ahora bien, además de la ausencia de finalidad lucrativa en los usos de obras protegidas para propaganda o publicidad institucional con fines benéficos, podemos –y debemos indicar– que no hay finalidad concurrencial; es decir, los usos en estos tipos de comunicaciones se realizan sin ánimo de atraer clientela de los autores y/o titulares de derechos patrimoniales de las obras originales protegidas. Y ello, sí, es determinante.

Igualmente, tenemos la misma característica del aspecto anterior: el mercado de la obra original que será utilizada con la nueva excepción siempre va a estar circunscrito a

actividades propias de las industrias culturales; siendo una excepción el uso de las mismas en otras actividades económicas. Los autores y/o titulares no tienen como mercado regular o usual de la obra, la utilización de sus creaciones en comunicaciones con finalidad de promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras.

- **En los usos de obras protegidas en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas y colectas públicas**

En el caso de la faceta de la nueva excepción sobre los usos de obras protegidas en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas y colectas públicas, la actividad del mercado regular de la obra original tampoco entrará en conflicto con los usos indicados por los mismos motivos indicados previamente en la faceta anterior: (i) carecen de finalidad lucrativa; (ii) carecen de finalidad concurrencial; y (iii) la incursión en estas actividades es excepcional para los autores y/o titulares que se embarcan en el mercado de las industrias culturales para la regular explotación de la obra.

Si bien las actividades de recreación de personas necesitadas y colectas públicas podrían ser calificadas como parte de las industrias del entretenimiento, son completamente excepcionales y fuera del mercado de estos sectores. En principio, las actividades de recreación de personas necesitadas no se realizan otorgando contraprestación a quienes participan en ellas, ya que se trata de entidades sin fines de lucro, tampoco se cobra al público espectador, que muchas veces solo es el personal del centro de salud y/o los familiares del público objetivo de la actividad; y las colectas públicas, incluyendo v.g. la Teletón, no se realizan en una lógica de mercado; es decir, no existe competencia.

De igual forma, cabe mencionar específicamente sobre las colectas públicas que la recaudación de fondos está destinada en toda su dimensión al logro de la finalidad benéfica; ello es algo que viene implícito en la definición de colecta pública, como se indica en la norma que las define al establecerse que se recolectan los recursos para destinarlos a fines sociales (RPCRCP, 2016, art. 5, inc. d).

- **En los usos de obras protegidas en ritos funerarios**

Finalmente, en el caso de la faceta de la nueva excepción sobre los usos de obras protegidas en ritos funerarios, la actividad del mercado regular de la obra original

tampoco entrará en conflicto con los usos indicados por los mismos motivos ya indicados previamente en las anteriores dos facetas: (i) carecen de finalidad lucrativa; (ii) carecen de finalidad concurrencial; y (iii) la incursión en estas actividades es excepcional para los autores y/o titulares que se embarcan en el mercado de las industrias culturales para la regular explotación de la obra.

No obstante, si debemos indicar, como se observó en el capítulo 2, que existen en otros países recomendaciones de obras musicales para los funerales, incluso existiendo un repertorio de dicha música, ofrecida por la empresa que realiza el servicio funerario. En este punto, es pertinente recordar –nuevamente– que la actividad regular en el mercado por parte de los autores y/o titulares no incluye su uso en ritos funerarios, salvo que sea una canción creada específicamente para estos fines. No obstante, incluso en este caso, normalmente los compositores de la música y autores de las letras no cobran regalías por el uso de la canción para estos fines, no existiendo finalidad concurrencial.

Aquí, también podría observarse que los parientes y/o amistades pagaran por el servicio de rito funerario e, indirectamente, existiría un fin lucrativo por parte de las empresas que efectúan este servicio al hacer uso de obras para efectuar el rito funerario; no obstante, dicho fin de lucro es claramente indirecto y tangencial, puesto que lo que se pagará –de forma principal y preponderante– es el servicio de realización del rito funerario y no un valor agregado por el uso de las obras que serían utilizadas en virtud de la nueva excepción.

También es importante indicar que la finalidad benéfica es el punto que hace a este aspecto distinto al de la excepción de la comunicación pública de pequeños fragmentos de obras musicales en el curso de ceremonias religiosas, en la cual se impide que los participantes en el dicho acto perciban una remuneración específica por su interpretación o ejecución (LDA, 1996, art. 41, inc. b). Como veremos, dicha restricción no existe en la nueva excepción propuesta, en tanto consideramos que la finalidad benéfica y los valores constitucionales que representa son suficientes para permitir el libre uso de la obra, incluso si se debe pagar a la empresa funeraria que se contrata para dicho acto.

Entonces, en resumen, la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos no será un obstáculo para el mercado regular de las obras utilizadas, debido a que en la totalidad de sus aspectos no existe finalidad concurrencial con los autores y/o titulares, siendo que en casi todos los casos

existen “candados” en los conceptos utilizados para impedir los cruces, así como los usos de la excepción –adicionalmente– carecen de finalidad lucrativa y la incursión en los mismos es excepcional para los autores y/o titulares que se embarcan en el mercado de las industrias culturales para la regular explotación de la obra.

c. No perjudicar injustificadamente los intereses del autor

Para acabar con la dimensión macro-sistémica del *test* de la regla de los tres pasos, debemos cuestionar si la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos generará perjuicios a los intereses de los autores y/o titulares de los derechos sobre las obras utilizadas. En este caso, recordamos que el análisis se hace *in abstracto* sin tener la evidencia empírica que demuestre la respuesta; en otras palabras, toda la evaluación de la dimensión macro-sistémica del *test* de la regla de los tres pasos, es predictiva.

En este punto, debemos precisar también que el paso tres del *test* de la regla de los tres pasos indica que los “usos honrados” son aquellos que no “(...) causan perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del respectivo derecho” (LDA, 1996, art. 2, inc. 47). En este sentido, no se trata que el uso generado por la nueva excepción no cause ningún perjuicio a los intereses del autor y/o titular, sino que no se cause un “perjuicio injustificado”. Como indica De Oliveira, “Obsérvese que todavía la regla no menciona un perjuicio, sin más. Habla de ‘perjuicio injustificado’. Por lo tanto, se requiere una interpretación cuidadosa del contenido cubierto” (De Oliveira, 2006, p. 88)⁶⁵. Esto ha sido equiparado a que un perjuicio razonable y/o proporcional es permitido (Córdoba, 2015, pp. 251-252), debiéndose –claramente– ponderar y observar si los valores que fundamentan la nueva excepción pueden lograr pasar la evaluación sobre el derecho a la creación intelectual, artística, técnica y científica.

Dicho lo anterior, para empezar, no nos parece que los usos de obras protegidas como tratamiento médico, así como en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas y colectas públicas, puedan afectar de manera alguna los intereses de autores y/o titulares. Además, sus fundamentos constitucionales –como vimos– son contundentes, a la vez de implicar un uso no lucrativo ni concurrencial; es decir, incluso si se llegara a fundamentar que existe perjuicio a un interés del autor y/o el titular, la

⁶⁵ Traducción libre de: “observa-se todavia que a regra não refere um prejuízo, sem mais. Fala em ‘prejuízo injustificado’. O que exige portanto uma cuidadosa interpretação do conteúdo abrangido” (De Oliveira, 2006, p. 88).

pretensión de impedir el uso de la obra no debería ser acogida, también debido a que la finalidad benéfica implica generar efectos positivos para una persona o un grupo de personas.

Ahora bien, sobre los usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos; para propaganda o publicidad institucional, con exclusión de usos en propaganda electoral, con fines benéficos; y en ritos funerarios, sí podrían traer perjuicios a los intereses de los autores y/o titulares, en tanto existen otros sujetos involucrados en los usos, con los cuales el autor y/o el titular podría discrepar.

- **En los usos de obras protegidas para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos**

En los usos de obras protegidas para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, por más que se trate de un mensaje exclusivo de un fin benéfico, está involucrado un anunciante; es decir, un profesional o una empresa que tiene finalidad lucrativa indirecta al colocar su nombre, imagen, signo distintivo u otro en la comunicación. De esta forma, el autor y/o el titular pueden tener un interés legítimo que puede colisionar con la forma de utilización que hará el agente de la obra sobre la cual tiene derechos de autor.

En el caso concreto, este aspecto de la nueva excepción logra desplazar al derecho a la creación intelectual, artística, técnica y científica, conjuntamente con el interés legítimo de autores y/o titulares, en virtud al fin benéfico; ya que ésta implica generar efectos positivos para una persona o un grupo de personas, lo cual está fundamentado en varios valores del más alto rango como se observará más adelante. De esta forma, no existirá perjuicio injustificado a los intereses legítimos de autores y/o titulares.

- **En los usos de obras protegidas para propaganda o publicidad institucional, con exclusión de usos en propaganda electoral, con fines benéficos**

En los usos de obras protegidas para propaganda o publicidad institucional con fines benéficos es donde existe mayor proyección de colisión con intereses legítimos de los autores y/o titulares de las obras. Lo que sucede es que muchos de los mensajes que son transmitidos en este sentido tienden a generar polarización; en este orden de ideas, los autores y titulares deberán tener un mecanismo con el cual impedir el uso de las

obras cuando vean perjudicados sus intereses legítimos de forma injustificada, ya que no concuerdan con el mensaje transmitido. Sucede exactamente lo mismo cuando el autor y/o el titular no simpatizan con el emisor del mensaje.

Ahora bien, es importante resaltar que sólo se debe impedir el uso de la obra a través de la excepción cuando se trate de un perjuicio injustificado al interés del autor y/o del titular de los derechos. Así, sólo estaremos en este supuesto cuando exista motivación sustentada con medios probatorios que demuestren que se trata de un perjuicio que no logra superar el umbral de racionalidad que permite desplazar el derecho a la creación intelectual, artística, técnica y científica, desde la posición del autor y/o el titular. Esto será establecido por medio de un derecho potestativo a su favor, como veremos a continuación en este mismo capítulo, mediante el cual podrán negarse al uso de la obra a través de la nueva excepción, siempre que exista sustento.

De esta forma, respecto a este aspecto concreto, tendremos:

- Como regla general, la nueva excepción logra desplazar al derecho a la creación intelectual, artística, técnica y científica (conjuntamente con el interés legítimo de autores y/o titulares para que se impida dicho uso, en clave de la dimensión macro-sistémica del *test* de la regla de tres pasos); ya que ésta implica generar efectos positivos para una persona o un grupo de personas, lo cual está fundamentado en varios valores del más alto rango como se observará más adelante, tal como las otras acepciones estudiadas para la nueva excepción. Y
 - De forma excepcional, existirá un “perjuicio injustificado” al interés del autor y/o del titular de los derechos en los términos del *test* de la regla de los tres pasos siempre que exista justificación sustentada para que no se permita dicho uso; de esa forma, el usuario que busque hacer uso de la obra original protegida para propaganda o publicidad institucional con fines benéficos, quedará sujeto al ejercicio del derecho potestativo por parte del autor de la obra y/o el titular que cuente con derechos sobre la misma. Este derecho potestativo podrá estar justificado en discrepancias con el mensaje transmitido o con el emisor del mensaje.
-
- **En los usos de obras protegidas en ritos funerarios**

De igual forma, en los usos de obras protegidas en ritos funerarios, a pesar que se trate de un fin noble para respetar la última voluntad de una persona o para rendirle homenaje a un familiar y/o amigo fallecido, está involucrado una persona fallecida, ajena al autor

y/o al titular; es decir, el autor y/o el titular puede tener un interés legítimo que puede colisionar con la forma de utilización que se hará sobre la obra sobre la cual tiene derechos de autor. Para graficar: v.g. imaginemos que el autor y/o el titular no simpatizan con una determinada persona que ha fallecido, por diversos motivos, y los deudos deciden utilizar una canción compuesta por ese autor o sobre la cual tiene los derechos el titular de dicha obra musical.

En este supuesto específico, también consideramos que este aspecto de la nueva excepción logra desplazar al derecho a la creación intelectual, artística, técnica y científica, conjuntamente con el interés legítimo de autores y/o titulares, en virtud al fin benéfico; ya que ésta implica generar efectos positivos para una persona o un grupo de personas, lo cual está fundamentado en otro valor del más alto rango, como se observará más adelante.

Sin embargo, como apuntaremos al final del presente capítulo en la dimensión micro-sistémica del *test*, nuestro ordenamiento no avala los abusos del derecho (Constitución Política del Perú, 1993, art. 103; Código Civil, 1984, N. II T.P.); y, en realidad, cualquier uso que exceda la proporcionalidad en la utilización de esta medida deberá ser controlado por el órgano competente dentro del INDECOPI o por la autoridad judicial.

Por todo lo antedicho, en síntesis, la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos no generará perjuicios injustificados a los intereses de los autores y/o titulares de los derechos sobre las obras utilizadas, puesto que, en todos los aspectos que incluye, se logra desplazar al derecho a la creación intelectual, artística, técnica y científica (conjuntamente con el interés legítimo de autores y/o titulares), en virtud al fin benéfico en favor de una o varias personas. No obstante, es necesario establecer un mecanismo –en este caso, un derecho potestativo– para que los autores y/o titulares de los derechos sobre las obras utilizadas se nieguen a los usos utilizando la nueva excepción en el caso de los usos de obras protegidas para propaganda o publicidad institucional con fines benéficos, ya sea por discrepar con el mensaje transmitido o con el emisor. Finalmente, cabe indicar que cualquier uso abusivo de la excepción nueva en la práctica, deberá ser controlado, en virtud de la aplicación de la dimensión micro-sistémica del *test*.

Entonces, resumiendo hasta este punto, la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos debe tener – y efectivamente tiene– como presupuesto la aplicación del *test* de la regla de los tres

pasos, tanto en su dimensión macro-sistémica, quedando proyectado que la excepción cumpla *in abstracto* en su fórmula legislativa con los pasos del *test*, como en su dimensión micro-sistémica, debiéndose cuidar la aplicación de la nueva excepción para no generar “perjuicios injustificados” a los autores y/o titulares, ni abusos en su aplicación.

3.2.2. Requisitos transversales

Una vez que se ha descrito la aplicación del *test* de la regla de los tres pasos como el presupuesto en la aplicación de la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos, debemos proceder a identificar y delinear los parámetros de los dos (2) requisitos transversales que se deben cumplir para la aplicación de la misma; a saber, la finalidad benéfica y la ausencia de finalidad de lucro directo.

Es importante indicar, previamente a trabajar cada uno de ellos, que estos requisitos – ambos conjuntamente – son necesarios en cada uno de los aspectos para configurarse el supuesto de la nueva excepción; ambos requisitos deben cumplirse para estar ante el beneficio que otorgará el sistema de Derecho de Autor a los usuarios que persigan utilizar obras protegidas sin solicitar autorización y sin pagar regalías con el fin de ayudar a una persona o un grupo de personas.

a. Finalidad Benéfica

El primer requisito necesario y trasversal a todas las facetas que se han incluido en el estudio de la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos libres y gratuitos de obras protegidas es, precisamente, la persecución de una finalidad benéfica.

Ya perfilamos este concepto de forma inductiva en el capítulo 2 del presente trabajo, incluso dando una perspectiva extrajurídica. En este punto, habiendo observado la realidad de los casos estudiados, nos corresponde perfilar una definición jurídica, que será aquella plasmada en la *fattispecie* de nuestra nueva excepción y que, en realidad, se configurará como el “corazón” de la misma. De esta forma, la **finalidad benéfica** es la búsqueda de ayuda o apoyo a otra persona o grupo de personas, cuando la necesiten.

Esta definición coincide con la observación de los ejemplos que consideramos deben estar exentos de solicitud de autorización para su uso y de pago de regalías a los autores y/o titulares de los derechos patrimoniales de autor. Como vimos, cuando los médicos y/o el personal de los centros de salud realizan tratamiento médico, están ayudando a los pacientes y/o sus familiares cercanos; cuando los anunciantes transmiten mensajes de ayuda y/o apoyo en su publicidad sólo colocando sus signos distintivos, están ayudando a las personas y/o colectivos a quienes están dirigidos los anuncios; cuando se comunican mensajes de relevancia social por parte de instituciones sin fines de lucro o de parte del Estado, se está ayudando a personas y/o colectivos a quienes están dirigidos dichos mensajes o a la sociedad en general; cuando un grupo de personas o alguna entidad efectúa actividades de recreación para los enfermos o realizan una colecta de fondos para alguna entidad que lo necesite, están ayudando a estos colectivos y/o entidades; de igual forma, cuando se respeta la última voluntad de una persona o se realiza un homenaje en algún rito funerario a ésta, se está ayudando a la familia y/o amigos de la persona fallecida a mostrar un último adiós y respeto al ser querido que ha fallecido.

Ahora bien, entendemos que definir de esta manera la “finalidad benéfica” no cumpliría con la primera condición de la dimensión macro-sistémica del *test* de la regla de los tres pasos; en otras palabras, la búsqueda de ayuda o apoyo a otra persona o grupo de personas, cuando la necesiten, es una definición muy amplia para ser establecida por sí misma como un límite y/o excepción generándose una cláusula abierta como el *fair use*. Incluso, si contamos que existe la prohibición de los casos de abuso de derecho que serán controlados por la aplicación del *test* en su dimensión micro-sistémica, la definición que hemos proporcionado es muy amplia y genera una apertura inusual y prohibida en un régimen de Derecho de Autor con el sistema de límites y/o excepciones cerrado.

Por este motivo, esta nueva excepción tendrá la definición de “finalidad benéfica” como un filtro basado e inspirado en el criterio de selección primario de los sistemas de límites y/o excepciones mixto (*fair dealing*), pero sin llegar a sugerirse el cambio a este tipo de sistema. De esta forma, el concepto de “finalidad benéfica” debe enlazarse con cada uno de los requisitos específicos, ya que para la excepción que se propone, serán finalidades benéficas, específicamente delimitadas:

- a. El tratamiento médico;

- b. La publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, que exclusivamente busca ayudar o apoyar a otra persona o grupo de personas;
- c. La propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral;
- d. El desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública buscando ayudar o apoyar a otra persona o grupo de personas; y
- e. Los ritos funerarios.

De esta manera, el concepto jurídico –plasmado en la fórmula legislativa elegida para la nueva excepción– está basado en dos puntos: (i) una definición general que denota el *telos* de la nueva excepción y (ii) los perfiles delimitados de la definición para la aplicación restrictiva de la nueva excepción en la nueva norma propuesta.

Esta fórmula resulta ser conveniente pues informa a los usuarios y a las Autoridades cuál es el verdadero sentido de la nueva excepción, así como permite transparencia y exactitud en la subsunción de los casos que puedan presentarse en la realidad; de igual forma, la definición general también sirve –y esta es una función importante– para impedir el abuso de derecho y negar el uso de una obra protegida por derechos patrimoniales de autor, cuando el uso específico que se ha realizado claramente no persigue una “finalidad benéfica”, lo cual sólo se podrá observar a raíz de un caso concreto ante los órganos resolutivos del INDECOPI.

En suma, la finalidad benéfica se define jurídicamente como la búsqueda de ayuda o apoyo a otra persona o grupo de personas, cuando la necesiten; este requisito transversal a todos los aspectos de la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos libres y gratuitos de obras protegidas es el “corazón” de la propuesta. El concepto de finalidad benéfica se debe enlazar con cada uno de los requisitos específicos para delimitar su contenido, con la meta de cumplir con la primera condición del *test* de la regla de los tres pasos. Por último, la finalidad benéfica tiene tres propósitos en la propuesta de nueva excepción: (i) informa a los usuarios y a las Autoridades cuál es el verdadero sentido de la nueva excepción, (ii) permite transparencia y exactitud en la subsunción de los casos que puedan presentarse en la realidad y, finalmente, (iii) impedirá el abuso de derecho.

b. Ausencia de finalidad de lucro directo

Otro requisito transversal a la propuesta es la ausencia de finalidad de lucro directo. ¿Por qué no simplemente colocar “ausencia de finalidad de lucro”? En un principio, como se dijo en el capítulo 2, nos vimos tentados de colocar el añadido “(...) de forma desinteresada” dentro de la definición jurídica de “finalidad benéfica”; esto debido a que casi todos los aspectos de la nueva excepción se caracterizan por la ausencia de finalidad de lucro. No obstante, conforme fuimos avanzando en la investigación, constatamos que dicho agregado hubiera cerrado las puertas al aspecto de usos de obras protegidas para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos; así, esta limitación nos haría excluir supuestos que consideramos injustos, puesto que la mera colocación del signo distintivo –único motivo por el cual se categoriza a estos supuestos como publicidad comercial lucrativa– no aparta la primacía de la finalidad benéfica del anuncio desde nuestra perspectiva.

En términos jurídicos, como observamos, la publicidad comercial tiene una finalidad dual: informativa y persuasiva (Murillo, 2015c, p. 186). Sin embargo, en este caso, nos encontramos ante personas y/o empresas que harán publicidad con las obras protegidas, pero (i) con una finalidad más informativa que persuasiva e, incluso, (ii) con ella deberá transmitirse un mensaje de fin benéfico puro y sin otras intenciones.

De un lado, tenemos la ventaja, indirecta, que obtiene la empresa anunciante; mientras que, del otro lado, tenemos la información con finalidad benéfica que será recibida por una persona o grupo de personas a modo de ayuda y/o apoyo. En los casos previstos para este aspecto de la excepción, la publicidad comercial sólo cuenta con fin lucrativo indirecto ya que únicamente se colocará el signo distintivo del anunciante, pero principalmente y de forma prioritaria el contenido del anuncio busca ayudar a quienes lo necesitan.

En este contexto, nos parece injusto que se requiera el permiso para la utilización de obras protegidas por el Derecho de Autor y se obligue al pago de regalías. Ahora, si bien dejamos advertido que podría ser discutible que se pague una regalía por estos usos; en este punto, optamos por preferir que no se cobren las regalías, puesto que dicho cobro podría significar –finalmente– una barrera al libre uso de las obras protegidas cuando exista fin benéfico, lo cual ha sido puesto en aviso de parte de Solórzano y Marciani sobre la regulación de la parodia en la LDA, donde el requisito del pago se ha convertido en un obstáculo (2004, p. 280).

Entonces, en vista de lo antes indicado, el segundo requisito transversal es la **ausencia de finalidad de lucro directa**, la cual debe ser entendida como la no persecución de obtención de beneficio económico directamente derivado del uso de las obras protegidas por derecho de autor.

Esta definición jurídica nos permite alcanzar varios objetivos respecto a algunos de los aspectos que conlleva la nueva excepción:

En primer lugar, respecto al tratamiento médico y los rituales funerarios, lo que podría conllevar una finalidad de lucro es el servicio prestado por el profesional médico y por la empresa funeraria; sin embargo, dicha finalidad lucrativa está directamente vinculada con la prestación de un servicio médico, en un caso, y la prestación un servicio de ceremonia fúnebre, en el otro. Distinto será, y en estos casos efectivamente sí estaremos ante una finalidad lucrativa directa (la cual excluye la aplicación de la nueva excepción), cuando existe una diferenciación entre el servicio médico realizado sin la obra original y el tratamiento médico realizado con la obra original, únicamente basado en el valor agregado del uso de la obra protegida; de igual forma, cuando existe una diferenciación entre el servicio funerario realizado sin la obra original y el servicio funerario realizado con la obra original, únicamente sustentado en el valor agregado que proporciona el uso de la obra protegida.

Entonces, así se deba pagar a los profesionales, entidades y/o empresas que prestan servicios principales, el libre y gratuito uso de la obra está justificado en la finalidad benéfica y los valores constitucionales que son ejercitados y alcanzados con dicho uso. Esto, como hemos indicado, siempre que no haya una discriminación de precios en virtud del valor agregado de las obras utilizadas.

Es importante también aclarar que nos encontramos en desacuerdo sobre impedir que los participantes de los tratamientos médicos y/o de los ritos funerarios perciban una remuneración específica por su interpretación o ejecución, tal como sucede en la excepción de la comunicación pública de pequeños fragmentos de obras musicales en el curso de ceremonias religiosas, prevista en nuestra norma sobre Derecho de Autor (LDA, 1996, art. 41, inc. b). Esto porque el tratamiento médico y los ritos funerarios son distintos al concepto de “ceremonias religiosas”

En segundo lugar, respecto a la propaganda o publicidad institucional, así como las actividades de recreación y colecta pública, es más claro que no existe finalidad lucrativa.

Solo queda hacer la observación de la posible colocación de restricción sobre impedir que los participantes de las actividades de recreación y colecta pública perciban una remuneración específica por su interpretación o ejecución, tal como sucede en la excepción de la comunicación pública de pequeños fragmentos de obras musicales en el curso de ceremonias religiosas, ya existente en nuestra normativa (LDA, 1996, art. 41, inc. b). Consideramos que dicha restricción no deberá ser colocada en la nueva excepción propuesta, en tanto consideramos que la finalidad benéfica y los valores constitucionales que representa son suficientes para permitir el libre y gratuito uso de la obra.

Finalmente, respecto a los usos de obras protegidas que serían utilizadas como parte de publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, la ausencia de finalidad lucrativa directa viene dada por tres aspectos concretos que deberá tener la comunicación que aspire a que se le aplique la nueva excepción:

- Primero, que la comunicación tenga como mensaje principal únicamente uno con finalidad informativa que persiga una finalidad benéfica; es decir, que busque ayudar o apoyar a otra persona o grupo de personas, cuando lo necesiten.
- Segundo, que la comunicación no tenga mensajes adicionales de carácter persuasivo del tipo “*contrata nuestros servicios*” o “*adquiere nuestros productos*”, en ninguna forma posible; se entiende que este requerimiento, es complementario al primero ya que sólo habrá un único mensaje informativo, el cual necesariamente deberá tener una finalidad benéfica.
- Tercero, que la comunicación sólo incluya de manera objetiva y neutral el nombre, denominación social, razón social o signo distintivo del anunciante, siendo esta inclusión la única muestra de finalidad lucrativa, debido a la función publicitaria y su propósito persuasivo.

Como vimos en el capítulo 2, incluso desde un punto de vista fenomenológico, ya habíamos indicado que para considerarse un supuesto que califica como parte de la nueva excepción, la publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos debe –ineludiblemente– sólo tener presente como elemento de persuasión la colocación de un signo distintivo y tener como objetivo exclusivo la

transmisión al público del mensaje de incentivo de ayudar a los demás ; es decir, un fin exclusivamente benéfico, concordando con el requisito transversal analizado en el acápite anterior y los requisitos específicos que serán analizados en el siguiente acápite.

Entonces, en resumen, la **ausencia de finalidad de lucro directa**, como el segundo requisito transversal de la nueva excepción propuesta, consiste en la no persecución de obtención de beneficio económico directamente derivado del uso de las obras protegidas por derecho de autor, siendo únicamente permitido dentro del espectro de la *fattispecie* de la excepción el caso de la inclusión de un signo distintivo en publicidad comercial con fines exclusivamente benéficos. Igualmente, los pagos de remuneración a las personas, profesionales, instituciones y/o empresas que efectúan tratamientos médicos y/o servicios de ritos funerarios no se entienden como finalidad de lucro directa para la aplicación de la nueva excepción propuesta; siempre y cuando, no exista diferenciación de precio basado en el valor agregado del uso de las obras protegidas por los derechos de autor.

3.2.3. Requisitos específicos

Ahora que hemos explorado los dos (2) requisitos transversales; los cuales se deben cumplir conjuntamente para la aplicación de la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos, debemos proceder a terminar de detallar y delinear los parámetros de cada uno de los aspectos de la misma, en forma jurídica y dando los parámetros para la fórmula legislativa que vamos a proponer.

De esta forma, los requisitos que vamos a explicar son de necesaria aplicación en cada uno de los aspectos para configurarse el supuesto de la nueva excepción; los hechos específicos deben calzar perfectamente en los supuestos de hecho descritos a continuación para aplicarse la consecuencia jurídica consistente en el beneficio que otorgará el sistema de Derecho de Autor a los usuarios que persigan utilizar obras protegidas sin solicitar autorización y sin pagar regalías con el fin de ayudar a una persona o un grupo de personas, sin finalidad lucrativa directa y cumpliendo además los requisitos que ahora relataremos.

a. Tratamiento médico

Para el caso específico del tratamiento médico, como adelantamos en el acápite 3.1.1.a., éste término no cuenta con una definición normativa en nuestro ordenamiento;

no obstante, podemos extrapolar el término utilizado en la norma más importante del sector salud; es decir, la Ley General de Salud peruana, que utiliza de forma sistémica el término “tratamiento”, siendo un ejemplo el artículo 4 que indica “ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia (...)” (LGS, 1997, art. 4), siendo repetida dicha mención en los artículos 7, 9, 15, 24, 27, 109 y 119, en el sentido que deseamos proponer para la norma: tratamiento de medicina tradicional, no siendo posible ampliar la excepción a medicina no convencional o alternativa como la homeopatía, acupuntura, etc., pues los usos libres y gratuitos de obras protegidas como tratamiento médico están basados en resultados científicos que demuestran mejoría en la salud de los pacientes y, en algunos casos, sus familiares. Igualmente, se deben tomar en cuenta los diferentes y variados “candados” colocados en la Ley General de Salud peruana, respecto a los tratamientos médicos, como se indica desde el punto de vista subjetivo en el artículo 22, donde se permite esta actividad únicamente a profesionales de la salud.

Por lo indicado, si bien se debería incluir una definición legislativa, creemos que es más útil y pertinente hacer una remisión general al cuerpo legislativo, técnica legislativa ya observada en el análisis de la *Section 44BB*, párrafo 1, epígrafe a), numeral iv), de la *Copyright Act* australiana de 1968, la cual establece un límite y/o excepción a los derechos de autor basándose en la atención médica o el manejo de información médica, la cual remite a la *My Health Records Act* australiana de 2012, la cual a su vez remite a la *Privacy Act* australiana de 1988, para entender que es “*healthcare*” jurídicamente.

En este análisis, efectuado en el acápite 2.2.3. del presente trabajo, observamos que este importante antecedente del ordenamiento australiano sirve perfectamente para establecer los contornos del aspecto específico de la nueva excepción que venimos delimitando, así, estos contornos nos sirven para guiar la aplicación de esta *fattispecie* específica; de esta forma, están comprendidos dentro de “tratamiento médico”:

- La evaluación (*assess*) de la salud de los individuos (*individual's health*),
- El mantenimiento (*maintain*) de la salud de los individuos (*individual's health*) y
- La mejora (*improve*) de la salud de los individuos (*individual's health*),
- El diagnóstico (*diagnose*) de la salud de los individuos (*individual's health*)
- El tratamiento (*treat*) de las enfermedades (*illness*) de la salud de los individuos (*individual's health*)

- El tratamiento (*treat*) de la discapacidad (*disability*) de la salud de los individuos (*individual's health*)
- La dispensa (*dispensing*) de medicinas o preparaciones médicas por parte de los farmacéuticos.
- La prescripción (*prescription*) de medicinas o preparaciones médicas por parte de los farmacéuticos.

Como vimos, el caso de la comunicación o manejo de la información de salud (*the communication or management of health information*), sí estaría bajo cobertura del aspecto de usos de obra protegida para propaganda o publicidad institucional.

De esta manera, la faceta de la excepción a los derechos patrimoniales de autor para fines benéficos en el tratamiento médico, deberá entenderse de forma sistémica a través de una remisión a la Ley General de Salud peruana, sobre el término “tratamiento médico”, así como se debe asumir la cobertura de la *Section 44BB*, párrafo 1, epígrafe a), numeral iv), de la *Copyright Act* australiana de 1968, como guía de aplicación. Además, debe excluirse cualquier tipo de medicina no tradicional o alternativa en la aplicación del presente aspecto de la excepción, ya que el sustento científico de la misma no alcanza a este tipo de procedimientos.

b. Publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos

Para el caso específico del aspecto de publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, debemos asumir y utilizar la definición plasmada en la Ley de Represión de Competencia Desleal (LRCD, 2008, art. 59, inc. d); por lo que, en este caso bastará la remisión normativa, pero debemos hacer unas precisiones específicas para la subsunción en el supuesto de hecho de la nueva excepción.

La propuesta de norma sólo incluye un tipo de comunicación publicitaria específica, dentro del concepto general recogido en la Ley de Represión de Competencia Desleal; a saber, la publicidad comercial que sólo tiene finalidad lucrativa indirecta (o su equivalente, sin finalidad lucrativa directa) al colocar el signo distintivo y transmitir un mensaje más informativo que persuasivo, en realidad con finalidad exclusivamente benéfico, como hemos visto previamente. La remisión a la Ley de Represión de Competencia Desleal sólo toma el término “publicidad comercial”, pero la propuesta

normativa de la nueva excepción, la limita a específicamente a la “publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos”.

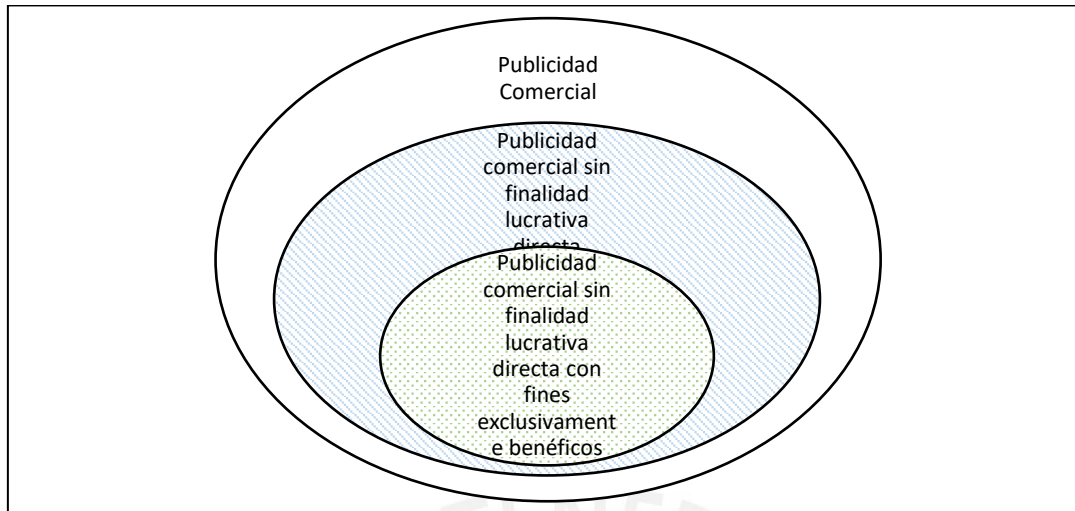
La doble finalidad de la publicidad comercial siempre es persuadir e informar; en algunos casos, la persuasión será en mayor grado y, en otros casos, lo será el traslado de información. Como indica García,

(...) solo resta aclarar que se habla de comunicación ‘informativa y/o persuasiva’, porque la actividad publicitaria de un sujeto abarca a lo largo del tiempo diferentes fases. Habrá algunas en que predomine la información, en otras, en cambio, la persuasión, pero ésta siempre contiene en alguna medida algo de aquélla (2014, pp. 184-185).

De igual forma, De la Cuesta coincide indicando que “la publicidad es siempre una información persuasiva” (2002, p. 30). En realidad, no se trata de “medir” una finalidad frente a la otra, basta con dejar claro que existen grados entre una y otra. Para la propuesta del presente trabajo, lo importante es saber que sólo aquella publicidad comercial que cuenta con un mensaje con fin exclusivamente benéfico se subsumirá en la norma que otorgará el beneficio de la excepción a los derechos patrimoniales de autor y, precisamente, ese supuesto tiene mayor finalidad informativa que persuasiva.

De esta forma, como adelantamos en el capítulo 2, precisamos que el único tipo de publicidad que entrará dentro del supuesto de hecho de la nueva excepción se trata de una sub especie (“publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos”) dentro de una especie (“publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa”) que está –a su vez– dentro de un género (“publicidad comercial”):

Figura N° 46 – Esquema de tipos de publicidad comercial



Fuente: elaboración propia.

La remisión normativa es completamente compatible si se hace la delimitación de lo antes indicado; es decir, sólo se efectúa la remisión normativa para partir de una definición técnica especializada de la normativa que regula la publicidad comercial, pero la especificación de la sub-especie siempre será posible a través de la fórmula legislativa propuesta.

Tal como vimos en el capítulo anterior, la publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos es un tipo específico de publicidad comercial que debe cumplir con las siguientes características:

- El único elemento de persuasión que debe contener el anuncio publicitario es la colocación de un signo distintivo.
- El único exclusivo mensaje que debe contener es uno que persiga ayudar o apoyar a otra persona o personas, cuando lo necesitan; es decir, un fin exclusivamente benéfico.

De esta manera, la faceta de la excepción a los derechos patrimoniales de autor para fines benéficos en publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, deberá remitirse de forma sistémica al concepto jurídico de “publicidad comercial” establecido en la Ley de Represión de Competencia Desleal, más deberá hacerse la precisión sobre la condición de ser “sin finalidad lucrativa directa”, en el sentido de sólo implicar la mera colocación de un signo distintivo, y además, estar destinada a un “fin exclusivamente benéfico”, sólo pudiendo transmitir un mensaje en este sentido.

c. Propaganda o publicidad institucional

Para el caso específico del aspecto de propaganda o publicidad institucional, lo primero que debe quedar claro es que están excluidas las comunicaciones destinadas a ser calificadas como “propaganda electoral”, término que está definido en la Resolución N° 0078-2018-JNE – Reglamento sobre propaganda electoral, publicidad estatal y neutralidad en periodo electoral (RPEPEN, 2018, art. 5, inc. o); remisión normativa que debe ser realizada para incluir esta exclusión de la aplicación de la nueva excepción.

Ahora bien, debemos entender “propaganda o publicidad institucional” en el sentido que le otorgó a este concepto el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI en la Resolución N° 096-1996/TDC-INDECOPI, que posteriormente fue recogido en la Ley de Publicidad Estatal (LPE, 2006, art. 2). Aquí también bastará la remisión normativa, ya que la Ley de Publicidad Estatal no especificó ningún tipo de límite legislativo al colocar la definición, siendo aplicable el concepto a las comunicaciones realizadas por personas, instituciones y/o entidades, así como también el propio Estado.

Igualmente, como adelantamos, existirá un derecho potestativo al cual estarán sujetos los comunicadores que utilicen este aspecto de la excepción, debido a que podría suceder que los autores y/o titulares tengan razones justificadas y sustentadas para negarse a permitir el uso libre y gratuito de sus obras en razón del mensaje o en razón del emisor del mismo; desarrollaremos esto a continuación.

De esta manera, la faceta de la excepción a los derechos patrimoniales de autor para fines benéficos en propaganda o publicidad institucional, deberá, por un lado, excluir de su ámbito de aplicación los casos calificados como “propaganda electoral” y, por otro lado, deberá remitirse a la definición específica provista en la Ley de Publicidad Estatal, siendo aplicable a toda comunicación realizada por el Estado, así como personas, instituciones y/o entidades.

d. Actividades de recreación de personas necesitadas y Colecta pública

Para el caso específico del aspecto de actividades de recreación y colecta pública, sí debemos hacer precisión en la definición de “actividades de recreación” porque ésta no existe a nivel legislativo, mientras que sí está definido el concepto de “colecta pública” en el Decreto Supremo N° 010-2016-IN – Reglamento de promociones comerciales,

rifas con fines sociales y colectas públicas, en un sentido preciso al que se busca con este aspecto de la nueva excepción.

Comenzando con la definición de **actividades de recreación**, creemos que se les puede definir como todas aquellas actividades realizadas para lograr divertir, alegrar o deleitar a una persona o más. Ahora bien, en el contexto de la nueva excepción que se propone, se trata de “actividades de recreación de personas necesitadas”; es decir, se trata de la realización de estas actividades para niños, niñas o personas que pasen por momentos difíciles de salud, que requieren apoyo después de un desastre natural, que necesiten ánimo después de un *shock*, entre otras. En este sentido, la definición jurídica que incluiremos será el concepto básico de “actividades de recreación”, siendo delimitada más aún en la propia fórmula legislativa de la nueva excepción.

Por otro lado, el concepto de “colecta pública” está en el inciso d) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 010-2016-IN – Reglamento de promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas (RPCRCP, 2016, art. 5, inc. d); por lo que, en ese caso, sólo bastará la remisión normativa.

En resumen, la faceta de la excepción a los derechos patrimoniales de autor para actividades de recreación de personas necesitadas y colecta pública, se deberá incluir en la norma del régimen de Derecho de Autor una específica definición de “actividades de recreación”, siendo delimitada la misma en la propia fórmula legislativa propuesta a aquella realizada “para personas necesitadas”, y además se deberá incluir la remisión al Reglamento de promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas, para la definición específica de “colecta pública” en la nueva excepción.

e. Ritos funerarios

Finalmente, para el caso específico del aspecto de ritos funerarios, al igual que sucede en el caso del tratamiento médico, no contamos con una definición normativa de “ritos funerarios” en nuestro ordenamiento; no obstante, podemos extrapolar el término “rito” utilizado en la norma más importante en materia de religión; es decir, la Ley N° 29635 – Ley de Libertad Religiosa peruana, en la cual se utiliza este término de forma sistémica, indicando que la libertad de religión comprende “practicar de forma individual o colectiva, en público o en privado, los preceptos religiosos de su confesión, sus ritos y actos de culto” (LLRP, 2010, art. 2, inc. b), así como “recibir sepultura de acuerdo con las

tradiciones y ritos de la propia confesión religiosa, respetando en todo caso las normas vigentes sobre salud e higiene públicas” (LLRP, 2010, art. 2, inc. h).

En este caso, nuevamente, si bien deberíamos incluir una definición debido a la falta aquella; como se trata de un tema específico regulado en una norma especial, no sería sistémico crear una definición alterna en una norma que sólo está prestándose un concepto para formar una nueva excepción. Por ello, será una buena y eficiente solución, de forma sistémica, hacer remisión general a la mención de la palabra “rito” en la mencionada norma aunque carezca de definición.

Igualmente, como los “ritos funerarios” son una especie del género “ceremonias religiosas”, junto a matrimonios, primera comunión, confirmación, *bar mitzvah*, *aqiqah*, entre otros, es necesario pronunciarnos sobre el ya existente inciso b) del artículo 41 de la LDA.

Es importante indicar que no todos los ritos o ceremonias religiosas deben acceder al beneficio de uso de obras de forma libre y gratuita en virtud de la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras con fines benéficos. De esta manera, se deberá modificar la norma citada de la LDA que habla de “ceremonias religiosas” para excluir su aplicación a los “ritos funerarios” y que éstos únicamente sean regulados en el texto normativo de la nueva excepción, al ser claramente un supuesto con mayor libertad.

Lo indicado se debe a que los ritos funerarios están incluidos dentro de las actividades que se considera tienen finalidad benéfica, al contrario de una boda o un bautizo, si tomamos como ejemplo los rituales de la religión católica cristiana. Recordemos que el concepto de finalidad benéfica, definido líneas atrás, es la búsqueda de ayuda o apoyo a otra persona o grupo de personas, cuando la necesiten.

En ese sentido, a diferencia de cualquier otra ceremonia religiosa, en los ritos funerarios cuando se respeta la última voluntad de una persona o se realiza un homenaje a ésta en algún rito funerario, se está ayudando a la familia y/o amigos de la persona fallecida a demostrar un último adiós y respeto al ser querido que ha fallecido. Esto claramente se configura como el matiz diferenciador entre una ceremonia religiosa sin fin benéfico y un rito funerario que persigue la ayuda o apoyo a otra persona o grupo de personas, quienes necesitan hacer uso de obras protegidas por el Derecho de Autor para cumplir la última voluntad de una persona fallecida o desean ellos –con legítimo interés, pues

conocen mejor a la persona que murió– efectuar un homenaje a través del uso de alguna obra protegida.

Comprendemos, pues tiene una motivación distinta, que la excepción regulada para las “ceremonias religiosas” sea tan limitada (sólo el derecho de comunicación pública, sólo pequeños fragmentos de obras musicales, restringiendo el pago de remuneración a los artistas intérpretes y ejecutantes que participen de la misma, eventos gratuitos y abiertos al público), pero en el caso de los ritos funerarios sólo podría replicarse que sean eventos gratuitos, pero parece innecesario porque normalmente –por cuestiones religiosas– no se cobra entrada a un rito de este tipo y el público está restringido de forma natural a la familia y amistades que despiden a la persona fallecida.

A continuación, procedemos a diferenciar el supuesto del inciso b) del artículo 41 de la LDA y la faceta de ritos funerarios de la nueva excepción propuesta:

Tabla N° 19 - Tabla de diferenciación entre la antigua excepción de ceremonias religiosas y la nueva faceta de ritos funerarios como fin benéfico

	Inciso b) del artículo 41 de la LDA	Faceta de ritos funerarios en la nueva excepción por fines benéficos
Supuesto de la restricción	Ceremonias religiosas	Ritos funerarios
Derecho o derechos patrimoniales de autor restringidos	Sólo el derecho de comunicación pública	Derecho de reproducción, de comunicación pública y de transformación
Objeto utilizable según la restricción	Pequeños fragmentos de obras musicales	Obras originales
Otros requisitos	No remunerar a los artistas intérpretes y ejecutantes que participen	Finalidad benéfica
	Eventos gratuitos y abiertos al público	Ausencia de lucro directo
Fuente: elaboración propia.		

Como podemos observar, es clara y principal la diferencia entre el supuesto actualmente regulado y el nuevo que proponemos. En el caso del inciso b) del artículo 41 de la LDA no estamos hablando de ninguna finalidad benéfica y eso hace –de plano– diferente a ambos supuestos; quizás el único punto de coincidencia es que los ritos funerarios están

incluidos dentro de las ceremonias religiosas; por ello, precisamente afirmamos que se debe excluir a los ritos funerarios de la excepción general planteada actualmente en la LDA. Es importante también resaltar que la amplitud en torno al tipo de obras y a los derechos restringidos se debe a la percusión de un fin beneficio, el cual –como hemos visto en el presente capítulo líneas antes– está respaldado por valores constitucionales que deben ser ponderados con el fundamento constitucional del sistema de protección por Derecho de Autor.

Además, es importante dilucidar si los casos relatados al inicio como velorios y/o entierros con disparos al aire o con movimientos sensuales encima de ataúdes, propios de la cultura popular, al son de obras musicales entraría dentro del supuesto establecido por la nueva excepción. En principio, seguimos creyendo que se cumple con el requisito de la finalidad benéfica pues se busca cumplir con la última voluntad de una persona fallecida o cumplir con un modo de homenaje de los deudos para con la persona fallecida; luego, tampoco se observa una finalidad de lucro en estos ritos, al ser una reunión familiar y/o amical para despedir a una persona fallecida no conlleva cobro de entrada y/o ingresos de algún tipo.

Igualmente, creemos que –aunque poco ortodoxos– estos ritos funerarios lo continúan siendo; como dijimos en el capítulo 2, no creemos que estas formas en las cuales se hacen los ritos funerarios sean relevantes para el sistema de Derecho de Autor, ni para el autor y/o titular. No es tarea de este régimen ser un instrumento controlador de moralidad o corrección de acuerdo a las buenas costumbres⁶⁶; incluso, si un autor y/o titular de obras protegidas repudiara el uso de sus creaciones en un rito funerario popular que incluya las prácticas referidas –estando, como regla, en su derecho– se trata de una ceremonia religiosa íntima, realizada en torno a familiares y/o amigos, compartida en un ámbito muy similar al ámbito doméstico –amparado por otra restricción al derecho patrimonial de autor (LDA, 1996, art. 41, inc. a)–, pues precisamente muchos de estos rituales son realizados en dicho ámbito doméstico, definido como “marco de las reuniones familiares. realizadas en la casa habitación que sirve como sede natural del hogar” (LDA, 1996, art. 2, inc. 3). Pero no se nos malentienda, incluso cuando el rito funerario es realizado en un local externo y/o en un sitio religioso, el ámbito personal de

⁶⁶ Pese a que el Convenio de Berna establezca que corresponde a los Estados el derecho a “permitir, vigilar o prohibir, mediante medidas legislativas o de policía interior, la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción, respecto a la cual la autoridad competente hubiere de ejercer este derecho” (Convenio de Berna, 1979, art. 17); igualmente, según el artículo 3 de la LDA y el artículo 1 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, en el ordenamiento jurídico peruano la protección de las obras es ajena al género, mérito, forma de expresión, finalidad y/o destino.

quienes tendrán acceso a la comunicación pública de la obra utilizada serán familiares y/o amigos de la persona fallecida. Por tanto, incluso estos ritos funerarios entrarían en la excepción propuesta, si y sólo si se cumplen el presupuesto, los requisitos transversales y los requisitos específicos.

Finalmente, quedan dos puntos adicionales que tratar: el primero, los supuestos intermedios, donde tenemos ritos funerarios que sin llegar a aquello que se consideraría contrario a las buenas costumbres, tienen distribución de comida y/o licor; el segundo, relacionado al anterior, el deber de identificar bien que el supuesto de la excepción que proponemos únicamente alcanza al rito propiamente dicho y no a actos que no tienen índole religioso, al carecer de fundamento para ser cubiertos por la excepción.

Sobre estos aspectos, consideramos que mientras la distribución de comida y/o licor se circunscriba al rito funerario y no a actos que no formen parte de la ceremonia religiosa, la faceta de la nueva excepción cubrirá dicho supuesto; al contrario, en ningún supuesto de acto fuera al rito funerario se podrá utilizar obras protegidas por Derecho de Autor debido a que el sustento constitucional y de fin benéfico no alcanza a estos supuestos. Una recepción después del entierro o la espera previa a un velatorio, una reunión posterior a la cremación y/u otros actos similares jamás formarán parte de la excepción planteada porque carecen de fin benéfico y –además– no tienen fundamento en el derecho a la libertad religiosa pues no son parte de un rito funerario; se trata de un tema de precisión en la subsunción, al final y al cabo, que deberá ser cuidado por la Autoridad encargada de vislumbrar si fue bien o mal aplicada esta faceta de la excepción propuesta.

Para terminar, en realidad, como vimos en los supuestos fácticos del capítulo 2, no es relevante si el rito funerario es grande o pequeño, si existe interpretación en vivo o es una reproducción de soporte grabado; sólo importará que –efectivamente– se trate de un rito funerario que tiene fin benéfico, carezca de fin lucrativo directo y cumpla con la regla de los tres pasos (o usos honestos). Es en este último punto, en donde se controlarán los supuestos de abuso de derecho, tales como no aplicar esta faceta de la nueva excepción cuando el funeral o el velatorio sea transmitido por televisión o por Internet, lo cual generalmente sucede cuando se celebran en honor de personalidades reconocibles y/o famosas; en estas circunstancias –claramente– se excede la circunscripción del rito funerario como parte del derecho a la libertad religiosa y se podría afectar los intereses del autor y/o el titular, debiéndose solicitar su autorización y/o pagar las regalías correspondientes. No obstante, reiteramos que no será necesario recortar

el ámbito de aplicación de esta faceta de la nueva excepción porque simplemente bastará aplicar el presupuesto general de los límites y/o excepciones, ya explicado en acápites anteriores, para discriminar estos casos.

De esta manera, una vez aclarados estos últimos puntos, la faceta de la excepción a los derechos patrimoniales de autor para fines benéficos en ritos funerarios, deberá entenderse de forma sistémica a través de una remisión a la Ley de Libertad Religiosa peruana, sobre el término “ritos funerarios”; debiéndoseles, además, excluir del alcance de la limitada excepción para ceremonias religiosas establecida en el inciso b) del artículo 41 de la LDA, ya que existen motivos suficientes en la persecución de un fin benéfico para que la nueva excepción exceda los perfiles que tenía ésta.

De esta forma, como hemos explicado en este acápite, los requisitos específicos de cada uno de los aspectos incluidos dentro de la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para el uso de obras protegidas para fines benéficos deben cumplirse junto a los requisitos transversales para gozar del privilegio de la propuesta normativa, a saber: el uso libre y gratuito de las obras protegidas.

3.2.4. Derecho potestativo de oposición por parte del autor y/o titular de forma justificada en el caso de usos de obras como propaganda o publicidad institucional, y rectificación con aviso de repudio por parte del autor y/o titular de los derechos

Una vez terminada la delimitación de los contornos del presupuesto, los requisitos transversales y específicos; nos queda explicar, como adelantamos en la delimitación del uso de obras como propaganda o publicidad institucional, el mecanismo que proponemos para que el autor y/o el titular puedan impedir la utilización de la excepción por discrepar ya sea con el emisor o con el mensaje, siempre de forma justificada y sustentada.

Es importante resaltar que este mecanismo estará previsto únicamente para los casos de usos de obras como propaganda o publicidad institucional con fines benéficos, ya que –como vimos en el análisis fenomenológico realizado en el capítulo 2– esta es la única faceta donde encontramos diversos ejemplos en los cuales los autores y/o titulares de los derechos de autor han solicitado e, incluso, han accionado legalmente en contra de personas envueltos en política y/o campañas sobre asuntos que generan posturas y en los cuales hay polémica; igualmente, la faceta de uso de obras como propaganda o

publicidad institucional con fines benéficos –como analizamos en el desarrollo del presupuesto de respeto a la regla de los tres pasos– es el único supuesto en el cual se podrían generar perjuicios injustificados a los intereses del autor y/o titular de las obras utilizadas.

La regla de los tres pasos, que incluye no perjudicar injustamente los legítimos intereses de los autores y/o titulares de derechos de autor (Córdoba, 2015, p. 253; Bercovitz, 2015, p. 118), constituye a nivel general el presupuesto de aplicación de la nueva excepción; además, se configura como una limitación a la configuración de nuevos límites y/o excepciones en cada Estado, así como sirve de principio de aplicación por parte de los Jueces y Tribunales nacionales de cada Estado (Hugenholtz, 2018, pp. 284-287; Rodríguez S., 2004, p. 71). Como ya hemos indicado previamente, el perjuicio generado a autores y/o titulares con el uso amparado en la nueva excepción deberá ser injusto para ser contrario a la regla de los tres pasos; así, de la revisión de todas las facetas, concluimos que sólo la faceta de uso de obras como propaganda o publicidad institucional con fines benéficos –obviamente excluyendo la propaganda política– es aquella donde los autores y/o titulares de los derechos de autor pueden ver perjudicados sus intereses de forma injusta al ser relacionados con una postura con la que no concuerdan o con la que no quieren verse involucrados.

¿Perjudicaría injustamente los intereses del autor y/o del titular de los derechos de autor ofrecer una prótesis médica para niños con un diseño inspirado en Derecho de Autor? ¿Qué perjuicio injusto genera que se utilice una obra musical protegida para potenciar el mensaje con fin benéfico de una publicidad comercial que únicamente tiene el signo distintivo del anunciante? ¿Perjudicaría injustamente los intereses del autor y/o del titular de los derechos de autor utilizar una obra teatral para obtener fondos con la finalidad de ayudar a los niños con cáncer? ¿Qué perjuicio injusto produce que se utilice una obra coreográfica protegida para despedir a un ser querido en ceremonia íntima y familiar? La respuesta, creemos, es negativa en todos estos casos; el análisis fenomenológico de los ejemplos que hemos hallado en el capítulo 2 y similares lo demuestra.

Ahora bien, este análisis preliminar –como ciertamente ya hemos indicado– es proyección abstracta; en realidad, la consignación de la regla de los tres pasos como presupuesto de aplicación de los límites y/o excepciones permite corregir todos los posibles perjuicios a los intereses de los autores y/o titulares en el caso a caso. Lo indicado se aplica a todas las facetas de la nueva excepción propuesta, lo que sucede es que el derecho potestativo está regulado exclusivamente para la faceta de

propaganda o publicidad institucional debido a la gran cantidad de ejemplos que se encuentran en la realidad acerca de estos supuestos, donde se utilizan obras sin autorización del autor y/o del titular, ni se realiza pago alguno, en los cuales se plantea una queja expresa ya sea ante la Autoridad o ante la prensa por estos usos contrarios a la postura o al deseo de no involucrarse del autor y/o del titular en el tema tratado por estas comunicaciones.

En este contexto, sólo sí encontramos un potencial perjuicio injusto a los intereses del autor y/o del titular de una obra involucrada en la faceta de uso de obras como propaganda o publicidad institucional con fines benéficos, pues tanto el autor como el titular pueden tener una posición completamente contraria o no querer involucrarse con los temas sobre los que versa la propaganda o la publicidad institucional –como vimos– sobre conductas de relevancia social, como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, así como –más polémicos– el aborto, la eutanasia, la diversidad sexual, entre otros. La gran diferencia entre los demás supuestos y aquel que comentamos es la alta polémica que generan algunos de los temas sobre los que versa este tipo de comunicación en la sociedad y el perjuicio injusto que puede suceder si se relaciona la obra protegida de un autor y/o titular con un tema que decidió no tratar o, peor aún, con una postura sobre un tema con la cual difiere completamente. Igualmente, se generaría un perjuicio sin justicia si se le relacionara con el emisor de la propaganda o la publicidad institucional con el cual discrepa o no le gustaría ser relacionado.

Habiendo aclarado lo anterior, queda indicar que al quedar totalmente excluida la posibilidad de aplicar la excepción de propaganda o publicidad institucional con fines benéficos a la propaganda electoral, resulta obvio que será imposible utilizar este derecho potestativo frente a un aparente uso de la excepción para propaganda electoral, lo que corresponde en caso se utilice una obra en ese sentido es la denuncia por infracción a los derechos patrimoniales de autor y si se usara la excepción como medio de defensa, inmediatamente hacer notar a la Autoridad que el supuesto está excluido de la *fattispecie* de la nueva excepción propuesta.

De esta forma, encontramos que la institución jurídica del derecho potestativo es aquella que regula de mejor manera la situación por la cual el autor y/o el titular pueden oponerse a un uso determinado. Como indica Roppo,

El derecho potestativo es una subespecie de derecho subjetivo que merece destacarse por una característica en particular, que lo distingue de otros tipos de derecho subjetivo. Consiste en el poder de incidir en las situaciones subjetivas ajenas –creándolas, modificándolas o cancelándolas– sin que el titular de la situación incidida pueda impedirlo jurídicamente (Roppo, 2007, p. 49).

Como espejo de esta situación jurídica, el mismo autor indica lo siguiente:

La sujeción es la situación pasiva correspondiente al derecho potestativo. Ella grava a aquel que se encuentra expuesto al derecho potestativo ajeno y sufre, por ello, como consecuencia del ejercicio de tal derecho, la creación, la modificación o la cancelación de una situación jurídica propia, sin poderlo impedir (Roppo, 2007, p. 54).

En el caso que nos ocupa en el presente estudio, el autor y/o el titular de los derechos sobre la obra protegida que se utilizó o pretende utilizar tiene el poder de cancelar el derecho de libre y gratuito uso de la obra protegida que tiene un usuario a través de la propuesta legislativa de la nueva excepción (derecho potestativo); mientras que el usuario que pretendía utilizar o utilizó la obra protegida sufre la consecuencia del ejercicio de dicha cancelación efectuada por el autor y/o el titular, sin poder impedirlo jurídicamente (sujeción).

La pregunta que se genera es: ¿Por qué otorgamos semejante poder al autor y/o el titular de los derechos sobre la obra protegida? La respuesta es sencilla: el creador y/o el titular de dicha obra puede discrepar en la postura asumida por parte de quien transmite el mensaje o, incluso, discrepar del mensaje mismo; en estos casos, como se limita el deber de solicitar autorización para el uso, creemos que es pertinente darle a los autores y/o titulares la posibilidad de discrepar y retraer la situación jurídica que significó o pudo significar el uso de una de sus obras conjuntamente a un mensaje que no comparte o a la transmisión de un mensaje por parte de un emisor con el cual no está de acuerdo.

Lo ante dicho tiene correlación con el tercer paso del *test* de la regla de los tres pasos; es decir, el otorgar este derecho potestativo a los autores y/o titulares es un claro cumplimiento con el mandato de la condición en dimensión macro-sistémica del *test* de la regla de los tres pasos. En otras palabras, cuando autores y/o titulares ejercen su

derecho potestativo están –en realidad– expresando que el uso perjudica o perjudicaría de manera injustificada los intereses de estos.

Ahora bien, sí debemos prever un “candado” para que los autores y/o titulares no utilicen este mecanismo como un medio de censura o su uso se haga de forma abusiva. Así como éstos pueden ejercer su derecho en el momento en que tomen conocimiento del mismo, no habiéndoseles colocado límite de plazo para ejercer el derecho potestativo, también deberán hacerlo siguiendo un requisito específico y especial, consistente en que la solicitud de cese de uso (en caso de ya haberse usado la obra) o de prohibición de uso (en caso de aún no haberse usado la obra) debe estar justificada y, además, sustentada.

¿Qué quiere decir ello? Dejando de lado que existe la limitación misma de tener que pensar y poner por escrito la justificación, la solicitud de cese de uso o de prohibición de uso deberá estar sustentada en medios probatorios que demuestren el claro rechazo del autor y/o el titular, ya sea con el mensaje concreto transmitido a través de la propaganda o publicidad institucional, o con el emisor del mensaje determinado.

Nos parece prudente, también, dar únicamente como plazo máximo un (1) día calendario a los usuarios para que una vez recibida la comunicación de fecha cierta – pudiendo ser una carta notarial o un *e-mail* a dirección verificada– puedan tomar todas las medidas necesarias para impedir el uso o, en caso ya se haya utilizado, cesar el mismo. De igual forma, en caso ya se hubiese utilizado la obra y se envía la comunicación de repudio, se genera la obligación automática del usuario de comunicar dicho repudio por parte del autor por la misma vía por la cual transmitió el mensaje; esto último, con la finalidad de no generar un perjuicio injustificado al autor y/o el titular. Por último, cabe mencionar que el emisor del mensaje siempre podrá cuestionar la validez de repudio realizado por el autor y/o el titular de los derechos ante el INDECOPI.

Para graficar lo relatado, tenemos un par de casos que pueden ser –claramente– extrapolables a nuestro país y con aplicación de nuestro ordenamiento:

- En 2018, el cantante Ed-Sheeran denunció públicamente que su canción titulada “*Small Bump*” estaba siendo utilizada para una campaña antiaborto en Irlanda, debido a que se llevaba a cabo un referéndum para derogar la octava enmienda a la Constitución Irlandesa, considerada como una prohibición del aborto en dicho país; así, miembros de las instituciones responsables del *Ireland’s Pro Life*

Campaign estaban utilizando esa canción para defender su causa (Chiu, Allyson, 2018).

Asumiendo que lo indicado hubiese ocurrido en nuestro país con nuestra propuesta normativa vigente, le correspondía a Ed-Sheeran presentar una comunicación a los responsables del *Pro Life Campaign*, de forma justificada y sustentada, para que cesen el uso en un plazo máximo de un (1) día calendario y, además, ellos efectúen un comunicado indicando un mensaje como el siguiente:

“el autor Ed-Sheeran expresamente ha repudiado el uso que hemos dado a su obra musical y obra literaria ‘Small Bump’, con comunicación de fecha (...), dejando establecido que no está de acuerdo con el mensaje / el emisor del mensaje; esto en ejercicio del derecho conferido en el artículo 44-B de la Ley de Derecho de Autor peruana”.

De esta manera, el proceder de *Pro Life Campaign* sería acorde al ordenamiento; no obstante, queda habilitada la vía para que los emisores reclamen ante los órganos resolutivos del INDECOPI y se haga control de la justificación y sustento de Ed-Sheeran, debiéndose observar una clara línea de pensamiento del autor en contra del mensaje o del emisor del mismo. De esta forma, si se llega a dicha instancia, el INDECOPI podrá validar el repudio o, en caso contrario, declararlo inválido y el emisor podrá seguir haciendo uso del mismo.

- En 2018, el autor de las tiras cómicas de Mafalda, Joaquín Salvador Lavado Tejón, más conocido como Quino, denunció públicamente que se estaba utilizando a su famosa personaje en campañas antiaborto en su natal Argentina, al colocarle una pañoleta celeste, símbolo del movimiento “salvemos vidas” debido a que se estaba discutiendo un proyecto de ley de despenalización del aborto en dicho país, a continuación podemos observar la imagen cuestionada:

Figura N° 47 – Ejemplo de un montaje con un uso no autorizado del personaje "Mafalda" en una campaña política sobre el debate del aborto legal en Argentina



Fuente: (Equipo editorial Diario La Nación, 2018)

En este caso, el popular Quino indicó que no había autorizado la circulación de dicha imagen, que no reflejaba su posición y solicitó su remoción de las redes (Equipo editorial Diario La Nación, 2018).

Asumiendo también que lo indicado hubiese ocurrido en nuestro país con nuestra propuesta normativa vigente, le correspondía a Quino presentar una comunicación a los responsables de la imagen (que podrían ser los que manejan la cuenta de redes donde inició a circular), de forma justificada y sustentada, para que cesen el uso en un plazo máximo de un (1) día calendario y, además, ellos efectúen un comunicado indicando un mensaje como el siguiente:

“el autor Quino (seudónimo) expresamente ha repudiado el uso que hemos dado a su obra plástica ‘Mafalda’, con comunicación de fecha (...), dejando establecido que no está de acuerdo con el mensaje / el emisor del mensaje; esto en ejercicio del derecho conferido en el artículo 44-B de la Ley de Derecho de Autor peruana”.

De esta manera, el proceder del emisor sería acorde al ordenamiento; no obstante, queda habilitada la vía para que los emisores reclamen ante los órganos resolutivos del INDECOPÍ y se haga control de la justificación y sustento de Quino, debiéndose observar una clara línea de pensamiento del autor en contra del mensaje o del emisor del mismo. De esta forma, si se llega a dicha instancia, el INDECOPÍ podrá validar el repudio o, en caso contrario, declararlo inválido y el emisor podrá seguir haciendo uso del mismo.

Un último aspecto relacionado al derecho potestativo que reconocerá la nueva excepción es que este no se transmitirá a los herederos al no ser un derecho patrimonial, además de que se trata de un derecho personalísimo al involucrar una postura sobre asuntos públicos de debate. No obstante, no podemos dejar a los sucesores –quienes gozarán *post mortem auctoris* de los derechos patrimoniales por largo tiempo y tienen titularidad de defensa de algunos derechos morales– sin un mecanismo de tutela si claramente está definida la línea de pensamiento del autor y/o titular fallecido. En vista de ello, creemos que es correcto reconocer el legítimo interés de los sucesores para ejercer el derecho potestativo con la carga de justificar y sustentar reconstruyendo la voluntad del autor y/o titular fallecido al momento de efectuar la comunicación.

Respecto a lo anterior, nos parece interesante e ideal la previsión del artículo 23 de la LDA, que indica para el caso de la no divulgación, que

(...) el autor podrá disponer, por testamento o por otra manifestación escrita de su voluntad, que la obra no sea publicada mientras esté en el dominio privado, sin perjuicio de lo establecido en el Código Civil en lo referente a la divulgación de la correspondencia epistolar y las memorias (LDA, 1996, art. 23).

Creemos que una previsión similar en el caso de líneas de pensamiento con las cuales discrepe el autor podrían ser dispuestas a través de testamento, ya que el Código Civil permite estas disposiciones no patrimoniales al indicar que “(...) son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas” (Código Civil, 1984, art. 686).

Ahora bien, es igualmente importante indicar que en todos los casos en los cuales se ejerza el derecho potestativo, la Autoridad administrativa podrá –siempre que se solicite– realizar un control *ex-post* acerca de la justificación y/o sustento presentado por parte de los autores y/o titulares, más aún por los herederos, respecto a la línea de pensamiento contraria al mensaje transmitido, al emisor del mensaje o, simplemente, las pruebas contra la abstención que han tenido autor y/o titular de tratar el tema. Este tema se verá con mayor detalle en la última parte del presente trabajo.

Finalmente, es importante resaltar que el derecho potestativo de oposición por parte del autor y/o titular de forma justificada en el caso de usos de obras como propaganda o publicidad institucional, conjuntamente con la rectificación con aviso de repudio, es parte de la propuesta normativa que realizamos; no obstante, la misma –como propuesta que

es— está sujeta al debate siempre que se realicen propuestas alternativas o variaciones que consigan el mismo fin y resultado: establecer un mecanismo para que autores y/o titulares hagan efectiva su oposición al uso libre y gratuito de sus obras cuando existen discrepancias en la línea de pensamiento ya sea con el emisor y/o con el mensaje transmitido.

En resumen, de lo indicado y como hemos observado, la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para el uso de obras para fines benéficos en su faceta de propaganda o publicidad institucional necesita el establecimiento de un mecanismo para que autores y/o titulares hagan efectiva su oposición al uso libre y gratuito de sus obras cuando existen discrepancias en la línea de pensamiento; en ese sentido, deberá habilitarse un derecho potestativo a favor de los mismos para que el usuario sujeto a este, una vez recibida la comunicación de ejercicio de dicho derecho, se inhiba de utilizar o cese el uso de la obra en un plazo máximo de un (1) día calendario y publique un aviso de repudio detallado por el mismo medio por el cual se transmitió el mensaje, esto último sólo en caso se haya utilizado ya la obra. Igualmente, se deja abierta la posibilidad que los sucesores ejerzan este derecho potestativo cuando reconstruyendo la voluntad del autor y/o titular fallecido o fallecida al momento de efectuar la comunicación. Finalmente, cabe señalar que el ejercicio del derecho potestativo siempre estará sujeto a control *ex-post* por parte de la Autoridad administrativa.

3.2.5. Redacción normativa de la nueva excepción para el uso de obras con fin benéfico

Habiendo perfilado todos los aspectos estáticos (presupuesto, requisitos transversales y requisitos específicos, así como el derecho potestativo y aviso de repudio) —y quedando hacer un breve recuento sobre la aplicación dinámica de la nueva excepción, en la práctica proyectada, como será realizado más adelante—, nos corresponde plasmar la propuesta en el texto normativo para una reforma de la Ley de Derecho de Autor en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, en primer lugar, se deben añadir los **artículos 44-A y 44-B** a la LDA:

“Artículo 44-A: Está permitido realizar, sin autorización del autor ni del titular, así como sin pago de remuneración, usos de obras protegidas que impliquen la

reproducción, la comunicación pública y la transformación de las mismas, cuando dichos usos tengan fin benéfico.

Debe entenderse que un uso tiene fin benéfico, a los fines de la presente disposición, cuando aquel busca la ayuda o apoyo a otra persona o grupo de personas, cuando lo necesiten; a mayor detalle, sólo habrá fin benéfico en los siguientes casos:

- a. Uso como tratamiento médico, entendido como toda actividad médica ejercida por parte de un profesional de la salud en relación con un determinado paciente, en el sentido de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud;
- b. Uso para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, entendida como toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover indirectamente la prestación ofrecida por el anunciante, en el sentido del inciso d) del art. 59 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, que específicamente cumpla con:
 - i. Que su única finalidad de lucro sea indirecta a través de únicamente la colocación de un signo distintivo que identifique al anunciante, y
 - ii. Que limite su mensaje a uno que persigue exclusivamente buscar ayudar o apoyar a otra persona o personas, cuando lo necesitan;
- c. Uso para propaganda o publicidad institucional, entendida como toda aquella comunicación que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, así como la difusión de la ejecución de los planes y programas a cargo de las entidades y dependencias, en el sentido del artículo 2 de la Ley N° 28874 – Ley de Publicidad Estatal. No obstante, queda excluido de la aplicación de esta excepción el uso en propaganda electoral, la que deberá ser entendida como toda aquella acción, incluidas comunicaciones difundidas a través de cualquier medio o soporte, destinada a persuadir a los electores para favorecer a una determinada organización política, candidato, lista u opción en consulta, con la finalidad de conseguir un resultado electoral, en el sentido del inciso o) del artículo 5 de la Resolución N° 0078-2018-JNE – Reglamento sobre propaganda electoral, publicidad estatal y neutralidad en periodo electoral;
- d. Uso en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas, entendidas como todas aquellas actividades realizadas para lograr divertir, alegrar o deleitar a una persona o un grupo de personas; así como en el desarrollo de una colecta pública, entendida como toda aquella actividad

mediante la cual el agente recolecta recursos para destinarlos a fines sociales, en el sentido del inciso d) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 010-2016-IN – Reglamento de promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas; y

- e. Uso en ritos funerarios, entendidos como todos aquellos actos y/o ceremonias religiosas relativas a los difuntos, en el sentido de la Ley N° 29635 – Ley de Libertad Religiosa.

Artículo 44-B: Sin perjuicio de lo indicado en el artículo anterior, el autor y/o titular del derecho de autor tendrá el derecho potestativo de oponerse al uso o solicitar el cese de uso de obras protegidas con fines benéficos en el específico caso de propaganda o publicidad institucional, a través de comunicación de fecha cierta, siempre de forma justificada y sustentada, por discrepar de la línea de pensamiento transmitida en el mensaje o por discrepar con el emisor del mensaje; si sólo se tratase del deseo de no involucrarse en los temas tratados en el mensaje, el usuario deberá demostrar que el autor y/o el titular de la obra utilizada ha emitido opinión o ha tomado postura sobre el asunto del que trata el mensaje.

Una vez recibida la comunicación, el usuario de la obra deberá inhibirse de usar o cesar el uso en el plazo máximo de un día calendario de recibida la mencionada comunicación. Adicionalmente, en caso ya se hubiese utilizado la obra, el usuario deberá publicar por el mismo medio en que se comunicó, un anuncio indicando que el autor ha repudiado el uso realizado de su obra, por el mismo espacio de tiempo que el mensaje haya permanecido públicamente divulgado.

En caso el autor y/o titular del derecho de autor sobre la obra utilizada o por utilizarse haya fallecido, el derecho potestativo será ejercido por sus herederos, mientras la obra esté en dominio privado. El autor y/o titular podrá disponer en vida, por testamento o por otra manifestación escrita de su voluntad, que las obras de su autoría o titularidad no sean utilizadas respecto a algunas líneas de pensamiento. La comunicación, en caso no exista disposición alguna en vida por parte del autor y/o el titular, deberá estar justificada y sustentada en base a la reconstrucción de la línea de pensamiento del autor contraria al mensaje o al emisor. Si sólo se tratase de la postura en vida del autor y/o titular de no involucrarse en los temas tratados en el mensaje, el usuario deberá demostrar que el autor y/o el titular de la obra utilizada emitieron opinión o tomaron postura sobre el asunto del que trata el mensaje.

Tanto cuando el derecho potestativo sea ejercido por el autor y/o titular, así como por sus herederos, el usuario podrá solicitar el control del ejercicio del derecho potestativo ante la Autoridad administrativa”.

De igual forma, se deberán añadir las siguientes definiciones al artículo 2 de la LDA:

“**Artículo 2:** A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

(...)

52. Tratamiento médico: toda actividad médica ejercida por parte de un profesional de la salud en relación con un determinado paciente, en el sentido de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud.

53. Publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos: toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover indirectamente la prestación ofrecida por el anunciante, en el sentido del inciso d) del art. 59 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, que específicamente cumpla con que su única finalidad de lucro sea indirecta, a través de únicamente la colocación de un signo distintivo que identifique al anunciante, y que limite su mensaje a uno que persigue exclusivamente buscar ayudar o apoyar a otra persona o personas, cuando lo necesitan.

54. Propaganda o publicidad institucional: toda aquella comunicación que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, así como la difusión de la ejecución de los planes y programas a cargo de las entidades y dependencias, en el sentido del artículo 2 de la Ley N° 28874 – Ley de Publicidad Estatal.

55. Propaganda electoral: toda aquella acción, incluidas comunicaciones difundidas a través de cualquier medio o soporte, destinada a persuadir a los electores para favorecer a una determinada organización política, candidato, lista u opción en consulta, con la finalidad de conseguir un resultado electoral, en el sentido del inciso

o) del artículo 5 de la Resolución N° 0078-2018-JNE – Reglamento sobre propaganda electoral, publicidad estatal y neutralidad en periodo electoral.

56. Actividades de recreación de personas necesitadas: todas aquellas actividades realizadas para lograr divertir, alegrar o deleitar a una persona o un grupo de personas.

57. Colecta pública: toda aquella actividad mediante la cual el agente recolecta recursos para destinarlos a fines sociales, en el sentido del inciso d) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 010-2016-IN – Reglamento de promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas.

58. Ritos funerarios: todos aquellos actos y/o ceremonias religiosas relativas a los difuntos, en el sentido de la Ley N° 29635 – Ley de Libertad Religiosa.

Y, finalmente, se deberá modificar el inciso b) del artículo 41 de la LDA, con el propósito de excluir la posibilidad de superposición entre el concepto de “ritos funerarios” y “ceremonias religiosas”:

“Artículo 41: Las obras del ingenio protegidas por la presente ley podrán ser comunicadas lícitamente, sin necesidad de la autorización del autor ni el pago de remuneración alguna, en los casos siguientes:

(...)

b. Las efectuadas en el curso de actos oficiales o ceremonias religiosas (con exclusión de los ritos funerarios), de pequeños fragmentos musicales o de partes de obras de música, siempre que el público pueda asistir a ellos gratuitamente y ninguno de los participantes en el acto perciba una remuneración específica por su interpretación o ejecución en dicho acto.

(...)”⁶⁷

⁶⁷ Subrayado únicamente agregado para explicitar la modificación.

El nuevo artículo estará consignado en el Capítulo 1 del Título IV sobre “los límites al derecho de explotación”, junto al resto de límites y/o excepciones a los distintos derechos patrimoniales de autor establecidos en la LDA (1996), lejos de las exclusiones ubicadas en artículos anteriores (LDA, 1996, Art. 9) y en una decisión jurisprudencial administrativa de observancia obligatoria (INDECOPI, Res. N° 286-1998/TPI-INDECOPI, 1998). Mientras que, como vemos, las definiciones deberán ser añadidas, sistemáticamente, en el artículo que funge de glosario en la LDA (1996, Art. 2).

Esta nueva excepción tiene una estructura basada e inspirada en el sistema de límites y/o excepciones mixto (*fair dealing*), pero no se concluye el traspaso a un sistema de este tipo, ya que creemos que ni nuestros órganos administrativos en materia de Derecho de Autor ni los Jueces y Cortes de nuestro país han demostrado aún estar preparados para el análisis usando un criterio jurisprudencial basado en *case law* como el sistema de límites y/o excepciones abierto (*fair use*) utilizado en los Estados Unidos; debemos recordar que el *fair dealing* utiliza parte del sistema norteamericano del *fair use*, mecanismos que utilizan un amplio criterio que debe ser cubierto por las Autoridades decisorias. A esto, debemos sumarle que tenemos poca sistematicidad de términos y reglas sobre límites y/o excepciones en las decisiones administrativas del INDECOPI en nuestro país; tal como se observará en la parte final del presente trabajo, en parte por la falta de casos sobre este tema, el desarrollo de razonamiento jurisprudencial administrativo en el INDECOPI no ha cambiado en muchos años.

De esta manera, la propuesta legislativa que postulamos en el presente trabajo consiste en la inclusión de los nuevos artículos 44-A y 44-B en la LDA, los cuales incluyen la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor cuando se trata de usos con fines benéficos, así como la inclusión de definiciones en el artículo 2 del mismo cuerpo legislativo y, además, la exclusión de los ritos funerarios del supuesto de hecho de la excepción contenida en el inciso b) del artículo 41 de la LDA sobre ceremonias religiosas.

Ahora que se encuentra perfilada la redacción normativa de la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor, procederemos a indicar –a modo de finalizar con aspectos de proyección y alternativas en el funcionamiento de la misma– un par de aspectos sobre la aplicación práctica de la nueva excepción que a nuestro criterio son importantes de mencionar: primero, el rol de los órganos resolutivos del INDECOPI acerca de la nueva excepción; y, segundo, algunos de los puntos que le correspondería resolver al INDECOPI frente al uso dinámico de la excepción propuesta.

3.3. Aspectos sobre la aplicación práctica de la nueva excepción sobre usos de obras protegidas con fines benéficos en el régimen de Derecho de Autor peruano actual

Hasta el momento hemos revisado los aspectos estáticos que serán incluidos en la nueva fórmula legislativa propuesta para plasmar la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para permitir el libre y gratuito uso de las obras cuando se trate de fines benéficos; no obstante, nos queda por analizar –muy brevemente, porque se trata de proyecciones, al final y al cabo– la aplicación dinámica de esta nueva excepción. Esto incluye, primero, especificar cuál es la Autoridad administrativa para analizar las cuestiones operativas de la nueva excepción, así como determinar cuál es su rol específico respecto a la nueva excepción; y en segundo lugar, revisar algunos de los aspectos concretos que le corresponderá analizar y evaluar a dicha Autoridad respecto al funcionamiento de la nueva excepción.

3.3.1. El rol de los órganos resolutivos del INDECOPI sobre la nueva excepción sobre usos de obras protegidas con fines benéficos

El rol del INDECOPI cuando se aplique la nueva excepción al derecho patrimonial de autor es muy importante. Por mucho que se cuide que la redacción de un nuevo límite y/o excepción no genere conflictos con los postulados del *test* de la regla de los tres pasos (dimensión macro-sistémica), se debe considerar que la aplicación dinámica de este *test* puede producir supuestos que deben ser controlados por la autoridad en materia de Derecho de Autor en nuestro país (dimensión micro-sistémica).

Como la propia LDA indica, la Dirección de Derecho de Autor –antes Oficina de Derecho de Autor– y la Comisión de Derecho de Autor son las encargadas de proteger los derechos de autor y los derechos conexos en vía administrativa (LOINDECOPI, 2008, art. 38):

La Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, es la autoridad nacional competente responsable de cautelar y proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos; posee autonomía técnica, administrativa y funcional para el ejercicio de las funciones asignadas a su cargo y resuelve en primera instancia las causas contenciosas y no contenciosas que le sean

sometidas a su jurisdicción, por denuncia de parte o por acción de oficio (LDA, 1996, art. 168).

De igual forma, en última instancia administrativa, la Sala especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPi es quien resuelve las controversias en materia de protección de los derechos de autor y los derechos conexos en vía administrativa, cuando se apelan las resoluciones de la Dirección o la Comisión (LOINDECOPi, 2008, art. 14).

En este contexto, los órganos resolutorios del INDECOPi deben aplicar el *test* de la regla de los tres pasos como criterio de interpretación en la subsunción de los hechos en las *fattispecie* de cada uno de los límites y/o excepciones previstos en la Ley, no siendo la diferencia la nueva excepción que hemos propuesto en el presente trabajo. Pero además de ello, también deberán observar la misma subsunción en los requisitos transversales y específicos de la nueva excepción. Detallemos un poco más lo indicado.

El uso de los límites y/o excepciones previstos en la LDA sólo será sometido a análisis por parte de los órganos resolutorios del INDECOPi cuando un usuario imputado de oficio o por denuncia de parte alegue como parte de su defensa la aplicación de uno de ellos. En este sentido, la discusión sobre la aplicación o no de la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos con fines benéficos, en cualquiera de sus aspectos, sólo será discutida en medio de un procedimiento administrativo de infracción a los derechos cuando el imputado argumente como defensa que ha ejercido alguno de los aspectos de la nueva excepción.

Ahora bien, la discusión podrá recaer en el no cumplimiento de la dimensión micro-sistémica del *test* de la regla de los tres pasos (presupuesto de la nueva excepción), el no cumplir con ser una finalidad benéfica o tener fin lucrativo directo (requisitos transversales de la nueva excepción) o la no subsunción en los supuestos de tratamiento médico, publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéfico, propaganda o publicidad institucional, desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, o ritos funerarios (requisitos específicos de la nueva excepción). De igual manera, se podrá discutir también que la comunicación es propaganda electoral o que el tratamiento es respecto a medicina no tradicional (exclusiones de la nueva excepción). Finalmente, también podría discutirse todo sobre el mecanismo del derecho potestativo limitativo a favor de

los autores y/o titulares, así como el cumplimiento de la rectificación con aviso de repudio, como se detallará en el punto siguiente y final del presente capítulo.

Igualmente, volviendo a la aplicación del *test* de la regla de los tres pasos, es posible observar que esta labor se ha venido realizando siempre por parte de los órganos resolutivos del INDECOPI; lo cual puede observarse desde un antiguo pronunciamiento del Tribunal del INDECOPI (Res. N° 371-2001/TPI-INDECOPI, 2001), citado por Antequera, sobre la aplicación de la dimensión micro-sistémica del *test* de la regla de los tres pasos, de la siguiente manera:

(...) para que una conducta éste considerada dentro de los supuestos de limitación o excepción al derecho de explotación de los derechos de autor o derechos conexos no basta que esté expresamente contemplada como tal en la legislación de la materia, sino que además no debe atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses del legítimo titular del derecho. Esto es lo que se conoce como la regla de los tres pasos o condiciones. Así, cualquier acto que no cumpla con las condiciones antes mencionadas no podrá ser catalogado como un acto comprendido dentro de las limitaciones al derecho de autor, por lo que su realización deberá contar con la autorización previa del titular del derecho (2007, p. 181).

Estas palabras del Tribunal han sido reiteradas a través de Resoluciones posteriores (INDECOPI, Res. N° 0779-2016/TPI-INDECOPI, 2016; INDECOPI, Res. N° 1733-2019/TPI-INDECOPI, 2019) en las cuales se reafirmó que el *test* de la regla de los tres pasos es una guía de interpretación de los casos concretos.

De la misma manera, el reconocimiento por parte del Tribunal para la aplicación obligatoria del *test* de la regla de los tres pasos en la aplicación de los límites y/o excepciones específicos de la LDA ha sido reiterado en diversos pronunciamientos posteriores (INDECOPI, Res. N° 1336-2005/TPI-INDECOPI, 2005; INDECOPI, Res. N° 0858-2006/TPI-INDECOPI, 2006; INDECOPI, Res. N° 0372-2006/TPI-INDECOPI, 2006; INDECOPI, Res. N° 1387-2008/TPI-INDECOPI, 2008; INDECOPI, Res. N° 2403-2010/TPI-INDECOPI, 2010; INDECOPI, Res. N° 0760-2010/TPI-INDECOPI, 2010; INDECOPI, Res. N° 1546-2014/TPI-INDECOPI, 2014; INDECOPI, Res. N° 2944-2015/TPI-INDECOPI, 2015; INDECOPI, Res. N° 0210-2016/TPI-INDECOPI, 2016; INDECOPI, Res. N° 1760-2017/TPI-INDECOPI, 2017; INDECOPI, Res. N° 0636-2019/TPI-INDECOPI, 2019), utilizando la misma fórmula citando tanto el artículo 50 de

la LDA, como la definición de usos honrados del inciso 47 del artículo 2 del mismo cuerpo normativo; pronunciamiento que no ha cambiado en casi quince años.

Como indicábamos antes en el presente trabajo, no recomendamos ni observamos una posible “migración” al sistema de límites y/o excepciones mixto (*fair dealing*), ni mucho menos al sistema de límites y/o excepciones abierto (*fair use*), pues no existe jurisprudencia actualizada y sistematizada que demuestre evolución y desarrollo en materia de límites y/o excepciones. Después de analizar los pocos pronunciamientos que tenemos a lo largo de estos años de funcionamiento del régimen de Derecho de Autor en el Perú –incluso con el sistema de límites y/o excepciones cerrado que no requiere alta interpretación, más que un análisis razonable y prudente de subsunción– no se observa posibilidad de apertura de análisis a través de una cláusula general, ya sea como paso de un procedimiento (evaluación tipo *fair dealing*) o como único criterio de resolución (como el *fair use*).

Recordemos que incluso el sistema de límites y/o excepciones mixto (*fair dealing*) utiliza criterios jurisprudenciales basados en *case law*, tal como ocurre en el sistema de límites y/o excepciones abierto (*fair use*) utilizado en los Estados Unidos. Entonces, ¿Cómo podemos efectuar un cambio de sistema de límites y/o excepciones a uno más flexible si aún no contamos con pronunciamientos sobre algunas de los límites y/o excepciones previstos en la LDA? La respuesta es que no podemos migrar a un sistema así mientras no se cuente con jurisprudencia ordenada, sistemática y organizada para aplicar interpretaciones de conceptos de forma avanzada⁶⁸, en una lógica donde existen *leading cases* que son tomados como normas jurídicas y casos antecedentes que sirven para dilucidar la solución de casos posteriores con similares hechos en discordia.

La sistematicidad de términos y reglas sobre límites y/o excepciones en las decisiones administrativas del INDECOPI en nuestro país debe ser un paso previo a siquiera evaluar la migración de sistema; ahora bien, también sucede que en nuestro país existe una clara falta de casos sobre límites y/o excepciones. Por ello también, el desarrollo de razonamiento jurisprudencial administrativo en el INDECOPI no ha cambiado en muchos años; esto responde a que nuestro ordenamiento forma parte de la tradición

⁶⁸ Es importante señalar que el único precedente de observancia obligatoria respecto a la normativa de Derecho de Autor es el viejo caso *Agrotrade v. Infutecsa* (INDECOPI, Res. N° 286-1998/TPI-INDECOPI, 1998), emitido hace más de veinte (20) años; siendo ésta una de las principales muestras de falta de jurisprudencia con carácter de *leading case*. De igual manera, ya ha pasado suficiente tiempo para revisar si el criterio de originalidad debe o no ser reemplazado por otra opción en nuestro ordenamiento; aunque dicho estudio excede completamente la materia de estudio del presente trabajo.

jurídica romano germánica, la cual funciona principalmente en base a normas y subsunción, y no la tradición anglosajona, la cual funciona primariamente en base a jurisprudencia y citado de precedentes.

Sin perjuicio de lo antes indicado, el rol que juegan los órganos resolutivos del INDECOPI en la aplicación de una nueva excepción a los derechos patrimoniales, como la propuesta, es crucial y se debe tomar con la responsabilidad necesaria para interpretar que las decisiones específicas de un órgano resolutorio implican necesarias consecuencias y un mensaje a los administrados (Bullard, 2009, pp. 64-67); en este sentido, cualquier decisión sobre alguno de los puntos estáticos se torna inmediatamente en un efecto de aplicación dinámica de la nueva excepción, la cual envía un mensaje al resto de usuarios, así como a los autores y/o titulares.

Con lo indicado, podemos concluir que el principal punto general del rol de los órganos resolutorios del INDECOPI cuando se aplique la nueva excepción al derecho patrimonial de autor sobre usos de obras protegidas con fines benéficos es la evaluación del cumplimiento de las condiciones del *test* de la regla de los tres pasos en la subsunción de los hechos –comprobados en el procedimiento administrativo– en la *fattispecie* de la norma que estableció la acepción específicamente regulada en la nueva excepción. A la par, también deben evaluar la misma subsunción de los hechos en el supuesto de hecho de la nueva excepción en su fórmula normativa, analizando si se cumple con el presupuesto, los requisitos transversales y específicos, así como la no configuración de alguna exclusión; finalmente, también, efectuarán el análisis sobre el derecho potestativo limitativo y el cumplimiento de la rectificación con aviso de repudio.

3.3.2. Algunos puntos de la labor de los órganos resolutorios del INDECOPI en la aplicación de la nueva excepción sobre usos de obras protegidas con fines benéficos

Como indicábamos líneas atrás, para terminar, comentaremos un par de puntos de la labor de los órganos resolutorios del INDECOPI en la aplicación de la nueva excepción sobre usos de obras protegidas con fines benéficos: a saber, primero, el rechazo de algunos supuestos de subsunción que en realidad representan supuestos de abuso del derecho que confiere la nueva excepción por contradecir el concepto general de “finalidad pública”; y, segundo, el control *ex-post* del ejercicio del derecho potestativo por parte de autores y/o titulares en el caso de la faceta de propaganda o publicidad institucional por incompatibilidad entre la línea de pensamiento del autor y/o del titular

con el mensaje transmitido o el emisor del mismo, así como el control de la publicación de la rectificación con aviso de repudio.

a. La específica y cuidadosa interpretación de la contradicción con el concepto general de “finalidad benéfica”

Como indicamos previamente al analizar la dimensión macro-sistémica del *test* de la regla de los tres pasos, en la dimensión micro-sistémica del mismo es donde corresponde efectuar el control de los supuestos de abuso del derecho (Constitución Política del Perú, 1993, art. 103; Código Civil, 1984, N. II T.P.), ya que estos supuestos exceden el sentido benéfico de la utilización de las obras, generando un perjuicio injustificado a los autores y/o titulares; por lo tanto, dichas actividades deberán ser controladas por el órgano competente dentro del INDECOPI o por la autoridad judicial.

Como ha indicado Perlingieri, no se trata sólo de racionalidad, sino de casos de abuso de derecho, identificándose las diferencias en:

(...) la primera, si bien puede reclamar la idea de congruencia y de adecuación del medio al fin, prescinde del concepto de ejercicio contrafuncional de la propia situación subjetiva. El abuso, en cambio, presupone siempre la violación de la regla general de buena fe y de corrección y se configura cuando el desenvolvimiento concreto de un poder, en sí mismo lícito o legítimo, haya desembocado en perseguir intereses no merecedores de tutela (...) (2015, p. 160)

Para graficar lo indicado, encontramos casos donde se observa un posible abuso del derecho *v.g.* cuando se utilizan canciones de un determinado autor y/o sobre los que tiene derechos un titular para el funeral de un delincuente o *v.g.* el ejemplo que vimos cuando se realizan actos sumamente vulgares, pero propios de la cultura popular, tales como efectuar bailes coreográficos sumamente sexuales encima del ataúd. Empeoran estos escenarios de abuso del derecho cuando dichos ritos funerarios son transmitidos en televisión o redes sociales. Cuestionamos: ¿Qué autor y/o titular querría que se vinculen sus obras con los ritos funerarios de tan controvertidos personajes o en tan extrañas e inmorales ceremonias? No podemos entrar a cuestionar la moralidad de las prácticas, pero esto se vuelve jurídico cuando el autor y/o el titular demuestran que –en su caso concreto– se está realizando un abuso del derecho.

Tenemos otro ejemplo cuando *v.g.* existe un enlace entre publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos (aspecto cubierto por la nueva excepción) con un anuncio que sí tiene finalidad lucrativa directa, dentro de una campaña publicitaria, entendida ésta como

anuncios difundidos, en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, a través de diversos medios tales como televisión, radio, catálogos de ventas, folletos, diarios, revistas, paneles e Internet, entre otros, respecto de los mismos productos y presentando el mismo mensaje publicitario principal (LRCD, 2008, art. 59, inc. e).

En el supuesto relatado, claramente los órganos resolutivos del INDECOPI deberán analizar el periodo de tiempo entre uno y otro anuncio, la explicitación del enlace o vínculo entre ambos anuncios, los medios utilizados, entre otros. De existir una vinculación clara y definida entre un anuncio que califica para la aplicación de la nueva excepción y otro que efectúa un mensaje tradicional, la excepción a los derechos de autor para dicho uso no debería aplicarse, existe abuso del derecho que deberá ser controlado, ordenándose el pago de remuneraciones devengadas por los usos realizados (LDA, 1996, art. 193). Concordante con el ejemplo relatado, la LRCD indica en el inciso 1 de su artículo 21 que "(...) en el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman" (LRCD, 2008, art. 21, inc. 1).

Esta no es otra que la concretización de la existencia de un "perjuicio injustificado" al autor y/o al titular, en la dimensión micro-sistémica del *test* de la regla de los tres pasos. Como indica Córdoba,

Tal como se encuentra dispuesto, el test debe contribuir a evitar el abuso en el ejercicio de los derechos que confluyen en el régimen autoralista y, en cambio, ayudar a cumplir la función social que le corresponde como derecho que es y en la medida que es útil para alcanzar el bien común que supone el mayor perfeccionamiento de los miembros de una determinada sociedad (2015, p. 184).

En general, los casos con los que se controlará la contradicción con el concepto general de "finalidad benéfica" únicamente serán aquellos que traten los usos distintos a aquellos de propaganda o publicidad institucional, ya que este aspecto de la nueva excepción cuenta con su propio mecanismo de defensa a favor de los autores y/o

titulares en caso se genere un “perjuicio injustificado” al autor y/o al titular, como veremos en el siguiente acápite.

En suma, los órganos resolutivos del INDECOPI deberán controlar los casos de usos que hagan los usuarios en ejercicio de la nueva excepción que se tornen en situaciones de abuso de derecho, el cual no es tolerado por el ordenamiento; esto debido a que cuando ocurre el abuso se pierde la “finalidad benéfica” que pretendía tutelar la nueva excepción, lo cual, en términos del *test* de la regla de los tres pasos en su dimensión micro-sistémica, significa un “perjuicio injustificado” al autor y/o al titular.

b. El control *ex-post* del ejercicio del derecho potestativo limitativo, así como el cumplimiento de la rectificación con aviso de repudio, como muestra de “perjuicio injustificado al autor y/o titular”

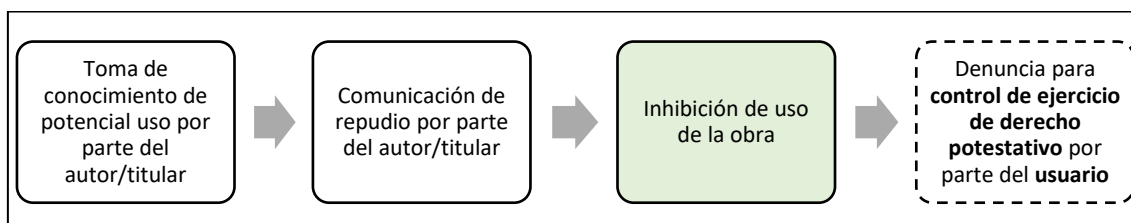
El otro aspecto que tendrán a su cargo los órganos resolutivos del INDECOPI es el control *ex-post* del ejercicio del derecho potestativo limitativo en el caso del aspecto de propaganda o publicidad institucional, cuando se justifica y sustenta que el autor y/o el titular tiene una línea de pensamiento claramente contraria a la postura transmitida en el mensaje de la comunicación o si discrepa de la transmisión por parte del emisor del mismo; así como el cumplimiento de la rectificación con aviso de repudio.

Cabe resaltar que tanto el derecho potestativo como la rectificación con aviso de repudio son parte de la propuesta que hemos desarrollado en los acápites anteriores para establecer un mecanismo efectivo para los autores y/o titulares de obras, con la finalidad que puedan expresar que existe un “perjuicio injustificado” a sus intereses legítimos. De todas formas, la propuesta del derecho potestativo y la consecuente rectificación con aviso de repudio son medidas sujetas al debate, pero son opciones que no podíamos dejar de mencionar conjuntamente a nuestra propuesta de nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor. Desde nuestra perspectiva, esta medida genera un efectivo mecanismo para el fin indicado y ahora esbozamos proyecciones prácticas sobre los posibles usos que se pueden dar de dicha institución en la parte operativa.

Por un lado, cuando el derecho potestativo se utiliza preventivamente (**uso preventivo**), tendremos los siguientes esquemas de eventos y acciones, dependiendo de la respuesta fáctica del usuario que pretende hacer uso de la obra protegida en base al aspecto de propaganda o publicidad institucional de la nueva excepción.

Primero, tenemos el esquema de hechos cuando el usuario, que aún no ha efectuado uso de la obra protegida en base al aspecto de propaganda o publicidad institucional de la nueva excepción, se inhibe de utilizar la misma cuando recibe la comunicación por parte del autor y/o el titular:

Figura N° 48 – Procedimiento de ejercicio del derecho potestativo preventivo 1

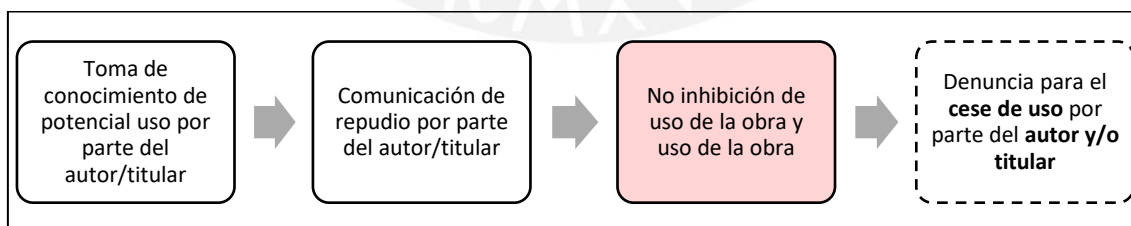


Fuente: elaboración propia.

En este caso, el usuario podrá solicitar ante los órganos resolutivos del INDECOPI la petición de control del ejercicio del derecho potestativo por parte del autor y/o el titular; debiendo en este caso, revisar si existe justificación y sustento del autor y/o titular que demuestren la línea de pensamiento claramente contraria a la postura del mensaje o si discrepa de la transmisión por parte del emisor.

Y, en segundo lugar, tenemos el esquema de hechos cuando el usuario, que aún no ha efectuado uso de la obra protegida, NO se inhibe de usar la obra protegida en base al aspecto de propaganda o publicidad institucional de la nueva excepción, pese a la comunicación por parte del autor y/o el titular:

Figura N° 49 – Procedimiento de ejercicio del derecho potestativo preventivo 2



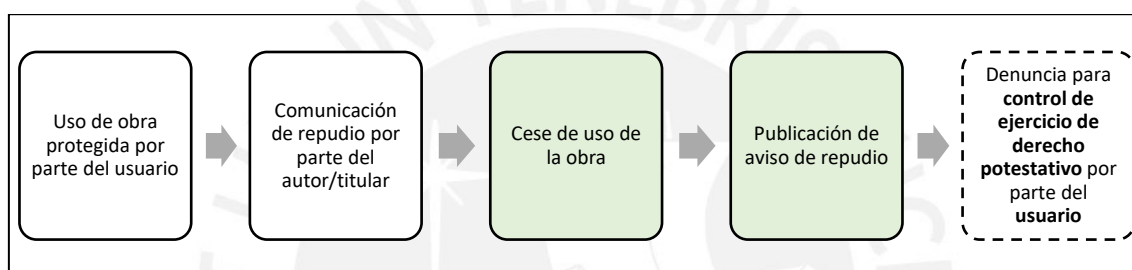
Fuente: elaboración propia.

En este último supuesto, procede la denuncia por parte del autor y/o del titular para exigir el cese el uso indebido de la obra, ya que la comunicación genera una obligación de no utilizar la obra; debiéndose luego efectuar el control ante la Autoridad administrativa.

Por otro lado, cuando el derecho potestativo se utiliza correctivamente (**uso correctivo**), tendremos los siguientes esquemas de eventos y acciones, añadiéndose la publicación del aviso de repudio, siempre dependiendo de la respuesta fáctica del usuario que está haciendo uso de la obra protegida en base a la nueva excepción.

En primer lugar, tendremos el esquema de hechos cuando el usuario, que ya estaba haciendo uso de la obra protegida en base al aspecto de propaganda o publicidad institucional de la nueva excepción, cesa el uso y publica la rectificación con aviso de repudio cuando recibe la comunicación; es decir, cuando el usuario acata la norma de manera integral:

Figura N° 50 — Procedimiento de ejercicio del derecho potestativo correctivo 1

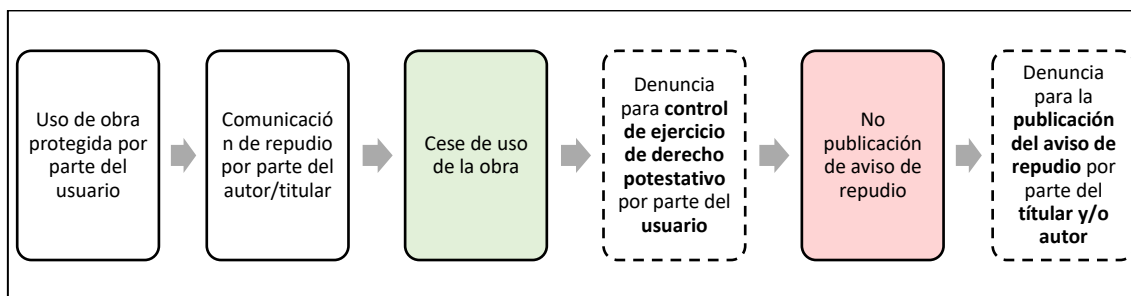


Fuente: elaboración propia.

En este caso, el usuario podrá solicitar ante los órganos resolutivos del INDECOPÍ la petición de control del ejercicio del derecho potestativo por parte del autor y/o el titular; debiendo en este caso, también, revisar si existe justificación y sustento del autor y/o titular que demuestren la línea de pensamiento claramente contraria a la postura del mensaje o si discrepa de la transmisión por parte del emisor.

En segundo lugar, tendremos el esquema de hechos cuando el usuario, que ya estaba haciendo uso de la obra protegida en base al aspecto de propaganda o publicidad institucional de la nueva excepción, si bien cesa el uso de la obra, no publica la rectificación con aviso de repudio cuando recibe la comunicación:

Figura N° 51 - Procedimiento de ejercicio del derecho potestativo correctivo 2



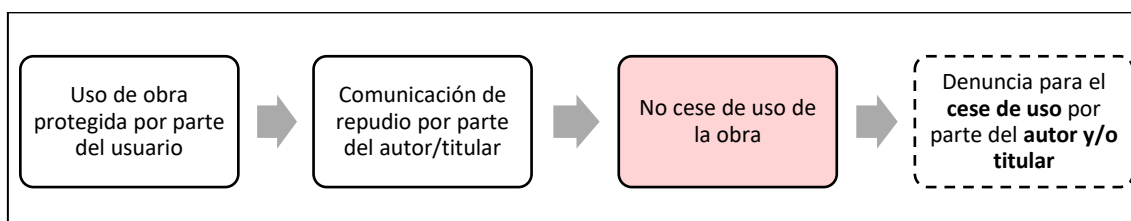
Fuente: elaboración propia.

En este caso, tendremos dos posibles acciones a tomar, una por parte del autor y/o el titular, así como otra por parte del usuario:

- Por una parte, el autor y/o el titular podrán iniciar una petición de publicación de la rectificación con aviso de repudio, en cumplimiento del mandato de la nueva previsión de la LDA.
- Por su parte, el usuario podrá solicitar ante los órganos resolutivos del INDECOPI la petición de control del ejercicio del derecho potestativo por parte del autor y/o el titular; debiendo en este caso, una vez más, revisar si existe justificación y sustento del autor y/o titular que demuestren la línea de pensamiento claramente contraria a la postura del mensaje o si discrepa de la transmisión por parte del emisor. Ahora bien, en este caso, el autor y/o titular pueden observar que no se ha publicado la rectificación con aviso de repudio.

Finalmente, tendremos el esquema de hechos cuando el usuario, que ya estaba haciendo uso de la obra protegida en base al aspecto de propaganda o publicidad institucional de la nueva excepción, ni cesa el uso de la obra, ni publica la rectificación con aviso de repudio cuando recibe la comunicación:

Figura N° 52 - Procedimiento de ejercicio del derecho potestativo correctivo 3



Fuente: elaboración propia.

En este último supuesto, procede la denuncia por parte del autor y/o del titular para exigir el cese el uso indebido de la obra, ya que la comunicación genera una obligación de no utilizar la obra; debiéndose luego efectuar el control ante la Autoridad administrativa.

El control del ejercicio del derecho potestativo por parte del autor y/o el titular se realizará a través de un procedimiento de petición de control ante los órganos resolutiveos del INDECOPI; debiéndose controlar la justificación y sustento en el uso del mismo. De esta manera, cuando se cuestiona el repudio ante el INDECOPI, los órganos resolutiveos podrán:

- Validar el repudio, si se observa la línea de pensamiento claramente contraria a la postura del mensaje o si discrepa de la transmisión por parte del emisor, o
- Rechazar el repudio por falta de justificación o sustento, cuando no se observe claramente la línea de pensamiento contraria a la postura del mensaje o si no se discrepa de la transmisión por parte del emisor.

Ahora bien, en caso la justificación por parte del autor y/o del titular se trate de sólo el deseo de no involucrarse en los temas tratados en el mensaje, la carga de la prueba se invertirá y el usuario deberá demostrar que el autor y/o el titular de la obra utilizada ha emitido opinión o ha tomado postura sobre el asunto del que trata el mensaje, o sobre el emisor del mismo.

Finalmente, cabe indicar que cuando nos encontremos en los casos de (i) uso de la obra protegida pese a la comunicación de repudio y (ii) continuación de uso de la obra protegida pese a la comunicación de repudio, el autor y/o titular podrán solicitar, conjuntamente con la pretensión de cese de uso, las remuneraciones devengadas que conllevaron los usos no autorizados y los cuales, obviamente, devengan a favor del autor y/o titular una remuneración por dichos usos, lo cual está establecido en la LDA (LDA, 1996, arts. 193-194).

En conclusión, los órganos resolutiveos del INDECOPI también tienen a su cargo el control *ex-post* del ejercicio del derecho potestativo limitativo en el caso del aspecto de propaganda o publicidad institucional de la nueva excepción para los usos de obras con fines benéficos; en estos casos, siempre dependiendo de cuál sea la respuesta fáctica del usuario, la Autoridad verificará en la petición de control que exista justificación y sustento de que el autor y/o el titular tiene o tuvo en vida una línea de pensamiento claramente contraria a la postura transmitida en el mensaje de la comunicación o si discrepa de la transmisión por parte del emisor del mismo; y cuando se trate de no

involucrarse en los temas tratados en el mensaje, verificará si el usuario logra desvirtuar dicha afirmación. Además, la Autoridad también verifica la realización conforme del cumplimiento de la rectificación con aviso de repudio; finalmente, en caso exista incumplimiento de la inhibición o el cese debido a la comunicación de autor y/o titular, procede la denuncia por infracción a los derechos patrimoniales, con pretensión de cese y cobro de remuneraciones devengadas.



CONCLUSIONES

a. Capítulo 1

1. En tiempos actuales, no es necesario retroceder a los tiempos iniciales del *Droit d'Auteur* francés o del *Copyright* anglosajón para encontrar el fundamento del régimen de protección de los derechos de autor. En la actualidad, se da por sentada la necesidad del régimen de protección de Derecho de Autor; la cual encuentra fundamento en el Ordenamiento jurídico peruano en la Constitución peruana de 1993 en la cual se reconoce expresamente el derecho subjetivo a la creación intelectual, artística, técnica y científica, pero junto a esta existe un deber del Estado de propiciar, desarrollar y difundir el acceso a la cultura.
2. Existe una finalidad dual en el Derecho de Autor: retribuir individualmente al autor por su labor creativa y así incentivar el aumento del acervo cultural. Esta finalidad se logra a través del reconocimiento de un plexo de derechos (morales y patrimoniales) en cabeza del autor cuando crea una obra original; así, el autor puede ejercer sus derechos, disponer de los mismos relacionándose con terceros (titulares o autorizados) o defender la exclusividad a través de acciones de cesación de usos no autorizados.
3. Los derechos patrimoniales de autor pueden ser ejercidos (uso de obras por parte del autor), transferidos (cesión por parte del autor) o defendidos (acción de infracción por parte del autor); generándose un privilegio legal muy fuerte en cabeza de los autores y/o titulares de los mismos, así surgen las limitaciones estructurales consistentes en el plazo de duración de los mismos y la territorialidad de la protección. No obstante, estos límites no son suficientes para equilibrar la balanza entre los intereses en juego, por ello surgen los límites y/o excepciones aplicables dentro del plazo de duración de los derechos patrimoniales.
4. Las restricciones a los derechos patrimoniales de los autores y/o titulares de los mismos, aplicables de manera dinámica durante el plazo de duración de los mismos, están basados en diversos fundamentos de la jerarquía más alta, constitucional o internacional, para su legitimidad. Los términos "límite" y "excepción" han sido utilizados de forma indistinta por costumbre. No obstante, estaremos frente a un límite cuando por decisión del legislador el supuesto fáctico analizado está ubicado en la "periferia" de la protección, estableciéndose que el uso de la obra sea libre,

pero debiéndose pagar aún una retribución al titular; mientras que estaremos frente a una excepción cuando por decisión legislativa el supuesto fáctico se encuentra fuera de la protección del derecho patrimonial de autor por decisión del Legislador, sin requerirse autorización ni debiéndose pagar retribución alguna.

5. Los sistemas de límites y/o excepciones cerrados funcionan en base a la aplicación restrictiva de un listado con *numerus clausus* que está enfocado en equilibrar los intereses de los titulares de los derechos de autor con los de los usuarios de las obras protegidas, con la finalidad de funcionamiento del propio sistema e, incluso, con los objetivos del Estado. Para este fin, se ha previsto el *test* de la regla de los tres pasos, por el cual los límites y/o excepciones (i) deben ser aplicados únicamente a casos especiales de forma restrictiva, (ii) no deben atentar contra la regular explotación de la obra protegida, (iii) ni deben perjudicar los intereses legítimos del autor de manera injustificada.
6. Existen grandes coincidencias entre las regulaciones establecidas por los diferentes Ordenamientos que utilizan el sistema de límites y/o excepciones cerrado: en primer lugar, la supranacionalidad de las normas de la Unión Europea y la Comunidad Andina tiene influencia en la normativa de los Estados Miembros, volviéndose casi uniformes o altamente semejantes; en segundo lugar, se ven inspirados y nutridos del *test* de la regla de los tres pasos; y, finalmente, todos los supuestos de límites y/o excepciones están respaldados por uno o más valores constitucionales o internacionalmente reconocidos, equiparables al derecho a la libertad de creación de los autores (un derecho o libertad del lado de los usuarios de obras; el interés público, una obligación del Gobierno para con sus ciudadanos o el *ius imperium* del Estado; o una falla del mercado que hace muy dificultoso el cobro de las regalías).
7. El sistema de límites y/o excepciones abierto, protagonizado por el *fair use* norteamericano, es uno que admite la calificación jurisprudencial de supuestos fácticos como límites y/o excepciones por parte de Jueces y Cortes, algunos de los cuales ya han sido reconocidos como lineamientos en la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos. Los supuestos jurisprudenciales de casos de *fair use* tienen diverso fundamento, encontrándose –principalmente– la promoción de la continuación de creación, la creación de una plataforma para la autonomía de los usuarios y sus intereses de propiedad personal, la provisión de beneficios públicos, el cumplimiento de metas económicas e, incluso, la adopción por razones políticamente oportunas.

8. El sistema de límites y/o excepciones mixto se basa en el denominado *fair dealing*, utilizado principalmente en países del *Common Law*, que utilizan su jurisprudencia como fuente principal. El *fair dealing* consiste en un análisis de los supuestos actos infractores bajo tres pasos: primero, analizar si se hace uso de parte sustancial de la obra; segundo, observar si el acto evaluado califica dentro de alguna de las finalidades reconocidas; y, tercero, establecer si el uso es justo o razonable en base a criterios semejantes al *fair use*. Sin embargo, los Ordenamientos estudiados (Australia, Canadá, Reino Unido y Nueva Zelanda) establecen en sus normas un listado de los supuestos de límites y/o excepciones, más emblemáticos o de mayor reiteración, estableciendo pautas específicas; Incluso, agregan algunos límites y/o excepciones que no calzan en las finalidades filtro del *fair dealing*, tales como los usos por parte del Estado, lo impuesto por el Tratado de Marrakech para discapacitados visuales u otras diversas.
9. Como estudio preliminar e introductorio, podemos indicar que existen tres grados de restricción del derecho a la libertad de creación: un límite que sólo restringe la posibilidad de generar una licencia obligatoria, debiéndose pagar una regalía por el uso permitido; una excepción que permite el uso libre y gratuito de una obra; y, finalmente, una exclusión, que saca una creación del ámbito de protección de la norma. El uso de cada uno de estos tipos de restricciones variará: debiéndose utilizar únicamente una exclusión cuando el uso de la obra es básico y elemental que puede ir en contra del propio régimen; una excepción cuando estamos ante una imposibilidad de conseguir una autorización por costos de transacción o cuando estamos ante una combinación de fundamentos de la misma; o un límite cuando hay una falla de mercado del cobro de regalías y haya como mínimo un valor constitucional o internacional como justificación, pudiendo ser el interés público.

b. Capítulo 2

10. Las categorías perfiladas de supuestos fácticos que consideramos pueden ser catalogados como actos posiblemente infractores –de no contar con autorización ni haber pagado las regalías– son aquellos usos de obras protegidas i) como tratamiento médico, lo cual incluye el tratamiento médico general y de mejora de salud mental; ii) para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos; iii) para propaganda o publicidad institucional, con exclusión de usos en propaganda electoral, con fines benéficos; iv) en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas y colectas públicas; y,

finalmente, v) en ritos funerarios, para respetar la última voluntad o mostrar respeto a una persona fallecida.

11. Existen diversos tipos de obras que podrían ser utilizadas con fines benéficos no existiendo un tipo determinado de obra para delimitar los supuestos fácticos; de esta forma, en los hallazgos encontramos usos de obras plásticas, obras musicales, obras teatrales, obras coreográficas e, incluso, parte de obras literarias y/o audiovisuales.
12. Debería permitirse la inclusión en un nuevo límite y/o excepción a los derechos patrimoniales de autor de aquellos supuestos que incluso teniendo un fin de lucro indirecto persigan una finalidad benéfica; en este sentido, sería injusto requerir autorización y/o solicitar pago de regalías cuando estamos frente a publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, la cual es ontológicamente lucrativa, pero sólo de manera indirecta por la colocación del signo distintivo del anunciante/proveedor en la misma—, lo indicado permitiría incentivar su propósito comunicativo y lograr más eficientemente el fin benéfico transmitido.
13. Dentro del supuesto de propaganda o publicidad institucional no es posible extender la ventaja de inclusión en un nuevo límite y/o excepción a los derechos patrimoniales de autor a los casos de usos de obras protegidas en propaganda electoral; esto debido a que existen muchos casos en los cuales ya se ha observado que los propios creadores y/o titulares muestran su desacuerdo con el uso de obras en este tipo de campañas, lo cual se debe quizás a su ideología política o, simplemente, como medio de protesta frente a actos contrarios a las creencias políticas de los mismos.
14. Preliminarmente, de la observación de los hallazgos determinados y de forma extrajurídica, entendemos como “benéfico” el afán por ayudar a quienes lo necesitan; de esta manera, el fin benéfico es aquel que persigue la ayuda de quien lo necesite.
15. Hemos descartado el añadido “(...) de forma desinteresada” a la definición de “benéfico” que hemos proporcionado, ya que creemos que este añadido tendría un carácter absoluto frente a los usos de obras protegidas para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, supuesto en el cual

nos parece injusto que se requiera el permiso para la utilización de obras protegidas por el Derecho de Autor y se obligue al pago de regalías.

16. Luego de analizar los supuestos y los tipos de obra que involucran, preliminarmente creemos que –pese a que estamos delimitando un posible límite y/o excepción a los derechos patrimoniales de autor, el cual debe ser claramente restrictivo y preciso– no podemos delimitarlo y restringirlo a uno o más tipos de obras específicas para el establecimiento legislativo de la misma, sino que se debería dejar abierta la posibilidad de elegir cualquier tipo de obra, claro está siempre que exista el fin benéfico como propósito del uso de las mismas debidamente comprobado.
17. De la revisión de los límites y excepciones establecidos en el ordenamiento jurídico peruano, colombiano, andino, español, italiano y europeo no encontramos un solo supuesto en el cual puedan ser subsumidos los supuestos de uso de obras que puedan darse con los propósitos identificados de tratamiento médico, publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, realización de actividades de recreación de personas necesitadas y colectas públicas, así como la realización de ritos funerarios. Por tanto, en los sistemas cerrados de límites y/o excepciones estos usos serían infractores de los regímenes de Derecho de Autor.
18. Pese a las coincidencias que tienen los supuestos recogidos en los párrafos 4, 6 y 10 de la *Section 110* de la *Copyright Act* de 1976, prototipo del sistema abierto de límites y/o excepciones, no es posible subsumir en éstos los supuestos de uso de obras con los propósitos de tratamiento médico, publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, realización de actividades de recreación de personas necesitadas y colectas públicas, así como la realización de ritos funerarios, ya que están limitados por el tipo de obra y el derecho patrimonial involucrado. Hasta ese punto, los usos identificados son también ilícitos; no obstante, es importante considerar que utilizando los criterios del *fair use* para analizar casos concretos sí es posible que jurisprudencialmente se habiliten los supuestos antes indicados.
19. Los supuestos fácticos que hemos hallado no encuentran un parangón exactamente equivalente en las normativas estudiadas con sistema mixto de límites y/o excepciones, así como tampoco encajan en alguna de las finalidades

específicamente previstas en este tipo de sistema. De esta forma, para poder encajar en este sistema, quizás podría ser conveniente crear una “finalidad específica” de *fair dealing* relativa a los fines benéficos; precisamente, en ésta podrían encajarse los supuestos de uso de obras con los propósitos de tratamiento médico, publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, realización de actividades de recreación de personas necesitadas y colectas públicas benéficas, así como la realización de ritos funerarios, y así ser evaluados con la flexibilidad que proveen los parámetros del *fair use* a este sistema mixto.

20. Pese a las coincidencias que tienen los supuestos de hecho de límites y/o excepciones recogidos en las normas canadiense, neozelandesa, inglesa y, finalmente, australiana –ordenamientos que tienen previsto el sistema mixto–, tampoco es posible subsumir en éstos los supuestos de uso de obras con los propósitos de tratamiento médico, publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, realización de actividades de recreación de personas necesitadas y colectas públicas, así como la realización de ritos funerarios. No obstante, sí existe una previsión específica –como supuesto específico de excepción miscelánea libre– en la *Section 44BB*, párrafo 1, epígrafe a), numeral iv), de la *Copyright Act* australiana de 1968, en la cual estarían dentro los supuestos de uso de obras protegidas como tratamiento médico e, incluso, cierto tipo de uso de obra protegida para propaganda o publicidad institucional, con exclusión de usos en propaganda electoral, en lo que respecta al sector salud.

21. El uso de obras permitido por un límite y/o excepción a los derechos patrimoniales de autor, tales como aquellos con los propósitos de tratamiento médico, publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, propaganda o publicidad institucional con exclusión de usos en propaganda electoral, realización de actividades de recreación de personas necesitadas y colectas públicas, así como la realización de ritos funerarios, no exime de la obligación de respetar los derechos morales del autor o los autores involucrados en la creación de las obras utilizadas; lo cual no implica que no puedan existir límites legales razonables a los mismos.

c. Capítulo 3

22. La nueva restricción para permitir los usos de obras protegidas con fines benéficos debe tener el grado de excepción a los derechos patrimoniales de autor; esto puesto que (i) los costos de transacción de obtener un permiso para el uso de una obra con estos fines pueden ser tan onerosos que resultaría imposible que el titular de su consentimiento, (ii) el sistema de precios podría generar una barrera (costo oculto) para utilizar la obra con los fines benéficos y (iii) nos encontramos ante usos amparados en base a varios valores constitucionales e internacionales.
23. Tanto los usos como tratamiento médico y los usos en ritos funerarios cuentan con reconocimientos expresos de valores constitucionales específicos que los justifican; mientras que en el caso de los usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos, los usos para propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral y los usos en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, se debe realizar concordancia de valores constitucionales que han sido interpretados por nuestro Tribunal Constitucional.
24. El derecho a la salud y el derecho a la salud mental de los pacientes e, incluso, de su entorno familiar, se configuran como un fundamento constitucional válido para restringir el derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica, base del sistema de Derecho de Autor; igualmente, es fundamento constitucional válido la búsqueda de condiciones para una vida digna de los pacientes. De esta forma, se encontraría respaldada la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos como tratamiento médico.
25. La facultad o libertad de organización –parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa– al potenciar la función informativa de la publicidad comercial, en limitación clara de la función persuasiva, se coloca como el primer fundamento constitucional para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos.
26. Tanto el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información, dependiendo del mensaje publicitario, son el segundo y tercer fundamento

constitucional para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos.

27. El Principio de Solidaridad, como valor del modelo de Estado Democrático y Social de Derecho, es el cuarto fundamento constitucional para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos.
28. La Responsabilidad Social Empresarial, como presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho y condición del régimen de Economía Social de Mercado, es el quinto fundamento constitucional para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para uso de obras protegidas con fines benéficos, respecto a la faceta de usos para publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fines exclusivamente benéficos.
29. Tanto la libertad de información como la libertad de expresión –dependiendo del mensaje transmitido– son la base constitucional para la excepción a los derechos patrimoniales de autor para el uso de obras con finalidad benéfica en la faceta destinada a la propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral, por tratarse de comunicaciones que transmiten información de carácter importante que debe ser transmitida a la población en general para apoyar a otras personas que lo necesitan o, en el caso estatal, para cumplir la finalidad de difusión de la información.
30. Respecto a la publicidad institucional o propaganda estatal, la excepción a los derechos patrimoniales de autor en el uso de obras para estas comunicaciones encuentra su fundamento constitucional, más que en la libertad de información o expresión, en el mandato de cumplimiento de los deberes del Estado; es decir, en el consenso de los entes del Estado y los ciudadanos sobre las diversas normas jurídicas del ordenamiento que implican deberes por parte del Estado, cuyo cumplimiento debe ser informado a los ciudadanos
31. También el Principio de Solidaridad es uno de los fundamentos constitucionales básicos de la excepción propuesta en la faceta del desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, debido a que se busca el

apoyo de la sociedad a las personas que más lo necesitan, debido a las circunstancias en las cuales les ha tocado vivir.

32. De igual manera, la Responsabilidad Social Empresarial funge de fundamento constitucional para la excepción propuesta en su faceta sobre desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, debido a que –más que como límite a la libertad de las instituciones que se desarrollan en la sociedad y el mercado– es una oportunidad para colaborar y cumplir con uno de los mandatos que busca el Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho y el Modelo del Economía Social de Mercado que ha adoptado el Perú para su sociedad y el mercado marco en el cual se desenvuelven los privados y el propio Estado.
33. Junto al Principio de Solidaridad y la Responsabilidad Social Empresarial, el derecho a participar en la vida social de la Nación es además una de las bases constitucionales para la excepción a los derechos patrimoniales de autor en la faceta del desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, puesto que la actividad social de ayuda a los demás es uno de los aspectos de la vida social de la Nación que pueden ejercerse libremente por los ciudadanos de forma individual o asociada.
34. El derecho a la libertad religiosa se erige como el fundamento constitucional para sustentar la excepción a los derechos patrimoniales de autor sobre las obras que serán utilizadas con fines benéficos en su faceta de usos en ritos funerarios, ya que con el fin de ayudar a respetar la última voluntad de la persona fallecida o con el fin de apoyar a ejercer la libertad de la familia y/o afines para despedirla se puede limitar el derecho constitucional a la creación intelectual, artística, técnica y científica, en sus facetas de requerir autorización previa y percibir regalías por dichos usos.
35. La nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos cumple con el requisito de la restricción de especialidad en la dimensión macro-sistémica del *test* de la regla de los tres pasos, debido a que se perfila y delimita de manera cautelosa el supuesto de hecho que configurará la nueva excepción, para que la subsunción sea lo más exacta posible, incluso utilizando remisiones a las normas especiales que contienen definiciones utilizadas en la formula legislativa propuesta.

36. La nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos no será un obstáculo para el mercado regular de las obras utilizadas, debido a que en la totalidad de sus aspectos no existe finalidad concurrencial con los autores y/o titulares, siendo que en casi todos los casos existen “candados” en los conceptos utilizados para impedir los cruces, así como los usos de la excepción –adicionalmente– carecen de finalidad lucrativa y la incursión en los mismos es excepcional para los autores y/o titulares que se embarcan en el mercado de las industrias culturales para la regular explotación de la obra.
37. La nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos no generará perjuicios injustificados a los intereses de los autores y/o titulares de los derechos sobre las obras utilizadas, puesto que, en todos los aspectos que incluye, se logra desplazar al derecho a la creación intelectual, artística, técnica y científica (conjuntamente con el interés legítimo de autores y/o titulares), en virtud al fin benéfico en favor de una o varias personas.
38. No obstante, a pesar de no generar perjuicios injustificados a los intereses de los autores y/o titulares de los derechos sobre las obras utilizadas, es necesario establecer un mecanismo –en este caso, un derecho potestativo– para que los autores y/o titulares de los derechos sobre las obras utilizadas se nieguen a los usos utilizando la nueva excepción en el caso de los usos de obras protegidas para propaganda o publicidad institucional con fines benéficos, ya sea por discrepar con el mensaje transmitido o con el emisor. Finalmente, cabe indicar que cualquier uso abusivo de la excepción nueva en la práctica, deberá ser controlado, en virtud de la aplicación de la dimensión micro-sistémica del *test*.
39. La nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos de obras protegidas con fines benéficos debe tener –y efectivamente tiene– como presupuesto la aplicación del *test* de la regla de los tres pasos, tanto en su dimensión macro-sistémica, quedando proyectado que la excepción cumpla *in abstracto* en su fórmula legislativa con los pasos del *test*, como en su dimensión micro-sistémica, debiéndose cuidar la aplicación de la nueva excepción para no generar “perjuicios injustificados” a los autores y/o titulares, ni abusos en su aplicación.
40. La finalidad benéfica se define jurídicamente como la búsqueda de ayuda o apoyo a otra persona o grupo de personas, cuando la necesiten; este requisito transversal a todos los aspectos de la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para usos libres y gratuitos de obras protegidas es el “corazón” de la propuesta.

41. El concepto de finalidad benéfica se debe enlazar con cada uno de los requisitos específicos para delimitar su contenido, con la meta de cumplir con la primera condición del *test* de la regla de los tres pasos.
42. La finalidad benéfica tiene tres propósitos en la propuesta de nueva excepción: (i) informa a los usuarios y a las Autoridades cuál es el verdadero sentido de la nueva excepción, (ii) permite transparencia y exactitud en la subsunción de los casos que puedan presentarse en la realidad y, finalmente, (ii) impedirá el abuso de derecho.
43. La ausencia de finalidad de lucro directa, como el segundo requisito transversal de la nueva excepción propuesta, consiste en la no persecución de obtención de beneficio económico directamente derivado del uso de las obras protegidas por derecho de autor, siendo únicamente permitido dentro del espectro de la *fattispecie* de la excepción el caso de la inclusión de un signo distintivo en publicidad comercial con fines exclusivamente benéficos.
44. Los pagos de remuneración a las personas, profesionales, instituciones y/o empresas que efectúan tratamientos médicos y/o servicios de ritos funerarios no se entienden como finalidad de lucro directa para la aplicación de la nueva excepción propuesta; siempre y cuando, no exista diferenciación de precio basado en el valor agregado del uso de las obras protegidas por los derechos de autor.
45. La faceta de la excepción a los derechos patrimoniales de autor para fines benéficos en el tratamiento médico, deberá entenderse de forma sistémica a través de una remisión a la Ley General de Salud peruana, sobre el término “tratamiento médico”, así como se debe asumir la cobertura de la *Section 44BB*, párrafo 1, epígrafe a), numeral iv), de la *Copyright Act* australiana de 1968, como guía de aplicación. Además, debe excluirse cualquier tipo de medicina no tradicional o alternativa en la aplicación del presente aspecto de la excepción, ya que el sustento científico de la misma no alcanza a este tipo de procedimientos.
46. La faceta de la excepción a los derechos patrimoniales de autor para fines benéficos en publicidad comercial sin finalidad lucrativa directa con fin exclusivamente benéfico, deberá remitirse de forma sistémica al concepto jurídico de “publicidad comercial” establecido en la Ley de Represión de Competencia Desleal, más deberá hacerse la precisión sobre la condición de ser “sin finalidad lucrativa directa”, en el sentido de sólo implicar la mera colocación de un signo distintivo, y además, estar

destinada a un “fin exclusivamente benéfico”, sólo pudiendo transmitir un mensaje en este sentido.

47. La faceta de la excepción a los derechos patrimoniales de autor para fines benéficos en propaganda o publicidad institucional, deberá, por un lado, excluir de su ámbito de aplicación los casos calificados como “propaganda electoral” y, por otro lado, deberá remitirse a la definición específica provista en la Ley de Publicidad Estatal, siendo aplicable a toda comunicación realizada por el Estado, así como personas, instituciones y/o entidades.
48. La faceta de la excepción a los derechos patrimoniales de autor para actividades de recreación de personas necesitadas y colecta pública, se deberá incluir en la norma del régimen de Derecho de Autor una específica definición de “actividades de recreación”, siendo delimitada la misma en la propia fórmula legislativa propuesta a aquella realizada “para personas necesitadas”, y además se deberá incluir la remisión al Reglamento de promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas, para la definición específica de “colecta pública” en la nueva excepción.
49. La faceta de la excepción a los derechos patrimoniales de autor para fines benéficos en ritos funerarios, deberá entenderse de forma sistémica a través de una remisión a la Ley de Libertad Religiosa peruana, sobre el término “ritos funerarios”; debiéndoseles, además, excluir del alcance de la limitada excepción para ceremonias religiosas establecida en el inciso b) del artículo 41 de la LDA, ya que existen motivos suficientes en la persecución de un fin benéfico para que la nueva excepción exceda los perfiles que tenía ésta.
50. Los requisitos específicos de cada uno de los aspectos incluidos dentro de la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para el uso de obras protegidas para fines benéficos deben cumplirse junto a los requisitos transversales para gozar del privilegio de la propuesta normativa, a saber: el uso libre y gratuito de las obras protegidas.
51. La nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor para el uso de obras para fines benéficos en su faceta de propaganda o publicidad institucional necesita el establecimiento de un mecanismo para que autores y/o titulares hagan efectiva su oposición al uso libre y gratuito de sus obras cuando existen discrepancias en la línea de pensamiento; en ese sentido, deberá habilitarse un derecho potestativo a

favor de los mismos para que el usuario sujeto a este, una vez recibida la comunicación de ejercicio de dicho derecho, se inhiba de utilizar o cese el uso de la obra en un plazo máximo de un (1) día calendario y publique un aviso de repudio detallado por el mismo medio por el cual se transmitió el mensaje, esto último sólo en caso se haya utilizado ya la obra. Igualmente, deja abierta la posibilidad que los sucesores ejerzan este derecho potestativo cuando reconstruyendo la voluntad del autor y/o titular fallecido o fallecida al momento de efectuar la comunicación. Finalmente, cabe señalar que el ejercicio del derecho potestativo siempre estará sujeto a control *ex-post* por parte de la Autoridad administrativa.

52. La propuesta legislativa que postulamos en el presente trabajo consiste en la inclusión de los nuevos artículos 44-A y 44-B en la LDA, los cuales incluyen la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor cuando se trata de usos con fines benéficos, así como la inclusión de definiciones en el artículo 2 del mismo cuerpo legislativo y, además, la exclusión de los ritos funerarios del supuesto de hecho de la excepción contenida en el inciso b) del artículo 41 de la LDA sobre ceremonias religiosas.
53. El principal punto general del rol de los órganos resolutores del INDECOPI cuando se aplique la nueva excepción al derecho patrimonial de autor sobre usos de obras protegidas con fines benéficos es la evaluación del cumplimiento de las condiciones del *test* de la regla de los tres pasos en la subsunción de los hechos –comprobados en el procedimiento administrativo– en la *fattispecie* de la norma que estableció la acepción específicamente regulada en la nueva excepción. A la par, también deben evaluar la misma subsunción de los hechos en el supuesto de hecho de la nueva excepción en su fórmula normativa, analizando si se cumple con el presupuesto, los requisitos transversales y específicos, así como la no configuración de alguna exclusión; finalmente, también, efectuarán el análisis sobre el derecho potestativo limitativo y el cumplimiento de la rectificación con aviso de repudio.
54. Los órganos resolutores del INDECOPI deberán controlar los casos de usos que hagan los usuarios en ejercicio de la nueva excepción que se tornen en situaciones de abuso de derecho, el cual no es tolerado por el ordenamiento; esto debido a que cuando ocurre el abuso se pierde la “finalidad benéfica” que pretendía tutelar la nueva excepción, lo cual, en términos del *test* de la regla de los tres pasos en su dimensión micro-sistémica, significa un “perjuicio injustificado” al autor y/o al titular.

55. Los órganos resolutivos del INDECOPI también tienen a su cargo el control *ex-post* del ejercicio del derecho potestativo limitativo en el caso del aspecto de propaganda o publicidad institucional de la nueva excepción para los usos de obras con fines benéficos; en estos casos, siempre dependiendo de cuál sea la respuesta fáctica del usuario, la Autoridad verificará en la petición de control que exista justificación y sustento de que el autor y/o el titular tiene o tuvo en vida una línea de pensamiento claramente contraria a la postura transmitida en el mensaje de la comunicación o si discrepa de la transmisión por parte del emisor del mismo; y cuando se trate de no involucrarse en los temas tratados en el mensaje, verificará si el usuario logra desvirtuar dicha afirmación. Además, la Autoridad también verifica la realización conforme del cumplimiento de la rectificación con aviso de repudio; finalmente, en caso exista incumplimiento de la inhibición o el cese debido a la comunicación de autor y/o titular, procede la denuncia por infracción a los derechos patrimoniales, con pretensión de cese y cobro de remuneraciones devengadas.



BIBLIOGRAFÍA

- Academia de Artes y Ciencias Cinematográficas. (05 de Septiembre de 2014). *The Aviator Wins Costume Design: 2005 Oscars*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=gecxZLXyrKs>
- Acosta, A., Acuache, M. d., Dibós, M., & Ilich, I. (2014). Prácticas funerarias en el cementerio popular Virgen de Lourdes en Villa. En Facultad de Comunicación de la Universidad de Lima, *Trabajos Ganadores Concurso de Investigación en Comunicación (7ma edición)* (pp. 167-201). Lima: Universidad de Lima. Obtenido de http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/4712/Comunicacion_2014.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Agencia EFE. (01 de Noviembre de 2016). *Cementerio más grande de Latinoamérica en Perú celebra día de muertos [Archivo de Video]*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=Mp6B99ZKESQ>
- Antequera, R. (2007). *Estudios de Derecho de autor y Derechos afines*. Madrid: REUS.
- Antequera, R. (2013). La necesaria actualización de la normativa andina sobre Derecho de autor y derechos conexos. En AA.VV., *Los retos actuales de la propiedad intelectual: visión latinoamericana* (pp. 7-26). Lima: Themis - Hernández & Cía.
- Asamblea del Tratado de Marrakech. (27 de Junio de 2013). Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. Marrakech: Portal de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Obtenido de <https://wipolex.wipo.int/es/text/302980>
- Asociación Peruana de Artistas Visuales – APSAV. (27 de Abril de 2018). *Tarifario APSAV*. Obtenido de <http://www.apsav.org.pe/media/attachments/2018/04/27/tarifarioapsav.pdf>
- Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC). (2020). *Anexo 9 - Tarifario 2020*. Obtenido de <http://www.apdayc.org.pe:81/2019/Anexo%209.pdf>
- Auerbach, S. (2017). Are Clowns Good for Everyone? The Influence of Trait Cheerfulness on Emotional Reactions to a Hospital Clown Intervention. *Frontiers in Psychology*, 8(1973), 1-8. doi:10.3389/fpsyg.2017.01973

- Auteri, P., Florida, G., Ricolfi, M., Romano, R., Spada, P., Mangini, V., & Olivieri, G. (2016). *Diritto Industriale. Proprietà Intellettuale e Concorrenza* (5ta ed.). Turín, Italia: G.Giappichelli.
- Ayllón, H. (2011). *El Derecho de Comunicación Pública directa*. Madrid: REUS-AISGE-ASEDA.
- Ayllón, H. (2014). *El Derecho de Transformación de las Obras del Espiritu*. Madrid: REUS - AISGE - ASEDA.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra.
- Barandiarán, L. (1970). *Curso elemental de derecho civil: Parte general*. Lima: UNMSM.
- Bejar, M. (15 de Septiembre de 2018). *Superhéroes impresos en 3D para la lucha contra el cáncer infantil*, Diario La Vanguardia. Obtenido de <https://www.lavanguardia.com/vida/20180915/451797485983/cajas-superheroes-quimioterapia-chemobox-impresora-3d-cancer-ninos.html>
- Bennett, P., Parsons, T., Ben-Moshe, R., Weinberg, M., Neal, M., Gilbert, K., . . . Hutchinson, A. (2014). Laughter and Humor Therapy in Dialysis. *Seminars in Dialysis*, 27(5), 488-493. doi:10.1111/sdi.12194
- Bercovitz, G. (2015). Los derechos de explotación. En R. Bercovitz, *Manual de Propiedad Intelectual* (pp. 81-123). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (4ta ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Billorou, Ó. (2002). *Introducción a la publicidad*. Buenos Aires: Verlap.
- Björn, F. (1996). On an Art without Copyright. *Kyklos*, 49(1), 3-15.
- Blackstone, W. (1862). *Commentaries on the Laws of England* (3ra ed., Vol. 2). Londres: John Murray. Obtenido de <https://books.google.com.pe/books?id=LiZOAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl#v=onepage&q&f=false>
- Bouchoux, D. (2013). *The Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets* (4ta ed.). Delmare: Cengage Learning.
- Boyde, C., Linden, U., Boehm, K., & Ostermann, T. (2012). The Use of Music Therapy During the Treatment of Cancer Patients: A Collection of Evidence. *Global*

Advances in Health and Medicine, 1(5), 24-29. Obtenido de <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4890096/pdf/gahmj.2012.1.5.009.pdf>

Bueno, A. (11 de Abril de 2019). *Stevie Wonder Sings 'Tears In Heaven' at Nipsey Hussle Memorial, Gives Passionate Plea for Gun Control*. Obtenido de <https://www.etonline.com/stevie-wonder-sings-tears-in-heaven-at-nipsey-hussle-memorial-gives-passionate-plea-for-gun-control>

Bullard, A. (2009). *Derecho y Economía*. Lima: Palestra.

Calabresi, G. (2011). *Un vistazo a la catedral. Cuando el Derecho se encuentra con la Economía*. Lima: Palestra.

Calfee, J. (2013). *Miedo a la persuasión: una nueva perspectiva de la publicidad y sus reglas*. (G. Rodríguez, Trad.) Lima: Themis.

Cámara, M. d. (1998). *El Derecho Moral de Autor con especial referencia a su configuración y ejercicio a la muerte del autor*. Granada: Comares.

Caravedo, B., De Gastelumendi, G., Parodi, B., & Portocarrero, F. (2004). La Nueva Empresa: Introducción a la Responsabilidad Social Empresarial. *Revista Themis*(48), 243-250. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9826/10239>

Castelló, J. (2017). Comentario al Artículo 40bis de la Ley de Propiedad Intelectual. En AA.VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (pp. 716-734). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Castillo, L. (2006). Crítica a la respuesta que el Tribunal Constitucional ha dado a algunas cuestiones generadas por la vigencia de las libertades de expresión e información. En AA.VV., *Las libertades de expresión e información: Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos* (pp. 83-135). Lima: Palestra.

CENCOSUD; McCann Lima. (26 de Enero de 2017). *Wong - Somos amables, seámoslo siempre. "Escalera"*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=3YeHUUsI2II>

Cerda, A. (2016). Evolución histórica del Derecho de Autor en América Latina. *Ius et Praxis*, 22(1), 19-58. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v22n1/art02.pdf>

- Chacón, P. (s.f.). *Cajas de superhéroes para superhéroes aún más grandes*, Juguetrónica. Los Juguetes del Futuro, Hoy. Obtenido de <https://www.juguetronica.com/blog/cajas-de-superheroes/>
- Chiu, Allyson. (21 de Mayo de 2018). *Ed Sheeran's song 'Small Bump' was used by Irish antiabortion campaigners. He doesn't approve.*, Diario The Washington Post. Obtenido de <https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2018/05/21/ed-sheerans-song-small-bump-was-used-by-irish-antiabortion-campaigners-he-doesnt-approve/>
- Christodoulou, H. (17 de Mayo de 2018). *ENGLAND'S ROSE - Why did Elton John perform Candle In The Wind at Princess Diana's funeral and what changes to the lyrics did he make?* Obtenido de <https://www.thesun.co.uk/news/4303214/elton-john-candle-in-the-wind-princess-diana-funeral-1997-lyrics-about/>
- Clio Awards, LLC. (02 de Marzo de 2010). *Band Aid - HULK*. Obtenido de https://www.adsoftheworld.com/media/print/band_aid_hulk
- Coase, R. (1937). The Nature of the Firm. *Revista Económica*, 4(16), 386-405.
- Coase, R. (1960). The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, III, 1-44.
- Collins, J. (1997). When in Doubt, Do Without: Licensing Public Performances by Nonprofit Camping or Volunteer Service Organizations Under Federal Copyright Law. *Washington University Law Review*, 75(3), 1277-1306. Obtenido de https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1583&context=law_lawreview
- Comunidad Andina. (17 de Diciembre de 1993). Decisión 351 - RCDA. Gaceta Oficial de la Comunidad Andina. Obtenido de <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC351.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (28 de Enero de 1982). Ley N° 23 del 28 de enero de 1982, sobre derechos de autor - ALCDA. Diario Oficial. Obtenido de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co012es.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (12 de Julio de 2018). Ley N° 1915 de 12 de julio de 2018 por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Diario Oficial. Obtenido de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co113es.pdf>

Congreso de la República del Perú. (15 de Julio de 1997). Ley General de Salud [Ley N° 26842] - LGS. Diario Oficial El Peruano. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Congreso de la República del Perú. (25 de Julio de 2006). Ley que regula la Publicidad Estatal [Ley N° 28874] - LPE. Diario Oficial El Peruano. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Congreso de la República del Perú. (01 de Septiembre de 2010). Código de Protección y Defensa del Consumidor [Ley N° 29571] - CPDC. Diario Oficial El Peruano. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Congreso de la República del Perú. (20 de diciembre de 2010). Ley de Libertad Religiosa [Ley N° 29635] - LLRP. Diario Oficial El Peruano. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Congreso de la República del Perú. (23 de Junio de 2012). Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental [Ley N° 29889]. Diario Oficial El Peruano. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Congreso de la República del Perú. (30 de abril de 2019). Ley de Salud Mental [Ley N° 30947]. Diario Oficial El Peruano. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Congreso de los Estados Unidos. (19 de Octubre de 1976). Copyright Act. Federal Register.

Consejo Australiano de Derecho de Autor. (2017). *Exceptions to Copyright*. Sydney: Consejo Australiano de Derecho de Autor. Obtenido de https://www.copyright.org.au/acc_prod/ACC/Information_Sheets/Exceptions_to_Copyright.aspx?WebsiteKey=8a471e74-3f78-4994-9023-316f0ecef4ef

Constitución de los Estados Unidos. (17 de Septiembre de 1787). Obtenido de https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm

Constitución Política del Perú. (29 de Diciembre de 1993). Diario Oficial El Peruano. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Cooter, R., & Ulen, T. (1998). *Derecho y Economía*. México D.F.: FCE.

Córdoba, J. (2015). *El Derecho de Autor y sus límites*. Bogotá: Universidad de La Sabana - Temis.

- Corte Constitucional de Colombia. (24 de Enero de 2001). SCCC N° C-053-01. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-053-01.htm>
- Cortes Generales de España. (24 de julio de 1980). Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa - LLRE. Boletín Oficial del Estado. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-15955>
- Crews, K. (2017). *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives: Updated and Revised*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Obtenido de https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_35/sccr_35_6.pdf
- D'Agostino, G. (2008). Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use. *McGill Law Review*, 2(53), 309-363. Obtenido de <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/7046615-dAgostino.pdf>
- De la Cuesta, J. M. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. Pamplona: EUNSA.
- De Oliveira, J. (2006). Os limites dos limites. A teoria dos três passos... En AA.VV., *Los Limites del Derecho de Autor* (pp. 83-108). Madrid: Reus-AISGE.
- Delupi, J., Vibes, F., Alesina, J. C., Carbone, R., & Leguer, M. (2014). *Derecho del Entretenimiento* (2da ed.). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Disney Enterprises, Inc. (s.f.). *Disney Team of Heroes*. Obtenido de <https://www.thewaltdisneycompany.com/philanthropy/#disney-team-of-heroes>
- Durand, J. (2007). *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú*. Lima: USMP.
- Dvory, A., Goshen, Y., Ruimi, S., Bikov, S., Halevy, R., & Koren, A. (2016). Dream Doctor Intervention Instead of Sedation: Performing Radionuclide Scanning Without Sedation in Young Children: A Study in 142 Patients. *The Journal of Alternative and Complementary Medicine*, 22(5), 408-412. doi:10.1089/acm.2015.0090
- Elassar, A. (06 de Febrero de 2020). *A school played 'The Lion King' at a fundraising event. Now it has to pay a third of what it raised*, CNN. Obtenido de <https://edition.cnn.com/2020/02/04/us/lion-king-elementary-school-250-trnd/index.html>
- Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales – EGEDA PERU. (16 de Julio de 2019). *Tarifas de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales*. Obtenido de

<https://www.egeda.com.pe/documentos/EI%20peruano%2016%20Jun%202019.pdf>

Equipo editorial America TV. (05 de Octubre de 2015). *Guerreros realizaron musical de Frozen junto a integrantes de otros realities*. Obtenido de <https://www.americatv.com.pe/noticias/espectaculos/guerreros-realizaron-musical-frozen-junto-integrantes-otros-realities-n200865>

Equipo editorial America TV. (15 de Marzo de 2017). *YouTube: mujeres bailan reguetón en pleno funeral*. Obtenido de <https://www.americatv.com.pe/noticias/redes-sociales/youtube-mujeres-bailan-regueton-pleno-funeral-n269197>

Equipo editorial America TV. (23 de Septiembre de 2019). *Callao: capturan a sujetos que realizaron disparos al aire en un entierro*. Obtenido de <https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/callao-capturan-sujetos-que-realizaron-disparos-al-aire-entierro-n389101>

Equipo editorial BBC Mundo. (05 de Octubre de 2016). *Superhero funeral for school shooting victim*. Obtenido de <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-37568229>

Equipo editorial BBC Mundo. (05 de Noviembre de 2018). *Pharrell, Rihanna, Axl Rose y los otros artistas que le han exigido a Donald Trump no utilizar sus canciones en sus eventos políticos*, BBC Mundo. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46097138>

Equipo editorial CNN en Español. (04 de Marzo de 2020). *Fanática de Star Wars obtiene brazo biónico de R2-D2 y conoce a Luke Skywalker*, CNN en Español. Obtenido de <https://cnnespanol.cnn.com/video/fanatica-star-wars-brazo-bionico-r2-d2-luke-skywalker-mark-hamill-pkg-portafolio-global-cnnee/>

Equipo editorial de TV Perú. (30 de Abril de 2017). *Patch Adams llega al Perú para realizar proyectos de ayuda social*, TV Perú. Obtenido de <https://www.tvperu.gob.pe/noticias/miscelanea/patch-adams-llega-al-peru-para-realizar-proyectos-de-ayuda-social>

Equipo editorial Diario Correo. (08 de Julio de 2018). *Gal Gadot visitó a niños con cáncer vestida de 'Mujer Maravilla'*. Obtenido de <https://diariocorreo.pe/miscelanea/gal-gadot-visito-ninos-con-cancer-vestida-de-mujer-maravilla-828986/>

Equipo editorial Diario Correo. (12 de Septiembre de 2019). *Niños se trasladan en autos de juguete al quirófano en La Libertad*, Diario Correo. Obtenido de

<https://diariocorreo.pe/peru/ninos-se-trasladan-en-autos-de-juguete-al-quirofano-hospital-essalud-en-la-libertad-910328/>

Equipo editorial Diario El Comercio. (15 de Agosto de 2018). *Cusco: niño recibe prótesis de brazos elaboradas con impresión 3D*, Diario El Comercio. Obtenido de <https://elcomercio.pe/peru/cusco/cusco-nino-recibe-protesis-brazos-elaboradas-impresion-3d-noticia-546818-noticia/>

Equipo editorial Diario El País. (10 de Julio de 2016). *Los niños refugiados también sueñan con Batman*, Diario El País. Obtenido de https://elpais.com/elpais/2016/07/08/videos/1467993514_084881.html

Equipo editorial Diario La Nación. (20 de junio de 2018). *Mafalda: un ícono popular usado por la política sin el permiso de Quino*. Obtenido de <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/mafalda-quino-politica-uso-nid2154860>

Equipo editorial Diario La República. (04 de Febrero de 2016). *"Estación de descanso", la innovadora implementación de Petty Publicidad para Sodimac*, Diario La República. Obtenido de <https://larepublica.pe/marketing/738767-estacion-de-descanso-la-innovadora-implementacion-de-petty-publicidad-para-sodimac/>

Equipo editorial Diario La República. (21 de Agosto de 2019). *Conoce al 'Iron Man' que entrega prótesis a los niños sin manos*, Diario La República. Obtenido de <https://larepublica.pe/mundo/2019/08/21/argentina-el-iron-man-que-visita-hospitales-y-entrega-protesis-para-ninos-que-no-tienen-manos-tony-stark-fotos-video-atmp/>

Equipo editorial Diario La República. (23 de Septiembre de 2019). *En Puno adquieren carritos de juguete para que niños ingresen al quirófano sin miedo*, Diario La República. Obtenido de <https://larepublica.pe/sociedad/2019/09/23/en-puno-adquieren-carritos-de-juguete-para-que-ninos-ingresen-al-quirofano-sin-miedo/>

Equipo editorial Diario La República. (17 de Febrero de 2020). *EsSalud impulsa la donación de sangre al ritmo de 'Tusa'*, Diario La República. Obtenido de <https://larepublica.pe/tendencias/2020/02/18/essalud-lanzan-campana-de-donacion-de-sangre-con-la-tusa-video-amtp/>

Equipo editorial Excelsior TV. (12 de Marzo de 2015). *Downey Jr. le da una prótesis de 'Iron-Man' a niño discapacitado*. Obtenido de <https://www.excelsior.com.mx/funcion/2015/03/12/1013165#view-5>

- Equipo editorial La República. (08 de Junio de 2017). *Únete a la Fuerza "Dona sangre, salva vidas"*. Obtenido de <https://larepublica.pe/reportero-ciudadano/884315-unete-la-fuerza-dona-sangre-salva-vidas/>
- Equipo editorial MVS Radio. (05 de Marzo de 2020). *Con ayuda de Mark Hamill, niña recibe brazo biónico de R2-D2*, MVS Radio. Obtenido de <https://mvsnoticias.com/noticias/actualidad/con-ayuda-de-mark-hamill-nina-recibe-brazo-bionico-de-r2-d2/>
- Equipo editorial Perú 21. (17 de marzo de 2010). *Apdayc no cobrará regalías al concierto a favor de Francesca Brivio*. Obtenido de <http://archivo.peru21.pe/noticia/448366/apdayc-no-cobrara-regalias-al-concierto-favor-francesca-brivio>
- Equipo editorial Perú 21. (04 de Julio de 2017). *El 'Hombre Araña' se unió a 'Darth Vader' y sus secuaces para visitar niños del hospital Daniel Alcides Carrión*. Obtenido de <https://peru21.pe/lima/hombre-arana-unio-darth-vader-secuaces-visitar-ninos-hospital-daniel-alcides-carrion-fotos-85587-noticia/?foto=1>
- Equipo editorial Perú 21. (11 de Septiembre de 2018). *Este 29 únete a la campaña de donación de sangre del INSN de San Borja inspirada en Star Wars*, Diario Perú 21. Obtenido de <https://peru21.pe/lima/29-unete-campana-donacion-sangre-insn-san-borja-inspirada-star-wars-nndc-427471-noticia/>
- Equipo editorial RPP Noticias. (21 de Noviembre de 2014). *¿Cuál es la canción más escuchada en los funerales británicos?* Obtenido de <https://rpp.pe/virales/mas-virales/cual-es-la-cancion-mas-escuchada-en-los-funerales-britanicos-noticia-744122>
- Equipo editorial RPP Noticias. (20 de Abril de 2015). *Avengers: conoce las armaduras de Iron Man en las películas de Marvel*. Obtenido de <https://rpp.pe/lima/actualidad/avengers-conoce-las-armaduras-de-iron-man-en-las-peliculas-de-marvel-noticia-789511/8>
- Equipo editorial RPP Noticias. (22 de Junio de 2017). *Niños superhéroes en Colombia gracias a prótesis de impresión 3D*, Portal RPP Noticias. Obtenido de <https://rpp.pe/mundo/colombia/video-ninos-superheroes-en-colombia-gracias-a-protesis-de-impresion-3d-noticia-1059675>
- Equipo editorial RPP Noticias. (10 de Septiembre de 2018). *Ningún candidato a la alcaldía tiene permiso para usar canciones de autores nacionales o extranjeros*.

Obtenido de <https://rpp.pe/musica/nacional/ningun-candidato-a-la-alcaldia-tiene-permiso-para-usar-canciones-de-autores-nacionales-o-extranjeros-noticia-1148925>

Ercolani, S., Falce, V., & Graziadei, F. (2014). *Diritto D'Autore*. En G. Cavani, & G. Ghidini, *Lezioni di diritto industriale* (pp. 147-196). Milán: Giuffrè.

Fernández Sessarego, C. (2011). *La Responsabilidad Civil del Médico y el Consentimiento Informado*. Lima: Motivensa.

Fernández Sessarego, C. (2016). *Derecho de las Personas* (13 ed.). Lima: Instituto Pacífico.

Fernández, C., & Woolcott, O. (2018). *Derecho Médico* (Vol. Tomo I). Lima: Instituto Pacífico.

Filippi, A. (13 de Junio de 2019). *Cuando los niños juegan, dejan de ser enfermos en un hospital para ser superhéroes o princesas*, Diario El País. Obtenido de https://elpais.com/elpais/2019/05/29/mamas_papas/1559138385_194282.html

Flor de Papa. (28 de Mayo de 2020). [[@flordepapa](#)] Instagram de Flor de Papa. *Hicimos mascarillas con la intención de apoyar a @mantay_org El 25% de la venta de cada mascarilla será para esta organización sin fines de lucro, que nos tiene fascinadas [Ilustraciones]*. Lima. Obtenido de https://www.instagram.com/p/CAvGFwGbjn_/?igshid=18hoddgq14zxi

Fundación Teletón Perú. (22 de Octubre de 2018). *#TeletónPerú 2018 - Musical K-pop [Archivo de Video]*. Obtenido de <https://youtu.be/KW4r2TcXK7s>

Fundación Teletón Perú. (s.f.). *Videos Teletón*. Obtenido de <https://teleton.pe/videos-teleton/>

Funeral Services for Mississauga. (s.f.). *Top Funeral Songs*. Obtenido de <https://www.tranquilityfuneralservice.com/resources/funeral-songs/>

García, G. (2007). Derecho a la vida digna. El concepto jurídico del dolor desde el Derecho Constitucional. *Revista Opinión Jurídica*, 6(12), 15-34.

García, J. (2014). *La Publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*. Valencia: Tirant lo blanch.

Gelkopf, M. (2011). The Use of Humor in Serious Mental Illness: A Review. *Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine*, 1-8. doi:10.1093/ecam/nep106

- Gerencia de Salud Ambiental, Seguridad y Salud en el Trabajo de ESSALUD. (2018). *Informe Técnico N° 001-Comité ad hoc-GCPS-ESSALUD-2018*. Lima: ESSALUD.
- González, M. (2010). El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional. *Actualidad Jurídica*(198), 163-168.
- Grupo Parlamentario Fuerza Popular. (31 de Octubre de 2018). Proyecto de Ley de Salud Mental. [Proyecto de Ley N° 3595-2018-CR]. Obtenido de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0359520181031.pdf
- Gubar, S. (26 de Septiembre de 2019). *When Music is the Best Medicine*, The New York Times. Obtenido de <https://www.nytimes.com/2019/09/26/well/live/music-therapy-cancer.html>
- Hannuka, P., Rotchild, M., Gluzman, A., & Uziel, Y. (2011). Medical clowns: dream doctors as an important team member in the treatment of young children with juvenile idiopathic arthritis. *Pediatric Rheumatology*, 9(Suppl 1), 118. doi:10.1186/1546-0096-9-S1-P118
- Hughenoltz, B. (1996). *The Future Of Copyright In A Digital Environment*. Nueva York: Kluwer Law.
- Hughenoltz, B. (2018). Flexible Copyright: Can the EU Author's Rights Accommodate. En R. (. Okediji, *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions* (pp. 275-291). Nueva York: Cambridge University Press.
- Hugues, J. (2017). Fair Use and Its Politics - At Home and Abroad. En R. Okediji, *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions* (pp. 234-274). Nueva York: Cambridge University Press.
- INDECOPI. (11 de Diciembre de 1996). Res. N° 096-1996/TDC-INDECOPI. Expediente N° 089-96/CCD-INDECOPI. Obtenido de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/precedente.0096-1996-tdc.pdf>
- INDECOPI. (23 de marzo de 1998). Res. N° 286-1998/TPI-INDECOPI. Exp. N° 663-96-ODA AI. Obtenido de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Resolucion0286-98-TPI/b8e9150b-e037-4117-9957-296d87a7b4f7>
- INDECOPI. (11 de Abril de 2001). Res. N° 371-2001/TPI-INDECOPI.

INDECOPI. (15 de Diciembre de 2005). Res. N° 286-1998/TPI-INDECOPI. Exp. N° 512-2004/ODA-INDECOPI.

INDECOPI. (21 de Marzo de 2006). Res. N° 0372-2006/TPI-INDECOPI. Exp. N° 1089-2004/ODA-INDECOPI.

INDECOPI. (28 de Junio de 2006). Res. N° 0858-2006/TPI-INDECOPI. Exp. N° 568-2005/ODA-INDECOPI.

INDECOPI. (10 de Junio de 2008). Res. N° 1387-2008/TPI-INDECOPI. Exp. N° 1056-2001/ODA-INDECOPI.

INDECOPI. (09 de Abril de 2010). Res. N° 0760-2010/TPI-INDECOPI. Exp. N° 512-2004/ODA-INDECOPI.

INDECOPI. (20 de Octubre de 2010). Res. N° 2403-2010/TPI-INDECOPI. Exp. N° 1881-2008/DDA-INDECOPI.

INDECOPI. (29 de Noviembre de 2010). Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. Exp. N° 201-2008/CCD-INDECOPI.

INDECOPI. (23 de Junio de 2014). Res. N° 1546-2014/TPI-INDECOPI. Exp. N° 2082-2011/DDA-INDECOPI.

INDECOPI. (15 de Julio de 2015). Res. N° 2944-2015/TPI-INDECOPI. Exp. N° 643-2014/DDA-INDECOPI.

INDECOPI. (20 de Enero de 2016). Res. N° 0210-2016/TPI-INDECOPI. Exp. N° 2499-2013/DDA-INDECOPI.

INDECOPI. (18 de Marzo de 2016). Res. N° 0779-2016/TPI-INDECOPI. Exp. N° 441-2014/DDA-INDECOPI.

INDECOPI. (05 de Junio de 2017). Res. N° 1760-2017/TPI-INDECOPI. Exp. N° 2494-2013/DDA-INDECOPI.

INDECOPI. (15 de Abril de 2019). Res. N° 0636-2019/TPI-INDECOPI. Exp. N° 3209-2017/DDA-INDECOPI.

INDECOPI. (28 de Octubre de 2019). Res. N° 1733-2019/TPI-INDECOPI. Exp. N° 1973-2018/DDA-INDECOPI.

J. Walther Thompson. (2013). *Superformula to fight cancer A.C.Camargo Cancer Center*, JWT. Obtenido de <https://www.jwt.com/en/work/superformulaparalutarcontraocancer/>

- John Walker and Sons Limited. (S/F). *White Walker by Johnnie Walker*. Obtenido de <https://www.johnnie-walker.com/en/our-whisky/limited-edition-whiskies/white-walker-johnnie-walker/>
- Johnson, B. (09 de Noviembre de 2012). *Hatsune Miku: The world's fakest pop star*. Obtenido de <https://www.cbsnews.com/news/hatsune-miku-the-worlds-fakest-pop-star/>
- Jonsdottir, A., Finnbogadottir, G., & Gunnarsdottir, E. (2014). *Disney Go Green: A Family Guide to a Sustainable Lifestyle*. Nueva York: Edda USA.
- Jurado Nacional de Elecciones del Perú. (07 de Febrero de 2018). Reglamento sobre Propaganda Electoral, Publicidad Estatal y Neutralidad en Periodo Electoral [Resolución N° 0078-2018-JNE] - RPEPEN. Diario Oficial El Peruano.
- Kontos, P., Miller, K.-L., Colobong, R., Palma, L., Binns, M., Low, L.-F., . . . Naglie, G. (2016). Elder-clowning in long-term dementia care: Results of a pilot. *Journal of the American Geriatrics Society*, 64(2), 347-353. doi:10.1111/jgs.13941
- Kresalja, B., & Ochoa, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima: PUCP.
- Kristensen, H., Sørensen, E., Stinson, J., & Thomsen, H. (2019). "WE do it together!" An ethnographic study of the alliance between child and hospital clown during venipunctures. *Journal of Pediatric Nursing*, 46, 1-9. doi:10.1016/j.pedn.2019.03.013
- Labarca, F. (01 de Diciembre de 2018). *Cosplays en la Teletón: Famosos se visten de personajes de videojuegos y películas en la Gamertón*. Obtenido de <https://www.latercera.com/entretencion/noticia/cosplays-la-teleton-famosos-se-visten-personajes-videojuegos-peliculas-la-gamerton/426649/>
- Landes, W., & Posner, R. (2006). *La estructura económica del derecho de propiedad intelectual e industrial*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- León, F. (2014). El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Pensamiento Constitucional*(19), 389-420.
- León, L. (2007). *El problema jurídico de la manipulación de información personal*. Lima: Palestra.
- Lepage, A. (2003). Panorama general de las excepciones y limitaciones del camino al entorno digital autor. *Boletín de Derecho de Autor*, 1-21. Obtenido de https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139696_spa

Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [D.Leg. N° 1033] - LOINDECOPI. (24 de Junio de 2008). Diario Oficial El Peruano.

Li, X.-M., Yan, H., Zhou, K.-N., Dang, S.-N., Wang, D.-L., & Zhang, Y.-P. (2011). Effects of music therapy on pain among female breast cancer patients after radical mastectomy: results from a randomized controlled trial. *Breast Cancer Research and Treatment*, 128(2), 411-419. Obtenido de https://www.researchgate.net/profile/Kaina_Zhou2/publication/51093898_Effects_of_music_therapy_on_pain_among_female_breast_cancer_patients_after_radical_mastectomy_Results_from_a_randomized_controlled_trial/links/5818dea708ae6378919e7768/Effects-of-music-

Lipszyc, D. (1993). *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: UNESCO - Zavalia - Cerlalc.

Lopes-Junior, L., García, R., Olson, K., Bomfim, E., Tatsch, E., Calheiros, D., . . . Pereira-da-Silva, G. (2019). Systematic review protocol examining the effectiveness of hospital clowns for symptom cluster management in paediatrics. *BMJ Open*, 9(1), 1-6. doi:10.1136/bmjopen-2018-026524

López-Cepero, J., Amaya, A., Castro, T., García, I., López, A., Ruiz, A., . . . Benítez, A. (2004). Anxiety during the performance of colonoscopies: modification using music therapy. *European Journal of Gastroenterology & Hepatology*, 16(12), 1381-1386. Obtenido de https://journals.lww.com/eurojgh/Abstract/2004/12000/Anxiety_during_the_performance_of_colonosopies__24.aspx

Maram, L. (23 de Febrero de 2013). *Tres campañas muy sangrientas*. Obtenido de <https://www.luismaram.com/tres-campanas-muy-sangrientas/>

Maraví, A. (2010). Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el Derecho de autor. *Cuaderno de Trabajo*, 16, 1-37. Obtenido de http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/05/ct16_breves_apuntes.pdf

Marciani, B. (2014). *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Lima: Palestra.

Mariscal, P. (2013). *Derecho de Transformación y Obra Derivada*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Marquina, P. (01 de Enero de 2019). *La amabilidad como estrategia corporativa*, Diario El Comercio. Obtenido de <https://elcomercio.pe/economia/dia-1/amabilidad-estrategia-corporativa-percy-marquina-noticia-592960-noticia/>
- Martínez, N. (2018). *Los fines educativos y de investigación como límite al Derecho de Autor*. Madrid: Dykinson.
- Meiri, N., Ankri, A., Ziadan, F., Nahmias, I., Konopnicki, M., Schnapp, Z., . . . Pillar, G. (2017). Assistance of Medical Clowns Improves the Physical Examinations of Children Aged 2–6 Years. *Israel Medical Association Journal*, 19(12), 761-766. Obtenido de <https://www.ima.org.il/FilesUpload/IMAJ/0/263/131873.pdf>
- Mendoza, M. (2013). Apuntes sobre la naturaleza jurídica del cadáver: Análisis de las diversas teorías y la posición que asume el ordenamiento jurídico peruano frente a estas. *Foro Jurídico*(12), 51-61. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13800/14424>
- Menell, P., Lemley, M., & Merges, R. (2018). *Intellectual Property in the New Technological Age*. Stanford: UC Berkeley Public Law - Stanford Public Law. Obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3214894
- Menéndez, A., & Gordillo, L. (2016). El Derecho derivado de la UE. Los acuerdos internacionales de la UE. En A. López, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (pp. 85-135). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ministerio de Cultura de España. (22 de Abril de 1996). Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia - TRLPI. Boletín Oficial del Estado. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>
- Ministerio del Interior del Perú. (27 de Julio de 2016). *Reglamento de Promociones Comerciales, Rifas con fines sociales y colectas públicas [Decreto Supremo N° 010-2016-IN] - RPCRCP*. Diario Oficial El Peruano.
- Miranda, M., Hazard, S., & Miranda, P. (2017). La música como una herramienta terapéutica en medicina. *Revista Chilena de Neuro-psiquiatría*, 55(4), 266-277.
- Moffat, R. (2013). Is Laughter a Form of Therapy? *Medico-Legal Journal*, 81(1), 49. doi:10.1177/0025817213476396
- Montiel, E. (2010). *El Poder de la Cultura*. Lima: FCE.

- Moore, A. (1997). A Lockean Theory of Intellectual Property Revisited. *Hamline Law Review*, 21, 65-108.
- Morales, A. (13 de Marzo de 2015). *Iron Man regala su brazo biónico a niño de 7 años*, Diario El País. Obtenido de https://elpais.com/elpais/2015/03/13/estilo/1426248748_948672.html
- Moscoso, M. (2013). Prólogo. En M. Moscoso, E. Iriarte, & R. Medina, *Guía de Derecho de autor para dramaturgos* (pp. 5-6). Lima: INDECOPI - USAID.
- Moser, D., & Slay, C. (2012). *Music Copyright Law*. Boston: Cengage Learning.
- Mosquera, S. (2014). El derecho a recibir sepultura de acuerdo con los ritos de la propia confesión religiosa. Comentario a la STC 0256-2003-PHC/TC. En AA.VV., *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina* (pp. 285-301). Lima: Tribunal Constitucional del Perú.
- Muguillo, R. (2005). *Publicidad*. Buenos Aires: Astrea.
- Mulato, A. (23 de Octubre de 2017). *El médico mexicano que combate la leucemia disfrazado de superhéroe*, Diario El País. Obtenido de https://verne.elpais.com/verne/2016/06/09/mexico/1465428018_327935.html
- Murillo, J. (2013). Conviviendo con el enemigo: Sobre los conflictos entre el Derecho de Autor y el Derecho de la Propiedad Industrial. *Actualidad Jurídica*(231), 321-336.
- Murillo, J. (2015a). El rompecabezas incompleto. La omisión normativa y jurisprudencial sobre la protección por el derecho de autor de personajes y objetos de la obra. *Derecho PUCP*(74), 189-220. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13593/14217>
- Murillo, J. (2015b). *La Protección Jurídica de las Expresiones del Folklore*. Lima: ARA.
- Murillo, J. (2015c). Los Mil y Un Rostros de la Publicidad. Análisis sobre el actual concepto jurídico de Publicidad Comercial en el Perú. En P. (. Urteaga, & A. (. Verona, *Anuario de Investigación del CICAJ. Las Instituciones Jurídicas en debate* (pp. 161-207). Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Murillo, J. (2017a). Apuntes sobre la pintura como obra de arte plástico y su originalidad en el Derecho de Autor español y peruano. En AA.VV., *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano 2017* (pp. 457-537). Madrid: Civitas - Thomson Reuters.

- Murillo, J. (2017b). El Copyright del Juez ¿Y si demostramos que el Derecho de Autor podría mejorar –en cierto sentido– la Justicia? *Revista La Propiedad Inmaterial*, 23, 69-129. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4978>
- Murillo, J. (2017c). La problemática jurídica detrás de la resurrección mediante CGI de actores y/o actrices fallecidos/as. En F. (. Bueno de Mata, *FODERTICS 6.0*. (pp. 63-73). Granada: Comares.
- Murillo, J. (2018). *La Marca País: estudio de derecho andino y europeo y su uso como herramienta de las MIPYMES para su desarrollo en el comercio internacional a través de Internet*. Pamplona: Aranzadi.
- Nas Daily. (19 de Diciembre de 2018). *The Happiest Cemetery* | Nas Daily. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=OPFsthITU5Q>
- North, D. (2012). *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. (A. Bárcena, Trad.) México D.F.: FCE.
- Novak, F. (2003). La Comunidad Andina y su Ordenamiento Jurídico. En AA.VV., *Derecho Comunitario Andino* (pp. 57-100). Lima: PUCP.
- Nuala, E. (08 de Diciembre de 2017). *Benetton's Most Controversial Campaigns*. Obtenido de <https://www.vogue.co.uk/gallery/benettons-best-advertising-campaigns>
- Okediji, R. (2018). Reframing International Copyright L&E as Development Policy. En AA.VV., *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions* (pp. 429-495). Nueva York: Cambridge University Press.
- Olimpio, R. (2013). El derecho de reproducción de obras literarias: aspectos de su evolución histórica. *Anuario de Derecho del Centro de Investigaciones Jurídicas*, 30(30), 89-123. Obtenido de <http://ucaifaces.ula.ve/libros/AnuarioDerecho/anuario30/mobile/index.html>
- Ortega, J. (2016). Prólogo. En S. Vaidhyathan, *Copyrights y Copywrongs. El ascenso de la Propiedad Intelectual y su amenaza a la creatividad* (pp. X-XV). Bogotá: Universidad de los Andes - Universidad Nacional de Villa María - Universidad Nacional de México.
- Oskarsson, M. (2014). Portada Disney Go Green: A Family Guide to a Sustainable Lifestyle. En A. Jonsdottir, G. Finnbogadottir, & E. Gunnarsdottir, *Disney Go Green: A Family Guide to a Sustainable Lifestyle* (p. 0). Nueva York: Edda USA.

Obtenido de <https://www.amazon.com/Disney-Go-Green-Sustainable-Lifestyle/dp/1940787009>

Pabón, J. (2009). Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 13, 59-104.

Pacchetti, C., Mancini, F., Aglieri, R., Fundarò, C., Martignoni, E., & Nappi, G. (2000). Active Music Therapy in Parkinson's Disease: An Integrative Method for Motor and Emotional Rehabilitation. *Psychosomatic Medicine*, 62(3), 386-393. Obtenido de <http://yogadopa.com/wp-content/uploads/2011/06/active-music-therapy-in-pd-2000.pdf>

Pallota, F. (06 de Febrero de 2020). *Disney apologizes to school that was charged \$250 for showing 'The Lion King'*, CNN. Obtenido de <https://edition.cnn.com/2020/02/06/media/disney-bob-iger-emerson-school/index.html>

Parlamento de Australia. (1968). Copyright Act. Gaceta Oficial. Obtenido de <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00042>

Parlamento de Australia. (1988). Privacy Act. Gaceta Oficial. Obtenido de <https://www.legislation.gov.au/Details/C2014C00076>

Parlamento de Canadá. (1985). Copyright Act. Gaceta de Canadá. Obtenido de <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/index.html>

Parlamento de Nueva Zelanda. (1994). Copyright Act. Gaceta Nueva Zelanda. Obtenido de <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/latest/DLM345634.html>

Parlamento del Reino Unido. (1988). Copyright, Design and Patents Act. The National Archives. Obtenido de <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>

Parlamento y Consejo de la Unión Europea. (22 de Mayo de 2001). Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información - DIDAUE. Diario Oficial de la Unión Europea. Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:ES:HTML>

Pérez, J. (2014). *Curso de Derecho Constitucional* (14° ed.). Madrid: Marcial Pons.

Perlingieri, G. (2015). *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el Derecho Civil*. Madrid: Dykinson.

- Petty Publicidad; Sodimac Homecenter. (10 de Febrero de 2016). *Sodimac Estación de Descanso*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=dL7wNwAJwCY>
- Pinotti, P. (2012). Trust, Regulation and Market Failures. *Review of Economics and Statistics*, 94(3), 650-658.
- Pizarro, E. (2012). *La Disciplina Constitucional de la Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Posner, R. (1992). When is Parody Fair Use? *The Journal of Legal Studies*, 21(1), 67-78. Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/724401>
- Posner, R. (2013). *El Análisis Económico del Derecho* (2da ed.). México D.F.: FCE.
- Presidente de la República del Perú. (24 de Julio de 1984). Código Civil [D.Leg. N° 295]. Diario Oficial El Peruano. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp
- Presidente de la República del Perú. (23 de Abril de 1996). Ley de Derecho de Autor [D.Leg. N° 822] - LDA. Diario Oficial El Peruano. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp
- Presidente de la República del Perú. (27 de Junio de 2008). Decreto Legislativo que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial [D.Leg. N° 1075]. Diario Oficial El Peruano. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp
- Presidente de la República del Perú. (25 de Junio de 2008). Ley de Represión de la Competencia Desleal [D.Leg. N° 1044] - LRCD. Diario Oficial El Peruano. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp
- Presidente de la República del Perú. (05 de Octubre de 2015). Reglamento de la Ley N° 29889, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental [D.S. N° 033-2015-SA]. Diario Oficial El Peruano. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp
- Presidente de la República del Perú. (19 de julio de 2016). Reglamento de la Ley de Libertad Religiosa [D.S. N° 006-2016-JUS] - RLLRP. Diario Oficial El Peruano. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

- Primer Ministro de Chequia. (2000). Texto Consolidado de la Ley N° 121/2000 Coll. sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos - TCLCHDA. Gaceta Oficial. Obtenido de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cz/cz043en.pdf>
- Primer Ministro de la República de Italia. (16 de Julio de 1941). Decreto Legislativo N° 8, del 15 de enero de 1941, – Testo consolidato dell Legge N° 633, del 22 de abril de 1941, sulla Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio - TCLDA. (166). Gaceta Oficial. Obtenido de http://www.interlex.it/testi/l41_633.htm
- Quijada, P. (31 de Enero de 2014). https://www.abc.es/sociedad/20140131/abci-enfermedades-mejoran-musicoterapia-201401291443_1.html, Diario ABC. Obtenido de https://www.abc.es/sociedad/20140131/abci-enfermedades-mejoran-musicoterapia-201401291443_1.html
- Quintero, A., Eucaris, M., Villamil, M., & León, J. (2015). Cambios en la depresión y el sentimiento de soledad después de la terapia de la risa en adultos mayores internados. *Biomédica*, 35(1), 90-100. doi:10.1590/S0120-41572015000100012
- Raffo, J. (2011). *Derecho autoral. Hacia un nuevo paradigma*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Raglio, A., Balletti, G., Traficante, D., Gianotti, M., Ubezio, M. C., Villani, D., & Trabucchi, M. (2008). Efficacy of Music Therapy in the Treatment of Behavioral and Psychiatric Symptoms of Dementia. *Alzheimer Disease & Associated Disorders*, 22(2), 158-162. Obtenido de <https://pdfs.semanticscholar.org/0f53/3691d0f631f6e9bbd93711343087119ec502.pdf>
- Ribera, B. (2002). *El Derecho de Reproducción en la Propiedad Intelectual*. Madrid: Dykinson.
- Rios, W. (2011). *La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías*. Bogotá: Universidad de los Andes - Temis.
- Rodríguez, G. (2013). *El consumidor en su isla. Una visión alternativa del sistema de protección al consumidor*. Lima: UP.
- Rodríguez, S. (2004). *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Romita, J., & Layton, B. (10 de Septiembre de 1979). *Front page of Iron Man #126*. Obtenido de https://www.marvel.com/comics/issue/9357/iron_man_1968_126

- Roppo, V. (2007). Situaciones Jurídicas y Relaciones Jurídicas. En L. León, *Derecho de las Relaciones Obligatorias* (pp. 46-59). Lima: Jurista.
- Rubio, M. (2009). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. (10° Edición ed.). Lima: PUCP.
- Rubio, M., Eguiguren, F., & Bernales, E. (2011). *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículo 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: PUCP.
- Ruiz, J. (19 de Febrero de 2016). *10 canciones para un funeral*. Obtenido de <https://www.elmundo.es/cultura/2016/02/19/56c61de3ca474101338b4579.html>
- Sagüés, N. (2017). *Derecho Constitucional* (Vol. Tomo III). Buenos Aires: AdHoc.
- Samaan, T. (2010). Band Aid - HULK. *Band Aid - HULK*. JWT Dubai, UAE, Dubai.
- Samuelson, P. (2017). Justifications for Copyright Limitations and Exceptions. En R. Okadiji, *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions* (pp. 12-59). Nueva York: Cambridge University Press.
- Scheel, T., Hoepfner, D., Grotevendt, A., & Barthlen, W. (2017). Clowns in Paediatric Surgery: Less Anxiety and More Oxytocin? A Pilot Study. *Klinische Pädiatrie*, 229(5), 274-280. doi:10.1055/s-0043-106854
- Schmidt, K. (2014). *Appropriation in the Fine Arts: Fair Use, Fair Dealing and Copyright Law*. Facultad de Derecho de la Universidad de Otago. Dunedin: Universidad de Otago. Obtenido de <https://www.otago.ac.nz/law/research/journals/otago085117.pdf>
- Seng, D. (2016). *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Educational Activities*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Obtenido de https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_33/sccr_33_6.pdf
- Shavell, S. (2004). *Fundamentos del análisis económico del Derecho*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Sirinelli, P. (1999). *Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Obtenido de https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf

- Solórzano, R. (2005). La esponsorización como mecanismo de publicidad comercial. *Revista Ius et Veritas*, 15(30), 52-59.
- Solórzano, R., & Marciani, B. (2004). La libertad de expresión y la parodia en el derecho a la propiedad intelectual. *Revista de Derecho PUCP*, 57, 263-285. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10336>
- Sridharan, K., & Sivaramakrishnan, G. (2016). Therapeutic clowns in pediatrics: a systematic review and meta-analysis of randomized controlled trials. *European journal of pediatrics*, 175(2), 1353-1360. doi:10.1007/s00431-016-2764-0
- Stallman, R. (2006). *Free Software, Free Society*. Boston: Free Software Foundation.
- Stiglitz, J. (1989). Markets, Market Failures, and Development. *The American Economic Review*, 79(2), 197-203.
- Stiglitz, J., & Greenwald, B. (1986). Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets. *The Quarterly Journal of Economics*, 101(2), 229-264.
- Tribunal Constitucional de Perú. (05 de Julio de 2004). STC N° 00090-2004-AA/TC. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>
- Tribunal Constitucional de Perú. (29 de agosto de 2006). STC N° 7231-2005-PA/TC. Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07231-2005-AA.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (14 de agosto de 2002). STC N° 0905-2001-AA/TC. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00905-2001-AA.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (11 de noviembre de 2003). STC N° 008-2003-AI/TC. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (17 de Marzo de 2003). STC N° 0964-2002-AA/TC. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00964-2002-AA.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (29 de enero de 2003). STC N° 1797-2002-HD/TC. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01797-2002-HD.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (24 de Marzo de 2004). STC N° 0858-2003-AA/TC. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00858-2003-AA.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (05 de octubre de 2004). STC N° 2016-2004-AA/TC. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (20 de abril de 2004). STC N° 2945-2003-AA/TC. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (15 de junio de 2004). *STC N° 3283-2003-AA/TC*.
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (18 de Mayo de 2005). *STC N° 0044-2004-AA/TC*.
Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00044-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (01 de abril de 2005). *STC N° 0048-2004-PI/TC*.
Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (21 de abril de 2005). *STC N° 0256-2003-HC/TC*.
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00256-2003-HC.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (08 de julio de 2005). *STC N° 1417-2005-AA/TC*.
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (04 de julio de 2005). *STC N° 2064-2004-AA/TC*.
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02064-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (30 de mayo de 2005). *STC N° 3208-2004-AA/TC*.
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03208-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (11 de Julio de 2005). *STC N° 3330-2004-AA/TC*.
Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (10 de Octubre de 2006). *STC N° 02488-2004-AA/TC*.
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02488-2004-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (11 de diciembre de 2006). *STC N° 5741-2006-PA/TC*.
Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05741-2006-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (09 de noviembre de 2007). *STC N° 3081-2007-PA/TC*.
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03081-2007-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (13 de Octubre de 2008). *STC N° 03951-2007-PA/TC*.
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03951-2007-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (31 de enero de 2008). *STC N° 1535-2006-PA/TC*.
Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01535-2006-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (11 de julio de 2008). *STC N° 2480-2008-PA/TC*.
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02480-2008-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (11 de noviembre de 2009). *STC N° 06316-2008-PA/TC*.
Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (19 de febrero de 2009). *STC N° 3343-2007-AA/TC*.
Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (18 de agosto de 2010). *STC N° 03071-2009-PA/TC*.
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03071-2009-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (04 de marzo de 2011). *STC N° 0004-2010-PI/TC*.
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00004-2010-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (24 de enero de 2012). *STC N° 02111-2010-PA/TC*.
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02111-2010-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (04 de diciembre de 2013). *STC N° 00666-2013-PA/TC*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00666-2013-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (21 de julio de 2014). *STC N° 5312-2011-PA/TC*.
Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/05312-2011-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (11 de octubre de 2018). *STC N° 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC*. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00012-2018-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (27 de junio de 2019). *STC N° 4007-2015-PHC/TC*.
Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/04007-2015-HC.pdf>

Tsoutis, A. (2013). *Spidey*. *Spidey*. JWT, Athens, Greece, Atenas.

Ubertazzi, L. (2003). *I diritti d'autore e connessi* (2da ed.). Milán: Giuffrè.

Unión de Berna. (28 de Septiembre de 1979). Convenio de Berna. Portal Web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Obtenido de https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283698

Unión de Productores Fonográficos - UNIMPRO. (29 de Septiembre de 2017). *Reglamento General de Tarifas*. Obtenido de <http://www.unimpro.org/sitio/usuarios/reglamento-general-de-tarifas/>

Vadillo, J. (16 de Febrero de 2017). *Los niños héroes que libran batalla contra el cáncer*, Andina, Agencia Peruana de Noticias. Obtenido de <https://andina.pe/agencia/noticia-los-ninos-heroes-libran-batalla-contra-cancer-654232.aspx>

Van Venrooij, L., & Barnhoorn, P. (2017). Hospital clowing: a paediatrician's view. *European journal of pediatrics*, 176(2), 191-197. doi:10.1007/s00431-016-2821-8

Varsi, R. (2006). *Derecho Médico Peruano* (2° Edición ed.). Lima: Grijley.

Vibes, F. (2009). *Derechos de Propiedad Intelectual*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Vigil, N. (2017). Apuntes para una lectura semiótica del cementerio Nueva Esperanza de Villa María del Triunfo (Lima, Perú). *AdVersus*, XIV(32), 117-129. Obtenido de <http://www.adversus.org/indice/nro-32/notas/XIV3206.pdf>

Vitorio, R., & Huaroc, D. (03 de Octubre de 2015). *El Rey de los Velorios: cuando la chicha musicaliza la pena [Archivo de Video]*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=8-xFv9PzuRE>

War Child Holland. (14 de Abril de 2017). *War Child / Batman*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=tDiwhtcVrbw>

Xalabarder, R. (2006). Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright? *UOC Papers. Revista sobre la sociedad del conocimiento*(2), 1-12. Obtenido de <http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>

Yupán, C. (s.f.). *El funeral de este niño estuvo lleno de superhéroes por una emotiva razón*. Obtenido de <https://mott.pe/noticias/el-funeral-de-este-nino-estuvo-lleno-de-superheroes-por-una-emotiva-razon/>

Zulueta, A. (20 de Mayo de 2014). *Funeral Fit for a 5-Year-Old Superhero*. Obtenido de <https://abcnews.go.com/US/funeral-fit-year-superhero/story?id=23793744>