

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**ESCUELA DE POSGRADO**



**PONTIFICIA**  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
**DEL PERÚ**

**“EL DERECHO DE AUTOR VS LAS EXPECTATIVAS DE LOS  
CONSUMIDORES: LA NECESIDAD DE ESTABLECER UNA EXCEPCIÓN AL  
DERECHO DE AUTOR REFERIDO A LOS MECANISMOS DE AUTOTUTELA  
A FIN DE CUMPLIR CON LAS EXPECTATIVAS DE LOS CONSUMIDORES”**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Propiedad  
Intelectual y de la Competencia**

**AUTOR**

**Andrea Nanette Gonzalez Leon**

**ASESOR**

**Raúl Roy Solórzano Solórzano**

**JURADO**

**Oscar Enrique Montezuma Panez**

**Moisés Arturo Rejanovinschi Talledo**

**NOVIEMBRE, 2017**



## Resumen

En la presente Tesis, se desarrollan conceptos que nos ayudan a reconocer la necesidad de adoptar un nuevo criterio sobre los derechos patrimoniales del autor frente al deber de idoneidad que protege a los consumidores (expectativas). Hoy en día, la regulación referida a la implementación de mecanismos de autotutela se encuentra enmarcada únicamente en lo señalado en las normas de Derechos de Autor; es decir, se otorga el carácter exclusivo al creador para determinar si corresponde o no implementar los referidos mecanismos; sin embargo, la norma no se encuentra de acuerdo con la realidad de un mercado globalizado. Por ello, se propone establecer una excepción a la regulación de derechos de autor referidas a los mecanismos de autotutela que pueden adoptar los creadores a fin de proteger sus obras. Así, el producto o servicio puesto a disposición de los consumidores se encontrará de acuerdo a sus expectativas y por ende conforme al concepto de “deber de idoneidad” establecido en el Código de Protección y Defensa al Consumidor. Del desarrollo de la presente tesis, se puede concluir que, de acuerdo a lo señalado en la hipótesis, sí resultaría necesario exigir al Estado peruano incorporar dentro de las normas referidas a las medidas de protección tecnológicas y de acuerdo a lo referido a copia privada, un criterio que permita que este derecho patrimonial no colisione con los derechos legítimos de los consumidores. Siendo así, sí es posible lograr armonizar lo establecido en ambas normas (derechos de autor y protección al consumidor). Finalmente, es preciso señalar que, a través de la presente investigación, no se pretende reducir o limitar los derechos patrimoniales del autor; sino por el contrario, que las referidas normas se encuentren de acuerdo a los usos y costumbres que se dan en el mercado.

## ÍNDICE

	Pág.
Hoja de respeto	
Carátula	i
Resumen	ii
Índice	iii
Introducción	1

### CAPÍTULO I

<b>Aplicación del derecho patrimonial en las normas referidas a los derechos de autor</b>	<b>6</b>
1.1. El concepto de “mecanismos de autotutela” en la Legislación Peruana y comparada.	6
(i) Los mecanismos de autotutela en la Legislación Peruana	10
(ii) Los mecanismos de autotutela en la Legislación Comparada	16
(iii) Sobre las medidas tecnológicas	21
1.2. Análisis de la casuística referida a la implementación de los “mecanismos de autotutela”	28
1.3. Análisis de la efectividad del uso del derecho patrimonial para los autores: <i>¿resulta eficiente implementar los “mecanismos de autotutela”?</i>	38
1.4. El derecho de copia y su aplicación en los casos en que un autor adopte mecanismos de autotutela.	41
1.5. Algunos ejemplos de obras importantes en el mercado digital.	46

### CAPITULO II

<b>El deber de idoneidad en las normas referidas a protección al consumidor</b>	<b>52</b>
2.1 El concepto del deber de idoneidad en la legislación peruana.	52
2.2 Límites a las expectativas de los consumidores (deber de idoneidad): Garantías Legales, expresas e implícitas <i>¿realmente debe existir prelación en el caso concreto?</i>	56
(i) <i>¿Siempre debe existir prelación entre las garantías?</i>	57

(ii) Controversia de criterios respecto al deber de idoneidad	65
2.3 Sobre el análisis y aplicación de las garantías (legales, expresas e implícitas) que efectuaría la autoridad de protección al consumidor en el caso concreto	70
2.4 Sobre la procedencia de una denuncia ante la autoridad de protección al consumidor.	73

### **CAPITULO III**

<b>Propuesta de adecuación de la implementación de los “mecanismos de autotutela”</b>	<b>75</b>
---------------------------------------------------------------------------------------	-----------

3.1 De acuerdo a nuestro ordenamiento legal ¿se puede establecer un nuevo planteamiento al momento de implementar los mecanismos de autotutela en los libros virtuales, para que los usuarios puedan hacer uso de los mismos de acuerdo a los usos y costumbres en un mercado actual y las normas de protección al consumidor?	75
3.2 Establecer una excepción al derecho de autor referidos a los “mecanismos de autotutela”.	77
3.3 Alcances y limitaciones de la excepción referidos a los mecanismos de autotutela	83
3.4 Aplicación de la excepción en el comercio de obras virtuales de acuerdo a la Regla de los Tres Pasos	87
(i) Sobre las políticas de protección al consumidor	91
(ii) Sobre el procedimiento sancionador en los casos de derechos de autor	92
(iii) Sobre el inicio de un procedimiento sancionador al consumidor	94
3.5 Conclusiones	96
3.6 Referencias bibliográficas	100

## INTRODUCCIÓN

A partir de la globalización, los mercados a nivel mundial empezaron a estar interconectados, creando la posibilidad a las personas de poder acceder a distintos bienes y/o servicios, que antes no les eran posibles por distintas barreras, como límites territoriales, económicos, entre otros.

Este fenómeno, se vio plasmado en un medio de alcance masivo llamado “Internet”, el cual permitió realizar actividades personales, comerciales, sociales, entre otras, a distintos grupos de personas, sin estar necesariamente en contacto físicamente, pero sí de manera virtual, agrupándolos según sus intereses.

Dicha masificación creó una necesidad en la gente de querer acceder a la plataforma virtual de manera constante, lo que obligó a la tecnología a evolucionar, creándose numerosos y distintos dispositivos a través de los cuales las personas tuvieron un fácil y rápido acceso.

En la actualidad, un gran número de personas cuentan con la tecnología suficiente para poder ingresar al mundo virtual, siendo incluso una herramienta de uso diario para actividades laborales, de recreación, personales, económicas, informativas, y cualquier otra que supla las necesidades de los individuos que la utilizan.

En virtud de ello, surgió la posibilidad de poder poner en conocimiento de un determinado contenido a millones de individuos en tan solo unos segundos. Dicha posibilidad fue aprovechada por los autores, quienes pusieron a disposición sus obras a un mayor alcance de personas, sin tener que asumir los costos que hubieran incurrido por implementarlas en soportes físicos.

Por otro lado, los consumidores podían acceder de una manera más práctica a diversas obras, bastando con dar un par de “clicks” para poder adquirirlas.

En ese sentido, hoy en día existe un mercado virtual, en donde los autores ofrecen sus obras y los consumidores pueden acceder a las mismas de manera gratuita o pagando una contraprestación económica, de acuerdo a las condiciones de las mismas.

No obstante, dichos avances tecnológicos también han generado que personas tomen ventaja de la facilidad con las que se puede acceder a las obras, sin contar con los permisos de los autores de las mismas, generándoles un perjuicio.

Por lo tanto, los propios autores se han visto en la necesidad de crear mecanismos de autotutela que les permitan proteger la integridad de sus obras (alteración o reproducción).

Sin embargo, estos mecanismos, permitidos por el Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor, podrían estar contraviniendo las expectativas de los consumidores, quienes no esperarían que al adquirir una determinada obra se les restrinja el “uso libre” que ellos podrían tener de acuerdo a los usos y costumbres de estos productos y/o servicios.

Ante dicha situación, se ha generado una controversia entre los derechos y obligaciones con los que cuentan tanto los autores como los consumidores, ambos reconocidos en su normativa respectiva: “Ley de Derechos de Autor” y “Código de Protección y Defensa del Consumidor”, respectivamente.

En atención a ello, se considera pertinente analizar la necesidad de adoptar mecanismos jurídicos a fin de tutelar los derechos de los autores, sin perjudicar los derechos de los consumidores; y, viceversa.

Cabe precisar que, no se pretende reducir o limitar los derechos patrimoniales y/o morales del autor – lo que podría desincentivarlos para que estos sigan creando-; sino por el contrario, que el producto ofrecido no afecte las expectativas de los consumidores, siempre que éstos hagan un uso adecuado de la obra.

Asimismo, a través de la presente tesis, también nos pondremos en la posibilidad que, de advertirse un uso indebido -por parte de los consumidores- respecto de las obras, estos usuarios deberán ser sancionados por afectar los derechos de los autores.

Siendo así, se considera la posibilidad de implementar un nuevo criterio referido a los mecanismos de autotutela que pueden incorporar los autores en sus obras, los mismos que no deberán colisionar con el deber de idoneidad contenido en las normas de protección al consumidor, ello en atención a los usos y costumbres de determinados productos o servicios en el mercado actual.

De lo expuesto, se considera el planteamiento de la siguiente hipótesis: resulta necesario establecer un criterio que armonice lo establecido en las normas referidas a los derechos patrimoniales de autor (implementación de mecanismos de autotutela) y protección al consumidor (el deber de idoneidad). Ello, a través de una excepción a las normas de derechos de autor - referidas a los mecanismos de autotutela-. Así, el producto o servicio puesto a disposición de los consumidores se encontrarán de acuerdo a sus expectativas y por ende conforme al concepto de “deber de idoneidad” establecido en el Código de Protección y Defensa al Consumidor.

Para ello, se evaluará el mercado de obras virtuales, a fin de determinar la necesidad de establecer la excepción a las normas de derechos de autor antes señalada a fin de cumplir con las expectativas generadas en los consumidores que adquirieren estos productos o servicios.

Por otro lado, como una sub hipótesis podemos indicar que para materializar esta implementación de la excepción antes señalada en la Ley de Derechos de Autor, ésta no deberá atentar contra la regla de los tres pasos, para que así el consumidor al pagar una contraprestación económica por la adquisición de una obra virtual, pueda realizar las descargas (copias) que necesite en los dispositivos que estime conveniente, siempre que los mismos sean para su uso personal y doméstico, haciendo un símil a los usos honrados.

A fin de poder demostrar la necesidad de la implementación de la excepción antes señalada y establecer cómo se podría llevar a cabo la ejecución de la misma, hemos dividido el presente trabajo en tres capítulos de acuerdo al siguiente detalle:

Capítulo I: Aplicación del derecho patrimonial en las normas referidas a los derechos de autor.

En este capítulo procuraremos brindar los conceptos básicos referidos a los mecanismos de autotutela; además que, se analizará si realmente resulta efectiva la implementación de éstos mecanismos. Ello con la finalidad que el lector pueda familiarizarse más con este derecho patrimonial del autor y así pueda analizar si el referido derecho resulta realmente beneficioso para el autor o no.

Además, también se hablará sobre el derecho de copia privada y su aplicación en los casos en que un autor adopte por implementar los mecanismos de autotutela. Y, finalmente, procuraremos cerrar esta investigación al mercado de los libros virtuales, a fin de poderle brindar al lector un análisis un poco más específico, únicamente a modo de ejemplo.

## Capítulo II: El deber de idoneidad en las normas referidas a protección al consumidor

En este punto, se ha considerado que el lector debe tener un alcance sobre el deber de idoneidad, así como de su naturaleza y otros aspectos. Ello, teniendo en consideración que en atención a lo que significa este concepto, es que se considera que existe una “contradicción” entre las normas de derechos de autor y las normas de protección al consumidor.

Asimismo, se tratarán los temas referidos a las garantías y la prelación regulada sobre las mismas, las cuales son establecidas en el Código de Protección y Defensa al Consumidor. Ello, a fin de tener un mayor alcance sobre el análisis y aplicación de estas garantías que efectuará la Autoridad de Protección al Consumidor en los casos en que se denuncien o investiguen temas referidos a la presunta infracción al deber de idoneidad.

## Capítulo III: Propuesta de adecuación de la implementación de los “mecanismos de autotutela”

Finalmente, luego de tener un mayor alcance sobre el concepto de los mecanismos de autotutela y su implementación; además de, reconocerlos como un derecho con el que goza un autor o el titular de los derechos patrimoniales. Pero a su vez, también conocer que los consumidores tienen el derecho de recibir un producto o servicio de acuerdo a sus expectativas. Se presenta una propuesta que permita “armonizar” los derechos y obligaciones con los que cuentan ambos actores, regulados bajo las normas antes señaladas.

Asimismo, con la intención de no sobreproteger a “malos” consumidores y terminar desincentivando a los autores, se propone establecer una excepción a las normas de derecho de autor –únicamente en lo referido a los mecanismos de autotutela-, siempre bajo ciertas condiciones y limitaciones.

Por todo lo expuesto, en el presente trabajo se procurará mostrar que en atención a las propias herramientas que el ordenamiento jurídico ha proporcionado, podría resultar pertinente establecer una excepción que brinde seguridad a las obras de los autores sin tener que implementar mecanismos que podrían afectar las expectativas de sus clientes (consumidores), bajo parámetros de eficiencia y conciencia social.



## Capítulo I

### Aplicación del derecho patrimonial en las normas referidas a los derechos de autor

En el presente capítulo, se procurará abarcar de una manera clara y sencilla a la vez, los principales conceptos o nociones referidas al autor y sus derechos, pero sobretodo un alcance respecto a los mecanismos de autotutela. Ello, teniendo en consideración que es en virtud a la implementación de éstos que se podrían ver vulneradas las expectativas de los usuarios que adquieran una determinada obra.

Asimismo, se podrá advertir el motivo por el cual, diversas normas otorgan el derecho a los autores de poder incorporar estos mecanismos en sus obras. Sin perjuicio de ello, también se procurará determinar si éstos resultan eficientes a modo de “fidelizar” al usuario de la obra, así como desde una perspectiva económica.

Finalmente, una vez concluido el presente capítulo, se espera que el lector cuente con las nociones esenciales respecto a los mecanismos de autotutela así como de la naturaleza de la implementación de los mismos por los autores en sus obras; además de poder cuestionarse la efectividad de los mismos y si resultan en verdad necesarios pese a que pueda ir en contra de las expectativas de los consumidores.

#### 1.1 El concepto de “mecanismos de autotutela” en la legislación peruana y comparada

En primer lugar, señalaremos los conceptos legales sobre las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas y a la información sobre la gestión de derechos:

##### Artículo 11

##### Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas

Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley. [el subrayado es nuestro]

## Artículo 12

### Obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos

Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna [el subrayado es nuestro]

Los artículos 11° y 12° del Tratado de Derecho de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, la OMPI) y los artículos 18° y 19° del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas<sup>1</sup>, ambos correspondientes al año 1996, establecieron la obligación de las *partes contratantes*, que son: “[...] países de la Unión establecida por dicho Convenio” (OMPI 1996), de acuerdo al artículo 1° del referido Tratado:

---

#### <sup>1</sup> Artículo 18: Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas

Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restrinjan actos que no estén autorizados por los artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas concernidos o permitidos por la Ley.

#### Artículo 19: Obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos

1) Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos adecuados y efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado:

- (i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;
- (ii) distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público, sin autorización, interpretaciones o ejecuciones, ejemplares de interpretaciones o ejecuciones fijadas o fonogramas sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

2) A los fines del presente Artículo, se entenderá por “información sobre la gestión de derechos” la información que identifica al artista intérprete o ejecutante, a la interpretación o ejecución del mismo, al productor del fonograma, al fonograma y al titular de cualquier derecho sobre interpretación o ejecución o el fonograma, o información sobre las cláusulas y condiciones de la utilización de la interpretación o ejecución o del fonograma, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información esté adjunto a un ejemplar de una interpretación o ejecución fijada o a un fonograma o figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una interpretación o ejecución fijada o de un fonograma.

### **Artículo 1.- Relación con el Convenio de Berna**

El presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión establecida por dicho Convenio. El presente Tratado no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado (...).

A fin contar en nuestras disposiciones nacionales con regulación que cumpla la finalidad de brindar “protección jurídica adecuada” y “recursos jurídicos efectivos” a los autores y que los mismos se encuentren referidos a la elusión de las medidas tecnológicas efectivas, las mismas que pueden definirse como: “los procedimientos, técnicas, dispositivos, componentes, o combinación de éstos, cuya función es controlar, impedir o restringir el acceso o la utilización de las obras y/o prestaciones protegidas por las normas de PI” (Elcock s/f), utilizadas en sus obras así como en las interpretaciones o ejecuciones y fonogramas. Sobre el particular, la norma ha señalado lo siguiente en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 822:

**Artículo 2°.-** A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

(...)

1. Autor: Persona natural que realiza la creación intelectual.
2. Artista intérprete o ejecutante: Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra literaria o artística o una expresión del folklore, así como el artista de variedades y de circo.

Al respecto, es preciso indicar la diferencia que existe entre un autor y el intérprete; el primero, es quien crea la obra, es decir que transmite su impronta en un soporte, pero ésta deberá ser creativa. Mientras que, en el segundo caso, es quien representará la obra; es decir, no necesariamente es quien creó la obra. Siendo así se podría tomar al intérprete como un “transmisor” de la impronta del autor.

Es preciso indicar que, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) se puede considerar como un arreglo particular adoptado en atención del Convenio de Berna, el mismo que se refiere

a la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital. Asimismo, adicionalmente a los derechos reconocidos en el Convenio de Berna, se conceden determinados derechos económicos o también llamados derechos patrimoniales (derecho de reproducción, derecho de distribución, derecho de alquiler referidos a las copias fijadas, así como a los ya conocidos derechos exclusivos y patrimoniales<sup>2</sup>). En el referido Tratado también se abarca dos objetos de protección por derecho de autor: i) los programas de computadora (con independencia de su modo o forma de expresión); y, ii) las compilaciones de datos u otros materiales ("bases de datos").

Estas disposiciones nacionales deben dirigirse contra cualquier persona que conociendo o teniendo motivos razonables para conocer su ilicitud, induce, facilita u oculta una infracción relacionada con la eliminación, alteración o modificación de cualquier información electrónica o digital sobre la gestión de derechos de acceso; o, en todo caso, sin autorización distribuye (comercializa), importa para su distribución, emite o comunica al público o pone a disposición del público ejemplares de obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido eliminada o alterada sin autorización. A fin de conocer las definiciones de las expresiones y sus respectivas formas, el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 822, ha establecido lo siguiente:

**Artículo 2°.-** A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

(...)

14. Fonograma: Los sonidos de una ejecución o de otros sonidos, o de representaciones digitales de los mismos, fijados por primera vez, en forma exclusivamente sonora. Las grabaciones gramofónicas, magnetofónicas y digitales son copias de fonogramas.

(...)

17. Obra: Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.

(...)

---

<sup>2</sup> Conocidos en nuestra legislación como derechos morales y patrimoniales.

Los Estados pueden elegir los recursos adecuados de acuerdo con su propio sistema jurídico, pero estos deben resultar “eficaces” y “eficientes”. Ello incluiría sanciones tanto civiles como penales -las mismas que se conocerán en el Poder Judicial-; e, incluso administrativas -siendo la autoridad competente, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI-, las cuales deberán ser proporcionales (razonables) y disuasorias; es decir, que desincentiven que otras personas realicen la misma infracción. Además, deberán llevar de manera paralela la posibilidad de solicitar el resarcimiento de daños, el cese de la actividad ilícita, medidas cautelares y sanciones accesorias y otras medidas que la autoridad considere pertinentes.

Respecto a las medidas de autotutela, diversos autores han señalado las definiciones referidas a estas medidas tecnológicas. Al respecto, en la doctrina argentina se ha señalado lo siguiente: “las medidas tecnológicas que controlan el acceso a las obras permiten definir cuáles son los usuarios finales autorizados para hacerlo, normalmente utilizando algún tipo de protección mediante un código de acceso o contraseña u otro tipo de información o proceso” (Lipszyc 2004: 160).

Por otra parte, otros autores especialistas en la materia han indicado lo siguiente: “el modo de desactivar el mecanismo de control del acceso es abonando un importe, o cuando se han cumplido las otras condiciones de la licencia acordada con los titulares de derecho. El dispositivo de acceso sólo puede controlar el acceso inicial y a continuación dejar libre la obra a todo uso que de ella se haga, o bien comprobar, cada vez que se accede a ella, que las condiciones establecidas se respetan” (Strowel y Dussolier 1999).

De acuerdo a lo desarrollado en el presente acápite, se puede advertir que los mecanismos de autotutela son concebidos como herramientas que podrán ser utilizadas por los autores o titulares de derechos que les permite brindar determinadas autorizaciones a una determinada obra (copia, lectura, etc.), ello con la finalidad de proteger la integridad de la misma y/u otorgar una seguridad a sus derechos patrimoniales, los mismos que son autorizados por diversas normas legales.

#### **(i) Los mecanismos de autotutela en la Legislación Peruana**

El Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor, ha establecido respecto a la medida tecnológica efectiva lo siguiente:

**Artículo 2.-** A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

(...)

51. Medida tecnológica efectiva: Es cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controla el acceso legal a una obra, interpretación o ejecución o fonograma, o que protege cualquier derecho de autor o conexo (...).

De acuerdo a lo señalado en el artículo 2°, las medidas tecnológicas efectivas serán consideradas como cualquier tecnología (técnica, destreza, conocimientos y procesos, que sirven para el diseño y construcción de los objetos determinados) que controle el acceso y/o proteja los derechos de autor o conexos de una manera legal; es decir, permitida por una norma expresa.

#### **Artículo 196-A.- Elusión de medidas tecnológicas efectivas**

Con el fin de proporcionar protección legal adecuada y recursos legales efectivos contra la elusión de medidas tecnológicas efectivas que los autores, los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas utilizan en relación con el ejercicio de sus derechos y para restringir actos no autorizados con respecto a sus obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, las acciones señaladas en el artículo anterior podrán estar dirigidas contra:

- a) Quienes eludan sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos.
- b) Quienes fabriquen, importen distribuyan, ofrezcan al público, proporcionen o de otra manera comercialicen dispositivos, productos o componentes, u ofrezcan al público o proporcionen servicios, siempre y cuando:
  - I. sean promocionados, publicitados o comercializados con el propósito de eludir una medida tecnológica efectiva; o,
  - II. tengan un limitado propósito o uso de importancia comercial diferente al de eludir una medida tecnológica efectiva; o,
  - III. sean diseñados, producidos o ejecutados principalmente con el fin de permitir o facilitar la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva.

El artículo 196 - A, establece quiénes podrán ser pasibles de las acciones legales establecidas en el artículo 196<sup>3</sup>, las mismas que podrán ser aplicadas tanto por los autores, así como por los titulares de derechos, ello con la finalidad de restringir actos que puedan perjudicar o que se encuentren referidas a sus obras. Asimismo, se realiza un listado respecto a las acciones que podrán ser sancionadas, las mismas que deben tener como finalidad la elusión, fabricación, importación, distribución y otras formas en las que se podría alterar o vulnerar las medidas tecnológicas efectivas.

**Artículo 196B.-** No están comprendidos en los alcances del artículo 196-A los siguientes actos de elusión:

- I. las actividades no infractoras de ingeniería inversa respecto a la copia de un programa de computación obtenida legalmente, realizadas de buena fe con respecto a los elementos particulares de dicho programa de computación que no han estado a la disposición inmediata de la persona involucrada en dichas actividades, con el único propósito de lograr la interoperabilidad de un programa de computación creado independientemente con otros programas;
- II. la inclusión de un componente o parte con el único fin de prevenir el acceso de menores al contenido inapropiado en línea en una tecnología, producto, servicio o dispositivo que por sí mismo no está prohibido bajo las medidas de implementación del subpárrafo b del artículo anterior;
- III. actividades de buena fe no infractoras autorizadas por el titular de una computadora, sistema de cómputo o red de cómputo con el único fin de probar, investigar o corregir la seguridad de dicha computadora, sistema de cómputo o red de cómputo;
- IV. acceso por parte de bibliotecas, archivos o instituciones educativas sin fines de lucro a una obra, interpretación o ejecución o fonograma a la cual no tendrían acceso de otro modo, con el único fin de tomar decisiones sobre adquisiciones; y

---

<sup>3</sup> **"Artículo 196.-** Los titulares de cualesquiera de los derechos reconocidos en este Decreto Legislativo sus representantes o las sociedades de gestión colectiva, así como sus licenciarios exclusivos u otros licenciarios debidamente autorizados que cuenten con la facultad legal y la autoridad para hacer valer tales derechos, sin perjuicio de otras acciones que les correspondan, podrán solicitar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización correspondiente a los daños materiales y morales causados por la violación y a las ganancias obtenidas por el infractor imputables a la infracción y que no fueran tomadas en cuenta al calcular el monto de los daños (al provecho ilícito), o a elección del titular del derecho, la indemnización pre-establecida, así como el pago de costas y costos."

- V. actividades no infractoras con el único fin de identificar y deshabilitar la capacidad de realizar de manera no divulgada la recolección o difusión de datos de identificación personal que reflejen las actividades en línea de una persona natural de manera que no tenga otro efecto en la capacidad de cualquier persona de obtener acceso a cualquier obra.
- VI. Usos no infractores de una obra, interpretación o ejecución o fonograma, en una clase particular de obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, señalados por la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI, u órgano equivalente, en informes de hasta cuatro años de validez que demuestren la existencia de evidencia sustancial de un impacto adverso real o potencial en aquellos usos no infractores.

A las conductas señaladas en el artículo 196A, literal b) sólo aplicarán las excepciones y limitaciones previstas en los numerales i), ii), iii) y iv). en cuanto apliquen a las medidas tecnológicas efectivas que controlan el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma. En cuanto apliquen a las medidas tecnológicas efectivas que protegen cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor podrán estar sujetas a las excepciones y limitaciones con respecto a las actividades establecidas en el numeral (i).

El artículo 196 - B, establece las excepciones de las acciones señaladas en el artículo 196-A, las mismas que por un lado se encuentran referidas a acciones realizadas por la buena fe como la investigación, corrección de seguridad; o, con la finalidad de prevenir el acceso de menores al contenido inapropiado, entre otros. Y, por otro lado, se hace referencia a los accesos por fines educativos, como una biblioteca, archivos o instituciones, siempre que las mismas no cuenten con fines de lucro. Finalmente, establece determinadas acciones (V y VI) que son considerados como “usos no infractores”, los mismos que se encuentran referidas a la protección de datos personales y a los autorizados expresamente por la Autoridad competente del INDECOPI.

**Artículo 196C.-** Las acciones señaladas en el artículo 196 podrán dirigirse contra cualquier persona que sin autorización y teniendo motivos razonables para saber, que podría inducir, permitir, facilitar o encubrir una infracción de cualquier derecho de autor o derecho conexo,

- I. a sabiendas suprima o altere cualquier información sobre la gestión de derechos;
- II. distribuya o importe para su distribución información sobre gestión de derechos sabiendo que esa información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización; o,

- II. distribuya, importe para su distribución, transmita, comunique o ponga a disposición del público copias de las obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, sabiendo que la información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

El artículo 196 - C, establece las acciones señaladas en el artículo 196 que, podrán ser dirigidas en contra no solo de la persona infractora sino también de aquel que induzca, facilite o encubra acciones que afecten (infrinjan) los derechos de los autores, tales como la distribución o importación de información sobre gestión de derechos o ponga a disposición del público copias de las obras, interpretaciones u otros, sabiendo que la información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

El Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derechos de Autor señala al derecho patrimonial como un derecho exclusivo de los autores o titulares de derechos de explotar sus obras en cualquier forma y producto de ello, obtener los beneficios correspondientes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30° de la Ley antes señalada: "El autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y de obtener por ello beneficios, salvo en los casos de excepción legal expresa. "El ejercicio de los derechos morales, según lo establecido en la presente norma, no interfiere con la libre transferencia de los derechos patrimoniales".

Asimismo, el titular de este derecho patrimonial o económico tiene la facultad de, entre otros, incorporar en sus obras mecanismos de autotutela que le permitan resguardar las mismas de posibles copias, divulgación u otras acciones no autorizadas de la obra. Al respecto, el artículo 38° de la Ley citada en el párrafo precedente señala expresamente, lo siguiente: "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".

Además, establece como consecuencia 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 cualquiera de los sistemas de autotutela implementados por el titular de los derechos.

Por otro lado, el Decreto Legislativo N° 1076, el mismo que aprueba la modificación del Decreto Legislativo N° 822, que fue promulgado en atención a las obligaciones derivadas del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América, establece lo siguiente:

En este acuerdo se negociaron los siguientes capítulos: Trato Nacional y Acceso a Mercados, Textiles y Vestido, Reglas de Origen, Administración Aduanera y Facilitación del Comercio, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Obstáculos Técnicos al Comercio, Defensa Comercial, Contratación Pública, Inversión, Comercio Transfronterizo de Servicios, Servicios financieros, Políticas de Competencia, Telecomunicaciones, Comercio Electrónico, Derechos de Propiedad Intelectual, Laboral, Medio Ambiente, Transparencia, Fortalecimiento de Capacidades Comerciales, Solución de Controversias (Acuerdo de Promoción Comercial 2009).

Al respecto, el referido cuerpo normativo adiciona nuevas definiciones a las ya establecidas a través del Decreto Legislativo N° 822, entre ellas, se encuentra la incorporación de una definición para las denominadas Medidas Tecnológicas Efectivas (MTE).

Las MTE, pueden definirse como: “Los procedimientos, técnicas, dispositivos, componentes; o, combinación de estos, cuya función es controlar, impedir o restringir el acceso o la utilización de las obras y/o prestaciones protegidas por las normas de Propiedad Intelectual, impidiendo aquellos actos que no cuenten con la autorización de los titulares de derechos de las obras y/o prestaciones correspondientes (o con la autorización de la ley)” (Elcock s/f).

Al respecto, consideramos que una de las definiciones más acertadas y simples para entender el concepto de las medidas tecnológicas es la siguiente: “Las medidas tecnológicas son dispositivos informáticos que permiten a los derechohabientes controlar el acceso y el uso de las obras. Algunos ejemplos de dicha protección serían una contraseña de acceso, una marca de agua o un dispositivo informático que impide al usuario hacer una copia digital de la obra o prestación” (Garrote 2006: 316).

De acuerdo a lo desarrollado en el presente acápite, se considera que los mecanismos de autotutela, se han incorporado en la legislación peruana, no solo por lo establecido en los tratados de la OMPI, sino también por los acuerdos suscritos entre el Perú y Estados Unidos; los mismos

que permitieron que se incorpore un nuevo concepto, como ya el indicado: “Medidas Tecnológicas Efectivas”; los mismos que, no establecen propiamente los mecanismos antes señalados, sino también los procedimientos, dispositivos, técnicas y otros a fin de poder contar con un concepto más amplio y completo de los mecanismos ya mencionados. Lo que permitiría abrir la definición a los nuevos cambios o sistemas que se puedan ir presentando.

## **(ii) Los mecanismos de autotutela en la legislación comparada**

A continuación, mostraremos brevemente, cómo regulan otros países lo concerniente con los mecanismos de autotutela. En este caso se presentarán dos ejemplos: Estados Unidos y Australia, a fin de poder conocer similitudes o diferencias con lo regulado por el Perú.

### **Estados Unidos de Norteamérica**

En Estados Unidos, los mecanismos de autotutela fueron reglamentados en 1998, a través de la Digital Millennium Copyright Act (en adelante, DMCA), siendo el primer país en implementar los “Tratados de Internet”, plasmándolos en la norma antes señalada.

La DMCA, establece que una medida tecnológica protege efectivamente el derecho del titular de un copyright (derechos de reproducción) cuando en el curso ordinario de su operación previene, restringe o dicho de otra manera limita el ejercicio por parte de terceros del derecho reconocido a dicho titular, ello de acuerdo al artículo 1201 (Digital Millennium Copyright Act 1998).

Así, el artículo 1201<sup>4</sup> de la norma antes señalada, establece una serie de acciones prohibidas, de acuerdo a lo siguiente:

- Eludir medidas tecnológicas de protección que en forma efectiva permita controlar el acceso a obras protegidas.

---

<sup>4</sup> Section 1201 proscribes devices or services that fall within any one of the following three categories:

- i. they are primarily designed or produced to circumvent;
- ii. they have only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent; or
- iii. they are marketed for use in circumventing.

- Fabricar, importar, ofrecer al público, proveer o de otra manera traficar con cualquier tecnología, producto, servicio, dispositivo, componente, o parte de estos, que están principalmente diseñados o producidos con el propósito de eludir una medida tecnológica que de manera efectiva controle el acceso a una obra protegida.
- Fabricar, importar, ofrecer al público, proveer o de otra manera traficar con cualquier tecnología, producto, servicio, dispositivo, componente, o parte de estos, que están principalmente diseñados o producidos con el propósito de eludir una medida tecnológica que proteja eficazmente un derecho reconocido al titular de un copyright.

Al respecto, se ha indicado lo siguiente:

La DMCA tutela bastante más la facultad del titular del copyright a controlar el acceso a la obra que a controlar su utilización porque tolera que los usuarios, una vez que han accedido lícitamente a la obra, eludan por sí mismos las medidas que permiten controlar la utilización que se efectúa de las obras; pero [...] esta tolerancia no existe cuando, respecto de esas mismas medidas, los usuarios ponen a disposición del público tecnologías, dispositivos u otros elementos, que estén principalmente diseñados, producidos o destinados a eludir una medida tecnológica que de manera efectiva proteja eficazmente un derecho reconocido al titular del copyright (Lipszyc 1993).

Entonces, podemos decir –de acuerdo a lo señalado por la doctora Lipszyc- que, la legislación estadounidense busca otorgar un equilibrio entre el derecho exclusivo del autor y las excepciones a dicho derecho.

Por su parte, hay quienes señalan que las disposiciones de la DMCA han sido mal utilizadas frenando la investigación y el desarrollo tecnológico, entorpeciendo la libertad de prensa, socavando la libre competencia, y poniendo en riesgo los derechos y libertades fundamentales del público en general.

Al respecto, lo regulado en Estados Unidos ha sido considerado, para Montezuma, como una “sobrerregulación de los derechos de autor en Internet”:

En dicha norma Estados Unidos definió, yendo mucho más allá de lo establecido en los Tratados de Internet, cómo debían ser esas medidas de protección tecnológicas desde el ámbito legal (MPTs) y bajo qué excepciones deberían regularse (que no eran las del derecho de autor tradicional sino nuevas excepciones). La aplicación de esta normativa fue duramente cuestionada en Estados Unidos y generó mucha jurisprudencia surreal cuyo recuento se puede apreciar en el excelente documento elaborado por el Electronic Frontier Foundation titulado “Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA”. La conclusión principal del informe es que estas normas han generado consecuencias no deseadas como desincentivar la innovación y afectar la libertad de expresión (2011).

Sobre el particular, Montezuma bien señala que Estados Unidos va más allá en comparación de los tratados de Internet y MPT, así como las excepciones en tanto que, de acuerdo a lo señalado por Fred Von Lohmann: “La DMCA enfría la expresión libre y la investigación científica” (Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA 2010), en tanto que se han reprimido las actividades de los investigadores, periodistas, editores, estudiantes y otros. Asimismo, se pondría en riesgo los “usos honrados”, en tanto se les otorga a los autores la potestad de poder eliminar este concepto de manera unilateral.

Así, de la revisión del informe “Consecuencias Involuntarias: Doce años bajo la DMCA” emitido por el Electronic Frontier Foundation (La Fundación Frontera Electrónica), se puede advertir un listado de casos en que lo dispuesto por la DMCA no ha sido aplicado en contra de personas que hicieron mal uso de una obra, sino por el contrario de personas que pudieron -tal vez- aportar algo a la sociedad como son los investigadores, estudiantes; o, en general a las personas que no necesariamente pretendieron hacer un uso no honrado de la obra; “enfriando así una amplia variedad de actividades legítimas”, citando parte del referido informe.

De lo señalado en párrafos precedentes, se podría decir que las disposiciones (regulación) de la DMCA ha *ido un poco más allá*, en tanto los casos más recurrentes en donde se ha podido advertir su uso, se dio cuando la finalidad perseguida podría ser legítima fuera del entorno digital. Siendo

así, se puede advertir que la DMCA, en su artículo 1201 (a)<sup>5</sup>, viene a eliminar en la práctica la distinción entre reproducción no autorizada y reproducción ilícita.

Cabe precisar que, en nuestro ordenamiento, el artículo 37° del Decreto Legislativo 822, ha establecido lo siguiente: “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” (Poder Ejecutivo 2004). Esto quiere decir que, no existiría propiamente una diferencia entre ambos conceptos, en tanto la Ley señala que es ilícita la reproducción que se realice sin consentimiento (autorización), por lo que podríamos concluir en que lo considerado como reproducción “ilícita” es el “todo” o la parte “general” y la reproducción sin autorización es una modalidad.

Sin perjuicio de lo antes señalado, en la misma norma antes citada, también se establece lo siguiente en el artículo 41: “los límites al derecho de explotación”, los mismos que, podrán ser comunicadas lícitamente, sin necesidad de autorización del autor ni el pago de remuneración.

Siendo así, se podría decir que la diferencia entre reproducción no autorizada y reproducción ilícita, es que en el caso de la primera, no necesariamente se está cometiendo una infracción a las normas (siempre que se encuentre en los supuestos señalados en la Ley); y, en el segundo supuesto, son -por la sola acción de reproducción- ilícitas y pasibles de ser sancionadas.

Así, la DMCA no sólo valida la actividad de realizar copias digitales no autorizadas -y de distribuirlas- sino que declara ilícito también el diseño y elaboración de las tecnologías que permiten dicha actividad: artículos 1201, a.2) y 1201, b)<sup>6</sup>. El delito no consiste sólo en la violación

---

<sup>5</sup> Section 1201 divides technological measures into two categories: measures that prevent unauthorized access to a copyrighted work and measures that prevent unauthorized copying of a copyrighted work.

<sup>6</sup> Section 1201 contains language clarifying that the prohibition on circumvention devices does not require manufacturers of consumer electronics, telecommunications or computing equipment to design their products affirmatively to respond to any particular technological measure. (Section 1201(c)(3)). Despite this general ‘no mandate’ rule, section 1201(k) does mandate an affirmative response for one particular type of technology: within 18 months of enactment, all analog videocassette recorders must be designed to conform to certain defined technologies, commonly known as Macrovision, currently in use for preventing

del copyright, sino en la creación de las herramientas y programas informáticos que hacen posible tal violación. Por otra parte, los límites y excepciones que prevé la DMCA tienen un alcance muy reducido, por lo que no configuran un área significativa de usos legítimos (*fair use*), tema que se verá más adelante.

### **Australia:**

En el caso de Australia, desde el 4 de marzo de 2001, se encuentra vigente la Ley de Modificación de Derecho de Autor, Agenda Digital, del 2000 (Copyright Amendment - Digital Agenda - Act, DAA).

Al respecto, el artículo 15.B subsección 10.1<sup>7</sup> de la norma antes señalada establece lo siguiente respecto a las medidas tecnológicas:

#### **5.B Subsección 10 (1)**

Medida tecnológica de protección significa un dispositivo o producto incorporado en un proceso que está diseñado, en el curso normal de su funcionamiento, para prevenir o inhibir la infracción del derecho de autor en una obra u otro objeto por cualquiera de las dos Los siguientes medios (Copyright Amendment - Digital Agenda – Act 2000).

La legislación australiana propone los siguientes medios para cumplir con la finalidad citada en el párrafo precedente (Copyright Amendment - Digital Agenda – Act 2000)<sup>8</sup>:

---

unauthorized copying of analog videocassettes and certain analog signals. The provision prohibits rightholders from applying these specified technologies to free television and basic and extended basic tier cable broadcasts.

<sup>7</sup> **15B.** Subsection 10(1)

Insert:

**technological protection measure** means a device or product, or a component incorporated into a process, that is designed, in the ordinary course of its operation, to prevent or inhibit the infringement of copyright in a work or other subject-matter by either or both of the following means:

<sup>8</sup> **15B.** Subsection 10(1)

Insert:

(...)

- A) garantizando que el acceso a la obra u otra materia esté disponible únicamente mediante el uso de un código o proceso de acceso (incluido el descifrado, descifrado u otra transformación de la obra u otro objeto) con la autoridad del propietario o del licenciataria Del derecho de autor;
- B) a través de un mecanismo de control de copia.

Así, la norma antes señalada, establece una serie de acciones prohibidas, de acuerdo a lo siguiente: aquellas medidas que controlan el acceso, así como aquellas destinadas a evitar la copia de una obra o producción que esté protegida. Además, también prohíbe la oferta de servicios de elusión de las referidas medidas. Cabe precisar que la referida norma, no prohíbe el acto de elusión por parte de los particulares.

Como podemos advertir de los dos casos antes señalados, podemos ver que en el caso de Estados Unidos, no se habría realizado una correcta interpretación de la esencia de la norma generando así, una “prohibición” incluso a los casos en que la finalidad haya sido legítima -e ilícita-; además de haber “eliminado” la distinción entre los conceptos de “reproducción no autorizada” y “reproducción ilícita”. Por otro lado, en el caso de Austria, vemos que es parecido a lo que ocurre en Perú, su legislación únicamente se limita a prohibiciones genéricas referidas a la vulneración de los mecanismos de autotutela.

### **(iii) Sobre las medidas tecnológicas**

A través de las medidas tecnológicas, se puede controlar no sólo la copia de una determinada obra sino también la difusión de la misma, siempre que esta se encuentre en un dispositivo que opere en el entorno digital. Su finalidad es la de proteger los derechos patrimoniales del autor, como ya se indicó anteriormente.

---

(a) by ensuring that access to the work or other subject matter is available solely by use of an access code or process (including decryption, unscrambling or other transformation of the work or other subject-matter) with the authority of the owner or licensee of the copyright;

(b) through a copy control mechanism.

Con estas herramientas, el autor o titular de los derechos puede disponer y “controlar” en qué medida sus obras pueden ser usadas por los usuarios que adquieran o dispongan de la misma.

Desde sus orígenes, los sistemas de gestión de contenidos han recibido distintas denominaciones, tales como DRM, ECMS o ERMS. Los Electronics copyright management systems (ECMS) aluden a su capacidad de gestionar los derechos de autor en la red, mientras que la expresión Electronic right management systems (ERMS) tiene un sentido más amplio, ya que indica el potencial de protección tanto de los derechos de autor, los derechos afines y otros derechos contractuales. La expresión Digital right management (DRM) es la más simple y la que parece tener más aceptación (Ramos 2004).

Dentro de estas medidas, tenemos las Digital Rights Management (en adelante, DRM) que son unas de las diversas formas de proteger el contenido de una obra respecto de la piratería y otros usos indebidos: “Esta piratería tiene muchas formas. La más importante es la piratería comercial, la toma no autorizada de los contenidos de otra gente dentro de un contexto comercial. A pesar de todas las justificaciones que se ofrecen en su defensa, está mal. Nadie debería aprobarla, y las leyes deberían estar acorde con ella” (Córdova s/f).

Al respecto, “pueden encontrarse medidas de control de acceso (contraseñas o encriptado), control de copia, control de conversión a otros formatos, entre otros. Asimismo, pueden permitir la visualización y/o audición de la obra protegida, pero no su reproducción, su descarga, ni su impresión; o, permitir estos actos” (eoi.es 2012). A menudo estas medidas se encuentran previstas y reguladas, a través de los acuerdos de licencia de uso de la obra.

Ahora bien, podemos realizar una aproximación sobre las funciones de las DRM. Así, podemos distinguir dos grandes funciones de los sistemas DRM:

La primera realiza una gestión de los derechos digitales, dedicada a identificar y describir la propiedad intelectual y poner reglas para su utilización; y una segunda consistente en una gestión digital de los derechos está orientada a certificar los contenidos y hacer cumplir las reglas puestas por el titular de los derechos o por los legisladores. Cuando los DRM gestionan derechos de autor estos dispositivos deben permitir realizar a los usuarios

determinados actos sin autorización y en ciertos casos sin pagar a los titulares de los derechos, en casos tales como la copia privada, operaciones de archivo en la biblioteca y determinados usos en el caso de personas con minusvalías (Ramos 2004) [el subrayado es nuestro].

Al respecto, en el primer supuesto nos encontramos ante una tecnología que les permite a los creadores de contenidos digitales controlar el cómo y quién accederá a sus obras. Mientras que en el segundo supuesto, servirá como un “control de calidad” sobre las medidas que fueron incorporadas en las obras, como por ejemplo, si el usuario transfiere el software a un amigo y éste trata de instalarlo, el servidor denegará el permiso (Luis Castro 2015).

Entre los dispositivos tecnológicos que impiden la copia se pueden mencionar los siguientes:

- **El “Pen Drive Security” o “Dongle”**: que es la combinación de un dispositivo físico de reducidas dimensiones (los mismos son colocados en los conectores de entrada/salida de los ordenadores, paralelos o USB) y un software. “Al respecto, el objetivo de los mismos es hacer inoperante la copia ilegal o no permitida de un software. Cabe precisar que estas medidas no impiden o evitan propiamente las copias ilegales, pero sí evitan que esas copias funcionen por su imposibilidad de copiar el dispositivo físico” (Herebero, López, Romo, Medina 2012)
- También tenemos el **“Serial Copy Management System” o “Sistema de Gestión de Copias en Serie (SCMS)”**: que es un sistema que permite la copia de los medios digitales. Esto se hace a través de indicadores de permiso, a la que el usuario debe responder para copiar el material digital. El SCMS se utiliza en conjunción con cinta de audio digital (DAT) grabadoras, pero no es una gran parte de los dispositivos de grabación digital en el mundo actual (Techopedia s/f).

También existen diversos niveles de DRM que no podrían ser consideradas como “completas”, en tanto sí generan permisos para determinadas acciones en las obras; no obstante, también existen las denominadas “DRM completas”. Al respecto, estas tecnologías permiten cifrar los *bits* y proporcionar otras formas de protección, como prevenir la reproducción sin protección a través de otras conexiones digitales (Ozer 2015), de acuerdo a la siguiente exposición:

## “¿Qué es DRM completa?”

No existe una definición precisa sobre dicho concepto; no obstante, la DRM completa se puede identificar a través de la vinculación de los siguientes cuatro elementos: los derechos digitales para administrar, encriptación, gestión de licencias, y un cliente DRM habilitado

**Derechos Digitales para Controlar** las tecnologías DRM -Full permiten una amplia gama de modelos de negocio, incluyendo la compra, suscripción, alquiler, y regalar; permitir su reproducción en plataformas únicas y múltiples a través de streaming, descarga, o carga lateral; y proporcionar restricciones de reproducción que protegen contra la copia a través de salidas HDMI y similares.

**Cifrado** tecnologías DRM -Full utilizan el cifrado para proteger el contenido durante la descarga o transferencia (Ozer 2015).

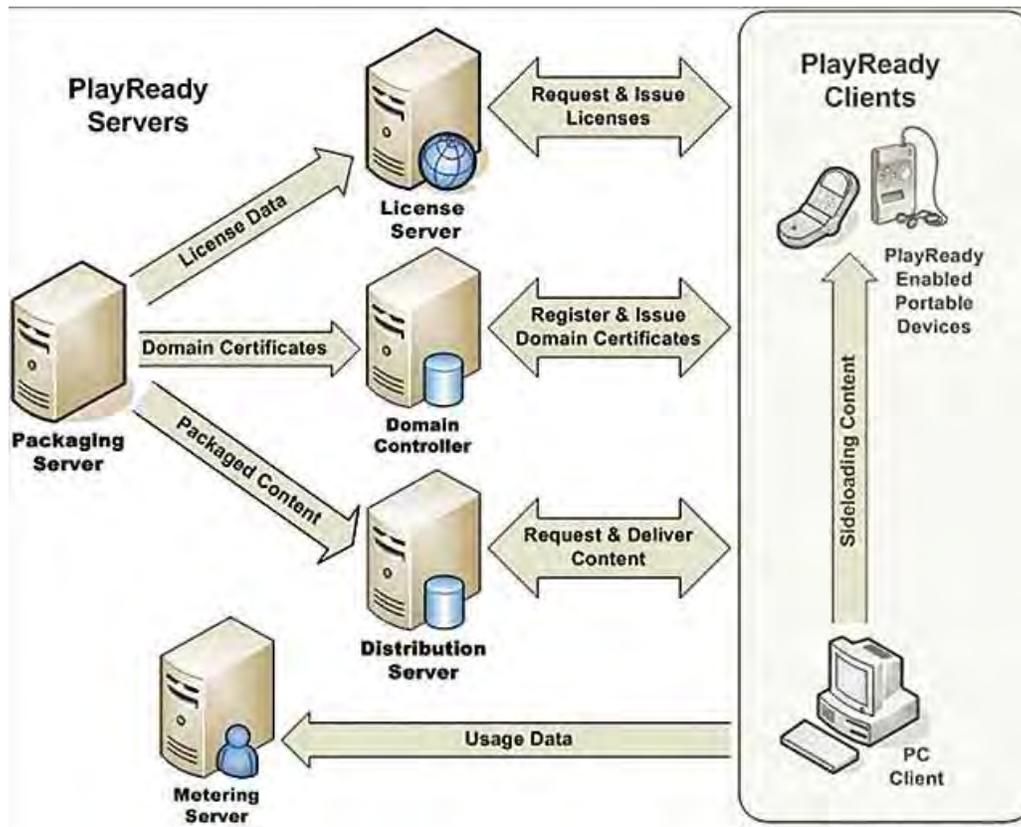
Las DRM completas poseen una estrecha vinculación con los derechos digitales, en la medida que estas últimas tienen como función controlarlas.

Al respecto, las tecnologías DRM completas permiten una amplia gama de acciones, como la compra de contenido, su suscripción, alquiler, reproducción en plataformas únicas a través de *streaming*, descarga, entre otras; por lo que los derechos digitales cumplen la función de brindar restricciones que protegen la copia no permitida del contenido.

Por otro lado, tenemos la Gestión de licencias de tecnologías DRM - Full que, “[...] requieren un servidor para gestionar la solicitud y expedición de licencias. Algunos también incorporan controladores de dominio, que gestionan los múltiples usuarios que pueden reproducir contenido con una única licencia, y servidores de medición, que registran los datos de uso y obras de teatro totales para los propósitos de regalías” (Ozer 2015).

La tecnología DRM completa requiere de un servidor general para poder gestionar las solicitudes y expedición de licencias. Asimismo, estas también aplican controladores de dominio y servidores de medición, los cuales gestionan la cantidad de reproducción de los contenidos con una única licencia y registran los datos y obras utilizadas para los propósitos de regalías.

Sobre el particular, dichos controladores cumplen la función de envasado de contenido, en donde agrupan las licencias, los certificados de dominio y el mismo contenido, para luego distribuirlos a los clientes solicitantes, conforme se grafica a continuación:

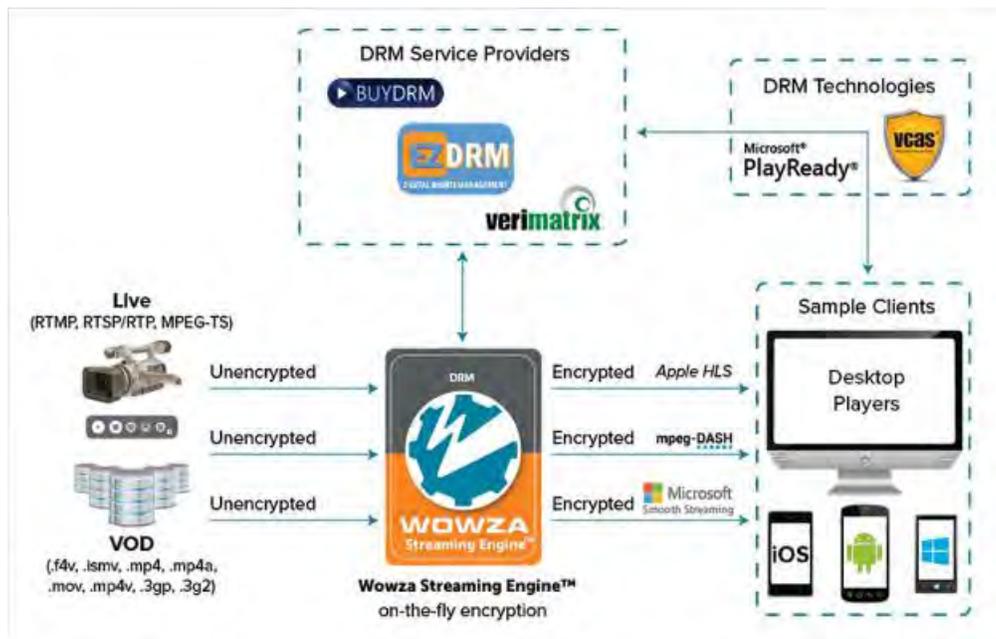


(Ozer 2015, figura 1)

*Componentes de PlayReady DRM*

Dichas funciones pueden ser realizadas por los productos o servicios externos. Por ejemplo, Encoding.com, Elemental Server, Telestream Vantage y otros codificadores, pueden comunicarse con los servidores de licencias para cifrarlos y empaquetarlos, para luego distribuirlos a los clientes.

“En la mayoría de los casos, un servidor web estándar HTTP puede distribuir paquetes encriptados, aunque en algunos casos, hay ventajas de utilizar un servidor de streaming. Un ejemplo es el DRM AddOn a la Wowza Streaming Engine, que puede cifrar de forma dinámica y el paquete de contenido en vivo y VOD” (Ozer 2015).



(Ozer 2015, figura 2)

*El DRM AddOn a la Wowza Streaming Engine añade, cifrado múltiple formato dinámico y envasado con el apoyo de múltiples proveedores.*

**Un jugador DRM Capaz** -El elemento final de la verdadera DRM es un jugador capaz DRM que puede comunicarse con el servidor de licencias y hacer cumplir todo el software y restricciones de reproducción relacionados con el hardware. Para la computadora portátil y la reproducción, algunos DRM utilizan un plug-in- existente, por ejemplo, Adobe Primetime utiliza Flash, mientras que Microsoft PlayReady utiliza Silverlight mientras que otras tecnologías, tales como Google Widevine y DivX, requieren un plug-in de descarga. En los dispositivos móviles, la mayoría de las DRM requieren una aplicación descargable creado con el SDK proporcionados por cada proveedor de DRM, mientras que el soporte DRM en electrónica de consumo y otros dispositivos suelen requerir un cierto nivel de desarrollo personalizado (Ozer 2015).

[...] la industria se está moviendo hacia DRM basado en el navegador a través de las extensiones de fuente de los medios (MSE) y las extensiones de medios encriptados (EME), por lo que el navegador se convierta en el jugador DRM capaz. Con estas tecnologías, será

mucho más sencillo para los distribuidores de contenido para apoyar plataformas adicionales, y los consumidores no deberían tener que descargar una aplicación o un plugin para acceder a su contenido (Ozer 2015).

Por otro lado, de acuerdo a lo señalado por Víctor Vásquez: “mediante las medidas tecnológicas de protección (MTPs) los titulares de derecho pueden modular el acceso y la utilización de los contenidos por parte de los usuarios con vistas a proteger la obra y adaptar su uso al modelo de explotación que el titular elija” (Vásquez 2006). En atención a ello, podemos decir que estas medidas pueden ser implementadas por los autores o titulares de derechos, ello con la finalidad de proteger sus obras o restringir el acceso y uso de las mismas, de acuerdo con lo que el mismo titular desee.

Para ello, existe una clasificación de estas medidas que son, por un lado las referidas al control de acceso; y, por el otro sobre la prevención frente a terceros. En el primer caso, por lo general, se usarán contraseñas y/o claves de usuarios. Por otro lado, en el segundo supuesto se incorporarán medidas que controlen o prevengan la reproducción no autorizada de un contenido.

Siendo así, se puede advertir que el autor es libre de poder implementar los mecanismos que considere pertinente para resguardar el acceso o uso de su obra, siendo que existen dos clasificaciones de estos mecanismos; los referidos al “acceso”, para los cuales se podrán usar claves de usuarios y/o contraseñas; y, por el otro, sobre la “prevención frente a terceros”, que es básicamente un mecanismo para evitar copias o retransmisión sin contar con autorización previa.

Asimismo, Antonio Delgado ha señalado lo siguiente respecto a las medidas de tecnológicas:

[...] estamos en presencia de una “protección jurídica” cuyo objeto no es otro que la preservación y conservación, en su propia funcionalidad, de las medidas examinadas [...] [...] para conseguir ese objetivo la Directiva de los Estados miembros a combatir, jurídicamente hablando, la neutralización o elusión, directa o indirecta, de cualquiera de dichas medidas. Los Estados han podido sustanciar ese combate, y la mayoría de ellos así lo hecho y lo está haciendo, ya mediante expresa prohibiciones legales de los actos de elusión o neutralización aludidos, ya dando a éstos la consideración de actos de infracción de los derechos [...] (2006).

De lo señalado por Delgado, se desprende que la implementación de las medidas tecnológicas de protección, es considerado como una protección jurídica, tal es así que los diversos miembros (países) han adoptado prohibiciones expresas a fin de evitar la elusión de estos mecanismos, cuya finalidad es la preservación y conservación de estas medidas, para así proteger la integridad, hablando en sentido amplio, de las obras.

Entonces, a modo de conclusión podemos decir que, la función de los DRM es más que la sola protección de las obras en sí, siendo que incluso existen niveles de éstas, las mismas que dependiendo de lo que se busque (medida de protección de la obra) se incorporará mayores elementos que generen que los mecanismos instalados no sean pasibles de alteración. Ello, genera que las DRM sean utilizadas por los proveedores (autores o titulares de derechos) para proteger sus intereses (derechos morales, patrimoniales, entre otros) limitando el acceso al producto (obras).

Es decir, los mecanismos de autotutela no solo tendrán la finalidad de proteger la obra, sino que también brindarán a los autores o titulares de derechos la facultad o potestad de poder decidir en qué forma/medida se podrá reproducir su obra, de acuerdo a las expectativas que tengan respecto a la misma.

## **1.2 Análisis de la casuística referida a la implementación de los “mecanismos de autotutela”**

Al respecto, pasaremos a presentar algunos de los casos más conocidos sobre la implementación de los “mecanismos de autotutela” (Córdova 2013).

### **(i) Francia: Caso “Mullholland Drive”**

No necesitamos explorar el grado en que uso justo tengan protección constitucional, basada en la primera enmienda o la cláusula de derechos de autor, porque lo que validez puede tener una demanda constitucional en cuanto a la aplicación de la DMCA que deteriora el uso justo de material con derechos de autor, estas cuestiones están más allá del alcance de esta demanda por varias razones. En primer lugar, los demandantes no

pretenden hacer un uso lícito de cualquier material con derechos de autor, y nada en la medida cautelarles prohíbe hacer uso justo.

[...] el legislador no ha querido investir a nadie del derecho a realizar una copia privada de cualquier obra, sino que ha organizado las condiciones en las que la copia de una obra queda excluida del monopolio del autor sobre su obra, el cual supone el derecho exclusivo de éste a autorizar o prohibir la reproducción de sus obras [...]"

[...] Es necesario remitirse, como lo hacen los demandantes, a lo dispuesto en el Convenio de Berna para poder valorar el alcance de estas excepciones; ... el artículo 9.2 del Convenio reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de las obras, pero precisa que el ejercicio de esta facultad está supeditado a las siguientes condiciones acumulativas: debe tratarse de determinados casos especiales y la reproducción no debe atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor [...]" (Estados Unidos Corte de Apelaciones del Segundo Circuito 2000)

"*Mullholland Drive*" es el título de una obra cinematográfica dirigida por el director David Lynch, coproducida por Les Films Alain Sarde y Studio Canal de Francia y distribuida por Universal Pictures Video France.

Dicha obra fue reproducida en formato Digital Versatile Disc o Disco Versátil Digital (adelante, DVD); y, fue adquirida por un ciudadano francés de apellido Perquin quien pretendió realizar una copia para su exclusivo uso personal. No obstante, el DVD se encontraba protegido por un sistema anticopia que había sido introducido por los productores a efecto de que la obra audiovisual no pueda ser reproducida por sus adquirentes. Cabe precisar que, el ejemplar adquirido no indicaba que venía con un mecanismo anticopia.

Por ello, el Señor Perquin y la Unión Fédérale des Consommateurs (Unión Federal de consumidores, usuarios y contribuyentes sin ánimo de lucro creada en 1951) – UFC interpusieron una demanda contra los productores y la distribuidora alegando lo siguiente:

-Su primer fundamento se basó en que la acción antes descrita, generaba una infracción al artículo 122.5 del Código de Propiedad Intelectual francés, el mismo que establece lo siguiente:

**“Artículo L 122.5**

Enuncia de manera limitativa las excepciones al carácter exclusivo de los derechos del autor, estableciendo que el autor no puede prohibir en particular las copias o reproducciones estrictamente reservadas al uso privado del copista y no destinadas a un uso colectivo.

Solicitaban que se prohíba a los coproductores y distribuidores el uso de medidas tecnológicas y la comercialización de los soportes que las contengan. Asimismo, requerían la publicación en la que se reconociera el “derecho de copia privada”. En ese sentido, señalaban que la copia privada no es sólo un límite al derecho de autor sino un derecho para los usuarios que, además, pagan al adquirir los dispositivos y soportes correspondientes (compensación por copia privada).

Al respecto, de acuerdo a lo señalado por Jorge Córdova Mezarina, en el Perú la regulación sobre compensación de copia privada resulta insuficiente, al respecto señala:

[...] Creemos también que no tendría sentido alguno que los titulares del derecho de autor y derechos conexos se beneficien de una compensación si no van a sufrir daño alguno por la copia para uso personal de sus obras y producciones, pues es razonable que se espere que los particulares no vayan a vulnerar una medida tecnológica de protección. En ese sentido, consideramos que la regulación existente en el Perú respecto de la compensación por copia privada resulta insuficiente, pues no discrimina entre aquellos productos destinados a realizar una efectiva copia privada y aquellos destinados a otros fines. Asimismo, no exige a las entidades de gestión colectiva del Derecho de Autor y derechos conexos que eximan del beneficio generado por el pago de la compensación a aquellos titulares que han incorporado en sus producciones una medida tecnológica anticopia (2013).

Su segundo fundamento se basó en lo establecido en el artículo L. 111.1 del Código de Consumo, por insuficiente o inadecuada información acerca de las características esenciales del DVD como producto, de acuerdo a lo siguiente:

### **Artículo L111-1**

El autor de una obra del espíritu disfruta de este trabajo, el mero hecho de su creación, el derecho de exclusiva propiedad inmaterial contra todas las personas.

Este derecho comprende atributos de un orden intelectual y moral y los atributos de orden [...].

La existencia o la conclusión de un contrato de alquiler o de servicio por el autor de una obra, no menoscaban el disfrute de la derecha en el primer párrafo las excepciones previstas en este código. En las mismas condiciones, no es excepción al disfrute de este derecho, incluso cuando el autor de la obra de la mente es un agente del Estado, una autoridad local, una institución administrativa pública, la autoridad Administrativas independientes con personalidad jurídica o el Banco de Francia.

Las disposiciones de los artículos L. 121-7-1 y L. 131-3-1 a L. 131-3-3 no se aplican a las obras de autores cuya divulgación está sujeta, en virtud de su estado o estatutos gobernar sus funciones en cualquier control previo de la autoridad jerárquica.

En su Resolución, la primera instancia reconoció que la copia privada no es un derecho de los usuarios sino una excepción al derecho de autor; y, por lo tanto, se encuentra sujeta a los “usos honrados”. En ese sentido, el Tribunal señaló lo siguiente:

El mercado de DVD es de una importancia capital (para la explotación de obras cinematográficas) y que la venta de DVD inmediatamente posterior a la exhibición en salas de cine genera ingresos indispensables para el equilibrio económico de la producción. [...] El soporte DVD es una forma de explotación normal de las obras audiovisuales. [Así] la copia de una obra cinematográfica editada en soporte digital no puede sino dañar la explotación normal de la obra (Boletín de Derechos de Autor 2004).

Por ello, la primera instancia señaló que la inclusión de medidas tecnológicas no vulnera las normas referidas a la excepción de copia privada, sino que por el 111 esta acción era considerada como una potestad de los titulares del derecho de autor.

Lo más controvertido en esta Resolución es que el Tribunal señaló respecto del pago de la compensación por copia privada que el mismo no determina el ejercicio de la excepción. Finalmente, la primera instancia sostuvo que no se infringía norma de protección al consumidor alguna pues la reproducción de un DVD no constituye una característica esencial del producto y el consumidor no puede beneficiarse de la excepción de copia privada.

El 28 de febrero de 2006, la *Cour de Cassation* (Tribunal de Casación) francesa determinó que la excepción de copia privada interpretada a la luz de la Directiva Europea de la Sociedad de la Información no puede obstaculizar la inclusión en los soportes en los que se reproduce una obra protegida de medidas técnicas de protección destinadas a impedir la copia, cuando esta tenga por efecto dañar la explotación normal de la obra, cosa que debe apreciarse teniendo en cuenta la incidencia que tal copia puede tener en el contexto del medio digital. Asimismo, la *Cour de Cassation* señaló que no se había valorado adecuadamente el daño que la copia privada causa a las obras editadas en soporte digital.

En ese sentido, señaló lo siguiente: “El daño a la explotación normal de la obra, que obliga a descartar la aplicación de la excepción de copia privada, debe apreciarse en función de los riesgos inherentes al nuevo medio digital para la salvaguardia de los derechos de autor, así como de la importancia económica que la explotación de la obra, en formato DVD, representa para amortizar los costes de la producción cinematográfica” [el subrayado nuestro].

Si bien la *Cour de Cassation* no se pronunció respecto de la delgada línea existente entre las medidas tecnológicas de protección y la excepción de copia privada, utilizó la “*regla de los tres pasos*” para delimitar ambos campos.

Así, según la *Cour de Cassation* la copia que afecta la normal explotación de la obra no se encuentra amparada por excepción alguna. Y por ello no sería admisible impedir el uso de medidas tecnológicas de protección. En ese sentido, el uso de medidas tecnológicas sólo podría ser aceptado cuando se trate de una herramienta para impedir la realización de copias no autorizadas de obras y producciones protegidas. Sin embargo, no se pronunció respecto de lo que sucede cuando las medidas tecnológicas de protección limitan el ejercicio de la excepción de copia privada.

De lo señalado en párrafos precedentes y haciendo un símil con nuestro ordenamiento jurídico, la autoridad de protección al consumidor únicamente se delimitaría a ver si existe una norma que establezca la posibilidad de incorporar los mecanismos de autotutela en un formato DVD (u otro formato); y, en tanto la Ley de Derechos de Autor lo permite, la denuncia presentada por el consumidor sería declarada infundada, en atención a la existencia de una garantía legal, que ya veremos a detalle en el siguiente capítulo.

## (ii) Estados Unidos: Caso “Universal City Studios contra Reimerdes”:

Universal City Studios y otros siete estudios cinematográficos demandaron algunos titulares de páginas web por incitar a los usuarios a realizar copias de sus producciones, así como por poner a disposición de los mismos el programa de ordenador denominado DeCSS: “Los DeCSS es un programa que permite ver las películas DVD en ordenadores con el sistema operativo Linux (para el que no existen programas lectores de DVD sancionados oficialmente)” que permite eludir medidas tecnológicas de protección que impiden la copia de sus DVD’s y el acceso no autorizado a los mismos (Candeira 2000).

El 17 de agosto de 2000, el Tribunal de Nueva York señaló que el software puesto a disposición de los demandados permitía el acceso no autorizado a las producciones de titularidad de los demandantes a través de la vulneración de las medidas tecnológicas de protección que habían sido incorporadas en sus ejemplares. En ese sentido, el referido Tribunal señaló que el “*fair use*” no resultaba aplicable en demandas relacionadas con infracciones a la DMCA por lo que resultaba admisible la demanda interpuesta. Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito el 29 de noviembre de 2001.

En el caso en que este proceso se hubiera dado en el Perú, la Autoridad competente para conocer las presuntas infracciones a las normas de Derechos de Autor, hubiera declarado admisible la denuncia y hubiera procedido a analizar el fondo de la controversia. Ello, en atención a que la legislación peruana no hace diferencia en que si la elusión de las medidas tecnológicas se hubiera realizado para un uso privado/ personal o no; en el caso peruano, el solo hecho de eludir las referidas ya genera que exista una vulneración a los derechos de los autores

**(iii) España: Caso “No es lo mismo”:**

“No es lo mismo” es una producción fonográfica del intérprete Alejandro Sanz de titularidad de Warner Music España. La misma fue lanzada al mercado en mayo de 2004 e incorporaba un mecanismo anticopia. La Asociación de Internautas de España señaló que la incorporación de una medida tecnológica de protección en dicha producción impedía el ejercicio de lo que consideraba el “derecho de copia privada” y no disuadía la reproducción ilícita de dicha producción. En ese sentido, solicitó al Instituto Nacional de Consumo la retirada del disco del comercio. La referida asociación incluyó en su denuncia también a la Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), respecto de la cual señaló que a pesar de haber llegado a un acuerdo con los fabricantes de discos compactos en blanco respecto del pago de la compensación por copia privada la cual ascendía al 30% del valor de cada disco, propugnaba la inclusión de medidas tecnológicas de protección en las producciones de sus asociados.

Si bien la SGAE deslindó cualquier responsabilidad en la inclusión de medidas tecnológicas de protección en discos compactos, atribuyendo dicha responsabilidad en los productores de fonogramas y videogramas, la productora Warner Music España sostuvo en un comunicado lo siguiente:

"El CD de Alejandro Sanz "No Es Lo Mismo" incorpora una tecnología de protección contra copia digital. Dicha tecnología viene aplicándose desde hace meses en algunos de los más importantes lanzamientos de la industria discográfica, y cumple con los necesarios requisitos legales. El producto va debidamente etiquetado en su exterior, informando de dicho sistema. "Lamentablemente y a pesar del sistema de protección, "No Es Lo Mismo" está siendo objeto, a niveles masivos, tanto de piratería callejera como de descargas no autorizadas a través de Internet" (El Mundo.es 2003)

Si bien la denuncia fue retirada en tanto existían dudas sobre la competencia del Instituto Nacional de Consumo para decidir sobre la materia; además, los nuevos ejemplares del disco salieron finalmente sin medida tecnológica de protección, el director de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales de España (EGEDA) sostuvo que los autores y productores que incluyan un sistema anticopia en sus obras y producciones no debían recibir la correspondiente compensación por las copias digitales de las mismas. Es decir, si un titular de derechos introduce

una medida tecnológica de protección, más allá que impida el ejercicio de la excepción de copia privada, no debería recibir en absoluto compensación alguna, pues no se le está generando daño.

En este caso, de acuerdo a lo señalado en los párrafos precedentes, considero acertado el fallo emitido por la Autoridad en tanto, si bien pueden existir vulneraciones económicas si el autor introdujo mecanismos de autotutela en sus obras. Lo cierto es que, la “perdida” o “perjuicio” económico se puede dar en tanto los consumidores determinen no comprar los productos como una forma de demostrar su rechazo a la implementación de DRM. Finalmente, si bien se podría suponer que la medida adoptada tuvo como finalidad el cobro por compensación por copia privada, lo cierto es que ello no se encontraría acreditado además, es de notar que en caso en particular se trata de un mercado en el que un autor (cantante) debe el éxito -y por ende sus ganancias- en la preferencia de su público (consumidores) y por ende en la fidelidad de éstos, por lo que se vio “obligado” a eliminar los mecanismos de autotutela, pese a ser un derecho reconocido. De hecho, luego de tomar ésta decisión, se informó a los consumidores que podían canjear los CDs adquiridos por unos que no tuvieran éstos mecanismos (El Mundo.es 2003).

**(iv) Bélgica: Caso “Scarlet Extended S.A.”:**

- 44 En efecto, tal y como se desprende de los apartados 62 a 68 de la sentencia de 29 de enero de 2008, Promusicae (C-275/06, Rec. p. I-271), la protección del derecho fundamental de propiedad, del que forman parte los derechos vinculados a la propiedad intelectual, debe ponderarse con respecto a la protección de otros derechos fundamentales.
- 45 Concretamente, del apartado 68 de dicha sentencia se deduce que, en el marco de las medidas adoptadas para proteger a los titulares de derechos de autor, corresponde a las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales garantizar un justo equilibrio entre la protección de ese derecho y la protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas por tales medidas.
- 46 Por lo tanto, en las circunstancias del litigio principal, las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar, en particular, un justo equilibrio entre la protección del derecho de propiedad intelectual que ampara a los titulares de derechos de autor y la protección de la libertad de empresa que ampara a los operadores, como los PAI, en virtud del artículo 16 de la Carta.

[...]

- 50 Por otro lado, los efectos de dicho requerimiento judicial no se limitarían al PAI afectado, ya que el sistema de filtrado litigioso también puede vulnerar los derechos fundamentales de los clientes de ese PAI, a saber, su derecho a la protección de datos de carácter personal y su libertad de recibir o comunicar informaciones, derechos que se encuentran protegidos por los artículos 8 y 11 de la Carta.
- 51 En efecto, consta en autos, por un lado, que el requerimiento judicial por el que se ordena establecer el sistema de filtrado litigioso implicaría un análisis sistemático de todos los contenidos y la recopilación e identificación de las direcciones IP de los usuarios que hayan originado el envío de contenidos ilícitos en la red, dándose la circunstancia de que dichas direcciones son datos protegidos de carácter personal, ya que permiten identificar concretamente a tales usuarios.
- 52 Por otro lado, dicho requerimiento judicial podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito. En efecto, es incontrovertido que el carácter lícito de una transmisión depende igualmente de la aplicación de excepciones legales a los derechos de autor que varían de un Estado miembro a otro. Además, en determinados Estados, ciertas obras pueden pertenecer al dominio público o los autores afectados pueden ponerlas gratuitamente a disposición pública en Internet (Judgment of the Court 2011).

En junio de 2007, el Tribunal de primera instancia de Bruselas resolvió un procedimiento seguido entre la Sociedad Belga de Autores, Compositores y Editores (Société Belge des auteurs, compositeurs et éditeurs – SABAM) y el proveedor de servicios de Internet Scarlet Extended S.A., señalando que este último debía supervisar las comunicaciones de sus clientes bloqueando el intercambio no autorizado de contenido protegido por el Derecho de Autor que se encuentre bajo la administración de SABAM a través de las redes P2P utilizando medidas tecnológicas para identificar y filtrar dichos actos. Al respecto, la definición referida a estas redes es la siguiente: “Una red peer-to-peer (P2P) o red de pares, es una Red de computadoras en la que todos o algunos aspectos de ésta funcionan sin clientes ni Servidores fijos, sino una serie de nodos que se comportan como iguales entre sí. Es decir, actúan simultáneamente como clientes y servidores respecto a los demás nodos de la red” (EcuRed s/f).

En febrero de 2010, el Tribunal de apelaciones belga suspendió el procedimiento y planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dos cuestiones prejudiciales a efecto de verificar si las obligaciones impuestas a Scarlet eran compatibles con el Derecho de la Unión Europea.

El 24 de noviembre de 2011, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea estableció lo siguiente:

- De acuerdo con el artículo 15.1 de la Directiva 2000/31, ningún Estado de la Unión Europea puede obligar a un proveedor de servicios de Internet a supervisar los datos de cada uno de sus usuarios con el fin de evitar infracciones al Derecho de Autor. En ese sentido, se resalta que el proveedor de servicios de Internet se limita a ser un intermediario en las comunicaciones de sus usuarios.

- Si bien el Derecho de Autor se encuentra garantizado por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, este no es intangible y su protección no puede darse en términos absolutos, sino que debe ser ponderado respecto de otros derechos fundamentales como por ejemplo la libertad de empresa (debido a que los ISP tendrían que implementar medidas tecnológicas complejas y costosas) y la libertad de información (puesto que los sistemas de filtrado no son eficientes para discriminar entre contenidos lícitos e ilícitos).

En ese sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que no corresponde ordenar a un proveedor de servicios de Internet establecer una medida tecnológica de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas que circulen a través de sus servicios, con carácter preventivo, bajo su costo y sin límite de tiempo (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2011).

En el presente caso, se considera que lo señalado por el Tribunal Europeo resulta lógico, en tanto que no se puede obligar a un tercero (por más que brinde un servicio y/o producto (software)) filtrar todas las comunicaciones que se encuentren en la red (internet) a fin de poder detectar infracciones a los derechos de autor; y, menos aún que sea bajo su propio costo, eso resultaría no solo oneroso para este proveedor sino también contrario a las prácticas comerciales; ello, en tanto que, si un proveedor se encuentra en la necesidad de contar con un mecanismo que le

permita advertir si existe una vulneración a los derechos de autor, éste podrá contratar dicho servicio o producto, pagando el precio de la creación y/o implementación del mismo.

Finalmente, si se diera el caso que en el Perú algún proveedor requiera dicho servicio -como el concerniente al caso en particular-, correspondería que éste contrate con un proveedor informático a fin que le pueda proporcionar el mecanismo para poder advertir algún tipo de infracción a las normas de protección al consumidor; y, de ser el caso, pagar el precio como contraprestación del mismo, pues tampoco existe una norma que obligue a los proveedores de softwares informáticos a brindar estos productos o servicios de manera gratuita o accesoria a la prestación de sus servicios.

### **1.3 Análisis de la efectividad del uso del derecho patrimonial para los autores: ¿Resulta eficiente implementar los “mecanismos de autotutela”?**

¿Realmente resulta eficiente incorporar mecanismos de autotutela en una obra? Adelantando la respuesta a lo que veremos a lo largo de los próximos párrafos, es posible considerar, en primer lugar que, para considerar eficiente la incorporación de estos mecanismos de una manera objetiva, se debe tener en consideración que las obras deberán contar con un sistema de control real por parte de los autores o titulares de derechos; es decir, que sean éstos quienes decidan cómo y quiénes podrán acceder a la obra:

“Las medidas tecnológicas se consideran eficaces cuando el uso de la obra o prestación protegida está controlado por los titulares de derechos mediante un control de acceso, un control de copiado, o un procedimiento de protección (o codificación) que sólo permite el uso de la obra a aquellas personas que cuenten con autorización” (Elcock s/f).

En la actualidad, aún es usual que un autor o proveedor de productos y servicios incorpore en sus obras mecanismos de autotutela; al respecto, la finalidad de ello corresponde a la necesidad de “bloquear” una copia no autorizada de la misma; sin embargo, ¿resulta realmente necesario que un autor implemente los referidos mecanismos? Al respecto, la intención de evitar una copia no autorizada de determinada obra no lo determinará la implementación de un mecanismo.

Por ejemplo, cuando una persona adquiere un CD-ROM de determinado autor, en atención a lo establecido en la Ley, solo podrá hacer una copia del mismo - siempre que esta sea para uso personal -; sin embargo, ¿ello generará que adquiera otro CR-ROM del mismo autor y con las mismas obras? La respuesta consideramos que es negativa, ya que posiblemente la mayoría de las personas no considera necesario adquirir un CD-ROM original más del que ya tiene. Ello teniendo en consideración los costos que tendría que asumir, no solo por el pago del precio del bien sino también por los costos de transacción (tiempo de compra, entre otros), criterios que serán evaluados por un consumidor previamente. Asimismo, es preciso indicar que los consumidores cuentan en la actualidad con diversos productos alternos que podrán satisfacer sus necesidades, sean éstas musicales, literarias y otras.

En ese sentido, el hecho que un autor asuma costos para implementar determinados mecanismos de autotutela, no generaría que los consumidores compren más soportes originales iguales, generando así una posible pérdida a la inversión asumida e incluso un posible rechazo frente a un determinado autor o proveedor. Ello, tiene sustento en que, muchos de los consumidores peruanos ni siquiera adquieren en su primera compra una obra original; motivo por el cual, la piratería se encuentra tan implantada en el Perú.

Asimismo, consideramos que, a fin de evitar la piratería o copia ilegal de una determinada obra, que en principio es la finalidad de la implementación de los mecanismos de autotutela en las obras, el autor debe generar incentivos en sus consumidores a fin que ello no ocurra; es decir, fidelizarlos por la calidad de sus productos y contenidos de los mismo, lo que también los diferenciará de otros que ofrezcan bienes similares en el mercado.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que, actualmente, muchas empresas -a modo de ejemplo- como Google, Facebook y otras, ofrecen a sus usuarios accesos a diversas plataformas donde se podrá obtener obras de manera libre e incluso gratuitos, tales como “Open Library”, “Proyect Gutenberg”, “Amazon”, “Casa del Libro”, entre otros. Al respecto, es preciso indicar que los libros que se ponen a disposición a través de éstas plataformas no son subidos para su descarga de manera ilegal, sino por el contrario, estos libros son de dominio público, creative commons o sus propios autores los han puesto en el Internet de manera gratuita durante un tiempo determinado.

Al respecto, de acuerdo a lo publicado en streamingmedia.com, el autor debería -previa a la incorporación de los mecanismos de autotutela- evaluar si realmente el costo de producción además de los ingresos obtenidos de sus obras, resultarían más eficientes y si otorgaría más ganancias que el costo asumido por la implementación de los mecanismos antes señalados:

DRM es distinto de otras alternativas de protección de contenido, y en este artículo de nivel introductorio identifico esas diferencias, así como los proveedores de DRM primarios.

Al distribuir su propio contenido, la decisión de proteger su video con medidas que no sean el paywall es un acto de equilibrio, una evaluación de si perderá más en ingresos de lo que costará proteger su video (Ozer 2015).<sup>9</sup>

De lo expuesto, consideramos que no resulta eficiente que un autor invierta en la imposición de estos mecanismos de autotutela; tal es así que, por citar un ejemplo en el caso de Itunes de Apple, este servidor se vio “forzado” a ya no incorporar estos mecanismos al servicio brindado a sus clientes (Brighthand 2009). Sin embargo, realizó otras gestiones a fin de no ver perjudicados sus ingresos, como realizar “ajustes” en los precios por descarga de acuerdo al éxito de la canción, entre otros criterios.

Siendo así, podemos concluir preliminarmente que, un autor puede –a fin de no verse perjudicado- dejar de incorporar los mecanismos de autotutela pero realizando otro tipo de oferta, como bien lo hizo Itunes; o, en todo caso, como ya lo veremos más adelante, proponemos que – en atención al caso concreto- se aplique la regla de “los tres pasos” para poder vender sus obras sin recurrir a la implementación de los mecanismos de autotutela, pero generando que los consumidores no cuenten con incentivos (como ediciones especiales o exclusivas) para plagiar la obra y terminar perjudicando a los autores/ proveedores; lo que permitirá que los usuarios puedan gozar plenamente de la obra sin afectar los derechos patrimoniales del autor.

---

<sup>9</sup> DRM is distinct from other content protection alternatives, and in this introductory-level article I identify those differences, as well as primary DRM providers.

(...)

When distributing your own content, the decision of whether to protect your video with measures beyond the paywall is a balancing act, an assessment of whether you'll lose more in revenue than it will cost to protect your video

#### 1.4 El derecho de copia y su aplicación en los casos en que un autor adopte mecanismos de autotutela

En este punto es pertinente hacer una pequeña diferencia entre el “derecho de copia privada” y los “mecanismos de autotutela”. Siendo que, en el caso del primero, este se encuentra referido a una excepción específica, la misma que permite a los usuarios realizar copias para uso exclusivamente personal de obras y producciones publicadas; mientras que, en el caso de los mecanismos de autotutela, es la facultad que tiene el titular del derecho patrimonial para implementar los mecanismos de autotutela, con la finalidad de impedir una comunicación o modificación no autorizada de la obra.

Siendo así, cuando hablamos de la copia privada, hacemos referencia a la limitación del derecho exclusivo con el que cuenta el autor o el que goce de los derechos patrimoniales de una obra para que se pueda realizar una copia de esta. No obstante, esta copia se podrá realizar siempre y cuando sea para uso privado, sin ánimo de lucro; y, obviamente, se haya podido tener acceso a la obra de una manera lícita.

Al respecto, sobre el concepto o definición de copia privada, la doctrina señala lo siguiente:

La copia privada es una reproducción, en un solo ejemplar, de breves fragmentos o de determinadas obras aisladas protegidas por el derecho de autor incluidas en un volumen (revistas, diarios, etc.), exclusivamente para uso personal del copista (por ejemplo, para estudio, docencia, esparcimiento). El uso personal, que además de la reproducción puede comprender una transformación (traducción, adaptación, arreglo, etc.) de una obra protegida, implica que el ejemplar producido es para utilización exclusiva del copista, que este es una persona física y que la copia no saldrá de su ámbito personal, es decir, que no se usará en forma colectiva no se pondrá en circulación, con o sin fines de lucro” (Lipszyc 1993).

En el Perú, tanto en los artículos 21° y 22° del Capítulo VII de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el Decreto Legislativo N° 822, establecen dentro de las excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, la figura de la copia privada, de acuerdo a lo siguiente:

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

**Artículo 22.-** 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:

[...]

a) 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.

[...]

A través de las excepciones antes señaladas, se permite a los usuarios realizar copias para uso exclusivamente personal de obras y producciones publicadas (reproducir en forma individual cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro), ello con la finalidad de mantener los usos adecuados de las mismas, pues si se concibe la idea de un beneficio económico ya se podría presumir que se estaría afectando al autor de una determinada obra. Es decir que, la misma norma que permite a los autores y titulares de derechos a implementar los mecanismos de autotutela en sus obras, también autoriza legalmente a los adquirentes de las obras (producciones sonoras, audiovisuales o gráficas) a efectuar copias de las mismas en ejercicio siempre que se encuentren dentro de los alcances del artículo 22° de la Decreto Legislativo N° 822. Al respecto, el artículo 48° del Decreto Legislativo N° 822, 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.

La finalidad de esta limitación es proteger los derechos a la cultura, educación y la información frente a los derechos patrimoniales de los autores. Ello, atención al interés general que existe sobre la información que versa o brindará mayores alcances sobre la cultura, educación e información, claro está que la misma no deberá por ningún motivo de manera libre y deliberada sino de acuerdo a las demás normas de derechos de autor que le sean aplicables: “Estos límites [...] se justifican en consideración a la existencia de un interés general que prevalece sobre el derecho de autor, deben sujetarse a los requisitos que para cada uno de ellos establece la ley de propiedad intelectual y se circunscriben al ámbito patrimonial de los derechos patrimoniales de autor” (Carrancho 2014)

Sin embargo, como vemos en el artículo citado, esta no se extiende a la reproducción integral de un libro, los programas informáticos ni ningún otro tipo de software ni bases de datos, por el solo hecho de que un consumidor haya pagado el precio por una determinada obra.

Por otro lado, el artículo 43° literal b), del Decreto Legislativo N° 822 establece que: “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”.

El artículo antes citado, señala que es permitida sin autorización del autor, la reproducción por reprografía de fragmentos u obras agotadas. Respecto a esta clase de reproducción, se tienen las siguientes definiciones: “todo sistema o técnica por los cuales se hacen reproducciones en facsímil de ejemplares escritos y otras obras gráficas en cualquier tamaño o forma” (OMPI 1980: 229); el numeral 38 del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 822 señala que la reproducción reprográfica consiste en la realización de copias en facsímil de ejemplares originales o copias de

una obra por medios distintos a la impresión, como la fotocopia. En ese sentido, la reprografía consiste en la reproducción de una obra a través de un proceso sobre una superficie gráfica a través de tecnologías tales como la fotocopia. No comprende el almacenamiento digital.

Además, establece que se debe entender por uso personal *“la reproducción u otra forma de utilización de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo”*. Así, la definición de “uso personal” que establece la norma contiene una limitación al número de ejemplares que se está permitido obtener a efecto de que se considere comprendido dentro de la excepción.

Al respecto, las normas antes señaladas concluyen en lo mismo, para poder activar la excepción por copia privada debe efectuarse, de acuerdo con la *“regla de los tres pasos”* establecida por el Convenio de Berna, el mismo que tiene la siguiente definición:

El uso justo, el trato justo, y los sistemas de excepciones y limitaciones ponen limitaciones en los derechos exclusivos que los propietarios de derechos de autor tienen para reproducir su trabajo por un periodo de tiempo determinado. Si se determina que cierto uso de contenidos protegidos por derechos de autor es “justo” o está incluido dentro de un conjunto enumerado de las excepciones y limitaciones, entonces no constituye una infracción. Todos estos sistemas permiten a los usuarios realizar una copia parcial o total de la obra protegida por derechos de autor, incluso si el titular del derecho no ha dado un permiso explícito o ha objetado la utilización de la obra. Sin embargo, la determinación de lo que es justo o constituye un uso que encaja dentro de ciertas excepciones y limitaciones legalmente identificadas depende de la naturaleza del uso y del material original protegido. Por eso, las excepciones y limitaciones legales al derecho de autor y los alcances del uso justo y trato justo varían en cada país (OMPI 2008).

Del párrafo antes citado, se puede concluir en que la *“regla de los tres pasos”* significa que además de efectuarse únicamente en los supuestos señalados expresamente en la norma, no debe afectar los intereses del autor o titular del derecho ni la normal explotación de la obra o producción protegida, es decir, no puede afectar los “usos honrados”.

No obstante lo señalado en los párrafos precedentes, tenemos que las normas y posiciones referidas a la excepción de la copia privada, en la actualidad, ya no resulta eficiente ni efectiva, teniendo en consideración los mecanismos tecnológicos que existen, los mismos que, en atención a los mismos avances brindados por la tecnología, se vuelven más vulnerables para su “desactivación”. Es así que, si bien los mecanismos de autotutela, en principio, sirven para proteger las obras de los usos no adecuados o autorizados, siendo cada vez más sofisticadas, impidiendo la realización de determinados actos en la obra, lo cierto es que también resulta posible impedir o limitar tales mecanismos por la forma en la que los avances tecnológicos van encontrando formas para “desactivar” estos mecanismos.

Siendo así, resulta pertinente realizar un acercamiento a la “Regla de los Tres Pasos”, la misma que conforma un importante principio en lo que respecta a las excepciones y limitaciones al derecho de autor; lo que permitirá que la autoridad pertinente pueda emitir una decisión de acuerdo al caso en concreto en el que se deba aplicar.

En el Acta de Estocolmo de 1967 que revisó el Convenio de Berna, se vio por primera vez este principio, señalándose cómo se debía interpretar el nuevo párrafo referido al derecho de reproducción: “Si se considera que la reproducción entra en conflicto con la explotación normal de la obra, no se permite en absoluto. Si se considera que la reproducción no entra en conflicto con la explotación normal de la obra, conviene examinar entonces si no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Únicamente si eso no es así, sería posible en algunos casos especiales, establecer una licencia obligatoria o prever la utilización gratuita”<sup>10</sup> (OMPI 2009).

Al respecto, Anxo TATO ha señalado lo siguiente:

El legislador, en definitiva, ha sido consciente de la imposibilidad práctica de establecer mecanismos de control que asegurasen de manera eficiente un eventual derecho del autor a impedir la realización de copias privadas sin autorización. Y, en lugar de reconocer al autor un derecho de difícil aplicación práctica, ha optado por limitar su derecho de

---

<sup>10</sup> Esta interpretación tuvo como base una propuesta presentada por el Reino Unido en el seno de la Comisión Principal No.1 de la Conferencia de Estocolmo. Para un detenido análisis del proceso que dio lugar al surgimiento de la regla de los tres pasos.

exclusiva sobre la reproducción de su obra, admitiendo la licitud de la copia realizada para uso privado, y compensando al autor con una remuneración equitativa (2008 pp.11).

Por ello, se puede concluir que la excepción de copia privada, a diferencia de las demás excepciones al Derecho de Autor, no encontraría ya su fundamento en el acceso a la cultura, a la educación o a la información por parte de la sociedad, sino que se mantiene básicamente ante la imposibilidad de que los titulares o las autoridades puedan ejercer un control respecto de las mismas. Es decir, no se puede controlar las reproducciones personales de obras o producciones protegidas que realicen los usuarios. Ello resulta así en tanto que, no solo resulta casi imposible poder determinar qué obras estarían siendo vulneradas de una manera ilícita o inapropiada; sino que también buscar y encontrar mecanismos que permitan detectar éstas acciones, podrían resultar muy onerosas; además, se debe tener en consideración que así se siga inventando nuevos mecanismos que generen limitaciones de acceso o reproducción de las obras, los avances tecnológicos también generarán mecanismos que permitan vulnerarlos, volviéndose un estado cíclico y constante y no generando un beneficio en sí para los autores o titulares de derechos.

Siendo así, es difícil sostener que dicha forma de explotación no causa un daño efectivo al autor o al titular del derecho respectivo, por eso muchos Estados han considerado otorgar una compensación a los mismos por dicha afectación, lo cual se analizará más adelante.

### **1.5 Algunos ejemplos de obras importantes en el mercado digital**

A principios de los años 1970, se iniciaron las transacciones comerciales o también llamado comercio electrónico (Comunicación Lynkoo 2012), el mismo que se desarrollaba a través del Internet. Estas transacciones abrieron puerta al acercamiento entre consumidores y proveedores de diversos bienes y servicios, lo que ha generado un gran impacto en la economía mundial.

Estas nuevas formas de venta han generado que muchos emprendedores puedan insertarse en el mundo de los negocios de una manera más fácil y económica; y, por otro lado, han permitido el acercamiento de los consumidores a los proveedores. Ello ha generado que, la oferta y la demanda se vaya “acomodando” a las necesidades y expectativas generadas en el “mercado virtual”.

Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) ha permitido que el uso de diversas obras como libros, canciones, entre otros, se haya incrementado con el transcurrir de los años, volviéndose así una práctica consolidada; en tanto que, han pasado del uso de las colecciones físicas a uno virtual, con el único requisito de contar con un dispositivo electrónico. Al respecto, esta nueva “moda” es conocida como la “*tercera ola*” de la revolución digital” (Universitat de Barcelona 2013).

A modo de ejemplo, para mostrar cómo es que las obras que antes eran físicas ahora han pasado a ser un producto virtual, mostraremos la evolución de los libros virtuales, que son de fácil acceso con tan solo tener un dispositivo electrónico:

### **Los libros virtuales**

Uno de los productos que ya se encuentran dentro de los “mercados virtuales” son los textos o literatura virtual, así un autor podrá llegar a una mayor cantidad de lectores (consumidores) a nivel mundial, pudiendo poner a disposición sus obras sin tener que asumir los costos por impresión, publicación, entre otros. Asimismo, del otro lado, tenemos a los usuarios, quienes podrán acceder a mayor información con tal solo un “click”, en diversos idiomas y desde cualquier parte del mundo. Ahora bien, este usuario podrá acceder a las obras de manera completa o parcial de acuerdo a su participación en la red o al pago que haya efectuado.

Desde ya hace algunos años atrás, podemos encontrar en el mercado los famosos libros electrónicos, también llamados “*libros digitales*”, “*ciberlibro*”, entre otras denominaciones; asimismo, en inglés se les conoce como “*e-book*”; no obstante, estos libros no son otra cosa que la versión digital o electrónica de un determinado texto (formato digital).

En España, por ejemplo, hacia el año 2010 la mitad de las editoriales puso a disposición del público el 5% de su catálogo en versión digital. Asimismo, “para el año 2012 la tendencia señaló que el 75% de las editoriales ya disponía de un proyecto digital a fin de comercializar las obras en formato digital en incluso creación de obras únicamente digitales” (ABC.ES 2011).

En los Estados Unidos de Norteamérica, por citar otro ejemplo, la venta de los libros virtuales conlleva un gran éxito económico, de acuerdo a señalado por la Asociación de Editores Estadounidenses (AAP, por sus siglas en inglés), pasando a generar de 32.4 millones de dólares en el año 2010 a 69.9 millones en enero de 2011, mientras que las ventas de libros impresos descendieron en la mayoría de las categorías (ABC.ES 2011).

También se debe tener en consideración que los diversos beneficios que ofrecen estos libros, tales como la no utilización de papel y comodidad respecto a la portabilidad; además, en algunos casos es posible enriquecer los libros con enlaces multimedia e incluso se puede añadir anotaciones en el mismo.

Como se observa de la información antes señalada, desde hace varios años atrás, diversos países vienen apostando por la digitalización de libros e incluso creación de obras exclusivamente digitales; al respecto, ello se debe a la demanda por parte de los consumidores, la misma que se va incrementando de manera considerable año tras año, con las tecnologías que se encuentran cada vez más alcance de las personas, quienes prefieren adquirir un libro virtual respecto a uno físico, por los beneficios señalados en el párrafo precedente y otros.

En atención a esta demanda, es que los proveedores de textos virtuales han tenido que optar por diversos mecanismos a fin de proteger la integridad de las obras, así como una posible copia no autorizada e incluso de la “piratería”. Además, debe considerar que, para proteger este mercado, no se puede realizar una copia indiscriminada de los textos que se ponen a disposición de los usuarios, pues de ser así, cualquier persona -independientemente de haber realizado un pago o no- podrá acceder al libro electrónico, generando desincentivos para seguir generando estos productos, pues ya no se obtendría una ganancia y por ende el producto o proveedor abandonaría el mercado.

Para ello, a fin de evitar algunos inconvenientes como los señalados en el párrafo precedente, las normas de Derechos de Autor permiten a los proveedores de este servicio/producto, implementar mecanismos de autotutela; sin embargo, en algunos casos, los usuarios de estos productos podrían considerar que al adquirir uno que cuente con los mecanismos indicados anteriormente, se estarían vulnerando sus derechos como consumidores.

Finalmente, consideramos pertinente señalar que en la actualidad existen algunas páginas web que ofrecen a los usuarios descargar de manera gratuita algunos textos, por citar un ejemplo tenemos a:

- **Open Library**<sup>11</sup>, es un proyecto de la organización sin ánimo de lucro Internet Archive y patrocinado parcialmente por la California State Library. Y, cuenta con más de 30 millones de registros, de los cuales 13,4 millones ya están accesibles en la web y se puede buscar a texto completo en 230.000 de ellos.
- **Project Gutenberg**<sup>12</sup>, es la primera gran colección de libros electrónicos gratuita puesta en línea; ello, de acuerdo a lo señalado en el ítem referido a “Bienvenido” en su portal web; y, cuenta con más de 45.000 libros electrónicos.
- **Google Books**<sup>13</sup>, en éste portal, todos los usuarios de Internet cuentan con una sección de libros gratuitos, los cuales se pueden descargar y leer desde el navegador del dispositivo (previo login en tu cuenta de Google) o a través de la aplicación Google Play Books –así se pueden leer los libros en teléfonos y tablets Android-.
- **Amazon**<sup>14</sup>, a través de éste portal, los usuarios pueden acceder a estos libros los usuarios que tengan cuenta en Amazon, y también a los que tienen un Kindle.
- **Casa del Libro**<sup>15</sup>, este portal dispone de una sección de ebooks gratis. Siendo que, a través de éste link se pueden advertir los libros promocionados como gratuitos:  
<https://www.casadellibro.com/libros-ebooks-gratis/184>

---

<sup>11</sup> <https://openlibrary.org/> / Consulta: 12 de mayo de 2017

<sup>12</sup> <https://www.gutenberg.org/> / Consulta: 12 de mayo de 2017

<sup>13</sup> <https://books.google.com/> / Consulta: 12 de mayo de 2017

<sup>14</sup> <https://www.amazon.com/> / Consulta: 12 de mayo de 2017

<sup>15</sup> <https://www.casadellibro.com/> / Consulta: 12 de mayo de 2017

- **Kobo**<sup>16</sup>, es una plataforma de libros digitales que pone a disposición una colección de libros digitales a bajo costo -menos de un dólar-.
- **Biblioteca Nacional de España**<sup>17</sup>, a través de la Biblioteca Digital Hispánica, proporciona acceso libre y gratuito a miles de documentos digitalizados, entre los que se cuentan libros impresos entre los siglos XV y XIX, manuscritos, dibujos, grabados, folletos, carteles, fotografías, mapas, atlas, partituras, prensa histórica y grabaciones sonoras.
- **24symbols**<sup>18</sup>, es una plataforma que permite leer libros electrónicos desde la *nube* sin necesidad de descargas y ni incompatibilidad de formatos. Asimismo, cuenta con un catálogo de 15.000 títulos.
- **Barnes&Noble**<sup>19</sup>, es considerada como la mayor librería de Estados Unidos.
- **Wikibooks**<sup>20</sup>, es un proyecto integrado en el proyecto de Wikimedia y que tiene por objetivo poner a disposición de cualquier persona libros de texto, manuales, tutoriales u otros textos pedagógicos de contenido libre y de acceso gratuito, como por ejemplo en la sección de “Wikichicos”.
- **OpenLibra**<sup>21</sup>, es un proyecto personal de Carlos Benítez y cuya idea es la de tratar de reunir en un mismo lugar la mayor cantidad de recursos bibliográficos de calidad prestando un

---

<sup>16</sup> <https://www.kobo.com/> / Consulta: 12 de mayo de 2017

<sup>17</sup> <http://www.bne.es/es/Catalogos/BibliotecaDigitalHispanica/Inicio/index.html> / Consulta: 12 de mayo de 2017

<sup>18</sup> <https://www.24symbols.com/?locale=es> / Consulta: 12 de mayo de 2017

<sup>19</sup> <http://www.barnesandnoble.com/> / Consulta: 12 de mayo de 2017

<sup>20</sup> <https://es.wikibooks.org/wiki/Portada> / Consulta: 12 de mayo de 2017

<sup>21</sup> <https://openlibra.com/es/collection> / Consulta: 12 de mayo de 2017

especial interés a aquellos escritos en lengua castellana. Asimismo, se puede descargar el libro sin registro alguno o visualizar en el navegador el pdf.



## Capítulo II

### El deber de idoneidad en las normas referidas a Protección al Consumidor

#### 2.1 El concepto del deber de idoneidad en la legislación peruana

En el Perú, a través de los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa al Consumidor (en adelante, el Código) se establece el deber de idoneidad, considerando lo siguiente:

##### **Artículo 18°.- Idoneidad**

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

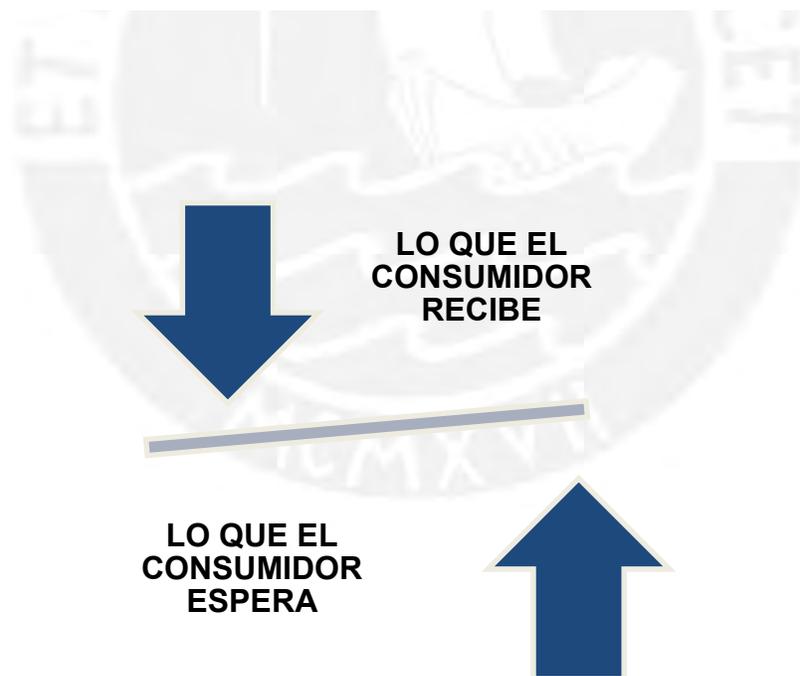
La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

(...)

##### **Artículo 19°.- Obligación de los proveedores**

El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y estos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda (Congreso de la República 2010).

Entonces podemos, resumir lo antes señalado en el siguiente esquema:



Por su parte, la Sala de Competencia N° 2 del INDECOPI, ahora Sala Especializada en Protección al Consumidor, estableció el siguiente criterio referido a deber de idoneidad a través de la Resolución N° 134-2008/SC2-INDECOPI:

El concepto que subyace a la protección de la idoneidad de los servicios consiste en garantizar la satisfacción de las expectativas del consumidor. En tal sentido, se intenta proteger a los consumidores de estas posibles defraudaciones generadas por la asimetría informativa entre proveedores y consumidores, desigualdad que es el fundamento último de las legislaciones de protección al consumidor.

Entonces, tenemos que lo que un consumidor espera (expectativa) tiene su marco de referencia en: (i) lo estipulado en la ley; (ii) lo ofrecido por el proveedor; y, (iii) lo que cualquier consumidor razonablemente esperaría del producto o servicio adquirido. En virtud de ese marco de referencia, el consumidor construye un “modelo referencial de idoneidad”.

Aplicación a un caso: La Ley establece que el consumidor siempre podrá solicitar el reembolso de su dinero (A). El contrato estipula que el reembolso solo procede dentro de los cinco días de realizada la compra (B). El contrato estipula que se incluye un seguro con vigencia de seis meses y que, para hacerlo efectivo, debe seguirse un procedimiento determinado (C).

- En el presente caso, el “modelo referencial de idoneidad” se encuentra constituido por A + C, dado que B es desplazado por C.
- Por otro lado, se debe determinar qué producto o servicio recibió el consumidor en realidad, lo que permitirá determinar su contenido.

Aplicación al caso: Un consumidor pretendió el reembolso a los diez días y el proveedor lo negó, invocando la cláusula contractual correspondiente. Sin perjuicio de ello, ante la solicitud del consumidor de hacer efectivo el seguro, éste se aplicó sin problemas puesto que se siguió el procedimiento establecido. Entonces:

- La realidad en este caso fue: B + C (Ya que A no fue aplicado por el proveedor).
- Como se puede apreciar, el “modelo referencial de idoneidad” (A + C) no fue igual que la realidad (B + C).

- Conclusión: El proveedor no cumplió su deber de idoneidad.

Siendo así, Carbonell señaló lo siguiente respecto al deber de idoneidad:

El deber de idoneidad se analiza en función de la información que tiene el consumidor, de esta manera, el producto no resulta adecuado para el uso que el consumidor o usuario quería darle, ya que dicho producto o servicio no reúne las características señaladas con anterioridad a la compra, quedando este, perjudicado en la relación de consumo.

Ello no impone al proveedor el deber de brindar una determinada calidad de producto a los consumidores, sino el deber de entregarlos en las condiciones ofrecidas y acordadas, expresa o implícitamente (2010).

Al respecto, podemos señalar que el deber de idoneidad se basa en atención a la información con la que cuenta el consumidor, ello se atenderá de acuerdo al uso para lo que adquirió o contrató un determinado producto o servicio. Asimismo, se indica que si bien no se impone una obligación al proveedor respecto de la calidad del producto, éste sí debe ser entregado de acuerdo a las condiciones ofrecidas y acordadas, incluso de manera implícita.

De lo señalado en el párrafo precedente, se puede advertir que el análisis que se deberá otorgar al momento de evaluar una presunta infracción al deber de idoneidad, deberá estar ligado no solo a las expectativas del consumidor, sino a la información con la que éste cuenta, la misma que deberá estar de la mano con los usos para el que fue adquirido determinado producto y la información del pacto así sea ésta de manera implícita.

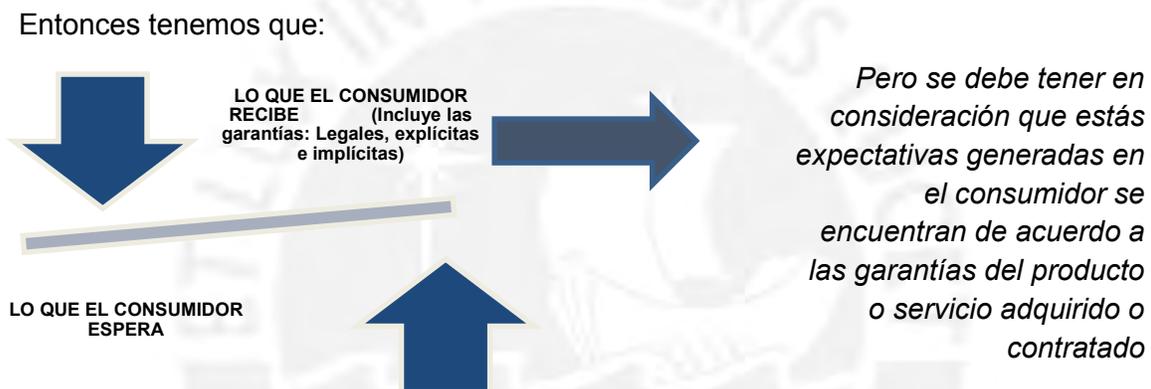
Por otro lado, Julio Durand indica lo siguiente respecto a la idoneidad: “[...] De manera que existirían problemas de falta de idoneidad cuando no exista coincidencia entre lo que el consumidor espera y por lo cual ha pagado un determinado precio y aquello que efectivamente recibe y no satisface sus expectativas [...]” (2006).

Al respecto, podemos advertir que Durand indica claramente que se podrían presentar inconvenientes cuando un consumidor no reciba lo que espera –a fin de satisfacer sus necesidades–, pese a que pagó un determinado precio. Siendo así, podemos concluir en que se

debe tener en consideración que existió una contraprestación por un determinado producto o servicio; y, que el mismo deber satisfacer las necesidades para lo que fue adquirido.

## 2.2 Límites a las expectativas de los consumidores (deber de idoneidad): Garantías Legales, expresas e implícitas ¿realmente debe existir prelación en el caso concreto?

De acuerdo a lo señalado en el análisis precedente, se observa que el deber de idoneidad es la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que realmente recibe; ello, en atención a las características del producto o servicio además de otros factores tales como la información brindada, publicidad; entre otros.



Al respecto, el artículo 20° del Código de Consumo establece que, para determinar la idoneidad de un producto o servicio se debe tener en consideración las garantías propias del bien, lo que el proveedor ofreció de manera expresa y a las que está obligado de acuerdo a las normas pertinentes y/o los usos y costumbres. Asimismo, señala que las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio.

Las garantías establecidas en el Código, son las siguientes:

### Artículo 20° del Código:

(...)

- a. Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir

con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.

- b. Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.
- c. Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado” (Congreso de la República 2010)

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en la norma, la garantía legal prima sobre las demás garantías, la explícita sobre la implícita y esta última será de acuerdo a los usos y costumbres del mercado.

#### **(i) ¿Siempre debe existir prelación entre las garantías?**

Como ya hemos desarrollado en los puntos anteriores, al existir tres tipos de garantías, estas mantienen un orden de prelación entre sí; siendo de la siguiente manera: la garantía explícita sobre la implícita y esta última será de acuerdo a los usos y costumbres del mercado.

Sin embargo, consideramos que entre la garantía legal y la implícita se debería establecer un margen de compatibilidad, ello teniendo en consideración que las normas deben encontrarse de acuerdo a los usos y costumbres del mercado. De lo señalado, podría surgir la siguiente pregunta: ¿se puede pactar en contra de una garantía legal? Se podría considerar que sí, toda vez que las mismas leyes (Código Civil y Constitución Política del Perú), expresan la libertad de las personas al momento de contratar –lo que ocurre en una relación de consumo-; es decir, en primer lugar, se podría considerar que las partes pueden acordar de manera libre lo que mejor les convenga a

ambos, siempre que exista una manifestación de voluntad -y en el mejor que los casos que sea de manera expresa- de ambos. Sin perjuicio de ello, y como un segundo supuesto, la misma Constitución establece que las personas se encuentran libres de realizar diversos actos, siempre que éstos no vayan en contra de lo establecido por la ley; y, finalmente, no se puede obviar que diversos lineamientos normativos, señalan “*salvo pacto en contrario*”, por lo que se puede advertir que las mismas leyes, abren paso a que las partes negocien y pacten acuerdos distintos a los señalados en las normas, siempre que –como ya se ha mencionado- no se contravenga en contra de algún mandato señalado expresamente por ley.

Por otro lado, resulta importante precisar que, el artículo 20° del Código de Protección y Defensa al Consumidor establece que “una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía”. Entonces, bien se puede interpretar que esta garantía resulta pertinente siempre que así lo exija la norma o regulación al momento de adquirir o contratar un servicio. En este punto, lo que la norma pretende es no dar pie a que los proveedores pretendan brindar al consumidor productos o servicios sin los “estándares” mínimos que la misma norma haya establecido y que por lo general se encuentran referidas a temas de salud (como por ejemplo la consignación del contenido de “grasas trans” en el rotulado de los empaques); o, en los temas de edificaciones (como, los títulos habilitantes y otros documentos que acreditan la garantía en la forma de edificación de viviendas).

En efecto, cuando un consumidor adquiere un determinado producto, este se deberá encontrar de acuerdo a sus expectativas, siempre que estas se encuentren de acuerdo al criterio de razonabilidad. Al respecto, esta “razonabilidad” se encuentra de acuerdo con los usos y costumbres del mercado.

Sobre los usos y costumbres, en concordancia con el artículo 20° del Código de Protección y Defensa al Consumidor, el artículo 21° del Código, señala lo siguiente:

**Artículo 21°.- Protección de las expectativas del consumidor**

21.1 A falta de garantía explícita, la garantía implícita vincula al proveedor.

21.2 Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que

no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acude a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. En lo no previsto, se considera que las partes acordaron que el producto o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios para los cuales éstos suelen ser adquiridos o contratados, según lo previsto en el artículo 18.

21.3 La acreditación de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible, dadas las circunstancias, corresponde al beneficiado por dicha condición en la relación de consumo.

De la revisión de dichas normas, se puede concluir que el Código refuerza que la garantía implícita consiste en la aplicación de los usos y costumbres comerciales para cada caso en concreto.

Asimismo, mediante Resolución N° 102-97-TDC, emitida el 16 de abril de 1997 por el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI (ahora, Sala Especializada en Protección al Consumidor), se estableció como precedente de observancia obligatoria lo siguiente:

[...] Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes [...] [sic]”.

Se puede considerar que, en primer lugar, las costumbres y usos comerciales se pueden basar en atención a las actuaciones que tienen los agentes en un mercado particular, siendo que éstos pueden servir como una forma de “hacer” las cosas en su entorno económico. A modo de señalar un ejemplo, en la venta de vehículos automotores, los proveedores de estos autos siempre ofrecen una garantía teniendo en consideración el kilometraje de la unidad o la cantidad de años del bien. Al respecto, esta práctica si bien no se encuentra establecida en una ley en particular, lo cierto es que en la actualidad es una cuasi obligación que todo proveedor brinde este beneficio a los compradores de sus productos.

Por otro lado, podemos decir que la costumbre es ese “hacer” de los agentes económicos en el mercado, que a través del tiempo han generado una forma de actuar constante ante determinados escenarios. A modo de continuar con el ejemplo anterior, si bien se pudo generar un uso el ofrecimiento de una garantía al vehículo, al ser ésta una práctica constante que se realiza por todos los proveedores automotrices y que se ha mantenido con el transcurrir de los años y décadas, ahora ya puede ser considerada como una costumbre; por lo que, en el supuesto que no se establezca la garantía del vehículo en un supuesto de compra-venta, un consumidor razonable esperaría a que el bien cuente con la misma.

Además, estos usos y costumbres, pueden ser luego considerados como obligaciones establecidas por una propia legislación. Como ocurrió en el caso de derecho laboral:

[...] La costumbre resulta ser uno de los conceptos legales más conocidos. Denominada también derecho consuetudinario, es común reconocer a la costumbre como fuente de derecho que, a diferencia de las normas producidas por un órgano especializado del Estado o, eventualmente, por los actores privados (el convenio colectivo sería una de las principales fuentes del derecho no creadas por el Estado) se genera por el uso social, esto es son las partes -agrupadas o no bajo un contrato social formal determinado- las que deciden con su actuar la creación y vigencia de determinadas reglas que no son expresadas en textos o códigos [...] (Ulloa 2015).

Situación similar ocurrió en el caso del derecho mercantil:

El Derecho mercantil es una rama del derecho privado, que surge como necesidad ante factores económicos, políticos y sociológicos [...] al resurgir las ciudades, vamos a encontrar las primeras referencias en torno a las costumbres que los gremios recogían a través de sus estatutos escritos. Estos gremios darán lugar a corporaciones que crearon tribunales consulares en los que se aplicaban los usos y costumbres de la época, los cuales fueron recopilándose y perfeccionándose a través del tiempo [...] El derecho de esta época se va a caracterizar por tener una base subjetiva, corporativa y clasista. Dan lugar a un derecho nacido de la costumbre que surge en las corporaciones y en las ordenanzas de las distintas ciudades. Su carácter es de vocación internacional [...] el

Código de Comercio de 1807 que nace cuatro años después del primer Código Civil español. De esta forma se proclama la autonomía del orden mercantil (Jurispedia 2016).

Como podemos ver, tenemos que tanto el derecho laboral como el mercantil, basan sus orígenes normativos, en atención a los usos y costumbres; y, si bien no siempre estos usos y costumbres se reproducirán en una ley o norma legal, lo cierto es que es aceptada en nuestro ordenamiento jurídico como fuente del derecho. Asimismo, debemos tener en consideración que, de acuerdo a la historia de algunas legislaciones, no solo los usos y costumbres han sido considerados como fuentes para normas de tutela (caso del derecho laboral), sino también de intereses patrimoniales tanto para personas naturales como jurídicas, donde el interés –generalmente- cuidado es el patrimonial (caso del derecho mercantil).

Siendo que, para el caso que nos ocupa, para poder acreditar alguna situación en atención a los usos y costumbres, se pueden presentar estudios de mercado que permitan conocer el también llamado “estándar” al momento de adquirir o contratar un producto o servicio en el mercado tanto por parte del proveedor, así como del consumidor.

Sin embargo, nos encontramos frente a una colisión de derechos cuando, por ejemplo, un consumidor adquiere una obra virtual y esta se encuentra bloqueada con mecanismos de autotutela, el mismo que podría generar que sólo se pueda hacer uso de la obra en un solo soporte o que puede ser usada una sola vez. Entonces nos preguntamos ¿Se podría considerar que existe una afectación al deber de idoneidad antes analizado?

Al respecto, debemos tener en consideración que, por un lado, el derecho del consumidor sostendría que el usuario al pagar una contraprestación podrá o deberá acceder a la obra virtual en los soportes que considere pertinente -de acuerdo a sus necesidades-; lo que involucra una copia del referido producto, pues ello se encontraría de acuerdo a los usos y costumbres del mercado, cuando una persona adquiere una obra virtual como un libro o compendio de canciones.

En este punto, resulta importante señalar que cuando una persona adquiere un libro -por citar un ejemplo-, pretenderá leerlo en donde lo considere pertinente y/o necesario. Por ejemplo, una persona que tiene un libro con fines educativos, podría acceder al mismo en la biblioteca de un centro de estudios, en su casa o incluso en algún lugar donde pueda continuar con su

investigación; no obstante, también tenemos al lector de literatura, que lo hace como hobbies, cultura general, entre otros, este usuario tendría un libro que pueda llevarlo a un viaje, a su casa, en el autobús, en un parque o donde considere pertinente para ello. Siendo así, se puede y tendría que hacer un símil entre ese tipo de usos que le ha otorgado un lector a una obra y la costumbre que se ha generado producto de dicha acción, siendo que, ante ello, un libro físico es fácil de poder trasladar. Es por ello que, se podría concluir en que, de acuerdo a lo señalado en el presente párrafo, un consumidor que adquirirá una obra virtual tratará de denotarle los mismos usos y costumbres que le otorgaría a un libro físico, siendo que incluso, ahora cuenta con el apoyo de la tecnología que le puede permitir el acceso con solo un “click” y a través de diversos soportes (Tablet, PC, Smart Phone, entre otros).

Por otro lado, es preciso tener en consideración que, en los casos referidos a protección al consumidor, se protege la asimetría informativa que existe entre un proveedor y un consumidor. En este punto resulta importante tomar en consideración que un consumidor razonable adquiere un libro virtual o un CD-ROM para poder leer el mismo en el momento y espacio que considere pertinente, siendo que por la naturaleza de esta obra (virtual) también podría esperar que sea en cualquier dispositivo al que tenga acceso. Sin perjuicio de ello, tampoco podemos esperar que un consumidor conozca sobre las normas de derechos de autor y menos aún una tan específica como la libertad de implementar medidas de seguridad. Sin duda, podemos suponer que un consumidor razonable y que actúa de buena fe sabe bien que al adquirir una obra (cualquiera sea su naturaleza) no podrá darle un uso con fines económicos sin autorización previa del autor. Sin embargo, pretender que un consumidor que adquiere una obra sepa o presuma que una obra puede contener mecanismos de protección de la misma, es tratar de estar frente a un consumidor especializado, lo que en la realidad no ocurre; y que, de ser así, el Estado no le brindaría una tutela especial -justamente en atención a la falta de información que existe en éste y el proveedor del producto o servicio que pretende adquirir-.

Sin embargo, por otro lado, tenemos una norma expresa que permite a los autores y titulares de las obras de implementar los mecanismos de autotutela que consideren pertinentes a fin de proteger su creación de una modificación o copia pasible de ser “pirateada”.

En este punto, pretendemos explicar que en caso se interpusiera una denuncia ante la autoridad de Protección al Consumidor respecto a la supuesta falta de idoneidad referida a un producto (obra) que se encuentre protegido por los métodos de autotutela.

Al respecto, de acuerdo a lo indicado sobre las garantías legales, a través de las normas de Derechos de Autor se le otorga las facultades para poder instalar métodos de autotutela a fin de proteger la copia de su obra; motivo por el cual, la autoridad podría declarar infundada una denuncia de un consumidor, considerando que a través de un mandato legal expreso, el autor se encuentra autorizado para instalar los métodos antes señalados; sin embargo, consideramos que, en el caso concreto la Autoridad debe realizar un análisis distinto.

En efecto, si bien existe una norma legal que permita a los autores la utilización de mecanismos de autotutela; lo cierto es que, las normas de protección al consumidor establecen como marco rector que se debe brindar una tutela al usuario dentro de las características propias de los usos y costumbres del mercado.

Al respecto, como ya se ha indicado en párrafos precedentes, un consumidor que adquiere un libro, esperaría que el mismo lo pueda leer cuando él lo desee y donde le parezca, más aún si éste texto tiene la particularidad de ser uno virtual, y siendo que en la actualidad la mayoría de personas cuentan con diversos soportes electrónicos que le podrían permitir el acceso a una obra donde ellos deseen. Siendo así, podría ir en contra de sus expectativas que pese a haber pagado un determinado precio por una obra, ésta únicamente pueda ser leída en un solo soporte, quitándole todo tipo de practicidad e incluso efectividad económica. Asimismo, es pertinente señalar que, si bien existe una norma que permite a los autores incorporar mecanismos que controlen el cómo y qué tipo de acciones se podrán realizar sobre sus obras, lo cierto es que – desde el punto de vista del deber de idoneidad-, se podría estar vulnerando las expectativas de los usuarios sobre lo que por muchos años ha sido considerado como un uso y vuelto una costumbre sobre este tipo de bienes.

Por otro lado, es pertinente señalar que si bien el fondo del asunto en análisis está referido al derecho de incluir mecanismos de autotutela por el autor a sus obras, lo cierto es que este tipo de denuncias serían presentadas por personas que han pagado un determinado precio por una obra virtual, pero que consideran que se han visto vulneradas sus expectativas como consumidor,

lo que se encuentra regulado como un infracción en el Código de Protección y Defensa al Consumidor; motivo por el cual, la autoridad pertinente para conocer de estas denuncias sería la de Protección al Consumidor.

En ese sentido, la Autoridad de Consumo puede considerar que, cuando un consumidor adquiere un libro -físico o virtual- lo realiza con la intención de poder hacer uso del mismo de acuerdo a sus necesidades con fines lícitos, obviamente; es por ello que, pagó un determinado precio. Sin perjuicio de lo anterior, y siendo que dentro del análisis que realizaría la autoridad de consumo, se verán temas netamente referidos al derecho de autor, ambas autoridades podrían trabajar de manera conjunta, como lo realiza hasta la fecha la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal con el área de Signos Distintivos, por decir un ejemplo, de acuerdo a lo siguiente:

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Comisión analizar la pertinencia de suspender el presente procedimiento hasta que exista un pronunciamiento de la DSD.

Al respecto, luego de un análisis de los actuados en el expediente, la Comisión considera necesario que la DSD emita un informe previo absolviendo los referidos requerimientos. Ello, por cuanto dicha información permitirá a este colegiado contar con mayor información para resolver el presente procedimiento (Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1 2016).

Asimismo, es pertinente señalar lo establecido en el artículo 30° del Decreto Supremo N° 009-2009-PCM – Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI, el mismo que establece lo siguiente:

#### **Artículo 30.- Informes previos**

Cuando el pronunciamiento de un Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor, o de una Comisión o Dirección, requiera del previo pronunciamiento de otro de los órganos que conforman la estructura orgánica del INDECOPI, se suspenderá el trámite del primero, el mismo que continuará una vez emitido el pronunciamiento solicitado.

En este punto, una conclusión sobre este extremo es que los usuarios de obras virtuales en la actualidad, adquieren las mismas por sus características: facilidad de adquisición (compra online), menos usos de recursos (papel, desgaste del mismo, ect.) y portabilidad; es decir, la facilidad para poder acceder al mismo de y en cualquier lugar del mundo, contando únicamente con un soporte virtual.

Al respecto, cuando la Autoridad pertinente realice el análisis de la presunta infracción al deber de idoneidad, deberá tener en cuenta lo señalado en el párrafo precedente; en ese sentido, podrá aplicar la garantía implícita de los productos y servicios referidos a textos virtuales y tendrá en consideración que esta correspondencia de expectativas se deberá encontrar acorde no con la legislación de los derechos de autor como tal, sino de los usos y costumbres generales que se presentan en el mercado.

## **(ii) Controversia de criterios respecto al deber de idoneidad**

En primer lugar, procederemos a explicar brevemente los dos criterios establecidos por el Tribunal del INDECOPI respecto al concepto correspondiente al deber de idoneidad en los casos Hiraoka y Claro, emitidos en julio de 2012 y abril de 2013, respectivamente.

### **Resolución N° 2221-2012/SPC-INDECOPI: CASO HIRAOKA S.A.C.**

**SUMILLA:** Se declara fundado el recurso de revisión interpuesto contra la Resolución 207-2012/ILN-CPC del 7 de marzo de 2012, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Norte, en tanto se interpretó erróneamente los alcances del deber de idoneidad en la venta de productos, recogido por el artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que la sola constatación de alguna falla en el funcionamiento de un producto no constituye una infracción al deber de idoneidad, pues sólo se configurará tal infracción si ante dicha eventualidad el proveedor limitó, excluyó o denegó la aplicación de los mecanismos de solución reconocidos por ley u ofrecidos explícita o implícitamente por el proveedor.

A través de la referida Resolución, el Tribunal del INDECOPI estableció como criterio que si bien el proveedor pudo poner a disposición del consumidor un producto con defectos, no es

considerado per se como infracción a las normas de protección al consumidor, siendo que para considerarlo como tal, el proveedor debía limitar, excluir o negar la aplicación de una garantía y/o mecanismos de solución para satisfacer las expectativas del consumidor. Asimismo, en dicha Resolución señalan que la existencia de un defecto en sí no sería considerada como una infracción al deber de idoneidad; sin embargo, en el caso -por ejemplo- de la aplicación de la garantía ese defecto persistía entonces -en ese momento- se estaría constituyendo una infracción a las expectativas del consumidor.

### **Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI: CASO CLARO (América Móvil Perú S.A.C.)**

**SUMILLA:** Se declara infundado el recurso de revisión planteado por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución 3015-2012/CPC en el extremo referido a la presunta interpretación errónea del artículo 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1 interpretó correctamente los alcances del deber de idoneidad en la venta de productos, en la medida que el mismo debe ser entendido como la obligación de brindar productos que correspondan a las características ofrecidas por el proveedor y esperadas por el consumidor, siendo que, los remedios jurídicos -reparación, reposición y devolución del dinero- que los proveedores ofrezcan en el mercado, en caso que el producto se revele defectuoso, inadecuado o de cualquier otro modo no conforme a lo convenido, constituyen únicamente soluciones residuales ante una infracción al deber de idoneidad que ya se ha consumado.

A través de la referida Resolución, el Tribunal del INDECOPI estableció como criterio que el proveedor es responsable frente a los consumidores por la puesta a disposición de productos que presentan defectos de funcionamiento. Bajo tal premisa, el deber de idoneidad contenido en los artículos 18° y 19° del Código deberá ser entendido como la obligación de brindar productos o servicios que correspondan a las características ofrecidas por el proveedor y esperadas por el consumidor. El hecho de que los proveedores ofrezcan en el mercado un conjunto de remedios jurídicos -reparación, reposición y devolución del dinero- exigibles por el comprador de un determinado bien frente al vendedor -en caso de que el producto se revele defectuoso, inadecuado o de cualquier otro modo no conforme a lo convenido- no enerva el hecho de que el proveedor haya incurrido en una infracción al deber de idoneidad, siendo que las medidas

adoptadas por este último únicamente constituirán soluciones residuales ante una infracción que ya se ha consumado (INDECOPÍ 2015).

Ahora pasaremos a señalar cuál es la controversia suscitada y qué criterio consideramos el más pertinente y adecuado, de acuerdo al concepto de idoneidad establecido en el Código de Consumo.

Al respecto, el ahora presidente del INDECOPÍ<sup>22</sup> señaló su posición la misma que denota su posición en contra del criterio emitido por el Tribunal de la institución antes señalada en su Resolución correspondiente al caso de Claro:

[...] el Criterio América Móvil pone en serio riesgo el sistema de garantías explícitas que manejan todas las industrias. En efecto, precisamente los proveedores otorgan garantías limitadas o ilimitadas a los consumidores cuando adquieren sus productos o servicios, asegurando la idoneidad de éstos, y en caso que se produzca algún defecto entonces los consumidores recurren a la garantía que tiene que honrar el proveedor, ya sea reparando, reemplazando o reembolsando, dependiendo de los términos y condiciones otorgados. Pero es evidente que con esta posición del Tribunal del INDECOPÍ los proveedores serán desincentivados de extender garantías a los consumidores, ya que, ante cualquier posible defecto, las acciones que adopte a favor del consumidor no lo eximirán de haber incurrido en una infracción sancionable por el INDECOPÍ [...] (Gagliuffi 2014).

A criterio de Gagliuffi, el hecho que la Autoridad “obligue” a los proveedores para que sus productos o servicios no contengan ningún tipo de error o falla, estaría generando mayores costos (a fin de poder establecer mecanismos que “eliminen” ese riesgo de falla), los mismos que serán asumidos por los consumidores; y, estaría generando que los proveedores no cuenten con incentivos que les permitan otorgar mayores garantías a sus clientes.

Contrariamente a lo señalado por Gagliuffi, tenemos algunos juristas que sí se encuentran de acuerdo con último criterio adoptado por el INDECOPÍ respecto al concepto de idoneidad:

---

<sup>22</sup> Cabe precisar que, al momento de señalar el presente comentario, Gagliuffi no era presidente del INDECOPÍ.

Consideramos correcto el criterio adoptado por el Tribunal del Indecopi pues lo contrario sería admitir que una empresa pueda realizar sus actividades de manera descuidada o negligente, entregando productos sin un adecuado control de calidad y sometiendo así a los consumidores a la incertidumbre de que cada vez que adquieren un producto tengan que seguir una serie de acciones y procedimiento de reclamo para obtener lo que, desde un inicio, debieron obtener (Northcote 2013).

En este punto, Northcote señala que con la emisión de la Resolución del caso de América Móvil, lo que se estaría logrando es que los proveedores sean diligentes no solo al momento de venta de los productos, sino también de manera previa, en el momento de producción. Ello teniendo en consideración que, un consumidor -bajo sus expectativas- no esperaría tener que realizar acciones adicionales (a la de una compra) para poder disfrutar del bien que adquirió.

Al respecto, considero que si bien la Autoridad busca que los proveedores brinden a sus clientes los mejores productos y/o servicios, siendo que estos deberán cumplir con satisfacer las expectativas para lo que fue adquirido o contratado, lo cierto es que ello resulta sumamente complicado, por temas económicos, técnicos, entre otros, los mismos que ya fueron explicados en el caso Hiraoka. Adicionalmente a ello, también nos encontramos ante la gran posibilidad que los mecanismos que tendrían que utilizar los proveedores generarán que se incrementen los costos, lo que es obvio que no será asumido por ellos mismos (más aún, si se tiene en consideración que dicha “obligación” ha sido incorporada por un agente externo a su actividad económica) sino por los consumidores, lo que finalmente terminará generando un perjuicio económico, situación muy distinta a la finalidad que busca el Estado a través de la Autoridad de Protección al Consumidor.

Sobre ello, se ha señalado que uno de los más importantes impactos del criterio “Claro” es el incremento del precio de los productos industrializados, “el llamado producto perfecto o producto imaginario. En tal sentido, considera que la implementación de tal criterio, pese a la buena intención de los vocales, contrariamente a proteger los derechos de los consumidores, incentiva lo contrario” (Rojas 2013).

Al respecto, surge una interrogante sobre el incentivo que puede tener el proveedor de solucionar el problema (disconformidad) que tiene el consumidor respecto a un determinado producto o servicio:

¿Si el incentivo del proveedor de cambiar el producto defectuoso es evitar una sanción del Indecopi, que interés tendría ahora si igualmente de hacerlo sería sancionado? Por otra parte, no existe el producto perfecto, por tanto, la idoneidad debe evaluarse no solo en relación a la operación contractual en concreto, sino que debe tenerse en cuenta el comportamiento post contractual para, por ejemplo, identificar si hubo o no restitución del producto (Pereda 2014).

Por otro lado, si observamos la realidad del gran número de denuncias que ingresan al Indecopi, se puede advertir que los consumidores lo que buscan es una solución a los problemas suscitados con los proveedores (reparación del producto, devolución de dinero, ampliación de los términos y condiciones de la garantía, entre otros). Siendo así, un proveedor a fin de no continuar con el procedimiento (lo que podría concluir con el mandato de una medida correctiva y la imposición de una sanción, además de ser ingresado en el Registro de Multas del Indecopi) tenía incentivos suficientes para llegar a un acuerdo con el consumidor (denunciante o reclamante).

Sin embargo, bajo el último criterio adoptado por el Tribunal, así el proveedor otorgue algún tipo de solución, enmienda, beneficio o como se desee llamar, igual podrá ser sancionado por la Administración, entonces, ¿Qué incentivo tendrá un proveedor para pretender llegar a un acuerdo a su cliente, si igual será sancionado? Consideramos que ninguna, generando así un perjuicio real a las expectativas de los consumidores, lo constituye obviamente resultados contrarios y adversos a los que -suponemos- pretendió establecer el INDECOPI.

En conclusión, consideramos que lo resuelto por el Tribunal en el caso Claro resulta ilógico y contrario a los fines que busca la Administración al pretender proteger al consumidor; y, sobretodo disminuyendo la posibilidad que lleguen a un acuerdo que, generaría menos carga procesal (teniendo en consideración que la conciliación es un medio que concluye de manera anticipada el procedimiento y/o reclamo), una posibilidad de acuerdos entre las partes más célere y menos costosa, entre otros.

Sin perjuicio de las discrepancias que existen sobre ambos criterios, lo cierto es que el Tribunal, como última instancia administrativa, podría considerar que un autor –en su calidad de proveedor–, al haber infringido las normas de protección al consumidor (en específico, el deber de idoneidad) podría sancionar a éste, además de ordenar su inscripción en el Registro de Sanciones del INDECOPI, así el autor (proveedor) haya modificado los accesos a sus obras literarias y/o llegado a un acuerdo con el usuario de la obra.

### **2.3 Sobre el análisis y aplicación de las garantías (legales, expresas e implícitas) que efectuaría la Autoridad de Protección al Consumidor en el caso concreto.**

A fin de poder plasmar la idea señalada en el sub capítulo anterior, a continuación, presentaremos unos casos a modo de ejemplos:

- Una Asociación de Consumidores, presenta una denuncia por presunta afectación a sus expectativas, en tanto un grupo de consumidores adquirieron unos libros virtuales de un determinado autor o editorial; siendo que, cuando pretendieron realizar la copia en más de un soporte (computadora de la casa, computadora del trabajo y celular inteligente) no pudieron; en tanto los mismos contaban con mecanismos de autotutela.

En este caso, al ser una Asociación de Consumidores los que consideran que se habría vulnerado sus expectativas (deber de idoneidad) y en la medida que está referida a la presunta falta de idoneidad de un producto/ servicio ofrecido por un proveedor (autor o editorial) que iría en contra del deber de idoneidad, la competente sería la Autoridad de Protección al Consumidor, quien se encargará de realizar la evaluación del caso en concreto como presunta infracción al deber de idoneidad contenido en los artículos 18° y 19° del Código de consumo.

Al respecto, el proveedor del determinado producto alegó en sus descargos que, las normas peruanas lo autorizan para poder instalar los mecanismos de autotutela antes señalados, a fin de proteger sus obras de piratería, por ejemplo.

La Autoridad, al momento de realizar el análisis correspondiente, determinará en primer lugar que en efecto existe un mandato legal (normas de Derechos de Autor) que establece la facultad al autor para implementar en sus obras mecanismos de autotutela a fin de evitar la copia de las

mismas, entre otras finalidades. Sin embargo, por otro lado, dentro de las normas que protegen a los consumidores se establece que las relaciones de consumo en el mercado se encuentran regulados por lo establecido en el Código de Protección y Defensa al consumidor. Al respecto, dicho cuerpo normativo establece, entre otras, dos figuras que serán aplicables en el presente caso: por un lado, el deber de idoneidad; y, por el otro, el deber de información.

En primer lugar, el proveedor se encuentra en la obligación de poner a disposición de su cliente un producto o servicio que se encuentre de acuerdo a los usos y costumbres que establece el mercado, pues este será el estándar que el usuario podrá exigir de los bienes adquiridos y que de no ser así podrían afectar sus expectativas.

Cabe precisar que, si bien se entiende que la ley es conocida por todos desde su publicación, lo cierto es que en el Perú existe un gran índice de analfabetos -para el año 2016, un millón 300 personas analfabetas- (Ministerio de Educación 2016), así un gran sector de los peruanos no ha recibido educación, por lo que no se podría presumir que todas las personas conocen las normas referidas al Derecho de Autor. Asimismo, se debe tener en consideración que la finalidad de las normas de protección al consumidor justamente tiene su naturaliza tuitiva en atención a la asimetría informativa que existe entre el consumidor y los proveedores, quienes conocen más y mejor los productos que ofrecen en el mercado y por ende también sobre la regulación de la misma.

Por otro lado, como ya se ha indicado, no se pretende proteger a un consumidor que no conoce una norma general -como por ejemplo, que la piratería es un ilícito- sino a aquel que no conoce sobre un derecho que tiene un proveedor respecto a la implementación de mecanismos en sus obras y que si bien se encuentra regulada en el ordenamiento referido a las normas de derechos de autor, lo cierto es que es una norma, por decirlo así, “especial”, que incluso no es difundida por campañas emitidas por la autoridad pertinente.

Por ello, a través del presente trabajo no se pretende proteger a un consumidor no razonable, sino por el contrario, se busca brindar al consumidor un producto o servicio que se encuentre acorde a los usos que se le puede dar a una obra virtual; y, que en caso se advierta una posible manipulación inadecuada (por ejemplo, piratería), se tomarán las acciones pertinentes a fin de sancionar dicho actuar.

En segundo lugar, el proveedor se encuentra obligado a brindar todo tipo de información relevante respecto al producto o servicio que un consumidor pretender adquirir, pues de ello dependerá la decisión de consumo, pues si se brindó toda la información relevante respecto a los términos y condiciones, ya no sería responsabilidad del proveedor si luego el usuario no se encuentra conforme con el producto o servicio.

Ahora bien, la Autoridad competente evaluará si se le brindó la información relevante al usuario a fin que este realice una decisión de consumo adecuada; y, en atención a ello, procederá a evaluar cuáles son los usos y costumbres de una obra virtual con determinadas características - de acuerdo a nuestro planteamiento-; y, es a partir de ahí que se evaluará el deber de idoneidad que podría verse afectado o no.

Cabe precisar que, el 27 de enero de 2017 se publicó en el diario oficial “El Peruano”, el Decreto Supremo N° 006-2017-PCM, que aprobó la Política Nacional de Protección al Consumidor.

Al respecto, dicha norma tiene como finalidad constituirse en una herramienta fundamental de política pública, que permita con una evidente visión a largo plazo, una mayor y más eficaz protección de los consumidores o usuarios en el país, direccionando la implementación, desarrollo y gestión del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor, creado por el artículo 132° del Código, el mismo que señala lo siguiente:

**Artículo 132.- Creación del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor**

Créase el Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor como el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos destinados a armonizar las políticas públicas con el fin de optimizar las actuaciones de la administración del Estado para garantizar el cumplimiento de las normas de protección y defensa del consumidor en todo el país, en el marco de las atribuciones y autonomía de cada uno de sus integrantes.

En el referido cuerpo legal establecen que INDECOPI en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, es responsable de ejecutar y coordinar la implementación de la Política Nacional por parte de las entidades del Estado y, además, tiene a su cargo el seguimiento y evaluación del cumplimiento de la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor.

Al respecto, se considera que la finalidad la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor busca que el Estado promueva una educación a los consumidores no solo en atención a sus derechos sino también a sus deberes, cambiando así la perspectiva que se venía considerando y que de manera juiciosa generaba una sobreprotección a los consumidores.

En este punto, se podría considerar que dicho Decreto Supremo permitirá en adelante brindar una adecuada educación a los consumidores a fin que estos no cometan abusos en su posición de “indefensos” dentro de la relación de consumo, por otro lado, que la Autoridad pertinente no sobreproteja a los consumidores de manera, muchas veces, irracional y desproporcional; y, finalmente, que se encuentre un verdadero equilibrio en el mercado, no solo castigando a las empresas sino también brindándole mecanismos que permitan generar una fluidez en el sentido comercial.

## **2.4 Sobre la procedencia de una denuncia ante la Autoridad de Protección al Consumidor**

De acuerdo a lo señalado por el artículo 1° del Código de Protección y Defensa al Consumidor, se entenderá como “consumidor” para ser tutelado por las normas establecidas en éste cuerpo legal, el siguiente:

### **1. Consumidores o usuarios**

- 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.
- 1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.
- 1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta (Congreso de la República 2010).

En este punto, para que una persona pueda presentar una denuncia ante la Autoridad competente, deberá ser considerada como consumidor de acuerdo a lo establecido en el numeral 1.1 y 1.2 del artículo antes citado; ello, en atención a que, en el caso en concreto, estamos bajo la hipótesis que una persona encuentra defraudada sus expectativas, de acuerdo a los usos que siempre le ha dado a una obra virtual determinada; no obstante, éste no pretende obtener un beneficio económico de este texto, pues de ser así, ya no se estaría hablando de un uso en el ámbito doméstico del usuario del bien (lo que se hablará más adelante).

Esta protección únicamente se daría a las personas naturales o jurídicas (de acuerdo a lo señalado en la norma) porque se encontraría acreditado que la adquisición de una obra virtual se habría realizado para un uso personal y no para un fin lucrativo.



## Capítulo III

### Propuesta de adecuación de la implementación de los “mecanismos de autotutela”

#### **3.1 De acuerdo a nuestro ordenamiento legal ¿se puede establecer un nuevo planteamiento al momento de implementar los mecanismos de autotutela en los libros virtuales, para que los usuarios puedan hacer uso de los mismos de acuerdo a los usos y costumbres en un mercado actual y las normas de protección al consumidor?**

De acuerdo al análisis efectuado a lo largo del presente trabajo, podemos deducir que existen mecanismos para que los autores protejan sus obras, lo que es válido de acuerdo a los derechos de autor otorgados por las diferentes normas nacionales e internacionales.

Ahora bien, no estamos en contra de la implementación de los mecanismos de autotutela; sin embargo, consideramos que en la actualidad, las nuevas tecnologías permiten que estas sean vulneradas con facilidad, lo que si bien no es lícito tampoco resulta eficiente para el objetivo de los autores, en tanto que, respecto a sus intereses personales, estos no permitirían o esperarían que sus obras sufran modificaciones o alteraciones sin su autorización; y, en el caso de sus intereses económicos, los autores o quienes cuenten con los derechos patrimoniales, no aceptarían que se vea vulnerado su derecho de percibir una contraprestación económica por el uso que se le otorgue a sus obras, porque justamente es éste beneficio económico uno de los principales incentivos para que un autor continúe creando.

Por otro lado, tenemos a los consumidores, quienes al adquirir un producto o servicio (en este caso, obras virtuales) de un determinado autor o titular de derechos (intérprete, entre otros), también tienen derechos que deben ser satisfechos por los proveedores (expectativas).

En efecto, como vimos en el punto referido a las garantías, tendremos en cuenta que la Autoridad de Protección al Consumidor podría validar las normas de derechos de autor -referida al derecho de estos de poder implementar los mecanismos de autotutela en sus obras- sobre las expectativas de los usuarios, en tanto prevalecerá la garantía legal.

Sin embargo, consideramos que la Autoridad debería modificar dicha “validación” de la garantía legal; y, para casos específicos como los presentados anteriormente, deberá prevalecer la finalidad para la que los consumidores adquieren el producto o servicio de acuerdo a los usos y costumbres del mercado, haciendo prevalecer la garantía implícita del producto o servicio. No obstante, para ello primero deberá quedar acreditado que el uso que se pretendía realizar era uno honrado.

En ese sentido, el autor deberá implementar los mecanismos necesarios para proteger su obra de manera eficiente sin afectar los derechos de los consumidores que adquieran la misma; y, el usuario de la misma tendrá que hacer un uso adecuado (lícito) de dicho “beneficio”.

Por ello, proponemos una modificación a las normas de derechos de autor referidas a la implementación de mecanismos de autotutela; a través de la cual, se busca que las mismas resulten eficientes de acuerdo a sus funciones y que se encuentren de acuerdo a las normas de protección al consumidor, a fin de garantizar una correspondencia entre las expectativas de los usuarios y la finalidad para la que adquirieron los productos y/o servicios. Como ya se ha indicado, uno de los fundamentos en el análisis será que el uso que se le otorgue a las obras virtuales sea personal y sin un fin lucrativo; además, se deberá tener en consideración el ¿para qué? una persona adquiere una obra virtual, la respuesta es básicamente que, a través de este formato se le permite al usuario poder acceder a la obra en el momento y espacio que desee, lo que haría un consumidor en el uso habitual de acuerdo a las características de la obra.

Ahora bien, lo que se busca con este planteamiento de modificación sobre los mecanismos de autotutela es que los usuarios puedan hacer uso de las obras, de acuerdo a los usos y costumbres en un mercado actual que, como ya se ha señalado, en el caso en particular se hace referencia al motivo por el cual un consumidor adquiriría una obra virtual, lo que de acuerdo a los usos razonables sería para poder realizar el uso de la misma en el momento que considere pertinente y a través de los dispositivos que la tecnología ha puesto a disposición en la actualidad (Tablet, laptop, celulares, entre otros); sin embargo, ello no podrá afectar los derechos patrimoniales de los autores; porque en caso de detecte o acredite un uso ilícito, es el consumidor quien podría ser pasible de una sanción o lo que resulte pertinente de la vía elegida por el autor (administrativa o judicial).

Así, consideramos que podemos tener como referencia lo que se pretendió realizar en Ecuador, donde para el año 2016 se quiso implementar la siguiente recomendación:

El 1 de julio de 2015, el Comité Permanente Especializada de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología recibió una Commons Representante creativo que durante sus diez minutos de presentación recomendó:

(...)

Garantizar el uso justo de material con derechos de autor cuando dichas obras están protegidas mediante cifrado u otros sistemas similares, generalmente conocido como gestión de derechos digitales (DRM) (Delgado-Ron 2015).

Si bien la recomendación antes señalada no cuenta con un sustento legal profundo y tampoco se ha detallado en qué casos sí podrían ser considerados como “uso justo” el efectuado a una obra que se encuentra protegida mediante algún mecanismo de autotutela. Lo cierto es que, la finalidad de esta cita es ver que realmente existe la necesidad de poder brindar una especie de “uso libre” a determinados usos que se le pueden dar a ciertas obras. No obstante, consideramos que, de la simple lectura de ésta recomendación, existiría una contradicción con la Decisión 351 que establece el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, ello en tanto no ha señalado en qué casos o cómo se podría garantizar el “uso justo” de las obras; o, si ésta medida únicamente será utilizada para garantizar el acceso a fines públicos para la literatura y ciencia.

Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, consideramos que esta propuesta, sirve para poder advertir que, en otros ordenamientos jurídicos se está empezando a evaluar la regulación de las normas referidas al uso de los mecanismos de autotutela, teniendo como estándar el *uso justo u honrado de la obra*, que es lo que se pretende proponer a lo largo de la propuesta planteada.

### **3.2 Establecer una excepción al derecho de autor referidos a los “mecanismos de autotutela”**

Previa a la propuesta de la excepción al derecho de los autores referidos a los mecanismos de autotutela, consideramos pertinente señalar que dicha excepción se enmarca en la que

concepción de reproducción de la obra; es decir, los usuarios que adquieren la obra la podrán reproducir en los dispositivos que consideren pertinentes (con sus propias restricciones que se verán más adelante). Para entender bien este concepto de “transmisión” consiste en la reproducción, en diversas formas y por diversos medios pero que se encuentran sujetas al derecho exclusivo:

[...] El derecho de reproducción viene definido de forma muy amplia como el derecho de autorizar o prohibir la “reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte” de una obra o prestación. Incluso las reproducciones simplemente transitorias quedan sujetas al derecho exclusivo, de la misma manera que la simple accesibilidad en línea de una obra queda sujeta al derecho de puesta a disposición del público (Dreier 2012).

En primer lugar, debemos dejar en claro que consideramos que es válido, independientemente de ser permitido por las normas pertinentes, que los autores utilicen mecanismos de autotutela en sus obras a fin de protegerlas, tanto en su integridad como de copias ilegales, refiriéndonos en específico a la “piratería”, por citar un caso específico. En ese sentido, no pretendemos dejar “indefensos” a los autores con la finalidad de proteger únicamente las expectativas de los consumidores en el mercado, pues esto generaría un desequilibrio económico, sino brindar un enfoque global que permita satisfacer las necesidades y expectativas de ambos agentes en el mercado

En ese sentido, la excepción aplicada en los “mecanismos de autotutela” en determinadas obras virtuales, posee una clara dimensión de adecuación tecnológica y actual, siendo su principal objetivo el de generar en el mercado un equilibrio para que estos mecanismos resulten eficientes respecto a su funcionalidad y finalidad para con los autores; además, de encontrarse de acuerdo a las expectativas de los consumidores.

Al respecto, a través del artículo “La empresa editorial y la economía digital” publicada en la Revista de la OMPI en junio de 2016, se advierte que el autor hace referencia a las obras protegidas, las mismas que en la actualidad -por su propia naturaleza- resultarían obsoletas por la facilidad de acceso con las que cuentan las personas a diversos textos y otras obras a través de la internet y otros medios informáticos:

Se ha llegado a afirmar que, cuando se trata de la oferta digital de obras protegidas, el derecho de autor es un sistema “imperfecto”.

La tecnología digital ofrece infinitas oportunidades para progresar. Gracias a ella, cualquiera que lo desee puede publicar contenidos. Este cambio no sólo abre las puertas a la posibilidad de introducir una novela, un poema o la propia historia familiar en un mercado mundial virtual y ver qué pasa, sino que además facilita la circulación de información esencial para nuestra seguridad y nuestro bienestar pese a los límites impuestos por la censura gubernamental (Borghino 2016).

Por ello, a través de la presente propuesta, se exigiría al estado peruano incorporar dentro de las normas referidas a los derechos de autor, en especial, las que traten de las medidas de protección tecnológicas y de acuerdo a lo señalado con la copia privada, un criterio o conjunto de requisitos para permitir que los usuarios de obras virtuales puedan realizar copias de las mismas de acuerdo a un uso racional y permitir tenerlas en diversos soportes de uso personal, como pueden ser computadoras, celulares inteligentes, entre otros.

En esta propuesta, se debe aclarar que los receptores de este “beneficio” son las personas que adquieren; es decir, pagan una contraprestación para poder acceder al producto (obra virtual) o a la plataforma donde puedan elegir diversas obras. Es decir, no se encuentran inmersos dentro de esta propuesta los usuarios de obras a las que pudieron tener acceso a través de mecanismos diferentes al pago de una suma dineraria o de manera gratuita.

Dicha limitación se debe a que, para que un usuario pueda encontrarse protegido por las normas peruanas referidas a la protección al consumidor, deberá encontrarse dentro de una “relación de consumo”: “Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica” (Congreso de la República 2010); y, para ello, la definición amplia de los tres requisitos se dará de la siguiente manera en el caso concreto:

Proveedores: autores o titulares de los derechos patrimoniales de la obra.

Consumidor: persona que adquirió el producto o servicio para un uso personal o familiar (siempre que el uso sea doméstico de acuerdo a las normas de Derechos de Autor).

Contraprestación: pago por el producto o servicio

El alcance de la propuesta de modificación legislativa, abarca a las obras digitales que sean pasibles de encontrarse en diversos soportes digitales, que hayan sido puestos a disposición del consumidor a través de una contraprestación económica y siempre que haya sido de manera lícita.

En este punto, consideramos pertinente señalar que será considerado como consumidor para las normas de protección al consumidor, aquel que usa o disfruta del bien o servicio de manera personal, familiar o su ámbito social. Sin embargo, para la propuesta presentada en la presente tesis, este uso deberá realizarse siempre dentro del concepto de ámbito doméstico: “Marco de las reuniones familiares. Realizadas en la casa habitación que sirve como sede natural del hogar” (Poder Ejecutivo 2003); ello, con la finalidad de no confrontar aún más las normas de Derecho de Autor y Protección al Consumidor; además que, de por sí el solo hecho de permitir al usuario un uso y reproducción de las obras en sus diversos dispositivos, resultaría ser un “desprendimiento” de los autores, quienes no podrían arriesgar poner también a disposición de terceros -fuera del uso doméstico- sus obras.

Otro elemento importante es la función que desempeña la Autoridad de Protección al consumidor, la misma que deberá llevar a cabo un adecuado análisis de las normas pertinentes. Ello, teniendo en consideración que, deberá revisar la presunta infracción al deber de idoneidad -lo que motivaría la interposición de una denuncia por infracción a las normas de protección al consumidor-; no obstante, en tanto esta falta de correspondencia entre las expectativas presuntamente generadas en el consumidor y lo que finalmente pusieron a su disposición (por parte del proveedor), será necesario que trabaje en conjunto con la Autoridad competente en temas de derechos de autor, a fin de que ésta le indique si el denunciante ha realizado un uso adecuado de la obra. Al respecto, se debe precisar que la Dirección de Derechos de Autor únicamente brindará la información, a través de un informe o memorándum para que, en atención al contenido de estos documentos, la Autoridad de protección al consumidor pueda emitir un pronunciamiento final.

Ello en tanto, no sólo se debe buscar que exista una correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que realmente recibe sino también que este usuario haya actuado de acuerdo a los usos honrados que exigen las normas de derechos de autor, a fin de no brindar una sobreprotección que termine afectando a los autores de las obras (modificación, alteración, reproducción no autorizada), en la medida que permita que estos puedan copiar de manera indiscriminada las obras y hacer un uso desmedido de los mismos.

Aquí, es importante señalar que, de acuerdo a la posición adoptada respecto al concepto de idoneidad tratado en el Capítulo II, la Autoridad de Protección al Consumidor no debe adoptar criterios que permitan de manera directa o indirecta sobreproteger a los consumidores -y sus derechos- ; y, peor aún, generando una distorsión en el mercado; sino por el contrario, debe buscar mecanismos y adoptar decisiones que generen un equilibrio por parte de los proveedores (autores y titulares de derechos) y consumidores (usuarios de las obras).

Esta misión por así decirlo, le corresponde a la Autoridad de Protección al Consumidor en la medida que, por el tipo de análisis que realiza al momento de tomar una decisión final, deberá evaluar tanto las expectativas generadas en el consumidor, así como la naturaleza del deber de idoneidad para que luego de ello y en atención a la información brindada por la Autoridad de Derechos de Autor determine si la implementación de los mecanismos de autotutela en una obra virtual resultarían contrarios al deber de idoneidad. Siendo así, consideramos que la Autoridad de Derechos de Autor no podría realizar todo este análisis y -por ende- establecer un criterio donde se podría haber vulnerado el deber de idoneidad, pues no sería competente para ello.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso se advierta que un consumidor estaría haciendo o pretendiendo hacer un uso inadecuado o ilícito de una obra que tenga implementado los mecanismos de autotutela, la Autoridad de Derechos de Autor podrá, de oficio o a solicitud de parte, iniciar un procedimiento en contra de este usuario; y, establecer los criterios para que el mercado tenga conocimiento en qué casos un consumidor puede exigir que una determinada obra pueda quedar exenta de contar con esta implementación. Pues, como ya se ha señalado, a través del presente trabajo no se pretende proteger a un consumidor que no realice un uso adecuado de una obra, sino que exista armonía entre los derechos de los autores y consumidores.

Por ello, se debe ser muy cauteloso al momento de implementar esta excepción, pues la misma permitirá que sus obras puedan ser reproducidas sin mayor restricción, pero bajo la responsabilidad del consumidor de no favorecerse de dicho beneficio, más aun obteniendo una ganancia económica ilícita (por ejemplo, piratería).

Para la presente excepción, como ya hemos señalado, se considerará consumidor -para la procedencia de la denuncia- siempre que este acredite que es una persona natural que use o disfrute del servicio o bien en su ámbito personal; o, en caso excepcionales una microempresa que acredite tener una asimetría de información respecto al bien adquirido y su objeto de negocio, pero además, en cualquiera de los casos éste consumidor no podrá obtener ni un tipo de beneficio económico producto de la adquisición o explotación de la obra. Pues de lo contrario, la denuncia podría ser declarada infundada e incluso se podría poner en conocimiento de la Dirección de Derechos de Autor a fin de que determine si existe una infracción a los derechos patrimoniales del autor -como ya se señaló en el punto anterior-.

Por otro lado, es importante la función que desempeñan las Asociaciones de Consumidores, así como las Sociedades de Gestión Colectiva y la Asociación Peruana de Autores y Compositores – APDAYC; en tanto que, se encuentran encargadas de llevar a cabo una adecuada implementación de la modificación propuesta. Para ello, deberán fomentar una adecuada educación tanto a los consumidores como a los autores en su calidad de proveedores de libros virtuales, respectivamente.

Por un lado, se les debe enseñar e incentivar a los usuarios a hacer un uso adecuado, diligente, legal y honrado de las obras que pueden adquirir a través de las plataformas virtuales, mediante la difusión de propaganda, por ejemplo; asimismo, deberán desalentar la utilización indebida de los ejemplares y ejercer la "diligencia debida" en el uso de los ejemplares de las obras. Por el otro, se le debe generar incentivos suficientes a los autores para que no teman en seguir creando; además, de cumplir no solo con sus expectativas sino también con las de los consumidores de sus productos. Finalmente, se debe tener en cuenta que implementar mecanismos de autotutela en las obras, ya no resulta eficiente sino por el contrario onerosa, lo que sería considera más como un gasto que como una ganancia subjetiva.

Esta limitación o excepción en particular exigiría la utilización exclusiva de las obras por los beneficiarios que, para el caso en concreto son los consumidores que hayan realizado el pago de una contraprestación para la adquisición del producto o servicio de los libros virtuales. Asimismo, es importante tener presente que, el Código de consumo establece que las normas de protección al consumidor también son aplicables a las relaciones de consumo que hayan tenido sus efectos en el territorio nacional; es decir, que se deberá tener en consideración dicha limitación cuando un proveedor ponga en venta sus textos virtuales en Perú.

Al respecto, como ya se ha señalado anteriormente, el mercado virtual ha ido incrementando a lo largo de los años de una manera significativa, generando ganancias de más de millones de dólares anuales.

Sin embargo, por sus propias características y el contenido de las obras virtuales (información, entre otros), deben contar con mecanismos que permitan proteger no solo el contenido sino también la autoría de las referidas obras.

Por lo expuesto, consideramos que sí es factible implementar un nuevo planteamiento referido a los mecanismos de autotutela en las obras virtuales, para que los usuarios puedan hacer uso de las mismas de acuerdo a los usos y costumbres en un mercado actual y las normas de protección al consumidor; pero, a la vez, los autores vean protegidas sus obras no perjudicando sus derechos morales y patrimoniales, logrando así un equilibrio entre los intereses de ambos actores (consumidor - autor).

### **3.3 Alcances y limitaciones de la excepción referidos a los mecanismos de autotutela**

La implementación de la excepción deberá contener una estructura clara y contener los supuestos referidos a las limitaciones en las normas referidas a los derechos de autor, como ya se mencionaron, sobre la copia privada y los usos honrados.

- a) En primer lugar, se deberá exigir que, en la legislación nacional sobre derecho de autor, se disponga una limitación o excepción en beneficio de las personas que adquieran obras virtuales. Los derechos objetos de la referida limitación o excepción son el derecho de copia en otros soportes de propiedad del usuario (adquiriente de la obra).

Para ello, los consumidores podrán realizar las copias pertinentes en sus soportes (computadoras, celulares, entre otros), siempre que estas sean de uso privado; es decir, para uso personal; asimismo, se debe establecer de manera clara que únicamente se podrá realizar la copia en los soportes que el consumidor estime conveniente y los soportes deben ser de titularidad y uso del usuario que adquirió la obra virtual a fin de garantizar que la copia sea realmente privada. Siendo así, esta propuesta se puede diferenciar con lo señalado en los límites y excepciones del Decreto Legislativo N° 822, en tanto que lo que estamos proponiendo no se encuentra referido a los usos que podrá hacer el consumidor con una determinada obra, sino una excepción al derecho con el que cuentan los autores para poder implementar libremente los mecanismos de autotutela en sus obras, ello con la finalidad de no afectar las expectativas de los consumidores -a las que ya se hicieron referencia a lo largo de la presente investigación-, siendo que los límites y excepciones señalados en la norma antes indicada, servirán para que la autoridad pueda emitir un pronunciamiento final de acuerdo a los usos que se pretendió o se dio la obra virtual adquirida.

Asimismo, el consumidor no podrá vender, compartir (poner a disposición del público), difundir a través de ningún medio físico o virtual; o, cualquier acción que genere que las obras virtuales adquiridas no se encuentren dentro de su dominio, bajo ningún supuesto.

Además, es importante precisar que este beneficio no incluiría, por ejemplo, modificación de la obra, reproducción como impresión entre otros:

El autor tiene derecho a modificar su obra, siempre y cuando respete los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de los bienes de interés cultural, si es que la obra ha sido declarada tal. La modificación consiste en la corrección y mejora sustancial, así como los cambios accesorios de la obra siempre que sean imprescindibles y se respete la esencia de la obra. Está sometida a una serie de límites en virtud de los derechos adquiridos por terceros (Clarke, Modet & C° s/f).

Ello, teniendo en consideración que, la finalidad de esta excepción es que los consumidores no se encuentren “limitados” al uso de las obras por las pagaron una determinada contraprestación; sin embargo, ello no los podría facultar a modificar las obras originales sin la previa autorización

del autor o titular de derecho. Asimismo, respecto a la reproducción de las obras y teniendo en consideración que una de las finalidades es el consumidor pueda acceder a las obras virtuales que adquirió sin tener que realizar más de un pago por ello, es que se les permitiría que puedan ver sus obras en los dispositivos de su propiedad; sin embargo, consideramos que permitir la reproducción de las mismas, generaría un descontrol respecto a las copias (reproducciones) ilícitas o difusión fuera del ámbito doméstico, perjudicando así al autor.

Por otro lado, las sociedades de gestión colectiva estarían facultadas para poder realizar fiscalizaciones de las obras vendidas en el territorio peruano -siempre que exista algún tipo de convenio y/o acuerdo con el autor de la obra virtual o los titulares de los derechos- a fin de verificar el uso honrado y adecuado de las obras vendidas; entre las condiciones relativas a esa actividad cabe señalar que el acceso a la obra sea legal (pago de contraprestación económica), que no se hayan introducido cambios (modificación o adulteración) o se hayan realizado impresiones (reproducción o copias), entre otros actos que afecten a lo establecido en la excepción.

Asimismo, las Asociaciones de Consumidores, también estarían facultadas para poder realizar fiscalizaciones y -de ser el caso- poner en conocimiento de la Autoridad de Protección al Consumidor, aquellas obras que hayan sido adquiridas por los consumidores que tengan instalados los mecanismos de autotutela que vayan en contra de la excepción propuesta y que pudieran estar afectando los derechos de los usuarios y sus expectativas respecto a la obra adquirida.

- b) En segundo lugar, dentro de la propuesta de modificación se deberá dejar en claro que, el autor podrá instalar en sus obras los mecanismos de autotutela que considere pertinentes de acuerdo a lo establecido en las normas pertinentes. Sin embargo, si la finalidad de esta obra es ser vendida en el mercado como una obra virtual, el autor o titular de derechos podrá instalar dichos mecanismos, pero de forma que, no afecte los beneficios establecidos a través de la presente propuesta.

Al respecto, en este punto se podría establecer, por ejemplo, ciertos mecanismos que permitan detectar la realización de “copias privadas” de una manera superior o “acceso de una obra” en distancias muy lejanas y en un tiempo corto, lo que podría resultar razonablemente inexacto o sospechoso sobre un uso inadecuado y/o ilícito de una determinada obra. Además, a fin de

concentrar el análisis en una prestación a un consumidor final -de acuerdo a lo establecido en las normas pertinentes-, el usuario podrá realizar una declaración en los términos y condiciones que tengan carácter de declaración jurada, a través de los cuáles indique que sí cumple con determinados requisitos para ser considerado como “consumidor” de acuerdo a lo ya señalado.

En este punto, lo que se pretende es que no se afecten los derechos de los autores; además de brindarles opciones paralelas que le permitan mantener un control de sus obras respecto a su integridad y uso adecuado. Para ello, la excepción presentada, plantea que los autores puedan instalar los mecanismos que podrían restringir la modificación e impresión de las mismas, entre otras restricciones que se consideren pertinentes de acuerdo a su naturaleza.

- c) En tercer lugar, se debe tener en cuenta que existen proveedores internacionales como, por ejemplo: Librandia (compañía española), Digitalbooks (empresa española), entre otros que consideran -de acuerdo a los términos y condiciones- que deben aplicarse los mecanismos de autotutela a sus obras virtuales, a fin de protegerlas y por las características propias del servicio ofrecido (plataformas virtuales, entre otros). En ese sentido, los proveedores de obras virtuales que no realicen la venta en territorio peruano pero que su producto pueda llegar al país, deberá de informar a los consumidores, de forma clara y precisa; y, de manera previa a la adquisición del producto, sobre las características del mismo; es decir, si cuenta con los mecanismos antes señalados; o, en qué consistirán las condiciones y sobretodo limitaciones para acceder a las mismas. Siendo la responsabilidad compartida o solidaria entre el titular del derecho que agrega la medida tecnológica, sería una obligación del importador, ello de acuerdo al nivel de responsabilidad de cada uno (como ocurren, por ejemplo, en los casos de alimentos donde se denuncia al fabricante y distribuidor, verificando la responsabilidad de cada uno de ellos y de ser el caso sancionándolos de acuerdo a su participación en el hecho denunciado.

En este último escenario, el consumidor no podrá alegar una infracción al deber de idoneidad por considerar que el producto (obra virtual) adquirido no se encuentre de acuerdo a los usos y costumbres del mercado, pues el proveedor le informó respecto a las limitaciones del producto, previa a la compra del mismo; lo que, de acuerdo a las normas de protección al consumidor, fue determinante para la decisión de consumo. Es decir, si un consumidor a sabiendas de la

limitación, adquiere la obra, se entenderá que se encuentra dentro de sus expectativas, por lo que no podría alegar una supuesta afectación al deber de idoneidad.

En este caso la excepción no podrá alcanzar a los proveedores (autores) que no brinden el servicio de venta en el territorio peruano; ello, teniendo en consideración que las normas de protección al consumidor son aplicables únicamente a las transacciones realizadas en Perú o que sus efectos hayan sido en territorio peruano. En este punto, citaremos un ejemplo: las páginas web a las que se pueden acceder en territorio nacional pero que no podrá realizar la compra aquí.

### **3.4 Aplicación de la excepción en el comercio de obras virtuales de acuerdo a la “Regla de los Tres Pasos”**

De acuerdo con lo establecido para el análisis del principio de la “Regla de los Tres Pasos”, el legislador puede establecer excepciones al derecho de reproducción, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

- (a) Que se trate de determinados casos especiales.
- (b) Que con su aplicación no se atente contra la explotación normal de la obra y
- (c) Que con ellas no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

En ese sentido, bajo el primer supuesto, se debe dejar en claro que este principio no será de aplicación en todos los casos, sino en algunos, para ello, la autoridad de protección al consumidor deberá solicitar a la autoridad de derechos de autor que emita un informe a fin que determine el uso honrado de una obra virtual.

En el segundo supuesto, se hace mención a que las limitaciones se aplican una vez la obra ha sido divulgada; o, en el caso en particular, una vez que la obra se adquirió (conocer la finalidad de uso, si es personal o con fines lucrativos contrarios a la buena fe). Y finalmente, el tercer requisito, advierte que, si bien es cierto que las limitaciones causan un perjuicio a los intereses del autor -porque éste no podrá en determinados casos proseguir con la normal explotación económica de su obra -, tal perjuicio se justifica en pro de la defensa de la libre expresión, el derecho a la cultura, a la información, a la educación, entre otros. (OMPI, 2009)

La propuesta de modificación legislativa deja la libertad de aplicar sus disposiciones teniendo en cuenta lo establecido en las normas referidas a los derechos de autor; además, de las prácticas legales que le pudieran ser exigibles, pudiendo incluso establecer o determinar las prácticas y/o usos lícitos, siempre que estos cumplan con la regla de los tres pasos. La misma que se usaría como referente para poder determinar una presunta infracción por parte del consumidor hacia una determinada obra (obra virtual).

Al respecto, en la Reseña del Tratado de Marrakech<sup>23</sup> se señaló lo siguiente:

Al respecto, la regla de los tres pasos es un principio básico utilizado para determinar si puede permitirse o no una excepción o una limitación en virtud de las normas internacionales sobre derecho de autor y derechos conexos. Toma en consideración tres elementos, por lo cual toda excepción o limitación: 1) abarcará únicamente determinados casos especiales; 2) no atentará contra la explotación normal de la obra; y 3) no causará un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de derechos (OMPI 2013).

En ese sentido, siempre que el consumidor realice la copia de las obras virtuales que adquirió para usos privados, sin mediar fines de lucro, entre otros requisitos, estaremos dentro de los estándares de los usos honrados y de la regla de los tres pasos, lo que no vulneraría los derechos patrimoniales de los autores o titulares de derechos; sin embargo, en caso se acredite o permita inferir una afectación a los elementos antes señalados, se podría haber configurado una infracción a las normas de derechos de autor y se podrá sancionar al infractor.

De lo expuesto, tenemos que el espíritu de la propuesta de modificación legislativa consiste en encontrar un equilibrio entre las normas de derechos de autor y las referidas a protección al consumidor.

Para ello, proponemos que; a través, de la modificación, los consumidores puedan acceder a las obras virtuales de manera libre y que las mismas sean usadas de manera adecuada – de acuerdo

---

<sup>23</sup> **Tratado de Marrakech** para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

a lo señalado en los párrafos precedentes-; no obstante, ello no podrá afectar los derechos morales y patrimoniales de los autores. En ese sentido, se deberá realizar un análisis previo de los requisitos básicos como la existencia de una relación de consumo, que el usuario califique como consumidor final, entre otros; para luego determinar si se realizó o pretendió efectuar un uso honrado - lícito de la obra; y, de ser el caso, verificar que no se estén afectando las expectativas de los consumidores.

Aquí, consideramos pertinente indicar que, en la actualidad el Tribunal de INDECOPI competente para resolver las controversias suscitadas entre los consumidores y proveedores -a través del criterio de América Móvil- ha demostrado un carácter proteccionista hacia el consumidor sin tener en consideración los efectos negativos que se producirían en el mercado. Por ello, de ser aprobada la presente excepción a las normas de derechos de autor, la Autoridad de Protección al Consumidor deberá realizar un análisis real y consistente sobre el uso adecuado de las obras y los derechos de los autores.

Sin perjuicio de lo señalado, y como se ha indicado en párrafos precedentes, si bien la autoridad de Protección al Consumidor será quien emita un pronunciamiento respecto a la denuncia interpuesto por un consumidor, lo cierto es que para que dicte una decisión de acuerdo a lo establecido en la Ley de Derechos de Autor, deberá trabajar de manera conjunta con la Oficina de Derechos de Autor para que, una vez que ésta emita algún informe respecto al uso adecuado o no de la obra por parte del consumidor, la autoridad de consumo recién podrá emitir un pronunciamiento final.

Para ello consideramos que, teniendo en consideración lo señalado en el caso Hiraoka, un proveedor no vulneraría las expectativas del consumidor si, por ejemplo, introduce otros mecanismos de autotuleta para que las obras virtuales no sean copiadas o adulteradas, teniendo en consideración que -la finalidad de la excepción es el libre acceso a las obras virtuales previo pago-. O, en caso algunas de las obras que ya hayan sido puestas a disposición de los consumidores cuenten con mecanismos que no permitan la reproducción en otros dispositivos (del usuario), se considere per se una infracción, pues en esos casos lo correcto -y lo que concordaría con el deber de idoneidad- es que se desactiven tales mecanismos o brindarle al cliente una nueva obra sin la instalación de los mecanismos antes señalados. Siendo así, y procurando hacer un símil con el caso Hiraoka, lo que se busca es que, ante la puesta a

disposición de textos virtuales que cuenten con la implementación de mecanismos de autotutela, los autores o titulares de derechos (calificados como proveedores) puedan realizar una modificación a los accesos de dichas obras o la desinstalación de los mecanismos, a fin de no infringir el deber de idoneidad, resguardado por las normas de protección al consumidor; y, evitar una posible sanción.

Hemos querido hacer hincapié en este punto pues, consideramos que si la Autoridad de Protección al Consumidor -bajo el criterio adoptado en el caso América Móvil- sancionara al autor o titular del derecho, según sea el caso, bajo la figura de proveedores; -siendo preciso indicar al respecto que, la Autoridad de Protección al Consumidor podría sancionar a un autor en su calidad de proveedor siempre y cuando considere como infracción la implementación de los mecanismos de autotutela, que sea en el caso de la aprobación de la excepción propuesta en la presente investigación, quedará a criterio de la Autoridad a través de su Jefe, Comisión o Vocales, pues son un órgano colegiado autónomo-, en los casos señalados en el párrafo precedente -por citar unos ejemplos- se estaría generando un desincentivo para que se acepte esta excepción, pues no solo los autores deberán aceptar no instalar los mecanismos de autotutela sino que además, se encontrarían susceptibles de ser sancionados ante la falla o defecto presentado en algunas de sus obras virtuales, lo que pondría en grave riesgo la adopción de la presente propuesta de excepción y sobretodo generando un perjuicio a los consumidores, quienes ya no podrían acceder libremente a las obras.

Finalmente, consideramos que una vez implementada la modificatoria planteada, los consumidores podrán acceder de una manera más sencilla y económica a las obras virtuales, por lo que se generará un desincentivo a las personas que practican la piratería -en tanto, al existir un mayor acceso libre y lícito ya no tendrán que buscar otros “medios” para poder adquirir las obras-; y, generar así una disminución progresiva, lo que finalmente terminará beneficiando a los autores y titulares de derechos pero sobretodo cumplirá con la finalidad de los mecanismos de autotutela sin tener que incurrir en gastos o implementación de mecanismos costosos y en la actualidad poco eficaces, que únicamente generan la incomodidad en sus usuarios (clientes - consumidores) y un sobre costo a los autores.

Ahora, se procederá a brindar tres puntos que podrían generar confianza en los autores a fin de considerar aceptar la excepción propuesta líneas arriba a fin de llegar a un consenso entre los intereses de los autores y consumidores:

**(i) Sobre las Políticas de protección al consumidor**

De acuerdo a lo señalado en el Decreto Supremo N° 006-2017-PCM, el INDECOPI implementará las Políticas de protección al consumidor, ello con la finalidad de tener a un usuario informado respecto a los bienes y servicios que pretende adquirir.

En lo que respecta al presente trabajo, se considera que de implementarse la excepción a las normas de derechos de autor referidas a los mecanismos de autotutela que se pueden implementar en las obras, a fin de evitar que se realicen copias ilícitas, entre otros actos que puedan generar un perjuicio a los autores o titulares de derechos; ésta excepción puede tomar mayor fuerza y forma si dentro de éstas políticas también se les brindara una formación a los consumidores de obras digitales para que realicen un uso adecuado y honesto de las mismas. Siendo que como propuesta expresa de la excepción la misma sería: “en la medida que un consumidor (de acuerdo a los establecido en las normas de protección al consumidor) adquiera una obra virtual para un uso personal (de acuerdo al concepto de “uso doméstico” establecido en el Decreto Legislativo N° 822), el producto o servicio contratado por éste, no deberá contener mecanismos de autotutela que restrinjan su uso de acuerdo a los usos razonables que le podría dar un consumidor a una obra virtual”.

En este punto, es preciso indicar que en el común de los consumidores éstos no conocen a profundidad los alcances de las normas referidas a los derechos con los que cuentan los autores, por ello, dentro de las políticas se podría implementar que los consumidores tengan conocimiento de esta norma y así puedan hacer un uso adecuado de las obras, como, por ejemplo, conocer a que se hace referencia cuando se indica el “uso doméstico”, entre otros. Ello podría permitir que cuenten con mayor y mejor información; y, que además -ante la identificación de una infracción- no puedan alegar “desconocimiento”, teniendo en cuenta que en los casos de protección al consumidor existe una tutela especial justamente por la asimetría informativa existente entre el consumidor y el proveedor, pues es éste último quien cuenta con mayor y mejor información respecto al producto o servicio que pone a disposición en el mercado, un argumento que podría

ser válidamente asumido por el INDECOPI -teniendo en consideración la autonomía con la que cuentan los órganos colegiados-, pudiendo generar un desincentivo hacia los autores.

En conclusión, a través de la implementación de las políticas antes señaladas, el consumidor podrá conocer sus obligaciones al momento de adquirir una obra; y, en caso de cometer alguna infracción en contra de las normas de derechos de autor, no podrá alegar desconocimiento, siendo pasible de ser sancionado de ser el caso o no presentar una denuncia por una presunta afectación al deber de idoneidad, puesto que la misma podría ser declarada infundada.

## **(ii) Sobre el procedimiento sancionador en los casos de derechos de autor**

De manera previa, se considera pertinente señalar que la dirección de Derecho de Autor del INDECOPI fue creada a través del Decreto Ley N° 25868 - modificado por el Decreto Legislativo N° 807 de abril de 1996- y empezó a funcionar en marzo de 1993.

De acuerdo a sus lineamos, la Dirección deberá promover una cultura de respeto al derecho de autor y derechos conexos, velando así por el cumplimiento de las normas que protegen al autor y titulares de derechos con respecto a sus obras.

Ahora bien, a fin de generar confianza y brindar las garantías necesarias a los autores y titulares de derechos para permitir que sus obras no cuenten con los mecanismos de autotutela a fin de no generarles un perjuicio, la Dirección de Derechos de Autor, dentro de sus facultades podrá iniciar un procedimiento a los consumidores que hagan un uso ilegal o que vaya en contra del uso honrado de la obra que haya adquirido. En este punto es pertinente señalar que, la Dirección puede iniciar un procedimiento contra cualquier persona natural o jurídica que pudiera estar vulnerando los derechos de autor; sin embargo, para el caso que nos concierne, estamos señalando que, ante la advertencia de un acto en contra de los derechos de autor realizados por un consumidor, la autoridad competente podrá iniciarle un procedimiento sancionador.

El procedimiento que se iniciaría sería uno sancionador, para ello el personal de la Dirección realizará una serie de investigaciones a fin de emitir un informe final, a través del cual determinaran si existen indicios suficientes de una presunta infracción a las normas de Derechos de Autor.

Luego de emitir el informe señalado en el párrafo precedente, la Autoridad correrá traslado al administrado del informe a través del cual se ordenó el inicio del procedimiento sancionador y el admisorio (imputación de cargos). Asimismo, se le otorgará un plazo de cinco (5) días hábiles para que realice sus descargos. Finalmente, se evaluará si la Dirección cuenta con toda la información necesaria; y, de ser el caso, pondrá en conocimiento de la Comisión el expediente, a fin que dicho órgano colegiado emita un pronunciamiento final al respecto.

Es preciso indicar que la Resolución Final emitida por la Comisión, la misma que previamente deberá ser declarada consentida; o, confirmada por el superior jerárquico, podrá ser puesta en conocimiento de otras entidades u organismos a fin de que adopten las acciones que consideren pertinentes, tales como Apdayc, Municipalidades (en el caso en que se considere que deban verificarse licencias de funcionamiento en establecimientos que puedan ser usados para fines que contravengan las normas de derechos de autor); o, la Fiscalía para que realice una investigación, de considerarlo pertinente.

En tanto que, el tipo de procedimiento es uno sancionador (PAS) y de infracción a las normas de derechos de autor, el mismo tendrá una duración de cinco veinte (120) días hábiles, ello de acuerdo a lo estipulado en el Texto Único Ordenado (TUPA).

Con este mecanismo (PAS), el autor podrá contar con mayores elementos que le generen confianza respecto a la aplicación de la excepción expuesta y así permitir que los consumidores que realicen una contraprestación con la intención de adquirir sus obras, puedan acceder a las mismas sin ningún tipo de restricción; no obstante, en caso se advierta una posible infracción a las normas de derechos de autor, éstos usuarios podrían ser pasibles de ser sancionados de acuerdo a las normas pertinentes. Siendo así, esta propuesta plantea una opción para que el autor pueda accionar en contra de un consumidor, con el mismo informe que pueda emitir la autoridad de derechos de autor -que habrá sido solicitada por la autoridad de protección al consumidor-; así, el autor afectado contará con un mayor sustento para presentar su denuncia, la misma que podría ser resulta en un plazo menos a los 120 días, en atención al informe que ya existiría, generando un beneficio a él por ahorrar costos en tiempo (tramitación del procedimiento a diferencia de un proceso en el fuero civil); y, también en la recaudación de medios probatorios,

que en varias ocasiones pueden generar una imposibilidad para sancionar, cuando no se cuentan con los necesarios.

### **(iii) Sobre el inicio de un procedimiento sancionador al consumidor**

En noviembre de 2016 se promulgó el Decreto Legislativo N° 1246, mediante el cual se dota al régimen jurídico que rige a la Administración Pública de disposiciones a favor del ciudadano en función a la simplificación, eficacia, eficiencia, celeridad y equidad en los procedimientos administrativos, garantizando así los derechos e intereses de los administrados, con sujeción al ordenamiento constitucional.

Al respecto, dicha norma procura que se genere mayor eficiencia a favor de los administrados, siendo así, se considera oportuno que en atención a la eficiencia que debe tener el INDECOPI en las materias que le ocupa, para los efectos de la propuesta que nos interesa, derechos de autor y protección al consumidor. Este Instituto puede, aprovechar la información a la que podría acceder producto de una investigación o procedimiento a fin de poder brindar mayor seguridad y confianza tanto a los consumidores como autores respecto a las obras que se compraron/vendieron en el mercado virtual, del que ya se habló anteriormente, de acuerdo a los siguientes supuestos:

- Una denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor

En el marco de la normativa de protección al consumidor, una persona puede presentar una denuncia contra algún proveedor ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor N° 3 (en adelante, el OPS) o la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 (en adelante, la Comisión) por considerar que se han afectado sus expectativas en la adquisición de una obra.

Al respecto, nos podríamos encontrar ante dos supuestos: i) un consumidor adquiere una obra (ejemplo, un CD de música) a fin de usarlo en su ámbito personal, de acuerdo al concepto de “ámbito doméstico” establecido en el numeral 3 del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 822: “Marco de las reuniones familiares. realizadas en la casa habitación que sirve como sede natural del hogar” (Poder Ejecutivo 2003); sin embargo, al reproducirlo, se percata que tiene accesos

restringidos; o, ii) un consumidor adquiere el mismo producto; no obstante, en el transcurso del tiempo, es decir, luego de reproducirlo numerosas veces en distintos dispositivos, se le restringe el acceso.

Sobre el particular, cabe hacer énfasis que lo que se analizaría en el procedimiento dirigido por el OPS o la Comisión, creado a modo de ejemplo, es si se cometió o no una infracción a las normas de protección al consumidor, obteniendo como resultado la declaración de responsabilidad del proveedor denunciado o su exoneración.

No obstante, en el desarrollo de dicho procedimiento, se podría dar el caso en que la autoridad administrativa presumiera, en base a indicios, que el consumidor, en este caso, el denunciante, pretendió usar de manera indebida la obra. Por ejemplo, el proveedor denunciado le retiró los accesos, en la medida que descargó canciones del cd adquirido a fin de grabarlas en otro cd y vendérselas a un tercero.

En dicho supuesto, podríamos plantearnos una obligatoria conexión entre los órganos de la misma institución, la cual cause que el órgano de consumidor encargado ponga en conocimiento del órgano encargado de velar por los derechos de autor la presunta infracción a la normativa de derechos de autor, a fin que se evalúe la imposición de una sanción por mal uso o uso indebido de la obra. En este punto, no se pretende otorgar una novedad a los procedimientos sancionadores, sino una seguridad a los autores que, de ser aceptada la propuesta de excepción, las áreas de Protección al Consumidor y la Autoridad de Derechos de Autores, empezarán a trabajar de manera conjunta a fin de brindar una protección tanto a los consumidores como autores y sancionarlos en caso se advierte una infracción a las normas pertinentes.

Es así que como podemos ver, esta propuesta lejos dejar “indefensos” a los autores, lo que busca es que exista un equilibrio entre los derechos y obligaciones tanto de los consumidores como de los autores; además, de promover una cultura en contra de la piratería y demás usos inadecuados que se le pudieran dar a las obras; ello, teniendo en consideración que cuanto más acceso puedan tener los usuarios a las obras, menos incentivos se tendrán para realizar copias ilegales e incluso se podría “fidelizar” al consumidor respecto a un determinado producto y/o servicio en atención a las necesidades y expectativas que tenga el consumidor respecto a lo que ofrece un determinado autor -proveedor-.

## Conclusiones

1. Del desarrollo de la presente tesis, se ha podido concluir en que, de acuerdo a lo señalado en la hipótesis sí resultaría necesario exigir al Estado peruano incorporar dentro de las normas referidas a los derechos de autor, en lo referido a las medidas de protección tecnológicas y de acuerdo a lo señalado con lo referido a copia privada, un criterio que permita que, este derecho patrimonial no colisione con los derechos legítimos de los consumidores. Ello quiere decir que, logre armonizar lo establecido en las normas referidas a los derechos patrimoniales de autor (implementación de mecanismos de autotutela) y protección al consumidor (el deber de idoneidad). Asimismo, logrando así un cumplimiento de las expectativas tanto del consumidor como del autor.
2. A lo largo de la tesis, consideramos que hemos demostrado que no se busca sobreproteger al consumidor y dejar en “desventaja” al autor; sino por el contrario, se propone un equilibrio entre ambos derechos e intereses, en específico los intereses patrimoniales de ambos.
3. Queda claro que, por un lado, lo que realmente busca un autor es proteger la integridad de su obra y el uso que se puede dar a la misma. Asimismo, dependiendo del tipo de uso, este autor o titular de los derechos patrimoniales, esperaría recibir una contraprestación económica producto del uso de esta obra. Para ello, puede implementar ciertos mecanismos de autotutela; sin embargo, en la mayoría de los casos ha quedado acreditado que los mismos pueden ser vulnerados por otros mecanismos informáticos; o, también castigados por los propios consumidores, quienes al ser clientes pueden dejar de comprar. Por ello, podemos concluir en que la inclusión de estos mecanismos no resulta ser tan eficiente económicamente, en tanto la implementación de estos podría resultar altamente onerosa para los autores, sin contar con la certeza de que los mismos no sean vulnerados.
4. Ante la poca eficiencia que tiene la implementación de los mecanismos de autotutela en las diversas obras que puedan encontrarse en un dispositivo; resulta viable que el Estado peruano pueda implementar un criterio que no afecte las expectativas de los consumidores respecto al uso que se le pueda dar a las diferentes obras que se encuentran en diversos dispositivos –siempre que estos usos sean lícitos-.

5. Se considera que el hecho de permitir que un consumidor pueda realizar las copias de las obras dentro de un uso razonable; además de poder tenerlas en soportes como computadoras, celulares inteligentes, entre otros (siempre que estos sean de su propiedad y eso personal), no resultaría contrario a la naturaleza de los derechos patrimoniales con los que cuenta un autor; siempre que los mismos no sean en contra de la buena fe comercial (por ejemplo, piratería).
6. En la presente tesis tenemos que un consumidor esperaría que, al adquirir una obra virtual, pueda hacer uso de la misma de acuerdo con los usos frecuentes que le daría una persona a una obra física (como el ejemplo del libro), siendo así, con la propuesta elaborada tomando como base la hipótesis, lo que se busca es satisfacer la expectativa con la que cuenta el consumidor, siempre que la misma no sea contraria a los usos razonables y honrados.
7. Se ha podido advertir que el mercado digital cuenta con una fuerte demanda por parte de los consumidores debido a que muchas de las obras físicas ahora se encuentran digitalizadas o se pueden tener acceso a éstas con el solo hecho de contar con un dispositivo electrónico. Al respecto, la intención de acceso a estas obras no es solo por el contenido académico que puedan tener, sino también como un tema relacionado a los diversos hábitos de muchas personas (lectura, música, entre otros). Siendo así, el hecho de poder encontrar plataformas en donde un usuario puede pagar una contraprestación económica para poder obtener una obra que antes le hubiera sido muy costosa o difícil por las distancias o cantidad de ediciones, idiomas, entre otros factores, ahora lo puede obtener muy fácilmente a través del internet. Por lo que podríamos concluir en que éste puede ser uno de los principales motivos sobre la existencia de este servicio (obras virtuales). Por la interacción antes señalada resulta importante encontrar un equilibrio entre los derechos de los autores y las expectativas de los consumidores.
8. Lo que se busca a través de la excepción a la implementación de mecanismos de autotuleta, no debe ser confundido con una desprotección a los intereses personales, morales o patrimoniales de los autores, pues lo que se persigue es que exista un equilibrio de estos intereses con las expectativas de los consumidores, siempre que estos últimos cumplan

con los buenos usos de las obras. Pues de lo contrario, existiría una sanción para los infractores de acuerdo a las normas de Derechos de Autor.

9. Para materializar la implementación de la excepción antes señalada en la Ley de Derechos de Autor, ésta no deberá atentar contra la regla de los tres pasos, para que así el consumidor al pagar una contraprestación económica por la adquisición de una obra virtual, pueda realizar las descargas (reproducciones) que necesite en los dispositivos que estime conveniente, siempre que las mismas sean para su uso personal y doméstico, haciendo un símil a los usos honrados.
10. De acuerdo a lo señalado a lo largo de los tres capítulos, la excepción busca que la norma de Derechos de Autor permita una excepción para que los consumidores que adquieran un producto virtual, puedan disfrutar de los mismos, de acuerdo a sus expectativas, por lo que los autores y/o titulares de derechos no deberán implementar los mecanismos de autotutela. Sin embargo, para que los autores cuenten con incentivos y no se sientan “desprotegidos”, se propone realizar un trabajo en conjunto con las áreas de protección al consumidor y la Dirección de Derechos de Autor; siendo que, incluso, en caso se advierta un uso inadecuado por parte de un usuario, se le podrá iniciar un procedimiento sancionador o judicial.
11. Finalmente, lo que también se pretende con esta excepción es que por un lado, los consumidores puedan acceder a las obras de una manera más “libre”; y, por otro lado, generar que al poder acceder sin mayores inconvenientes a estas obras, se produzcan incentivos para que no *consuman* productos piratas, lo que podría disminuir este efecto negativo en el mercado, lo que terminaría beneficiando a los autores, pues no tendrán que realizar mayores gastos en la implementación de estos mecanismos; además de fidelizar a sus lectores para que consuman productos originales (clientes). Todo lo dicho debe estar aunado a la realidad actual, en donde existen diversos medios informáticos que permiten a los consumidores acceder de manera libre e incluso gratuita a determinados contenidos (obras); por lo que los autores no deberían enfocarse en restringir el acceso a sus obras, sino por el contrario, buscar mecanismos que busquen fidelizar a sus clientes e incluso

combatir conjuntamente con los consumidores los efectos negativos generados en el mercado por las copias ilegales, alteración o difusión inadecuada de las obras.



## Referencias bibliográficas

ALEGSA

2016 Diccionario de Informática y Tecnología ¿qué significa tecnología? Consulta: 15 de marzo de 2017.

<http://www.alegsa.com.ar/Dic/tecnologia.php>

ALONSO ARÉVALO, Julio Y otros

2013 Estudio sobre el uso de los libros electrónicos en las bibliotecas universitarias de Castilla y León. Barcelona, España: BiD: textos universitarios de biblioteconomía i documentación. Consulta: 15 de julio de 2016.

<http://bid.ub.edu/es/30/alonso.htm>

BERCOVITZ, Rodrigo

2007 La Tutela de las medidas tecnológicas de protección y de la información para la gestión de derechos de propiedad intelectual. Manual de Propiedad Intelectual. Valencia: Tiran Lo Blanch, 2006. p. 316.

BORGHINO, José y Ben STEWARD

2016 La empresa editorial y la economía digital. En OMPI Revista. Consulta: 23 de agosto de 2016.

[http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2016/03/article\\_0007.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2016/03/article_0007.html)

CANDEIRA, Javier

2000 La camiseta que pudo ganar el juicio de los DVDs. En Diario del Navegante 2.0. Consulta: 24 de febrero de 2016.

<http://www.elmundo.es/navegante/2000/08/08/dvd.html>

CASTRO, Luis

2004 DRM o gestión digital de derechos. En About en español. Consulta: 10 de abril de 2017.

<http://aprenderinternet.about.com/od/SeguridadPrivacidad/a/Drm-OGestion-De-Derechos-Digitales.htm>

CÓRDOVA, Jorge

- 2013 La excepción de copia privada en el derecho de autor frente a las medidas tecnológicas de: ¿una limitación a la excepción? Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

- 2010 Ley N.º 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lima, 1 de setiembre.
- 1996 Decreto Legislativo N.º 822. Ley sobre el Derecho de Autor. Lima, 24 de abril.

CÓRDOVA MEZARINA, Jorge Alberto.

- 2013 Tesis de maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia “La excepción de copia privada en el derecho de autor frente a las medidas tecnológicas de protección ¿Una limitación a la excepción?” pp 124. Consulta: 13 de abril de 2017.

[file:///E:/C%20OSCAR/Downloads/CORDOVA\\_MEZARINA\\_JORGE\\_EXCEPCION\\_PROTECCION%20\(1\).pdf](file:///E:/C%20OSCAR/Downloads/CORDOVA_MEZARINA_JORGE_EXCEPCION_PROTECCION%20(1).pdf)

CURIA: PRENSA E INFORMACIÓN

- 2011 Comunicado de prensa N° 37/11: Conclusiones del Abogado General en el asunto C-70/10. Consulta: 10 de febrero de 2016.
- [europa.eu/rapid/press-release\\_CJE-11-37\\_es.pdf](europa.eu/rapid/press-release_CJE-11-37_es.pdf)

DELGADO-RON, Andrés

- 2015 Gran Premio de Creative Commons en Ecuador: Asamblea Nacional decide que uso justo triunfa DRM. En Medium Corporation. Consulta: 15 de julio de 2016.

<https://medium.com/@AndresDelgadoEC/big-achievement-for-creative-commons-in-ecuador-national-assembly-decides-that-fair-use-trumps-drm-c8cdd9c57e01#.peqgxgabj>

#### DIARIO ABC.ES

- 2011 El lento despertar digital de las editoriales españolas. En Diario ABC. Consulta 15 de julio de 2016.  
<http://www.abc.es/20110315/cultura-libros/abci-editoriales-libro-electronico-201103151622.html>

#### DREIER, Thomas

- 2012 “Museos, Bibliotecas y Archivos: Acerca de la necesidad de ampliar los límites al Derecho de Autor”. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Vol. 32. Consulta 10 de agosto de 2016.

#### EL COMERCIO

- 2014 Entrevista a Ivo Gagliuffi. En <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/defecto-infraccion-ivo-gagliuffi-noticia-1753658>. Consulta: 1 de setiembre de 2016.

#### EL MUNDO. ES

- 2003 Denuncia de la Asociación de Internautas  
Warner Music reconoce que el disco de Alejandro Sanz no evitará la Piratería. Consulta 10 de agosto de 2016.  
<http://www.elmundo.es/navegante/2003/09/04/arte/1062673745.html>

#### ESCUELA DE ORGANIZACIÓN INDUSTRIAL

- 2012 Wikilibro: Propiedad Intelectual  
Capítulo 11: Consulta: 12 de mayo de 2017.  
[http://www.eoi.es/wiki/index.php/Medidas\\_tecnol%C3%B3gicas\\_de\\_protecci%C3%B3n\\_en\\_Propiedad\\_intelectual](http://www.eoi.es/wiki/index.php/Medidas_tecnol%C3%B3gicas_de_protecci%C3%B3n_en_Propiedad_intelectual)

#### ESPÍN ALBA, Isabel

- 2014 Propiedad Intelectual en el Siglo XXI: Nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor. Madrid: Editorial Reus S.A. p. 69.

#### FEDERAL REGISTER OF LEGISLATION OF THE AUSTRALIAN GOVERNMENT

2000 Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000. Consulta: 16 de setiembre de 2016.

<https://www.comlaw.gov.au/Details/C2004A00702>

#### GOBIERNO DE FRANCIA

1992 Código de Propiedad Intelectual de Francia. Francia: 1 de julio.

#### INFORMADOR.MX

2011 El libro digital avanza en Estados Unidos. En Informador MX. Consulta: 15 de julio de 2016.

<http://www.informador.com.mx/cultura/2011/278777/6/el-libro-digital-avanza-en-estados-unidos.htm>

#### INDECOPI

2013 Expediente 1343-2011/PS3. 25 de abril de 2011.

2012 Expediente 501-2011/ILN-PS0. 19 de julio de 2012.

2008 Expediente 2051-2006/CPC. 16 de octubre de 2008.

#### JURISPEDIA

2016 Origen del Derecho Mercantil.

Consulta el 24 de mayo de 2017.

[http://es.jurispedia.org/index.php/Origen del derecho mercantil \(es\)](http://es.jurispedia.org/index.php/Origen_del_derecho_mercantil_(es)).

#### LIPSZYC, Delia

2006 El Derecho de Autor ante los desafíos de un mundo cambiante. Lima: Palestra Editores S.A.C. p. 730, 731, 732, 733.

2005 Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos. Buenos Aires: UNESCO-CERLALC-Zavalía S.A. p. 160.

- 1993 Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires: UNESCO-CERLALC-Zavallía S.A. p. 222, 169

#### MERCADO INFORMADO

- 2015 La idoneidad y los productos defectuosos. En Mercado Informado. Publicado originalmente por Edgar Pereda en el Suplemento de Economía Negocios. Emprendedores. En el Diario La Industria de Trujillo. Consulta 10 de julio de 2016.  
<https://mercadoinformado.wordpress.com/2015/04/25/la-idoneidad-y-los-productos-defectuosos/>

#### LINKOO.COM

- 2012 La historia del comercio electrónico.  
Consulta 22 de julio de 2017.  
<http://www.lynkoo.com/comercio-electronico/la-historia-del-comercio-electronico/>

#### MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO

- 2006 Acuerdo de Promoción Comercial Perú – EE.UU. 12 de abril.

#### MONTEZUMA, Oscar.

- 2011 “©-noia o la sobrerregulación de los derechos de autor en Internet (I)”. En Blawyer.org. Consulta: 8 de diciembre de 2016.  
<http://www.blawyer.org/2011/07/06/%C2%A9-noia/>

#### NORTHCOTE, Cristhian

- 2014 “Delitos contra los derechos de autor”. Lima, 2014, N° 308, p. X-1 a X-3  
Consulta: el 30 de abril de 2017.  
[http://aempresarial.com/servicios/revista/308\\_43\\_TMLICLGHOLQPBWDSNFQA\\_CHAMPEAKPSRJECRHOXODJFTKCWDQCT.pdf](http://aempresarial.com/servicios/revista/308_43_TMLICLGHOLQPBWDSNFQA_CHAMPEAKPSRJECRHOXODJFTKCWDQCT.pdf)
- 2013 “Criterios del Indecopi sobre el deber de idoneidad”. Lima, 2013, N° 290, p. X-1 a X-4.  
Consulta: el 30 de abril de 2017.

[http://aempresarial.com/servicios/revista/290\\_43\\_MNHWGFTWZFKSFEBQJGVHBSZAIHDDNMPATLHZFEYLOQQSRHCYC.pdf](http://aempresarial.com/servicios/revista/290_43_MNHWGFTWZFKSFEBQJGVHBSZAIHDDNMPATLHZFEYLOQQSRHCYC.pdf)

#### ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2013 Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Consulta: 8 de octubre de 2016.

[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo\\_grtkf\\_ic\\_24/wipo\\_grtkf\\_ic\\_24\\_inf\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_24/wipo_grtkf_ic_24_inf_7.pdf)

2008 a) Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives. Consulta: 8 de octubre de 2016.

[http://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=109192](http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=109192)

2008 b) Reseña del Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. Consulta: 8 de octubre de 2016.

[http://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=109192](http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=109192)

1996 Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. Ginebra, 20 de diciembre. Consulta: 8 de octubre de 2016.

[http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file\\_id=295166](http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=295166)

1993 Decisión 351: Régimen Común Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lima, 17 de diciembre. Consulta: 8 de octubre de 2016.

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can010es.pdf>

OZER, Jan

2015 The Changing Face of DRM: Where Do We Stand in 2015? En Streaming Media. Consulta: 10 de julio de 2016.

<http://www.streamingmedia.com/Articles/Editorial/Featured-Articles/The-Changing-Face-of-DRM-Where-Do-We-Stand-in-2015-101319.aspx>

RAMOS, Simón.

- 2004 DRM: Protección versus accesibilidad de la información digital. En Hipertext.net.  
Consulta: 10 de diciembre de 2015.  
<https://www.upf.edu/hipertextnet/numero-2/drm.html>

RESEARCH COALITION, THE SCHOLARLY PUBLISHING AND RESOURCES COALITION  
AND THE NATIONAL ASSOCIATION OF GRADUATE-PROFESSIONAL STUDENTS

- 2012 Open Acces Explained. En Youtube.  
Consulta: 30 de noviembre de 2016.  
<https://www.youtube.com/watch?v=L5rVH1KGBCY>

ROJAS KLAUER, Carlos

- 2013 “Del *oculus reparo* a los productos imaginarios. La reinterpretación del deber de idoneidad para el caso de los productos defectuosos”. Gaceta Jurídica: Dialogo con la jurisprudencia. Vol. 19, N.º 183. Lima, p. 35 – 37. Consulta 10 de agosto de 2016.

ROMO, Romero y otros

- 2012 Organización y transformación de los sistemas de información en la empresa. 2da Edición. Madrid: Esic Editorial p. 29.

STROWEL, Alain y DUSSOLIER, Severine.

- 1999 Taller sobre cuestiones de aplicación del tratado de la OMPI sobre derecho de autor (WCT) y el tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT). Consulta: 10 de octubre de 2016.  
[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct\\_wppt\\_imp/wct\\_wppt\\_imp\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_2.pdf)

TATO, Anxo

- 2008 La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y los límites al Derecho de Autor: Copia Privada, Canon Digital y PressClipping. La Coruña, España: En II Jornada sobre Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor. p. 11.

## TECHOPEDIA

Techopedia. Consulta 25 de enero de 2016.

<https://www.techopedia.com/>

## UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION – UNESCO

2004 Jurisprudencia del Tribunal de Gran Instancia de Perú. Consulta: 10 de febrero de 2016.

[http://portal.unesco.org/culture/es/files/22033/11515767561ju\\_fr\\_es.pdf/ju\\_fr\\_es.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/files/22033/11515767561ju_fr_es.pdf/ju_fr_es.pdf)

## UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE

1998 The Digital Millennium Copyright Act of 1998. Consulta: 8 de diciembre de 2016.

<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

## UNIVERSITAT DE BARCELONA

2013 “Estudio sobre el uso de los libros electrónicos en las bibliotecas universitarias de Castilla y León”. Consulta 25 de mayo de 2017.

<http://bid.ub.edu/es/30/alonso.htm>

## ULLOA MILLARES, Daniel

2013 “La costumbre como fuente en el derecho laboral”. Derecho & Sociedad: Derecho Laboral. N.º 37. Lima, p. 101.

## VON LOHMANN, Fred

2004 Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA. En Electronic Frontier Foundation. Consulta: 10 de abril de 2017.

[https://www.eff.org/files/eff-unintended-consequences-12-years\\_0.pdf](https://www.eff.org/files/eff-unintended-consequences-12-years_0.pdf)

## WIKI EOI

s/f “Medidas tecnológicas de protección en Propiedad Intelectual”. En Wiki Eoi. Consulta: 7 de diciembre de 2016.

[http://www.eoi.es/wiki/index.php/Medidas\\_tecnol%C3%B3gicas\\_de\\_protecci%C3%B3n\\_en\\_Propiedad\\_intelectual](http://www.eoi.es/wiki/index.php/Medidas_tecnol%C3%B3gicas_de_protecci%C3%B3n_en_Propiedad_intelectual)

XALABARDER, RAQUEL

2002      Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act.  
Consulta: 3 de mayo de 2017.

<http://www.uoc.edu/in3/dt/20060/20060.pdf>

