



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD  
CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**ESCUELA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN POLÍTICA JURISDICCIONAL**

**DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA E INTERPRETACIÓN JUDICIAL  
EN DERECHOS DE AUTOR**

**Tesis para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho con  
mención en Política Jurisdiccional**

**Presentado por: Sergio Manuel Tamayo Yañez**

**Jurado: Raúl Solórzano Solórzano (Asesor)  
Abraham García Chávarri  
Moisés Arturo Rejanovinschi Talledo**

**Lima - 2015**

*A mi hermana Lucía,  
con la que grabé mis primeros casetes y leí mis primeros libros.*

*"El libro, como libro, pertenece al autor, pero como pensamiento el libro pertenece –la palabra no es demasiado abarcativa– al género humano. Todas las inteligencias tienen derecho de acceder a ese pensamiento. Si uno de los dos derechos, el derecho del escritor y el derecho del espíritu humano, debiera ser sacrificado, debería ser el derecho del escritor, pues el interés público es nuestra mayor preocupación, y todos, lo declaro, deben estar antes que nosotros."*

*Víctor Hugo.  
Discurso de Apertura del Congreso Literario Internacional de 1878*

## INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO I: EL DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA EN EL PERÚ

1. Cuestiones previas
  - 1.1 ¿Qué es la cultura?
  - 1.2 ¿Existe una única noción de cultura?
2. Los derechos culturales
  - 2.1. Los tratados internacionales sobre derechos culturales
  - 2.2. Normativa constitucional sobre derechos culturales
3. El derecho de acceso a la cultura en el Perú (artículo 2.8 de la Constitución)
  - 3.1 Posturas ante el artículo 2.8 de la Constitución
  - 3.2 El artículo 2.8 de la Constitución para el Tribunal Constitucional
    - a) Caso Espectáculos Taurinos (Expediente N.º 0042-2004-A/TC)
    - b) Caso comunicación pública (Expediente N.º 1492-2005-AA/TC)

### CAPÍTULO II: LÍMITES Y EXCEPCIONES A LOS DERECHOS DE AUTOR (Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA)

1. Breve referencia a la situación de derecho de autor en el Perú
  - 1.1 Algunas estadísticas
  - 1.2 Sentencias judiciales en materia penal
    - a) Expediente N° 00079-2005
    - b) Expediente N° 01067-2007
    - c) Expediente N° 0982-2008
    - d) Expediente N° 0027-2011
2. Derechos de autor y derechos de propiedad
  - 2.1 Diferencias entre la propiedad clásica y la propiedad intelectual (derechos de autor)
  - 2.2 Sobre el registro de la propiedad intelectual por derechos de autor
3. Límites y excepciones al derecho de autor
  - 3.1 Los límites al derecho de propiedad
  - 3.2 Razones que justifican la existencia de límites a los derechos de autor
4. Marco normativo de los límites y excepciones al derecho de autor en el Perú
  - 4.1 Antecedentes
  - 4.2 LDA y otras normas que regulan la materia
5. Cambios recientes en la LDA para ampliar límites y excepciones de derechos de autor
  - 5.1 Comunicación pública con fines didácticos (artículo 41, literal c)
  - 5.2 Reproducción para la enseñanza (artículo 43, literal a)
    - a) El énfasis en la reproducción digital
    - b) Ampliación de supuestos a poemas, discursos, etc.
    - c) Posibilidad de reproducir obras íntegras
    - d) Definición de “usos honrados” (cita obligatoria del autor)
  - 5.3 Préstamo público de obras (artículo 43, literal f)

- 5.4 Opiniones sobre las modificaciones
- 5.5 ¿Cambiar la LDA es la única salida?

### **CAPÍTULO III: DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA E INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE DERECHOS DE AUTOR**

1. El equilibrio que debe existir entre estos derechos
2. Interpretación judicial en materia de límites y excepciones de derechos de autor
  - 2.1 Diferencias entre interpretación y analogía
  - 2.2 Problemática de la interpretación judicial sobre límites y excepciones de derechos de autor.
  - 2.3 Críticas a la interpretación judicial al respecto
3. Algunos puntos a considerar para alcanzar un mayor equilibrio en la interpretación judicial
  - 3.1. La reducción de plazos de protección
  - 3.2. Las medidas a favor de las bibliotecas
  - 3.3. La reproducción sin fines de lucro
    - a) El requisito de reproducir sólo “breves fragmentos”
    - b) El requisito de reproducir sólo “obras agotadas”
    - c) El requisito de utilización para “ exclusivo uso personal”
  - 3.4. La copia privada
  - 3.5. La comunicación pública en “actos oficiales”
    - a) Caso Espectáculo Navideño para niños pobres
    - b) Caso celebración del aniversario del distrito
    - c) Caso Día del Pisco y otros
  - 3.6. La difusión o comunicación pública sin fines de lucro
  - 3.7. Las nuevas tecnologías
4. Hacia una interpretación judicial distinta de los límites y excepciones al derecho de autor
  - 4.1 La interpretación judicial de los límites y excepciones al derecho de autor en el *common law*
    - a) ¿Son completamente opuestos el sistema del *common law* y el nuestro en materia de límites a los derechos de autor?
    - b) La interpretación judicial sobre la materia en el *common law: fair use* y *fair dealing*
  - 4.2 Los límites no deben interpretarse como excepciones, sino como otros derechos.

### **CONCLUSIONES**

### **BIBLIOGRAFÍA**

### **AGRADECIMIENTOS**

## INTRODUCCIÓN

Hace diez años las cosas eran diferentes.

En esa época, conocí a una alumna de intercambio en la universidad. Creo que venía de Wisconsin. Recuerdo que una vez me preguntó, dudando mucho de su español: “Nos han mandado a leer para un curso. Pero no me han dicho que busque las lecturas en la biblioteca sino ¿en la fotocopidora? ¿He entendido mal?”.

Nos reímos de su aparente confusión. Le dije que no había error, que en la fotocopidora estaba todo lo que había que leer y, al menos yo, solo iba a la biblioteca cuando quería prestarme alguna película o disco para disfrutarlo en casa. Y mostré mi ejemplar de *Los cuatrocientos golpes*, como prueba irrefutable de la veracidad de mis palabras.

Pero como dije, eso fue hace diez años, cuando las cosas eran diferentes.

De un día para otro, la biblioteca decidió dejar de prestar películas y las fotocopadoras dejaron de fotocopiar libros enteros. En ambos casos “por órdenes de INDECOPÍ”. No entendía por qué la biblioteca podía prestar un libro y no una película, si igual no pensaba comprarme ninguna.

Luego aparecieron los cartelitos que indicaban que solo se podían reproducir “breves fragmentos” de obras, no libros completos: Ni siquiera dejaban fotocopiar obras agotadas, a pesar que era perfectamente legal. Naturalmente, era muy fácil saltar esta prohibición, solo había que usar las fotocopadoras que estaban frente a la Universidad. Lo que no nos debería sorprender, teniendo en cuenta que, muy cerca a los máximos órganos jurisdiccionales del país, se encuentra también los más grandes centros de violación al derecho de autor: a dos cuadras del Palacio de Justicia está Polvos Azules<sup>1</sup> y, frente a la Corte Superior de Lima, “el Hueco”<sup>2</sup>.

Hace diez años se creó Facebook y Gmail. Y The Pirate Bay. Fue también cuando empezó el *boom* de los blogs y la denominada web 2.0. De hecho, fue hace diez años cuando se acuñó el referido término<sup>3</sup>. La nueva revolución en Internet influyó en que el intercambio de información y bienes culturales aumente de gran manera. Conseguir música, películas o libros se volvió muchísimo más fácil, por más que los cartelitos de la biblioteca dijeran lo contrario.

Hace diez años también empezaron las negociaciones para el Acuerdo de Promoción Comercial o Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica (en

---

<sup>1</sup> [http://www.rpp.com.pe/2014-09-13-policia-incauta-cientos-de-cd-y-dvd-piratas-en-polvos-azules-noticia\\_725276.html](http://www.rpp.com.pe/2014-09-13-policia-incauta-cientos-de-cd-y-dvd-piratas-en-polvos-azules-noticia_725276.html)

<sup>2</sup> [http://www.rpp.com.pe/2014-07-27-decomisan-en-centro-comercial-el-hueco-2-millones-de-videos-piratas-noticia\\_711433.html](http://www.rpp.com.pe/2014-07-27-decomisan-en-centro-comercial-el-hueco-2-millones-de-videos-piratas-noticia_711433.html)

<sup>3</sup> Tim O'Reilly, acuñó por primera vez el término de Web 2.0 en 2004 para referirse a una segunda generación de web basada en las comunidades de usuarios/as y en una nueva serie de servicios. [http://www.edukanda.es/mediatecaweb/data/zip/967/page\\_24.htm](http://www.edukanda.es/mediatecaweb/data/zip/967/page_24.htm) Consulta: 18 de diciembre de 2014.

adelante, TLC)<sup>4</sup>, lo que traería consecuencias en la regulación de los derechos de autor y la propiedad intelectual en el Perú. El endurecimiento de las leyes de derechos de autor se volvería un fenómeno global.

Y, aunque no sea tan importante, hace diez años empecé a trabajar en una de las cuatro editoriales en las que terminaría colaborando. En una de ellas, me tocó apoyar en la edición del primer número de una nueva, en aquella época, revista: *el Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. Fue ahí donde empecé a interesarme más en los temas relacionados a los derechos de autor. Y en muchos casos, no logré encontrar razones coherentes a muchas de las limitaciones que existen para acceder a diversas manifestaciones culturales por motivos de derechos de autor.

Una de las cosas que me llamó la atención fue el aparente divorcio entre ramas del Derecho que analizan el mismo punto. El derecho de autor es una especialidad jurídica considerada parte del Derecho Mercantil. Sin embargo, esta clasificación no impide que se puedan usar categorías del Derecho constitucional (como el conflicto de derechos fundamentales: derecho de autor vs. Derecho de acceso a la cultura y la ponderación de estos) o de la Teoría General del Derecho (como la teoría de la argumentación jurídica) para estos casos. El uso de otros conceptos podría proveer de herramientas para la posible solución de uno de los conflictos más actuales y complicados del mundo jurídico contemporáneo.

Al respecto, el razonamiento judicial debe adaptarse a los desafíos de las nuevas tecnologías y a los retos que trae la aprobación de muchos de los tratados de libre comercio (en el que el Perú se somete a la legislación de derechos de autor de otros Estados). Para esto debe analizarse hasta qué punto debe tomarse en consideración el derecho de acceso a la cultura, como definir sus contornos e incluso ponderar la posibilidad de inaplicar ciertas regulaciones por trasgredir las disposiciones constitucionales que consagran el derecho de acceso a la cultura.

Se ha señalado que vivimos en una sociedad gobernada por la información, donde el uso, acceso y difusión de la información y la cultura es muy importante. Y uno de los principales mecanismos de regulación de dichos elementos son los derechos de autor.

Se investigará la relación entre los derechos de autor y el derecho de acceso a la cultura y cómo una visión conexas de estos derechos puede ser útil para una mejor protección y delimitación de ambos, lo que facilitaría la tarea de la protección judicial de estos derechos. En ese sentido, el problema puede formularse con la siguiente interrogante: ¿Es relevante considerar “el derecho de acceso a la cultura” en la resolución de los conflictos judiciales que abordan la problemática del derecho de autor?

El objetivo general del presente trabajo es determinar la importancia del derecho de acceso a la cultura en la tarea de la judicatura para resolver casos sobre derechos de autor.

Asimismo, los objetivos específicos son 1) Determinar las características del “derecho de acceso a la cultura” en el Perú, 2) Determinar las principales características de la

---

<sup>4</sup> Este “Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos” fue aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 28766, publicada el 29 de junio de 2006 y ratificado mediante Decreto Supremo N.º 030-2006-RE, publicado el 30 de junio de 2006.

problemática del derecho de autor en el Perú, relacionados con dicho derecho, principalmente, las excepciones y límites al derecho de autor y 3) Determinar si es útil considerar el derecho de acceso a la cultura para la solución de dicha problemática, principalmente en su aspecto jurisdiccional.

Para esto, partiremos de la hipótesis que sí es relevante considerar el derecho de acceso a la cultura teniendo en cuenta los fuertes nexos que tiene con el derecho de autor y porque, usando este concepto para entender los límites o excepciones de los derechos de autor como manifestaciones de otros derechos, puede ayudar a optimizar la defensa de ambos derechos.

Será una investigación teórico - doctrinaria o dogmática, pues analizará las teorías y argumentos respecto al conflicto entre dos derechos (acceso a la cultura y derechos de autor) y la posible solución para armonizar estas posiciones desde la perspectiva de la función jurisdiccional.

En el primer capítulo, se partirá de los derechos culturales, para analizar la existencia del derecho de acceso a la cultura en el Perú y se delinearán su contenido y principales características.

En el segundo capítulo, se analizará la relación que existe entre el derecho de autor, y el derecho de acceso a la cultura, sobre todo respecto de los límites y excepciones del derecho de autor y las recientes modificaciones legislativas.

Finalmente, en el tercer capítulo, determinaremos si es útil tomar en cuenta el derecho de acceso a la cultura para una mejor solución de la problemática actual en la protección de los derechos de autor (específicamente la judicial), analizando las excepciones a los derechos de autor como manifestaciones de otros derechos, por ejemplo, del derecho de acceso a la cultura.

Como ha sido referido **“No es fácil determinar si las limitaciones o excepciones consagradas en la legislación de los países y del Perú en particular responden a las necesidades actuales del Derecho de Autor y a su interacción con el derecho a la educación y al acceso a la investigación, o si por el contrario es necesario modificar las limitaciones o excepciones existentes, o crear otras nuevas, a efectos de restablecer el necesario equilibrio de derechos e intereses, acordes con los actuales fenómenos sociales y económicos derivados de la revolución tecnológica”**<sup>5</sup> (resaltado agregado).

Efectivamente, no es fácil. Y es por eso precisamente que este tema es el que nos motiva. Es nuestro deseo que este trabajo sea “refrescante”, por usar la expresión de Ernesto Rengifo García<sup>6</sup>, al tratar de presentar una visión distinta a la que suelen tener

<sup>5</sup> KRESALJA, Baldo.

2014 “El trato de excepción a la enseñanza en el Derecho de Autor” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 10, Lima, p. 170.

<sup>6</sup> “Resulta refrescante tener entre las manos un texto sobre derechos de autor que no repita lo usual y que no hay caído en el discurso dominante destacar siempre en el campo de los derechos intelectuales los derechos exclusivos que tienen el inventor, el creador y hoy en día, por la erosión del sistema, el inversor”. Prólogo de Ernesto Rengifo García en:

RODRIGUEZ MORENO, Sofía.

2004 *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 19.

otros trabajos sobre la materia: una perspectiva constitucional basada en “el otro lado” del derecho de autor, los derechos de los usuarios.

Considero que tenemos derecho a la promoción de las bibliotecas y que se otorguen todas las facilidades para mejorar sus funciones, tenemos derecho a la reproducción para fines académicas en búsqueda de una mayor equilibrio que revitalice el derecho de acceso a la cultura. Nuestros derechos no pueden ser tratados como algo “excepcional”. No pueden ser “excepciones”.

Existe aún mucho por hacer. Pero lo importante es que están empezando a surgir algunos cambios. Uno de ellos es la Ley N.º 30276 que, luego de mucho tiempo, modificó el Decreto Legislativo N.º 822, Ley sobre el Derecho de Autor<sup>7</sup> (en adelante, LDA) en materia de límites y excepciones de derechos de autor.

Sin embargo, aunque proponer una reforma legislativa es una tarea importante y debe seguir impulsándose, el cambio de las normas no puede ser la única solución respecto al tema de límites y excepciones de derechos de autor, sobre todo si tomamos en cuenta que 1) en casi veinte años de la actual LDA respecto a este punto la ley ha sido modificada solo dos veces<sup>8</sup> y 2) los avances tecnológicos son cada vez más rápidos y las soluciones que los jueces deben plantear en los casos concretos no pueden depender solo de una modificación normativa.

En ese sentido, la interpretación jurisprudencial puede ser una herramienta clave para poder solucionar las nuevas demandas de acceso a bienes culturales que pueden entrar en conflicto con estos derechos.

Ahora, gracias a la modificación de la Ley, la biblioteca podrá volver a prestarme películas y discos para poder disfrutarlos en casa, pero hay que tratar de seguir mejorando la situación del derecho de acceso a la cultura.

Después de todo, las cosas pueden volver a ser como eran hace diez años. E incluso mejor.

---

<sup>7</sup> Publicado el 24 de abril de 1996.

<sup>8</sup> En materia de límites y excepciones de derechos de autor, solo se aprobaron dos leyes modificatorias: la Ley N.º 27861 del 12 de noviembre de 2002, sobre medidas a favor de invidentes y la Ley N.º 30276 de 3 de diciembre de 2014, que modifica los artículos 41 y 43 de la LDA. Respecto a otros temas, solo hubo tres modificatorias: el Decreto Legislativo N.º 1076, de 28 de junio de 2008 y la Ley N.º 29316 del 14 de enero de 2009, para implementar el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos y, por otro lado, la Ley N.º 28571 del 6 de julio de 2005, sobre sanciones.

## CAPÍTULO I: EL DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA EN EL PERÚ

### 1. Cuestiones previas

#### 1.1 ¿Qué es la cultura?

Para definir en qué consiste el derecho de acceso a la cultura, aparentemente tendríamos que definir primero lo que significa cultura, lo que no es nada fácil. Durante mucho tiempo, sociólogos, antropólogos, investigadores, filósofos, escritores, etc. la han entendido de diversas formas y con diferentes significados. Existen muchas definiciones. Por ejemplo, para un poeta como T.S. Elliot, la cultura “(...) es todo aquello que hace de la vida algo digno de ser vivido”<sup>9</sup>. Una definición menos poética y más oficial, como la de la UNESCO, señala que “la cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social”<sup>10</sup>.

Para propósitos de este trabajo, más que una definición filosófica de este concepto debemos tratar de esbozar una definición jurídica del mismo, que nos sea útil para desarrollar en qué consistiría el derecho de acceso a la cultura.

Al respecto, en el presente trabajo no se analizarán las principales características de la cultura como fenómeno histórico o antropológico, sino como este elemento tiene relación con algunos derechos y principios constitucionales. En esa línea, debe tenerse en cuenta que, en los casos de conflictos iusfundamentales, no sólo no se puede, sino que hasta puede ser contraproducente, el tratar de definir términos con fuerte carga valorativa<sup>11</sup>.

En esa línea, como suele suceder con muchos de los conceptos relacionados a derechos fundamentales, además de establecer una definición amplia y ambigua, se puede señalar que el contenido o el significado específico de lo que es “cultura”, se debe determinar en cada caso concreto, de acuerdo a las particularidades del conflicto de interés que se deba de resolver. Finalmente, podría afirmarse, que cada individuo tiene su propia noción de lo que significa cultura, motivo por el cual no tendría sentido plantear una definición taxativa o totalizadora. Aunque esta salida, conlleva otro problema que pasaremos a analizar.

---

<sup>9</sup> De acuerdo a lo señalado por Mario Vargas Llosa en su libro *La civilización del espectáculo*. Lima: Alfaguara, 2012, p. 70.

<sup>10</sup> Declaración de México sobre las políticas culturales. Conferencia Mundial sobre las políticas culturales. México D.F., 26 de julio - 6 de agosto de 1982. En: [http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico\\_sp.pdf/mexico\\_sp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf)

<sup>11</sup> Sobre este punto, Dworkin señala algo similar para el caso del aborto, en el que menciona que tratar de definir si el feto es una “persona” nos aleja de la verdadera materia de discusión. Adaptando el punto de vista dworkiniano al tema que nos ocupa, podríamos señalar que lo importante no es definir lo que es la cultura, sino reconocer que todos los sectores de la sociedad consideramos valiosa la cultura y que, por ende, debemos tratar de establecer cuáles son las decisiones que sirven para difundir y protegerla mejor. DWORNIK, Ronald.

1994 *El dominio de la vida: una discusión acerca de la aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Madrid: Ariel, p. 34.

## 1.2 ¿Existe una única noción de cultura?

Siguiendo esa línea, se podría decir que, aunque sea difícil definir con claridad lo que significa la cultura, todos consideramos o, como veremos más adelante, los tratados y mayoría de Constituciones y pactos políticos consideran que la cultura es algo importante. Parecería que hay un consenso al respecto: la cultura es importante y hay que protegerla. Incluso si tuviéramos una definición clara de lo que significa cultura, vivimos en un mundo en el que las manifestaciones culturales son múltiples, motivo por el cual surge la pregunta inevitable. Ante varias culturas ¿cuál habría que proteger? ¿Todas o algunas? ¿Deben todas tener la misma relevancia jurídica?

Es en este punto donde la realidad concreta del multiculturalismo puede producir visiones contrapuestas: comunitarismo y liberalismo. Así, para el comunitarismo “(...) lo que somos como seres humanos lo somos sólo en una comunidad cultural, puesto que muchas de nuestras experiencias más importantes serían imposibles fuera de la sociedad”<sup>12</sup>. En cambio, “(...) los liberales no tiene este problema, por supuesto, ya que piensan que el individuo es responsable –total o parcialmente– de su cultura”<sup>13</sup>.

Como se puede apreciar, distintas visiones del ser humano, repercuten en distintas visiones de lo que debe ser la cultura y los derechos relacionados a ésta. En referencia a la dicotomía planteada, se puede señalar también que existen dos posturas: la postura universalista y la diferencialista<sup>14</sup>. La primera cree que hay solo una cultura y que todos debemos acceder a ella. La segunda, que existen varias, todas igualmente valiosas y pasibles de difusión.

Aparentemente estamos ante posturas irreconciliables, pero esto no es necesariamente así. Existen formas de tender puentes entre estas concepciones, por ejemplo mediante el concepto de “diversidad cultural”<sup>15</sup>. Incluso, respecto a esta aparente tensión entre liberalismo y comunitarismo se ha señalado que “(...) siendo cierto que estas perspectivas aparecen, en principio, como irreconciliables, el asunto comienza a mostrar visos de conciliación, si se toma en cuenta que – como bien sustenta J. Raz– la autonomía moral de la persona humana, incluso individualmente considerada, sólo alcanza verdadero

<sup>12</sup> FARRELL, Martín D.

1995 “¿Hay derechos comunitarios?” en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, N.º 17-18, p. 73.

<sup>13</sup> Ídem, p. 75.

<sup>14</sup> “(...) Tanto si son presentadas de un modo complementario como antagónico, las concepciones universalista y diferencialista difieren significativamente. De acuerdo con la concepción universalista, la cultura es una. Se trata de ponerla en común. Sirve para iluminar los espíritus y elevarlos al mismo nivel – a un nivel alto - de conocimiento, pensamiento y educación. Su objetivo es realizar una comunidad de espíritus por encima de las diferencias históricas, geográficas o sociales (...) Según la concepción diferencialista, la cultura es plural; las sociedades son pluriculturales. Esta concepción se presenta a menudo como reacción a lo que se considera elitista, occidental o colonial que defiende la cultura universal. Esto último no sería más que la expresión etnocentrista del burgués occidental. Sin embargo, la humanidad se divide en tantos grupos socio-culturales que sería inútil querer uniformarlos o jerarquizarlos (...)”

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique.

2010 “El derecho a la cultura como derecho fundamental” en: *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 4, N.º 1, pp. 94-96.

<sup>15</sup> Ídem, p. 98.

significado y despliegue en un contexto jurídico y político idóneo para la progresividad y trascendencia del grupo cultural al que pertenece y con el que se identifica”<sup>16</sup>.

Como se verá más adelante, tanto los tratados internacionales como nuestra Constitución contempla ambas posturas en forma de derechos, los que deben también ser interpretados de forma armónica y unitaria. Es decir, protege ambas nociones o manifestaciones de la cultura.

En esa línea, las principales objeciones que se plantean a la tarea del Derecho como regulación de la cultura, pueden ser salvadas, lo que deriva en la conclusión, muy aceptada y difundida, de la relevancia de los derechos culturales, entre los que se encuentra, el derecho de acceso a la cultura, el cual desarrollaremos posteriormente.

## 2. Los derechos culturales

Podemos entender la cultura como una manifestación del conocimiento humano y de su forma de vivir y entender el mundo. Esa es la definición que nosotros asumiremos en este trabajo. Por otro lado, el Derecho puede ser entendido como disciplina que trata de establecer reglas para la vida en sociedad y como campo de estudio.

Al respecto, cuando el Derecho trata de establecer ciertos principios básicos que regulen la vida de una nación, inevitablemente influirá en el desarrollo de la cultura de dicho pueblo. En esa línea, cultura y Derecho, se encuentran ligados en ciertos aspectos.

Un ejemplo de ello es uno de los productos más característicos del derecho occidental: las constituciones. Sobre este punto, uno podría pensar que un texto constitucional no tiene mayor relación con la cultura pues no es una manifestación cultural.

Sin embargo, algunos autores no lo ven así. Al respecto, Peter Häberle ha señalado que “... Las constituciones son claramente una pieza cultural. La constitución no es sólo texto jurídico o sistema normativo de regulación, sino expresión de un estado de desarrollo cultural, instrumento para la autorrepresentación cultural de un pueblo, reflejo de su patrimonio cultural...”<sup>17</sup>. Asimismo, se ha señalado que “La cultura juega un papel fundamental en el Estado Social y Democrático de Derecho pues garantiza la libertad de los ciudadanos y la participación de los mismos en las instituciones”<sup>18</sup>.

Como se puede apreciar, el Derecho sí tiene una relación con la cultura y esto se aprecia más claramente cuando algunas de sus disposiciones tratan de regular aspectos

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger.  
2014 “Seminario: Nuevos Enfoques teóricos sobre la función jurisdiccional” en: *Materiales de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 60.

<sup>17</sup> HÄBERLE, Peter.  
2010 “Métodos y principios de la interpretación constitucional” en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, N.º 13, Consulta: 15 de junio de 2015  
<http://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/Haerberle.htm>

<sup>18</sup> LÓPEZ HURTADO, Mariana y Francisco José VALENTÍN RUIZ.  
2013 “El papel de la cultura en el Estado Social y Democrático de Derecho” en: *Revista Online de Estudiantes de Derecho*, N.º 3, p. 12. Consulta: 15 de junio de 2015  
<http://www.uam.es/otros/roed/docs/cultura3.2013.pdf>

relacionados a la vida cultural. Además de las múltiples normas legales o reglamentarias que pueden versar al respecto, existen disposiciones que tienen la mayor jerarquía sobre este punto: son los denominados derechos culturales.

Sobre estos derechos se ha dicho que:

“Por derecho cultural debe entenderse el subsistema de normas jurídicas que regula actividades relativas a la educación, la universidad, la ciencia y la tecnología, los derechos de autor, el patrimonio cultural, la promoción cultural y de las artes, los medios de comunicación, el derecho indígena, la promoción de las culturas populares y los símbolos nacionales”<sup>19</sup>.

Otra definición sobre estos derechos señala lo siguiente:

“Los derechos culturales son derechos relacionados con el arte y la cultura, entendidos en una amplia dimensión. Son derechos promovidos para garantizar que las personas y las comunidades tengan acceso a la cultura y puedan participar en aquella que sea de su elección. Son fundamentalmente derechos humanos para asegurar el disfrute de la cultura y de sus componentes en condiciones de igualdad, dignidad humana y no discriminación. Son derechos relativos a cuestiones como la lengua; la producción cultural y artística; la participación en la cultura; el patrimonio cultural; los derechos de autor; las minorías y **el acceso a la cultura**, entre otros”.<sup>20</sup> (resaltado agregado)

Según Vladimir Kartashkin<sup>21</sup>, los derechos culturales se refieren a diversos aspectos de los derechos a la educación, a la participación en la vida cultural, a la comunicación y a la información.

Sobre la importancia de estos derechos, debe recordarse que, en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se proclama un ideal común de que todos los pueblos y naciones, **mediante la enseñanza y la educación**, promuevan el respeto a los derechos y libertades del hombre y aseguren, por medio de medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos. De ahí que se haya señalado que “(...) la cultura es uno de los instrumentos indispensables para hacer posible la existencia y validez de los derechos fundamentales (...) la cultura juega un doble papel. No solo es un derecho humano fundamental, sino también el mecanismo principal para conocer y respetar los derechos contenidos en la Declaración (...)”<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> ÁVILA ORTIZ, Raúl,  
2002 “Derecho constitucional cultural Iberoamericano” en: *Educación, ciencia y cultura. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México D.F.: UNAM, pp. 4-5.

<sup>20</sup> <http://www.culturalrights.net/es/principal.php?c=1> Consulta: 15 de junio de 2015.

<sup>21</sup> KARTASHKIN, Vladimir.  
1948 “Derechos económicos, sociales y culturales” en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, dirigido por Karel Vasak, UNESCO, París.

<sup>22</sup> DORANTES DÍAZ, Francisco Javier.  
2002 “Reforma de la Constitución en materia cultural” en: *Educación, ciencia y cultura*, loc. cit., p. 101-102.

Los derechos culturales han sido asociados comúnmente a los derechos “de segunda generación”, también denominados DESC (Derechos económicos, sociales y culturales) e incluso a los de “tercera generación”<sup>23</sup>. Las múltiples manifestaciones de estos derechos hace que sea difícil establecer pautas equivalentes para todos los casos. En esa línea se ha señalado que:

“(…) No parece adecuado hablar, conjuntamente, de un derecho a la cultura debido a la diversidad de estos derechos y dado que la expresión se ajustaría mejor a los derechos del tercer grupo (…). Además, en rigor, no existe un derecho a la cultura, como no existe un derecho a la salud; lo que existe es un conjunto de libertades de acceso a la cultura, tal como hay un derecho a la protección de la salud”<sup>24</sup>.

## 2.1 Los tratados internacionales sobre derechos culturales

Asimismo, aunque parezca que no existan muchos elementos para poder desarrollar una mejor definición de los derechos culturales, debe tenerse en cuenta que varios tratados de derechos humanos, de los que el Perú forma parte, lo han considerado.

El primero de ellos es la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>25</sup>, que en su artículo 27 establece lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

Este dispositivo es muy interesante, no solo por su carácter pionero sino porque tiene una doble estructura. En ésta, en una primera parte se reconoce el derecho de las personas de gozar de la cultura, las artes y las ciencias; en la segunda parte, a la protección de sus intereses en calidad de autor. Como veremos más adelante, esta estructura es muy similar a la del artículo 2.8 de nuestra Constitución, lo que demuestra, como se analizará en los acápites siguientes, la relación entre el derecho de acceso a la cultura y los derechos de autor.

Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

---

<sup>23</sup> Ídem, p. 107.

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge. 2010 “Notas sobre cultura, Constitución y derechos culturales” en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, N.º 13, Consulta: 15 de junio de 2015. <http://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/02Miranda.htm>

<sup>25</sup> Adoptada el 10 de diciembre de 1948.

“(…) a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, es menester distinguir entre el derecho a la educación y los derechos culturales tal como han sido enunciados por los artículos 27 y XIII, respectivamente, de dichos documentos. Los cuáles comprenden, entre otras, dos categorías: el derecho a la cultura y el derecho de autor. Así interpretamos el artículo 15 del Pacto Internacional antes citado. Así también lo contempla el artículo 14 del Protocolo de San Salvador”<sup>26</sup>.

Otros autores coinciden y señalan, sobre este punto, que:

“La Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, elevó a la categoría de derecho humano el derecho de autor, y en el artículo 27 estableció la paridad y equivalencia del derecho de autor y el derecho a la cultura, de tal forma que estuvieran en el mismo nivel y ninguno de los dos pudiera primar sobre el otro”<sup>27</sup>.

Por eso, se considera que la cultura es un fenómeno complejo. Implica un dar y un recibir. Un dar, es decir, aportar al bagaje cultura mediante nuestras propias creaciones y ser reconocido por ello. Y un recibir, es decir, beneficiarse de las manifestaciones culturales que existen. Así ha sido mencionado también por estudiosos del tema<sup>28</sup> y por la jurisprudencia comparada<sup>29</sup>.

Asimismo, existen otros tratados que regulan el tema de los derechos culturales. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales<sup>30</sup> y el

<sup>26</sup> HARVEY, Edwin R.

1995 “Derechos culturales”, p. 7. Consulta: 15 de junio de 2015.  
[http://repositoriorecursos-download.educ.ar/repositorio/Download/file?file\\_id=f6fbee9c-7a06-11e1-8308-ed15e3c494af](http://repositoriorecursos-download.educ.ar/repositorio/Download/file?file_id=f6fbee9c-7a06-11e1-8308-ed15e3c494af)

<sup>27</sup> RÍOS RUIZ, Wilson R.

2009 *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá: Universidad de los Andes, p. 7.

<sup>28</sup> “(…) los autores están inmersos en una cultura que los nutre y que influyen sobre ellos, y de la cual ellos derivan su propia voz”.

DRASSINOWER, Abraham.

2008 “Examinando atentamente los derechos del usuario” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, Lima, N.º 4, p. 112.

<sup>29</sup> “11. (...) 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”. Sentencia C-053/01 de la Corte Constitucional de Colombia, del 24 de enero de 2001.

<sup>30</sup> “Artículo 15. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
  - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
  - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

Protocolo Adicional de San Salvador a la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>31</sup> desarrollan el tema de la importancia de los derechos culturales. Lo mismo sucede con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial<sup>32</sup> la Convención sobre los derechos del niño<sup>33</sup>.

Otros documentos internacionales son también criterios de interpretación relevantes para la determinación de contenido del derecho a la cultura. Por ejemplo, la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural, adoptada en la Conferencia General de la Unesco el 2 de noviembre de 2001, reconoce que la cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio, y que esa diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad. Esta declaración también recuerda que los derechos culturales hacen parte de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes.

Por otro lado, la Resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, adoptada el 26 de marzo de 2009, reitera que los derechos culturales son derechos humanos y que comprenden el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones. Asimismo, para el Consejo de Derechos Humanos, "(...) el respeto de la diversidad cultural y de los derechos culturales de todos, hace que aumente el pluralismo cultural, contribuye a un intercambio más amplio de conocimientos y a la comprensión del acervo cultural,

---

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales."

<sup>31</sup> "Artículo 14. Derecho a los Beneficios de la Cultura.

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

- a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
- b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;
- c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia."

<sup>32</sup> "Artículo 5

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...)

vi) El derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales;"

<sup>33</sup> "Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento".

promueve la aplicación y el disfrute de los derechos humanos en todo el mundo y fomenta relaciones de amistad estables entre los pueblos y las naciones de todo el mundo.”

Esta mención a los tratados internacionales es importante, no solo para darse una idea de la importancia que tiene los derechos culturales en otras partes del mundo, sino también porque, como se recuerda, de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución<sup>34</sup>, dichos tratados deben ser tomados en cuenta para la interpretación de los derechos constitucionales.

## 2.2 Normativa constitucional sobre derechos culturales

En el Perú, la cultura se encuentra mencionada en muchas de las disposiciones de la Constitución. Así, en el artículo 2.17 se desarrolla el derecho a participar en la vida cultural<sup>35</sup>; en el artículo 2.19, el derecho a la identidad étnica y cultural<sup>36</sup>; en el artículo 14, la obligación de los medios de comunicación a colaborar en la formación cultural<sup>37</sup>; en el artículo 17, la obligación de proteger las manifestaciones culturales y la educación intercultural<sup>38</sup>; en los artículos 18 y 19, el fin de las universidades, que es la difusión cultural<sup>39</sup>; en el artículo 21, la protección del patrimonio cultural<sup>40</sup>; en el artículo 50, el rol

<sup>34</sup> “Cuarta. Las normas relativas a los derechos ya las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

<sup>35</sup> “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

<sup>36</sup> “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”.

<sup>37</sup> “Artículo 14.- (...)

Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural”.

<sup>38</sup> “Artículo 17.- (...)

El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional”.

<sup>39</sup> “Artículo 18.- La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

Las Universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.

La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. Participan en ellas los representantes de los promotores, de acuerdo a ley.

Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes.

Artículo 19.- Las universidades, institutos superiores y demás centros educativos constituidos conforme a la legislación en la materia gozan de inafectación de todo impuesto directo e indirecto que afecte los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural. En materia de aranceles de importación, puede establecerse un régimen especial de afectación para determinados bienes (...).”

<sup>40</sup> “Artículo 21.- Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes

de la Iglesia Católica en la formación cultural del país<sup>41</sup>; en el artículo 89, el respeto a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas<sup>42</sup>; en el artículo 190, el criterio para crear regiones basado en áreas integradas culturalmente<sup>43</sup> y en el artículo 195, el rol de los Gobiernos Regionales en el desarrollo de la cultura<sup>44</sup>. Muchas de estas disposiciones constituirían lo que se denomina “derechos culturales”.

Un ejemplo de cómo se relacionan las diversas disposiciones entre sí, se puede apreciar respecto a los denominados bienes culturales. Sobre esto, Häberle ha señalado que “(...) La protección nacional de los bienes culturales, comparada con las tradiciones cláusulas de protección de monumentos (p. ej. art. 150.1 y 2 de la Const. de Weimar) ha sido enormemente aquilatada y “vivificada”. Ha recibido vitalidad **a través de los derechos de acceso a la cultura**, ha sido fortalecida como deber fundamental en algunas Constituciones, ha sido “interiorizada” como fin educativo y ha sido generalizada a través de las cláusulas de patrimonio general cultural”<sup>45</sup> (resaltado agregado).

Como se puede apreciar, la cultura se encuentra presente en muchas partes de la Constitución y muchos de esos enunciados son manifestaciones de los denominados “derechos culturales”. De dichos derechos, nuestro trabajo desarrollará uno: el derecho de acceso a la cultura.

### 3. El derecho de acceso a la cultura en el Perú (artículo 2.8 de la Constitución)

Cuando se habla del derecho a la cultura, algunos autores han referido que “(...) este derecho es tan oscuro y su interpretación tan descuidada que la inmensa mayoría de los defensores de los derechos humanos, gobiernos y organismos internacionales de derechos humanos parecen ser inconscientes de su existencia”<sup>46</sup>.

---

culturales y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio.

Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional”.

<sup>41</sup> “Artículo 50.- Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración (...)”

<sup>42</sup> “Artículo 89.- (...)”

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

<sup>43</sup> “Artículo 190.- Las regiones se crean sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles (...)”.

<sup>44</sup> “Artículo 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

Son competentes para: (...)”

8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley (...)”.

<sup>45</sup> HÄBERLE, Peter.

2004 *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima: Palestra, p. 202.

<sup>46</sup> “(...) this right is so obscure and its interpretation so neglected that the overwhelming majority of human rights advocates, governments, and international human rights bodies appear to be oblivious to its existence”.

Sin embargo, a pesar de ello, el derecho de acceso a la cultura se encuentra contemplado en las constituciones de muchos países. Por ejemplo, en España, el artículo 44 de su Carta Política, consagra este mismo derecho<sup>47</sup> e incluso el artículo 25.2 lo reconoce en particular para los presidiarios<sup>48</sup>. En Colombia, el artículo 70 de su Constitución hace lo propio<sup>49</sup>, al igual que en el caso del artículo 4 de la Constitución mexicana<sup>50</sup>, el artículo 21 de la Constitución de Ecuador<sup>51</sup> y el artículo 74 de la Constitución de Paraguay<sup>52</sup>. Algo similar sucede en la Constitución de la ciudad de Buenos Aires<sup>53</sup>.

SHAVER, Lea.  
2010

“The right to science and culture” en: *Wisconsin Law Review*, N.º 1, p. 127. Consulta: 15 de junio de 2015.

[http://www.aas.org/sites/default/files/Shaver\\_ScienceandCulture.pdf](http://www.aas.org/sites/default/files/Shaver_ScienceandCulture.pdf)

<sup>47</sup> “Artículo 44.-

1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.”

<sup>48</sup> “Artículo 25.- (...)

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, **así como al acceso a la cultura** y al desarrollo integral de su personalidad” (resaltado agregado).

<sup>49</sup> “Artículo 70.-

El Estado tiene el deber de promover y fomentar el **acceso a la cultura** de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación”. (resaltado agregado).

<sup>50</sup> “Artículo 4.-

Toda persona tiene **derecho al acceso a la cultura** y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural” (resaltado agregado).

<sup>51</sup> “Artículo 21.- Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a **acceder a su patrimonio cultural**; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas (...)” (resaltado agregado).

<sup>52</sup> “Artículo 74.- Del derecho de aprender y la libertad de enseñar

Se garantizan el derecho de aprender y la igualdad de oportunidades **al acceso a los beneficios de la cultura** humanística, de la ciencia y de la tecnología, sin discriminación alguna (...)” (resaltado agregado).

<sup>53</sup> “Artículo 32.-

La Ciudad distingue y promueve todas las actividades creadoras. Garantiza la democracia cultural; asegura la libre expresión artística y prohíbe toda censura; facilita el **acceso a los bienes culturales**; fomenta el desarrollo de las industrias culturales del país; propicia el intercambio; ejerce la defensa activa del idioma nacional; crea y preserva espacios; propicia la superación de las barreras comunicacionales; impulsa la formación artística y artesanal; promueve la capacitación profesional de los agentes culturales; procura la calidad y jerarquía de las producciones artísticas e incentiva la actividad de los artistas nacionales; protege y difunde las manifestaciones de la cultura popular; contempla la participación de los creadores y trabajadores y sus entidades, en el diseño y la evaluación de las políticas; protege y difunde su identidad pluralista y multiétnica y sus tradiciones. Esta Constitución garantiza la preservación, recuperación y difusión del

El artículo 2.8 de nuestra Constitución, señala lo siguiente:

**“Artículo 2º.** Toda persona tiene derecho: (...)

8. 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”.

En dicha disposición, como se puede apreciar, existen dos oraciones, una establece el derecho de acceso a la cultura y otra reconoce el derecho de autor. Esta dualidad podría tener su origen también en los instrumentos internacionales que regulan la materia.

Quizás por este carácter doblemente complejo es que surgen diferentes problemas en la aplicación y satisfacción de estos derechos y en tratar de evitar sus conflictos y encontrar un equilibrio para ambos, tema que trataremos en los siguientes capítulos.

### 3.1 Posturas ante el artículo 2.8 de la Constitución

Frente a este carácter dual, existen diversas posturas al analizar esta “doble dimensión” del artículo 2.8 de la Constitución. Una primera postura es la de la indiferencia o negación: señalar que el derecho de autor, como manifestación del Derecho de la Propiedad Intelectual, rama del Derecho Mercantil, no tiene mayor relación con el Derecho Constitucional<sup>54</sup>. Parece ilógica una posición así, cuando el texto constitucional es bastante explícito al considerar ambos derechos como fundamentales. Pero este desinterés en las relaciones entre los derechos de autor y el derecho constitucional, quizás no nos deba sorprender tanto. De hecho algo similar sucede en Estados Unidos, de acuerdo a Lessig<sup>55</sup>.

Por otro lado, también existen otros constitucionalistas que, respecto del tema de los derechos de autor, en su relación con el citado artículo 2.8, se han limitado a calificarlo simplemente como “difícil”<sup>56</sup>.

---

patrimonio cultural, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, la memoria y la historia de la ciudad y sus barrios” (resaltado agregado).

<sup>54</sup> “...los derechos de propiedad intelectual tienen un tratamiento jurídico que incide poco en lo constitucional. Su desarrollo y protección ocurre principalmente a través de la labor del INDECOPI, que opera en el plano del derecho administrativo”.

RUBIO, Marcial, Francisco EGUIGUREN y Enrique BERNALES BALLESTEROS.

2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, p. 372.

<sup>55</sup> “Yo era un especialista en derecho constitucional cuya pasión primordial era la interpretación de la Constitución. Y aunque las clases de derecho constitucional nunca se centran en la Cláusula de Progreso de la Constitución, siempre me había parecido que era diferente de una forma importante. Como sabes, la Constitución dice: El Congreso tiene el poder de promover el progreso de la ciencia [...] asegurando por un tiempo limitado a los autores [...] un derecho exclusivo sobre sus [...] escritos [...]”.

LESSIG, Lawrence.

2005 *Cultura Libre. Como los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*. Santiago de Chile, Lom Ediciones, p. 173.

<sup>56</sup> “La norma constitucional peruana reconoce el derecho que ahora se comenta en el artículo 2.8. (...) No se comentará aquí acerca del siempre difícil campo de la propiedad intelectual y derechos de autor”.

CASTILLO CORDOVA, Luis.

2006 *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo II, Lima, Palestra, p. 665-666.

Otra postura sí reconoce la innegable relación entre derechos de autor y el derecho de acceso a la cultura. Citemos ejemplos de lo que señalan algunos autores al respecto:

“(…) los términos de acceso a la cultura y de creación intelectual artística y científica no corresponden a conceptos separados sino a uno y mismo proceso cultural en el que participan de diversas maneras las personas según sus características culturales dentro del país”<sup>57</sup>.

En esa línea, se ha mencionado que: “(…) puede (recalco la duda) que sin régimen de Derecho de Autor la producción de obras se vuelva una actividad tan poco rentable que disminuya radicalmente o deje de existir; cualquiera de los dos resultados no es deseable de ninguna manera para los fines legales y constitucionales de nuestra Sociedad. Dicho en otras palabras, sin régimen de protección por Derecho de Autor es muy posible que no pueda existir acceso a la Cultura”<sup>58</sup>.

Aunque no menciona explícitamente lo referido a la regulación de derechos de autor, cuando la Constitución se refiere al derecho de creación intelectual, es claro que se refiere a los derechos de propiedad intelectual, entre los que se encuentran los derechos de autor. En esa línea, de la cita mencionada se entiende que el derecho a crear arte o ciencia (y ser propietario de dicha creación) está fuertemente ligado al derecho a acceder a ese arte o ciencia.

Algo similar también se puede apreciar en la siguiente cita:

“(…) En un sentido más amplio, la libertad de creación debe concordarse con otros derechos constitucionales, como la libertad de conciencia, la libertad de expresión, el derecho a la cultura y el libre desenvolvimiento de la personalidad”<sup>59</sup>.

En esta cita, lo que propone el autor va más allá todavía. No sólo reconoce la fuerte relación entre la libertad de creación y el derecho a la cultura, sino también con otros derechos, como por ejemplo la libertad de expresión, la libertad de conciencia y el libre desenvolvimiento de la personalidad. Esto es lógico si consideramos que, tanto respecto de los derechos intelectuales, como del derecho de acceso a la cultura, nos encontramos frente a derechos fundamentales, los cuales tienen todos la misma jerarquía normativa y deben interpretarse en forma unitaria y relacionada.

---

<sup>57</sup> RUBIO CORREA, Marcial.

1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 262-263.

<sup>58</sup> MURILLO, Javier.

2014 “Todo es cuestión de precisión: Trazos teóricos comentando una crítica radical al régimen de Derechos de autor” en: *Ius 360°*. Consulta: 15 de junio de 2015.  
[http://www.ius360.com/privado/todo-es-cuestion-de-precision/#\\_ftn15](http://www.ius360.com/privado/todo-es-cuestion-de-precision/#_ftn15)

<sup>59</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique.

1996 *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: CIEDLA, p. 107.

Curiosamente, los dos autores citados participaron en una obra posterior<sup>60</sup>, referida líneas arriba, en la que parecen cambiar su postura original y en la que consideran que no existe relación entre los derechos intelectuales y otros derechos constitucionales.

La pregunta que surge entonces es clara: ¿pueden interpretarse de forma unitaria ambos derechos, es decir, pueden ponderarse de tal forma que exista un ámbito para cada uno? ¿O son intereses irreconciliables que siempre se encuentran en permanente conflicto? Al respecto, existen posturas que, si bien reconocen la relación entre estos derechos han advertido las tensiones que surgen entre ambos. Así se ha mencionado lo siguiente:

“El tema va por el lado de analizar qué es superior, mi derecho al libre acceso a la cultura o el respecto al derecho de autor. A pesar que la respuesta parece obvia, se debe pensar en cómo se regulan los límites del derecho de autor y las contradicciones que estos presentan”<sup>61</sup>.

Sobre este punto, no consideramos que la respuesta sea tan “obvia” como se sugiere en el texto. Sin embargo, de la cita se desprende muy brevemente un punto clave (que será desarrollado en el capítulo II): los límites de los derechos de autor están relacionados con el derecho de acceso a la cultura.

Asimismo, como se puede apreciar, esta posible fricción en la relación entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura ha producido que se plantee que estos derechos debieron haberse regulado en incisos distintos. Al respecto, un ejemplo de esta postura es el siguiente:

“Estos dos derechos, no solo por su extensión sino por su aparente oposición, debieron, en nuestra opinión, hacer parte de incisos distintos (...) podríamos decir que, por un lado, la propiedad intelectual otorga derechos para controlar determinadas utilidades de las creaciones por un tiempo establecido en la ley, es decir, existe un monopolio legal del titular sobre su creación. En cambio, la cultura, de la que estas creaciones forman parte, debe ser accesible a todos”<sup>62</sup>.

Se aprecia claramente de la cita que existe una relación entre estos derechos, pero que es una relación de “aparente oposición”. Otro autor coincide con este criterio y señala:

“(...) hubiera sido conveniente que los dos párrafos de este inciso fueran dos incisos distintos, a fin de marcar claramente las diferencias y no crear

<sup>60</sup> RUBIO, Marcial, Francisco EGUIGUREN y Enrique BERNALES BALLESTEROS. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (...)*, ob. cit.

<sup>61</sup> BARDALES, Enrique.  
2009 “Acceso a la cultura y derechos de autor” Consulta: 15 de junio de 2015.  
<http://blog.pucp.edu.pe/item/77030/acceso-a-la-cultura-y-derechos-de-autor>

<sup>62</sup> FERREYROS CASTAÑEDA, Marisol.  
2013 “El derecho a crear y el derecho a la cultura” (Comentarios al artículo 2.8 dela Constitución) en: VARIOS AUTORES. *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo: obra colectiva escrita por 166 destacados juristas del país*. 2da. edición, 3 volúmenes. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 194-195.

una equivocada asociación de contenidos entre la creación intelectual y la cultura, porque ésta es más amplia que aquella aún cuando la contiene”<sup>63</sup>.

Sobre esta postura, cabe señalar que no coincidimos con el planteamiento mencionado, en el sentido en que deben consagrarse estos derechos en incisos distintos. Al respecto, como mencionamos inicialmente, las normas constitucionales se interpretan de forma conjunta y unitaria. En ese sentido, es intrascendente si se encuentran en el mismo inciso o en distintos, porque igualmente tienen que entenderse de forma armónica.

Sin embargo, a pesar de las opiniones citadas líneas arriba, no se ha hecho un estudio más profundo al respecto que explique las causas de esta relación o las posibles soluciones al aparente conflicto.

Sin perjuicio de ello, en otras latitudes, como Chile<sup>64</sup>, Argentina<sup>65</sup>, Uruguay<sup>66</sup> o España<sup>67</sup>, existen investigaciones que analizan este problema y tratan de desarrollar el contenido del derecho de acceso a la cultura.

<sup>63</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique, ob. cit., p. 109.

<sup>64</sup> VARIOS AUTORES.

2008 *Acceso a la cultura y derechos de autor. Excepciones y limitaciones al derecho de autor.* Santiago de Chile: ONG Derechos digitales, 158 págs.

<sup>65</sup> BUSANICHE, Beatriz.

2013 “Tensiones existentes entre la Ley N.º 11.723 y el marco constitucional de los Derechos Culturales en Argentina”. Tesis de maestría en propiedad intelectual. Buenos Aires, FLACSO, 205 págs.

<sup>66</sup> “Frente al próximo debate sobre **acceso a la cultura y derechos de autor** en Uruguay, tenemos el desafío histórico de pensar una futura ley adaptada a la nueva realidad. La solución no parece pasar tan solo por hacer retoques mínimos que corrijan las injusticias más flagrantes de la ley actual, como la penalización del trabajo de archiveros y bibliotecarios, la criminalización del acceso a materiales de estudio, la prohibición de hacer copias de obras para uso doméstico, el impedimento legal de tomar fotografías de esculturas y monumentos, la represión a quienes redistribuyen obras agotadas, entre otros muchísimos absurdos. Más bien, conviene darnos cuenta de que estamos ante un cambio de época, que reclama a su vez un nuevo paradigma para pensar el **acceso a la cultura y el trabajo de los autores**. Como ya dijimos, con la popularización de las tecnologías digitales la cultura ha pasado a ser, por la vía de los hechos, un bien público. Estamos más cerca que nunca de la biblioteca universal con la que soñaba Borges. Un nuevo paradigma centrado en el bien común de la sociedad, antes que nada, debe reconocer esta realidad y aceptar los mecanismos para alentarla. Por regla general, las necesidades de la mayoría se anteponen a las necesidades de unos pocos. El principio fundamental, por tanto, debe ser el **acceso irrestricto a la cultura**. Las restricciones y monopolios sobre obras culturales, en cambio, deben pasar a ser mecanismos excepcionales que se utilicen de forma acotada únicamente cuando demuestren un bien para el conjunto. En caso contrario, seguirá ocurriendo lo que ocurre hoy: las restricciones por derechos de autor seguirán actuando como barrera a la difusión cultural y bloquearán el acceso a todo lo que caiga bajo su dominio” (resaltado agregado).

FOSSATTI, Mariana y Jorge GEMETTO

2013 “Una sociedad que se prepara para el debate sobre acceso a la cultura” Consulta: 15 de junio de 2015.  
<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=173981>

<sup>67</sup> BUGANZA GONZÁLES, María del Carmen.

1997 “El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura”. Tesis de doctorado en Derecho Mercantil. Universidad de Barcelona, 387 págs.

Esto se da, entre otras razones porque, como refiere Pérez Luño, en la etapa histórica que estamos viviendo, pletórica de cada vez más avances respecto a la transmisión de la información, es lógico que se exija con mayor fuerza el acceso a la cultura<sup>68</sup>.

Sin embargo, creemos que la relación no debe ser necesariamente conflictiva, pero sí estrecha. Al respecto, Villalba comenta:

“En los trabajos sobre el derecho de autor las facultades de los titulares de los derechos sobre las obras suele ser confrontado con el derecho de acceso a la cultura (...) el acceso a la cultura depende por una parte de que exista una cultura que se rehaga constantemente y por la otra de que exista un público que se encuentre preparado para acceder a ella”<sup>69</sup>.

### 3.2 El artículo 2.8 de la Constitución para el Tribunal Constitucional

Aunque el Tribunal Constitucional ha tocado el tema de derechos de autor muy pocas veces y de manera muy limitada<sup>70</sup>, respecto a los derechos culturales, sí se ha pronunciado. En algunos de estos pronunciamientos, además, ha hecho mención al papel del Estado de difundir la cultura.

#### a) Caso Espectáculos Taurinos (Expediente N.º 0042-2004-AI/TC)

Así, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0042-2004-AI/TC señala que:

“5. (...) en nuestra Constitución de 1993, la relación entre el Estado social y democrático de Derecho y la Constitución cultural, no sólo se limita al reconocimiento del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19), **al derecho fundamental a la cultura (artículo 2, inciso 8)** o al establecimiento de una cláusula de protección del patrimonio cultural (artículo 21), sino que también debe elaborar y llevar a cabo una política cultural constitucional, a través de la educación, los medios de comunicación social, la asignación de un presupuesto específico, por ejemplo, que le permita realizar **el deber de promover las diversas manifestaciones culturales**. Ello es así en la medida que en sociedades poliétnicas y multiculturales como es la sociedad peruana, el Estado debe

<sup>68</sup> “Se siente ahora, con mayor intensidad que en cualquier etapa histórica precedente, la exigencia de que el acceso a la cultura, así como los derechos y las libertades no se vean comprometidos por el tránsito de las fronteras. Estos requerimientos vienen impuestos por esos procesos de mutua implicación económica que reciben el nombre de «globalización»; y porque vivimos en el seno de sociedades interconectadas a escala planetaria, cuyo testimonio más evidente es Internet”.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.

2005 *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y de la teoría del Derecho*. Lima: Palestra, p. 113.

<sup>69</sup> VILLALBA, Carlos Alberto.

2012 “Cultura - derecho cultural - derecho de autor y acceso a la cultura –derechos humanos involucrados” en: *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías ¿intereses compatibles o contrapuestos? Homenaje a Carlos Alberto Villalba*. Lima, APDAYC, p. 64.

<sup>70</sup> Son las sentencias de los Expedientes N.º 140-2001-AA/TC, N.º 1381-2001-AA/TC, N.º 1492-2005-PA/TC, N.º 044-2004-AI/TC (caso himno nacional) y 6135-2006-PA/TC.

garantizar la interacción armoniosa y la voluntad de convivir con personas y grupos de identidades y costumbres culturales muy diversas. En ese sentido, el pluralismo cultural constituye un imperativo del Estado y del sistema democrático frente a la diversidad cultural.

Pero el Estado social y democrático de Derecho también puede promover las manifestaciones culturales, legítimamente, mediante el ejercicio de la potestad tributaria; por cuanto que los fines económicos, sociales, políticos y culturales son también objetivos a cumplir con la imposición de tributos o con su exoneración”.

(resaltado agregado)

Si el párrafo citado, no fue suficientemente claro, el Supremo Intérprete lo señala textualmente más adelante:

“21. (...) **la Constitución reconoce el derecho de las personas al acceso a la cultura** (artículo 2, inciso 8) y el derecho de participar en la vida cultural de la Nación (artículo 2, inciso 17), este criterio implica que el costo de acceso al espectáculo a ser calificado como “cultural” por el Instituto Nacional de Cultura no debe ser una barrera que limite las posibilidades de ser costeadado por la mayor cantidad de personas; esto es, el acceso masivo a dichos espectáculos. Contrario sensu, los espectáculos cuyo acceso no tengan precios populares, no deberán ser calificados como “culturales” (...)”

(resaltado agregado)

Asimismo, el derecho de acceso a la cultura no puede ser solo una declaración de buenas intenciones, sino debe ser promovido por el Estado, como se aprecia del segundo párrafo del fundamento 5 citado. Esta postura ha sido confirmada en la sentencia recaída en el Expediente N.º 003-2008-PI/TC, publicada el 6 de febrero de 2010<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> “32. Por tal razón, las leyes cuya constitucionalidad se cuestiona no pueden ser ajenas a esta función constitucionalmente establecida. Así, el establecimiento de hoteles y restaurantes de no menos de cuatro estrellas o tenedores, respectivamente, tiene siempre que estar en correlación con la defensa del patrimonio histórico del país. Por ello, debe ponerse de relieve que “(...) en nuestra Constitución de 1993, la relación entre el Estado social y democrático de Derecho y la Constitución cultural, no sólo se limita al reconocimiento del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19), **al derecho fundamental a la cultura (artículo 2, inciso 8)** o al establecimiento de una cláusula de protección del patrimonio cultural (artículo 21), sino que también debe elaborar y llevar a cabo una política cultural constitucional, a través de la educación, los medios de comunicación social, la asignación de un presupuesto específico, por ejemplo, que le permita realizar el deber de promover las diversas manifestaciones culturales. Ello es así en la medida que en sociedades poliétnicas y multiculturales como es la sociedad peruana, el Estado debe garantizar la interacción armoniosa y la voluntad de convivir con personas y grupos de identidades y costumbres culturales muy diversas. En ese sentido, el pluralismo cultural constituye un imperativo del Estado y del sistema democrático frente a la diversidad cultural (...)” [fundamento 5 de la STC 0042-2004-AI/TC]” (resaltado agregado).

Esta obligación estatal de primer el acceso a la cultura estuvo contemplada como objetivo de la norma constitucional desde un inicio, como se advierte del Diario del debate constituyente<sup>72</sup>.

Sin embargo, aunque el concepto de lo que es cultura cambie, la obligación del Estado de promoverla se mantiene incólume. En ese sentido, el deber constitucional mencionado no implica la difusión de una manifestación cultural en particular, sino de las manifestaciones en general. Como ejemplo, puede señalarse que, en un primer momento, para el Tribunal Constitucional, de acuerdo a la sentencia citada, la tauromaquia no era considerada una manifestación cultural<sup>73</sup>, y posteriormente sí fue considerada como tal<sup>74</sup>.

### b) Caso comunicación pública (Expediente N.º 1492-2005-AA/TC)

De lo anterior, queda claro que el derecho de acceso a la cultura es un derecho reconocido por la Constitución. Sin embargo, el contenido de este derecho o su relación con otros aún es poco claro. Sobre este punto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1492-2005-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

**“3. (...) El acceso a la cultura se relaciona con varios aspectos, siendo uno de ellos la obligación de los poderes públicos de promoverla y tutelarla. Sin embargo, dicho derecho es limitado y se relaciona con otros, como el derecho de propiedad sobre las creaciones intelectual, artística, técnica y científica. En consecuencia, la afectación, o no, al ejercicio de este derecho debe ser analizada tomando en cuenta el derecho de propiedad de las creaciones intelectual y artística, en el que se incluye la música”.** (resaltado agregado)

En esa línea, se advierte que el derecho de acceso a la cultura se encuentra claramente relacionado con otros, principalmente con los derechos de autor. Esto ha sido admitido sin mayor problema por algunos autores foráneos. Por ejemplo, David Bravo señala que:

“El acceso a la cultura, el derecho a la información, el derecho a la libertad de expresión y los derechos de autor son todos constitucionales y se limitan y excepcionan entre sí. El derecho de copia privada, de cita y de parodia son marcas que recuerdan que hay más bienes jurídicos que proteger que la propiedad intelectual (...) El derecho a la copia privada es la puesta en práctica de un derecho constitucional, el derecho al acceso a la cultura, del mismo modo que el derecho a la parodia está justificado por la libertad de expresión y el derecho de cita por la libertad de información”<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> “(...) quien dice que el Estado no es un director de cultura —entiendo esa preocupación muy bien—, tampoco se puede olvidar que el Estado sí debe ser un promotor de la cultura, sobre todo para aquellos que no tienen posibilidad de tener acceso a la cultura. Quizás con esa propuesta del desarrollo y difusión pudiera encontrarse una solución”. Intervención de Carlos Ferrero, 7º Sesión Matinal, 27 de enero de 1993. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2001 *Debate Constitucional*, Tomo I, 1993, p. 213. Consulta: 15 de junio de 2015.  
<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/ComiConstRegla/TomoCompleto/TomoI.pdf>

<sup>73</sup> Sentencia recaída en el Expediente N.º 0042-2004-AI/TC, f. j. 29.

<sup>74</sup> Sentencia recaída en el Expediente N.º 0017-2010-AI/TC, f. j. 33.

Villalba, coincide precisando que:

“(…) propugnamos que se analicen los Derechos Humanos vinculados a la creación intelectual como un plexo jurídico en el que el derecho de autor, el derecho a la cultura y al acceso a la cultura, los derechos de la personalidad y los derechos a la creación encuentren una forma armónica de articularse según la cual su coexistencia lleve a profundizar y extender la existencia particular de cada uno”<sup>76</sup>.

Otro punto interesante de la sentencia del proceso de amparo que citamos es el siguiente fundamento:

“5. En el caso de autos, el demandante ha recepcionado las obras musicales emitidas por la radio y ha efectuado una comunicación pública haciendo uso de cuatro parlantes ubicados en el techo del local, evidenciándose que el uso de las obras musicales no ha tenido fines estrictamente domésticos; por ende, **al no configurarse este supuesto, y no encontrándose dentro de las excepciones que la norma prescribe,** el recurrente requería de autorización por parte de la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC). En consecuencia, **en el presente caso, no se produjo la afectación al derecho de acceso a la cultura**”.  
(resaltado agregado)

Como se puede advertir, el Tribunal Constitucional señala que en el caso descrito no hubo trasgresión al derecho de acceso a la cultura, por no encontrarse el supuesto descrito previsto en las excepciones legales. Sin entrar a profundidad al análisis de la expresión “ámbito doméstico”, teniendo en cuenta que se colocaron varios parlantes en el techo, es decir la obra se propaló al exterior, se puede concluir que no se realizó en un ámbito doméstico (que es la excepción amparada por la Ley).

Sin embargo, más allá, del caso concreto, lo interesante es el razonamiento del Supremo Intérprete de la Constitución: básicamente señala que, como nos encontramos frente a una de las excepciones a los derechos de autor, no se afectaría el derecho de acceso a la cultura. *Contrario sensu*, si un caso concreto se encontrara incurso en una de las excepciones o límites al derecho de autor contemplados en la norma sobre la materia y a pesar de eso se cuestionaría el uso de la obra, en ese caso sí nos encontraríamos a una afectación al derecho de acceso a la cultura. Es decir, el Tribunal Constitucional estaría reconociendo que existe una relación entre las excepciones al derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura, nexo que desarrollamos más detalladamente en el segundo capítulo.

Asimismo, y como desarrollaremos en los siguientes capítulos, el derecho de acceso a la cultura implica una efectiva actuación del Estado, pues la Constitución consagra dicha obligación estatal, como se aprecia de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0042-

---

<sup>75</sup> BRAVO BUENO, David.  
2005 *Copia este libro*. Dmem S. L., pág. 105.

<sup>76</sup> VILLALBA, Carlos Alberto, ob. cit., p. 73.

2004-A/TC ya citado. En esa línea, como se ha señalado, la cultura no es un favor, sino un derecho<sup>77</sup>.

Esto presenta muchas dificultades como por ejemplo definir quiénes son en estricto los beneficiarios de este derecho. Al respecto se ha señalado que “La Constitución no nos dice quién o quiénes son los beneficiarios del derecho ni la forma de obtener la tutela garantizada. Hemos de suponer que los destinatarios son los ciudadanos, todos, incluidos los autores. Si las personas son beneficiarias del derecho de acceso a la cultura, quienes son los obligados a facilitar la prestación. Es preciso establecer si realmente contamos con mecanismos que permitan a los ciudadanos el ejercicio de su derecho de acceso a la cultura”<sup>78</sup>.

Sin embargo, estas dificultades deben ser asumidas pues es la única forma de darle verdadera fuerza a uno de los derechos fundamentales que menos atención ha recibido en nuestro país a lo largo del tiempo.

Estas obligaciones del Estado se pueden desarrollar mediante diferentes políticas públicas o normas como la denominada “Ley del Libro”<sup>79</sup>, la Ley de Lenguas originarias<sup>80</sup>, la “Ley del Cine”<sup>81</sup>, la “Ley del Artista”<sup>82</sup> o creando un Ministerio de Cultura<sup>83</sup>, pero también se tienen que desarrollar tomando en cuenta el papel de los derechos de autor. En esa línea, la existencia de un efectivo régimen de límites y excepciones a los derechos de autor puede ser muy útil como política pública para promocionar el acceso a la cultura.

Esto no debe entender como una desvalorización del derecho de autor, en lo absoluto. Al respecto, se ha señalado que “Enarbolar la bandera del derecho al acceso a la cultura para desdeñar el derecho de autor no es más que una contradicción —otra vez— con la historia (...)”<sup>84</sup>.

<sup>77</sup> “(...) viene bien recordar que la cultura no es un favor sino un derecho y que la legislación inspirada en este constituye una rama autónoma a cuyo estudio no pueden ser ajenas las escuelas que forman abogados. La indelible conexión entre cultura, democracia y desarrollo, -y especialmente-, el reconocimiento del derecho a la cultura como universal, indivisible e interdependiente, nos permite afirmar con Amartya Sen que “la cultura no es independiente de las preocupaciones materiales, ni espera su turno detrás de ellas””.

GAMBOA, Felipe.

2011 “La paradoja del derecho a la cultura en el Perú” Consulta: 15 de junio de 2015

<http://enfoquederecho.com/la-paradoja-del-derecho-de-la-cultura-en-el-peru/>

<sup>78</sup> BUGANZA GONZÁLES, María del Carmen, ob. cit. p. 186.

<sup>79</sup> Ley N.º 28086, Ley de democratización del Libro y de Fomento de la lectura, publicada el 11 de octubre de 2003.

<sup>80</sup> Ley N.º 29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú publicada el 5 de julio de 2011.

<sup>81</sup> Ley N.º 26370, Ley de la Cinematografía peruana, publicada el 23 de octubre de 1994.

<sup>82</sup> Ley N.º 28131, Ley del Artista, intérprete y ejecutante, publicada el 19 de diciembre de 2003.

<sup>83</sup> Ley N.º 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura, publicada el 22 de julio de 2010.

<sup>84</sup> FERREYROS CASTAÑEDA, Marisol

2007 “De Gutenberg a Internet ¿Reforma o revolución en el Derecho de Autor?” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 3, p. 112.

En ese sentido, es importante establecer cuál es la relación entre los límites y excepciones al derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura y como este último, puede concretizarse y tener un contenido menos retórico, a través de dichos límites, lo que se verá en el próximo capítulo.



## CAPÍTULO II: LÍMITES Y EXCEPCIONES A LOS DERECHOS DE AUTOR (Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA)

### 1. Breve referencia a la situación de derecho de autor en el Perú

#### 1.1 Algunas estadísticas

En el capítulo anterior, ha quedado ampliamente demostrado que, a pesar de basarse en un término tan complicado como “cultura” existe el derecho de acceso a la cultura, no solo por estar mencionado casi textualmente en la Constitución y en muchos tratados y el derecho comparado; sino que este derecho ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional en diferentes sentencias (como la recaída en el Expediente N.º 0042-2004-AI/TC) y así lo respalda además doctrina y bibliografía variada, aunque principalmente extranjera. En ese sentido, no queda duda de la existencia e importancia del derecho de acceso a la cultura en el Perú.

Sin embargo, como mencionamos, el artículo 2.8 de la Constitución también tiene una contraparte de lo anterior. En ese sentido, debe apreciarse la otra cara de la moneda, es decir, la problemática respecto a la protección de los derechos de autor.

Sin embargo, paradójicamente, a pesar de las limitaciones y restricciones al acceso a la cultura en el Perú, las normas no cumplen su objetivo pues solo han traído como consecuencia la total ineficacia de la protección judicial en materia de derechos de autor. Como muestra de esto, que es una realidad que todos presenciamos diariamente, vale la pena mencionar algunos datos estadísticos.

- Solo 2 de cada 100 discos musicales comercializados en el mercado peruano son originales<sup>85</sup>.
- En el Perú en el año 2010 la piratería de software alcanzó el 68%, lo que significó pérdidas por US\$176 millones. Esta cifra está por encima del promedio global de piratería en Latinoamérica que fue del 64%<sup>86</sup>.
- El Perú perdió S/. 8 mil millones por la piratería y el contrabando en el lustro 2006-2011<sup>87</sup>.
- El Perú pierde 600 millones de dólares cada año a causa de la piratería<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup><http://www.larepublica.pe/23-04-2015/la-pirateria-un-negocio-redondo-de-pocos-que-dana-la-economia-de-muchos> Consulta: 15 de junio de 2015.

<sup>86</sup><http://peru.com/2012/01/24/actualidad/economia-y-finanzas/peru-perdio-us-29-millones-pirateria-software-noticia-39418> Consulta: 15 de junio de 2015.

<sup>87</sup><http://www.larepublica.pe/21-04-2012/el-peru-perdio-s-8-mil-mlls-por-la-pirateria-y-el-contrabando-en-el-ultimo-lustro> Consulta: 15 de junio de 2015.

<sup>88</sup><http://www.andina.com.pe/Espanol/noticia-peru-pierde-600-millones-dolares-anuales-pirateria-409617.aspx#.UjY7bNJmiSo> Consulta: 15 de junio de 2015.

- Según la base de datos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), entre los años 2000 y 2006 el Poder Judicial sentenció solo a 77 personas por delitos relativos a la piratería<sup>89</sup>.
- Los funcionarios y ex funcionarios de INDECOPI son denunciados por las mafias dedicadas a la piratería, y estas denuncias han avanzado más rápido que los procesos mismos<sup>90</sup>.

No se puede dejar de lado el hecho de que, en su legítimo afán de proteger a los autores, en ocasiones el derecho de propiedad intelectual (DPI), y en especial la normativa de derechos de autor, comete errores al momento de plantear su regulación, como por ejemplo, los siguientes:

“(…) se parte del supuesto que todos los países se encuentran en las mismas circunstancias y por tanto cuentan con las mismas posibilidades de desarrollo.

Así mismo que dichas posibilidades no tienen relación con el sistema de DPI, sino para bien, es decir que toda norma orientada a garantizar el goce pleno de los mismos no trae sino provechos, aumentando los incentivos para mayor investigación y desarrollo (I+D) o garantizando productos de buena calidad, así como el respaldo necesario para su mejor y más completo uso.

Finalmente, se ha impuesto como único parámetro para establecer lo apropiado de las normas de propiedad intelectual (PI) establecer si las mismas garantizan su plena y libre explotación, y con ella su valor económico y comercial.

Todo ello deja por fuera realidades concretas derivadas de procesos históricos específicos que han determinado, en primer lugar, la existencia misma de la categoría de “países en desarrollo” y con ella hechos como las dificultades para el perfeccionamiento de tecnologías o la implementación de innovaciones.

Asimismo, deja por fuera hechos como el bajo poder adquisitivo de los habitantes de dichos países y su escaso nivel educativo. Sumado a ello los problemas en el acceso a medicamentos, incluso los esenciales, y a las nuevas tecnologías<sup>91</sup>.

En la actualidad, y aun a pesar de fenómenos aislados referidos a ciertas películas que han obtenido una gran taquilla a nivel local, lo cierto es que las industrias culturales en el

<sup>89</sup> <http://elcomercio.pe/economia/450375/noticia-lecciones-pirata-peligros-economia-formal>  
Consulta: 15 de junio de 2015.

<sup>90</sup> <http://gestion.pe/impres/poder-judicial-traba-procesos-contra-grandes-mafias-pirateria-2075955>  
Consulta: 15 de junio de 2015.

<sup>91</sup> AGUIÑADA, Sergio y Claudia ORTIZ.  
2008 “Marco legal e institucional de los derechos de autor y conexos en El Salvador” en: *Acceso a la cultura y derechos de autor...*, ob. cit., p. 80.

Perú (es decir, no solo el cine, sino incluso también la industria musical, editorial, de videojuegos, etc.) sólo alcanza el 2.7% del PBI nacional<sup>92</sup> (incluso otros sectores dicen que esta cifra sería aún menor y correspondería solo al 1.6 - 1.8% del referido PBI<sup>93</sup>). Es decir porcentajes reducidos en comparación con otros sectores económicos como la agricultura (5.3%)<sup>94</sup> y ni qué decir de la construcción (6.9%)<sup>95</sup> o del sector minero/hidrocarburos (12.1%)<sup>96</sup>. Este aún incipiente desarrollo es más patente aún si se toma en cuenta que en países de la región como Colombia y Argentina, el porcentaje del PBI de las industrias culturales alcanza el 6%<sup>97</sup>, por no citar países del primer mundo.

En ese sentido, aun suponiendo que exista un crecimiento de la industria al respecto, el Perú está todavía lejos de poder considerarse desarrollado en este sector económico, lo que confirma que definitivamente todos los países no se encuentran en las mismas circunstancias y por tanto no cuentan con las mismas posibilidades de desarrollo.

## 1.2 Sentencias judiciales en materia penal

Es importante también, para dar una idea de cómo se protegen los derechos de autor, examinar como el Poder Judicial se encarga de regular los posibles conflictos que surgen en la aplicación de la normativa al respecto, sobre todo cuando se usa la última ratio del poder estatal: el Derecho penal.

No hemos podido encontrar muchas sentencias sobre procesos penales relacionados al tema de derechos de autor. No obstante, las que citamos a continuación, pertenecientes a la Corte Superior de Justicia del Santa, nos pueden servir para tener una idea al respecto.

### a) Expediente Nº 00079-2005

En el presente caso, en la sentencia de primera instancia se condenó a los acusados como autores del delito contra los derechos intelectuales del autor – difusión, distribución y circulación de la obra sin autorización del autor en agravio de la APDAYC, por lo que éstos interponen recurso de apelación.

---

<sup>92</sup> De acuerdo a lo señalado por Carlos Anderson, presidente del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN) en el XIV Foro del Futuro Industrias Culturales en el Perú. Consulta: 15 de junio de 2015.

<http://www.ceplan.gob.pe/noticias/industrias-culturales-son-vitales-desarrollo>

<sup>93</sup> De acuerdo a lo señalado por Phiero Ghezzi, Ministro de la Producción, el 28 de mayo de 2015, al instalar la mesa de industrias creativas, dentro del Plan Nacional de Diversificación Productiva. Consulta: 15 de junio de 2015.

[http://elcomercio.pe/economia/peru/industrias-culturales-representarian-5-pbi-2021-noticia-1814774?ref=flujo\\_tags\\_514408&ft=nota\\_1&e=titulo](http://elcomercio.pe/economia/peru/industrias-culturales-representarian-5-pbi-2021-noticia-1814774?ref=flujo_tags_514408&ft=nota_1&e=titulo)

<sup>94</sup> “Perú: Producto Bruto Interno según actividad económica del año 2013. Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática. Consulta: 15 de junio de 2015.

<https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/economia/>

<sup>95</sup> Ídem.

<sup>96</sup> Ídem.

<sup>97</sup> <http://www.ceplan.gob.pe/noticias/industrias-culturales-son-vitales-desarrollo>. Consulta: 15 de junio de 2015.

La Primera Sala Penal, declara la nulidad de la apelada e insubsistente la acusación fiscal, así como la nulidad del auto apertorio de instrucción, disponiendo que el juez de primera instancia renueve el acto procesal viciado por los siguientes fundamentos:

- a) Los hechos imputados a cada uno de los procesados son independientes entre sí, ya que se tratan de conductas ilícitas que se atribuye a cada uno de ellos a título personal y no en coautoría. Así se tiene que pese a que en la denuncia, el auto apertorio de instrucción, en la acusación y en la sentencia se tiene como hecho imputado que los acusados han usado el repertorio musical de diversos autores sin autorización, sin embargo, uno de los acusados se dedica a la venta de discos compactos, lo que se encuentra tipificado en el artículo 217, inciso c del Código Penal, mientras que la conducta de los demás acusados, está referida al uso de repertorio musical en sus establecimientos en donde no venden ni distribuyen las obras, sino que las comunican al público, por lo que dichas conductas se subsumen en lo dispuesto en el artículo 217, inciso d, del Código Penal.
- b) En todos los actos procesales indicados, se ha consignado como agraviado a la APDAYC, cuando en realidad dicha entidad, como Sociedad de Gestión Colectiva es solo un ente recaudador que tiene la representación legal de los autores o titulares de estos derechos, pero no es la agraviada, sino los mismos autores, o titular de derechos.

De este último punto, señalado por la sentencia de la referida Sala Penal, se puede advertir que dicho órgano jurisdiccional desconoce la legitimidad de las sociedades de gestión colectiva, entre otros lineamiento básicos del derecho de autor, pues se encuentra claramente establecido en los artículos 10<sup>98</sup> y 147<sup>99</sup> de la LDA, que la protección de los derechos de autor puede beneficiar a otras personas reconocidas por ley, y que además las sociedades de gestión colectiva, como APDAYC, están legitimadas para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en procesos judiciales.

#### **b) Expediente Nº 01067-2007**

En este caso, en la sentencia de primera instancia, se condenó a los acusados como autores del delito contra los derechos intelectuales – contra los derechos de autor en la modalidad de distribución de obras audiovisuales sin autorización del autor en agravio del Estado (APDAYC e INDECOP).

---

<sup>98</sup> “Artículo 10.- El autor es el titular originario de los derechos exclusivos sobre la obra, de orden moral y patrimonial, reconocidos por la presente ley.

Sin embargo, de la protección que esta ley reconoce al autor se podrán beneficiar otras personas naturales o jurídicas, en los casos expresamente previstos en ella”.

<sup>99</sup> “Artículo 147.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin presentar más título que dichos estatutos y presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares. Sin perjuicio de esa legitimación, las sociedades deberán tener a disposición de los usuarios, en los soportes utilizados por ellas en sus actividades de gestión, las tarifas y el repertorio de los titulares de derechos, nacionales y extranjeros, que administren, a efectos de su consulta en las dependencias centrales de dichas asociaciones. Cualquier otra forma de consulta se realizará con gastos a cargo del que la solicite”.

La Primera Sala Penal, por mayoría y apartándose de su criterio expuesto en la sentencia recaída en el Expediente 0079-2005, comentado en el acápite anterior, confirma la sentencia que condena a los acusados por los siguientes fundamentos:

- a) Considera que tanto APDAYC como INDECOPI son la parte agraviada en el caso de autos, ya que si bien es cierto, el derecho afectado materialmente corresponde a cada autor concreto, no obstante, dada su naturaleza que compromete el interés de numerosísimos autores y ni el propio autor intelectual puede tener capacidad para tutelar sus derechos a nivel nacional e internacional, por lo que ello corre a cargo de una entidad especializada y debidamente autorizada por ley, como es en este caso APDAYC, la misma que de acuerdo a lo normado por el artículo 2 de la LDA es una Sociedad de Gestión Colectiva que tiene la representación legal de los autores o titulares de estos derechos.
- b) Por otro lado, precisa que el interés público lo representa el Estado a través de INDECOPI. teniéndose en cuenta que exigir que en este tipo de delitos se apersona el mismo autor o los mismos autores o titulares de las producciones discográficas o de audio y video como es el caso que nos ocupa, sería perjudicial para los intereses de las víctimas y para el propio desarrollo intelectual y creativo del país.

#### **c) Expediente N° 0982-2008**

En este caso, el procesado fue intervenido en un operativo en su local comercializando 2,400 discos compactos gravados con películas, videos musicales y de play station, sin que cuente con la autorización de sus autores para su reproducción.

En la sentencia de primera instancia, se absuelve al procesado de la comisión del delito contra los derechos de autor en la modalidad de reproducción, difusión y distribución de obras sin autorización del autor en agravio del Estado, por lo que el Representante del Ministerio Público interpone recurso de apelación.

La Primera Sala Penal confirma la sentencia que absuelve al acusado por los siguientes fundamentos:

- a) Si bien es cierto, en el Acta de Inmovilización –Incautación-Comiso N° 091-2008-0300 se indica que se incauta mercadería de procedencia extranjera por carecer de documentación que acredite su procedencia e ingreso legal al país en un total de 2,400 discos compactos, sin embargo, en el Informe Técnico de INDECOPI, en donde se señala que se ha incautado 1,400 soportes de reproducción ilícita, no se ha precisado nada, ya que sólo se ha limitado a reproducir lo indicado en el acta antes mencionada.
- b) En este orden de ideas, el Colegiado precisa que no se ha logrado desvirtuar el principio de presunción de inocencia del acusado, ya que los medios probatorios obrantes en autos, no señalan de manera expresa lo incautado, por lo que no se ha individualizado debidamente en documentos lo supuestamente utilizado en el delito contra derechos de autor.

#### **d) Expediente N° 0027-2011**

En este caso, se imputa al acusado haber difundido temas musicales sin la autorización del autor, pese a haber sido notificado por parte de la agraviada (APDAYC) para que efectúe el pago previo.

En la sentencia de primera instancia, se condenó al acusado por el delito contra los derechos de autor y conexos en la modalidad de reproducción, difusión, distribución de la obra sin autorización del autor, por lo que éste interpone recurso de apelación.

El fundamento del recurso de apelación del acusado, se circunscribe a señalar que:

- a) No existe pericia pertinente que determine en forma fehaciente la propagación de una obra musical.
- b) En la sentencia de primera instancia no se ha tenido en cuenta la transacción extrajudicial con la agraviada en la que se reconoce la suma de S/. 195.00 por concepto de permiso para el uso de material musical, lo que para el apelante constituye autorización expresa de parte de la agraviada como pago por los derechos de transacción y siendo así, no existe delito y;
- c) Finalmente el hecho de que la propagación de la obra se hizo en un evento gratuito realizado por la Municipalidad Distrital Nuevo Chimbote, con ocasión de conmemorarse un aniversario más de dicho distrito.

La Sala Penal Liquidadora Permanente revoca la sentencia condenatoria y actuando en sede de instancia absuelve al procesado por el delito citado por los siguientes fundamentos:

- a) A lo largo del proceso, no se ha realizado una labor de imputación eficiente, por cuanto no se explica por qué motivo se ha calificado los hechos en la modalidad de comunicación pública, omitiendo especificar las obras reproducidas sin autorización, y;
- b) No se ha efectuado una adecuada subsunción de la conducta incriminada al acusado, al no mencionar el tema o los temas musicales que se han comunicado públicamente y principalmente, cuál es la relación que tiene con los autores en tanto se trataría de un autor extranjero.
- c) Así como cuál es el baremo o valor referente que se ha utilizado para determinar que se trata de una comunicación pública. Razones que acarrearían la declaración de nulidad de la sentencia, no obstante, ello colisionaría con el principio del plazo razonable de procesamiento teniendo en cuenta que en el caso de autos han transcurrido más de cinco años desde que se produjo el hecho incriminado.
- d) Además tuvo en cuenta que según la liquidación por el pago de los derechos de autor devengados presentada por la parte denunciante, el valor de la unidad musical para el año 2008 es la suma de S/. 2.40 con un aforo de 180 personas, destacando que se trata de un evento gratuito, sin obtención de ingresos, siendo aplicable el valor de 36% del Valor de la Unidad Musical por la cantidad de personas asistentes, resulta la suma total de S/. 155.52, monto que según transacción extrajudicial, ha sido cancelada, y;

e) Finalmente tuvo en cuenta que el hecho incriminado se ha producido en el marco de un evento gratuito, lo que descarta el ánimo de lucro de parte del imputado y además que el monto liquidado resulta ínfimo.

Razones por las que concluye que en el caso de autos nos encontramos frente a una insuficiencia de pruebas, específicamente, en un caso de duda sobre la responsabilidad del procesado, por lo que debe estarse a lo que sea más favorable a éste.

De las cuatro sentencias analizadas, se advierte que en tres de ellas no se llega a condenar a los acusados, ya sea porque fueron absueltos por el órgano de segunda instancia que conoció el proceso en apelación o por la declaración de nulidad de las mismas, lo que conllevó –en este último caso- a que retornados los procesos a sus juzgados de origen sean archivados por los lineamientos esgrimidos en las resoluciones de vista o sobreseídos por los mismas razones.

Queda claro, que el común denominador de las tres sentencias en mención en las que no se llega a condenar a los procesados, tiene que ver con la determinación de la parte agraviada en cada uno de los procesos, ya que iniciado el proceso, los operadores de justicia, consideran como tal a la APDAYC –en algunos casos- o al INDECOPI –en otros-, o a ambas entidades en otros casos, por lo que luego de llevado a cabo casi todo el proceso judicial y cuando ya se encuentra en apelación de sentencia, el órgano de segunda instancia advierte que a lo largo del proceso, no se ha cumplido con identificar e individualizar a los agraviados, que a su criterio son los mismos autores o el titular de derechos.

## 2. Derechos de autor y derechos de propiedad

Luego de esta breve panorámica a parte de la problemática del derecho de autor en el Perú, desarrollaremos cómo este derecho se relaciona con el derecho de acceso a la cultura. En esa línea, no nos extenderemos en todas las características de cada uno de los derechos de autor. El objetivo de este trabajo no es generar un tratado sobre la materia ni un comentario de la LDA, sólo comentar el aspecto de los derechos de autor más ligado al derecho de acceso a la cultura: nos referimos al tema de los límites y excepciones a estos derechos.

### 2.1 Diferencias entre la propiedad clásica y la propiedad intelectual (derechos de autor)

Para ello, previamente, debe hacerse una precisión clave. Si bien los derechos de autor son parte de lo que se conoce como “propiedad intelectual”, debe tenerse en cuenta que esta propiedad no es exactamente igual a la propiedad clásica de los demás bienes, aunque en el ordenamiento peruano, el Código Civil las equipare a un bien mueble<sup>100</sup>.

Una primera diferencia, como es muy notorio, es que las obras protegidas por derechos de autor no son bienes tangibles, pues ninguna idea o expresión original lo es. En ese sentido, no debe confundirse la obra protegida por derechos de autor, con el soporte físico que lo contiene. En esa línea, no puede confundirse una canción o melodía (que es un

<sup>100</sup> “Artículo 886.- Son muebles:

6.- Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares”.

conjunto de notas que conforman una obra original), con el objeto en el que se encuentra (que puede ser un cassette, disco o vinilo). Algo similar se puede concluir de los artículos 3<sup>101</sup> y 19<sup>102</sup> de la LDA.

Esta diferencia evidente entre lo tangible y lo intangible, entre lo físico y lo que no lo es, debería bastar para entender que no se pueden equiparar, por ejemplo, bienes como un local (bien inmueble) o el agua, con una obra<sup>103</sup>. A pesar de ello, lamentablemente, es común, que se sigan haciendo esas comparaciones<sup>104</sup>.

Una segunda diferencia, relacionado con la anterior, es que mientras los bienes físicos son de consumo rival, las obras protegidas por derecho de autor no lo son. Cuando hablamos de bienes de consumo rival, nos referimos al bien que no puede ser consumido por más de una persona al mismo tiempo. Por el contrario, cuando hablamos de bienes de consumo no rival, estamos ante una unidad de bien que puede ser consumida por más de una persona al mismo tiempo<sup>105</sup>.

En esa línea, lo que hace que un bien tenga consumo rival es la escasez de dichos bienes, pues la existencia de pocos bienes produce que solo pocas personas puedan consumirlos. Por ejemplo, si tengo una manzana solo podré consumirla yo y no otra persona (a menos que la parta y ya no sería una manzana, sino media manzana, con lo que mi consumo se ve perjudicado).

<sup>101</sup> "Artículo 3.- (...)

Los derechos reconocidos en esta ley **son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra** y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad" (resaltado agregado).

<sup>102</sup> "Artículo 19.- La **enajenación del soporte material que contiene la obra**, no implica ninguna cesión de derechos en favor del adquirente, salvo estipulación contractual expresa o disposición legal en contrario" (resaltado agregado).

<sup>103</sup> "*The first problem with applying the kind of property rights described above to ideal objects is that such good are not characterized by the same kind of scarcity as tangible goods, such as land, game animals, or water rights*" ("El primer problema con la aplicación del tipo de derechos de propiedad descrito arriba a los bienes intangibles es que esos bienes no se caracterizan por el mismo tipo de escasez de los bienes tangibles, como la tierra, los animales de caza y los derechos de agua".)

PALMER, Tom.

1989 "Intellectual property: a Non Posnerian law and economics approach" en: *Hamline Law Review*. Vol.12, p. 278. Consulta: 15 de junio de 2015.  
<http://tomgpalmer.com/wp-content/uploads/papers/hamlineip.pdf>

<sup>104</sup> "(...) cuando un grupo de muchachos (...) organizan (...) una fiesta no discuten si deben pagarle al artista que amenizará su fiesta, así como tampoco si deben pagarle al dueño del local donde se efectuará el evento o al que les proporciona el equipo musical, la vigilancia, etc. (...) Sin embargo, apreciamos que algunas personas y "líderes de opinión" señalan que es un abuso y hasta un acto "ilegal" que el dueño legítimo de un bien que va a ser utilizado en las fiestas deba también autorizar el uso de su propiedad (llamada obra musical) y cobrar una retribución predeterminada por ello, tal y como lo hacen todos los demás que han intervenido aportando diversos elementos, bienes o servicios, para la realización de la fiesta".

UGARTECHE VILLACORTA, Rubén

2013 "El uso legal de la música en fiestas privadas". Consulta: 15 de junio de 2015.

<http://apdayperu.blogspot.com/2013/12/el-uso-legal-de-la-musica-en-fiestas.html>

<sup>105</sup> KRUGMAN, Paul y Robin WELLS.

2007 *Microeconomía: introducción a la economía*. Barcelona, Reverté, p. 477.

La situación es completamente diferente en el caso de los bienes intangibles como la propiedad intelectual, y específicamente el derecho de autor. En esta clase de bienes, no existe escasez, lo que determina que el consumo sea no-rival. Por ejemplo, si escucho música en la radio, las personas a mi alrededor también pueden disfrutar la obra completa, sin que se disminuya mi consumo del bien.

Esta particular característica de la propiedad intelectual, y por ende de los derechos de autor, es reconocida por muchos autores, de diferentes posturas y campos de la investigación, no solo jurídicos, sino también económicos, que van desde padres del constitucionalismo como Thomas Jefferson<sup>106</sup> hasta Premios Nobel de Economía como Joseph Stiglitz<sup>107</sup>, pasando por otros autores anglosajones como Arnold Plant<sup>108</sup>, Vaidhyathan<sup>109</sup> y Ciro<sup>110</sup>, además de autores hispanoamericanos como Sádaba<sup>111</sup> o

<sup>106</sup> En una carta a Isaac Macpherson, del 13 de agosto de 1813, señala: “*If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me*” (“Si la naturaleza ha hecho una cosa menos susceptible de propiedad exclusiva que todas las demás, ésta es la obra de la facultad de pensar, llamada idea, que el individuo puede poseer exclusivamente mientras la guarde para sí; pero en el momento que se divulga, pasa por fuerza a ser posesión de todos, y quien la recibe no puede desprenderse de ella. Su carácter particular consiste también en que nadie la posee menos porque todos los demás la posean en su totalidad. Aquel que recibe conocimientos de mí, recibe conocimientos él sin disminuir los míos; así como quien enciende su vela en recibe luz sin dejarme a oscuras”).

JEFFERSON, Thomas.

1905 *The Writings of Thomas Jefferson*. Editado por Andrew A. Lipscomb y Albert Ellery Bergh. Washington: Thomas Jefferson Memorial Association, Vol. 13, págs. 333-335.  
Consulta: 15 de junio de 2015.

[http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1\\_8\\_8s12.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_8s12.html)

<sup>107</sup> “*The properties of dynamic processes driven by knowledge seem to ultimately derive from the scarcity-defying expansiveness or non-rivalrous aspect of knowledge (...) Too often, however, the difference between intellectual property and other forms of property rights are glossed over*”. (“Las propiedades de los procesos dinámicos impulsados por el conocimiento parecen en última instancia, derivarse de la expansividad que desafía la escasez o el aspecto no-rival del conocimiento (...) Con demasiada frecuencia, sin embargo, la diferencia entre la propiedad intelectual y otras formas de los derechos de propiedad se pasa por alto”)

STIGLITZ, Joseph

1999 “Public policy for a knowledge economy”, págs. 8-9.

Consulta: 15 de junio de 2015.

<http://www.cercetareservicii.ase.ro/resurse/Documente/PUBLIC%20POLICY%20FOR%20A%20KNOWLEDGE%20ECONOMY.pdf>

<sup>108</sup> “*It is a peculiarity of property rights in patents (and copyrights) that they do not arise out of the scarcity of the objects which become appropriated. They are not a consequence of scarcity. They are the deliberate creation of statute law (...)*” (“Es una peculiaridad de los derechos de propiedad en las patentes (y derechos de autor) que no surgen de la escasez de los bienes que se vuelven apropiables. No son una consecuencia de la escasez. Son creación deliberada de la ley).

PLANT, Arnold.

1934 “The Economic Theory Concerning Patents for Inventions” en: *Economica, New Series*, 1 (1).

Consultado el 08 de junio de 2015.

<http://www.compilerpress.ca/Competitiveness/Anno/Anno%20Plant%20Patent.htm>

<sup>109</sup> “*There is no natural scarcity in ideas and information (...) Unlike tangible property, ideas and expressions are not susceptible to natural scarcity*” (“No hay escasez natural en las ideas o en la información... A diferencia de la propiedad tangible, las ideas y las expresiones no son susceptibles de escasez natural”)

VAIDHYANATHAN, Siva.

Busaniche<sup>112</sup>, entre muchísimos otros. En esa línea, es pacíficamente aceptado que comparar una obra con un bien como el agua, es algo que no puede sostenerse.

Finalmente, una tercera diferencia entre los bienes citados, es el tema de los costos de exclusión, es decir los supuestos en que se establecen mecanismos para que el dueño o titular de la propiedad de un bien pueda excluir, a costos bajos o razonables en relación a los beneficios que se obtienen, a otras personas para que no se beneficien de ese bien al que no tienen derecho. Lo común es el derecho proteja la propiedad privada exclusiva para aquellos bienes que, teniendo consumo rival, tienen bajos costos de exclusión.

Sin embargo, en el caso de la propiedad intelectual, precisamente por su carácter intangible, es complicado poder limitar el alcance de una obra, existiendo altos costos de exclusión para las obras protegidas mediante derechos de autor, en comparación a los bienes objeto de la propiedad clásica. En el ejemplo de la música, si quiero escuchar a todo volumen mi canción favorita, es difícil (o muy costoso) impedir que otros no lo escuchen. A diferencia de un bien tangible, como un local, que basta con cercarlo o colocarle un candado a la puerta.

Por las razones expuestas, queda claro que, así como los bienes comunes son distintos a una obra intelectual, la propiedad clásica que protege a un bien común no puede equipararse a la “propiedad intelectual” que protege las obras con derechos de autor. En ese sentido, al ser ambos derechos de propiedad distintos, su aplicación también debe ser distinta, lo que redundará en la interpretación de los límites a estos derechos de propiedad.

## 2.2 Sobre el registro de la propiedad intelectual por derechos de autor

---

2001 *Copyrights and copywrongs. The rise of intellectual property and How it threatens creativity*, Nueva York, New York University Press, 2001, p. 15 y 23-24.

<sup>110</sup> “(...) creators of intellectual property use a non-scarce resource in the form of ideas and information express it in some original form to justify propertising the intellectual expression. Importantly, neither the idea (the raw material) nor its expression (the end product) in the absence of intellectual property laws is scarce” (“los creadores de propiedad intelectual utilizan un recurso no escaso en forma de ideas e información expresada de alguna forma original para justificar apropiarse de la expresión intelectual. Es importante destacar que ni la idea (la materia prima) ni su expresión (el producto final) en ausencia de leyes de propiedad intelectual es escasa”).

CIRO, Tony.

2005 “The scarcity of intellectuall property” en: *Journal of Information Law & Tecnology*.  
Consulta: 15 de junio de 2015.  
[http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2005\\_1/ciro/](http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2005_1/ciro/)

<sup>111</sup> “A diferencia de los objetos materiales, los activos intelectuales se distribuyen sin coste a lo largo y ancho de lo social, generando a su paso nuevas ideas en cascada, inspirando una idea o tecnología, nuevas ideas o tecnologías”

SÁDABA, Igor.

2008 “La sociedad del conocimiento y la propiedad intelectual. Mercancías ficticias, innovación y redes sociotécnicas” en: *Papeles del CEIC*, N.º 36, marzo, págs. 1-28.  
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=76500903>

<sup>112</sup> “Dada la naturaleza inmaterial, intangible y no rival de los bienes de los que tratamos aquí, es difícil aplicarle el concepto de propiedad tal como se aplica a bienes tangibles y materiales de naturaleza rival”.

BUSANICHE, Beatriz

2007 “¿Por qué no hablamos de propiedad intelectual?” En: *Monopolios artificiales sobre bienes intangibles*. Córdoba: Fundación Vía Libre, p. 23.

Sin perjuicio de lo desarrollado en el acápite anterior, incluso asumiendo que pueden equipararse los derechos de propiedad clásica a los de la propiedad intelectual, como consecuencia de ello, teniendo en cuenta su difícil seguimiento y que, en ocasiones pueden llegar a ser muy valiosos, se podría evaluar la necesidad de la existencia de un registro para este tipo de propiedad.

En esa línea, debe señalarse que un elemento extraño del sistema actual es que no toma en cuenta ni la voluntad ni el comportamiento de los individuos pues, como lo señala el artículo 3 de la LDA, “(...) su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad”. Eso quiere decir, que todas las personas se encuentran automáticamente dentro del sistema de derechos de autor oficial, aunque no tengan voluntad o interés de ejercer esos derechos. Los derechos de autor consagrados en la LDA pertenecen al creador, aunque este no quiera. Este sistema se planteó de dicha forma para evitar que, por ciertas formalidades, una persona no pueda proteger sus derechos de autor<sup>113</sup>. Una especie de “derecho obligatorio”.

Sin embargo, este sistema, supuestamente integrativo, puede impedir en la práctica el ejercicio del derecho de acceso a la cultura. Esto debido a que una persona, que nunca siguió ningún procedimiento de registro o reconocimiento de su propiedad intelectual, y que puede incluso desear compartirla con el público estaría, en la práctica, prohibiendo el acceso a la comunicación pública y reproducción de su obra pues así lo disponen las normas. Y nadie podría comunicar o reproducir una obra sin el permiso de este autor.

Es curioso como en el caso de los derechos de propiedad de bienes realmente tangibles, por ejemplo la propiedad de predios, sí se exige un título inscrito en Registros Públicos como herramienta necesaria para poder darle valor y reconocimiento a la propiedad. Y además, existe una institución como la prescripción adquisitiva que castiga la falta de diligencia del propietario original en beneficio de otra persona que está usando el bien. Sin embargo, en el caso de la propiedad intelectual, y específicamente de los derechos de autor, este registro no es constitutivo, lo que en la práctica, solo encarece y complica el tráfico de bienes culturales, porque no existe un ente centralizado que determine quiénes tienen derecho sobre qué. En ese sentido, aunque lo que se cuestiona es la inexistencia de un registro organizado de derechos de autor y no la actuación de las sociedades de gestión colectiva, no debe asumirse que estas sociedades necesariamente y en todos los casos siempre benefician al autor.

### **3. Límites y excepciones al derecho de autor**

Como referimos en el capítulo anterior, el derecho de acceso a la cultura tiene una fuerte relación con los derechos de autor. Específicamente es con los límites y excepciones al derecho de autor en el que se puede apreciar de forma más patente este nexo, pues muchas de estas excepciones son manifestaciones del derecho de acceso a la cultura, como se verá a lo largo de este trabajo.

#### **3.1 Los límites al derecho de propiedad**

---

<sup>113</sup> LESSIG, Lawrence, ob. cit., p. 202.

Muchas veces se ha considerado que el derecho a la propiedad (y por ende, la propiedad intelectual) sería en principio ilimitado. Al ser los derechos de autor considerados parte de lo que se conoce como “propiedad intelectual”, los derechos de autor en principio casi no tendrían límites, para algunos sectores.<sup>114</sup>

Antes estas posturas, otros sectores han señalado que “(...) el derecho de autor se basa en un equilibrio entre las distintas partes implicadas y sea cual sea la extensión que deban tener las excepciones a los derechos de propiedad intelectual, en ningún caso puede estar justificado que los titulares puedan explotar sus obras en línea sin ningún tipo de limitación”<sup>115</sup>.

Sin embargo, no debe olvidarse que, a diferencia de la propiedad de cierta clase de bienes, por ejemplo, la propiedad sobre un predio o un inmueble, la propiedad intelectual presenta características muy peculiares que hacen que no se pueda hablar en estricto de “propiedad” en el caso de derechos de autor, como ha sido sostenido por varios autores<sup>116</sup>.

Pero incluso si se considera que los derechos de autor, configuran un derecho de propiedad (propiedad intelectual), también en esos casos se puede hablar de límites, pues todos los derechos fundamentales, incluida la propiedad, tiene límites. Así, el artículo 923 del Código Civil<sup>117</sup>, establece al interés social como uno de los límites a tener en cuenta para ejercer la propiedad. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que la propiedad cumple una función social<sup>118</sup>, la que también debería cumplir entonces la propiedad intelectual y, por ende, los derechos de autor.

<sup>114</sup> “El derecho de autor (...) a pesar de ser un derecho en principio ilimitado (pues comprende la facultad del titular de autorizar o no la utilización de la obra “por cualquier medio o procedimiento”, incluso “conocido o por conocerse”), las legislaciones pueden establecer límites a ese derecho”. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo.

2009 *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Temis, 760 págs.

<sup>115</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio.

2003 *El derecho de autor en Internet: los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al derecho español de la Directiva 2001/29/CE*. Granada: Comares, p. 387-388.

<sup>116</sup> “La base conceptual para justificar la existencia de titularidades exclusivas sobre bienes que podemos tocar no es trasladable a la existencia de titularidades exclusivas sobre ideas. Ni los incentivos económicos, ni la estructura legal es la misma. De hecho, es muy cuestionable que la PI (propiedad Intelectual) merezca ser llamada propiedad. Sus fundamentos son, en el mejor de los casos, bastante dudosos y cuestionables, y su existencia, en todo caso, justifica una limitación seria a los alcances que actualmente se le concede”.

BULLARD, Alfredo.

2005 “Reivindicando a los piratas ¿Es la propiedad intelectual un robo?” en *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. Año I, N.º 1, p. 328.

<sup>117</sup> “Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. **Debe ejercerse en armonía con el interés social** y dentro de los límites de la ley”. (resaltado agregado).

<sup>118</sup> Sentencia recaída en el Expediente N.º 0048-2004-AI/TC:

“78. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.

79. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

En el caso específico de la función social de los derechos de autor, la Corte Constitucional de Colombia concluyó lo siguiente:

*“12. (...) Este interés social que se reputa sobre los derechos de autor está en concordancia además con lo dispuesto en el artículo 58 de la Carta, en cuanto afirma que **la propiedad es una función social**, puesto que reconoce el derecho que tienen los autores a percibir el fruto material de su actividad creadora, pero además **establece un límite a tal protección y, en tal medida, reitera la potestad del Estado para regularla** y así lograr obtener también, los propósitos constitucionales que la sociedad pretende derivar”<sup>119</sup> (resaltado agregado).*

Como se advierte, si los derechos de autor son un tipo de propiedad (propiedad intelectual), deben cumplir también una de las funciones que tiene la propiedad, como es la función social.

### 3.2 Razones que justifican la existencia de límites a los derechos de autor

Como hemos visto, los derechos de autor tiene relación con otros derechos, por ende, los límites a los derechos de autor también tienen relación con otros derechos, que constituyen la justificación para la existencia de dichos límites.

Así, se ha señalado que estos límites existen por asuntos de política social o bien por razones de acceso, vinculado al interés público<sup>120</sup>; mientras para otro sector de la doctrina, las excepciones se vinculan a razones de orden educativo, cultural o informativo.

Al respecto, se ha referido que “(...) existen límites al derecho de autor concebidos en favor de la protección a la libertad de expresión e información y el derecho a la educación y a la cultura, cuya tutela debe ser promovida por el Estado de conformidad con la Constitución”<sup>121</sup>.

De hecho, todos los derechos constitucionales, como es el caso de los derechos de autor, tienen límites. Al respecto, se ha referido que:

*“Los derechos tienen un contenido limitado, y como realidades esencialmente limitadas deben convivir con las exigencias no sólo de los*

---

80. En consecuencia, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. No hay duda que las acciones que el Estado lleve a cabo respecto a los bienes que, siendo patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado, se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma”.

<sup>119</sup> Sentencia C-053/01 de la Corte Constitucional de Colombia, del 24 de enero de 2001.

<sup>120</sup> LIPSZYC, Delia  
1993 *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ed. UNESCO/CERLALC, Buenos Aires, p. 219-221.

<sup>121</sup> RODRIGUEZ MORENO, Sofía, ob. cit., p. 268.

derechos de los demás integrantes de la comunidad, sino también con aquellos bienes o valores proclamados constitucionalmente como principios de la organización social (repárese en conceptos como seguridad nacional u orden público)”<sup>122</sup>.

Pero hay otra razón que explica porque se establecen límites a los derechos de autor, y esta razón es el equilibrio que debe existir entre los derechos en juego. En esa línea, se ha mencionado que “Las limitaciones y excepciones tienen relación directa con otros derechos humanos, de allí por tanto la importancia del tema y la necesidad de encontrar mecanismos de armonía y **equilibrio**. Libertad de expresión, de información, acceso a la cultura y educación, están detrás, con las precisiones que veremos, del derecho de cita, de reproducción de obras para parodia, del derecho de prensa, de difusión o acceso al conocimiento a través de bibliotecas, museo o instituciones educativas”<sup>123</sup> (resaltado agregado).

De todo lo mencionado, puede concluirse que “(...) 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”<sup>124</sup>.

Como vemos, la noción de equilibrio es algo común. Al respecto, la Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia ha señalado:

“Debido a la trascendencia de las obras intelectuales, se ha reconocido el derecho de la sociedad frente al derecho exclusivo del autor, en aras de la difusión de la cultura. **Por necesidad de mantener el equilibrio** entre el interés individual y el social o colectivo, surgieron los límites y excepciones al derecho patrimonial de los creadores”<sup>125</sup> (resaltado agregado).

En esa línea, el equilibrio es uno de los motivos que respaldan la regulación de límites y excepciones pero, como veremos en el capítulo III, también es un objetivo o aspiración a cumplir, que en la actualidad se encuentra más afectado.

Una manifestación de este equilibrio y relación entre ambos derechos, se puede advertir cuando consideramos que plantear medidas gubernamentales que optimicen el derecho de acceso a la cultura: por ejemplo, modificaciones a la Ley de Derechos de Autor que distingan de forma más clara los usos con fines de lucro de los que no son, que incentiven, difundan e incrementen los usos con fines didácticos y educativos, así como la creación de una red de bibliotecas públicas a nivel nacional; serían respuestas más

<sup>122</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis  
2007 *Los derechos constitucionales*. Tercera edición. Lima, Palestra, p. 353.

<sup>123</sup> DE FREITAS STRAUMANN, Eduardo.  
2012 “Los límites al derecho patrimonial de los autores y titulares de derechos conexos en el entorno digital” en: *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías...*, ob. cit., p. 167-168.

<sup>124</sup> RODRIGUEZ MORENO, Sofía, ob. cit., p. 66.

<sup>125</sup> Consulta: 15 de junio de 2015.  
<http://www.eduteka.org/modulos.php?catx=1&idSubX=162&ida=124&art=1>

positivas para combatir las trasgresiones a los derechos de autor, que simplemente la destrucción de ejemplares piratas.

En esa línea, impulsando el acceso económico, rápido y eficiente a la cultura, puede traer como consecuencia que el mercado informal, la piratería y otras actividades ilícitas vean disminuido su alcance y su razón de ser, logrando que se proteja tanto al mercado legal de los artistas como garantizado el derecho de los consumidores.

A lo que se puede llegar a concluir es que la necesidad de las limitaciones y excepciones es innegable. Así se ha señalado que “(...) frente a la tensión que genera en la sociedad el reconocimiento al autor de derechos exclusivos de utilización económica de su obra, las limitaciones o excepciones del derecho de autor operan como una válvula de seguridad al consagrar determinadas situaciones en las que se puede utilizar la obra sin autorización y sin pago de remuneración, o sin autorización pero abonando dicha remuneración”<sup>126</sup>. Asimismo, debe recordarse que “(...) es necesario que los derechos estén sujetos a restricciones para evitar su explotación con fines perversos”.<sup>127</sup>

#### 4. Marco normativo de los límites y excepciones al derecho de autor en el Perú

Cabe recordar que, en nuestro sistema de derechos de autor existen dos tipos de derechos: los derechos morales y los derechos patrimoniales o económicos. Los primeros son por ejemplo, el derecho a la paternidad, al anonimato, a no difundir una obra si no se desea, etc. Son considerados perpetuos e inalienables, de acuerdo al artículo 21 de la LDA<sup>128</sup>, sin embargo, si existen algunos casos en los que esos derechos tienen límites<sup>129</sup>.

Por otro lado, los derechos patrimoniales o económicos, son por ejemplo, los derechos de reproducir la obra, comunicarla públicamente, traducirla, etc. Estos derechos sí tienen límites mayores, los cuáles se encuentran estipulados más detalladamente en los artículos 41 al 51 de la LDA.

En este trabajo usaremos las expresiones “límites” y “excepciones” de forma equivalente, aunque puedan tener acepciones disímiles en el estudio de los derechos de autor, tomando en consideración que la propia LDA hace referencia a los mismos como sinónimos, lo cual se verifica en su Título IV<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> DE FREITAS STRAUMANN, Eduardo, ob. cit., p. 167.

<sup>127</sup> HOLMES, Stephen y Cass R. SUNSTEIN.  
2012 *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires, Siglo XXI, p. 125.

<sup>128</sup> “Artículo 21.- Los derechos morales reconocidos por la presente ley, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. 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”.

<sup>129</sup> Un ejemplo de límite de derecho moral es el contemplado en el artículo 27 de la LDA, referido al derecho de retiro de la obra, que señala que dicho derecho “(...) se extingue a la muerte del autor. Una vez caída la obra en el dominio público, podrá ser libremente publicada o divulgada, pero se deberá dejar constancia en este caso que se trata de una obra que el autor había rectificado o repudiado”.

<sup>130</sup> SOLÓRZANO, Raúl y Oscar MONTEZUMA.  
2006 “Apuntes sobre las excepciones a los Derechos de Autor en el entorno digital” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 2, p. 181.

#### 4.1 Antecedentes

En nuestro país, aunque en general el tema de los derechos de autor ha sido poco estudiado, en particular el tema de los límites y excepciones a estos derechos ha sido menos estudiado todavía. Peor aún, incluso en la normativa sobre la materia no han sido tomados en cuenta durante la mayor parte de nuestra vida republicana.

Nuestra primera Constitución, la de 1823, en su artículo 182, numeral 5, señalaba que se garantizaba el derecho a la educación “por la inviolabilidad de las propiedades intelectuales”. Así, desde la primera norma sobre la materia, se esbozaba la relación entre ambos derechos.

Al respecto, la primera Ley de Derechos de autor en el Perú, fue la Ley del 3 de noviembre de 1849. Al respecto, el Congreso de la República señaló que: “Considerando que está garantizado por el artículo 174 de la Constitución de 1839 la inviolabilidad de las propiedades intelectuales, se designan las penas en que incurran los que la violen”. Esta Ley “(...) en sólo nueve artículos de carácter genérico, señalaba los alcances, a quiénes y a qué producción afectaba; el tiempo que duraba la protección; el procedimiento para la inscripción; y, las sanciones para su infracción. Además, disponía depositar en las Bibliotecas Públicas las ediciones de las obras que se publicaban en su localidad”<sup>131</sup>. Esta disposición no reguló algún tipo de límite o excepción a los derechos de autor.

La citada ley cual fue reglamentada mediante Resoluciones Supremas del 17 de abril de 1914 y del 5 de febrero de 1915, las cuáles serían modificadas posteriormente por normas similares. Sin embargo, estas modificaciones tampoco previeron límites o excepciones al respecto.

Fue recién con la derogación de esta primera ley, mediante Ley N.º 13714, del 31 de octubre de 1961, que se contemplaron límites al derecho de autor, en el Título V de la referida Ley (artículos 62 al 77).

Asimismo, a diferencias de las Constituciones anteriores, como la de 1920<sup>132</sup> o la de 1933<sup>133</sup>, que solo mencionan la protección de la propiedad intelectual, fue la Constitución de 1979 la primera en prever el derecho de acceso a la cultura, en su artículo 2, literal 6, con una redacción muy similar a la de la norma actual<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> QUIROZ PAPÁ DE GARCÍA, Rosalía.

2003 “La Infracción al derecho de autor y el rol de Indecopi en su prevención”. Tesis (Dr.)-- Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Escuela de Post-Grado, 367 págs. Consulta: 15 de junio de 2015.  
[http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/quiroz\\_p\\_r/cap3.htm](http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/quiroz_p_r/cap3.htm)

<sup>132</sup> “Artículo 38.- La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria o artística (...)”.

<sup>133</sup> “Artículo 30.- El Estado garantiza y protege los derechos de los autores e inventores. La ley regulará su ejercicio”.

<sup>134</sup> “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho (...)”

6. A la libertad de creación intelectual, artística y científica. El Estado propicia el acceso a la cultura y la difusión de ésta”.

Asimismo, la mayoría de tesis en materia de derechos de autor (al menos las de esta Universidad), publicadas antes de la vigencia de la norma actual, tampoco tomaron en cuenta en su desarrollo la importancia o necesidad de las citadas excepciones y limitaciones<sup>135</sup>, con excepción de una<sup>136</sup>, que fue publicada al poco tiempo de la publicación de la Ley N.º 13714.

#### 4.2 LDA y otras normas que regulan la materia

Luego de lo expuesto, puede hacerse un breve resumen sobre los límites y excepciones contemplados en la normativa peruana actual. La actual LDA prevé las excepciones y limitaciones a los derechos de autor en los artículos 41 al 51.

Algunas de estas excepciones, no revisten mayor controversia o polémica. Sin embargo, otras pueden ser problemáticas al momento de su aplicación y una incorrecta interpretación de estas afectaría no solo el derecho de autor, sino también el derecho de acceso a la cultura.

Al respecto, cabe recordar que estos límites y excepciones se encuentran regulados tanto en la LDA, como en el Convenio de Berna y la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones.

Para poder advertir las semejanzas entre estas normas, respecto a la materia citada, hemos elaborado el siguiente cuadro:

Convenio de Berna	Decisión 351	DL 822 - LDA
<b>Límites al derecho de reproducción – copia privada</b>		
<p><b>“Artículo 9 (...)</b></p> <p>2) 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</p>	<p><b>“Artículo 3.-</b> A los efectos de esta Decisión se entiende por: (...)</p> <p>- Uso personal: Reproducción u otra forma de utilización, de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales</p>	<p><b>“Artículo 43.-</b> Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor: (...)</p> <p>b) La reproducción por reprografía de breves fragmentos o de obras agotadas, publicadas en forma gráfica, para uso exclusivamente personal”.</p>

<sup>135</sup> Nos referimos a las siguientes tesis: BAQUERIZO BALDEÓN, Manuel J. *Derechos de autor sobre las obras literarias*. Tesis (Br.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Lima, 1958, 140 págs. EAST, Enrique. *Los derechos de autor*. Tesis (Br.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Lima, 1940, 91 págs. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Los delitos contra los derechos de autor de obras literarias, artísticas y científicas, en la legislación peruana*. Tesis (Br.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Programa Académico de Derecho, Lima, 1984, 92 págs.

<sup>136</sup> FORERO GARCÍA CALDERÓN, Manuel. *El derecho de autor; integrante de los derechos intelectuales*. Tesis (Br.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Lima, 1962, 263 págs.

<p>obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.</p>	<p>como la investigación y el esparcimiento personal”.</p>	<p>“Artículo 48.- Es lícita la copia, para uso exclusivamente personal de obras, interpretaciones o producciones publicadas en grabaciones sonoras o audiovisuales. Sin embargo, las reproducciones permitidas en este artículo no se extienden:</p> <p>a) A la de una obra de arquitectura en forma de edificio o de cualquier otra construcción.</p> <p>b) A la reproducción integral de un libro, de una obra musical en forma gráfica, o del original o de una copia de una obra plástica, hecha y firmada por el autor.</p> <p>c) A una base o compilación de datos”.</p>
---	--	--

**Excepciones a favor de la enseñanza – reproducción y comunicación pública**

<p>“<b>Artículo 10 (...)</b> 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal</p>	<p>“<b>Artículo 22.-</b> Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: (...) b) Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en</p>	<p>“<b>Artículo 43.-</b> Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor:</p> <p>a) La reproducción por medios reprográficos, para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido, de artículos o de breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición de</p>
--	--	---

<p>de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.”</p>	<p>periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro”</p>	<p>que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro”.</p>
	<p>“<b>Artículo 22.-</b> Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: (...) j) Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución”</p>	<p>“<b>Artículo 41.-</b> 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: (...) c) Las verificadas con fines exclusivamente didácticos, en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que la comunicación no persiga fines lucrativos, directos o indirectos, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución”.</p>
<p><b>Excepciones a favor de las bibliotecas</b></p>		
	<p>“<b>Artículo 22.-</b> Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de</p>	<p>“<b>Artículo 43.-</b> Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor: (...) c) La reproducción</p>

	<p>remuneración alguna, los siguientes actos: (...)</p> <p>c) Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines: 1) Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o, 2) Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado. d) Reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga”.</p>	<p>individual de una obra por bibliotecas o archivos públicos que no tengan directa o indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar se encuentre en su colección permanente, para preservar dicho ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o para sustituir en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado, siempre que no resulte posible adquirir tal ejemplar en plazo y condiciones razonables”.</p>
--	--	--

Sin embargo, a pesar de la gran importancia que tienen los límites y excepciones a los derechos de autor, estos sufren de diversos problemas de aplicación o interpretación que afectan el cumplimiento de las funciones para las que fueron regulados.

Así, se ha mencionado que “(...) las limitaciones y excepciones cruciales del copyright están afrontando un sigiloso ataque, mediante la incorporación de elementos en la estructura de los propios contenidos”<sup>137</sup>.

Por otro lado, “(...) **un eventual refuerzo** de los niveles de protección de la propiedad equiparables pueden **terminar obstaculizando más aún el acceso a la cultura** y teniendo como única finalidad la protección legal de contenidos y tecnologías de países

<sup>137</sup> “As such, copyright’s crucial limitations and exceptions are facing a stealth attack, embedded in the structure of the media themselves”. En:

KEMP, Brodi  
2003

“Copyright’s digital reformulation” en: *Yale Journal of Law and Technology*, Vol. 5, Iss. 1, p. 148. Consulta: 15 de junio de 2015.

<http://digitalcommons.law.yale.edu/yjolt/vol5/iss1/4>

desarrollados sin generar los incentivos adecuados para la producción de estos a nivel local”<sup>138</sup> (resaltado agregado).

De la cita anterior, debe señalarse que esto no implica que no existan casos en los que la normativa sobre derechos de autor proteja contenidos u obras locales. Sin embargo, es el *eventual refuerzo* de normas protectoras las que no necesariamente redundan en un incremento de la protección de autores nacionales y, no obstante, pueden terminar obstaculizando el acceso a la cultura. Por ejemplo: la prohibición de que una biblioteca preste obras no escritas (películas, discos, etc.) es una disposición que no incrementa la defensa de derechos de autor y, por el contrario, afecta el derecho de acceso a la cultura y las tareas de las bibliotecas. Situación que felizmente ha sido subsanada por la Ley N.º 3027, como comentaremos más adelante.

Una de las causas de estos problemas es la existencia de algunas normas de la LDA que influyen en el resto de excepciones y limitaciones. Una de ellas es el artículo 37 de la LDA que establece lo siguiente:

*“Artículo 37.- 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”* (resaltado agregado).

La otra norma es la contemplada en el artículo 50, que dispone lo siguiente:

*“Artículo 50.- Las excepciones establecidas en los artículos precedentes, son de interpretación restrictiva y no podrán aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados”*.

Como se puede apreciar, se genera una pauta de interpretación para los jueces y todos los operadores de la norma: Debe interpretarse de manera restrictiva este derecho, en consonancia con lo dispuesto en otras disposiciones. Este criterio no es universal, pero si existe en la normativa de otros países, por ejemplo, Paraguay y República Dominicana, y en Venezuela y Panamá por la vía reglamentaria<sup>139</sup>.

Sin embargo, incluso aunque el artículo 50 se mantenga, otra posibilidad es la de ampliar los límites y excepciones de los derechos de autor, para darle más espacios a diferentes manifestaciones del derecho de acceso a la cultura y, además, darle mayor margen de maniobra al juez para resolver problemas en casos concretos.

<sup>138</sup> MONTEZUMA PANEZ, Oscar Enrique.

2005 “El futuro de los derechos de autor en entornos digitales”. Tesis (Lic.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, p. 343.

<sup>139</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo.

2005 “Las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital” en: *XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre derechos de autor y derechos conexos para países de América Latina*. Asunción, OMPI, p. 3. Consulta: 15 de junio de 2015.

[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_2.pdf)

## 5. Cambios recientes en la LDA para ampliar límites y excepciones de derechos de autor

En esa línea, desde 2013 se inició un proceso de reforma legislativa de la LDA. Al respecto, de la relación de los doce proyectos de Ley que modifican dicha Ley<sup>140</sup>, podemos resumir los temas que abordan básicamente de la siguiente forma:

**Proyecto 2314-2012:** Modifica el inciso c) del artículo 41 y los incisos a) y f) del artículo 43 de la Ley. En ese sentido, Propone añadir tres nuevas excepciones y limitaciones a la LDA: **(i)** para permitir que las obras puedan comunicarse públicamente al personal y estudiantes de una institución de enseñanza; **(ii)** para permitir la reproducción de todo o parte de obras aisladas de carácter plástico y fotográfico para la enseñanza; y, **(iii)** para permitir que las bibliotecas y archivos puedan prestar al público obras literarias, plásticas, fotográficas, entre otras, sin necesidad de realizar pago de remuneración.

**Proyecto 2869-2013:** Modifica el 2.3 y los incisos b), f) y g) del artículo 41 de la Ley, incluyendo como criterio para las excepciones el hecho que no existe fines de lucro y las actividades se realicen en el ámbito doméstico. Además modifican normas sobre sociedades de gestión colectiva.

**Proyecto 2808-2013:** Modifica normas sobre sociedades de gestión colectiva.

**Proyecto 2873-2013:** Modifica el f) y g) del artículo 41 de la Ley, incluyendo como criterio para las excepciones el hecho que no existe fines de lucro y las actividades se realicen en el ámbito doméstico. Además modifican normas sobre sociedades de gestión colectiva.

**Proyecto 2875-2013:** Modifica normas sobre sociedades de gestión colectiva

**Proyecto 2911-2013:** Modifica normas sobre sociedades de gestión colectiva

**Proyecto 2932-2013:** Modifica el f) y g) del artículo 41 de la Ley, incluyendo como criterio para las excepciones el hecho que no existe fines de lucro y las actividades se realicen en el ámbito doméstico. Además modifican normas sobre sociedades de gestión colectiva.

**Proyecto 3019-2013:** Modifica los artículos 31, 184 y 196 de la Ley, sobre derechos patrimoniales el procedimiento para su protección en caso de vulneración.

**Proyecto 3038-2013:** Modifica normas sobre sociedades de gestión colectiva.

**Proyecto 3036-2013:** Modifica el artículo 29 y los incisos a), b), c), f), g) y h) del artículo 41, incluyendo como criterio para las excepciones el hecho que no existe fines de lucro y las actividades se realicen en el ámbito doméstico. Pero además incluyendo también las **actividades de enseñanza, promoción de la lectura y acceso a la cultura e incluso contra la propiedad de un bien. Además cambian la interpretación de las excepciones del artículo 50 de la Ley** y modifican normas sobre sociedades de gestión colectiva.

---

<sup>140</sup> Consulta: 15 de junio de 2015.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt\\_2011.nsf/visbusqpramdoc/02808?opendocument](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqpramdoc/02808?opendocument)

**Proyecto 3058-2013:** Modifica el f) del artículo 41 de la Ley, incluyendo como criterio para las excepciones el hecho que no existe fines de lucro y las actividades se realicen en el ámbito doméstico.

**Proyecto 3157-2013:** Modifica el f), g) y h) del artículo 41 de la Ley, incluyendo como criterio para las excepciones el hecho que no existe fines de lucro y las actividades se realicen en el ámbito doméstico. Además modifican normas sobre sociedades de gestión colectiva.

**Proyecto 3214-2013:** Modifica el f) del artículo 41 y el 117 de la Ley, incluyendo como criterio para las excepciones el hecho que no existe fines de lucro y las actividades se realicen en el ámbito doméstico. **También el dominio público.** Además modifican normas sobre sociedades de gestión colectiva.

De la lista glosada, se puede apreciar que el tenor de los proyectos se dirige básicamente a 1) Plantear nuevas regulaciones respecto a las sociedades de gestión colectiva y 2) Incluir nuevas excepciones a los derechos de autor.

Nosotros no concentraremos más en el análisis de esto último. Como vemos, los proyectos plantean aumentar los límites a varios otros supuestos, lo que contravendría la tradicional visión de interpretar restrictivamente las excepciones al derecho de autor.

Creemos que estas nuevas excepciones son una respuesta necesaria a las situaciones que se viven en la actualidad y que serían útiles para cerrar la brecha entre la sociedad y el derecho en este punto. Asimismo, son una respuesta necesaria del Poder Legislativo para dotar de mayor contenido al derecho de acceso a la cultura, previsto en el artículo 2.8 de la Constitución.

El 5 de junio de 2014, fue emitido el Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, la cual recomendó aprobar los referidos proyectos, con algunas modificaciones, a pesar de la presión de ciertos sectores (como APDAYC) que están en contra de cualquier modificación a la actual normativa.

En dicho dictamen, hubo una mención al tema que venimos analizando, que vale la pena destacar:

**“Excepciones al derecho de autor en instrumentos internacionales.**

Debido a la trascendencia de las obras intelectuales, se ha reconocido el derecho de la sociedad frente al derecho exclusivo del autor, en aras de la difusión de la cultura. Por necesidad de mantener el equilibrio entre el interés individual y el social o colectivo, surgieron los límites y excepciones al derecho patrimonial de los creadores.

El efecto en la legislación nacional del texto sustitutorio propuesto en el presente dictamen es positivo, en el sentido que armoniza con la Constitución Política y los tratados internacionales. El Perú como país autónomo y respetuoso de los convenios internacionales dará cumplimiento a las obligaciones establecidas y establece límites dentro de sus potestades en beneficio de la sociedad en su conjunto, ya que el texto propuesto beneficia no sólo a los autores, compositores, ejecutantes, sino

que además a los consumidores y usuarios de las obras sin afectar normas de carácter constitucional o convenios internacionales suscritos”<sup>141</sup>.

Este proyecto fue aprobado convirtiéndose en la Ley N.º 30276, publicada el 3 de diciembre de 2014, y modificó la LDA en los siguientes términos:

**“Artículo único. Modificación de los artículos 41 y 43 del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor**

Modifícanse el inciso c del artículo 41 y los incisos a y f del artículo 43 del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, que quedan redactados de la siguiente manera:

**“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: (...)

c. Las verificadas con fines exclusivamente didácticos, en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que la comunicación no persiga fines lucrativos, directos o indirectos, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución. **En caso de que la comunicación, comprendida la puesta a disposición, verse sobre obras reproducidas en virtud de lo establecido en el inciso a del artículo 43 de la presente ley, el público deberá estar limitado al personal y estudiantes de la institución de enseñanza.**

(...)

**Artículo 43.-** Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor:

a. La reproducción por medio reprográfico, **digital u otro similar** para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido, de artículos, **discursos, frases originales, poemas unitarios,** o de breves extractos de obras **o del íntegro de obras aisladas de carácter plástico y fotográfico,** lícitamente publicadas y a condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados **(cita obligatoria del autor)** y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.

(...)

f. El préstamo al público del ejemplar lícito de una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro”. (el resaltado es agregado)

<sup>141</sup> Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, p. 45.

Las principales variaciones de la norma se encuentran resaltadas en negrita. Como se puede advertir, básicamente se han modificado tres literales, de dos artículos diferentes de la LDA. Estas tres modificaciones serán comentadas por separado.

#### 4.1 Comunicación pública con fines didácticos (artículo 41, literal c)

Como se puede advertir, en este inciso se ha incluido un párrafo final, el cual hace referencia a las excepciones del literal a) del artículo 43. Sobre este punto se ha dicho que: "(...) la técnica legislativa, lamentablemente, ha sido defectuosa y seguramente **va a generar problemas de interpretación y aplicación**. Por un lado, se ha mezclado y confundido los conceptos de comunicación pública y de puesta a disposición (o distribución), que no solo son distintos, sino excluyentes, de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo 2 de la LDA"<sup>142</sup> (resaltado agregado). Como vemos, los problemas de interpretación son constantes en la aplicación de este tipo de excepciones y no se solucionan sólo modificando las normas, es necesaria la interpretación judicial.

Al respecto, de las definiciones del artículo 2 citado, se advierte que la comunicación pública es la difusión de una obra sin entrega de ejemplares<sup>143</sup>; en cambio, la puesta a disposición, o mejor dicho la distribución, de la obra implica facilitar originales o copias de la obra<sup>144</sup>. Un ejemplo de esto sería que, en una clase, un profesor de literatura lea o recite en voz alta un poema (esto sería comunicación pública) y, luego de ello, les entregue una copia del poema a cada uno de los alumnos (esto sería distribución o puesta a disposición).

En esa línea, esta modificación no ha variado mucho lo regulado en el artículo 43, literal a). Pero este último sí contempla una modificación clave, como veremos a continuación.

#### 4.2 Reproducción para la enseñanza (artículo 43, literal a)

En este artículo hay cuatro cambios que son muy importantes:

a) *El énfasis en la reproducción digital:*

<sup>142</sup> CAVERO SAFRA, Enrique

2014 "Comentarios a las modificaciones introducidas por Ley N.º 30276 a la Ley sobre el Derecho de Autor". En: *Actualidad jurídica*, diciembre N.º 253, p. 153.

<sup>143</sup> "Artículo 2.- A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente: (...)

5. Comunicación pública: 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. Todo el proceso necesario y conducente a que la obra sea accesible al público constituye comunicación".

<sup>144</sup> "Artículo 2.- A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

8. Distribución: Puesta a disposición del público, del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma conocida o por conocerse de transferencia de la propiedad o posesión de dicho original o copia".

Aunque la definición de “reproducción” del artículo 32 de la LDA<sup>145</sup>, ya contemplaba el supuesto de reproducción digital, la nueva Ley ha precisado, por si cabía duda, que se encuentra permitida sin autorización del autor, la reproducción por medios digitales o similares de obras. Es decir, podría escanearse un artículo, discurso o “breve extracto” de un libro para fines de enseñanza. Y, además, en concordancia con la excepción del artículo 41, literal c) podría ponerse a disposición dicho texto escaneado en Internet, por ejemplo.

Estos usos se desprenden claramente de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que derivó en la aprobación de la Ley N.º 30276. Dicha Exposición señala lo siguiente:

“(…) En consecuencia, es necesario que los límites contemplados en favor de las instituciones educativas que, en última instancia benefician a la sociedad en su conjunto, permitan la reproducción de obras a través de cualquier medio o procedimiento, **lo cual incluirá la digitalización, y que puedan, posteriormente, distribuirlas y comunicarlas públicamente a sus estudiantes, lo que incluye su puesta a disposición, que podrá realizarse a través de redes digitales como la Internet.**

Dicha limitación se encuentra justificada en vista de que permite ejercer plenamente el derecho a la cultura y la educación, y permite un balance de intereses en relación con los derechos de los titulares, y tiene en cuenta el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación en el entorno digital (…)” (página 7 de la Exposición de Motivos).

En esa línea, coincide Murillo cuando señala que “(…) el legislador ha introducido estas modificaciones para permitir una mayor facilidad en la disposición de obras en la educación a distancia a través de Internet”<sup>146</sup>.

*b) Ampliación de supuestos a poemas, discursos, etc.*

La norma originalmente solo hace mención a artículos o breves extractos de obras. Con la modificación se contemplan nuevos supuestos que, de un análisis casuístico y de no existir la prohibición de aplicar por analogía, seguramente podrían haberse considerado lícitos en vía jurisprudencial. Nos referimos a los supuestos de discursos, frases y poemas. Parece ajeno a toda lógica pensar que no se puede reproducir la totalidad de un poema sino solo breves fragmentos de esta, para una clase. Esto ha cambiado con la modificación.

*c) Posibilidad de reproducir obras íntegras*

En relación con lo anterior, se precisa que se pueden reproducir de manera completa obras plásticas o fotográficas. En este caso, también era absurda la normativa anterior,

<sup>145</sup> Artículo 32.- La reproducción comprende cualquier forma de fijación u obtención de copias de la obra, permanente o temporal, especialmente por imprenta u otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el registro reprográfico, electrónico, fonográfico, digital o audiovisual. La anterior enunciación es simplemente ejemplificativa.

<sup>146</sup> MURILLO CHÁVEZ, Javier André  
2015 “Abriendo caminos. Acceso a la cultura, educación a distancia y digitalización de obras en los límites y excepciones a los derechos de autor”. En: *Actualidad Jurídica*, enero N.º 254, p. 178.

pues consideraba que se podría satisfacer el objetivo de apoyar la educación y la enseñanza solo mediante la reproducción de “breves extractos” de imágenes o fotografías.

Este nuevo criterio más abierto debería hacernos repensar la imposibilidad de reproducir íntegramente obras de otro tipo, como por ejemplo, un libro aunque dicha reproducción también sea si fines de lucro y con propósitos educativos. En el capítulo III comentaremos este punto, que se encuentra regulado en el literal b) del artículo 41 de la LDA.

*d) Definición de “usos honrados” (cita obligatoria del autor)*

En el nuevo artículo se ha “aclarado” o precisado, a qué se refiere la disposición cuando hace referencia a los “usos honrados” y ha señalado, entre paréntesis, que esto significa la cita obligatoria del autor. Al respecto, esta precisión no parece la medida más apropiada porque estaría definiendo una expresión abierta que debe ser interpretada en cada caso concreto por la judicatura.

Sobre este punto, Cavero ha señalado que “(...) la Ley N.º 30276 ha incluido expresamente el requisito de “cita obligatoria del autor” que, si bien es necesario, de ninguna manera es suficiente ni cubre todo lo que los “usos honrados” significa. El concepto, en todo caso, está mejor resumido en la propia LDA (artículo 2.47) como: “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””<sup>147</sup>

En todo caso, de entenderse que se cumple con el requisito de “usos honrados” simplemente con citar al autor de la obra, se estaría suavizando y simplificando bastante este requisito, lo que de alguna manera extiende el supuesto de la excepción, lo que puede ser beneficioso para la educación y la enseñanza, aunque no sea de la forma más adecuada.

En ese sentido, paradójicamente, de interpretarse literalmente esta disposición, de acuerdo al criterio restrictivo en la aplicación de la norma que sostienen ciertos sectores, terminaría afectando más al autor, que es precisamente lo opuesto a lo que buscan dichas interpretaciones.

Una de las críticas que se ha hecho a la aplicación de esta norma (y su relación con el artículo 41, literal c) es el hecho que “(...) gran parte de los servicios educativos son prestados por empresas que tienen fines de lucro”<sup>148</sup>, lo que haría que en muchos supuestos, las universidades y centros de enseñanza no se podrían acoger este supuesto, lo que debería analizarse caso por caso, demostrando, nuevamente, la importancia de la interpretación en este tipo de supuestos.

#### **4.3 Préstamo público de obras (artículo 43, literal f)**

En esta modificación, hay un importante cambio que no se resalta porque es más bien una eliminación: nos referimos a la frase “obra expresada por escrito” del literal f) del artículo 43, que ahora ha sido solo limitada a “obra”. En ese sentido, esta modificación

<sup>147</sup> CAVERO SAFRA, Enrique, ob. cit., p. 154.

<sup>148</sup> Ídem, p. 154.

hará que una biblioteca pueda prestar no solo libros, sino también por ejemplo películas o discos, lo que se encontraba prohibido.

Llama la atención que, durante el debate parlamentario, se puede apreciar que uno de los congresistas refirió que “(...) La actual redacción de los artículos 41 y 43 del Decreto Legislativo 822 no permite que los estudiantes, instituciones educativas, bibliotecas y archivos, pueden acceder a obras que se encuentren en formatos digitales u otros similares. En la actualidad los estudiantes solo pueden prestarse de las bibliotecas copias de las obras físicas”<sup>149</sup>. De esa opinión, parecería entenderse que ahora pueden “prestarse” copias de “obras no físicas”, es decir, digitales de las obras.

#### 4.4 Opiniones sobre las modificaciones

En resumen, las modificaciones son consideradas positivas. Montezuma, refiere que estas modificaciones “(...) se alinean con un objetivo central del derecho de autor, que es lograr un equilibrio entre compensación económica y acceso al conocimiento”<sup>150</sup>.

Cavero está de acuerdo con la referida Ley, señalando que “(...) estas limitaciones al derecho de autor, tanto antes como después de la modificación, son razonables y no deberían afectar la innovación intelectual y cultural a través de la creación de obras para la enseñanza”<sup>151</sup>.

Murillo también está de acuerdo con esta modificación. Así ha señalado que “(...) ha sido un paso gigante en términos de acceso a la cultura y consideramos que es una justa ventana abierta para que se difunda el conocimiento de manera más fácil, cumpliendo los requisitos que nos exige la ley”<sup>152</sup>. En esa línea, esta ley ha inclinado “(...) un poco más la balanza al lado de los consumidores de cultura en nuestro país, principalmente en universidades y centros educativos; en este sentido, creemos que esta modificación se ha realizado con justa razón”<sup>153</sup>.

Por su parte, en la web Hiperderecho, se ha señalado que esta ley “(...) significa un triunfo para los derechos de los usuarios en el marco del sistema de derechos de autor. Quizás su contribución más relevante sea permitir que las bibliotecas puedan prestar cualquier tipo de obra y ya no estar limitadas exclusivamente a la de formato impreso. Luego de dieciocho años de vigencia de la Ley, este pequeño cambio va a modernizar la oferta cultural de todas las bibliotecas del país y va a contribuir a mejorar las condiciones del acceso a la cultura y el conocimiento”<sup>154</sup>.

<sup>149</sup> Nos referimos al congresista Apaza Ordóñez, en su intervención registrada en la página 88 del diario de debates.

<sup>150</sup> MONTEZUMA PANEZ, Oscar.  
2014 “Modifican Ley sobre el Derecho de Autor para usos educativos en entornos digitales”. En: *Actualidad jurídica*, diciembre N.º 253, p. 156.

<sup>151</sup> CAVERO SAFRA, Enrique, ob. cit., p. 154.

<sup>152</sup> MURILLO CHÁVEZ, Javier André, ob. cit., p. 182.

<sup>153</sup> Ídem, p. 171.

<sup>154</sup> Consulta: 15 de junio de 2015.  
<http://www.hiperderecho.org/2014/11/congreso-aprobo-modificacion-de-ley-de-derechos-de-autor-a-favor-de-la-educacion-y-las-bibliotecas/>

En ese sentido, es digna de destacar esta modificación. Sin embargo, también hace pensar que esta sea recién la segunda modificación a las normas referidas a limitaciones y excepciones en el caso de derechos de autor, en dieciocho años de vigencia de la LDA. Como se puede apreciar, la evolución normativa es muy lenta y plantea la duda respecto a si la modificación legislativa es la única o la mejor solución para estos casos.

#### 4.5 ¿Cambiar la LDA es la única salida?

Sin embargo, no debemos conformarnos con estos avances. Al contrario, debe insistirse en seguirse analizando nuevas opciones que establezcan nuevos límites que, sin afectar los derechos de los autores, permitan la optimización del derecho de acceso a la cultura.

Al respecto, el 5 de diciembre de 2014, se presentó un nuevo Proyecto de Ley, el Proyecto de Ley N.º 4061-2014, el cual fue asignado a la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, donde aún está pendiente el dictamen correspondiente. Este nuevo Proyecto, también incluye modificaciones a las excepciones y limitaciones de los derechos patrimoniales de autor (artículos 41 y 43 de la LDA).

Quizás algunas de estas modificaciones no sean consideradas adecuadas. Por otro lado, podría objetarse también que el continuo cambio legislativo no es el mecanismo más adecuado para afrontar una realidad que varía cada vez más rápido, tomando en cuenta lo vertiginoso de los avances tecnológicos.

Se ha señalado que “(...) la importancia de un balance apropiado de derechos es vital particularmente en países como el nuestro (...) Esto implica mantener, **y en muchos casos ampliar, la lista de excepciones y limitaciones a los derechos de autor**”<sup>155</sup> (resaltado agregado). Sin embargo, cabe la pregunta: esta ampliación de los límites a los derechos de autor ¿sólo puede hacerse por la vía legislativa? ¿o también por medio de la interpretación judicial?

En esa línea, y tomando en cuenta que tanto el derecho de acceso a la cultura, como los derechos de autor son derechos fundamentales, los cuáles no solo son delimitados por normas, sino principalmente por la actividad jurisdiccional en los casos concretos, debe evaluarse la posibilidad de tomar en cuenta a la interpretación judicial como una herramienta importante para solucionar los conflictos de derechos de autor. En ese sentido, para alcanzar el ansiado “equilibrio” entre ambos derechos, puede ser útil optar por interpretaciones que no sea restrictivas de los límites al derecho de autor, como lo veremos en el siguiente capítulo.

---

<sup>155</sup> RODRIGUEZ MORENO, Sofía, ob. cit., p. 61.

## CAPÍTULO III: DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA E INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE DERECHOS DE AUTOR

### 1. El equilibrio que debe existir entre estos derechos

Como hemos podido apreciar en los dos capítulos anteriores, existe una relación entre el derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor, especialmente con los límites y excepciones a este derecho, que son forman parte de las manifestaciones del contenido del derecho de acceso a la cultura citado. En esa línea, coincidimos cuando se refiere que “Una prueba de fuego para saber si un régimen de derecho de autor responde al ya citado equilibrio normativo es precisamente analizar su sistema de excepciones y limitaciones”<sup>156</sup>.

Esta “prueba de fuego” que significan los límites y excepciones a los derechos de autor, han sido en parte analizados en el capítulo anterior, pero además debe tratar de proponerse nuevas medidas que los optimicen para poder llegar al ansiado equilibrio normativo entre los derechos referidos.

En ese sentido, para que ambos derechos puedan verse optimizados y realmente cumplan su cometido de beneficiar a la población, la relación debe ser de equilibrio. Al respecto, y en relación con las medida anti-elusión, se ha señalado que éstas “(...) deberían flexibilizarse en forma razonable y progresiva, de modo que los límites y excepciones al derecho de autor **reflejen una verdadera situación de equilibrio**”<sup>157</sup> (resaltado agregado).

Existen otras medidas, además de las relacionadas a los límites y excepciones al derecho de autor, que pueden ser útiles para una mejor implementación del denominado “A2K” (acceso a la cultura) y alcanzar el equilibrio mencionado. Así, se ha sostenido que “(...) ha surgido una nueva visión del derecho de autor, que busca un equilibrio regulatorio entre la protección al creador o al titular de derechos de autor, y el A2K, mediante el establecimiento de un régimen de excepciones y limitaciones razonable, así como el fortalecimiento de otras instituciones jurídicas tales como el agotamiento del derecho, las licencias obligatorias y el dominio público, que persiguen el mismo objetivo”<sup>158</sup>.

Algo similar se ha señalado respecto de la situación en Brasil: “(...) existen muchas disposiciones dentro de la ley brasileña de derecho de autor que son Berna-plus y/o ADPIC-plus, es decir, que van más lejos –mucho más lejos en algunos casos– del estándar mínimo de protección de derecho de autor que estipulan los tratados internacionales a los que ha adherido Brasil. Si a esto se añade a la realidad socioeconómica de Brasil, puede entenderse claramente que existe una necesidad de establecer un equilibrio entre la protección de los derechos de autor y el acceso a los bienes intelectuales”<sup>159</sup>.

<sup>156</sup> RUIZ GALLARDO, Claudio.

2008 “Hacia una dogmática para el acceso en Chile” en: *Acceso a la cultura y derechos de autor...*, ob. cit., p. 42.

<sup>157</sup> SOLÓRZANO, Raúl y Oscar MONTEZUMA, ob. cit. pág. 201.

<sup>158</sup> JARAMILLO GALLARDO, Paula.

2008 “Acceso a la cultura y regulación de Derecho de autor. Desde la perspectiva de los acuerdo comerciales suscritos por Chile” en: *Acceso a la cultura y derechos de autor...*, ob. cit., p. 22.

En esa línea “(...) el fundamento de tales limitaciones a los derechos exclusivos de los autores y demás titulares, responde a la necesidad de asegurar determinadas utilidades en el ámbito de la libertad de expresión, información y educación. Para que pueda existir un debido equilibrio respecto de la protección a los derechos autorales (...)”<sup>160</sup>

Y es que como dice Tullio Ascarelli “(...) el interés del autor y el interés del público no pueden estar enfrentados en un mismo plano, como a veces sucede si se acentúa la tesis de la “propiedad” sobre la obra del ingenio”<sup>161</sup>.

Rodríguez Moreno concluye señalando que “(...) todo régimen de derechos de propiedad intelectual debe establecer un equilibrio entre la creación a la innovación y el interés de los consumidores en que los bienes protegidos estén disponibles y accesibles”<sup>162</sup>.

No olvidemos que esta noción de equilibrio existe desde el inicio de la regulación del sistema de propiedad intelectual y de derechos de autor. Sobre este punto, Mihaly Fícsor señala que “El principio de la necesidad de un debido equilibrio entre el interés público de proteger de una manera efectiva los derechos de los autores, por un lado, y otros intereses públicos del otro, ha sido siempre tenido en cuenta desde el nacimiento mismo del sistema internacional de protección del derecho de autor”<sup>163</sup>.

Algo similar se ha señalado, pero con otras palabras haciendo referencia al necesario “balance”: “(...) tener presente la necesidad de un balance entre los derechos de los creadores e inventores de los usuarios; en otras palabras, la necesaria reconciliación que debe existir entre el interés público de acceder al conocimiento y a los productos de las nuevas tecnologías con el también interés público de estimular la invención y la creación de todo tipo de productos, en los cuáles se asienta el progreso tanto cultural como material”<sup>164</sup>.

La importancia de este equilibrio nos hace concluir que debe mantenerse en las diversas manifestaciones en las que pueden entrar en juego bienes culturales, incluso en el ámbito digital. Al respecto, se ha señalado que “(...) en vista que los derechos exclusivos de los

---

<sup>159</sup> DE PARANAGÚA MONIZ, Pedro.  
2008 “Excepciones y limitaciones al derecho de autor en Brasil” en: *Acceso a la cultura y derechos de autor...*, ob. cit., p. 74.

<sup>160</sup> DE FREITAS STRAUMANN, Eduardo, ob. cit., p. 168.

<sup>161</sup> ASCARELLI, Tullio.  
1970 *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona, Bosch, p. 631.

<sup>162</sup> RODRIGUEZ MORENO, Sofía, ob. cit., p. 56-57.

<sup>163</sup> FÍCSOR, Mihaly.  
2007 “Cambiano el derecho de autor para que sus valores permanezcan inalterables” en *El derecho de autor en el siglo XXI: el lugar del autor ante los desafíos de la modernidad. Evolución del acuerdo sobre los ADPIC y de los tratados de la OMPI de 1996*. Congreso ALAI Punta del Este, Uruguay, p. 301 y ss.

<sup>164</sup> KRESALJA, Baldo.  
2010 “Deleite en la sumisión” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, Año VI, N.º 6, Lima, 2010, p. 131.

autores conservan su vigencia en el entorno digital, es indiscutible que la presencia de las excepciones también debe mantenerse para que continúe el equilibrio de derechos”<sup>165</sup>.

Incluso autores norteamericanos, es decir de una tradición distinta como la del *common law*, que no se rigen por el derecho de autor que conocemos sino por el *copyright*, también han hecho referencia a la importancia de este equilibrio, sosteniendo que el *copyright* “(...) fue diseñado para establecer un equilibrio entre la importante necesidad de darles incentivos a los autores y artistas y la igualmente importante necesidad de asegurar el acceso a las obras creativas. Este equilibrio siempre se ha llevado a cabo a la luz de las nuevas tecnologías”<sup>166</sup>.

También han señalado que “(...) La justificación dada normalmente por la regla del *fair use* es que el disvalor de limitar los derechos de los autores se compensa por el valor de mayor acceso”<sup>167</sup>.

En ese sentido, “(...) el derecho a la ciencia y la cultura puede ofrecer un terreno fértil para la experimentación judicial y legislativa para restablecer el equilibrio en el derecho internacional de propiedad intelectual”<sup>168</sup>.

La jurisprudencia de esta misma tradición ha señalado algo similar, por ejemplo, en el caso *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.* de la Corte Suprema de Canadá (2002 SCC 34), en su párrafo 30 que refiere que:

“(...) La Ley de Derechos de Autor suele presentarse como un equilibrio entre la promoción del interés público en el fomento y la difusión de las obras de las artes y el intelecto y la obtención de una justa recompensa por el creador (o, más exactamente, el evitar que alguien que no sea el creador se apropie de los beneficios que pueden ser generados) (...)”<sup>169</sup>.

Al respecto, consideramos que una de las mejores posturas respecto a este equilibrio es la que señala “(...) que el equilibrio en cuestión no se trata tanto de invocar el interés público como una “baza” que priva al autor de los derechos que de otro modo tendría, sino de tratar de considerar que el autor es, de por sí, un usuario, y que, por lo tanto, los derechos de los usuarios no son tanto excepciones a los derechos del autor, sino que, en realidad, son aspectos centrales de la ley del derecho de autor que están

<sup>165</sup> RODRIGUEZ MORENO, Sofía, ob. cit., p. 260.

<sup>166</sup> LESSIG, Lawrence, ob. cit., p. 146.

<sup>167</sup> “(...) *The justification typically given for the “fair use” rule is that the disvalue of limiting the rights of authors in this way is overbalanced by the value of greater access*” En:

MOORE, Adam

2003

“Intellectual property, innovation, and social progress: the case against incentive based arguments” En: *Hamline Law Review*, Vol. 26, p. 620.

<sup>168</sup> “(...) *the right to science and culture can offer fertile ground for judicial and legislative experimentation to restore balance to international IP law (...)*” En: SHAVER, Lea, ob. cit., p. 127.

<sup>169</sup> “(...) *The Copyright Act is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator (or, more accurately, to prevent someone other than the creator from appropriating whatever benefits may be generated) (...)*” (traducción libre).

inextricablemente arraigados en la autoría misma. La autoría es, de por sí, un modo de uso<sup>170</sup>.

Consideramos que este equilibrio que debe existir entre ambos derechos es un criterio que debería tener en cuenta el juez que resuelva casos relacionados al derecho de autor lo que, después de todo, no es un método ajeno a su actividad en la interpretación de derechos fundamentales, pues la ponderación o el test de proporcionalidad buscan también una forma de llegar a un equilibrio sin negar o anular ninguno de los dos derechos que se encuentren en un hipotético conflicto.

Luego de las citas mencionadas, no queda duda de la necesidad de este equilibrio. La pregunta sería ¿cómo alcanzarlo? ¿Sólo se alcanzaría modificando las normas? ¿Se alcanza el equilibrio con el criterio de interpretación restrictiva? ¿Serían los jueces los encargados de concretar este equilibrio?

## 2. Interpretación judicial en materia de límites y excepciones en derechos de autor

Como hemos visto en el capítulo anterior, ante algunos de los problemas que presentaba la aplicación de los límites y excepciones en materia de derechos de autor, surgieron propuestas legislativas para modificar las normas sobre este punto. Sin embargo, teniendo en cuenta que el proceso de discusión y aprobación de leyes es lento, cabe preguntarse si la interpretación judicial podría ser la solución para estos casos.

Al respecto, como también se mencionó en el capítulo anterior, la LDA consagra un artículo, el artículo 50, que establece la pauta para la interpretación de estos límites y excepciones, señalando que éstas son de “interpretación restrictiva”.

Para poder examinar las características de la interpretación en estos casos, habría que precisar mejor a que se refiere la doctrina con “interpretación restrictiva”. Sobre este punto, se ha señalado que “(...) la interpretación restrictiva, que constriñe el alcance normativo de una disposición para aplicarla a casos específicos y limitados (...) puede entenderse en varios sentidos: a) la interpretación que trata de respetar la voluntad del legislador y su texto de la manera más fiel posible; b) la que acota el significado de los términos del texto legal a su menor ámbito material de validez posible y c) la reducción de la letra de la ley a su significado más seguro y aceptado por todos o por muchos, por igual, en el ámbito de los especialistas del derecho”<sup>171</sup>.

Como se advierte hay varias formas de entender lo que significa “interpretación restrictiva” y escoger una conlleva ciertos riesgos. Pero incluso si nos acogiéramos a una sola de las definiciones ¿Cómo saber si se está interpretando restrictivamente? ¿Hasta qué límite una interpretación es restrictiva y hasta cuando deja de serlo?

---

<sup>170</sup> DRASSINOWER, Abraham, ob. cit., p. 113.

<sup>171</sup> ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio.  
2012 “Métodos de interpretación jurídica” en: *Quid Iuris*, año 6, volumen 16, marzo, p. 39.  
Consulta: 15 de junio de 2015.  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/cnt/cnt4.pdf>

Al respecto, Guastini señala que “(...) Un significado distinto del literal solo puede ser más restringido que el literal o más amplio que el literal. Se dan pues, dos, y solo dos, tipos de interpretación correctora que requieren análisis independientes: la interpretación restrictiva y la interpretación extensiva”<sup>172</sup>.

En esa línea, al ser las excepciones solo pasibles de interpretación restrictiva, estaría prohibida su contraria, es decir, la interpretación extensiva. Sin embargo, esto solo retrasa el problema porque entonces tendríamos que definir lo que significa interpretación extensiva. Por ende, esto tampoco nos precisa demasiado los criterios para aplicar el referido mandato en casos concretos.

Otra opción es analizar algunas normas o principios generales del derecho relacionados con estas prohibiciones interpretativas, como la referida a la interpretación extensiva. Entendiendo el fundamento de esta prohibición, se puede comprender mejor la finalidad del artículo 50 de la LDA.

Desde una perspectiva de derecho privado, las leyes que establecen excepciones o que restringen derechos, no se aplican por analogía, como lo señala el artículo IV del Título preliminar del Código Civil<sup>173</sup>. En el caso de los artículos de la LDA es claro que representan excepciones a los derechos de los autores. Y, al ser normas que restringen derechos (el derecho de autor), parecería lógico que existan ciertas prohibiciones al momento de su interpretación.

Asimismo, existe otra norma que pareciera le da sustento al artículo 50 comentado, en este caso una norma no de derecho privado, sino público. Nos referimos al numeral 9 del artículo 139 de la Constitución<sup>174</sup>, que establece que no se puede aplicar por analogía normas que restrinjan derechos.

El problema es que ambas opciones usadas (basarse en el artículo IV del Título preliminar del Código Civil o en el numeral 9 del artículo 139 de la Constitución) solo son válidas desde un lado del problema: desde el punto de vista de los derechos de autor, la interpretación abierta de los límites y excepciones parecería una restricción, pero desde el derecho de acceso a la cultura no lo es. Por ende, lo referido en los citados artículos no es una fundamentación válida para aceptar la interpretación restrictiva contemplada en el artículo 50 de la LDA.

Cabe recordar que “(...) la insistencia en que los derechos son absolutos puede conducir a la sobreprotección de algunos derechos en detrimento de otros que quizás se encuentren más desprotegidos”<sup>175</sup>. Esto podría estar sucediendo con relación al derecho de acceso a la cultura, respecto del derecho de autor y la postura casi absoluta a favor de este último, reflejada en el artículo 50 de la LDA.

---

<sup>172</sup> GUASTINI, Riccardo.  
2000 *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 2da edición. México, Porrúa- UNAM, p. 32.

<sup>173</sup> “Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

<sup>174</sup> “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:(...) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”.

<sup>175</sup> HOLMES, Stephen y Cass R. Sunstein, ob. cit., p. 125.

## 2.1. Diferencias entre interpretación y analogía

Asimismo, cabe hacer algunas precisiones. Por un lado, debe recordarse que los métodos de integración (como la analogía) y los de interpretación de la Ley son diferentes y no pueden confundirse. La interpretación supone la existencia de un precepto jurídico oscuro, en cambio, mediante la integración se pretende elaborar un nuevo precepto<sup>176</sup>.

Como ha sido señalado:

“(…) Conceptualmente no es imposible trazar una distinción entre aplicación analógica e interpretación extensiva, adscribiendo la primera a los métodos de integración del derecho, y la segunda, a los auténticos métodos interpretativos. Una cosa es decidir cuál es el significado de una disposición; otra, construir una “disposición” (apócrifa) inexistente. Se interpreta extensivamente el derecho cuando se extiende el significado de un término jurídico o de una locución jurídica más allá de su significado literal más inmediato. Se aplica analógicamente el derecho cuando se utiliza una norma jurídica para resolver un caso que se reconoce excluido de su campo de aplicación, y esto, como se ha visto, no es distinto de elaborar una norma nueva”<sup>177</sup>.

En esa línea, lo que prohibiría la Constitución es crear nuevos supuestos de límites o excepciones que no estén contemplados en la norma. Por ejemplo, en el caso del literal d) del artículo 41, si alguien está vendiendo un equipo o un soporte de obra, pero lo ofrece en una venta de garaje en el jardín de su casa, no nos encontraríamos ante el supuesto establecido en la norma (“dentro de establecimiento de comercio”) y estaríamos aplicando por analogía una norma que restringe derechos si consideramos que la venta de garaje (nuevo supuesto) se encuentra dentro de la excepción del literal d).

Pero la interpretación fundamentada en razones, con una correcta motivación no está prohibida. Así, por ejemplo, si tratamos de desentrañar el significado previsto en el mismo artículo 41, pero en el literal a), de la expresión “ámbito exclusivamente doméstico”, forzosamente se tiene que interpretar, y verificar si la interpretación fue extensiva o restrictiva es una operación más difícil.

Vale la pena también definir “analogía”. La analogía “(…) es un método de integración jurídica mediante el cual consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel al que se considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia”<sup>178</sup>.

Como se aprecia este método de integración, **y solo éste**, es el que está prohibido por la norma constitucional. En ese sentido, otros métodos de integración, como por ejemplo, la

<sup>176</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio.  
1981 *Estudios de Derecho Civil*, México, UNAM, p. 75.

<sup>177</sup> GUASTINI, Riccardo, ob. cit., p. 105-106.

<sup>178</sup> RUBIO CORREA, Marcial.  
2001 *El sistema jurídico*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 289.

aplicación de los principios generales del Derecho, son perfectamente válidos para resolver casos sobre excepciones o limitaciones a derechos de autor. Incluso en el caso en que se asuma que la integración siempre implica una analogía (analogía *legis* o analogía *iuris*), la interpretación es un caso completamente distinto y el mismo no está prohibido por norma alguna. Al contrario, es una obligación del que juzga. Como ha sido referido “(...) el Derecho está compuesto esencialmente por normas que se constituyen en enunciados a interpretar (...) en toda actividad jurídica hay, tarde, o temprano, interpretación<sup>179</sup>.”

## 2.2 Problemática de la interpretación judicial sobre límites y excepciones de derechos de autor

En esa línea, al estar relacionados los derechos de autor con el derecho de acceso a la cultura, la solución no es establecer una norma que, en todos los casos plantee que la interpretación de los límites al derecho de autor deba ser restrictiva a favor de este último derecho. Como es conocido, los derechos fundamentales, por expresarse en forma de principios, **deben ser ponderados en el caso concreto**, no pudiendo existir una regla única en la que se decida que en todos los casos los derechos de autor priman sobre el derecho de acceso a la cultura, al ser ambos derechos del mismo rango y encontrarse incluso en la misma disposición constitucional.

Lo lógico sería dejar que el juez, en uso de sus facultades y una correcta argumentación pueda interpretar los artículos 41 al 51 de la LDA de acuerdo a las particularidades del caso concreto, sin que tenga que existir una norma que le dicte como debe interpretar (es decir, pensar) si se aplica o no una excepción a un derecho de autor.

No obstante, frente a lo desarrollado, podría, aparentemente, plantearse dos objeciones. La primera estaría referida a que, luego de exponer algunas sentencias de la Corte Superior de Justicia del Santa, se advertiría que los jueces penales desconocen elementos importantes del derecho de autor. Sin embargo, este desconocimiento no nos puede llevar a concluir que todos los jueces del país, en todas las especialidades (es decir, además de la referida al derecho penal, también las de derecho, civil, constitucional, etc.) necesariamente desconocen la materia o no se encuentran capacitados para esto.

Una segunda objeción estaría referida a que, aparentemente, la lista taxativa de límites y excepciones brinda seguridad jurídica en cuanto a la interpretación de dichos enunciados. Al respecto, el uso de un único criterio, como el del artículo 50 de la LDA, no garantiza seguridad jurídica en la interpretación de las normas que limitan un derecho fundamental como el derecho de autor. Sobre esto cabe recordar que “Al igual que en cualquier otra rama del Derecho, en el Derecho Constitucional la problemática de la interpretación no se puede resolver recurriendo a un único método de interpretación”<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> PECES-BARBA, Gregorio.  
1999 *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III, p. 570.

<sup>180</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel.  
2010 “Interpretación y argumentación del juez constitucional” en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N.º 40, p. 99. Consulta: 15 de junio de 2015.  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/40/pr/pr8.pdf>

Asimismo, no hay que ir muy lejos para darse cuenta que la interpretación de los límites y excepciones a los derechos de autor no ofrece seguridad jurídica, por el contrario, existen diversas opciones interpretativas sobre una misma disposición. Así, basta con ir a una sección de la biblioteca de nuestra *alma mater* para notar que el inciso b) del artículo 43 de la LDA es interpretado de tal forma que permite la reproducción del 10% de una obra, pero, metros más allá, en otra sección se interpreta que la misma norma solo permite la reproducción de algunas partes de la obra, como el índice o las conclusiones.

Por otro lado, debe recordarse que existen varios criterios para la interpretación de los límites de los derechos fundamentales, los cuáles no pueden reconducirse solo a una pauta como la interpretación restrictiva, como si dicha disposición fuera una panacea que solucione todos los problemas interpretativos. Por el contrario, y para citar un ejemplo, “(...) en relación con la interpretación de los límites (...) y para amparar los derechos concretos, se deben tener en cuenta las palabras de la ley, la realidad social, el contexto en el que se analiza el límite, el momento histórico y cultural, el talante con el que se plantea el ejercicio del derecho, los derechos que pueden sentirse afectados, los bienes constitucionales en juego, etc.”.

Ante esto cabe preguntarnos ¿Cuál es el papel del juez en el Estado de Derecho? Quizás habría que precisar que la función jurisdiccional fue entendida de forma muy diferente en el tradicional Estado de Derecho decimonónico que en el Estado Constitucional. Así, en el Estado de Derecho estamos frente a “... un juez neutral, sin ideología, aséptico, apolítico. Es “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, en la célebre descripción de Montesquieu. Un juez sin sentimientos y sin pasiones cuyo objetivo fundamental es garantizar la legalidad”<sup>181</sup>.

A lo largo de la presente Maestría de Derecho en Política Jurisdiccional se nos ha insistido mucho en el papel del juez en un Estado Constitucional, el cual no puede limitarse a ser “(...) *la bouche qui prononce les paroles de la loi*”. En esa línea, consideramos que el artículo 50 de la LDA debería reformularse.

Asimismo, el mencionado artículo 50, también refiere que las excepciones “*no podrán aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados*”, lo que implica que si pueden aplicarse a los “usos honrados”, Sin embargo, para determinar que significa una expresión tan vaga sin duda, los jueces deben tratar de interpretar ese término de acuerdo al caso concreto. Como vemos, la interpretación es inevitable y la solución no es prohibirla ni regularla por ley.

En ese sentido, como bien ha sido señalado “(...) la regla de los tres pasos y el principio de los usos honrados no solamente están dirigidos al legislador, sino también al intérprete, de modo que ninguna limitación prevista en la ley puede aplicarse en forma tal que implique un atentado a la explotación normal de la obra o un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los titulares de derechos”<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso.  
2005 *La argumentación en el Derecho*. Lima, Palestra, p. 23.

<sup>182</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo.  
2007 “Los límites al derecho patrimonial de autor en el moderno entorno tecnológico” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, Año III, N.º 3, Lima, p. 158.

Algo similar señaló la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI cuando resolvió:

“La Sala conviene en precisar que para que una conducta esté 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 catalogada 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”<sup>183</sup>. (resaltado agregado)

Es decir, se debe interpretar si un límite o excepción “(...) atenta contra la explotación normal de la obra”. No se puede aplicar mecánica ni restrictivamente la lista de excepciones. *Contrario sensu*, si una posible excepción no se encuentra en la lista taxativa, pero pasa la prueba de los tres pasos, se debería permitir.

### 2.3 Críticas a la interpretación judicial al respecto

Aunque pueda parecer poco discutible afirmar que los jueces (y no solo INDECOPI) deben interpretar el alcance de dos derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto en casos concretos como los derechos de autor y el derecho de acceso a la cultura; existen posturas opuestas a lo que venimos desarrollando.

Así, ciertas posturas podrían considerar que esto traería como consecuencia “interpretaciones forzadas”, las que serían innecesarias pues “el listado de excepciones establecido por ley otorga seguridad jurídica en cuanto a la interpretación”.

Al respecto, este tipo de alegatos olvidan que “(...) el protagonista jurídico es el juez. Él es quién decide o quien declara el Derecho y, por tanto, las teorías sobre las posibilidades de conocer el Derecho se fijan, mayoritariamente, en él”<sup>184</sup>.

En nuestro país es claro, que los jueces son los encargados de delimitar e interpretar los límites a los derechos fundamentales. Lo que es fácilmente comprobable, incluso del propio texto de nuestra Constitución, el cual señala que por mandato motivado del juez se podrá, por ejemplo, afectar el derecho al secreto bancario<sup>185</sup>, a la inviolabilidad de las

<sup>183</sup> Resolución N.º 371-2001/TPI-INDECOPI del 11-4-2001.

<sup>184</sup> BARRANCO AVILÉS, María del Carmen.  
2011 *Constitucionalismo y función judicial*. Lima, Grijley, p. 70.

<sup>185</sup> “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 5. (...) El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”.

comunicaciones<sup>186</sup>, a la inviolabilidad de domicilio<sup>187</sup>, al libre tránsito por el territorio<sup>188</sup>, e incluso a la libertad personal<sup>189</sup>. No se advierte porque en el caso de los derechos de autor debería ser diferente.

De hecho, es el juez, más que la Administración, quien tiene potestad para tomar decisiones que afecten los derechos fundamentales. Por ejemplo, existe una disposición constitucional específica que señala que las asociaciones (y por ende el derecho de asociación) no pueden ser disueltas por resolución administrativa<sup>190</sup>. Sin embargo, un juez sí podría hacerlo. En esa línea, no se entiende porque INDECOPI, que es parte de la Administración, puede interpretar y restringir ciertos derechos y esta misma actividad no puede ser realizada por la judicatura. Por eso se ha señalado que, “(...) existe implícito, aunque se explicita para derechos concretos, y se generalice por la jurisprudencia, una habilitación para los jueces como los únicos competentes para limitar el ejercicio de derechos”<sup>191</sup>.

Este tipo de críticas, reflejan cierto dogma que ha sido bien descrito por Nino y se resume en los siguientes postulados:

- a) El dogma de que los jueces deben aplicar el derecho, tal como fue sancionado por el legislador
- b) El ideal de que los jueces adecúen sus decisiones a los estándares valorativos vigentes
- c) La concepción de que el derecho positivo no tiene lagunas ni contradicciones y que las normas que lo constituyen tiene un significado unívoco”<sup>192</sup>.

<sup>186</sup> “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen”.

<sup>187</sup> “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley”.

<sup>188</sup> “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería”.

<sup>189</sup> “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...)

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”.

<sup>190</sup> “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

13. A asociarse ya constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”.

<sup>191</sup> PECES-BARBA, Gregorio, ob. cit., p. 600.

<sup>192</sup> NINO, Carlos Santiago.

1989 *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, p. 105. Consulta: 15 de junio de 2015.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/892/8.pdf>

Cabe decir que las críticas ante las visiones extremadamente formalistas de la interpretación del derecho y de la actividad judicial, tiene larga data. Así, Gény sostiene que:

“(…) nada hay que legitime el punto de vista de que la codificación de nuestras leyes haya tenido por resultado el consagrar en el orden del derecho privado la exclusiva soberanía de estas leyes y de excluir como inútil y parásito todo desenvolvimiento independiente de interpretación que se dirija a suplir las deficiencias inevitables a la lentitud y falta de flexibilidad y plasticidad de la acción puramente legislativa”<sup>193</sup>.

Cuando el juzgador se enfrenta a una norma relacionada a algo tan subjetivo como la originalidad de una obra, que es lo que le otorga la particular protección del derecho de autor, forzosamente se enfrenta a conceptos ambiguos como “acto oficial”, “obra agotada”, “fines no comerciales”, “breves fragmentos”, etc. En ese sentido, proponer que no existan interpretaciones porque las normas sobre excepciones otorgan seguridad jurídica es absurdo. No hay que olvidar que “(…) la aplicación del Derecho difícilmente puede presentarse como una tarea mecánica, a veces porque el significado de la norma no es evidente o porque los términos no se utilizan en el sentido habitual y casi siempre porque el juez no tiene un conocimiento directo de los hechos”<sup>194</sup>.

En esa línea, señalar que las normas en materia de límites de derechos de autor son claras y, por ende, no necesitan interpretación va contra casi todas las posturas actuales sobre la materia pues, como se ha señalado “(…) prácticamente la totalidad de los estudios sobre la interpretación tienden a resaltar que la claridad de las normas es algo que viene después de la interpretación y no antes. Y en este sentido se han expresado también los tribunales”<sup>195</sup>. Al respecto, también cabe referir que “hay también interpretación – se suele decir invirtiendo un viejo dicho- *in claris*: también la más pedestre de las interpretaciones literales tiene que superar las inevitables equivocidades del texto para formular la norma aplicable al caso”<sup>196</sup>.

Pero incluso si se creyera que las expresiones de la LDA son lo suficientemente claras y solo deben ser interpretadas “literalmente”, cabe recordar que “El argumento fundamental a favor de la prioridad del criterio literal es que favorece la predecibilidad de la decisión. Sin embargo, en determinadas ocasiones, la aplicación estricta de este criterio puede llevar a absurdos que los críticos del formalismo se ocupan de subrayar (...) resulta difícil de comprender cómo puede seguir manteniéndose la creencia en la previsibilidad del derecho”<sup>197</sup>.

---

<sup>193</sup> GÉNY, François.  
2000 Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo. Granada, Comares, p. 82.

<sup>194</sup> BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, ob. cit., p. 92.

<sup>195</sup> PECES-BARBA, Gregorio, ob. cit., p. 570.

<sup>196</sup> ASCARELLI, Tullio.  
2011 “Jurisprudencia Constitucional y teoría de la interpretación” en: POZZOLO, Susana y Rafael ESCUDERO (Editores), *Disposición vs. Norma*, Lima, Palestra, p. 22-23.

<sup>197</sup> BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, ob. cit., p. 105 y 124.

### 3. Algunos puntos a considerar para alcanzar un mayor equilibrio en la interpretación judicial

#### 3.1 La reducción de plazos de protección

Para que una obra con derechos de autor pueda formar parte del dominio público tiene que vencerse el plazo de protección establecido en la normativa. En esa línea, “(...) el fortalecimiento del dominio público es otra de las formas en las que es posible equilibrar el interés público comprometido con la protección de los derechos de autores y titulares”<sup>198</sup>.

Sin embargo, algo que pocas veces se discute y que no parece tener un sustento muy claro es los plazos de protección de las obras del ingenio. En nuestro ordenamiento, por ejemplo, de acuerdo al artículo 52 de la LDA, se estipula lo siguiente:

“Artículo 52.- 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”.

No obstante, no quedan claras las razones de porque el plazo tiene que ser de setenta años después de la muerte y no un plazo menor.

Cuando el Congreso norteamericano en 1976 decidió modificar su sistema relativo al plazo de duración de los derechos patrimoniales, que venía de 1909, aumentándolo hasta cincuenta años sustentó varias razones para hacerlo, como que por ejemplo, que la seguridad jurídica de un sistema basado en la fecha de la muerte del autor es mayor que la de un régimen que reposa sobre la fecha de publicación, además que usar la fecha de la muerte precipita todas las obras al dominio público al mismo tiempo<sup>199</sup>.

Sin embargo, eso no explica la duración del plazo. Como ha señalado Bullard “(...) es difícil explicar por qué un escritor necesita de una protección de 70 años, luego de su muerte, para verse motivado a escribir. Realmente un plazo de 10 años no haría mucha diferencia en los beneficios, pero sí reduciría sustancialmente los costos”<sup>200</sup>.

Es más, la ampliación en los plazos de protección del derecho de autor:

“(...) en sí mismo puede desencadenar efectos negativos para dicho régimen. Los plazos de protección demasiado extensos impiden una renovación continua de las obras que se encuentran disponibles en el dominio público, respecto de las cuales el acceso de la población es mayor,

---

<sup>198</sup> RUIZ GALLARDO, Claudio, ob. cit., p. 48.

<sup>199</sup> DELGADO PORRAS, Antonio.  
2006 “Las licencias “creative commons” con referencia a las versiones/adaptaciones españolas números 2.1 y 2.5” en: *El derecho de autor ante los desafíos de un mundo cambiante. Homenaje a la profesora Delia Lypszic*. Lima, Palestra, p. 239.

<sup>200</sup> BULLARD, Alfredo, ob. cit., p. 330.

provocando en el mediano plazo una fatiga en el régimen de derecho de autor, incidiendo en el incremento de las infracciones al mismo”<sup>201</sup>.

Por otro lado, debe tomarse en consideración que “... hay países en desarrollo que durante décadas han proporcionado protección de los derechos de autor en su calidad de miembros del Convenio de Berna (tales como Benín o Chad, que se sumaron al Convenio en 1971), sin haber experimentado un crecimiento significativo de sus industrias nacionales basadas en estos derechos o un incremento de la cantidad de obras protegidas creadas en su país”<sup>202</sup>.

Un informe firmado por diecisiete economistas, entre los que destacaban cinco Premios Nobel como Ronald Coase, James Buchanan, Milton Friedman, Kenneth Arrow y George Akerlof señaló que “(...) no había forma de afirmar con verosimilitud que extender los plazos de los copyrights ya existentes haría nada para incrementar los incentivos para crear. Semejantes extensiones no eran más que “buscadores de renta” – el término sofisticado que los economistas usan para describir una legislación desenfrenada a favor de intereses particulares”<sup>203</sup>.

La Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia C-334 de 1993, refiriéndose a la posibilidad de establecer restricciones temporales a los derechos patrimoniales de autor, expresó:

“En cuanto al tiempo, razón de ser de la limitación no es otra que la función social de la propiedad, consagrada en los artículos 58 y 2 inciso segundo de la Carta. En efecto, la doctrina coincide en afirmar que una creación del espíritu que beneficie la cultura de un pueblo es algo que involucra simultáneamente los derechos del creador como los derechos de la comunidad. Tanto a nivel tecnológico como artístico, un nuevo aporte nunca es un fenómeno individual. De allí que el derecho de propiedad sobre dichos aportes no sea intemporal sino que, por un fenómeno convencional de transacción entre el mínimo que exige el goce exclusivo y el máximo de difusión que la comunidad exige, se fija discrecionalmente por el legislador un término razonable al cabo del cual el derecho individual de propiedad se extingue. La temporalidad del derecho intelectual busca finalmente resolver la tensión que existe entre el interés privado y el interés público.”

De ahí que la protección pueda ser por un plazo menor al actual de setenta años, por ejemplo, un plazo de cincuenta años, como el establecido en el artículo 7 del Convenio de Berna, lo que garantizaría el cumplimiento del compromiso internacional asumido por el Perú y no causaría mayor perjuicio a los derechos de los autores, permitiendo que las obras lleguen al dominio público más rápido, lo que beneficia al derecho de acceso a la cultura.

---

<sup>201</sup> JARAMILLO GALLARDO, Paula, ob. cit., p. 28.

<sup>202</sup> COMISIÓN SOBRE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL,  
2002 “Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo”, Informe de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, Londres, p. 27.

<sup>203</sup> LESSIG, Lawrence, ob. cit., p. 188.

De lo anterior, no estamos afirmando que el plazo de cincuenta años tenga mayor sustento que el de setenta años, por el contrario, consideramos que no se ha demostrado que aumentar los plazos, sin una justificación clara, redunde en una mayor protección de los derechos, no de los autores que están fallecidos, sino de sus herederos o dueños de los derechos. Sin ir muy lejos, con la norma de 1849, que duró hasta 1961, el plazo de protección en el Perú era solo de veinte años, lo que no fue impedimento para que surjan muchas figuras en el campo de la música, literatura, pintura, etc.

### 3.2 Las medidas a favor de las bibliotecas

Las bibliotecas tienen un rol clave en la difusión de la información y en la posibilidad de que muchas personas pueden ejercer su derecho de acceso a la cultura. En esa línea, las medidas relacionadas a derechos de autor que impulsen su desarrollo serán muy importantes para poder llegar al ansiado equilibrio del que hablábamos al inicio de este capítulo.

Al respecto, en referencia a los libros de textos, se ha afirmado que “(...) las librerías y **bibliotecas universitarias juegan un papel crucial** en la provisión de dicho material educativo, desde el punto de vista del precio y su disponibilidad. Estando éstas dirigidas a satisfacer una demanda específica, circunscrita a la población estudiantil institucional”<sup>204</sup> (resaltado agregado).

En esa línea, una regulación inadecuada puede afectar la función de las bibliotecas. Sobre este tipo de casos se ha mencionado que:

“La legislación sobre los derechos de autor, que protege a los creadores pero que fue concebida desde sus inicios para la tutela de los editores, colisiona en algunas situaciones con el derecho al acceso a la información. Uno de los contextos en donde esto sucede es el de las bibliotecas, ya que el derecho de autor incide en la mayor parte de las tareas que realizan, y afecta los servicios que brindan al usuario y las condiciones en que se hace posible dar acceso a la información. También afecta el modo en que las bibliotecas pueden llevar a cabo las actividades de conservación y preservación de sus colecciones”<sup>205</sup>.

Las principales amenazas contras las bibliotecas serían las siguientes: 1) Canon al préstamo de libros en las bibliotecas, 2) Medidas tecnológicas de protección y 3) Falta de excepciones en la legislación de derecho de autor a favor de las bibliotecas, y falta de adecuación de las excepciones para que rijan en el entorno digital.

En esa línea, para evitar esas amenazas es importante que existan estas excepciones, lo que no es poco común, todo lo contrario. Según ha señalado Kenneth Crews “De los 184

<sup>204</sup> ELÍ MARTÍNEZ, Gerson y Georgina HANDAL.

2008 “Una aproximación al vínculo entre el acceso al conocimiento y los derechos de autor, desde una perspectiva económica” en: *Acceso a la cultura y derechos de autor...*, ob. cit., p. 105.

<sup>205</sup> PELAYA, Lucía y Ana SANLLORENTI.

2010 “Las amenazas a la misión de las bibliotecas y la legislación de derecho de autor en Argentina” en: *Argentina copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*. Villa Allende, Fundación Vía Libre, p. 51.

países miembros de la OMPI, se han recopilado y traducido, en el marco de la investigación llevada a cabo, las leyes de 149 países. En 128 de estos países, existe al menos una excepción legal en favor de las bibliotecas, y, en la mayoría de ellos, se prevén numerosas disposiciones que regulan diversas cuestiones relativas a las bibliotecas<sup>206</sup>.

Una de estas medidas está relacionada también a las nuevas tecnologías. Gracias a estas, ahora las bibliotecas pueden acceder a mayor información mediante bases de datos y difundir esa información a sus usuarios, siempre que exista un marco que no penalice esta difusión. Al respecto, se ha señalado que la idea de que las bibliotecas deben cumplir con su función de brindar acceso gratuito a sus acervos *también en la plataforma digital* –independientemente de que se trate de obras con restricciones por derechos de autor o no– es “(...) un razonamiento producto de la simple aplicación de la sensatez y el sentido común”<sup>207</sup>. El problema es que en el Perú esta “sensatez y sentido común” difícilmente se alcanzarán con los criterios de interpretación restrictiva.

Esa es la misma postura sostenida oficialmente por la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (IFLA), que dice que “(...) las bibliotecas juegan un papel crítico para asegurar el acceso de todo el mundo a la información, incluyendo las obras protegidas por derecho de autor, y que en el contexto digital esto no es diferente”, y que todos deberían poder “(...) leer, escuchar o ver de forma local o remota el material protegido por el derecho de propiedad intelectual”<sup>208</sup>.

En esa línea, las medidas que se tomen al respecto son muy importantes, pues así no solo se defiende el derecho de acceso a la cultura, sino que también se evitan algunos problemas, como el que le suelen suceder a los libros no reeditados, que en muchas ocasiones solo pueden ser conocidos gracias a las bibliotecas.

### 3.3 La reproducción sin fines de lucro

Como se comentó en el capítulo anterior, la modificación del literal a) del artículo 43 de la LDA por medio de la Ley N.º 30276, sin duda optimizará el ejercicio del derecho de acceso a la cultura. La citada modificación amplía las formas de reproducción (ya no solo por fotocopiadora sino también por vía digital u otro medio).

Además, incrementa las posibilidades de obras que puedan reproducirse, incluyendo discursos, frases originales, poemas unitarios, etc. El hecho de que hasta hace poco no se podía reproducir un poema completo en una institución educativa siembra dudas respecto al equilibrio del régimen de derechos de autor.

<sup>206</sup> CREW, Kenneth.

2008 “Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos” Ginebra, OMPI, p. 7, Consulta: 15 de junio de 2015  
[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr\\_17/sccr\\_17\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_17/sccr_17_2.pdf)

<sup>207</sup> SUÁREZ, Juan.

2010 “Instituto Nacional del Libro: velar por las restricciones” en: *Argentina copyleft... , ob. cit.*, p. 90.

<sup>208</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

<http://www.mcu.es/correobibliotecario/index.php/cb/article/view/667/649>

En esa línea, debe tomarse en cuenta los fundamentos de la protección de los derechos de autor, de lo contrario, de ignorarse cuál es el objeto o espíritu de la LDA podrían concluirse interpretaciones erróneas, dejando de lado el derecho de acceso a la cultura consagrado en la Constitución.

Sin embargo, existen otras medidas que pueden potenciar el derecho de acceso a la cultura y que están relacionadas a los límites al derecho de reproducción contemplado en nuestro ordenamiento, específicamente el artículo 43, literal b) de la LDA que establece lo siguiente:

Artículo 43.- Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor: (...)

b. La reproducción por reprografía de breves fragmentos o de obras agotadas, publicadas en forma gráfica, para uso exclusivamente personal”.

La norma presenta ciertos requisitos para que se configure el permiso de libre reproducción, exigencias que –si no son modificadas legalmente– deberían ser ponderadas por los jueces en el caso concreto porque, como se verá, estos requisitos pueden ser ilógicos y lesivos al derecho de acceso a la cultura.

a) *El requisito de reproducir sólo “breves fragmentos”*

En la actualidad, existen carteles ubicados en la biblioteca de nuestra universidad y en las fotocopiadoras que establecen una regla: que no se puede fotocopiar libros completos, solo “breves fragmentos u obras agotadas”.

¿Cuánto es un “breve fragmento”? Naturalmente, esta expresión debe ser interpretada para que pueda satisfacer el derecho de acceso a la cultura sin afectar al autor. En el caso de nuestra universidad, muchas fotocopiadoras entendían que esta frase significaba sólo el 10% del total de la obra. Pero en otros casos, por ejemplo, respecto a las tesis, en la misma casa de estudios se ha entendido que únicamente se puede reproducir sin permiso del autor algunas de estas partes: la portada, el resumen la tabla de contenido, la introducción, las conclusiones y la bibliografía.

Interpretar la expresión citada ya trae de por sí, como vemos, algunos problemas. Sin embargo, incluso, si se estableciera un criterio objetivo, no se resolvería el problema de fondo: ¿Por qué sólo se puede reproducir breves fragmentos? ¿Por qué no fragmentos extenso o aún la obra entera? ¿Cuál es el fundamento de esta prohibición?

No queda claro cuál es el fundamento que respalde únicamente la reproducción de breves fragmentos y no de mayores o incluso la obra completa si, en ambos casos, tal reproducción no persigue fines de lucro sino educativos.

En estos supuestos, no hay perjuicio significativo a los derechos del autor de la obra. Motivo por el cual, teniendo en cuenta que donde hay la misma razón, hay el mismo derecho, debería analizarse la posibilidad de permitir la reproducción de todo el libro en los casos en que 1) no haya fines de lucro y 2) la reproducción del libro se de cómo parte de un curso, es decir, debe tenerse en cuenta que dicha reproducción no se da sólo por

una lectura de ocio o placer, sino por obligación académica y por el ejercicio de un derecho, el derecho a la educación<sup>209</sup>.

Al respecto, la reproducción de libros completos no es algo desconocido, insólito o radical en nuestro medio, todo lo contrario, al igual que en otros países<sup>210</sup>. Se permitía hasta hace pocos años en la Universidad, pero ahora es imposible. Naturalmente, fuera del campus, esta prohibición no se cumple y lo único que se logra es que dicho servicio se ofrezca en otro mercado que, por culpa de una norma alejada de la realidad, convierte en “informal” la actividad de ciertos agentes económicos.

b) *El requisito de reproducir sólo “obras agotadas”*

Otra prueba del error de esta disposición es la segunda parte del artículo 43, literal b) de la LDA. Dicha norma menciona que está autorizada la reproducción de obras agotadas. El problema es ¿quién define cuándo una obra está agotada?

Como nuestro sistema, no exige el requisito de registro o cumplimiento de formalidad alguna para obtener protección de derechos de autor, no existe ninguna entidad o base de datos que pueda precisar con seguridad qué autores tienen derechos sobre ciertas obras. Menos aún, se puede determinar si una obra se encuentra agotada, para que alguien pueda ampararse en los límites a esos derechos para acceder a una obra.

En ese sentido, para determinar si una obra se encuentra agotada no basta con buscar a los dueños de los derechos (lo que, como vemos, en ocasiones representa un considerable costo de transacción) pues, si bien estos dueños pueden decir que la obra se encuentra agotada en su stock, esto no implica que la obra no se encuentre a la venta.

Recordemos que para la Real Academia de la Lengua, “agotar” significa, en su segunda acepción “gastar del todo”. Así, es posible que, en alguna librería, de todas las librerías que hay en el país o quizás más allá de nuestras fronteras, tenga un ejemplar de la obra en cuestión, lo que demostraría que no se encuentra, en estricto, “agotada” pues existe en el mercado oferta al respecto.

Bajo ese esquema el consumidor tendría que asumir el tremendo costo de determinar si la obra se encuentra agotada o no (pues no existe ningún registro oficial al respecto), con el

<sup>209</sup> Debemos señalar que el asesor de la presente tesis, el profesor Raúl Solórzano Solórzano, tiene una opinión distinta a la mencionada, pues considera que la reproducción de todo un libro, atenta contra la regla de los tres pasos.

<sup>210</sup> “(...) podría darse, tal vez, que un docente universitario argumente frente a sus alumnos, cuando estos dudan de la legitimidad de fotocopiar un libro completo de otro autor: “Está permitido para usos académicos”, lo cual resonará razonable (y conveniente) en las conciencias de los estudiantes, y se verá ratificado por la multitud de libros disponibles como fotocopias exhibidos obscenamente en el local de copias interno a la institución (a veces gerenciado por agentes de la misma). Los alumnos se convencerán de que hay demasiados elementos para creer que la ley de propiedad intelectual verdaderamente *no permite tales usos*. (...) ¿Los estudiantes dudarán entonces del estado de derecho en su país? ¿Cómo es posible, entonces, que las universidades públicas y privadas alberguen “industrias” de la copia no autorizada de libros? ¿Cómo es posible que en algunos países -como Chile y Perú- por ejemplo, la mayoría de los estudiantes acceda principalmente a los textos gracias a ediciones “piratas?” En:

PAGOLA, Lila.

2010

“Efecto *copyleft avant la lettre* o cómo explicar el *copyleft* donde todos lo practicamos” en: *Argentina copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*. Villa Allende, Fundación Vía Libre, p. 37.

permanente riesgo de equivocarse, lo que implicaría una violación a la Ley, a pesar de los esfuerzos del consumidor por cumplirla.

c) *El requisito de utilización para “exclusivo uso personal”*

Pero para terminar de demostrar la irracionalidad de la norma comentada, no podemos dejar de mencionar que dicha disposición permite la reproducción, **solo para uso personal**. Naturalmente, esta expresión también tiene que ser materia de interpretación.

Una interpretación restrictiva de este presente produciría, por ejemplo, que si he sacado una copia de un “breve fragmento” de una obra, en teoría no podría prestárselo a un tercero, pues el uso ya no sería de uso exclusivamente personal. En esa línea, el tercero se vería forzado a hacer su propia reproducción del breve fragmento, con lo que se aumentaría el número de reproducciones de la obra, que es precisamente lo contrario al objetivo de la norma.

Pero una interpretación restrictiva, en estos supuestos, puede ser aún peor. Por ejemplo, una biblioteca no puede beneficiarse de esta norma lo que hace que se llegue a casos extremos como que, por ejemplo, que “(...) si una biblioteca en Ayacucho quiere contar con una copia del libro “El Tribunal de la Inquisición” de Fernando Ayllon publicado en 1997 por el FEC [Fondo Editorial del Congreso del Perú] no puede comprarla, porque el libro está agotado, ni puede fotocopiarla íntegramente porque: (1) la Ley solo autoriza a las bibliotecas fotocopiar libros que son actualmente o fueron parte de su colección permanente con fines de preservación o recuperación; y, (2) la licencia bajo la cual fue publicado el libro prohíbe la reproducción total o parcial del libro sin permiso del FEC”<sup>211</sup>.

### 3.4 La copia privada

El derecho a la copia personal, se encuentra previsto en nuestra legislación, específicamente en el artículo 48 de la LDA que establece lo siguiente:

“Artículo 48.- Es lícita la copia, para uso exclusivamente personal de obras, interpretaciones o producciones publicadas en grabaciones sonoras o audiovisuales. Sin embargo, las reproducciones permitidas en este artículo no se extienden:

- a. A la de una obra de arquitectura en forma de edificio o de cualquier otra construcción.
- b. A la reproducción integral de un libro, de una obra musical en forma gráfica, o del original o de una copia de una obra plástica, hecha y firmada por el autor.
- c. A una base o compilación de datos”.

Como ha sido señalado “(...) el espíritu del legislador al establecer la copia privada como un caso de libre utilización, fue la de establecer ciertas circunstancias bajo las cuales se

<sup>211</sup> MORACHIMO, Miguel

2010 “Acceso a la cultura y política editorial del Estado” Consulta: 15 de junio de 2015  
<http://www.blawyer.org/2010/11/08/acceso-cultura-politica-editorial-estado/>

permitiera la libre reproducción de obras protegidas para el uso personal, a fin de posibilitar un acceso fácil a la información, principalmente en casos tales como la investigación, el aprendizaje o el esparcimiento personales”<sup>212</sup>.

Lo peor del tema es que la copia privada, se vea como excepción o como derecho, en la práctica está muy restringido, entre otras razones por la existencia de las medida anticopia que impiden el poder realizar una copia. Estas medidas fueron consagradas por la modificación que se realizó al artículo 38 de la LDA, en virtud de cumplir con el TLC con Estados Unidos. Esta norma señala lo siguiente:

“Artículo 38.- El titular del derecho patrimonial tiene la facultad de implementar, o de exigir para la reproducción o la comunicación de la obra, la incorporación de mecanismos, sistemas o dispositivos de autotutela, incluyendo la codificación de señales, con el fin de impedir la comunicación, recepción, retransmisión, reproducción o modificación no autorizadas de la obra.

En consecuencia, es ilícita la importación, fabricación, venta, arrendamiento, oferta de servicios o puesta en circulación en cualquier forma, de aparatos o dispositivos destinados a descifrar las señales codificadas o burlar cualesquiera de los sistemas de autotutela implementados por el titular de los derechos”.

Estas medida tecnológicas anticopia han llegado a extremos en los que incluso una versión electrónica de la Constitución de los Estados Unidos, contenida en un Microsoft Reader, estaba armada con una protección anticopia que impedía que se pudiera imprimir y evadir esa restricción se considera ilegal<sup>213</sup>.

Tradicionalmente se considera a la copia privada como una excepción al derecho de autor. Pero, en búsqueda del equilibrio entre los derechos también se puede ver de forma diferente, es decir como un derecho. De hecho, puede señalarse que una particular interpretación de la copia privada puede ser beneficiosa para el derecho de acceso a la cultura. Así, por ejemplo, para Rosa María Kresalja, diversos autores coinciden en que la copia privada puede realizarse de cualquier ejemplar, no necesariamente comprado (es decir puede ser prestado) y que “(...) esta interpretación ampliamente compartida apoya el derecho de acceso a la cultura”<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> TORRES CADENA, Mónica.

2006 “La copia privada de obras impresas” en: *El derecho de autor ante los desafíos de un mundo cambiante...*, ob. cit., p. 403.

<sup>213</sup> LASICA, J.D.

2006 *Darknet. La guerra de las multinacionales contra la generación digital y el futuro de los medios audiovisuales*. Madrid, Nowtilus, p. 181.

<sup>214</sup> KRESALJA SANTOS, Rosa María.

2007 “¿Un beneficioso germen con ganas de propagarse?: las nuevas tecnologías de audio y su repercusión en los derechos de autor” Tesis (Lic.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, Lima, p. 454-456.

Sin embargo, existen posiciones contrarias. Así, nuevamente Kresalja, pero esta vez Baldo, señala que “Lo que debe quedar claro es la copia privada en ningún caso es un derecho del usuario, ya que el Derecho de Autor sólo admite las limitaciones o excepciones contempladas en la ley; no puede existir un derecho a usurpar la propiedad de un tercero, en nuestro caso del autor. Lo que existe es la posibilidad de excepcionalmente autorizar un goce exento de autorización previa y expresa por parte del autor, y ahora, generalmente, mediante la aplicación de un sistema de compensación adecuado”<sup>215</sup>.

No obstante, se debe recordar que existen diversos fundamentos que justifican y permiten la copia privada, por ejemplo, “(...) el derecho a la intimidad, el derecho de acceso a la cultura y el derecho de propiedad son fundamentos que se encuentran reconocidos en la Constitución (...) por lo que son dignos de tutela y protección (...)”<sup>216</sup>.

### 3.5 La comunicación pública en “actos oficiales”

#### a) Caso Espectáculo Navideño para niños pobres

Un ejemplo de interpretación que quizás no sea la más correcta ni equilibrada entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura, es a nuestro criterio es el de la Resolución N.º 067-2001/TPI-INDECOPI, de 26 de febrero de 2001. En dicho caso, APDAYC denunció a la Municipalidad de San Juan de Lurigancho por usar canciones para animar un Espectáculo Navideño para niños pobres. A pesar que este evento no perseguía fines de lucro, era gratuito y, de acuerdo a la resolución, “la participación de los artistas era aparentemente gratuita”, el Tribunal de INDECOPI sancionó con una multa a la Municipalidad. Lamentablemente, un criterio similar se siguió en un caso de la Municipalidad de San Miguel, recaído en la Resolución N.º 1235-2003/TPI-INDECOPI, de 10 de noviembre de 2003.

Este tipo de hechos nos hace pensar respecto a la racionalidad del literal a) del artículo 41 de la LDA, que solo permite el uso de música en “actos oficiales” cuando son “fragmentos o partes”. Teniendo en cuenta que la actividad navideña se encontraba dentro de las competencias de la Municipalidad (incluso la demandada sostuvo que tenía ciertas prerrogativas para la promoción cultural), nos encontramos frente a un caso que pudo ser interpretado de manera diferente, a favor del derecho de acceso a la cultura, tomando en consideración que no hubo fines de lucro, ni afectación a los derechos de autor.

Este erróneo criterio también se ha aplicado en otras latitudes, como se aprecia del siguiente caso: durante cuatro días, un centro de educación de adultos, dependiente de la Junta de Andalucía hizo una representación teatral de una obra. Al respecto, el Tribunal Supremo español señaló lo siguiente:

<sup>215</sup> KRESALJA, Baldo.

2014 “El trato de excepción a la enseñanza en el Derecho de Autor” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 10, Lima, p. 168.

<sup>216</sup> CABEDO SERNA, Llanos

2008 “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección” en: *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías incidencias por la Ley 23/2006, de 7 de julio*, Juan Antonio Moreno Martínez, (coord.). Madrid, Dykinson, p. 79.

“(…) cualquiera que sea la amplitud que quiera darse a la expresión “actos oficiales” que utiliza el texto legal, no puede comprenderse en él cualquier actividad de las administraciones públicas sino que ese concepto ha de limitarse a aquellos actos de carácter institucional y conmemoraciones solemnes oficialmente declaradas, carácter que indudablemente no tienen las actividades de la Administración pública **tendientes al desarrollo de la cultura** en un ámbito social y personal limitado, como es el aquí contemplado” (resaltado agregado)<sup>217</sup>.

De acuerdo al razonamiento de este órgano jurisdiccional, el Estado puede usar una obra sin autorización para un desfile militar, por ejemplo, pero no para desarrollar o difundir la cultura. Es decir, la aplicación de los límites al derecho de autor que, como vimos, tienen como objeto la difusión de la cultura, no puede cumplir precisamente con esta finalidad, por el uso de un criterio de interpretación restrictiva que afecta el equilibrio necesario en estos casos.

b) Caso celebración del aniversario del distrito

Otro caso parecido, es el de la Resolución N.º 0153-2007-TPI/INDECOPI, de 22 de enero de 2007. En dicho caso, nuevamente APDAYC denunció a una municipalidad, esta vez la de Ate Vitarte, por la comunicación pública de canciones para los eventos con motivo de la celebración del aniversario de este distrito. A pesar que, nuevamente, este evento no perseguía fines de lucro, al ser gratuito, el Tribunal de INDECOPI sancionó con una multa a dicha municipalidad.

Durante el acto de celebración del aniversario, la difusión de la obra no fue por medio de una grabación, sino mediante conciertos en vivo, Si estos ejecutantes eran a su vez autores de las obras comunicadas públicamente (lo que era altamente probable en los casos de muchas bandas locales) y hubo un contrato para que se presenten en el concierto, existiría autorización previa por escrito para la comunicación pública. Sin embargo, este análisis no se hizo. En todo caso, el análisis debió hacer referencia si hubo afectación de los autores, de los intérpretes o ejecutantes, de ambos o de terceros, lo que tampoco se hizo.

Pero lo más importante de este caso es examinar como INDECOPI interpreta la expresión “actos oficiales” del literal b del artículo 41 de la LDA. Al respecto, la resolución solo analiza el tema en un único párrafo al final de su decisión (página 13), que es el siguiente:

*“Respecto al argumento de la apelante, quien afirma que las actividades que realizó por motivo de diferentes aniversarios son actos oficiales y que no se obtuvo ningún ingreso por ellos, por lo cual estarían considerados como excepciones o límites al derecho de autor; la Sala conviene en señalar que dichos eventos no poseen el carácter de ceremonias oficiales. En efecto, **la excepción invocada por la emplazada obedece a ceremonias de carácter protocolar consignadas por ley**, las cuales se encuentran liberadas de pago, siempre y cuando sean a título gratuito; en ese sentido, los eventos realizados por la emplazada **encuadran como***

<sup>217</sup> Sentencia 617/1998 del 26 de junio de 1998. Consulta: 15 de junio de 2015 [http://www.uaipit.com/files/jurisprudencias/1330595352\\_TS617.1998\\_cendoj.pdf](http://www.uaipit.com/files/jurisprudencias/1330595352_TS617.1998_cendoj.pdf)

**celebraciones recreativas de carácter discrecional o facultativo de un organismo público**, por lo cual no estarían amparados por la excepción establecida en el Decreto Legislativo 822” (resaltado agregado).

Como se puede advertir, INDECOPI ha interpretado “actos oficiales” de tal forma que solo pueden entenderse como ceremonias de carácter protocolar, planteando una distinción o clasificación respecto de otro tipo de eventos, a los que denomina “celebraciones recreativas de carácter discrecional o facultativo”, sin que justifique mayormente las diferencias entre ambas o el sustento normativo para plantear esta distinción, lo que podría no ser acorde al principio de que no se debe distinguir donde la ley no distingue<sup>218</sup>.

Sobre este punto, no era difícil para INDECOPI citar el artículo 2 del Decreto Supremo N.º 096-2005-RE<sup>219</sup>, Normas sobre Ceremonial del Estado que establece lo que se considera acto oficial a nivel del Estado<sup>220</sup>, o el artículo 86 de la misma norma, que detalla lo mismo para el caso de Gobiernos Regionales<sup>221</sup>, lo que le habría dado mayores insumos a su posición, aunque no exista en estricta normativa para el caso de gobiernos locales, como las municipalidades, que es el supuesto de la resolución que venimos comentando.

Asimismo, es cuestionable que la resolución citada haya entendido que “acto oficial” únicamente puede entenderse como acto protocolar, cuando del artículo 2 de la Directiva que regula el Ceremonial del Servicio Diplomático de la República, aprobada mediante Resolución Ministerial N.º 1158/RE<sup>222</sup>, se menciona que las ceremonias protocolares son suscripción de tratados, condecoraciones, etc. y se diferencian de eventos como conferencias o seminarios<sup>223</sup>. Confrontando esa norma con el Decreto Supremo N.º 096-

<sup>218</sup> Contemplado en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como por ejemplo los recaídos en los Expediente N.º 1494-2003-AA/TC, N.º 2135-2002-AA/TC, entre otros.

<sup>219</sup> Publicado el 28 de diciembre de 2005.

<sup>220</sup> “Artículo 2.- Se consideran ceremonias o actos oficiales los siguientes:

- a. Saludo al Presidente de la República con motivo del Año Nuevo;
- b. Renovación del Juramento de Fidelidad a la Bandera;
- c. Aniversario de la Independencia Nacional (Misa Solemne y Te Deum, Sesión Solemne del Congreso de la República, Saludo al Presidente de la República y, Parada y Desfile Militar);
- d. Festividad de la Patrona de las Armas del Perú y Día de las Fuerzas Armadas;
- e. Transmisión del Mando Supremo;
- f. Los actos considerados como Ceremonias Nacionales en los Manuales de Ceremonial de los Institutos Armados;
- g. Las ceremonias o actos oficiales que sean establecidos por la Dirección Nacional de Protocolo y Ceremonial del Estado”.

<sup>221</sup> “Artículo 86.- Las siguientes son las ceremonias regionales:

- a. Ceremonias de Toma de Posesión de los Presidentes Regionales;
- b. Ceremonia conmemorativa del Aniversario de la Independencia Nacional;
- c. Aniversario de la Región; y,
- d. Otras ceremonias declaradas como regionales”.

<sup>222</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

[https://protocolodeestado.files.wordpress.com/2012/05/rm\\_normas\\_-\\_ceremonial\\_diplomatico.pdf](https://protocolodeestado.files.wordpress.com/2012/05/rm_normas_-_ceremonial_diplomatico.pdf)

<sup>223</sup> “Artículo 2(...)

**La asistencia a ceremonias protocolares (suscripción de tratados, condecoraciones, etc.) y eventos (conferencias, presentaciones, seminarios, etc.)**, es obligatoria para los funcionarios del área correspondiente, sin excepción alguna. La Dirección Nacional de Protocolo y Ceremonial del Estado invitará

2005-RE citado, se aprecia que no se puede equiparar acto oficial con ceremonia protocolar, pues ninguna de las ceremonias protocolares (suscripción de tratados, condecoraciones) se encuentran contempladas en el artículo 2 del decreto supremo citado. En ese sentido, lo dispuesto por INDECOPI, no tiene mayor base normativa.

No obstante, como se refirió, las disposiciones sobre la materia citadas no han previsto el caso de los actos oficiales, gobiernos locales, como las municipalidades, que es el supuesto de la resolución que venimos comentando. En esa línea, es tarea del órgano jurisdiccional el interpretar lo que significa “acto oficial” para estos casos.

Al respecto, debe recordarse que, según la Real Academia Española “oficial” es aquello “que tiene autenticidad y emana de la autoridad derivada del Estado, y no particular o privado”<sup>224</sup>. En ese sentido, en principio, parecería que los actos oficiales, son aquellos que emanan de la autoridad estatal. Esta visión amplia podría hacer concluir que cualquier acto de una entidad pública, es un acto oficial, incluso actos tan simple como la apertura de investigación preliminar de un delito o el inicio de un proceso judicial podrían ser un “acto oficial”, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional<sup>225</sup>.

Incluso, puede señalarse que, en la web de la Dirección General de Protocolo y Ceremonial del Estado del Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>226</sup>, que es el área responsable de regular y supervisar el cumplimiento de las normas y costumbres del Protocolo y Ceremonial del Estado y del Ceremonial Regional en los actos oficiales que se realicen en el territorio nacional., se hace referencia a una web en la que se señala que acto oficial “(...) son los que se organizan con presencia de autoridades de los más diversos ámbitos (civiles, eclesiásticas, militares)”<sup>227</sup>, sin que tengan que ser limitadas a actos protocolares, contrario, nuevamente, a lo señalado por la Resolución cuestionada.

No obstante, incluso analizando de manera más restringida la expresión comentada, se puede cuestionar también lo señalado por INDECOPI. Al respecto, debe recordarse que los límites a los derechos de autor tienen como fundamento el interés de la colectividad. Asimismo, tomarse en cuenta que, de acuerdo a los artículos 2 y 86 citados, tanto los aniversarios nacionales, como los regionales se consideran “actos oficiales”, motivo por el

---

de oficio a los funcionarios del Servicio Diplomático de la República que laboren en el área respectiva” (resaltado agregado).

<sup>224</sup> “oficial.

(Del lat. officiālis).

1. adj. Que es de oficio, o sea que tiene autenticidad y emana de la autoridad derivada del Estado, y no particular o privado. Documento, noticia oficial”.

<sup>225</sup> “6. Este Tribunal Constitucional considera que dicha doctrina jurisprudencial merece ser precisada en el sentido de que el cómputo del plazo razonable del proceso penal comienza a correr desde la apertura de la investigación preliminar del delito, el cual comprende la investigación policial o la investigación fiscal; o desde el inicio del proceso judicial en los casos de delitos de acción privada, **por constituir el primer acto oficial** a través del cual la persona toma conocimiento de que el Estado ha iniciado una persecución penal en su contra (...)” (resaltado agregado). Sentencia recaída en el Expediente N.º 0295-2012-PHC/TC.

<sup>226</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

[http://www.rree.gob.pe/elministerio/Paginas/Protocolo\\_del\\_Estado.aspx](http://www.rree.gob.pe/elministerio/Paginas/Protocolo_del_Estado.aspx)

<sup>227</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

[http://www.protocolo.org/ceremonial/eventos/actos\\_oficiales\\_clasificacion\\_asistentes\\_organizacion.html](http://www.protocolo.org/ceremonial/eventos/actos_oficiales_clasificacion_asistentes_organizacion.html)

cual no existiría mayor razón para que los aniversarios distritales o locales no sean considerados de la misma forma.

Pero si todo lo expuesto hasta ahora no ha sido suficiente para criticar la cuestionable definición de “acto oficial” de INDECOP, debe señalarse que, incluso existen normas que consagran como “acto oficial” a ceremonias que están muy lejos de ser consideradas actos protocolares como una firma de tratado y, por el contrario, son más cercanas a manifestaciones culturales que son precisamente el fin de las excepciones a los derechos de autor. Ejemplo de esto, es el Inti Raymi, la cual fue declarada acto oficial mediante el artículo 1<sup>228</sup> del Decreto Supremo N.º 005-2001-ITINCI<sup>229</sup>.

En esa línea, consideramos que existen muchos elementos para que la interpretación judicial en materia de derechos de autor, respecto del supuesto de “actos oficiales”, sea más elaborada y cuidadosa, criterios que pueden ser considerados para que exista una real ponderación de entre derechos constitucionales y no solo una aplicación mecánica a un criterio de interpretación restrictiva.

Lo curioso es que en esta misma Resolución, refiere lo siguiente:

*“Cabe señalar que también gozan de ese reconocimiento constitucional: el derecho de opinión, la libertad de expresión y el derecho a la información, los que se encuentran recogidos en los numerales 3) y 4) del artículo 2º de la Constitución, como lo están igualmente el derecho a la educación y **las garantías institucionales de protección y promoción a la cultura en los artículos 2 numeral 8), 13 y 16, aparte del deber de colaboración que el último párrafo del artículo 14 impone a los medios de comunicación con relación a la educación y la formación moral y cultural. Corresponderá en consecuencia al juzgador ponderar estos derechos constitucionales, al amparo de la legislación que los desarrolla, a efectos de hacer viable el reconocimiento de los derechos que correspondan a los autores por la creación de sus obras**”.*

De este párrafo se advierten dos puntos. El primero es que, aparentemente, para INDECOP el acceso a la cultura no es un derecho fundamental, sino solo una “garantía institucional”. Al respecto, como se ha demostrado en el primer capítulo, tanto los tratados internacionales, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional refieren ampliamente que el artículo 2.8 de la Constitución consagra el derecho de acceso a la cultura, lo que indicaría desconocimiento al respecto.

El segundo punto es el referido a la ponderación de derechos constitucionales, reconocida como necesaria por el propio INDECOP. Sin embargo, el Tribunal de dicha institución no planteó ningún ejercicio ponderativo en este caso (ni en otros) entre los derechos en cuestión. Cabe recordar que, contrario a lo señalado por INDECOP, la ponderación entre estos derechos no puede tener como único objetivo el reconocimiento de los derechos de los autores sino, en todo caso, determinar cuál es el grado de intervención en un derecho en comparación con la realización del otro.

<sup>228</sup> “Artículo 1.- Reconócese la evocación del Inti Raymi, que se realiza anual e ininterrumpidamente en la explanada de Sacsayhuamán de la ciudad del Cusco desde el 24 de junio de 1944, como Acto Oficial y “Primer Festival Ritual de Identidad Nacional y Fiesta Central de la Capital Histórica del Perú”.

<sup>229</sup> Publicado el 18 de febrero de 2001.

## c) Caso Día del Pisco y otros

Recientemente, el Tribunal de INDECOPI ha emitido una nueva Resolución, la N.º 1175-2015/TPI-INDECOPI, de 16 de marzo de 2015, en la que nuevamente APDAYC demanda a una municipalidad, en esta ocasión la de Surco, por la comunicación pública de canciones para diversos eventos como la Vendimia o el Día del Pisco. A pesar que, nuevamente, este evento no perseguía fines de lucro, al ser gratuito, el Tribunal de INDECOPI sancionó con una multa a dicha municipalidad.

En esta Resolución hay varios puntos interesantes que vale la pena comentar y que constituirían una aparente evolución en el criterio del Tribunal, además de una argumentación que se ha esforzado por ser, al menos un poco más, detallada que la de casos similares anteriores.

*“La protección al Derecho de Autor ha dado lugar a cuestionamientos debido al conflicto que puede tener con el ejercicio de otros derechos fundamentales. Así, hay quienes señalan que el derecho de autor atenta contra el derecho a la cultura, a la educación y a la libertad de expresión y opinión” (pág.6)*

Más allá de que el Tribunal no cita quiénes serían los que afirman tal cosa, cabe precisar que no sostenemos que el derecho de autor atenta contra el derecho a la cultura, sino que en algunos casos, el análisis del derecho de autor no considera otros derechos, lo que puede producir que, en casos concretos, existan afectaciones.

En la siguiente página señala:

*“La protección al Derecho de autor no restringe ni prohíbe el ejercicio de la libertad de expresión (...) El conflicto surge cuando para expresar una opinión se utilizan las obras de terceros, puesto que, por un lado, está la libertad de expresión y, de otro lado, el derecho del titular del derecho de autor, de autorizar la explotación de su obra y obtener una remuneración por su explotación” (pág. 7)*

Es lógico que este conflicto no es absoluto, como parece desprenderse de la Resolución. En esa línea es claro que no siempre que se expresa una opinión utilizando las obras de terceros existe un conflicto, como sucede, por ejemplo, con el derecho de cita que es un límite que permite la utilización de una obra, sin que exista problema en ello. Pero incluso en el caso de supuestos no contemplados taxativamente, no siempre se puede hablar de explotación. Recordemos que, para la RAE, explotar es “sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio”. En el caso que, para promocionar una idea, utilice una canción y no obtenga utilidad, ni haga negocio o industria de ello, por ejemplo, difícilmente se podría decir que estoy “explotando” una canción y menos aún concluir que el autor debe obtener una remuneración.

*“El que el autor o título de una obra pretenda obtener una retribución por la explotación de su obra no puede ser considerado una vulneración al derecho a la cultura o a la educación, puesto que la protección del derecho de autor no prohíbe la libre explotación y difusión de las ideas contenidas en las obras, además debe tenerse en cuenta que las regalías por el*

*derecho de autor, constituyen un porcentaje muy bajo del precio de venta al público de las obras” (pág. 7)*

Es extraño que se haga mención al tema de las regalías, las cuáles, según INDECOPI constituyen un porcentaje muy bajo del precio de venta, nuevamente sin citar mayores estadísticas o cifras al respecto. Supuestamente este argumento, debería confirmar el derecho que tiene el autor para explotar su obra. Sin embargo, que el porcentaje de las regalías sea muy bajo, es una realidad producto de un contrato privado entre el autor y la empresa productora del fonograma, no siendo en todo caso consecuencia de la existencia de otros derechos como el derecho de acceso a la cultura. En ese sentido, la referencia a las regalías no es la más adecuada.

Pero además, es poco adecuada por otra razón. El caso examinado es una demanda por comunicación pública, en la que no se está vendiendo al público las obras. No es un caso de piratería o reproducción no autorizada de la obra, con la posterior venta. Al no existir venta alguna, no se comprende el motivo de la referencia citada.

Por otro lado, si las regalías constituyen un porcentaje muy bajo, alguien podría afirmar que la reproducción no autorizada para uso personal no causa perjuicio al autor, precisamente porque la regalía que se deja de pagar, para INDECOPI, sería muy baja. En el presente caso, nada indica que no se haya cumplido con pagar las regalías al autor por la venta. Si la adquisición de la obra por parte de los demandados fue lícita, no habría afectación respecto de las regalías por la venta.

Asimismo, el párrafo citado hacer referencia a un pie de página que señala lo siguiente:

*“Bajo el mismo criterio, se podría llegar a la conclusión que los profesores no deberían recibir un sueldo por su labor, porque con ello se encarece la educación en el Perú, no podrían existir los colegios y universidades particulares. Asimismo, los textos escolares, las enciclopedias, los libros de arte, de historia, etc. debieran ser gratuitos.*

*Incluso con un argumento de este tipo se podría cuestionar que los médicos cobre un sueldo, puesto que su labor está íntimamente ligada al derecho a la salud y a la vida”.*

Esta comparación es similar a la que muchas veces se ha planteado para cuestionar la existencia de límites a los derechos de autor y que parte de un punto errado y completamente disímil a los supuestos de propiedad intelectual.

Aunque parezca evidente, debe señalarse que en el caso de profesores o médicos uno está haciendo uso de un servicio, en el que previamente se ha celebrado un acuerdo entre las partes: un contrato en el que se estipula que se pagará un precio por el servicio brindado. Negarse a pagar ese precio es simplemente un fraude o incumplimiento de contrato.

Asimismo, pareciera contradictorio que INDECOPI interprete erróneamente una postura señalando que ésta podría llevar a la conclusión de no pagar a médicos o profesores, cuando la norma materia del caso, dispone precisamente que los artistas ejecutantes en los actos de comunicación pública no pueden recibir pago.

La comparación con los textos, libros o enciclopedias se refiere a un supuesto de venta de copias de obras, que tampoco es el del caso analizado (comunicación pública). En el caso tampoco se hace referencia a que bienes tangibles (como un libro) deban ser gratuitos. Respecto a la diferencia entre bienes tangibles e intangibles, ya no vale la pena extenderse más, todo lo referido al respecto se ha expuesto en el punto 2 del capítulo II de este trabajo.

Sin embargo, por primera vez en los casos analizados, el Tribunal señala:

*“Teniendo en consideración lo expuesto, se ha buscado un punto de equilibrio entre las normas del Derecho Autor (sic) y el interés público a la información y acceso a la cultura, de tal forma que el ejercicio de uno no implique una afectación considerable al legítimo ejercicio del otro.*

*Uno de los mecanismos que se ha ideado para lograr este objetivo son los llamados límites al derecho de explotación del autor.”*

Como se puede advertir, el Tribunal de INDECOPI coincide con dos ideas que hemos vertido en este trabajo: 1) Es necesario un equilibrio entre derechos y 2) para lograr este equilibrio deben tenerse en cuenta los límites al derecho de autor. El problema ya lo hemos mencionado: ¿cómo se puede lograr un equilibrio cuando todas las interpretaciones deben ser restrictivas siempre solo a favor de uno de los dos derechos?

Más adelante (págs. 8-9), de forma ordenada a diferencias de otros casos similares, el Tribunal establece los cuatro requisitos necesarios para que se configure la excepción del literal b) del artículo 41 sobre comunicación pública: 1) Que sea en acto oficial o religioso, 2) Sobre fragmentos de la obra musical, 3) la asistencia del público debe ser gratuita y 4) los intérpretes o ejecutores tampoco deben recibir pago alguno.

No obstante, hay una variación respecto a casos anteriores, respecto de la definición de lo que sería “acto oficial”:

*“Que la comunicación pública se efectúe en el curso de actos oficiales.- Conforme se ha verificado, los eventos organizados por la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco no poseen el carácter de ceremonias oficiales. En efecto, la excepción invocada por la denunciada obedece a ceremonias de carácter protocolar consignadas por ley, en ese sentido, los eventos realizados por la emplazada encuadran como celebraciones recreativas de carácter discrecional o facultativo de un organismo público, por lo cual no estarían amparados por la excepción establecida en el Decreto Legislativo 822” (págs. 14-15).*

De lo anterior, se advierte que el Tribunal nuevamente comete el error de equiparar “acto oficial” a “ceremonia protocolar” a pesar que, como se señaló líneas arriba no son necesariamente lo mismo. En esa línea, las críticas realizadas respecto de la Resolución N.º 0153-2007-TPI/INDECOPI, también son aplicables a este caso.

Sin embargo, existe una diferencia pues, como veremos a continuación, esta vez el Tribunal por lo menos se tomó la molestia de hacer mención a la normativa de la materia en el pie de página del párrafo anterior citado, que se señala lo siguiente:

*“El Decreto Supremo N° 96-2005-RE no establece como actos oficiales los aniversarios de municipios distritales, lo cual no ocurre con el caso de los gobiernos regionales; sin embargo, el artículo 84 de dicha norma, establece cuatro criterios que deben regir las ceremonias oficiales, los cuáles son uniformidad, solemnidad y sobriedad, exaltación de los valores y virtudes cívicas, seguridad”*

El Tribunal ha citado el artículo 84 del decreto supremo mencionado para plantear que existen ciertos criterios que deben regir las ceremonias oficiales. En realidad, estos criterios no definen a un acto oficial, sino que se entienden que son los que deben ser respetados durante la ceremonia. Al margen de ello, como se puede advertir los criterios son bastante amplios y vagos, los que sin duda necesitan de una interpretación en el caso concreto.

Asimismo, debe señalarse que, sin contar el artículo citado, de las demás normas de dicho decreto supremo se puede concluir que la noción de acto oficial, a nivel Regional, es mucho más amplia que sólo las ceremonias particulares. Así tenemos que el artículo 85 señala lo siguiente:

*“Artículo 85.- Las ceremonias oficiales de carácter regional se clasifican en:*

- a. Ceremonias Regionales;*
- b. Ceremonias Institucionales; y,*
- c. Ceremonias Especiales”.*

De dicha norma se advierte que existen varios tipos de actos oficiales. Respecto al primer tipo, este se encuentra detallado en el artículo siguiente:

*“Artículo 86.- Las siguientes son las ceremonias regionales:*

- a. Ceremonias de Toma de Posesión de los Presidentes Regionales;*
- b. Ceremonia conmemorativa del Aniversario de la Independencia Nacional;*
- c. Aniversario de la Región; y,*
- d. Otras ceremonias declaradas como regionales”.*

Como se puede notar, el mismo artículo 86 deja la puerta abierta para que existan otras ceremonias que, al ser declaradas como regionales, tendrían carácter de oficial según el artículo 85. Así, podría declararse como oficial una ceremonia que no tiene carácter protocolar, con lo que la postura de INDECOPI quedaría una vez más desvirtuada.

Pero incluso, más allá del artículo 86, el siguiente tipo de ceremonias oficiales, es más amplio y ambiguo aún. Nos referimos a las celebraciones institucionales, las cuáles:

*Artículo 92.- Son las que se realizan en el ámbito de los Gobiernos Regionales diferentes a las estipuladas en el artículo 86 de la presente norma.*

De lo anterior, se verifica que descontando los cuatros supuestos del artículo 86, muchas otras ceremonias pueden ser consideradas actos oficiales, con lo que se advierte que los supuestos son amplísimos y no han sido examinados en su totalidad por la resolución comentada.

No obstante, el argumento de INDECOPI parecería ser que, como el Decreto Supremo N.º 96-2005-RE no ha regulado nada sobre los actos oficiales en los gobiernos locales, como las municipalidades, sus aniversarios no pueden ser considerados actos oficiales. Más allá de que no justifica esta posición, debe señalarse que el decreto supremo cuestionado no es la única norma que regula el tema, dándose la posibilidad en muchos casos, que las propias municipalidades determinen cuáles de sus actos son considerados oficiales.

Así, por ejemplo, la Municipalidad Metropolitana de Lima, mediante Resolución de Alcaldía N.º 297, de 12 de diciembre de 2014, aprobó su Reglamento de Condecoraciones y Distinciones. En el artículo 17 de dicho dispositivo se verifica que esta municipalidad tiene un amplio catálogo de ceremonias oficiales, en las que se consideran actos como inauguraciones de congresos, seminarios e incluso inauguraciones de obras, cortes de cintas y desvelamientos de placas. Si existe un criterio amplio para lo que se considera acto oficial, debería justificarse el por qué el aniversario de un distrito no lo es.

En la práctica en varios gobiernos locales se considera que la celebración del aniversario de sus respectivas comunas constituye un “acto oficial”. Así, por ejemplo, las municipalidades de Ilabaya (Tacna)<sup>230</sup> o Ventanilla (Lima)<sup>231</sup> han señalado en sus webs oficiales que las celebraciones por sus aniversarios constituyen actos oficiales. Y no es algo que parezca ilógico, o al menos, INDECOPI no argumentado porqué la celebración del aniversario de una municipalidad no es un acto oficial.

Pero incluso, entidades públicas que no pertenecen a Gobiernos regionales o locales, pueden también considerar que la celebración de sus aniversarios constituye un acto oficial. Así, por ejemplo, el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú, en el capítulo 5 de su “Manual del Ceremonial y Protocolo del CGBVP”<sup>232</sup>, detalla muchos actos considerados como ceremonias oficiales, no solo los aniversarios por la creación de su institución, sino incluso los aniversarios de creación de comandancias departamentales y de compañías de bomberos específicas y aniversarios de la muerte de bomberos destacados. Si algún día APDAYC denuncia a los bomberos y les exige dinero, el Tribunal de INDECOPI va a tener que argumentar muy bien por qué no sería un acto oficial determinada ceremonia.

### 3.6 La difusión o comunicación pública sin fines de lucro

Otro caso importante es el de la Resolución N.º 2676-2013/TPI-INDECOPI, de 7 de agosto de 2013. En este caso, UNIMPRO denunció al Instituto Nacional de Radio y Televisión (IRTP) por no haber pagado por el uso de derechos conexos. A pesar que el IRTP es una entidad que no tiene fines de lucro y se dedica a la difusión de contenido educativo (de hecho es un órgano ejecutor del Ministerio de Cultura), el Tribunal de

---

<sup>230</sup> Consulta: 15 de junio de 2015  
<http://www.munilabaya.gob.pe/munisite/noticias/info/1114>

<sup>231</sup> Consulta: 15 de junio de 2015  
<http://www.muniventanilla.gob.pe/noticia.php?idPublicacion=3099>

<sup>232</sup> Consulta: 15 de junio de 2015  
<http://www.bomberosperu.gob.pe/files/manual%20de%20ceremonial%20y%20protocolo.pdf>

INDECOPI no consideró este punto y determinó que el IRTP no se encontraba dentro de algunos de los supuestos de excepciones y lo sancionó con una multa.

Al respecto, el literal c) del artículo 41 de la LDA establece requisitos muy específicos para la excepción de comunicación pública por fines exclusivamente didácticos: 1) que sea realizado por una institución de enseñanza, 2) que no tenga fines lucrativos y 3) que el público esté compuesto exclusivamente por las personas vinculadas a esa institución. Muchos de estos requisitos podrían no ajustarse, ya no solo al caso de la radio y televisión educativas, sino también a la educación a distancia o por internet (la que no necesariamente realiza una institución de enseñanza). En esa línea, a futuro debería tomarse en cuenta si este tipo de regulación puede favorecer la educación a distancia y, con ello, el acceso a la cultura.

El Tribunal refirió lo siguiente:

*“(...) los límites establecidos en la legislación sobre Derechos de Autor son taxativos, por lo que los mismos no pueden ser interpretados ni hacerse extensivos a situaciones no descritas, específicamente, en ellos”* (página 19).

En esta afirmación, el Tribunal comete un error al equiparar la interpretación con la aplicación extensiva a situaciones no descritas, supuestos distintos de actividad judicial, como fue señalado en el punto 2 de este capítulo. En esa línea, cuando INDECOPI refiere que los límites “no pueden ser interpretados” está afirmando algo difícilmente sostenible, respecto de un derecho constitucional e incluso de toda la materia pues, como ha sido referido “(...) el Derecho está compuesto esencialmente por normas que se constituyen en enunciados a interpretar (...) en toda actividad jurídica hay, tarde, o temprano, interpretación<sup>233</sup>.” En ese sentido, cabe recordar que “Una formulación lingüística, de por sí, es inerte – es solo un enunciado que espera ser interpretado –”<sup>234</sup>.

Asimismo, puede señalarse que la insistencia en este único criterio interpretativo al final termine afectando uno de los objetivos de las normas en materia de derechos de autor que es difundir la cultura.

Al respecto, para determinar que el IRTP debía pagarle a los productores de fonogramas, el referido Tribunal señaló:

“Finalmente, la Sala conviene en señalar que el hecho de que los servicios brindados por la denunciada **califiquen, según la Ley de Radio y Televisión, como servicios de radiodifusión educativa**, no exime de la responsabilidad de efectuar el pago de la remuneración única y equitativa que corresponde a los productores de fonogramas

En efecto, los productores de fonogramas tienen el derecho de percibir el pago por concepto de remuneración única y equitativa por toda comunicación pública que se haga de sus fonogramas, **no siendo relevante si la entidad, persona o institución que realiza dicha**

<sup>233</sup> PECES-BARBA, Gregorio, ob. cit., p. 570.

<sup>234</sup> PINO, Giorgio  
2013 *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima, Palestra, p. 101.

**comunicación pública actúa con fines educativos o no**, siendo las únicas excepciones las establecidas en la legislación sobre Derecho de Autor (...)” (resaltado agregado).

Es decir, para la Sala, los fines educativos de la difusión de una obra son totalmente irrelevantes. Razonamiento que es completamente contrario a la finalidad del Estado de fomentar el acceso a la cultura y a la obligación constitucional de los medios de colaborar con la educación, contemplada en el artículo 14 de la Constitución<sup>235</sup>. Nuevamente, no se considera uno de los fundamentos de la existencia de límites y excepciones a la norma, que es promover la cultura en interés del interés social de la colectividad, como se desarrolló en el punto. 2.3 del capítulo II de este trabajo.

Pero, asumiendo que el IRTTP no se encuentra contemplado textualmente dentro de las causales de límites y excepciones al derecho de autor, la referida resolución igualmente se equivoca porque no analiza un elemento clave: la finalidad comercial de la difusión de la obra.

Al respecto, y como es mencionado en la misma resolución, tanto la Decisión 351<sup>236</sup>, como la LDA<sup>237</sup> y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre ejecución e interpretación de fonogramas<sup>238</sup> establecen que para que se perciba remuneración por el uso del fonograma, la utilización de este debe tener fines comerciales.

Es decir, aunque el supuesto no se encuentre textualmente contemplado en los artículos de límites y excepciones de la LDA, el texto “claro y expreso” del artículo 37 de la Decisión 351 y de otras normas **exige** que para solicitar el cobro por estos casos debe existir un fin comercial. En esa línea, la interpretación judicial en el caso concreto debe ser unitaria y armonizadora, no limitándose a lo dispuesto en algunos artículos de la LDA, sino tomar en consideración toda la regulación sobre la materia, concordándose la LDA

<sup>235</sup> “Artículo 14.- (...) Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural”.

<sup>236</sup> Decisión 351

“Artículo 37.- Los productores de fonogramas tienen del derecho de: (...)

d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo **con fines comerciales**, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros” (resaltado agregado).

<sup>237</sup> “Artículo 133.- Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen igualmente el derecho a una remuneración equitativa por la comunicación pública del fonograma publicado **con fines comerciales** que contenga su interpretación o ejecución, salvo que dicha comunicación esté contemplada entre los límites al derecho de explotación conforme a esta Ley. Dicha remuneración, a falta de acuerdo entre los titulares de este derecho, será compartida en partes iguales con el productor fonográfico” (resaltado agregado).

Sin embargo, para el caso de los productores de fonogramas, esta precisión no existe, como se advierte del artículo 137 de la LDA.

<sup>238</sup> Tratado de la OMPI sobre ejecución e interpretación de fonogramas

“Artículo 15.- Derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público

(1) Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados **con fines comerciales** (...)” (resaltado agregado).

con el artículo 37 de la Decisión 351, como ha sido señalado por INDECOPI en otros supuestos<sup>239</sup>. Asimismo, debe recordarse que los artículos 133 y 137 de la LDA no configuran un límite o excepción a los derechos de autor, motivo por el cual no existe limitación en su interpretación o integración.

En el caso descrito, la parte denunciada no utilizó los fonogramas con fines comerciales, precisamente, como también fue reconocido en la resolución, porque sus servicios no son de radiodifusión comercial, sino educativa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 9<sup>240</sup> de la Ley N.º 28278, Ley de Radio y Televisión<sup>241</sup>, motivo por el cual no se podía exigir un pago a favor de los productores de fonogramas en este caso.

En esa línea, incluso aunque la parte denunciada no se encuentre dentro de las excepciones, nunca se demostró que IRTP difundió los fonogramas con fines comerciales, lo que demuestra que la decisión comentada no tomó en consideración todos los elementos del caso<sup>242</sup>.

Debe precisarse que, cuando el artículo 3 de la LDA señala que la protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, cualquiera sea su finalidad, se refiere a la finalidad de la obra, es decir, que la protección se mantiene al margen de la finalidad de la obra (que puede ser una obra con finalidad crítica, paródica, de homenaje, con fines de lucro, sin fines de lucro, etc.). El artículo 3 se refiere a la obra, no al uso de la obra. El uso de la obra si es relevante, por esa razón existe protección para ciertos usos, como los usos a favor de la enseñanza y de los invidentes.

<sup>239</sup> “Cabe precisar que si bien el artículo 133 del Decreto Legislativo 822 reconoce el derecho de los artistas intérpretes y ejecutantes el derecho a la remuneración materia de análisis, ello no les otorga el derecho a efectuar su cobro o recaudación directa a los usuarios, ya que **dicho artículo debe ser concordado con el artículo 37 de la Decisión 351. De la interpretación conjunta de ambas normas, se entiende que** los artistas intérpretes y ejecutantes tienen el derecho de recibir o exigir, por concepto de utilidades secundarias de los fonogramas donde se incluyan sus interpretaciones o ejecuciones, un porcentaje de lo que recauden los productores de fonogramas”. (p. 17). Resolución N.º 0463-2003/TPI-INDECOPI, del 7 de mayo de 2003.

<sup>240</sup> “Artículo 9.- Por su finalidad

Los servicios de radiodifusión, en razón de los fines que persiguen y del contenido de su programación, se clasifican en:

a) Servicios de Radiodifusión Comercial: Son aquellos cuya programación está destinada al entretenimiento y recreación del público, así como a abordar temas informativos, noticiosos y de orientación a la comunidad, dentro del marco de los fines y principios que orientan el servicio.

**b) Servicios de Radiodifusión Educativa:** Son aquellos cuya programación está destinada predominantemente al fomento de la educación, la cultura y el deporte, así como la formación integral de las personas. En sus códigos de ética incluyen los principios y fines de la educación peruana.

**Las entidades educativas públicas, sólo pueden prestar el servicio de radiodifusión educativa**” (resaltado agregado).

<sup>241</sup> Publicado el 16 de julio de 2004.

<sup>242</sup> Debemos señalar que el asesor de la presente tesis, el profesor Raúl Solórzano Solórzano, tiene una opinión distinta a la mencionada, pues considera que el derecho a la cultura no puede interpretarse tan ampliamente como para ir en contra de una restricción tan específica como la mencionada.

De todo lo anterior se advierte que podría interpretarse que la normativa sobre la materia tiene dos supuestos diferentes: 1) el del artículo 41, literal c, que permite comunicar sin autorización o pago, cuando se cumplen los tres requisitos citados y 2) el artículo 37 de la Decisión 351, que autoriza a que los productores de fonogramas perciban un pago por su utilización con fines comerciales. *Contrario sensu*, cuando no existan fines comerciales, los productores de fonogramas no tienen derecho a percibir un pago.

En esa línea, la única falta de la parte denunciada habría sido no solicitar autorización, no estando exceptuada para ello pero, al no existir fines comerciales, el pago no procede en este caso y no existe “provecho ilícito” demostrado en el caso: la resolución señala que el “provecho ilícito” de la demandada es “lo que dejó de pagar” (páginas 23-24) pero, como ya se mencionó, la demandada no tenía que pagar nada, porque no tiene fines comerciales.

Finalmente, cabe precisar que no estamos afirmando que el carácter educativo y no comercial de ciertas entidades lo autoricen, por ejemplo, a transmitir conciertos enteros, sin ningún tipo de control. En el presente caso, de lo señalado en la Resolución, se advierte que la falta cometida fue que TVPerú pasó 3 canciones en el lapso de más de 2 años y Radio Nacional otras tantas en el mismo periodo. Es decir, se le multa a la radio por pasar canciones (?), con un total de 10 UIT (37 mil soles en el 2013), lo que da un total de más de 6 mil soles por canción. Nuevamente, en este caso, y en general, para todos los referidos a temas que relacionan límites de derechos de autor y derecho de acceso a la cultura, consideramos que la interpretación judicial, no solo administrativa, debe realizar su actividad ponderando o analizando de forma distinta la relación entre derechos fundamentales y no limitándose a repetir el artículo 50 de la LDA.

### 3.7. Las nuevas tecnologías

Los múltiples avances tecnológicos redundan en diversidad de nuevas opciones, que antes no existían, para acceder a obras protegidas por el derecho de autor. Este es un tema tan amplio, que de por sí merecería un estudio aparte y, de hecho, existen diversos trabajos al respecto.

En esa línea, como es sabido, las nuevas tecnologías han abierto todo un panorama de difusión y acceso a la cultura, pero también de problemas y conflictos entre diversos derechos y los derechos de autor.

Esto ha producido que la sociedad y la mayoría de la población, más aún con el desconocimiento de la regulación en derechos de autor, tengan una visión mucho más abierta y completamente distinta a la considerada por la Ley.

Así, por ejemplo, si bien el intercambio en Internet de música, películas o libros no está completamente regulado en la LDA, existen dos posibles interpretaciones frente a este fenómeno tan propio de nuestro milenio.

La primera interpretación plantearía que este intercambio implica reproducción de una obra no autorizada por sus creadores. También podría interpretarse que constituye comunicación pública no autorizada. En ambos casos, compartir –sin ningún fin de lucro– estos bienes culturales sería ilegal.

Sin embargo, existe una segunda interpretación. Así, como prestar un libro o una película a otra persona es considerado un simple acto de generosidad y no una ilegalidad o un delito, compartir la música que tengo grabada en mi computadora con otra persona tampoco puede tomarse negativamente. Finalmente, cada uno puede hacer con su propiedad lo que le parezca, compartirla o regalarla inclusive. Así, como antes la gente grababa un casete en una cinta en blanco y pasaba la nueva grabación a alguien más, en el caso de Internet sucede lo mismo. Como fue señalado en el punto 2 del capítulo II de este trabajo, no puede compararse este caso, con el de un bien tangible, como un automóvil.

Esta segunda interpretación es más común de lo que pareciera. Prueba de ello es que nadie objeta o se horroriza ante alguien que comenté que descargó un libro, canción o película de la web. Más aún, si se toma en cuenta que lo hizo sin que nadie tenga beneficio lucrativo por ello. Incluso, yendo más allá, la mayoría de personas no parecen cuestionar el hecho de comprar piratería, lo que sí es un claro delito.

En esa línea, se rompe la dicotomía legal/ilegal propia de la regulación jurídica de derechos de autor del siglo XX. Esta dicotomía funcionaba en términos extremos: el creador tenía “Todos los derechos reservados” como dice la conocida frase colocada en los productos culturales. Todos los derechos a su favor, permitiendo solo algunas “excepciones” sin distinguir si afectaba o no disponer de algunos de esos derechos de forma no exclusiva (como la reproducción o difusión) a favor de consumidores sin fines de lucro.

Así, parecería que estábamos en una situación maniquea: o comprábamos películas “piratas” en algún puesto ambulatorio a un precio irrisorio o gastábamos quince veces más dicho precio, que es lo que cuesta el Blu Ray original en alguna tienda especializada de un centro comercial exclusivo.

Sin embargo, con el nuevo siglo, han surgido otros modelos que se acercan a un equilibrio más lógico. Así, por un lado, tenemos las licencias Creative Commons (CC). Esta licencia es “un contrato que vincula al autor de una obra y a los usuarios de la misma bajo las condiciones contenidas en el documento”<sup>243</sup>. Son gratuitas y hay varios tipos de estas licencias, distintas al modelo tradicional. Las licencias CC son un modelo que le da más libertad al autor para elegir qué derechos le parecen más importantes de proteger y cuáles puede hacer una concesión. Es un modelo de “Algunos derechos reservados”. Y, aunque la preferencia en el mercado de una obra, no es la única forma para determinar si un modelo funciona o no, en la práctica, es usada por muchas instituciones, como por ejemplo, para citar solo los casos del Perú, el Ministerio de Educación, el Ministerio del Ambiente, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Desco, y hasta la casa de estudios que organiza esta Maestría<sup>244</sup>.

Asimismo, han surgido otras alternativas de negocio en Internet como Itunes, Netflix o Spotify. En estas alternativas, mediante un pago mensual, no puede descargar contenido

---

<sup>243</sup> Consulta: 15 de junio de 2015  
[http://cc.pe/?page\\_id=12](http://cc.pe/?page_id=12)

<sup>244</sup> Consulta: 8 de julio de 2015  
[http://cc.pe/?page\\_id=14](http://cc.pe/?page_id=14)

ilimitado de Internet en películas o música. Estos sistemas afrontan una realidad incontrovertible: que la sociedad descarga contenido cultural por Internet, pero lejos de condenar esta práctica o acusarla ciegamente de “piratería”, regula esta realidad y brinda opciones para compensar económicamente a los creadores y facilitarles el acceso a los usuarios, además de mejor calidad.

En esa línea, existen nuevos modelos de negocio relacionados a nuevos adelantos tecnológicos que escapan a la regulación sobre la materia. Con las licencias CC se invierte la presunción del artículo 3 de la LDA en la que todos los creadores están incluidos y son “beneficiados” por las normas jurídicas. Por el contrario, con estas licencias, la voz del autor sí es escuchada y no tamizada por los intereses comerciales de disqueras, estudios cinematográficos o editoriales. Cuando una disquera como IEMPASA solo paga 42 dólares a los familiares de un intérprete por el uso de su música en la película más taquillera de la historia<sup>245</sup>, surgen dudas respecto a si el interés del artista es el mismo de la disquera.

Al respecto, debe recordarse que no todos los artistas tienen como única motivación los fines de lucro, a diferencia de las empresas productoras que sí tienen esta finalidad. Así como hay muchos artistas que respaldan el modelo actual, debe señalarse también que existen otros que consideran más importante que su obra se difunda a ganar necesariamente cierta cantidad de dinero y, en muchas ocasiones, han expresado su rotunda oposición a las políticas contra el libre intercambio de archivos o a las disqueras mismas. Así, tenemos casos tan disímiles como los de Julio Iglesias<sup>246</sup>, Radiohead<sup>247</sup>, Joaquín Sabina<sup>248</sup>, Iron Maiden<sup>249</sup>, Andrés Calamaro<sup>250</sup>, Alaska<sup>251</sup>, Robbie Williams<sup>252</sup>, Manu Chao<sup>253</sup> por citar algunos, sólo en el ámbito de las obras musicales.

<sup>245</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

<http://utero.pe/2013/10/18/quien-esta-realmente-en-contra-de-los-derechos-de-autor/>

<sup>246</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

<http://hipertextual.com/2012/01/julio-iglesias-no-me-molesta-que-me-pirateen>

<sup>247</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

<http://www.myce.com/news/Radiohead-supports-P2P-file-sharing-15768/> También puede verse:  
[http://www.pcworld.com/article/161240/radiohead\\_pink\\_floyd\\_downloading\\_music\\_not\\_crime.html](http://www.pcworld.com/article/161240/radiohead_pink_floyd_downloading_music_not_crime.html)

<sup>248</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

<http://mangasverdes.es/2006/05/06/joaquin-sabina-los-piratas-estan-en-las-multinacionales/>

<sup>249</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

<http://identidadgeek.com/iron-maiden-usa-las-descargas-bittorrent-a-su-favor/2013/12/>

<sup>250</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

<http://cucharasonica.com/2008/08/andres-calamaro-a-favor-de-la-pirateria>

<sup>251</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

<http://www.lavanguardia.com/cultura/20021024/51262763037/alaska-denuncia-el-precio-abusivo-de-los-discos-compactos.html>

<sup>252</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

<http://www.elmundo.es/elmundo/2003/01/19/cultura/1042977802.html>

<sup>253</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

<http://www.baquia.com/tecnologia-y-negocios/entry/emprendedores/manu-chao-sostiene-que-los-que-no-bajan-musica-de-internet-son-unos-gilipollas>

Esta postura, con la que se puede coincidir o no, no tiene espacio en la regulación actual, en la que el autor no puede determinar qué derechos (reproducción sin fines de lucro, comunicación pública, distribución, etc.) desea proteger con mayor intensidad que otros. En resumen, estas licencias, permiten al autor decidir qué es lo que más le conviene y, aunque no estemos de acuerdo con estas regulaciones, algo es innegable: le da opciones, le da mayor libertad.

Para concluir, debe decirse que antes de la revolución digital, la situación en el Perú de la protección de los derechos de propiedad en general, y de los derechos de propiedad intelectual en particular, ya era bastante complicada. Con las nuevas tecnologías de la información la situación se agrava aún más. Pero, así como resulta un gran desafío, también constituye una gran oportunidad para potenciar el uso de la tecnología como herramienta para que grandes sectores de la población puedan acceder más a la cultura y poder ejercitar dicho derecho.

#### 4. Hacia una interpretación distinta de los límites y excepciones al derecho de autor

Los ejemplos anteriores solo se limitan a algunos artículos de los más de doscientos que tiene la LDA. Pero el espíritu con el que han sido interpretados por muchas de las instituciones que tienen la función de difundir y facilitar el acceso a la cultura, como las bibliotecas, nos da una idea de la importancia de la interpretación que se le dé a los derechos de autor y la influencia que tendrá esto en el derecho de acceso a la cultura.

De lo contrario podríamos llegar a casos como el que suceden en Argentina donde “(...) un docente en clase que decide leer un texto que está bajo las leyes de *copyright* y exceda las 1.000 palabras, está cometiendo un acto criminal”<sup>254</sup>.

Este tipo de casos, son los que confirman nuestra hipótesis de la necesidad de la interpretación judicial distinta, no necesariamente restrictiva, en materia de límites y excepciones al derecho de autor, para garantizar el derecho de acceso a la cultura.

Por ejemplo, respecto a la postura referida a que el almacenamiento electrónico, incluso para casos de enseñanza sin fines de lucro, debe estar siempre sujeto a la autorización del autor, se ha referido que “(...) **dicha interpretación es muy restrictiva** y que ha dado lugar a una fuerte controversia, pues no permite hacer uso de las nuevas tecnologías (...)”<sup>255</sup> (resaltado agregado).

Sobre este punto cabe hacer algunas preguntas: ¿No se supone que el artículo 50 de la LDA ordena que la interpretación de los límites debe ser restrictiva? ¿Hasta qué punto se puede ser “muy” restrictiva? Este tipo de críticas solo ponen en evidencia que la interpretación restrictiva no es la solución al problema y que son los jueces los que deben

---

<sup>254</sup> HEIDEL, Evelin.

2010 “¿Cuánto cuesta tu educación gratuita?” en: *Argentina copyleft...*, ob. cit., p. 103.

<sup>255</sup> KRESALJA, Baldo.

2014 “El trato de excepción a la enseñanza en el Derecho de Autor” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 10, Lima, p. 177.

determinar, en cada caso concreto, cuando una interpretación es lesiva al derecho de acceso a la cultura o a los derechos de autor.

¿Sería una solución al problema contemplar definiciones de todas las expresiones complejas en el artículo 2 de la LDA que desarrolla varios conceptos? No lo creemos, pues “(...) ni siquiera la literalidad de la norma constituye en todas las circunstancias un límite efectivo, a veces ni siquiera es un límite deseable, a la actividad interpretativa”<sup>256</sup>.

En esa línea, quizás es importante analizar esta problemática en un sistema jurídico distinto al nuestro, como el *common law*, pero que además se caracteriza por darle mayor importancia a la judicatura, siendo un derecho donde la interpretación judicial es la herramienta básica para la modificación del derecho, tanto como el cambio normativo.

#### 4.1 La interpretación judicial de los límites y excepciones al derecho de autor en el *common law*

- a) ¿Son completamente opuestos el sistema del *common law* y el nuestro en materia de límites a los derechos de autor?

Al respecto, en ocasiones han surgido problemas en el análisis de los límites y excepciones en derechos de autor, por parte de países de estas tradiciones jurídicas diferentes como son el derecho continental y el *common law*. Sobre este punto, un ejemplo es la Solución de Diferencias (DS160) de la Organización Mundial de Comercio (OMC) que existió entre Estados Unidos y la Comunidad Europea, pues esta última reclamaba que el artículo 110 (5) de la *Copyright Act* norteamericana, trasgredía los artículos 9 y 13 del ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) y por ende, los artículos 11 y 11 bis del Convenio de Berna.

Cabe precisar el artículo 110 (5) cuestionado establece limitaciones a los derechos de autor, en forma de exenciones para la difusión por quienes no son titulares de determinadas interpretaciones o exhibiciones, a saber, 1) la “exención de uso doméstico” (para obras musicales «dramáticas») y 2) la “exención empresarial” (obras distintas de las obras musicales «dramáticas»).

En caso, el Grupo Especial de la OMC constató que la exención para uso doméstico satisfacía las prescripciones del artículo 13, por lo que era compatible con los artículos 11 y 11 bis del Convenio de Berna. Sin embargo, respecto del segundo supuesto, la “exención empresarial” no era acorde el artículo 13 citado, y por ende tampoco a las normas del Convenio de Berna. Lo que nos muestra que, así como existen puntos discordantes entre los regímenes de protección a los derechos de autor de sistemas jurídicos distintos, también pueden encontrarse puntos en común.

En esa línea, existen cada vez más puntos en común entre las dos tradiciones, y como se ha referido “(...) se ha desarrollado un proceso de gradual acercamiento entre las dos orientaciones como consecuencia de los efectos uniformizadores (...) sobre las legislaciones nacionales”<sup>257</sup>.

<sup>256</sup> BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, ob. cit., p. 115.

<sup>257</sup> MONTEZUMA PANEZ, Oscar Enrique.

Esto es más notorio aún, si se toma en cuenta que con la entrada en vigencia del TLC, se han modificado varias disposiciones de la LDA y se han importado varias disposiciones de la Digital Millenium Copyright Act (DMCA) a nuestro marco normativo. En esa línea, el capítulo 16 del referido Tratado es parte integrante de nuestro derecho actual y muchas de sus disposiciones se repiten idénticas en la LDA, por ejemplo, en el artículo 129 de esta última norma, la cual fue modificada para adecuarse al TLC, mediante Ley N.º 29316<sup>258</sup>.

No hay que olvidar que un régimen con límites y excepciones taxativos a los derechos de autor no es la única alternativa posible. Como se ha señalado, “(...) existen diferencias en cuanto al tratamiento de las limitaciones y excepciones entre la tradición jurídica latina y la tradición jurídica anglosajona, encontrándose la diferencia fundamental en que en el sistema anglosajón las limitaciones o excepciones no están sujetas a una estructura de “*numerus clausus*”, como sí sucede en los países de tradición jurídica latina, en la que no hay lugar a la aplicación analógica o extensiva de las causales”<sup>259</sup>.

b) *La interpretación judicial sobre la materia en el common law: fair use y fair dealing*

En el *common law*, los límites y excepciones a los derechos de autor también han sido analizados de forma menos restrictiva. Al respecto, en Inglaterra y Canadá existe la excepción del *fair dealing* y en Estados Unidos, la del *fair use*. De manera resumida, puede decirse que la diferencia entre ambas es que el *fair use* es más flexible y abierto, en este sistema la lista de usos es meramente ilustrativa. En contraste con esto, “(...) el *fair dealing* es tradicionalmente concebido como rígido debido a su lista circunscrita a fines permisibles. Un trato determinado debe primero caer en uno de los propósitos enumerados (primera etapa) antes de la prueba de seis factores pueden ser considerados (segunda etapa)”<sup>260</sup>.

En el caso del *fair dealing*, la postura que venimos sustentando tiene un antecedente jurisprudencial en la sentencia del caso *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* de la Corte Suprema de Canadá (2004 SCC 13.) que señala, en su parágrafo 48 que:

---

2005 “El futuro de los derechos de autor en entornos digitales”. Tesis (Lic.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, Lima, p. 51.

<sup>258</sup> Publicada el 14 de enero de 2009.

<sup>259</sup> KRESALJA, Baldo.

2014 “El trato de excepción a la enseñanza en el Derecho de Autor” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 10, Lima, p. 163.

<sup>260</sup> “(...) In contrast with the more open-ended and flexible American doctrine of fair use, fair dealing is traditionally thought to be rigid due its circumscribed list of permissible purposes. A given dealing must first fall into one of the enumerated purposes (first stage) before the six factor test can be considered (second stage) (...)” En:

DI VALENTINO, Lisa

2013 “Comparison of fair dealing and fair use in education post-pentology”, págs. 1-2 disponible en SSRN. Consulta: 15 de junio de 2015 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2320219](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2320219)

“(…) La excepción del “trato justo” quizás se pueda entender mejor como una parte integral de la Ley de Derecho de Autor y no simplemente como una defensa. Todo acto que caiga dentro de la excepción del “trato justo”, no será una violación de los derechos de autor. La excepción del “trato justo”, **al igual que otras excepciones en la Ley de Derecho de Autor, es un derecho del usuario**. En orden de mantener el equilibrio apropiado entre los derechos de un propietario de derechos de autor y los intereses de los usuarios, **no se puede interpretar en forma restrictiva** (...)”<sup>261</sup> (resaltado agregado).

Como se advierte en esta sentencia, la máxima Corte de un país, considera que la excepción de “trato justo” es un derecho del usuario y no puede interpretarse de forma restrictiva. Y esto es precisamente lo que proponemos en la presente tesis, que la función jurisdiccional en materia de derechos de autor se ejerza de tal manera que se considere a las llamadas excepciones y limitaciones, no solo de esa forma, sino también como derechos, los cuáles no tienen por qué ser interpretados de forma restrictiva.

En el caso del *fair use*, cabe señalar que “(…) en los Estados Unidos hay un sector muy importante de la doctrina que defiende el que *fair use* – que tiene como punto de partida el análisis económico del derecho – establece verdaderos derechos para los usuarios”<sup>262</sup>.

Asimismo, la tradición del *fair use*, contiene elementos que pueden ser muy útiles para la solución de casos concretos y que lamentablemente no son considerados ni en nuestra legislación, ni en la jurisprudencia. Sobre este punto, “(…) en el Perú y en otros países adscritos a la tradición latina, aspectos tales como el destino, uso, naturaleza comercial, volumen e importancia de la parte utilizada, o la influencia sobre el mercado potencial, que son materias que se toman en cuenta para determinar si hay o no “*fair use*”, no tienen validez, pues no se toma en consideración si la utilización de la obra, por ejemplo, tiene naturaleza comercial o fines lucrativos”<sup>263</sup>. Por ejemplo, tener en cuenta como criterio, en algunos casos, si existe o no fin de lucro, es un elemento a considerar y que no puede ser calificado como solo una simple “falta de conocimiento” sobre el tema”<sup>264</sup>.

Al respecto debe precisarse, como se mencionó cuando comentamos el caso del IRTP, que el artículo 3 de la LDA, al consagrar la protección de las obras sin importar su finalidad, se está refiriendo a que no importa la finalidad de esas obras, pero no está disponiendo nada respecto a la finalidad del uso de ellas.

<sup>261</sup> “(…) the fair dealing exception is perhaps more properly understood as an integral part of the Copyright Act than simply a defence. Any act falling within the fair dealing exception will not be an infringement of copyright. The fair dealing exception, like other exceptions in the Copyright Act, is a user’s right. In order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users’ interests, it must not be interpreted restrictively (...)” (traducción libre).

<sup>262</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, ob. cit., p. 390.

<sup>263</sup> KRESALJA, Baldo. “El trato de excepción a la enseñanza en el Derecho de Autor”, loc. cit., p. 164.

<sup>264</sup> “Una manifestación de falta de conocimiento la tenemos cuando un usuario considera que no infringe ningún derecho de autor si se reproduce y distribuye una obra sin ánimo de lucro”.

ZEGARRA PINTO, José Guillermo.

1999 *Multimedia y derechos de autor*. Tesis (Lic.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, Lima, p. 122.

Prueba de ello es que la consideración de la finalidad no lucrativa en el uso de ciertas obras, es un criterio previsto en el ordenamiento, en diferentes normas de la LDA, como los literales a, c y f del artículo 43 o el artículo 196B, numeral IV. En esa línea, sugerir que como parte de los límites y excepciones a los derechos de autor, se considere la finalidad no lucrativa como un elemento importante, no es ninguna novedad. El tema en cuestión, es delimitar esta característica.

Como se puede advertir, aunque desde la vigencia de la LDA, hace casi veinte años, existen las excepciones a favor de entidades sin fines de lucro como las bibliotecas, esto no implica, como se cree erróneamente, que los usuarios de obras efectuarán simulaciones para no pagar ¿En veinte años los usuarios de obras han fundado bibliotecas compulsivamente para no pagar por derechos de autor? Por supuesto que no (y si hubiera sucedido, quizás hasta no sería tan malo teniendo en cuenta la problemática de las bibliotecas en el Perú<sup>265</sup>).

En esa línea, no existe ningún sustento para concluir que tener en cuenta la finalidad no lucrativa para límites y excepciones de derechos de autor en el Perú (que ya es considerada en algunas disposiciones normativas desde hace casi dos décadas), produciría que la protección de la propiedad intelectual disminuya en nuestro país. Pero ya que hablamos de estadísticas, no está de más recordar que nos encontramos en el último lugar en porcentaje de lectura de libros en América Latina<sup>266</sup> y, de los que leen, también nos encontramos en último lugar en comprensión lectora<sup>267</sup>.

No obstante lo anterior, no debe confundirse la realización de actividades económicas con el tener una finalidad lucrativa. Incluso las personas jurídicas sin fines de lucro, como las asociaciones, pueden realizar actividades económicas sin que eso implique tengan fines de lucro. Cuando una biblioteca, compra cien ejemplares de libros o películas, se está realizando una actividad económica (compraventa), pero es evidente que la biblioteca no lo hace con fines de lucro.

Incluso, yendo más allá, una actividad más compleja como la realización de una fiesta pro fondos, aunque puede generar ganancias, no necesariamente puede hacernos concluir que la asociación tiene fines de lucro. Al respecto, la finalidad no lucrativa está definida "(...) en función a la relación existente entre los integrantes y la persona jurídica, y no por el tipo de actividad a desarrollar a través de ésta (...) la finalidad no lucrativa excluye, de manera general, la búsqueda de beneficios patrimoniales por parte de sus integrantes con los ingresos y/o bienes de la respectiva organización, de modo tal que los bienes se encuentran permanentemente 'afectados' al cumplimiento del objeto social"<sup>268</sup>.

---

<sup>265</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

<http://elcomercio.pe/lima/ciudad/biblioteca-nacional-no-hace-efectiva-coordinacion-districtos-noticia-1785366>

<sup>266</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

<http://elcomercio.pe/lima/sucesos/peru-ultimo-porcentaje-lectura-libros-america-latina-noticia-1405628>

<sup>267</sup> Consulta: 15 de junio de 2015

[http://www.rpp.com.pe/2013-12-03-pisa-peru-ultimo-lugar-en-comprension-de-lectura-matematica-y-ciencias-noticia\\_652086.html](http://www.rpp.com.pe/2013-12-03-pisa-peru-ultimo-lugar-en-comprension-de-lectura-matematica-y-ciencias-noticia_652086.html)

<sup>268</sup> BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier de y Beatriz PARODI LUNA.

1998 "Marco legal de sector privado sin fines de lucro en el Perú" en *Apuntes* N.º 43, p. 26.

<http://revistas.up.edu.pe/index.php/apuntes/article/view/292/282>

En ese sentido, para cierto sector de la doctrina<sup>269</sup>, mientras una organización no reparta los beneficios económicos que obtenga entre sus miembros, en vez de destinarlos a la finalidad para la que fue creada, dicha organización será considerada sin fines de lucro.

Al margen de este punto, y sin que sea el objeto de este estudio determinar el alcance de la expresión “sin fines de lucro”, una vez más queda claro lo que hemos venido sosteniendo: que es la judicatura la que deberá interpretar los alcances de cada límite o excepción a los derechos de autor y, para ello, deberá tener en cuenta a otro derecho fundamental, como el derecho de acceso a la cultura. Es en esa línea, en la que deberá desentrañarse el significado de expresiones como las mencionadas.

En esa línea, puede considerarse las ventajas de un sistema más abierto como el *fair use*, sin perder las ventajas de nuestro sistema continental, que son tener un sistema con causales más precisas y que pueden ser más sencillas de entender, como ha sido reconocido incluso por autores norteamericanos<sup>270</sup>.

#### 4.2 Los límites a los derechos de autor no deben interpretarse como excepciones, sino como otros derechos.

Se ha señalado que la interpretación en general, debe ser una *desde* los derechos fundamentales, debe realizarse “(...) teniendo en cuenta el significado de los derechos en un sentido tanto negativo como positivo. En sentido negativo ya que el significado que se atribuya a una determinada disposición no puede trasgredir el de un derecho fundamental; en sentido positivo **ya que el significado de una disposición debe ser aquel que más favorezca a los derechos**”<sup>271</sup> (resaltado agregado).

Como se advierte, la interpretación de cualquier disposición, como las de la LDA debe buscar favorecer a la mayor cantidad de derechos, no solo a uno, en ese sentido, debe tenerse en cuenta a estos otros derechos.

En esa línea, una interpretación de los derechos de autor debe tener en cuenta otros derechos como los de acceso a la cultura (que se manifiesta por ejemplo con la copia

<sup>269</sup> Por ejemplo:

BOZA DIBOS, Beatriz.

1988 “La persona jurídica sin fines de lucro: ¿Entidades meramente altruistas o filantrópicas?” en: *Thémis*, segunda época, N.º 11, p. 78.

También revisar:

LUNA VICTORIA, César.

1986 “El Régimen Patrimonial de las Asociaciones Civiles” en: *Thémis*, N.º 5, p. 51 y 55.

<sup>270</sup> “El uso justo podría cumplir mejor su función si el Congreso siguiese parcialmente la práctica de los sistemas europeos de derechos de autor. Concretamente, el Congreso podría especificar ciertos usos que quedarían fuera del alcance de la ley de copyright. Sin embargo, el Congreso no debería seguir a los europeos a pie juntillas, pues la flexibilidad de la vigente legislación de uso justo promueve que sea desarrollada. En consecuencia, la doctrina del uso justo debería mantenerse de tal modo que aquellos que pueden permitirse a los abogados necesarios puedan presionar para que la ley se desarrolle de modos que le den sentido. Pero, al mismo tiempo, debe acompañarse de un sistema más claro y simple que regule a todos los demás”.

LESSIG, Lawrence

2012 *Remix. Cultura de la remezcla y derechos de autor en el entorno digital*. Barcelona, Icaria, p. 312.

<sup>271</sup> PECES-BARBA, Gregorio, ob. cit., p. 575.

privada), libertad de expresión (se manifiesta por ejemplo con la parodia) y libertad de información (por ejemplo, el derecho de cita).

No obstante, la normativa actual considera que muchas de las que deberían ser legítimas manifestaciones de otros derechos como los mencionados, son solo “excepciones” a un solo bloque monolítico normativo: los derechos de autor.

Esta visión olvida que “(...) el derecho de autor no es absoluto. Al igual que los otros derechos, también está sometido a ciertos límites que garantizan prerrogativas no menos significativas, que impiden considerar al autor como el único protagonista en un ámbito en el que se encuentra aislado con una creación que le pertenece”<sup>272</sup>.

Así, los derechos de autor parecerían ser la regla suprema en cuestión de cultura. El resto de derechos solo constituyen “excepciones” a dicha regla (como se aprecia de los artículos 41 al 49 de la LDA) y, al ser excepciones, deben interpretarse restrictivamente (artículo 50 de la LDA).

Sin embargo, la visión que parece dominar en la sociedad parece ser exactamente la opuesta. Pues, visto desde otra perspectiva la copia para uso personal o educativa o la difusión de una canción en un ámbito familiar, sin fines de lucro son el legítimo ejercicio de derechos (a la cultura y a la libertad de expresión, respectivamente), no constituyendo excepción alguna.

Al contrario, podría decirse, como lo dijo el especialista en propiedad intelectual Germán Bercovitz cuando dijo que “el propio derecho de autor es también una excepción a la libertad de expresión y a la libertad de información”<sup>273</sup>.

En esa línea, el uso equitativo y permisible de obras con derechos de autor, “(...) se debe entender y utilizar, no en forma negativa, como una simple excepción, sino más bien en forma positiva, como un derecho del usuario integral a la ley del derecho de autor”<sup>274</sup>. Otros autores también han entendido que los “usos justos” deben ser denominados o considerados derechos<sup>275</sup>.

Lo que venimos desarrollando ha sido también considerado por otros autores que señalan que:

“(...) los límites a los derechos de autor que encuentran justificación en derechos fundamentales **constituyen auténticos derechos de los**

<sup>272</sup> RODRIGUEZ MORENO, Sofía, ob. cit., p. 61.

<sup>273</sup> Citado por BRAVO, David, ob. cit., p. 105.

<sup>274</sup> DRASSINOWER, Abraham, ob. cit., p. 112.

<sup>275</sup> “Lo que necesitamos es un término nuevo para referirnos a esos usos justos, razonables, con sentido común y sin fines de lucro de los contenidos digitales que consumimos y usamos. Yo propongo derechos digitales”. En:  
LASICA, J.D.  
2006 *Darknet. La guerra de las multinacionales contra la generación digital y el futuro de los medios audiovisuales*. Madrid, Nowtilus, p. 182.

**usuarios** de las obras intelectuales, a pesar de la opinión generalizada de que los límites son simples intereses jurídicamente protegidos. Y ello tiene una importante consecuencia en materia de interpretación de los límites, en el sentido de que **debe abandonarse el principio de interpretación restrictiva y conceder cierta flexibilidad a los jueces a la hora de aplicarlos**, a fin de permitir su adaptación a los cambios sociales cuando así lo hagan los derechos de autor, pues de lo contrario se rompería el equilibrio<sup>276</sup> (resaltado agregado).

En esa línea, los jueces podrían solucionar parte de los problemas que implican las excepciones al derecho de autor, analizándolas no como excepciones sino como derechos, como manifestaciones del derecho de acceso a la cultura. Al ser considerados derechos, su interpretación puede ser más amplia y protectora de las personas.

De lo anterior, considerando la rapidez de los cambios tecnológicos que posibilitan una mayor acceso a obras con derechos de autor, creemos que la judicatura podrá adaptarse más rápido a la resolución de casos concretos sobre la materia, sin tener que esperarse a que el legislador constantemente modifique las normas sobre derechos de autor para tratar de recuperar el ansiado equilibrio entre derechos.

Incluso, la interpretación judicial de los límites y excepciones puede ser útil no solo para los usuarios, sino también para los mismos autores y dueños de derechos, tomando en cuenta que “(...) los límites que impone la ley **pueden dar lugar a interpretaciones ambiguas**, por lo que en la práctica se constatan a menudo excesos en la aplicación de esta excepción. Por ejemplo algunos autores no comparten la idea de permitir la copia integral de obras breves con fines de enseñanza, pues el daño que se les causa no depende –señalan– de la extensión de la obra, sino de la proporción que se intente reproducir comparada con la extensión de aquella”(resaltado agregado)<sup>277</sup>. Para evitar estas interpretaciones ambiguas, o al menos garantizar un control judicial de estas, los jueces deben tener una mayor intervención en la interpretación de los límites y excepciones, sin tener que estar necesariamente “encadenados” a una interpretación restrictiva.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, para resolver conflictos entre el derecho de autor y otros como el derecho de acceso a la cultura, la judicatura sería más independiente y neutral que un órgano administrativo como INDECOPI, que tiene como función “(...) la protección de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones”<sup>278</sup>. En esa línea, sería tan poco neutral como que dichos casos sean vistos por un Tribunal del Ministerio

---

<sup>276</sup> EVANGELIO LLORCA, Raquel

2008 “La libre consulta de obras mediante terminales especializados” en: *Límites a la propiedad intelectual v nuevas tecnologías incidencias por la Ley 23/2006, de 7 de julio*, Juan Antonio Moreno Martínez, (coord.). Madrid, Dykinson, p. 125.

<sup>277</sup> KRESALJA, Baldo. “El trato de excepción a la enseñanza en el Derecho de Autor”, loc. cit., p. 176.

<sup>278</sup> De acuerdo a los artículos 2 y 30 del Decreto Ley N.º 25868, de 24 de noviembre de 1992, norma original de creación de INDECOPI. La norma fue derogada por Decreto Legislativo N.º 1033, de 25 de junio de 2008, el cual señala en su artículo 2, literal h) que una de las funciones de este organismo es “Administrar el sistema de otorgamiento y protección de los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones”.

de Cultura, que tiene como función facilitar el acceso de la población a las artes y a los derechos culturales<sup>279</sup>.

Una participación activa del juez podría llevar a que, en algunos casos, este pueda determinar o autorizar el uso de una obra, sin autorización del titular del derecho, interpretando a contrario el artículo 39 de la LDA que señala:

*“Artículo 39.- 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” (resaltado agregado).*

Como se advierte de la disposición citada, interpretándola a contrario, un juez podría autorizar en un caso concreto el uso de una obra, por ejemplo determinar si una municipalidad distrital, una escuela o una biblioteca pueden usar una obra musical o literaria. Esta autorización daría mayor eficacia a sus fallos en los que determine que un supuesto particular constituye una excepción a los derechos de autor.

En ese sentido, un síntoma de la ausencia de participación de la judicatura respecto al tema de derechos de autor, se puede verificar si se toma en cuenta que no se aprecia que los juzgados civiles estén desarrollando jurisprudencia al respecto, a pesar que la ley permite que estas demandas sean interpuestas ante ellos, sin necesidad de agotar la vía previa administrativa, de acuerdo al artículo 173 de la LDA<sup>280</sup>. Algo similar sucede con los juzgados penales y constitucionales, a pesar de la normativa sobre la materia y que, por ejemplo, un proceso de amparo es procedente contra cualquier derecho reconocido en la Constitución, incluida la libertad de creación artística e intelectual (numerales 5 y 25 del artículo 37 del Código Procesal Constitucional)<sup>281</sup>.

Sin embargo, existen muchos casos al respecto ventilándose en INDECOPI, como puede apreciarse de sus resoluciones, lo que nos lleva a la siguiente conclusión: **en el Perú, los derechos fundamentales consagrados en el artículo 2.8 de la Constitución se delimitan en la vía administrativa y no en la vía judicial.** Esto es relevante, sobre todo para los estudios de la presente maestría, porque es una muestra del gran vacío de actividad del Poder Judicial, e incluso del Tribunal Constitucional, en un tema de derechos fundamentales. En ese sentido, es importante encontrar insumos que sirvan para entender mejor los derechos de autor y que puedan ser considerados por la judicatura.

<sup>279</sup> De acuerdo a los artículos 7, literal c) y 8, literal a) de la Ley N.º 29565.

<sup>280</sup> “Artículo 173.- Sin perjuicio de las acciones civiles y penales que se interpongan ante las autoridades judiciales competentes, los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en la legislación sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos, o sus representantes, podrán denunciar la infracción de sus derechos ante la Oficina de Derechos de Autor en su condición de Autoridad Administrativa Competente; **no constituyendo esta última, en ninguno de los casos, vía previa**”. (el resaltado es agregado)

<sup>281</sup> “Artículo 37.- Derechos protegidos  
El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: (...)  
5) A la creación artística, intelectual y científica; (...)  
25) Los demás que la Constitución reconoce”.

Asimismo, la falta de desarrollo del derecho de acceso a la cultura afecta a la población en su conjunto y cada vez cobra más vigencia, por la facilidad con la que se puede obtener información en la actualidad, por las innovaciones tecnológicas. En esa línea, es en parte responsabilidad de la judicatura el conseguir un equilibrio entre ambas posturas en conflicto, como parte de las políticas públicas que deben fomentar los gobiernos para permitir la innovación y el acceso a la cultura<sup>282</sup>.

De todo lo anterior, teniendo en cuenta que ambos intereses en conflicto constituyen derechos fundamentales, y que en los casos concretos el protector de los derechos es el juez, se puede concluir que será la judicatura la que deberá, a través de una interpretación creativa de las normas y casos, tratar de restablecer el equilibrio entre acceso a la cultura y derechos de autor.



---

<sup>282</sup>DÍAZ, Álvaro.  
2008

*América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio.* Santiago de Chile: CEPAL, p. 11.

## CONCLUSIONES

1. La cultura, aunque es un fenómeno muy complejo y difícil de definir, tiene sin duda una relación con el Derecho, lo que sustenta la existencia de derechos culturales.
2. Los derechos culturales pueden tener muchas manifestaciones relacionadas con el arte y la educación. Una de esas manifestaciones es el derecho de acceso a la cultura, el cual ha sido reconocido por tratados internacionales y diferentes normas.
3. El derecho de acceso a la cultura está fuertemente relacionado con los derechos de propiedad intelectual, como el derecho de autor. En la Constitución peruana, ambos derechos fundamentales se encuentran regulados en la misma disposición: el artículo 2.8. La existencia de este derecho está sustentada en tratados internacionales, doctrina y sentencias del Tribunal Constitucional.
4. La relación entre el derecho de acceso a la cultura y los derechos de autor se aprecia más claramente respecto a lo que se conoce como los límites y excepciones del derecho de autor.
5. La normativa de derecho de autor en el Perú establece que estos límites y excepciones deben ser interpretados restrictivamente, lo que no es adecuado teniendo en cuenta que una interpretación restrictiva favorece a uno de los derechos (el derecho de autor) en perjuicio del otro (el derecho de acceso a la cultura).
6. En los últimos meses, surgieron muchos proyectos de Ley para modificar la LDA en lo referido a límites y excepciones, hasta que finalmente el 3 de diciembre de 2014, mediante Ley N.º 30276, se aprobó una modificación que amplía un poco estos límites en beneficio del derecho de acceso a la cultura. Sin embargo, la modificación normativa no es la única solución al problema.
7. Teniendo en cuenta que tanto el derecho de autor, como el derecho de acceso a la cultura son derechos constitucionales, es decir tienen el mismo rango, no podría interpretarse restrictivamente siempre a favor de uno. Por el contrario, ambos derechos deben mantener una posición de equilibrio. Para alcanzar ese equilibrio, la interpretación no puede ser siempre restrictiva, como señala el artículo 50 de la LDA.
8. Alcanzar ese equilibrio es difícil, pero existen algunos puntos que deben tomarse en cuenta dentro de la regulación de los límites y excepciones, como son las medidas a favor de las bibliotecas, el derecho a la copia privada y las facilidades para la reproducción en el ámbito académico, la disminución de los plazos de protección, etc.
9. En esa línea, expresiones como “acto oficial”, “fines de lucro”, “uso exclusivamente personal”, “obra agotada”, “ámbito doméstico” entre otras, deben ser interpretadas de acuerdo al caso concreto y considerando el derecho de acceso a la cultura, lo que puede implicar que no necesariamente la interpretación sea restrictiva.
10. Tomando en cuenta algunos de estos supuestos, los jueces podrían solucionar parte de los problemas que implican las excepciones al derecho de autor, analizándolas no como excepciones sino como derechos, como manifestaciones del derecho de acceso a

la cultura. Al ser considerados derechos, su interpretación puede ser más amplia y protectora de otros derechos de las personas, como el derecho de acceso a la cultura.



## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIÑADA, Sergio y Claudia ORTIZ.  
2008 “Marco legal e institucional de los derechos de autor y conexos en El Salvador” en: *Acceso a la cultura y derechos de autor: excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Santiago de Chile, ONG Derechos digitales, págs. 79-101.
- ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio.  
2012 “Métodos de interpretación jurídica” en: *Quid Iuris*, año 6, volumen 16, marzo, p. 33-58.  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/cnt/cnt4.pdf>
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo.  
2012 *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*, Madrid: Reus, 575 págs.  
2009 *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana- Temis, 760 págs.  
2007a *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Madrid: Reus, 623 págs.  
2007b “Los límites al derecho patrimonial del autor en el moderno entorno tecnológico” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 3, págs. 155-180.  
2005 “Las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital” en: *XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre derechos de autor y derechos conexos para países de América Latina*. Asunción, OMPI, p. 3. En:  
[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_2.pdf)
- ASCARELLI, Tullio.  
2011 “Jurisprudencia Constitucional y teoría de la interpretación” en: POZZOLO, Susana y Rafael ESCUDERO (Editores) *Disposición vs. Norma*, Lima, Palestra, p. 19-38.  
1970 *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona, Bosch, p. 631.
- ÁVILA ORTIZ, Raúl,  
2002 “Derecho constitucional cultural Iberoamericano” en: *Educación, ciencia y cultura. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México D.F.: UNAM, pp. 4-5.
- BAQUERIZO BALDEÓN, Manuel J.  
1958 *Derechos de autor sobre las obras literarias*. Tesis (Br.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Lima, 140 págs.

- BARDALES, Enrique.  
2009 “Acceso a la cultura y derechos de autor” Consulta: 10 de mayo de 2015  
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/enriquebardales/2009/11/03/acceso-a-la-cultura-y-derechos-de-autor/>
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen.  
2011 *Constitucionalismo y función judicial*. Lima, Grijley, 141 págs.
- BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier de y Beatriz Parodi Luna.  
1998 “Marco legal de sector privado sin fines de lucro en el Perú” en *Apuntes*, N.º 43, p. 19-44.  
<http://revistas.up.edu.pe/index.php/apuntes/article/view/292/282>
- BERCOVITZ, Germán.  
1997 *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*. Madrid, Tecnos, 450 págs.
- BERCOVITZ, Rodrigo.  
2007 “La tutela de los derechos de Propiedad Intelectual en el ámbito digital” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 3, págs. 117-130.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique.  
1996 *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: CIEDLA, 798 págs.
- BOZA DIBOS, Beatriz.  
1988 “La persona jurídica sin fines de lucro: ¿Entidades meramente altruistas o filantrópicas?” en: *Thémis*, Segunda época, N.º 11, p. 77-81.
- BRAVO BUENO, David.  
2005 *Copia este libro*. Dmem, S. L., 2005, 144 págs.
- BUGANZA GONZÁLES, María del Carmen.  
1997 “El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura”. Tesis de doctorado en derecho mercantil. Universidad de Barcelona, 1995-1997, 386 págs.
- BULLARD, Alfredo.  
2005 “Reivindicando a los piratas: ¿es la propiedad intelectual un robo?” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 1, 2005, págs. 327-357.
- BUSANICHE, Beatriz  
2013 “Tensiones existentes entre la Ley N.º 11.723 y el marco constitucional de los Derechos Culturales en Argentina”. Tesis de maestría en propiedad intelectual. Buenos Aires, FLACSO, 205 págs.  
  
2007 “¿Por qué no hablamos de propiedad intelectual?” En: *Monopolios artificiales sobre bienes intangibles*. Córdoba: Fundación Vía Libre, 132 págs.
- CABEDO SERNA, Llanos

- 2008 “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección” en: *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías incidencias por la Ley 23/2006, de 7 de julio*, Juan Antonio Moreno Martínez, (coord.). Madrid, Dykinson, págs. 65-118.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis.  
2007 *Los derechos constitucionales*. Tercera edición. Lima, Palestra, 477 págs.
  - 2006 *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, 2 Tomos, Lima, Palestra.
  - CAVERO SAFRA, Enrique  
2014 “Comentarios a las modificaciones introducidas por Ley N.º 30276 a la Ley sobre el Derecho de Autor”. En: *Actualidad jurídica*, diciembre N.º 253, págs. 153-154.
  - CERDA SILVA, Alberto (editor)  
2008 *Acceso a la cultura y derechos de autor. Excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Santiago de Chile, ONG Derechos digitales, 158 págs.
  - CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique.  
2010 “El derecho a la cultura como derecho fundamental” en: *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 4, N.º 1, pp. 92-116.
  - CIRO, Tony.  
2005 “The scarcity of intellectuall property” en: *Journal of Information Law & Technology*. [http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2005\\_1/ciro/](http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2005_1/ciro/)
  - COMISIÓN SOBRE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL,  
2002 “Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo”, Informe de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, Londres, 178 págs.  
[http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi\\_Lingual\\_Documents/Multi\\_Lingual\\_Main\\_Report/DFID\\_Main\\_Report\\_Spanish\\_RR.pdf](http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Spanish_RR.pdf)
  - CONGRESO DE LA REPÚBLICA  
2001 *Debate Constitucional*, Tomo I, 1993, p. 213. Consulta: 15 de junio de 2015.  
<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/ComiConstRegl a/TomoCompleto/Tomol.pdf>
  - CORDOVA MEZARINA, Jorge Alberto  
2013 “La excepción de copia privada en el derecho de autor frente a las medidas tecnológicas de protección: ¿una limitación a la excepción?”. Tesis (Br.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Lima, 140 págs.
  - CREW, Kenneth.  
2008 “Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos” Ginebra, OMPI, p. 7, Consulta: 10 de mayo de 2015  
[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr\\_17/sccr\\_17\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_17/sccr_17_2.pdf)

- DE FREITAS STRAUMANN, Eduardo.  
2012 “Los límites al derecho patrimonial de los autores y titulares de derechos conexos en el entorno digital” en: *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías ¿intereses compatibles o contrapuestos? Homenaje a Carlos Alberto Villalba*. Lima, APDAYC, p. 167-187.
- 2007 “Los derechos patrimoniales en el entorno digital” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 3, págs. 131-154.
- DE PARANAGÚA MONIZ, Pedro.  
2008 “Excepciones y limitaciones al derecho de autor en Brasil” en: *Acceso a la cultura y derechos de autor: excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Santiago de Chile, ONG Derechos digitales, págs. 55-77.
- DELGADO PORRAS, Antonio.  
2006 “Las licencias “creative commons” con referencia a las versiones/adaptaciones españolas números 2.1 y 2.5” en: *El derecho de autor ante los desafíos de un mundo cambiante. Homenaje a la profesora Delia Lypszic*. Lima, Palestra, págs. 221-337.
- DI VALENTINO, Lisa  
2013 “Comparison of fair dealing and fair use in education post-pentology”, 41 págs., disponible en SSRN:  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2320219](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2320219)
- DÍAZ, Álvaro.  
2008 *América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. Santiago de Chile: CEPAL, 2008, 242 págs.
- DORANTES DÍAZ, Francisco Javier.  
2002 “Reforma de la Constitución en materia cultural” en: *Educación, ciencia y cultura*, loc. cit., p. 101-102.
- DRASSINOWER, Abraham.  
2010 “From distribution to dialogue: remarks on the concept of balance in Copyright Law” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 6, págs. 133-150.
- 2008 “Examinando atentamente los derechos del usuario” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, Lima, N.º 4, p. 109-124.
- DWORKIN, Ronald.  
1994 *El dominio de la vida: una discusión acerca de la aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Madrid, Ariel, 357 págs.
- EAST, Enrique.  
1940 *Los derechos de autor*. Tesis (Br.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Lima, 91 págs.
- ELÍ MARTÍNEZ, Gerson y Georgina HANDAL.

- 2008 “Una aproximación al vínculo entre el acceso al conocimiento y los derechos de autor, desde una perspectiva económica” en: *Acceso a la cultura y derechos de autor: excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Santiago de Chile, ONG Derechos digitales, p. 105.
- ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia.  
2006 *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*. Granada: Comares, 224 págs.
  - ESPÍN CÁNOVAS, Diego.  
1996 *Los derechos del autor de obras de arte*. Madrid, Civitas, 240 págs.
  - EVANGELIO LLORCA, Raquel  
2008 “La libre consulta de obras mediante terminales especializados” en: *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías incidencias por la Ley 23/2006, de 7 de julio*, Juan Antonio Moreno Martínez, (coord.). Madrid, Dykinson, págs. 121-176.
  - FARRELL, Martín D.  
1995 “¿Hay derechos comunitarios?” en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, N.º 17-18, p. 69-94.
  - FERRERO DIEZ CANSECO, Gonzalo.  
2002 “Derechos de autor en la era digital y tratados Internet” en: *Derecho & sociedad* -- Año 13, N.º. 18, p. 163-169.
  - FERREYROS CASTAÑEDA, Marisol.  
2013 “El derecho a crear y el derecho a la cultura” (Comentarios al artículo 2.8 dela Constitución) en: VARIOS AUTORES. *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo: obra colectiva escrita por 166 destacados juristas del país*. 2º edición, 3 volúmenes. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 194-195).
  - 2007 “De Gutenberg a Internet ¿Reforma o revolución en el Derecho de Autor?” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 3, págs. 93-116.
  - 2002 *Derechos de autor*. Lima, Gaceta Jurídica, 2002, 60 págs.
  - FÍCSOR, Mihaly.  
2007 “Cambiano el derecho de autor para que sus valores permanezcan inalterables” en *El derecho de autor en el siglo XXI: el lugar del autor ante los desafíos de la modernidad. Evolución del acuerdo sobre los ADPIC y de los tratados de la OMPI de 1996*. Congreso ALAI Punta del Este, Uruguay, p. 301 y ss.
  - FORERO GARCÍA CALDERÓN, Manuel.  
1962 *El derecho de autor; integrante de los derechos intelectuales*. Tesis (Br.) -- Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Lima, 263 págs.
  - FOSSATTI, Mariana y Jorge GEMETTO

- 2013 “Una sociedad que se prepara para el debate sobre acceso a la cultura”  
Consulta: 10 de mayo de 2015  
<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=173981>
- GALINDO GARFIAS, Ignacio.  
1981 *Estudios de Derecho Civil*, México, UNAM, 388 págs.  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=876>
  - GAMBOA, Felipe.  
2011 “La paradoja del derecho a la cultura en el Perú” Consulta: 10 de mayo de 2015  
<http://enfocado.derecho.com/la-paradoja-del-derecho-de-la-cultura-en-el-peru/>
  - GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio.  
2003 *El derecho de autor en Internet: los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al derecho español de la Directiva 2001/29/CE*. Granada: Comares, 669 págs.
  - GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA.  
2005 *La argumentación en el Derecho*. Lima, Palestra, 414 págs.
  - GÉNY, François.  
2000 *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*. Granada, Comares, 534 págs.
  - GINSBURG, Jane.  
2007 “The author’s name as a trademark: a perverse perspective on the moral right of paternity?” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 3, págs. 75-84.
  - GUASTINI, Riccardo.  
2000 *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 2da edición. México, Porrúa-UNAM, 137 págs.  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1651>
  - GUTIÉRREZ, Walter (director).  
2013 *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo: obra colectiva escrita por 166 destacados juristas del país*. 2da edición, 3 volúmenes. Lima: Gaceta Jurídica.
  - HÄBERLE, Peter.  
2010 “Métodos y principios de la interpretación constitucional” en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, N.º 13, Consulta: 10 de mayo de 2015 <http://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/Haeberle.htm>
  - 2004 *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima: Palestra, 238 págs.
  - HARVEY, Edwin R.  
1995 “Derechos culturales”, p. 7. Consulta: 10 de mayo de 2015

[http://repositoriorecursos-download.educ.ar/repositorio/Download/file?file\\_id=f6fbee9c-7a06-11e1-8308-ed15e3c494af](http://repositoriorecursos-download.educ.ar/repositorio/Download/file?file_id=f6fbee9c-7a06-11e1-8308-ed15e3c494af)

- HEIDEL, Evelin.  
2010 “¿Cuánto cuesta tu educación gratuita?” en: *Argentina copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*. Villa Allende, Fundación Vía Libre, p. 99-106.
- HOLMES, Stephen y Cass R. Sunstein.  
2012 *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires, Siglo XXI, 264 págs.
- JARAMILLO GALLARDO, Paula.  
2008 “Acceso a la cultura y regulación de Derecho de autor. Desde la perspectiva de los acuerdo comerciales suscritos por Chile” en: *Acceso a la cultura y derechos de autor: excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Santiago de Chile, ONG Derechos digitales, p. 17-29.
- JEFFERSON, Thomas.  
1905 *The Writings of Thomas Jefferson*. Editado por Andrew A. Lipscomb y Albert Ellery Bergh. Washington: Thomas Jefferson Memorial Association, 20 Vol.  
En: [http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1\\_8\\_8s12.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_8s12.html)
- KARTASHKIN, Vladimir.  
1948 “Derechos económicos, sociales y culturales” en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, dirigido por Karel Vasak, UNESCO, París.
- KEMP, Brodi  
2003 “Copyright’s digital reformulation” en: *Yale Journal of Law and Technology*, Vol. 5, Iss. 1, p. 14-153. Consulta: 10 de mayo de 2015  
<http://digitalcommons.law.yale.edu/yjolt/vol5/iss1/4>
- KRESALJA, Baldo.  
2014 “El trato de excepción a la enseñanza en el Derecho de Autor” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 10, Lima, págs. 145-202.
- 2010 “Deleite en la sumisión” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 6, Lima, págs. 125-132.
- KRESALJA SANTOS, Rosa María.  
2007 “¿Un beneficioso germen con ganas de propagarse?: las nuevas tecnologías de audio y su repercusión en los derechos de autor” Tesis (Lic.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, Lima, 541 págs.
- KRUGMAN, Paul y Robin WELLS.  
2007 *Microeconomía: introducción a la economía*. Barcelona, Reverté, 626 págs.

- LANDA, César.  
2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: recopilación y sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que versa acerca de derechos fundamentales*. Lima, Palestra, 408 págs.
- LASICA, J.D.  
2006 *Darknet. La guerra de las multinacionales contra la generación digital y el futuro de los medios audiovisuales*. Madrid, Nowtilus, 367 págs.
- LEÓN Y LEÓN, Gustavo.  
2007 "Copyright vs. Copyleft: problemática jurídica del software libre" en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 3, págs. 203-224.
- LESSING, Lawrence.  
2012 *Remix. Cultura de la remezcla y derechos de autor en el entorno digital*. Barcelona: Icaria, 365 págs.  
  
2005 *Cultura libre: cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*. Traducción de Antonio Córdova. Chile; LOM ediciones, 265 págs.
- LIPSZYC, Delia.  
2007 "Derechos de autor y diversidad cultural" en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 3, págs. 85-92.  
  
2004 *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. París: UNESCO, 525 págs.  
  
1993 *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 993 págs.
- LIRA, Isabel, Carmen María ACCINELLI, Jimena ALIAGA.  
2007 "Creative commons: una respuesta legal frente a los desafíos de los derechos de autor en la sociedad de la información: entrevista a William W. Fisher III y Lawrence Lessig"; traducción de Mario Fernando Drago, María José Higuera. *Thémis* -- Época 2, no. 54, p. 315-320.
- LITMAN, Jessica.  
2008 "Sharing and stealing" en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 4, págs. 453-491.
- LÓPEZ HURTADO, Mariana y Francisco José VALENTÍN RUIZ.  
2013 "El papel de la cultura en el Estado Social y Democrático de Derecho" en: *Revista Online de Estudiantes de Derecho*, N.º 3, p. 12. Consulta: 10 de mayo de 2015 <http://www.uam.es/otros/roed/docs/cultura3.2013.pdf>
- LUNA VICTORIA, César.  
1986 "El Régimen Patrimonial de las Asociaciones Civiles" en: *Thémis*, N.º 5, p. 49-57.

- MATA Y MARTÍN, Ricardo M (dir.).  
2011 *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet*. Las Rozas: La Ley, 352 págs.
- MATOS REYES, Nancy.  
2006 “*La piratería: ¿problema o solución?*” Universidad ESAN. Documento de trabajo N.º 18, 78 págs.
- MIRANDA, Jorge.  
2010 “Notas sobre cultura, Constitución y derechos culturales” en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, N.º 13, Consulta: 10 de mayo de 2015 <http://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/02Miranda.htm>
- MONTEZUMA PANEZ, Oscar Enrique.  
2014 “Modifican Ley sobre el Derecho de Autor para usos educativos en entornos digitales”. En: *Actualidad jurídica*, diciembre N.º 253, p. 155-156.  
  
2005 “El futuro de los derechos de autor en entornos digitales”. Tesis (Lic.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, Lima, 378 págs.
- MOORE, Adam  
2003 “Intellectual property, innovation, and social progress: the case against incentive based arguments” En: *Hamline Law Review*, Vol. 26, p. 602-630.
- MORACHIMO, Miguel  
2010 “Acceso a la cultura y política editorial del Estado” Consulta: 10 de mayo de 2015  
<http://www.blawyer.org/2010/11/08/acceso-cultura-politica-editorial-estado/>
- MURILLO CHÁVEZ, Javier André  
2015 “Abriendo caminos. Acceso a la cultura, educación a distancia y digitalización de obras en los límites y excepciones a los derechos de autor”. En: *Actualidad Jurídica*, enero N.º 254, págs. 170-182.  
  
2014 “Todo es cuestión de precisión: Trazos teóricos comentando una crítica radical al régimen de Derechos de autor” en: *Ius 360°*. Consulta: 10 de mayo de 2015.  
[http://www.ius360.com/privado/todo-es-cuestion-de-precision/#\\_ftn15](http://www.ius360.com/privado/todo-es-cuestion-de-precision/#_ftn15)
- NINO, Carlos Santiago.  
1989 *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 116 págs. Consulta: 15 de junio de 2015.  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/892/8.pdf>
- PAGOLA, Lila.  
2010 “Efecto *copyleft avant la lettre* o cómo explicar el copyleft donde todos lo practicamos” en: *Argentina copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*. Villa Allende, Fundación Vía Libre, p. 35-42.

- PALMER, Tom.  
1989 "Intellectual property: a Non Posnerian law and economics approach" en: *Hamline Law Review*. Vol.12, págs. 261-304. <http://tomgpalmer.com/wp-content/uploads/papers/hamlineip.pdf>
- PECES-BARBA, Gregorio  
1999 *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III, 720 págs.
- Pelaya, Lucía y Ana SANLLORENTI.  
2010 "Las amenazas a la misión de las bibliotecas y la legislación de derecho de autor en Argentina" en: *Argentina copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*. Villa Allende, Fundación Vía Libre, p. 51-56.
- PÉREZ-ALBELA BENAVIDES, Jorge.  
2011 "Los derechos patrimoniales de autor que han pasado a ser de dominio público, podrían ser susceptibles de registro como signo distintivo" en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 7, págs. 307-322.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.  
2005 *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y de la teoría del Derecho*. Lima: Palestra, 218 págs.
- PINO, Giorgio  
2013 *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima, Palestra, 264 págs.
- PIZARRO DÁVILA, Edmundo.  
1974 *Los bienes y derechos intelectuales*. 2 vol. Lima: Arica.
- PLANT, Arnold.  
1934 "The Economic Theory Concerning Patents for Inventions" en: *Economica, New Series*, 1 (1). Consultado el 08 de junio de 2015. <http://www.compilerpress.ca/Competitiveness/Anno/Anno%20Plant%20Patent.htm>
- QUIROZ PAPÁ DE GARCÍA, Rosalía.  
2003 "La Infracción al derecho de autor y el rol de Indecopi en su prevención". Tesis (Dr.)--Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Escuela de Post-Grado, 367 págs. [http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/quirosz\\_p\\_r/cap3.htm](http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/quirosz_p_r/cap3.htm)
- RÍOS RUIZ, Wilson R.  
2009 *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá: Universidad de los Andes, 670 págs.
- RODRÍGUEZ LOBATÓN, Antonio y Oscar MONTEZUMA PANEZ  
2004 "Lo tuyo es mío o la paradoja de los derechos de autor en Internet" en: *Thémis -- Época 2*, N.º 48 p. 133-147.

- RODRIGUEZ MORENO, Sofía.  
2004 *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 316 págs.
- RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger.  
2014 “Seminario: Nuevos Enfoques teóricos sobre la función jurisdiccional” en: *Materiales de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/n pags.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel.  
2010 “Interpretación y argumentación del juez constitucional” en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N.º 40, pág. 91 a 107. Consulta: 4 de junio de 2015.  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/40/pr/pr8.pdf>
- RUBIO CORREA, Marcial.  
2001 *El sistema jurídico*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 289.  
  
1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993*, 6 vol. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUBIO, Marcial, Francisco EGUIGUREN y Enrique BERNALES BALLESTEROS.  
2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 828 págs.
- RUIZ GALLARDO, Claudio.  
2008 “Hacia una dogmática para el acceso en Chile” en: *Acceso a la cultura y derechos de autor: excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Santiago de Chile, ONG Derechos digitales, p. 31-53.
- SÁNCHEZ PALACIOS, Manuel.  
1956 *Derechos de autor*. Lima: Tip. Peruana, 44 págs.
- SHAVER, Lea.  
2010 “The right to science and culture” en: *Wisconsin Law Review*, N.º 1, págs. 121-184.  
[http://www.aas.org/sites/default/files/Shaver\\_ScienceandCulture.pdf](http://www.aas.org/sites/default/files/Shaver_ScienceandCulture.pdf)
- SOLÓRZANO, Raúl y Oscar MONTEZUMA.  
2006 “Apuntes sobre las excepciones a los Derechos de Autor en el entorno digital” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 2, págs. 181-202.
- STALLMAN, Richard.  
2006 “Por qué el software no debe tener propietarios” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 2, págs. 325-330.
- STIGLITZ, Joseph

- 1999 “Public policy for a knowledge economy”, págs. 1-28 en: <http://www.cercetareservicii.ase.ro/resurse/Documente/PUBLIC%20POLICY%20FOR%20A%20KNOWLEDGE%20ECONOMY.pdf>
- SUÁREZ, Juan.  
2010 “Instituto Nacional del Libro: velar por las restricciones” en: *Argentina copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*. Villa Allende, Fundación Vía Libre, p. 88-93.
  - TEHRANIAN, John.  
2009 “Et, Tu Fair Use. The Triumph of Natural Law Copyright” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 5, págs. 207-238.
  - TORRES CADENA, Mónica.  
2006 “La copia privada de obras impresas” en: *El derecho de autor ante los desafíos de un mundo cambiante. Homenaje a la profesora Delia Lypszic*. Lima, Palestra, págs. 403-428.
  - UGARTECHE VILLACORTA, Rubén  
2013 “El uso legal de la música en fiestas privadas” en: <http://apdaycperu.blogspot.com/2013/12/el-uso-legal-de-la-musica-en-fiestas.html>
  - VAIDHYANATHAN, Siva.  
2001 *Copyrights and copywrongs. The rise of intellectual property and How it threatens creativity*, Nueva York, New York University Press, 2001, 255 págs.
  - VARGAS LLOSA, Mario  
2012 *La civilización del espectáculo*. Lima: Alfaguara, 232 págs.
  - VILLALBA, Carlos.  
2012 “Cultura - derecho cultural - derecho de autor y acceso a la cultura – derechos humanos involucrados” en: *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías ¿intereses compatibles o contrapuestos? Homenaje a Carlos Alberto Villalba*. Lima, APDAYC, págs. 39-91.  
  
2006 “Acceso a la cultura y derechos de los autores. Identidad y diversidad cultural y su vinculación con los derechos humanos” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 2, págs. 81-89.
  - VILLAREJO, Abel Martín.  
2007 “Aspectos generales en torno al derecho de remuneración por la copia privada: conceptos, tarifas, aspectos prácticos de su gestión (recaudación y reparto), sistemas comparados y los fondos de solidaridad” en: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 3, págs. 225-246.
  - ZEGARRA PINTO, José Guillermo.  
1999 *Multimedia y derechos de autor*. Tesis (Lic.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, Lima, 131 págs.

- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura.  
1984 *Los delitos contra los derechos de autor de obras literarias, artísticas y científicas, en la legislación peruana.* Tesis (Br.) - Pontificia Universidad Católica del Perú. Programa Académico de Derecho, Lima, 92 págs.



## AGRADECIMIENTOS

Para la elaboración de este libro he tenido el apoyo de mucha gente a la que quiero expresarle mi gratitud. Primero, a Elsa Yañez, mi madre, a mi hermana Lucía, a mi abuela, mis tías y a toda mi familia en general, por su paciencia, por su desinteresado apoyo, por su ayuda y por el interés mostrado en las constantes consultas sobre el estado de este trabajo. Por enseñarme a leer, a disfrutar del cine y de la música, es decir, por haberme permitido acceder a la cultura, poder pensar en esta problemática y escribir estas líneas. Este trabajo hubiera sido imposible sin ellas. Todo el tiempo que invertí en la elaboración de esta tesis se los debo. Gracias por todo.

A Pilar Pretell, por todos sus comentarios, su información, su bibliografía, su tiempo, por el domingo que pasé avanzando en tu casa y ¡porque eres lo máximo!

A Luis Huerta, Sofía Salinas y todo el personal de la PPEMC por las innumerables facilidades para desarrollar este trabajo y por todo lo que he aprendido “en la cancha” de ellos sobre derechos fundamentales y muchas cosas más.

A Palestra Editores, donde leí mis primeros textos sobre derechos de autor y aprendí, en la práctica, como funcionaban estos. Para que vean que no me olvido de ustedes.

A Raúl Solórzano, mi asesor, y a Carmen Velazco por todas las sugerencias y correcciones que han permitido que este trabajo sea mucho mejor de lo que era originalmente. También agradezco los comentarios y observaciones de Moisés Rejanovinski y Abraham García Chávarri.

A Nadia Napurí, por su paciencia y rápida ayuda ante todas las consultas, además de su buen humor.

A todos los que me hicieron aunque sea un breve comentario sobre el trabajo y me ayudaron de diferentes formas como José Rodríguez Hernández, Nnette Pinedo, Roque Bravo, y a todas las personas que me proporcionaron algo de información y que quizás esté olvidando.

A ti, que lees estas líneas.

Y a Google, obvio.