

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



“LA EXCEPCIÓN DE COPIA PRIVADA EN EL DERECHO DE AUTOR
FRENTE A LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN:
¿UNA LIMITACIÓN A LA EXCEPCIÓN?”

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

AUTOR

Jorge Alberto Córdova Mezarina

ASESOR

Raúl Roy Solórzano Solórzano

JURADO

María del Carmen Arana Courrejolles

Óscar Montezuma Panez

LIMA - PERÚ

2013

“La excepción de copia privada en el Derecho de Autor frente a las medidas tecnológicas de protección: ¿Una limitación a la excepción?”.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
I. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN.....	11
1.1 Definición	
1.1.1 Los Derechos Patrimoniales de Autor.....	11
1.1.2 El surgimiento de Internet y su relación con el Derecho de Autor.....	13
1.1.3 Las medidas tecnológicas de protección frente a la explotación de obras y producciones protegidas sin autorización.....	16
a) Medidas tecnológicas que controlan el ejercicio del Derecho de Autor.....	18
b) Sistemas de acceso condicionado.....	20
c) Sistemas de marcado e identificación.....	21
d) Sistemas de gestión electrónica de derechos.....	22
1.2 Evolución de la figura y Derecho Comparado	
1.2.1 A nivel de acuerdos multilaterales o bilaterales.....	23
a) Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA).....	23
b) Tratado OMPI sobre interpretación y ejecución de fonogramas (TOIEF).....	26

c) Directiva 2001/29/CE sobre armonización en determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información (DDASI).....	27
d) Obligaciones asumidas en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos.....	28
1.2.2 A nivel del derecho comparado.....	31
- Legislación Australiana sobre Derecho de Autor:	
a) Objeto de protección.	
b) Actos prohibidos.	
c) Excepciones.	
- Digital Millenium Copyright Act (Estados Unidos).	
a) Objeto de protección.	
b) Actos prohibidos.	
c) Excepciones.	
1.2.3 Las Medidas Tecnológicas de Protección en el Derecho Peruano.....	36
a) Decreto Legislativo 822.....	36
b) Decreto Legislativo 1076.....	37
II. LA COPIA PRIVADA.....	41
2.1 Cuestiones Preliminares.....	41
2.2 Evolución de la figura y Derecho Comparado.....	61
2.2.1 A nivel de acuerdos multilaterales.	
a) Convenio de Berna.....	62

b)	Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA).....	65
c)	Tratado OMPI sobre interpretación y ejecución de fonogramas (TOIEF).....	66
2.2.2	A nivel de derecho comparado.	
a)	España.....	67
b)	Francia.....	70
c)	Estados Unidos de América.....	70
2.3	La excepción de copia privada en la legislación peruana.....	70
2.4	La compensación equitativa por copia privada en la Ley 28131, Ley del Artista Intérprete y Ejecutante.....	72
2.4.1	La compensación por copia privada en la legislación comparada..	74
2.4.1.1	La compensación por copia privada a nivel europeo.	
a)	Alemania.....	76
b)	Francia.....	76
c)	Grecia.....	77
d)	España.....	77
e)	Suecia.....	78
2.4.1.2	La compensación por copia privada en otros países.	
a)	Algeria.....	79
b)	Canadá.....	79
c)	América Latina.....	80
2.4.2	La compensación por copia privada en el Perú.....	80
a)	Naturaleza jurídica.....	84
b)	Los sujetos intervinientes.....	86
c)	Objeto de la obligación.....	91

d)	Excepciones al pago de la obligación.....	94
e)	Infracción a la ley.....	94
2.4.3	Jurisprudencia.....	95
a)	Caso Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) – Padawan.....	95
b)	Caso INDECOPI – CompuDiskett S.R.L.....	97
III.	CONFRONTACIÓN ENTRE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y LA EXCEPCIÓN DE COPIA PRIVADA.....	99
3.1	Relación entre las Medidas Tecnológicas de Protección y el ejercicio de la excepción de copia privada.....	99
3.2	La insuficiente regulación en los Tratados Internet de la OMPI.....	105
3.3	La solución europea en la Directiva 29/2001 y en la Digital Millenium Copyright Act.....	107
3.4	Análisis de jurisprudencia.	
3.4.1	Francia: Caso “Mulholland Drive”.....	109
3.4.2	Estados Unidos: Caso “Universal City Studios contra Reimerdes”.....	112
3.4.3	España: Caso “No es lo mismo”.....	112
3.4.4	Bélgica: Caso “Scarlet Extended S.A.”.....	114
3.5	Posibles consecuencias de la introducción de las Medidas Tecnológicas de Protección en el Derecho de Autor peruano.....	115

3.6 Las medidas tecnológicas de protección como una limitación efectiva al ejercicio de la excepción de copia privada.....120

3.7 Las medidas tecnológicas de protección frente al pago de la compensación por copia privada.....122

3.8 Las medidas tecnológicas de protección y el derecho de los consumidores.....124

3.9 La función de la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI.....131

CONCLUSIONES.....133

BIBLIOGRAFÍA.....137



INTRODUCCIÓN

Las excepciones al Derecho de Autor tienen su fundamento en el equilibrio que debe existir entre el derecho de los titulares del Derecho de Autor y el derecho de la sociedad de acceder a la cultura, a la educación y a la información. Dentro de estas excepciones se encuentra la denominada “*Copia Privada*”, la misma que se encuentra recogida en la Ley sobre el Derecho de Autor peruana y que faculta a los usuarios a realizar copias para uso exclusivamente personal de obras y producciones publicadas en grabaciones sonoras o audiovisuales. Vale decir entonces que en virtud de dicha excepción se permite a los adquirentes de ejemplares conteniendo obras audiovisuales y musicales a efectuar copias de las mismas para su uso personal sin que éstos tengan la obligación de solicitar autorización a los titulares de los respectivos derechos u efectuar pago alguno. A manera de ejemplo, en virtud de la excepción de copia privada, los usuarios tenemos la facultad de reproducir un fonograma en la memoria de nuestro computador o de nuestro dispositivo USB sin vulnerar el derecho patrimonial de reproducción de su titular.

Asimismo, desde la entrada en vigencia de la Ley del Artista Intérprete y Ejecutante¹, se aplica la denominada “*compensación por copia privada*”, la cual consiste en el pago que debe efectuar todo aquel que importe o fabrique soportes idóneos para reproducir obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor y los derechos conexos² a los titulares de derechos los cuales se encuentran representados por sus respectivas entidades de gestión colectiva. La finalidad de dicha compensación sería resarcir a los titulares por el daño que genera el ejercicio de la excepción de copia privada.

¹Ley 28131, publicada el 19 de diciembre de 2003.

²Es decir DVD-R, CD-R, memorias USB, entre otros productos.

A su vez, el Decreto Legislativo 1076, mediante el cual se modifica parcialmente la Ley sobre el Derecho de Autor en el marco del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos de América, introduce algunas normas respecto de las medidas tecnológicas de protección básicamente para sancionar la elusión de las mismas por parte de los particulares³ lo cual, se señala, afectaría el ejercicio de la excepción de copia privada por parte de los usuarios, más aún si al adquirir un soporte idóneo para reproducir obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor se ha abonado la correspondiente compensación establecida en la Ley 28131. Es decir, se reforzó la figura de las medidas tecnológicas de protección, mediante las cuales los titulares del derecho de autor y derechos conexos, fundamentalmente las productoras audiovisuales y fonográficas, limitan la copia que se pudiera efectuar respecto de sus producciones.

En ese sentido, existe una aparente contradicción normativa entre la excepción de la copia privada y su correspondiente compensación con el reforzamiento de la figura de las medidas tecnológicas de protección en nuestra legislación, la cual precisamente limita o impide realizar una copia privada.

Así, nuestro trabajo tiene por objeto analizar si la excepción de copia privada, como cualquier otra excepción, genera alguna facultad que no podría ser limitada en su ejercicio por el titular del derecho de autor o algún derecho conexo, o de lo contrario no existe tal facultad y dicho titular puede impedir a través de alguna medida (como es el caso de las medidas tecnológicas de protección) el ejercicio de las excepciones por parte de los usuarios.

Dicho análisis permitirá definir la conveniencia o no de introducir las reformas legislativas que sobre la materia se dieron a raíz de la suscripción del Acuerdo de Promoción Comercial con Estados Unidos y que siguieron la tradición existente en dicho país en la denominada *Digital Millenium Copyright Act*. Cabe señalar que, al

³Salvo en determinadas circunstancias determinadas por la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI.

menos en Europa, dichas medidas han tenido considerable resistencia por parte de los usuarios.

En ese sentido, nuestras hipótesis, que serán confirmadas en nuestro estudio, están dirigidas a acreditar lo siguiente:

1. Que, las medidas tecnológicas anticopia perjudican el ejercicio de la excepción de la copia privada por parte de los usuarios los mismos que en algunos países, como el Perú, han abonado la correspondiente compensación por copia privada.
2. Que, las medidas tecnológicas anticopia surgieron para proteger a los titulares del derecho de autor y derechos conexos (principalmente productores fonográficos y audiovisuales) y evitar la reproducción ilícita de sus producciones, principalmente debido al aumento de la piratería y las infracciones a través de Internet.
3. Que, si bien las legislaciones han reconocido la copia privada como una excepción, no se genera derecho alguno en los usuarios, sino que se trata únicamente de una limitación al derecho de los titulares del derecho de autor y derechos conexos.
4. Que, la compensación por copia privada es un mecanismo efectivo para evitar los perjuicios que se generarían a los titulares del derecho de autor y derechos conexos por el ejercicio de la excepción de copia privada.
5. Que, la limitación a la copia privada por parte de las medidas tecnológicas de protección es una barrera innecesaria pues se está restringiendo el ejercicio de una excepción.

Para poder analizar cada una de las hipótesis consideramos descomponer el presente estudio en tres capítulos. En el primer capítulo trataremos sobre las denominadas “Medidas Tecnológicas de Protección”, su definición y su incorporación en documentos internacionales y en las legislaciones nacionales. En

el segundo capítulo analizaremos la excepción de copia privada y su tratamiento en documentos internacionales y en la legislación nacional, analizando también la denominada compensación por copia privada que tanta controversia genera no sólo en nuestro país, sino también en otros países.

Finalmente, en el tercer capítulo analizaremos detalladamente la confrontación existente entre las medidas tecnológicas de protección, específicamente las medidas anticopia, y la excepción de copia privada, exponiendo a lo largo del mismo nuestras apreciaciones sobre dicho tema.



CAPÍTULO PRIMERO

MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

1.1. Definición

1.1.1 Los Derechos Patrimoniales de Autor

Los denominados derechos patrimoniales de autor conforman aquellas facultades otorgadas al titular del Derecho de Autor que le permiten explotar su obra de manera que éste pueda obtener beneficios económicos derivados del uso de su producción intelectual. En ese sentido, la Ley sobre el Derecho de Autor⁴ establece expresamente que “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”⁵. Así, la normativa ha reconocido al autor o al titular derivado del derecho de autor una serie de facultades exclusivas que cubren toda forma de explotación posible sobre su obra como son las siguientes:

El Derecho de Reproducción: El cual consiste en realizar autorizar o prohibir toda fijación u obtención de copias de la obra, como puede ser la grabación, el fotocopiado o la digitalización.

⁴ Aprobada mediante el Decreto Legislativo 822 del 23 de abril de 1996 (publicado el 24 de abril de 1996).

⁵ Artículo 30 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

El Derecho de Distribución: El cual consiste en realizar, autorizar o prohibir la puesta a disposición al público del original o copias de su obra mediante la venta, el alquiler, el préstamo público, entre otros.

El Derecho de Comunicación Pública: El cual consiste en realizar, autorizar o prohibir el acceso a su obra sin que exista una distribución de ejemplares, como se da en una representación teatral, una exposición de arte, la radiodifusión, etc.

El Derecho de Transformación: El cual consiste en realizar, autorizar o prohibir cualquier modificación de su creación a través de, por ejemplo, su adaptación, traducción, resumen, etc.

Es pertinente señalar que a través de los derechos patrimoniales se protege toda forma de explotación de la obra, aun cuando no se haya establecido expresamente en la normativa.

Asimismo, los derechos patrimoniales tienen una doble faceta: una faceta positiva que consiste en realizar o autorizar un acto de explotación sobre la obra y una faceta negativa que consiste en impedir que se realice un determinado acto de explotación sobre la misma.

A manera de ejemplo, el autor de una obra musical puede autorizar a un productor fonográfico que fije su creación en un fonograma y también puede oponerse a que su obra sea utilizada en cualquier otra forma no autorizada expresamente por éste, como puede ser su puesta a disposición a través de Internet. En un caso el autor ejercerá positivamente su derecho de reproducción y en el otro ejercerá de forma negativa su derecho de comunicación pública.

Adicionalmente, los titulares de derechos conexos (productores fonográficos, artistas intérpretes, titulares de organismos de radiodifusión y titulares de fotografías y videogramas no consideradas obras) poseen también una serie de facultades de orden patrimonial, aunque en su caso habría que distinguir entre los

derechos de exclusiva y los derechos de simple remuneración, es decir, aquellos derechos en los cuales los titulares se encuentran facultados a autorizar o prohibir un determinado acto de explotación sobre su producción y aquellos derechos en los que únicamente tienen reconocido el pago de una contraprestación.

1.1.2 El surgimiento de Internet y su relación con el Derecho de Autor.

No cabe duda que en la actualidad el mayor escenario de explotación de obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor y derechos conexos se da a través de Internet. En la red encontramos a nuestra disposición todo tipo de producciones intelectuales muchas de las cuales no cuentan con la autorización correspondiente para su explotación ni se encuentran dentro del supuesto de excepción legal alguna.

El Internet tiene su origen en un proyecto desarrollado por el gobierno de los Estados Unidos de América en los años 50 a través de la denominada Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada –ARPA-, el cual consistía en el desarrollo de redes de computadoras. Surge así el denominado “*Arpanet*” que contaba hacia 1971 con una red de apenas quince computadoras. En dicho año, Ray Tomlinson desarrolló una aplicación de correo electrónico mediante el cual se podía enviar y recibir mensajes a través de la red.

Hacia 1974, se avanzó con el proyecto “*Arpanet*” el cual contaba ahora con una red de cuarenta computadoras, lográndose en dicho año el primer diálogo a través de la misma (“*chat*”).

En la década de 1980, la tecnología del “*Arpanet*” se expandió por todo el mundo, desarrollándose redes paralelas en países como Francia a través de proyectos tales como “*Bitnet*”, “*Canet*” y “*Minintel*”. A su vez, en el año 1983, la Universidad de Wisconsin empezó el desarrollo de la tecnología de nombres de dominio

(“*DomainNameSystems*”), comenzando a asignar los mismos hacia el año de 1985.

En 1988, fue creada en Estados Unidos la denominada Autoridad de Asignación de Nombres de Dominio (“*Internet AssignedNumbersAuthority*”) cuyo objetivo era administrar el sistema de nombres de dominio, al cual se sumó en Europa el denominado “*Reseaux IP Europeens*”.

Uno de los hitos más importantes en el crecimiento del Internet lo constituye el desarrollo del “*World Wide Web*” en 1991. Al respecto, Cunard, Hill y Barlas nos señalan lo siguiente:

“Esta tecnología fue desarrollada por Tim Berners-Lee de los laboratorios CERN en Ginebra, utilizando hiperenlaces para que los documentos pudieran estar disponibles en todo Internet. La tecnología originalmente desarrollada para ser utilizada internamente en el CERN, fue rápidamente propuesta a los organismos de normalización internacionales. Ello ha llevado al actual proceso de normalización de la World Wide Web, incluyendo HTML y http, que constituyen las bases de la web tal y como hoy la conocemos”⁶.

Otro hito importante en el crecimiento del Internet se da en el año 1993 con la aparición del primer navegador denominado “*Mosaic*”, pues a través del mismo cualquier persona sin necesidad de poseer conocimientos técnicos especiales podía utilizar el Internet.

Hacia 1998 se dio inicio al “comercio electrónico” a través del Internet, expandiéndose rápidamente su uso entre empresarios y consumidores.

⁶CUNARD, Jeffrey; HILL, Keith y BARLAS, Chris

2003

“Evolución reciente en el campo de la gestión de los derechos digitales”. Estudio presentado en la Décima sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ginebra, 3 a 5 de noviembre de 2003.

Paralelamente, el desarrollo en la década de los noventa de tecnologías de almacenamiento digital constituiría un eje central en la explotación de las producciones protegidas por el Derecho de Autor y los derechos conexos a través de la web. En efecto, el desarrollo de la tecnología de conversión del formato de codificación (“*ripping*”), que permite la fijación de una obra o producción protegida contenida en un soporte digital como puede ser un disco compacto o un DVD en el disco duro de un computador, permitió el surgimiento del formato de audio comprimido denominado MP3, a través del cual se almacenan obras musicales comprimidas en un disco duro, sin que éstas pierdan su calidad original. Dicha tecnología también es posible aplicarla a los formatos de imágenes en movimiento.

Quizá uno de los mayores retos que ha enfrentado el Derecho de Autor es justamente la posibilidad que brinda la tecnología del Internet para que los usuarios puedan compartir obras y producciones protegidas en grandes cantidades utilizando el sistema denominado “*peer to peer*”. El caso emblemático en la red de intercambio de obras y producciones protegidas se dio a finales de los años noventa con la empresa “Napster”, la cual permitía, a través de un programa de ordenador que se descargaba gratuitamente, el intercambio de obras musicales entre distintos usuarios de la red.

Al respecto, Cunard, Hill y Barlas sostienen que:

“Napster fue desde el principio extraordinariamente popular entre los usuarios. Sin embargo, desde el inicio de sus actividades, se enfrentó a cuestiones jurídicas al descubrirse que sus usuarios comerciaban con ficheros protegidos por derechos de autor sin el permiso de los titulares de dichos derechos. Nunca antes la industria de la música se había enfrentado con un fenómeno como éste, es decir, una gran comunidad de usuarios comerciando con contenidos en una red de intercambio de ficheros”⁷.

⁷Ibidloc cit.

Luego de un proceso judicial iniciado por distintas compañías productoras y discográficas, “Napster” fue sancionada por coadyuvar a la violación del Derecho de Autor y los derechos conexos por parte de sus usuarios.

La derrota de “Napster” en los tribunales y su posterior quiebra no impidió que se multiplicaran empresas dedicadas al intercambio de producciones protegidas a través de la web utilizando la tecnología “peer to peer” tales como Kazaa, Morpheus, Ares, Grokster, entre otras.

1.1.3 Las Medidas Tecnológicas de Protección frente a la explotación de obras y producciones protegidas sin autorización.

Los derechos patrimoniales de exclusiva sirven de fundamento para la implementación de las denominadas Medidas Tecnológicas de Protección que no son sino aquellos mecanismos que permiten a los titulares del Derecho de Autor y derechos conexos controlar el acceso a sus obras y producciones e impedir que se realicen actos de explotación respecto de las mismas. Así, las medidas tecnológicas de protección, si bien son básicamente dispositivos anticopia que impiden reproducir las obras en cualquier soporte, sea analógico o digital, también pueden impedir cualquier otro tipo de utilización de la obra o producción protegida e incluso el acceso a la misma.

Sobre este punto, Carlos Fernández Ballesteros sostiene lo siguiente:

“Existe un consenso general acerca del DRM como un conjunto de tecnologías orientadas hacia el control sobre los usos que los usuarios pueden hacer de los bienes culturales, pero cada vez más su aplicación se

está restringiendo al entorno de distribución electrónica, en detrimento de la distribución física”⁸.

En ese sentido, conforme señala el profesor español Ignacio Garrote:

“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”⁹.

La implementación de las Medidas Tecnológicas de Protección por parte de los titulares de derechos se debe a múltiples razones, las mismas que van desde la amenaza de la piratería sobre sus producciones hasta las pérdidas que les generaba la explotación de las mismas en el entorno digital, básicamente a raíz de la popularidad que alcanzó el sistema “peer to peer” entre los usuarios de Internet. En ese sentido, se puede señalar que la implementación de medidas tecnológicas de protección en soportes que contengan obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor y los derechos conexos busca resguardar a dichas producciones intelectuales de cualquier acto no autorizado por el titular por parte de los usuarios.

Así lo señalan Cunard, Hill y Barlas quienes sostienen lo siguiente:

“La combinación de potentes computadoras, de capacidad para la conversión de la codificación de los contenidos (ripping), de medios de

⁸**FERNÁNDEZ, Carlos**

2006 “Modelos de explotación en el ámbito digital”. En XII Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina, Santiago de Chile, 9 al 13 de octubre de 2006.

⁹**GARROTE, Ignacio**

2006 “Tutela de las medidas tecnológicas de protección y de la información para la gestión de derechos de propiedad intelectual”. En BERCOVITZ, Rodrigo. Manual de Propiedad Intelectual. Valencia, Tiran Lo Blanch, 2006. p. 316.

almacenamiento de gran capacidad de sistemas de intercambio de ficheros, ha contribuido a que se produzca una situación muy complicada para los titulares de derechos. Cualquier contenido es actualmente susceptible de ser copiado y distribuido a través de Internet, con independencia del tipo de medio de que se trate. Lo que comenzó siendo una vulneración relacionada con los CD de música, se ha extendido a películas, libros y cualquier otro tipo de contenidos que puedan digitalizarse. La situación ha pasado a ser crítica para muchas empresas, que han visto cómo se reducían sustancialmente sus ingresos por la extensión de la piratería a nivel del consumidor. Por este motivo, la industria de los contenidos está estudiando detenidamente la gestión de derechos digitales”¹⁰.

Ello ha llevado a que existan tantos mecanismos tecnológicos de protección de obras y producciones protegidas como formas de explotación de las mismas se desea evitar, por lo que no resulta tarea sencilla hacer un estudio exhaustivo de cada uno de éstos.

Sin embargo, es posible distinguir los siguientes tipos de medidas tecnológicas de protección:

a) Medidas tecnológicas que controlan el ejercicio del Derecho de Autor:

Las medidas tecnológicas que controlan el ejercicio del Derecho de Autor no son sino aquellos dispositivos destinados a evitar que se realice cualquier acto de explotación respecto de una obra o producción protegida como puede ser la reproducción, comunicación pública, transformación, etc.

¹⁰Ibidlocit

Ejemplo de estas medidas tecnológicas de protección lo constituye la codificación de las señales de radiodifusión y la “*Digital Versatile Disc*”, la cual permite restringir la distribución de un DVD a una determinada área geográfica¹¹.

Dentro de las medidas tecnológicas que controlan el ejercicio del Derecho de Autor se encuentran los denominados “*Mecanismos Anticopia*”, que no son sino aquellos dispositivos que impiden la reproducción de ejemplares conteniendo obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor y los derechos conexos.

Respecto de las medidas tecnológicas de protección que impiden el copiado, es pertinente señalar que mediante éste el titular del derecho de autor decide las condiciones para que se realice una copia de la obra o producción. Con ello se puede impedir también su puesta a disposición a través de Internet.

Entre los dispositivos tecnológicos que impiden la copia se pueden mencionar el “*Pen Drive Security*” o “*Dongle*” y el “*Serial Copy Management System*”:

- Pen Drive Security o DONGLE: Es un pequeño hardware que se integra a un programa de ordenador con el propósito de asegurarse que solo determinados usuarios puedan utilizar lícitamente dicho programa. Impide también la copia del mismo por parte de usuarios no autorizados.
- Serial Copy Management System (SCMS): Es un sistema que se introduce en soportes que contengan obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor y los derechos conexos, generalmente en discos compactos y DVD's, que impiden que el usuario pueda realizar una posterior copia de los mismos. En ese sentido, a través del SCMS se podrían efectuar copias de un ejemplar original, pero no se pueden efectuar actos de reproducción

¹¹ Para mayor información respecto de dicha medida tecnológica de protección, se recomienda leer el texto denominado “Las medidas tecnológicas de protección: el punto de encuentro de la tecnología, el derecho y las licencias comerciales”. Documento presentado en el “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 de Fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999.

posteriores a partir de dicha copia. Con ello se impide que exista una segunda generación de copias. Sin embargo, es usual que los titulares del derecho de autor incorporen dichos mecanismos aún para impedir la primera copia del ejemplar original.

b) Sistemas de accesocondicionado:

El fundamento de este tipo de medidas tecnológicas es que el autor o titular del derecho de autor o derecho conexo tiene la facultad de decidir a los usuarios que pueden acceder a su obra o producción, generalmente abonando una remuneración.

Así, de acuerdo con la jurista argentina Delia Lipszyc:

“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”¹².

A su vez, Strowel y Dussolier sostienen que:

“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”¹³.

¹²LIPSZYC, Delia
2004

“Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos”. Buenos Aires, UNESCO-CERLALC-ZAVALIA. p. 160.

¹³STROWEL, Alain y DUSSOLIER, Severine. Op. Cit.

En ese sentido, a través de un sistema de acceso condicionado, generalmente una contraseña, el usuario accede al contenido de la obra o producción protegida. Sin embargo, dicho mecanismo no puede controlar el uso que pueda realizar el usuario respecto de la misma, es decir, no se puede impedir que se reproduzca o distribuya.

Ejemplos de estas tecnologías son las siguientes:

- **La criptografía:** A través de este mecanismo la obra o producción es “encapsulada” en un sobre electrónico, permitiéndose el acceso al mismo únicamente a través de una “llave descriptadora” o contraseña, que permite verificar si el usuario cuenta con autorización para acceder a la obra.
- **Las firmas digitales:** Es una aplicación de la criptografía que sirve para certificar e identificar un documento. Se utiliza principalmente para proteger las transmisiones de las obras y producciones protegidas a través del Internet e impedir el acceso a las mismas de personas no autorizadas. Generalmente, el acceso se concede a cambio de una contraprestación
- **El sobre de impresión:** También es una aplicación de la criptografía que consiste en la inserción de una obra o producción protegida en un sobre digital que contiene información relativa a la misma. Los usuarios pueden acceder a la obra a través de una contraseña brindada por el titular.

c) **Sistemas de marcado e identificación:**

A través de esta medida, se inserta en el ejemplar datos relativos a la obra (título, autor, titular de derechos), así como las condiciones de uso de la misma. El propósito de estas medidas es identificar dichas producciones y rastrear su posterior uso.

Así, a través de esta tecnología se puede proceder a un marcado del ejemplar que contiene la obra en algunos casos de forma visible a través de la inserción de una “marca” que consiste generalmente en el nombre o signo distintivo del titular de la obra o producción como se puede ver actualmente en algunas fotografías, imágenes de vídeo, archivos en línea. Dicha técnica se denomina “*fingerprinting*”.

En este caso, se busca cautelar el derecho de autor exhibiendo claramente la identificación del titular del derecho de autor.

También se puede introducir un número de serie digital en cada ejemplar que contiene la obra y producción protegida y que es distribuido entre los usuarios. En este caso, cada ejemplar llevará asociado un código no pudiendo coexistir dos ejemplares con el mismo código. Ello permitirá identificar en el caso de una copia no autorizada el ejemplar a partir del cual se ha realizado la falsificación.

d) Sistemas de gestión electrónica de derechos:

Los sistemas de gestión electrónica de derechos son aquellas medidas tecnológicas que buscan asegurar la gestión eficaz de los derechos de los titulares del derecho de autor en el Internet a través de la concesión de licencias de uso y el control del acceso a sus obras. Adicionalmente, se puede controlar a través de este tipo de medidas la recaudación de las regalías, la repartición de las mismas, la remisión de comprobantes de pagos, etc.

Así pues, Cunnard, Hill y Barlas señalan que:

“un sistema completo de gestión de derechos de propiedad intelectual incluye el procesamiento de toda la información sobre los derechos para la administración electrónica de los mismos, incluyendo, a veces, información contractual y personal que permita la gestión extremo a extremo de todos los derechos a lo largo de la cadena de valor. Por su propia naturaleza, la DRM puede requerir el acceso a información

comercialmente sensible (en contraposición a información de copia y señalización de utilización). La utilización de dicho sistema permite un control muy granular del contenido, permitiendo que los titulares de los derechos apliquen modelos de uso sofisticados. Este proceso de gestión de derechos de propiedad intelectual implica inevitablemente una amplia utilización de tecnologías DRM. Dichas tecnologías pueden estar integradas en numerosos componentes, desde los que residen en un único dispositivo, como por ejemplo un Asistente Digital Personal (PDA, Personal Digital Assistant), a los que pueden encontrarse en servidores comerciales en Internet explotados por grandes compañías y organizaciones”¹⁴.

1.2 Evolución de la figura y Derecho Comparado

1.2.1 A nivel de acuerdos multilaterales y bilaterales

a) Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA)

La masificación del uso del Internet a mediados de los años noventa supuso una dura crisis para el Derecho de Autor pues nunca antes se había realizado un uso generalizado de obras y producciones protegidas sin la autorización correspondiente de sus respectivos titulares. Ante ello, los titulares del derecho de autor y derechos conexos empezaron a introducir paulatinamente medidas tecnológicas de protección en los ejemplares que contenían sus obras y producciones a efecto de evitar especialmente la copia de los mismos en el disco duro de los ordenadores y su posterior puesta a disposición a través de Internet. Sin embargo, no existía un marco legal adecuado que regulara las medidas tecnológicas de protección, especialmente en lo referido a su elusión por parte de

¹⁴CUNARD, Jeffrey; HILL, Keith y BARLAS, Chris.Op Cit.

los particulares y la fabricación y comercialización de equipos destinados para tal fin.

En ese sentido, se hacía necesario precisar las normas vigentes sobre el Derecho de Autor pensadas inicialmente para un entorno analógico y que parecían no tener aplicación en un entorno digital. Así, una de las mayores novedades introducidas en el Tratado OMPI sobre Derecho de Autor –TODA- fue la inclusión de una norma que tiene por objeto proteger a los titulares del Derecho de Autor contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección en los siguientes términos:

“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”¹⁵.

Esta norma constituyó un gran avance en lo que a regulación internacional sobre el Derecho de Autor se refiere pues se reconoce la importancia que las medidas tecnológicas de protección tienen en el ejercicio y en la observancia de los derechos de los creadores en el ámbito digital.

Aún así, siempre debe tenerse presente que la persecución de los actos de elusión de las medidas tecnológicas de protección es difícil y hasta imposible considerando que dichos actos serán efectuados generalmente por individuos en la privacidad de su hogar a efecto de efectuar un acto de explotación de alguna obra o producción. En ese sentido, es difícil hablar de “protección legal efectiva” o de “remedios legales efectivos”.

Quizá entonces la efectividad que busca la norma es la de impedir que se pueda adquirir fácilmente un dispositivo de elusión o se consiga un servicio que realice tal

¹⁵ Artículo 11 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor

acto. De esta manera lo que se buscaría es bloquear los actos de elusión yendo directamente contra el proveedor de un dispositivo que logre tal propósito y no contra el individuo que busca el servicio. En ese sentido, lo ideal normativamente hablando es buscar impedir que se produzca, importe o distribuya los dispositivos que vulneren las medidas tecnológicas de protección, vale decir, anular la oferta de los mismos.

En ese mismo sentido se pronuncia el jurista venezolano Ricardo Antequera, quien sostiene que:

“Solamente se refiere a la acción de “eludir”, no obstante que el acto de elusión, en sí mismo, es apenas uno de los eslabones de la cadena, de modo que si no se otorga una acción efectiva contra las conductas que hacen posible poner a disposición de las personas los aparatos, mecanismos o dispositivos que permiten la desactivación del sistema de control instalado por los titulares de derechos, o con autorización, la “protección jurídica adecuada” a que se refiere la norma convencional sería simplemente ilusoria”¹⁶.

Así pues, los Estados Contratantes cumplirán lo dispuesto en el Tratado si logran proporcionar una protección y un remedio adecuado contra los actos de elusión no autorizados y las fases preparatorias de los mismos. Con ello se bloquearía la producción, importación y distribución de mecanismos que eludan las medidas tecnológicas de protección.

Ahora bien, la protección brindada por los Estados y los remedios requeridos deben estar dirigidos contra todos los actos que busquen eludir una medida tecnológica, ya sea una que controle el acceso, como una que sirva para controlar el ejercicio del Derecho de Autor, cuyo caso más notorio es el de los dispositivos

¹⁶ ANTEQUERA, Ricardo

2009

“Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor”. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis. p. 635.

anticopia. Asimismo, también respecto de aquellos dispositivos que si bien no tienen como único propósito la elusión, sino también respecto de aquellos que no estando dirigidos a realizar un exclusivo acto de elusión logran tal propósito.

La jurista argentina Delia Lipszyc cuando hace referencia al Tratado de la OMPI sostiene lo siguiente:

“El TODA no identifica los medios para eludir sino que se refiere a la acción de eludir, de modo que esta acción puede realizarse mediante la introducción de dispositivos dentro o fuera de las máquinas (hardware) o bien en los programas de ordenador (software) porque la expresión “la acción de eludir” es suficientemente amplia y comprensiva. También cubre las dos categorías básicas de medidas tecnológicas: las que permiten controlar el acceso a las obras, y las que permiten controlar la utilización que se efectúa de las obras”¹⁷.

b) Tratado OMPI sobre interpretación y ejecución de fonogramas (TOIEF).

En la misma línea que lo señalado por el Tratado OMPI sobre el Derecho de Autor, el artículo 18 del Tratado OMPI sobre interpretación y ejecución de fonogramas (TOIEF) señala lo siguiente:

“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”.

¹⁷ LIPSZYC, Delia
2004

“Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos”. Buenos Aires, UNESCO – CERLALC – ZAVALIA, 2004, p. 146

Al igual que el tratado sobre el Derecho de Autor, el TOIEF otorga flexibilidad a los Estados contratantes a efecto de que implementen las obligaciones derivadas del texto del artículo 18. Así pues, en tanto que se brinde una protección jurídica adecuada y un recurso jurídico efectivo se cumple con lo requerido por dicha norma. También deja abierta la posibilidad de que se puedan establecer excepciones a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando no desnaturalice la protección que brindan las medidas tecnológicas.

- c) Directiva 2001/29/CE sobre armonización en determinados aspectos del derecho de autor y los derechos afines en la sociedad de la información (DDASI).

La Directiva Europea sobre armonización en determinados aspectos del derecho de autor y los derechos afines en la sociedad de la información define a las medidas tecnológicas como *“toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor”*.

En ese sentido, la Directiva Europea establece en su artículo 6° como una obligación de los Estados Miembros lo siguiente:

“17. Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada frente a la elusión sin autorización de cualquier medida tecnológica efectiva destinada a proteger el derecho de autor o los derechos conexos al derecho de autor establecidos por la ley, o el derecho sui generis contemplado en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que la persona ejecute con conocimiento o con motivos razonables para pensar que persigue este objetivo.

2. Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada frente a todas aquellas actividades, incluida la fabricación o distribución de cualquier dispositivo, producto o elemento o la prestación de servicios, no autorizadas, que:

- a) sean objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con el fin de eludir la protección o
- b) tengan como principal razón para su comercio o su uso limitado eludir la protección
- c) estén principalmente concebidos, producidos, adaptados o realizados ante todo para permitir o facilitar la elusión de la protección, de cualquier medida tecnológica efectiva destinada a proteger el derecho de autor o los derechos conexos (...) o el derecho sui generis (...)."

Asimismo, la Directiva Europea introdujo un criterio de efectividad al señalar expresamente lo siguiente:

“Las medidas tecnológicas sólo se considerarán “efectivas” cuando el acceso a la obra o su uso o el de otro trabajo protegido esté controlado por mediante de la aplicación de un código de acceso o de cualquier otro tipo de procedimiento de protección destinado a realizar este objetivo de protección de manera operativa y fiable, con la autorización de los derechohabientes. Estas medidas incluyen la descodificación, la desaleatorización u otra transformación de la obra”.

La Directiva bajo comentario señala que el acceso o la utilización de la obra debe estar controlado tecnológicamente.

- d) Obligaciones asumidas en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos.

El Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre Perú y los Estados Unidos de América¹⁸ incorpora normas sobre elusión de medidas tecnológicas de protección.

En ese sentido, el Acuerdo define a las medidas tecnológicas efectivas de la siguiente manera:

“cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controla el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonogramas protegidos, o que protege cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor”¹⁹.

Asimismo, el Acuerdo de Promoción Comercial señala que será responsable cualquier persona que:

- Eluda sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos.
- Fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, proporcione o de otra manera comercialice dispositivos, productos o componentes, u ofrezca al público o proporcione servicios que:
 - Son promocionados, publicitados o comercializados con el propósito de eludir una medida tecnológica efectiva.
 - Solo tienen un limitado propósito o uso comercialmente significativo diferente al de eludir una medida tecnológica efectiva.

¹⁸ Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 28766 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de junio de 2006.

¹⁹ Artículo 16.7, numeral 4(b).

- Son principalmente diseñados, producidos o ejecutados con el fin de permitir o facilitar la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva²⁰.

Así también, el acuerdo establece como excepciones las siguientes actividades²¹:

- 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.
- Las actividades de buena fe no infractoras, realizadas por un investigador apropiadamente calificado que haya obtenido legalmente una copia, interpretación o ejecución no fijada o muestra de una obra, interpretación o ejecución o fonograma, y que haya hecho un esfuerzo de buena fe por obtener autorización para realizar dichas actividades, en la medida necesaria, y con el único propósito de identificar y analizar las fallas y vulnerabilidades de las tecnologías para codificar y decodificar la información.
- 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 si mismo no está prohibido.
- 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

²⁰ Artículo 16.7, numeral 4(a).

²¹ Artículo 16.7, numeral 4(e).

probar, investigar o corregir la seguridad de dicha computadora, sistema de cómputo o red de cómputo.

- Acceso para 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.
- 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.

1.2.2 A nivel de derecho comparado

- **Legislación Australiana sobre Derecho de Autor²²**: Ley de Modificación de Derecho de Autor, Agenda Digital, del 2000 (*Copyright Amendment - Digital Agenda - Act*, DAA), vigente desde el 4 de marzo de 2001.
 - a) Objeto de protección.- La legislación australiana sobre derecho de autor define, en su artículo 10.1, a las medidas de protección tecnológica como *“un dispositivo o producto (incluidos sus componentes) diseñado para que en su utilización normal impida o inhiba la elusión del derecho de autor de una obra o material conexo mediante alguno de los medios siguientes”*:
 - Garantizando que “el acceso a una obra” existe “únicamente utilizando un código de acceso o proceso (incluyendo la descryptación, desaleatorización u otra transformación de la

²²El texto puede ser revisado en la página web <<<http://www.comlaw.gov.au/Details/C2004A00702>>>, consultada el 28 de junio de 2012.

obra) que tenga la autorización del titular o licenciario del derecho de autor.

– Mediante un mecanismo de control del copiado.

b) Actos prohibidos.- La legislación australiana incluye dentro de la definición del ámbito de protección tanto a aquellas medidas que controlan el acceso, como aquellas destinados a evitar la copia de una obra o producción protegida. En ese sentido, prohíbe la comercialización de herramientas de elusión, incluida la fabricación, venta, alquiler, oferta de venta, promoción, publicidad, comercialización, distribución y exhibición de dispositivos, incluyendo la oferta de dichos dispositivos a través de Internet en la medida en que se afecta al autor o al titular del derecho de autor. Asimismo, prohíbe la oferta de servicios de elusión. Finalmente, no prohíbe el acto de elusión por parte de los particulares.

c) Excepciones.- La legislación australiana señala como excepciones a la elusión de las medidas tecnológicas tres supuestos, los cuales son los siguientes:

a. Uso con un propósito permitido. Ello hace referencia a las excepciones al derecho de autor establecidas en la ley, como es la reproducción de programas de ordenador para un interoperabilidad, la copia realizada por bibliotecas, archivos u otra institución educativa y el uso para servicios del Estado o del Commonwealth.

b. Fabricación o importación para un propósito permitido.

c. Observancia de la ley o la seguridad nacional.

- **Digital Millenium Copyright Act (Estados Unidos)²³.**
- a) Objeto de Protección.- De conformidad con el artículo 120 (a) (2) (B) de la DMCA una medida tecnológica protege efectivamente el derecho del titular de un copyright cuando en el curso ordinario de su operación previene, restringe o de otra manera limita el ejercicio por parte de terceros del derecho reconocido a dicho titular.
- b) Actos prohibidos.- El artículo 1201 de la DMCA establece una serie de prohibiciones, las cuales son las siguientes:
- Eludir medidas tecnológicas de protección que en forma efectiva permitan controlar el acceso a obras protegidas.
 - Fabricar, importar, ofrecer al público, proveer o de otra manera traficar con cualquier tecnología, producto, servicio, dispositivo, componente, o parte de éstos, que estén 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 éstos, que estén principalmente diseñados o producidos con el propósito de eludir una medida tecnológica que proteja eficazmente un derecho reconocido al titular de un copyright.

Así pues, la DMCA sanciona tanto el acto de elusión de una medida tecnológica, como la fabricación o trafico de dispositivos que hagan posible tal acto de elusión.

²³El texto puede ser revisado en la página web <<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>>, consultada el 28 de junio de 2012.

- c) Excepciones.- De lo señalado en los puntos precedentes, se desprende que no se encuentra sancionado por la DMCA la acción de elusión que puedan realizar directamente los usuarios de obras y producciones protegidas.

Al respecto, Lipszyc sostiene 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”²⁴.

El motivo de esta diferencia sería el equilibrio que busca otorgar la legislación estadounidense entre el derecho exclusivo del autor y las excepciones a dicho derecho.

Asimismo, la DMCA establece en su artículo 1201 siete excepciones en cuyo supuesto es lícito eludir las medidas tecnológicas:

- El uso para bibliotecas, archivos e instituciones educativas sin fines de lucro.
- El uso para actuaciones policiales, de inteligencia y otras actividades gubernamentales.

²⁴LIPSYC, Delia. Op cit., p. 169

- El uso para ingeniería inversa por parte de los usuarios legítimos de un programa de ordenador a efecto de conseguir que, a pesar de los controles de acceso, sea operativo con otros programas de ordenador creados de forma independiente.
- El uso para fines de investigación criptográfica realizada de buena fe de una medida tecnológica de control de acceso.
- El uso para protección de menores.
- El uso para la tutela de información sobre la identificación personal.
- El uso para probar la seguridad de un computador, sistema operativo o red digital.

De acuerdo con Fred Von Lohman de la ElectronicFrontierFoundation, la DMCA se promulgó en respuesta a las obligaciones asumidas por los Estados Unidos por la suscripción de los Tratados Internet de la OMPI y también como respuesta a las preocupaciones de los titulares del derecho de autor estadounidenses por la puesta a disposición de sus producciones a través de la red digital.

Así, respecto de dicha norma, Fred Von Lohman sostiene lo siguiente:

“The “act” prohibition, set out in section 1201(a)(1), prohibits the act of circumventing a technological measure used by copyright owners to control access to their works (“access controls”). So, for example, this provision makes it unlawful to defeat the encryption system used on DVD movies. This ban on acts of circumvention applies even where the purpose for decrypting the movie would otherwise be legitimate. As a result, the motion picture industry maintains that it is unlawful to make a digital copy (“rip”) of a DVD you own for playback on your iPod.

The “tools” prohibitions, set out in sections 1201(a)(2) and 1201(b), outlaw the manufacture, sale, distribution, or trafficking of tools and technologies that make circumvention possible. These provisions ban both technologies that defeat access controls, and also technologies that defeat use restrictions imposed by copyright owners, such as copy controls. These provisions prohibit the distribution of software that was designed to defeat CD copy-protection technologies, for example”²⁵²⁶.

1.2.3 Las Medidas Tecnológicas de Protección en el Derecho Peruano

c) Decreto Legislativo 822

La Ley sobre Derecho de Autor, aprobada por Decreto Legislativo 822, realiza un primer desarrollo normativo sobre la elusión de medidas tecnológicas efectivas de protección.

Así, el mencionado cuerpo normativo establece 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”²⁷.

²⁵ VON LOHMAN, Fred

2010

“Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA”

En la página web de la Electronic Frontier Foundation <https://www.eff.org/sites/default/files/eff-unintended-consequences-12-years_0.pdf>, consultada el 18 de junio de 2012.

²⁶ Es pertinente señalar que la Ley sobre Derecho de Autor peruana, aprobada mediante Decreto Legislativo 822, no ha establecido como excepción la traducción al español de obras expresadas en otro idioma aún en el caso de uso con fines académicos o de citas. En ese sentido, las citas de obras expresadas en otros idiomas en el presente trabajo respetaran el idioma original a efecto de no afectar el derecho patrimonial de transformación de sus autores.

²⁷ Decreto Legislativo 822, artículo 38°.

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

En ese sentido, el Decreto Legislativo 822 legitimó la facultad del autor o titular del derecho de autor para implementar mecanismos de autotutela y de solicitar la incorporación de tales mecanismos a efecto de que su obra o producción sea explotada de algún modo.

d) Decreto Legislativo 1076.

El Decreto Legislativo 1076 que aprueba la modificación del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, fue promulgado en atención a las obligaciones derivadas del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América. En ese sentido, dicho cuerpo normativo adiciona nuevas definiciones a las establecidas en el Decreto Legislativo 822, entre la que se encuentra la incorporación de una definición para las denominadas medidas tecnológicas efectivas.

Así, de acuerdo con dicha norma, se entiende que una medida tecnológica efectiva:

“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”²⁸²⁹.

²⁸ Decreto Legislativo 1076, artículo 1, mediante el cual se incorpora en el artículo 2 del Decreto Legislativo 822 el numeral 51 con la definición precitada.

Asimismo, respecto de la elusión de medidas tecnológicas, el Decreto Legislativo 1076 señala que serán sancionados³⁰:

- Quienes eludan sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos³¹.

- 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:
 - Sean promocionados, publicitados o comercializados con el propósito de eludir una medida tecnológica efectiva.

 - Tengan un limitado propósito o uso de importancia comercial diferente al de eludir una medida tecnológica efectiva.

²⁹En el Informe N° 006-2011/CDA de fecha 15 de julio de 2011, la Comisión de Derecho de Autor señala que “la medida tecnológica efectiva, a la luz de los términos empleados por la Ley, abarca una variedad exhaustiva de formas. Así, ésta puede ser una combinación de elementos dispersos así como la asociación de archivos y soportes compatibles con un reproductor idóneo único. En fin, la medida tecnológica efectiva puede ser cualquier objeto de cualquier naturaleza y complejidad, siendo el resultado de su implementación lo que le otorga su calificación jurídica de medida tecnológica efectiva”.

³⁰ De conformidad con el artículo 4 del Decreto Legislativo 1076, que modifica el artículo 196 del Decreto Legislativo 822, incorporando los artículos 196^a, 196B, 196C y 196D.

³¹ El texto original de esta disposición señalaba lo siguiente: “*Quienes eludan sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva que los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas utilicen en relación con el ejercicio de sus derechos para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegido*”. Dicha norma fue modificada por el artículo 11 de la Ley 29316, publicada el 14 de enero de 2009.

- Sean diseñados, producidos o ejecutados principalmente con el fin de permitir o facilitar la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva.

Por otro lado, se establecen como excepciones a lo señalado en el párrafo precedente las siguientes acciones:

- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.

- 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.

Finalmente, se establece que las acciones podrán dirigirse contra cualquier persona que sin autorización induzca, permita, facilite o encubra una infracción cuando a sabiendas suprima o altere cualquier información sobre la gestión de derechos, 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 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 autorización³².

³² Artículo 196C del Decreto Legislativo 822, incorporado por el Decreto Legislativo 1076

CAPÍTULO SEGUNDO

LA COPIA PRIVADA

2.1 Cuestiones Preliminares.

El sistema de excepciones³³ al Derecho de Autor surge como una respuesta del legislador ante la necesidad de la sociedad de acceder a las obras y producciones protegidas que se encuentren en dominio privado a fin de no afectar en exceso derechos tales como el acceso a la cultura, a la educación y a la información.

En ese sentido, a través de las excepciones al Derecho de Autor se permite que en determinados supuestos se utilice una obra o producción protegida sin solicitar previamente la autorización del titular del derecho y, en la mayoría de casos, sin pagar remuneración alguna. Ello desde luego genera una restricción al ejercicio de los derechos patrimoniales por parte de los titulares del derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de la sociedad.

Al respecto, como bien señala el especialista colombiano Hernán Correa:

“(el sistema de excepciones al Derecho de Autor) permite inferir unos tópicos importantes: en primera medida, el régimen busca conciliar dos orillas que tienen su fuente en las definiciones de obra como opción de

³³Si bien en la legislación y en la doctrina se habla indistintamente de límites o excepciones al derecho de autor, preferimos utilizar esta última denominación pues nos parece más correcta, siendo que consideramos a los límites como la frontera del derecho de autor que separa a las producciones protegidas (obras) de las que no lo son, encontrándose señaladas en el artículo 8° de la Ley sobre el Derecho de Autor, mientras que las excepciones son, a nuestro entender, aquellos usos libres de las producciones protegidas.

consumo y bien cultural, respectivamente, equilibrio que pretende superar la visión del derecho de autor como natural oponente a los derechos a la educación, la cultura y la información. Así las cosas, cualquier intento para establecer el régimen en comento debe tener como objetivo principal no distanciarse demasiado de ninguna de las dos posiciones, como tampoco sacrificar las prerrogativas que se han dispuesto para uno de los extremos a favor del otro”³⁴.

Así, las legislaciones sobre Derecho de Autor han establecido una serie de limitaciones al derecho exclusivo de los creadores para explotar su obra, las cuales pueden presentarse como:

- a) Licencias no voluntarias:** De acuerdo con lo establecido en la Ley sobre el Derecho de Autor, la licencia es la autorización o permiso que concede el titular de los derechos (licenciante) al usuario de la obra u otra producción protegida (licenciataria), para utilizarla en una forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato de licencia³⁵. En ese sentido, bajo esta limitación el autor o titular del derecho de autor o derechos conexos se encontrará obligado legalmente a autorizar el uso de su obra o producción en determinados supuestos sin poder oponerse a ello, debiendo el usuario explotar la obra o producción de conformidad con los denominados “usos honrados” que se analizará más adelante.
- b) Excepciones sujetas al pago de una remuneración.** Bajo estos supuestos existe la posibilidad de explotar una obra o producción protegida por el Derecho de Autor sin necesidad de requerir la autorización del titular, debiendo únicamente abonar una remuneración a su favor. Un ejemplo de

³⁴ **CORREA, Hernán**
2005 “Retos del entorno digital al régimen de limitaciones y excepciones”.
En Revista Iberoamericana de Derecho de Autor N° 1, Bogotá, CERLALC, p. 100.

³⁵ Decreto Legislativo 822, artículo 2°, numeral 16.

dicha excepción lo constituye la parodia³⁶ de una obra. En realidad, si bien no se requiere la autorización del titular para realizar los actos de explotación permitidos, sí será prudente conocer primero el monto que se deberá abonar por dicha utilización ya que la potestad para fijar el mismo corresponderá al titular, a menos que exista una norma que establezca lo contrario.

c) Usos libres y gratuitos. De acuerdo con este tipo de excepciones se autoriza que determinadas formas de explotación de obras y producciones protegidas se realicen sin tener que solicitar la autorización del autor o titular del derecho y sin efectuar el pago de remuneración alguna. Por ello, en estos supuestos la persona que realiza el acto de explotación de una obra o producción protegida se encuentra eximida de responsabilidad jurídica por dicho hecho. Así se ha considerado en la Ley sobre el Derecho de Autor como usos libres y gratuitos la comunicación pública de obras y producciones protegidas en el ámbito doméstico (artículo 41, literal a), la reproducción por medios reprográficos para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas (artículo 43, literal a), las citas (artículo 44), entre otras.

En este punto, se puede mencionar también los límites al Derecho de Autor mediante los cuales se excluye del ámbito de protección a aquellas producciones que, si bien pueden ser consideradas obras en tanto poseen originalidad, existe un interés por parte del Estado en que las mismas sean difundidas libremente entre el público. Entre estas producciones no protegidas podemos mencionar los textos oficiales de carácter legislativo, administrativo o judicial.

Al encontrarse adscrito al sistema latino o continental sobre Derecho de Autor, el Perú ha establecido un sistema cerrado de excepciones, es decir, éstas son únicamente aquéllas expresamente señaladas en la norma, no siendo posible agregar más supuestos a los considerados por el legislador. Ello desde luego

³⁶Decreto Legislativo 822, artículo 49.

genera que se trate de un sistema poco flexible, limitando tanto a usuarios como a jueces al momento de interpretar la norma en beneficio del autor o del titular del Derecho de Autor.

Así, el artículo 21° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina señala que:

“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”.

A su vez, el artículo 50° del Decreto Legislativo 822 establece respecto del régimen de excepciones al Derecho de Autor lo siguiente:

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

Es pertinente señalar que las excepciones al Derecho de Autor establecidas en nuestra legislación son aplicables también a los derechos conexos, en virtud de lo señalado en el artículo 129° del Decreto Legislativo 822³⁷.

La ventaja del sistema cerrado de excepciones frente al sistema abierto del “Copyright” estadounidense o “Fair use” es que permite a los usuarios conocer con anticipación si el acto de explotación de una determinada creación se encuentra contemplado o no como una excepción. La desventaja del mismo es que al establecer como excepciones únicamente a los supuestos descritos en la norma, carece de adaptabilidad frente a los cambios tecnológicos que impliquen nuevas

³⁷Decreto Legislativo 822:

Artículo 129.- “(...)Sin perjuicio de sus limitaciones específicas, todas las excepciones y límites establecidos en esta ley para el derecho de autor, serán también aplicables a los derechos reconocidos en el presente Título (derechos conexos al derecho de autor)”.

formas de uso de obras y producciones y que se enmarcarían dentro de los denominados “usos honrados”³⁸ pero que no han sido considerados por el legislador al no ser conocidos al momento de redactarse la norma o simplemente debido a una omisión.

Ejemplo de ello lo constituye la digitalización de obras impresas con fines de enseñanza a distancia o el préstamo por bibliotecas de obras audiovisuales y fonogramas, los cuales constituyen formas de explotación habituales en centros de enseñanza, pero que lamentablemente no fueron consideradas como excepciones en la Ley sobre el Derecho de Autor a pesar de que, consideramos, no afectarían los denominados usos honrados.

Al respecto, la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI (actualmente Dirección de Derecho de Autor) señaló que:

“Los sistemas cerrados presentan la ventaja de la previsibilidad. El usuario de una obra o el autor o su derechohabiente no dependen de la manera en que estime un juez algún asunto y pueden razonablemente tener una idea de la solución del problema que se plantea mediante una simple lectura de las disposiciones legales. Sin embargo, un sistema excesivamente cerrado puede también generar ciertos problemas pues puede faltar la necesaria capacidad de adaptación”³⁹.

³⁸ Usos honrados son aquellos que no interfieren con la normal explotación de la obra ni causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del respectivo derecho. (Art. 2°, numeral 47, del Decreto Legislativo 822). En ese sentido, siendo que las excepciones al Derecho de Autor pueden afectar a los autores al restringir el ejercicio de su derecho de propiedad que tienen sobre sus creaciones, se ha previsto que los legisladores no establezcan las mismas a su libre albedrío sino que tengan en cuenta los denominados “usos honrados” a efecto de no perjudicar injustificadamente al titular del derecho de autor. Ello también se aplica a los terceros que explotan las obras y/o producciones protegidas por el Derecho de Autor pues, aún cuando dicho acto de explotación se verifique en el marco de un supuesto de excepción, se tiene que verificar siempre que no se afecte la normal explotación de la obra ni los intereses legítimos del autor.

³⁹ Resolución N° 0084-2005/ODA-INDECOPI del 07 de abril de 2005, recaída en el expediente N° 512-2004/ODA.

Por el contrario, el sistema del “*Fair use*” estadounidense es más flexible ya que no establece una lista cerrada de excepciones, sino que resulta aplicable a cualquier supuesto de explotación de las obras, habiéndose establecido cuatro criterios a efecto de determinar si el uso de una obra constituye o no una violación al Derecho de Autor⁴⁰:

- El fin y las características del uso, incluido si se trata de un uso comercial o no.
- La naturaleza de la obra protegida.
- La cantidad y el carácter esencial de la porción empleada de la obra, en relación con la obra original como un todo.
- El efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida.

Así pues, los jueces estadounidenses deberán verificar la finalidad de la explotación de las obras y producciones protegidas, la proporción del fragmento utilizado respecto de la totalidad de la obra y el perjuicio económico que pueda sufrir el titular del derecho a efecto de decidir si un acto de explotación puede ser considerado un supuesto de excepción o no.

Sin embargo, a pesar de haberse establecido a nivel normativo cuatro criterios a efecto de considerar determinadas formas de explotación de obras y producciones protegidas como supuestos de excepción, el sistema del “*Fair Use*” continúa siendo impreciso, quedando la determinación de lo que debe considerarse “usos leales” en potestad de los jueces y no en los legisladores. Así, respecto de este punto, Fred Von Lohman señala lo siguiente:

⁴⁰ De acuerdo con lo establecido en la sección 107 de la Ley estadounidense. Dicha norma es consecuencia de la codificación de la jurisprudencia realizada en 1976.

“Unfortunately, fair use cannot be defined with precision. The statutory four factor test, for example, includes concepts like “effect on the market” and “commercial/noncommercial”—concepts that are not easily expressed in precise “business rules.” The problem is especially vexing once you recognize that “fair use” has changed over time, and that it is vital that it continue to be able to evolve.

The fair use doctrine operates as a “safety valve” not just for free expression, but also to mediate the tension between copyright and new technologies. As new technologies develop, courts generally have the first opportunity to apply copyright law to them, with Congress lagging behind. This spares the public, technologists, and copyright owners from having to apply to Congress for a legislative solution for each new technology that is developed. In this way, the fair use doctrine plays an important role in preserving a space for innovation and consumer experimentation, while leaving the final word to Congress”⁴¹.

En esta misma línea, Michael Madison sostiene que la aplicación de la doctrina del “Fair Use” resulta problemática para los jueces debido a las lagunas, ambigüedades e incoherencias que surgen en la aplicación de la misma. En ese sentido, el jurista estadounidense sostiene que:

“Yet today, the doctrine (fair use) is no less troublesome, and in some ways, it is worse. Even in light of extensive judicial interpretation, the gaps, overlaps, ambiguities, and inconsistencies in the statutory text prompt even one of the leading members of the copyright bar to view the fair use statute with equal parts despair and admiration”⁴².

⁴¹ **VON LOHMAN, Fred:**

2002

“Fair Use and Digital Rights Management: Preliminary Thoughts on the (Irreconcilable?) Tension between Them”.

En la página web de la Electronic Frontier Foundation <https://www.eff.org/sites/default/files/cfp_fair_use_and_drm_0.pdf>, consultada el 30 de octubre de 2011.

⁴² **MADISON, Michael**

Asimismo, William Fisher sostiene que resolver un caso bajo la doctrina del “Fair Use” utilizando los criterios señalados en la norma no es un ejercicio mecánico, por lo que los criterios serán difíciles de interpretar y aplicar en cada caso en concreto. Así, el profesor estadounidense señala que:

“Resolution of a fair use case using the catalogue of factors just reviewed will rarely be a mechanical exercise. The individual criteria will often be difficult to construe and apply. When they point in different directions, weighing the various factors will not be easy. And there always remains the possibility that a factor other than those discussed by the Court should be taken into account.

Confronted with these various sources of uncertainty, a judge trying to decide a fair use case is likely to refer directly to the underlying purposes of the doctrine.

In other words, to resolve the dispute before him, he will ask the questions that Professor Fuller contended must always be asked if a piece of positive law is to be interpreted responsibly: “What can this rule be for? What evil does it seek to avert? What good is it intended to promote?” For answers, he most likely will return to the two Supreme Court opinions. A close reading of them will unearth four objectives that the Court apparently believes are and should be served by copyright law in general and by the fair use doctrine in particular”⁴³.

2005 “Rewriting Fair Use and the future of Copyright reform”. En la página web <http://d-scholarship.pitt.edu/6052/1/Madison_Rewriting_fair_use.pdf>, consultada el 18 de junio de 2012.

⁴³ FISHER, William.

1988 “Reconstructing the Fair Use Doctrine”. En la página web de la Universidad de Harvard <<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/FairUse2.htm>>, consultada el 18 de junio de 2012.

En efecto, la falta de definición del “uso justo” o “fair use” en la legislación estadounidense genera que los jueces tengan serios problemas en su aplicación. Por ello, un sector de la doctrina señala que se debería introducir en la legislación un mecanismo para que los jueces estadounidenses determinen con mayor precisión el concepto de “Fair Use” en cada forma de explotación de obras protegidas. En ese sentido, Madison sostiene lo siguiente:

“If Congress wants to avoid that responsibility, however, it should build into the statute a mechanism not only for keeping and resolving fair use cases at the grass roots level, but for building a body of fair use law that is sufficiently stable that it resists both light to moderate pressure for legislative relief with respect to “little” fair use problems. A better statute won’t resolve all of the problems currently presented under the banner of fair use. Some of those problems don’t belong in fair use in the first place and should be dealt with elsewhere in the Copyright Act—as problems of first sale under Section 109, or of the distinction between intangible “works of authorship” and tangible “copies,” under Section 202, or of the definition of “copies” under Section 101, for example, or “works of authorship” under Section 102. Fair use has been used, perhaps wrongly, as a stalking horse for broader philosophical concerns”⁴⁴.

Sin perjuicio de ello, la doctrina estadounidense señala también que el desarrollo legislativo de la doctrina del “Fair Use” podría tener como consecuencia que se generen normas excesivamente favorables a los titulares del derecho de autor en perjuicio de los usuarios.

Ahora bien, ¿Qué consecuencias ha tenido la imprecisión del concepto de “uso justo” en el ordenamiento norteamericano? En principio, se sostiene que a pesar de que el sistema estadounidense es más flexible que el rígido sistema de excepciones del derecho de autor latino o continental, la aplicación por parte de los

⁴⁴MADISON, Michael, op. cit.

jueces estadounidenses ha sido en algunos casos tan restrictiva que se aproxima mucho a este último justamente debido a que no resulta cómoda su aplicación.

En conclusión, se puede señalar que el proceso de aplicación del denominado “*Fair Use*” por parte del operador de justicia resulta más complejo que el contemplado en el sistema de Derecho de Autor latino, sin embargo, al menos en teoría, compatibiliza mejor el equilibrio de intereses entre la sociedad y los autores.

Es importante señalar que entre el Sistema Cerrado de Excepciones y el “*Fair Use*” se encuentra el denominado “*Fair Dealing*” adoptado en países del Commonwealth como Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda y Canadá, en el cual se realiza el análisis de casos de posibles excepciones al derecho de autor en dos momentos: en primer lugar se analizan algunos supuestos generales de excepción establecidos expresamente en la ley de forma similar al sistema cerrado antes señalado y, si es que el caso se encuentra previsto en alguna de las hipótesis previstas por el legislador, se evalúa si la forma de explotación resulta equitativa y las consecuencias que podría tener dicho uso. De acuerdo con la doctrina del “*fair dealing*”, se puede considerar “*leal*” el uso de una obra para fines de crítica, investigación científica o de estudio personal.

En nuestro país, la Decisión 351 de la Comunidad Andina⁴⁵ y el Decreto Legislativo 822⁴⁶ enumeran supuestos en los que está permitido reproducir, distribuir, transformar y comunicar públicamente obras o producciones protegidas por el Derecho de Autor y los derechos conexos, sin necesidad de solicitar autorización al titular del derecho respectivo.

Dentro de las excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, tal vez una de las que más controversia genera es la copia privada, la misma que permite a los usuarios realizar copias para uso exclusivamente personal de obras y producciones publicadas. Vale decir que se autoriza legalmente a los adquirentes

⁴⁵ Decisión 351, Capítulo VII, artículos 21 y 22.

⁴⁶ Decreto Legislativo 822, Título IV, del artículo 41 al artículo 51.

de ejemplares conteniendo obras y producciones sonoras, audiovisuales o gráficas a efectuar copias de las mismas en ejercicio de dicha excepción.

Respecto de la excepción de copia privada, la jurista argentina Delia Lipszyc 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”⁴⁷.

El ejercicio de la excepción por copia privada debe efectuarse, como no puede ser de otra manera, de acuerdo con la regla de los tres pasos establecida por el Convenio de Berna, lo que 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”⁴⁸.

⁴⁷ LIPSZYC, Delia:

1993

“Derecho de Autor y Derechos Conexos”.
Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, p. 222.

⁴⁸ De acuerdo con el jurista húngaro Mihaly Ficsor, el que una excepción no sea contraria a la normal explotación de la obra significa que “todas las formas de explotar una obra –es decir, la extracción de un valor del derecho exclusivo sobre la reproducción de la obra mediante el ejercicio de dicho derecho- que tenga o probablemente adquiera una importancia económica o práctica considerable, deben quedar reservadas al titular de este derecho, y que las utilidades gratuitas o licencias no voluntarias concedidas como excepciones o limitaciones respectivamente, no deben competir desde el punto de vista económico con el ejercicio del derecho de reproducción por parte del titular del derecho (en el sentido de que no debe socavar de manera alguna el mercado de las obras protegidas”. Asimismo, para Ficsor el que una excepción no debe perjudicar más allá de lo razonable los intereses legítimos del autor significa que “debe resultar razonable en el sentido de que no debe superar un cierto nivel de

Entonces, a manera de ejemplo, si adquiero un disco de mi banda favorita estaré facultado a fijar las obras musicales contenidas en el mismo en cualquier soporte con el fin de disfrutar las mismas en mi auto, centro de trabajo o donde desee sin llevar el ejemplar original a todos lados.

Ahora bien, cuando alquile una obra audiovisual ¿podré copiar la misma en mi computadora para disfrutar de ésta en el momento que lo considere conveniente sin tener que alquilarla nuevamente?⁴⁹ Aunque no lo parezca, la respuesta a dicha pregunta no resulta sencilla. En principio porque si bien he tenido acceso legal al ejemplar de una obra audiovisual formalmente distribuida a través de un canal autorizado y estaría ejerciendo una excepción reconocida en la legislación, sin embargo, dicho acto podría vulnerar los usos honrados. Así, se podría analizar si es que a través de la copia privada podría hacerme de un ejemplar de una obra pagando el costo de un alquiler en lugar de su precio de venta. Y peor aún si es que no se ha alquilado, sino que solamente me han prestado el ejemplar conteniendo la obra. Ahora bien, la norma no señala que previamente a realizar la excepción de copia privada se haya tenido que adquirir mediante la compraventa el ejemplar conteniendo la obra a reproducir.

Es necesario señalar que antes de la revolución tecnológica de los últimos años la explotación mediante la copia privada que se pudiera efectuar respecto de obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor y los derechos conexos era tan limitada que los titulares de los derechos parecían considerar a dicha conducta como parte del uso normal que daban los adquirentes a los soportes que las contenían (discos de vinilo y cassettes principalmente).

perjuicio que pueda todavía justificarse habida cuenta de las razones subyacentes de interés público, cuando sean de carácter especial y estén bien fundamentadas". FICSOR, Mihaly: "La modalidad de la transferencia a través de los sistemas Peer to Peer". En XII Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina, Santiago de Chile, 2006, p. 5.

⁴⁹Consideramos ello porque se ha tenido un acceso legítimo a la obra y siempre y cuando no sea contrario a los usos honrados.

De hecho, la copia privada no captó la atención de los titulares del derecho de autor y derechos conexos sino hasta el año 1976 con la irrupción de un nuevo mecanismo que permitía observar vídeos conteniendo obras y producciones audiovisuales en casa, obtener copias de los mismos y hasta grabar también dichas producciones directamente desde el televisor. Se trataba del denominado “Betamax” fabricado por la multinacional Sony Corporation of America.

Así, Universal City Studios Inc. y otras empresas de la industria del entretenimiento estadounidense interpusieron una demanda contra Sony pues consideraban que el “Betamax” facilitaba infracciones a su derecho de autor al permitir obtener copias de sus obras y producciones de una manera sencilla, causándoles con ello un perjuicio que consideraban injustificado. Sin embargo, en el año 1984 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos desestimó dicha demanda señalando que existían dos tipos de usuarios respecto del “Betamax”: El primero de ellos era el que grababa en video las películas de otro vídeo o directamente del televisor y explotaba las copias ya sea vendiéndolas o arrendándolas, lucrando así con obras de terceros. El segundo, era aquel usuario que grababa las películas para su uso exclusivamente personal amparado en el uso legítimo (Fair Use), como puede ser aquel que graba obras o producciones directamente del televisor para verlas luego de que las mismas fueran emitidas.

Esta demanda paradigmática dentro del Derecho de Autor fue finalmente declarada infundada a favor de Sony, pues el Tribunal consideró que si bien los aparatos que comercializaba podían coadyuvar al desarrollo de conductas ilícitas, también era cierto que se había verificado que se podían desarrollar conductas lícitas como lo es la copia personal, no pudiendo entonces sancionar a los fabricantes de dichos aparatos por el desarrollo del primero de estos comportamientos. Asimismo, el Tribunal tuvo que establecer un balance entre dos intereses aparentemente contrapuestos en este caso: la necesidad de proteger e incentivar la creación intelectual protegida por el Derecho de Autor y la innovación tecnológica.

Desde dicha fecha la tecnología ha avanzado a pasos agigantados. La posterior entrada al mercado del reproductor VHS, la irrupción de la tecnología digital y la revolución causada por el Internet han tenido como resultado que hoy podamos realizar copias de un original sin perder la calidad en sonido e imagen de éste.

Actualmente, mecanismos como losApple iPod, los Apple iPad, los teléfonos celulares inteligentes, las memorias USB, entre otros, pueden almacenar gran cantidad de producciones fonográficas y audiovisuales con igual calidad que una copia original y en grandes cantidades. Ya no se trataba de la obra audiovisual grabada para ser vista después del trabajo, sino de toda una serie de producciones fijadas desde un soporte original o descargada del Internet a través de los sistemas “peer to peer”. Así, las pérdidas de la industria del entretenimiento ante este nuevo panorama eran más que evidentes⁵⁰.

⁵⁰ Al respecto, sugerimos revisar la página web de la International Federation of the Phonographic Industry –IFPI- <<<http://www.ifpi.org/content/library/The-Impact-of-Illegal-Downloading.pdf>>>, en la cual se detallan algunos estudios en relación a las descargas de obras a través de los sistemas P2P y la caída en las ventas de música y vídeo.

Así, por ejemplo, se señala en el estudio denominado “2009 Jupiter Research: Study on online music piracy and purchasing habits” del Reino Unido que los mercados europeos con más alta incidencia de penetración de los sistemas P2P son aquellos con menor gasto per cápita en música. En ese sentido, dicho estudio sostiene que la mayoría de personas que comparten música a través de los sistemas P2P no compran la misma. Sin embargo, anota también el estudio que sólo un tercio de los que comparten música están en capacidad o muestran voluntad de adquirir música en tiendas formales. Concluye dicho informe señalando que a pesar de ello el impacto de compartir música en la venta de música es negativo.

Otro estudio interesante es el denominado “Ups & Downs – Economic and Cultural Effects of File Sharing on Music, Film and Games” de Holanda, en el cual se demuestra la caída de los ingresos por la venta de discos compactos, DVD’s, juegos, entre otros, sin embargo, el estudio también muestra un aumento en la sensación de bienestar de los consumidores holandeses debido a la transferencia de obras a través de los sistemas P2P. Así, el estudio concluye que una estimación conservadora para el mercado holandés respecto de formatos de audiosupone un bienestar neto de, al menos, cien millones de euros por año, basándose en beneficios para los consumidores de alrededor de doscientos millones de euros por año y una pérdida en el volumen de ventas para la industria fonográfica en alrededor de cien millones de euros por año. Sin embargo, el estudio también es claro en señalar que las cifras muchas veces se basan en suposiciones e incertidumbres. Asimismo, señala el estudio que los más afectados por las descargas P2P son los comerciantes de discos compactos y las tiendas de alquiler de DVD’s, mientras que el crecimiento continúa para la venta de DVD’s, juegos y el cine. (El texto completo del informe está disponible en la página web <<http://www.ivir.nl/publicaties/vaneijk/Ups_And_Downs_authorized_translation.pdf>>, consultado el 29 de junio de 2012.



¿Te encanta tu música?

¿Quieres un teléfono móvil elegante, fácil de usar e ideal para escuchar música? El Walkman™ W205 es el teléfono que buscas. Esta pasada de teléfono deslizante con música incluye un reproductor Walkman™, radio FM y reconocimiento de música TrackID™. Además, te permite transferir pistas de audio del PC en unos segundos para llenar tu cabeza de melodías.

[Comprar ahora >](#)

[Explora y compara productos similares >](#)

A manera de ejemplo, los celulares Sony Ericsson Walkman son promocionados como ideales para disfrutar obras musicales⁵¹.

En ese sentido, a los titulares del derecho de autor y derechos conexos no le quedaba otra alternativa más que acomodarse ante la nueva situación planteada por la evolución tecnológica e iniciaron acciones legales contra los responsables de las nuevas formas de explotación de sus producciones, entre éstas, la puesta a disposición de las mismas a través del Internet.

De hecho, ante la irrupción de la tecnología “*peer to peer*” las grandes empresas discográficas interpusieron demandas contra sus titulares señalando que la puesta a disposición de grandes cantidades de obras musicales y su posterior almacenamiento digital les causaba un gran perjuicio económico⁵², siendo éstos

Finalmente, el estudio denominado “The true cost of sound recording piracy to the US Economy”, elaborado por Stephen Siwek del Institute Center for Technology Freedom, señala que la piratería ha costado a las industrias musicales de los Estados Unidos billones de dólares en ingresos perdidos, a los que se suma las pérdidas del fisco estadounidense en cuestión de impuestos y las pérdidas de puestos de trabajo.

⁵¹ De acuerdo con lo señalado en la página web <<http://www.sonyericsson.com/cws/products/mobilephones/overview/w205?lc=es&cc=es>>>, consultada el 25 de octubre de 2011.

⁵² Si bien se señaló anteriormente el perjuicio que significa el compartir producciones protegidas a través de los sistemas P2P, un estudio del gobierno suizo señala que las personas que descargan música en Suiza compran más productos legítimos de entretenimiento. En ese sentido, concluye que se debería mantener su norma de derecho de autor que permite la descarga para uso exclusivamente personal. El gobierno suizo considera que la descarga de producciones protegidas es complementaria a la compra de soportes originales. Fuente

responsables solidarios por dichos hechos. Los más sonados fueron los que emprendieron contra “Napster” y posteriormente contra “Kazaa”, “Morpheus” y “Grokster”⁵³.

Así, en el caso de las descargas de obras a través de “Napster”, la Corte de Apelaciones de San Francisco, ante el argumento que los mismos se amparan en el “fair use”, señaló lo siguiente:

“Un usuario anfitrión que envía un fichero no se puede decir que se involucre en un uso personal cuando distribuye ese fichero a un solicitante anónimo (de modo que) los usuarios de Napster obtienen gratis algo que ellos ordinariamente tendrían que comprar”⁵⁴.

Por otro lado, un procedimiento interesante es el correspondiente al caso de Metro Goldwyn-Mayer Studios y otras⁵⁵ contra Grokster, Ltd. y StreamCast Networks,

<<<http://boingboing.net/2011/12/03/swiss-govt-study-downloadin.html>>>, consultada el 29 de junio de 2012.

Asimismo, un estudio de la Jupiter Research del 2002 señaló que el 34% de los asiduos usuarios de los sistemas P2P adquieren más discos compactos que antes, aunque dicha cifra es criticada por la Industria Musical. Fuente <<http://news.cnet.com/Study-File-sharing-boosts-music-sales/2100-1023_3-898813.html?tag=mncol:txt>>, consultada el 28 de junio de 2012.

⁵³Si bien en primera y segunda instancia, los Tribunales estadounidenses aplicaron la jurisprudencia emitida en el caso “Betamax”, esto es que a través de dichos sistemas se permite el intercambio lícito de obras y producciones puestas a disposición del público por el propio titular o de producciones que ya se encuentran en dominio público, no pudiendo el titular de dicho sistema controlar los usos ilícitos que hagan los usuarios del sistema, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que “*el que distribuye un dispositivo con el objeto de promover su uso para infringir los derechos de autor, mediante actos positivos tendientes a incentivar dicha infracción, será responsable de las infracciones cometidas por terceras personas*”. En este caso, la Corte consideró que los titulares de los sistemas P2P promovían el uso ilícito entre sus usuarios de las obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor y derechos conexos que ponían a disposición en el Internet.

⁵⁴Decisión del 12 de febrero de 2001, Caso 00-16401: “A&M Records y otros vs. Napster” en la página web <<www.ce9.uscourts.gov>>, consultada el 25 de octubre de 2011.

⁵⁵Metro Goldwyn-Mayer, Inc.; Columbia Pictures Industries, Inc.; Disney Enterprises, Inc.; New Line Cinema Corporation; Time Warner Entertainment Company, L.P.; Twentieth Century Fox Film Corporation; Universal City Studios, Inc.; Arista Records, Inc.; Atlantic Rhino Ventures Inc.; Bad Boy Records; Capital Records, Inc.; Elektra Entertainment Group, Inc.; Hollywood Records, Inc.; Interscope Records; Lafarce Records; London-Sire Records, Inc.; Motown Record

Inc., en el cual el Tribunal Federal del Distrito de California⁵⁶ señaló que los programas de ordenador de las demandadas eran aptos para realizar actos no infractores como, por ejemplo, la copia de obras que se encontraran en dominio público. Asimismo, el Tribunal del Distrito sostuvo que si bien en este caso existían pruebas de que las demandadas tenían conocimiento que muchos de sus usuarios que descargaban sus programas de ordenador los utilizaban para compartir obras que se encontraban en dominio privado sin autorización, la cuestión en discusión consistía en determinar si las demandadas habían coadyuvado en la actividad infractora o, por el contrario, habían hecho algo para detenerla.

En ese sentido, el Tribunal de Distrito señaló que, a diferencia de Napster, StramCast y Grokster no suministraban el sitio e instalaciones para la infracción directa, siendo que los usuarios se conectaban a la red, seleccionaban los archivos y descargaban los mismos, sin que las demandadas se involucraran en dicho proceso. Así, sus usuarios podrían seguir compartiendo archivos aún cuando las demandadas desactivaran las computadoras bajo su control debido a que el sistema P2P utilizado era descentralizado. En ese sentido, el Tribunal subrayó que en el expediente existían medios probatorios que señalaban que las demandadas habían evitado prestar su apoyo a los usuarios que utilizaban los programas con fines ilícitos.

Así pues, en este último caso y a diferencia del caso Napster, el Tribunal del Distrito de California siguió lo señalado en el caso Sony señalando que las demandadas distribuían programas de ordenador que los usuarios utilizaban con fines lícitos o ilícitos y que, en ese sentido, no se diferenciaban de otras empresas que vendían videograbadoras y fotocopiadoras, señalando que no existían pruebas

Company, L.P.; The RCA Records Label; BMG Music; Sony Music Entertainment, Inc.; UMG Recording, Inc.; Virgin Records America, Inc.; Walt Disney Records; Warner Bros. Records, Inc.; WEA International Inc., WEA Latina, Inc.; y Zomba Recording Corporation.

⁵⁶Decisión del 25 de abril de 2003 en la página web de la Universidad de Cornell <www.law.cornell.edu/copyright/cases/grokster.htm>, consultada el 18 de junio de 2012.

que acreditaran una contribución en las infracciones cometidas ya que dicho hecho no se acredita del solo hecho de la utilización del sistema P2P.

Finalmente, el Tribunal del Distrito de California señaló que, si bien cabía la posibilidad de que las demandadas hubieran estructurado su actividad de tal forma que evitaran ser responsables indirectos de infracciones al Copyright, no correspondía a dicho tribunal el decidir si debían tomarse medidas para reducir tal posibilidad, sino que ésta era una tarea del Poder Legislativo.

Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos revocó la resolución emitida por el Tribunal del Distrito de California. En ese sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos señaló lo siguiente:

“El objetivo ilícito resulta incuestionable si del expediente surge la evidencia que Grokster y StreamCast, a diferencia del fabricante y distribuidor del caso Sony, actuaron con el fin de motivar defraudaciones de derechos de autor mediante el uso de programas de computación aptos para cometer actos ilícitos. Tres características de la evidencia son particularmente notables. En primer lugar, cada una de las demandadas se presentaron a sí mismas frente al público consumidor como empresas orientadas a satisfacer una demanda de usuarios dedicados a cometer defraudaciones continuas a los derechos de autor, en un mercado conformado por ex-usuarios de Napster. En segundo lugar, esta evidencia de objetivo ilícito adquiere mayor significado si se tiene en cuenta que se ha acreditado que no ha existido ni el menor intento de desarrollar filtros u otros mecanismos para disminuir la actividad ilícita desarrollada mediante el uso de sus programas de computación. En tercer lugar, hay que tener presente que tanto StreamCast como Grokster obtienen sus ingresos mediante la venta de espacio publicitario, direccionando anuncios publicitarios a las computadoras que utilizan sus programas de computación. Según muestra el expediente, cuanto mayor es la cantidad de usuarios que descargan el programa de computación ofrecido por las

demandadas, mayor es el número de anuncios que se envían y mayores son las utilidades por publicidad a favor de las demandadas. Dado que el mayor o menor uso del programa de computación determina las mayores o menores utilidades de las demandadas, cabe concluir que la finalidad comercial del negocio es obtener grandes volúmenes de usuarios de los programas de computación, los cuales son utilizados mayormente en forma defraudatoria. Esta evidencia en forma aislada no alcanza para inferir que existe una intención ilícita en la conducta de las demandas, pero en el contexto de la causa su importancia resulta clara.

(...)

Aun cuando el número absoluto de archivos copiados en forma legítima mediante los programas de computación de Grokster y StreamCast es importante, ello no es suficiente para afirmar que el producto sirve para usos legítimos sustanciales, y que por ello, sus titulares sean inmunes a ser legalmente responsables por las infracciones realizadas por los usuarios de dichos programas de computación. Por el contrario, el número de copias legítimas debe ser cotejado con el número total de archivos traficados entre los usuarios”⁵⁷.

Respecto de esta sentencia, Lawrence Lessig señaló lo siguiente:

“The real issue in the lawsuit, for those who care about innovation, was not whether Grokster was run by a bunch of angels, nor even whether the company should be allowed to continue its business. The real question was, Who gets to decide whether the file-sharing technology it promoted should make Grokster liable for copyright infringement - Congress or the courts? If the answer is Congress, then innovators at least know their enemy. Wars about liability get voted on; any resulting liability is usually prospective. But if the answer is the courts, then innovators are forever at

⁵⁷Traducción de Borthwick, Ana y Vibes, Federico para la Federación Iberoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes –FILIAE-. En la página web <<http://www.filaie.com/descargable/Tribunal.pdf>>, consultada el 29 de junio de 2012.

the mercy of enterprising lawyers. It takes nothing to ensnarl a startup in death-inducing legal bills, at least when the legal standard is uncertain.

So did the Court give innovators certainty? Consider how the Grokster rule applies to what everyone thinks should be the easiest case: the Apple iPod. Is Apple clearly free from Grokster liability? Amazingly, the answer is no.

Apple has sold about 15 million iPods, each capable of holding between 1,000 and 15,000 songs. Its iTunes music store has sold about 500 million songs for 99 cents each. That works out to only 30 songs or so per device. Does this surprise Apple? Did it really expect that people would buy a 60-gig iPod for \$400 and then put \$14,850 of music in it? No. Apple expected precisely what it advertised - that people would "Rip. Mix. Burn." music from CDs to iTunes and, in turn, to their iPods. After all, as the ads say, "It's your music".

Well, is it? That's still unclear. Congress passed a law to give consumers the right to copy music to analog devices - cassette tapes. But courts have held that that law does not extend to digital devices - iPods. And if it took a law (rather than the principle of fair use) to give you the right to make a mix tape, then, as many have argued, it takes a law to authorize transferring songs to an iPod".⁵⁸

Al igual que las descargas de producciones a través de los sistemas "Peer to Peer", existen sectores que señalan que la "copia privada" ya no encontraría una justificación como excepción al Derecho de Autor pues ya se habría roto el equilibrio entre el derecho de los autores y demás titulares con el derecho de la sociedad de acceder a la cultura, educación o información. La razón de mantener la misma como excepción estaría entonces únicamente en que el control de las

⁵⁸ LESSIG, Lawrence,
2005 "A Rotten Ruling",
En <<http://www.wired.com/wired/archive/13.09/posts.html?pg=7>>, consultada el
29 de junio de 2012.

copias que se realicen de obras y producciones protegidas resulta impracticable para sus titulares.

Así, el jurista español Anxo Tato Plaza sostiene 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 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”⁵⁹.

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.

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

2.2 Evolución de la figura y Derecho Comparado.

⁵⁹ **TATO, Anxo:**

2008 “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y los límites al Derecho de Autor: Copia Privada, Canon Digital y PressClipping”.

En II Jornada sobre Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor. La Coruña, Universidad de la Coruña, p. 11.

2.2.1 A nivel de acuerdos multilaterales.

a) Convenio de Berna.

Paralelamente al reconocimiento y establecimiento del Derecho de Autor, el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas faculta a los Estados miembros para establecer restricciones al derecho de exclusiva del autor, limitando así el alcance de su protección.

Así, el artículo 9 del Convenio de Berna establece respecto del derecho patrimonial de reproducción lo siguiente:

“Artículo 9

Derecho de reproducción:

1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

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

(...)”.

De acuerdo con lo establecido en el Convenio de Berna, el autor de una obra literaria o artística posee el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción de su obra “*por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma*”. La reproducción de una obra puede darse a través de la impresión, el fotocopiado (copia a través de la reprografía), la digitalización o escaneo, el copiado digital en discos compactos o DVD’s o el almacenamiento electrónico en bases de datos, entre otros. Asimismo, se establece que el derecho exclusivo de los autores de autorizar o prohibir la reproducción de su obra puede estar sujeto a excepciones.

Asimismo, el informe de la Comisión Principal I de la Conferencia Diplomática de Estocolmo de 1967, incluye una exposición de motivos como orientación del numeral 2) del artículo 9° del Convenio de Berna en los siguientes términos:

“Si se considera que la reproducción atenta a la explotación normal de la obra, no se permitirá la reproducción. De considerarse que la reproducción no atenta a la explotación normal de la obra, el siguiente paso sería saber si no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Únicamente si éste no es el caso sería posible, en ciertos casos. Un ejemplo práctico sería la fotocopia con diversos fines. Si se trata de producir un gran número de copias, podrá no ser permitida puesto que atenta a la explotación normal de la obra. Si se trata de efectuar un gran número de copias para su utilización en cometidos industriales, es posible que no atente injustificadamente a los intereses legítimos del autor, siempre que, con arreglo a la legislación nacional, se abone la remuneración equitativa. Si se efectúa un pequeño número de copias, se podrá permitir la fotocopia sin pago, en especial para su utilización por científicos y particulares”.

En ese sentido, aún cuando nos encontremos frente a un supuesto de excepción expresamente establecido en la norma que nos faculte a realizar una reproducción de una determinada obra o producción para nuestro uso exclusivamente personal, debemos observar que dicho acto de explotación no atente contra la normal explotación de la obra o cause un perjuicio ilimitado a los intereses legítimos del autor.

Sin embargo, se puede afirmar que el ejercicio de la copia privada de manera generalizada de producciones musicales o audiovisuales podría atentar contra la normal explotación de las obras y causar perjuicios a los intereses de los autores y demás titulares. En efecto, la sola reproducción de una obra implica que muy probablemente quien realizó dicho acto no adquirirá el ejemplar original que la

contiene o no acudirá a su exhibición, generando así que el autor perciba menos regalías por la explotación de su obra⁶⁰.

Imaginemos el caso de una obra audiovisual. Si realizo una descarga gratuita de la misma en mi computador no tendré incentivo para adquirir el DVD original y, si la misma se encuentra en la cartelera cinematográfica, posiblemente tampoco tendré interés alguno en acudir al cine para observarla. Lo mismo sucede en caso de obras musicales y literarias, aunque respecto de estas últimas la mayoría de legislaciones establece que únicamente podrá reproducirse un breve fragmento de la misma, aún cuando no se establece qué debe entenderse por “breve fragmento”.

Por otro lado, ¿la excepción de copia privada genera en los usuarios un derecho? Al respecto, como se puede apreciar a continuación, el jurista húngaro Mihaly Ficsor señala que no existe tal derecho:

“(...) sobre la base del Artículo 9 del Convenio de Berna y otras disposiciones internacionales que prescribían la aplicación de “la prueba de tres pasos”, está claro que no hay un “derecho a copia privada”. Donde la copia privada entre en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación protegida ninguna excepción o limitación está permitida. Y donde la copia privada perjudique injustificadamente los intereses legítimos de los titulares de derechos, al menos tal perjuicio debe reducirse a un grado justificado (o eliminarse) por el reconocimiento de un derecho a una remuneración adecuada (“compensación equitativa”)”⁶¹.

⁶⁰Aunque si bien no existen muchos estudios sobre el impacto económico de la copia privada, consideramos que resultan aplicables a la misma los estudios analizados correspondientes a las descargas a través de sistemas P2P.

⁶¹**FICSOR, Mihaly:**

2006 “La modalidad de transferencia a través de los sistemas peer to peer”
En XII Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Santiago de Chile.

Coincidimos con Ficsor en que no existe el denominado “derecho de copia privada”. Lo que tenemos es el derecho de los autores respecto de sus creaciones expresado en sus vertientes de orden moral y patrimonial y, asimismo, el derecho de la sociedad a acceder a la cultura, a la educación y a la información que se encuentran en dichas creaciones. A efecto de equilibrar dichos derechos (el de los autores y el de la sociedad) es que se han establecido las excepciones al derecho de autor, sin que genere en la sociedad algún tipo de titularidad respecto de las producciones intelectuales.

b) Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA)

El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor de 1996 tiene por objeto adaptar la protección del Derecho de Autor a la era digital, tal y como lo expresa el Preámbulo del mismo, en el cual se establece lo siguiente:

“Reconociendo la necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos”.

La finalidad del tratado es de actualizar el marco establecido en el Convenio de Berna, (como lo dice textualmente el Preámbulo) y la de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses de la sociedad en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna.

Respecto de las excepciones, el Artículo 10 del Tratado establece lo siguiente:

- 1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del

presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor

Finalmente, la Declaración Concertada respecto del Artículo 10 del TODA establece lo siguiente:

“Queda entendido que las disposiciones del artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital. También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna”.

c) **Tratado OMPI sobre interpretación y ejecución de fonogramas (TOIEF).**

El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretación y ejecución de fonogramas de 1996, al igual que su similar en materia de Derecho de Autor, busca adaptar la protección sobre interpretaciones y fonogramas a la era digital.

Así, respecto de las excepciones, el artículo 16 del Tratado establece lo siguiente:

1) Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas.

2) Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas.

En ese sentido, el derecho de reproducción y las excepciones al mismo resultan de plena aplicación al entorno digital, en especial a la utilización de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en formato digital, conforme queda establecido también en la declaración concertada respecto de los artículos 7, 11 y 16 del TOIEF. Por ello, el almacenamiento de una interpretación o ejecución o de un fonograma en formato digital en un medio electrónico constituye un acto de reproducción.

2.2.2 A nivel del derecho comparado

a) España.

El artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual española establece, respecto de la excepción de copia privada, lo siguiente:

“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas, cuando se lleve a cabo por una persona física

para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa”.

Así, la Ley española señala que quien realice la copia privada de una obra debe haber tenido un acceso legal a la misma. Por ello, un sector de la doctrina española sostiene que no se puede considerar dentro de la excepción una copia obtenida de un ejemplar ilícito, como puede ser una grabación “pirata”, o descargada a través del sistema “peer to peer”⁶².

Al respecto, resulta interesante lo señalado por Hernar Álvarez, quien al comentar la Ley de Propiedad Intelectual española sostiene lo siguiente:

“El problema del “acceso legal” es que no se puede controlar si realmente ha existido un acceso legal a la obra.

No obstante, de acuerdo con el tenor del precepto, la legalidad o ilegalidad depende del modo en el que la persona física que hace la reproducción accede a la obra musical.

Ahora bien, a primera vista si los archivos han sido puestos ilícitamente en la red P2P parece que el legislador entiende que no se tiene acceso legal, por lo que no podría realizarse una copia para uso privado. Y lo mismo sucedería en los casos de descargas a partir de un sitio web ilegal”⁶³.

Sin embargo, a nuestro entender ello no queda del todo claro. El usuario de un sistema “peer to peer” al descargar una producción protegida tiene dos posibilidades: guardar la misma en una carpeta compartida o almacenarla en una carpeta personal.

⁶²Ese es la interpretación del jurista húngaro Mihaly Ficsor en la obra precitada por ejemplo.

⁶³ÁLVAREZ, Hernar:

2007 “Aspectos jurídicos de las descargas de música en Internet”.

En “II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el derecho de autor”. La Coruña, Universidad de la Coruña, p. 123.

Si el usuario almacena dicha copia en una carpeta compartida estaría efectuando un uso colectivo de la obra, poniendo a disposición de millones de personas la copia que previamente descargó de otro usuario, lo cual obviamente no se puede considerar una copia privada.

Pero, por otro lado, el usuario puede guardar la copia obtenida en una carpeta personal no poniendo la misma a disposición del público. En este caso, si bien la fuente de la que se obtuvo la copia puede ser ilícita, se podría señalar que el acceso a la misma sería legal ya que cualquier persona puede acceder a Internet abonando una contraprestación por dicho acceso al proveedor del servicio. Asimismo, aún cuando la producción se ha obtenido a través del sistema “peer to peer” existe la posibilidad, aunque pequeña hay que decirlo, de que la misma haya sido puesta a disposición por su titular o una persona autorizada para hacerlo⁶⁴.

Un caso similar nos parece es el de la copia privada obtenida a través de una grabación “pirata”. En estos casos, un ciudadano español que acude a comprar un disco compacto a un “mantero” en la calle debe ser conciente de que dicha copia es ilícita. Ahora bien, como no existe norma alguna que sancione la compra de dichos ejemplares sino únicamente la comercialización, el acceso al ejemplar habrá sido lícito por lo que se estará dentro del supuesto de la norma en esta interpretación.

Por otro lado, la ley española hace énfasis también en que la copia privada debe ser realizada por una persona física. Así pues, excluye las copias que puedan ser realizadas al interior de una persona jurídica con la finalidad de ser utilizada por una pluralidad de personas al interior de la misma. Ello desde luego no puede ser considerada una copia privada aún cuando la norma no lo haya señalado expresamente.

⁶⁴Sin embargo, es pertinente señalar que si bien el usuario podría almacenar la obra en una carpeta personal, al momento de ser descargada a través de un sistema P2P ésta permanece, aún por breves segundos, en una carpeta compartida, por lo que ya supuso una puesta a disposición de la misma. En ese sentido, si bien ya se realizó una copia para uso personal, se ha cometido previamente un acto infractorio por parte del usuario.

b) **Francia.**

El artículo L. 122-5 del Código de la Propiedad Intelectual francés establece la excepción de copia privada, exceptuando del mismo a las obras de arte destinadas a ser utilizadas con fines idénticos a aquéllos para los cuales la obra original fue creada, a las copias de un programa de ordenador distintas a las copias de seguridad y las copias de una base de datos electrónica. Asimismo, se señala que las excepciones no pueden dañar la explotación normal de la obra ni causar un daño injustificado a los intereses legítimos del autor.

La norma francesa, a diferencia de su similar española, no prevé el acceso a la obra respecto de la cual se va a realizar una copia, por lo que no se genera debate alguno de la licitud o ilicitud de la fuente que va a ser reproducida.

c) **Estados Unidos de América.**

Tal como se señaló, los países de tradición jurídica anglosajona o del Copyright adoptan una posición más flexible en cuanto a las excepciones, siendo que los derechos concedidos a los autores y titulares del derecho de autor son taxativos, mientras que las excepciones se rigen bajo el sistema del “*Fair Use*” o “uso leal”.

En ese sentido, la DigitalMillenium Copyright Act, que implementa los Tratados Internet de la OMPI, no contiene norma expresa alguna que contemple la excepción de copia privada.

2.3 La excepción de copia privada en la legislación peruana.

En el Perú, el artículo 48° del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, recogió la excepción de la copia privada al establecer lo siguiente:

“Es lícita la copia para uso exclusivamente personal de obras, interpretaciones o producciones publicadas en grabaciones sonoras o audiovisuales...”

Asimismo, el artículo 43, literal b), del Decreto Legislativo 822 señala que es lícito sin autorización del autor:

“b) La reproducción por reprografía⁶⁵ de breves fragmentos o de obras agotadas, publicadas en forma gráfica, para uso exclusivamente personal”.

El artículo 2°, numeral 48, del Decreto Legislativo 822 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.

Como se aprecia, la norma peruana considera que la reproducción de una obra o producción, a efecto de que se configure destinada a un uso personal, debe ser efectuada en un único ejemplar, por lo que no se podrá realizar varias copias de la obra o producción, aún cuando se encuentre fijados en distintos soportes (memoria del computador, memoria USB, Mp3, disco compacto, etc.). Ello, sin embargo, trae consigo problemas prácticos, pues para copiar una obra contenida en un disco compacto o DVD en un dispositivo Mp3, Apple iPod, smartphone, entre otros, necesariamente tendré que descargar el contenido en mi ordenador, cambiar el formato, y, posteriormente, fijar el mismo en el nuevo soporte. Entonces, así

⁶⁵**Reprografía:** El Glosario de la OMPI define a la reproducción reprográfica como 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, Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ginebra, 1980, p. 229). Asimismo, el numeral 38 del artículo 2° del Decreto Legislativo 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

elimine posteriormente la copia fijada en la computadora, ya no se estará en el supuesto de la norma pues habré obtenido dos ejemplares de la obra.

Otro problema se da en el caso de las fotocopiadoras modernas, las cuales digitalizan primero un texto, lo almacenan en su memoria y posteriormente imprimen las copias que se solicita en cualquier momento sin tener que volver a fotocopiar el texto.

En ese sentido, en los dos supuestos antes mencionados, al realizar la copia de una obra en dos o más ejemplares, se está fuera del alcance de la excepción y, por lo tanto, se infringiría el derecho patrimonial de reproducción de los autores y titulares de la obra o producción copiada.

Finalmente, el Glosario de la Ley 28131, Ley del Artista Intérpretes y Ejecutante, establece que la copia privada es “la reproducción realizada exclusivamente para uso privado, conforme a la autorización prevista por la ley, mediante aparatos o instrumentos técnicos, **no reprográficos**, de interpretaciones o ejecuciones grabadas en fonogramas, videocasetes o en cualquier otro soporte, siempre que la copia no sea objeto de utilización lucrativa”.

Con ello, la norma peruana excluye del concepto de “copia privada” a las copias obtenidas a través de aparatos reprográficos como las fotocopiadoras, aún cuando la reproducción para uso personal que se realice de un breve fragmento de una obra expresada gráficamente constituye, en estricto, una “copia privada”.

2.4 La compensación por copia privada en la Ley 28131, Ley del Artista Intérprete y Ejecutante.

Una de las novedades más interesantes de la Ley 28131, Ley del Artista Intérprete y Ejecutante, publicada el 19 de diciembre de 2003, fue la introducción en nuestro país de la denominada “remuneración por copia privada”, mediante la cual se

pretende compensar a los titulares del Derecho de Autor y derechos conexos por el “daño” que les genera el ejercicio de la excepción de la copia privada establecida en la Ley sobre el Derecho de Autor. Así, el artículo 20° de la Ley 28131 estableció el pago de una “remuneración” aplicada a la fabricación o importación de productos susceptibles de realizar tal acto de explotación. Al respecto, la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI (actualmente Comisión de Derecho de Autor) sostuvo lo siguiente respecto de la remuneración por la copia privada establecida en la Ley 28131:

“En vista que, la reiterada práctica de la copia privada, ha producido un desequilibrio en perjuicio de los titulares del derecho de reproducción, la ley N° 28131, ha consagrado una remuneración por tales copias privadas, con la finalidad de restaurar tal equilibrio a fin de mantener dicha práctica como una excepción o límite al derecho de reproducción en directo beneficio de los usuarios de las obras, sin dejar por ello de compensar a los titulares del derecho por el perjuicio que se les causa debido a dicho reiterado uso”⁶⁶.

En ese sentido, siendo que el ejercicio generalizado de la copia privada causa un daño efectivo en los titulares del Derecho de Autor y Derechos Conexos, la compensación por dicho acto resarciría en cierta medida dicho perjuicio⁶⁷ permitiendo que se pueda restablecer el equilibrio existente entre los intereses de dichos titulares y el interés de la sociedad en acceder a sus obras y producciones a través del ejercicio de la excepción de copia privada. Así Ricardo Antequera sostiene que:

“con la masificación de la copia privada no se cumple, por lo menos, con la última condición de la regla de los “tres pasos” a que se refiere el mencionado dispositivo convencional porque, evidentemente, aunque en

⁶⁶Resolución N° 443-2006/ODA-INDECOPI del 21 de diciembre de 2006.

⁶⁷Preferimos hablar de “daño” o “perjuicio” en general y no únicamente económico pues consideramos que la compensación por copia privada no solamente debe estar vinculado con el perjuicio económico que sufrirían los titulares del derecho de autor, sino con la imposibilidad de ejercer su derecho patrimonial, tanto en su fase positiva (autorizando la copia) o negativa (prohibiendo la copia).

algunos supuestos no se atente contra la explotación normal de la obra, se causa siempre un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del derecho, y la manera de remediarlo es a través de una remuneración compensatoria”⁶⁸.

2.4.1 La Compensación por Copia Privada en la legislación comparada

El primer país que introdujo la figura de la compensación por copia privada fue Alemania en el año 1965. Posteriormente, las legislaciones sobre Derecho de Autor de Austria (1980) y Hungría (1982), contemplaron en sus legislaciones la figura de la compensación por copia privada de obras impresas y de obras audiovisuales y grabaciones sonoras. Actualmente la compensación por copia privada es aplicada, además de los países mencionados, en Algeria, Andorra, Argelia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, República Checa, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Nigeria, Polonia, Portugal, Rusia, Suecia y Suiza.

2.4.1.1 La Compensación por Copia Privada a nivel europeo

La mayoría de los países europeos, a excepción del Reino Unido, Irlanda y Luxemburgo han introducido en sus legislaciones la compensación por copia privada.

Así, la introducción de esta figura en alguna Directiva Europea tuvo una dura oposición de los países que no poseían una legislación sobre copia privada, especialmente de parte del Reino Unido. Finalmente, el 09 de mayo de 2001, la Unión Europea adoptó la Directiva 2001/29/CE sobre armonización de ciertos

⁶⁸ ANTEQUERA, Ricardo:

2005

“Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los derechos conexos en el entorno digital”.

En XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y derechos conexos para países de América Latina. Asunción.

aspectos del Derecho de Autor y derechos conexos en la sociedad de la información (theInformationSocietyDirective). La Directiva en cuestión permite, mas no requiere, que los Estados Miembros regulen la copia privada de obras y producciones protegidas sujeta a una compensación

La Directiva 2001/29/CE establece, en su considerando 35, que:

“en determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas”.

Asimismo, la Directiva Europea establece que:

“debe facultarse a los Estados miembros para establecer una excepción o limitación en relación con la reprografía”, así como para que “establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa”.

Finalmente, el artículo 5,2 de la mencionada Directiva, señala que:

“los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa (...)”.

a) Alemania

El 29 de mayo de 1954 el Tribunal Federal de Justicia emitió una resolución que otorgó una compensación por las grabaciones privadas de obras protegidas. Dicha decisión tuvo como consecuencia que se estableciera en la Ley Alemana de Derecho de Autor de 1965 el derecho del autor o titular del derecho de autor a exigir el pago de una remuneración al fabricante de los aparatos que posibilitan la grabación de emisiones de radiodifusión, en forma sonora o visual⁶⁹.

b) Francia

El Código Francés de Propiedad Intelectual señala que los autores, los productores fonográficos y de videogramas y los artistas intérpretes y ejecutantes tienen derecho a una compensación por las copias privadas que se efectúen de sus obras, producciones e interpretaciones.

La compensación es aplicable a los productos fabricados e importados que puedan ser utilizados para reproducir con fines privados obras e interpretaciones fijadas sobre fonogramas o videogramas.

De acuerdo con el Código, la tarifa es aplicable sobre los soportes en blanco utilizados para las copias de obras y producciones de audio o audiovisuales y esta es recaudada por las entidades de gestión colectiva.

⁶⁹ Ley Alemana sobre el Derecho de Autor (1965, enmendada en 1998). Versión obtenida de la página web <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/UrhG.htm#54>>, consultada el 19 de septiembre de 2011. Traducción efectuada por la OMPI.

La Comisión de Copia Privada es el organismo competente para determinar la tarifa de la compensación por copia privada y está conformada por un representante del Estado y representantes de los titulares de derechos, fabricantes e importadores de soportes grabables y de las asociaciones de consumidores⁷⁰.

Un apunte importante, para la fijación de la tarifa se deberá tener en cuenta el grado de utilización de medidas tecnológicas de protección y su incidencia sobre los usos amparados por la excepción de copia privada.

c) Grecia

En Grecia la compensación es aplicable respecto de los soportes y equipos de copia. Así, por ejemplo, la tarifa es del 6% del precio de los soportes, 4% del precio de las fotocopias y el papel utilizado en las fotocopias y el 2% del precio de las computadoras.

d) España

En el caso específico de la Ley de Propiedad Intelectual española⁷¹, se señala lo siguiente:

“La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las modalidades de reproducción mencionadas, a favor de las personas que se expresan en el párrafo b) 4,

⁷⁰ Artículo L. 311 - 5

⁷¹ Aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de abril de 2006, modificada por la Ley 23/2006 del 07 de julio de 2006.

dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejarán de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores, los artistas intérpretes o ejecutantes”⁷².

Asimismo, la Ley N° 23/2006 del 07 de julio de 2006, que modifica la Ley de Propiedad Intelectual española, establece en su preámbulo que se busca mantener los principios que originan la “debida compensación” que los fabricantes e importadores de equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para reproducir obras protegidas deben pagar a los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual. En ese sentido, señala que la regulación responde a la necesidad de armonizar los intereses tanto de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la limitación de copia privada, como de los distribuidores de equipos aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación por copia privada, y trata de establecer un marco equilibrado que constituya un régimen en beneficio de todos los agentes afectados y adecuado a las nuevas realidades sociales y tecnológicas de la sociedad de la información.

El nuevo régimen de propiedad intelectual español en materia de copia privada, a diferencia de la norma peruana, distingue claramente los aparatos y soportes de reproducción analógica de los equipos y soportes de reproducción digital. Así, en el caso de los aparatos y soportes de reproducción analógica, el legislador ha optado por establecer directamente el importe de la compensación por copia privada. En el caso de los equipos y soportes de reproducción digital, la Ley de Propiedad Intelectual española ha creado el denominado “canon digital”, limitándose a prever el procedimiento.

e) Suecia

En Suecia la tarifa es aplicable respecto de las cintas de audio, videocasetes regrabables, discos compactos y mini discos. No se aplica respecto de discos duros.

⁷² Artículo 25.

La tarifa es recaudada a los fabricantes e importadores por una entidad de gestión colectiva denominada COPYSWEDE.

2.4.1.1 La Compensación por Copia Privada en otros países

a) Algeria

En Algeria la tarifa es aplicable respecto de soportes en blanco y equipos de reproducción. Asimismo, la tarifa es calculada sobre la base del precio de venta de los soportes en blanco y sobre el valor de los equipos y es fijada por el Ministerio de Cultura. Finalmente, la recaudación y distribución es realizada por la Oficina de Derecho de Autor.

b) Canadá

En el continente americano, Canadá introdujo la figura de la compensación por copia privada en su Ley sobre el Derecho de Autor (Copyright Act Amendment del 25 de abril de 1997), en la cual se señala lo siguiente:

“81.- (1) Subject to and in accordance with this Part (authors, performers and makers of sound recordings) have a right to receive remuneration from manufacturers and importers of blank audio recording media in respect of the reproduction for private use of (...)”.

82.- (1) Every person who, for the purpose of trade, manufactures a blank audio recording medium in Canada or imports a blank audio recording medium into Canada (a) is liable, subject to subsection (2) and section 86, to pay a levy to the collecting body on selling or otherwise disposing of those blank audio recording media in Canada (...)”.

La legislación canadiense aplica la compensación por copia privada solamente para soportes materiales en blanco de audio, como pueden ser los cassettes o los CD-R, excluyendo de la remuneración a los soportes audiovisuales (cintas de vídeo o DVD-R).

c) América Latina

En América Latina la remuneración compensatoria de copia privada figura, además de en la legislación peruana, en las leyes de Ecuador⁷³, Paraguay⁷⁴ y República Dominicana⁷⁵. Sin embargo, si bien Ecuador ha promulgado también un reglamento de tarifas y una ley que promueve una entidad única de recaudación en el año 2003, ningún país latinoamericano, a excepción de Perú, ha hecho efectivo el cobro de la remuneración por copia privada.

2.4.2 La Compensación por Copia Privada en el Perú

El artículo 20 de la Ley 28131, Ley del Artista Intérprete y Ejecutante, establece lo siguiente:

“Artículo 20°.- Compensación por copia privada

20.1 La reproducción realizada exclusivamente para uso privado de obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas en forma de videogramas o fonogramas, en soportes o materiales susceptibles de contenerlos, origina el pago de una compensación por copia privada, a ser distribuida entre el artista, el autor y el productor del videograma y/o del fonograma, en la forma y porcentajes que establezca el Reglamento.

⁷³Ley 83 del 19 de mayo de 1998.

⁷⁴Ley 1328 del 15 de octubre de 1998.

⁷⁵Ley 65-00 del 26 de julio del 2000.

20.2 La compensación por copia privada no constituye un tributo. Los ingresos que se obtengan por dicho concepto se encuentran regulados por la normatividad tributaria aplicable.

20.3 Están obligados al pago de esta compensación el fabricante nacional así como el importador de los materiales o soportes idóneos que permitan la reproducción a que se refiere el párrafo anterior.

20.4 Están exceptuados del pago el productor de videograma o fonograma y la empresa de radiodifusión debidamente autorizados, por los materiales o soportes de reproducción de fonogramas y videogramas destinados a sus actividades.

20.5 La compensación se determina en función de los soportes idóneos, creados o por crearse, para realizar dicha reproducción, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.

20.6 La forma de recaudación y los demás aspectos no previstos en la presente Ley se establecerán en el Reglamento”.

Demás está decir que la aplicación en nuestro país de dicha norma generó (y continúa generando) un encendido debate entre las entidades de gestión colectiva y los fabricantes e importadores de soportes o materiales utilizados para realizar la copia de obras o producciones protegidas los cuales son los sujetos obligados al pago de la compensación por copia privada, que se ha visto reflejado en los numerosos procedimientos iniciados ante la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI, e incluso con los usuarios de obras, quienes al final son los que terminan pagando ésta compensación diluida en el costo de un disco compacto, un DVD o un teléfono celular inteligente.

De acuerdo con MihályFicsor, los principales argumentos en contra de la compensación por copia privada son los siguientes:

- Ninguna remuneración está justificada porque la copia privada es un derecho de todos los individuos.
- Ninguna remuneración está justificada porque la remuneración en la forma de “cánones” aumenta el precio de los equipos y soportes utilizados para la copia privada.
- Cuando haya medidas tecnológicas disponibles y los titulares las apliquen, ninguna remuneración está justificada.
- Ninguna remuneración está justificada para compensar la “piratería”⁷⁶.

Respecto de lo señalado por Ficsor habría que hacer algunas precisiones:

- En primer lugar, como se señaló en los puntos precedentes no existe el denominado “derecho de copia privada”. Lo que existe es una excepción que limita el derecho de exclusiva del titular del derecho de autor o derecho conexo para oponerse a la reproducción de su obra para el uso exclusivamente personal del copista. Ello, desde luego, no genera en el copista derecho de reproducción alguno. Por lo tanto, no se puede señalar que exista una afectación a un derecho inexistente con la introducción de una compensación por dicho acto de explotación.
- En segundo lugar, la compensación por copia privada desde luego aumentará el precio de los soportes susceptibles de reproducir obras y producciones audiovisuales y fonográficas, pues se busca generar que las personas que realicen copias para su uso exclusivamente personal compensen por dicho acto de explotación a los titulares respectivos, lo cual únicamente se logrará al momento de que se adquiriera el soporte, pues

⁷⁶FICSOR, Mihaly: op cit.

resulta imposible que se realice el pago de la compensación cada vez que dichas personas realicen un acto efectivo de reproducción.

- El tercer punto abordado por Ficsor resulta interesante pues refleja el conflicto existente entre la inclusión de medidas tecnológicas de protección y el pago de la compensación por copia privada, lo cual será analizado en el capítulo tercero del presente trabajo.
- Finalmente, debe quedar establecido que la compensación por copia privada no se encuentra relacionada con la pérdida que genera en los titulares respectivos las infracciones al derecho de autor, sea a través de la piratería como a través de la puesta a disposición de sus producciones a través de Internet. Lo que se busca con la compensación por copia privada es disminuir el daño generado a los titulares del derecho de autor y derechos conexos por el ejercicio lícito de una excepción establecida en una norma.

Resulta interesante lo señalado por el jurista Eduardo de Freitas quien sostiene que “la industria fonográfica se ha manifestado contraria al reconocimiento, en las leyes, de la Remuneración Compensatoria por la Copia Privada. En ese sentido, señala el autor argentino que la industria fonográfica sostiene que “si la copia privada ha adquirido características que impiden que sea considerada como una excepción al derecho exclusivo, entonces debe retornar a la esfera de los derechos exclusivos, posibilitando a los titulares el licenciamiento de la misma”. Concluye el mencionado autor que “resulta difícil imaginarse como se puede ejercitar, en la práctica, el licenciamiento de la copia privada, pero los productores de fonogramas apuntan a las fijaciones domésticas, realizadas a partir del acceso a los fonogramas, mediante Internet”. Así, concluye que “los productores entienden que puede ser licenciada mediante la utilización de dispositivos tecnológicos, como la encriptación de los fonogramas, inserción de claves de acceso y otros procedimientos (...)”⁷⁷.

⁷⁷De Freitas, Eduardo:

a) Naturaleza jurídica.

Tal como ha señalado el INDECOPI, la compensación por copia privada no tiene un carácter punitivo sino compensatorio por el ejercicio de la excepción prevista en el artículo 48° del Decreto Legislativo 822 y su incumplimiento constituye una infracción a la legislación de acuerdo a lo establecido en el artículo 183° del Decreto Legislativo 822⁷⁸.

Ahora bien, la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI señaló que la Ley 28131 ha reconocido a los titulares del Derecho de Autor y derechos conexos derechos de simple remuneración, uno de los cuales sería la compensación por la copia privada⁷⁹. En ese sentido, la Oficina señaló que el artículo 20° de la Ley 28131 modificó el artículo 48° del Decreto Legislativo 822 correspondiente a la excepción de copia para uso personal. En ese sentido, la Oficina señaló lo siguiente:

“(...) la Oficina debe señalar que al reconocer el artículo 20° de la Ley 28131 la remuneración por copia privada a favor de los titulares del derecho de autor y derechos conexos, dicho artículo ha modificado el artículo 48° del decreto legislativo 822, estableciendo como un requisito adicional para el ejercicio de tal excepción, que los soportes empleados para efectuar dichas copias personales hubieran previamente abonado por parte de sus fabricantes e importadores la remuneración por copia privada”.

La Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI por su parte sostiene que lo dispuesto en el artículo 20° de la Ley 28131 no modifica lo establecido en el

2006 “Los derechos patrimoniales en el entorno digital”.
En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Año III, N° 3, Lima, p. 148-149.

⁷⁸Resolución N° 443-2006/ODA-INDECOPI del 21 de diciembre de 2006.

⁷⁹Ibid.

artículo 48° del Decreto Legislativo 822, toda vez que regulan supuestos de hecho distintos. Así señala que:

“(...) el ejercicio de la copia privada no está condicionado al pago de la remuneración correspondiente. Aceptar lo contrario implicaría recortar una excepción al Derecho de Autor que, si bien debe interpretarse de manera restrictiva, está expresamente reconocida en el Decreto Legislativo 822”.

Éste es un punto sin duda importante. ¿Se modificó o no el artículo 48° del Decreto Legislativo 822 con la entrada en vigencia de la compensación por copia privada contenida en el artículo 20° de la Ley 28131?

Coincidimos con la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI. La introducción de la compensación por copia privada en nuestra legislación no modificó la excepción de copia privada, por lo que ésta no dejó de ser libre para estar sujeta al pago de una remuneración a efecto de ser considerada lícita.

En efecto, la remuneración por copia privada, como se verá más adelante, la termina abonando todo aquel que realice la compra de un soporte susceptible de reproducir una obra o producción protegida, independientemente si realiza o no dicho acto de explotación, y busca compensar a los titulares de derechos por el perjuicio causado por el ejercicio de la excepción.

Si consideramos ilícita la copia privada efectuada en soportes respecto de los cuales no se ha abonado la correspondiente compensación, tal cual señala la Comisión de Derecho de Autor, significaría que quien adquiere soportes en blanco del extranjero y realiza una copia privada en territorio peruano estaría cometiendo una infracción a la legislación sobre el Derecho de Autor.

En efecto, ¿qué sucedería si compro un equipo en el extranjero y realizo una copia para mi uso exclusivamente personal en el mismo cumpliendo lo establecido en la norma respecto de la excepción de copia privada? Es más, ¿Qué pasaría en el

supuesto en que el importador o el fabricante no ha pagado la correspondiente remuneración? y, finalmente, ¿Qué pasaría en el supuesto que la copia privada la realice respecto de obras y producciones que no están asociados a entidad de gestión colectiva alguna?

Consideramos por ello no se puede condicionar el ejercicio de una excepción al pago que debe realizar una tercera persona, en este caso el fabricante o el importador, por lo que a nuestro entender la excepción de copia privada continúa rigiéndose en los términos establecidos en el artículo 48° del Decreto Legislativo 822, sin que esta norma haya sufrido modificación alguna. Tampoco puede condicionarse el ejercicio de la excepción de copia privada a que ésta se realice en soportes adquiridos en territorio nacional, siendo que incluso la norma no ha considerado dicho supuesto.

Es por ello que el artículo 20° de la Ley 28131 no hace referencia a una “remuneración equitativa”, sino a una “compensación equitativa”, de manera similar a lo establecido en la Directiva Europea sobre Derecho de Autor en la Sociedad de la Información, siendo que se busca “compensar” a los titulares respectivos por las regalías dejadas de percibir debido a las copias realizadas de sus producciones y no a remunerarlos por dicho hecho, pues en este último caso debe existir una vinculación entre la remuneración solicitada y la explotación efectiva de la obra o producción.

En lo que no coincidimos con la Sala de Propiedad Intelectual es en el hecho de que dicha instancia señala que el pago de la remuneración recorta (el ejercicio) de una excepción pues, como se ha visto en los puntos precedentes, existen las excepciones sujetos al pago de una remuneración, como es el caso de la parodia.

b) Los sujetos intervinientes.

De conformidad con el artículo 20, numeral 20.1 de la Ley 28131, los acreedores de la remuneración por copia privada son los artistas, autores y los productores de

fonogramas y videogramas. Es decir, los que se benefician de la compensación por copia privada son los titulares del Derecho de Autor y derechos conexos perjudicados por la copia privada que realicen los usuarios de sus obras y producciones.

Sin embargo, no son los titulares quienes asumen directamente la recaudación de la remuneración por copia privada. En efecto, la Ley 28131 ha establecido que serán las entidades de gestión colectiva las encargadas de la recaudación de la remuneración por copia privada. Es decir, en el caso peruano las entidades de gestión colectiva encargadas de realizar la recaudación por copia privada son: la Asociación Peruana de Autores y Compositores –APDAYC-, la Unión Peruana de Productores Fonográficos –UNIMPRO-, la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales –EGEDA PERÚ-, la Asociación Nacional de Artistas Intérpretes y Ejecutantes –ANAIE- y la Asociación Peruana de Artistas Visuales –APSAV-. A ellas habrá que sumar dentro de poco las recientes entidades de gestión colectiva autorizadas por la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI, siendo éstas la Sociedad Nacional de Intérpretes y Ejecutantes Musicales –SONIEM- e INTERARTIS, esta última representante de los artistas e intérpretes audiovisuales.

Por otro lado, de acuerdo con el numeral 20.3 de dicha norma, los deudores de la obligación son el fabricante nacional así como el importador de los materiales y soportes idóneos que permitan la reproducción de fonogramas y videogramas. En ese sentido, estarán obligados al pago de la compensación por copia privada los fabricantes e importadores de discos compactos, DVD's, cassettes, grabadores de sonido y vídeo, USB's, MP3, Celulares con capacidad para reproducir música y vídeo, computadoras personales, entre otros.

Finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 9° del Reglamento de la Ley 28131⁸⁰, el monto de la remuneración por copia privada será establecido de

⁸⁰Aprobado mediante Decreto Supremo N° 058-2004-PCM.

común acuerdo por las entidades de gestión colectiva y la misma debe ser compartida entre los autores, los artistas intérpretes y ejecutantes, los productores fonográficos y los productores audiovisuales⁸¹. Así, a la fecha, las entidades de gestión colectiva peruanas han acordado el siguiente tarifario:

SOPORTE	TARIFA
Materiales o soportes digitales de reproducción sonora	
CD - Audio R	S/. 0.11
CD – Audio RW	S/. 0.11
Minidisc	S/. 0.11
Materiales o soportes digitales de reproducción visual o audiovisual	
DVD – R/RW 4.76 GB	S/. 0.22
DVD – R/RW 3.95 GB	S/. 0.22
DVD – R/RW 4.76 GB	S/. 0.22
DVD – RAM 2.60 GB	S/. 0.22
DVD – RAM 4.70 GB	S/. 0.22
DVD – RAM 5.20 GB	S/. 0.22
DVD – RAM 5.20 GB	S/. 0.22
DVD – RAM 9.40 GB	S/. 0.22
Materiales analógicos de reproducción sonora	
Casete de audio hasta 60 minutos	S/. 0.11
Casete de audio hasta 90 minutos	S/. 0.11
Materiales analógicos de reproducción visual o audiovisual	
Casete audio visual hasta 60 minutos	S/. 0.22
Casete audio visual hasta 90 minutos	S/. 0.22
Reproductores	
Reproductor de audio con memoria interna tipo MP3 y similares	10%
Reproductor audio visual con memoria interna tipo mp4 y similares	10%

82

Teléfonos celulares multimedia	Tarifa
Teléfono móvil inalámbrico	3%
Dispositivos de almacenamiento	
Dispositivo de almacenamiento interno	3%
Dispositivo de almacenamiento externo	3%
Memoria USB	3%
Tarjeta expandible para dispositivos móviles	3%

⁸¹El 15 de octubre de 2004, las entidades de gestión colectiva Asociación Peruana de Autores y Compositores –APDAYC-, Unión Peruana de Productores Fonográficos –UNIMPRO-, Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales –EGEDA PERÚ- y la Asociación Nacional de Artistas Intérpretes y Ejecutantes –ANAIE- publicaron en el diario oficial “El Peruano” y en el diario “La República”, las tarifas correspondientes a la compensación por copia privada.

⁸²Fuente: Página web de la Unión Peruana de Productores Fonográficos –UNIMPRO- <http://www.unimpro.org/archivos/tarifario_copia_privada.pdf>, consultada el 23 de septiembre de 2011.

Las entidades de gestión colectiva deben observar al momento de fijar las tarifas correspondientes el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 153°, literal e), del Decreto Legislativo 822, esto es que las tarifas fijadas deben ser razonables y equitativas, las cuales deberán aplicar el principio de la remuneración proporcional a los ingresos obtenidos con la explotación de dicho repertorio. Si bien no es el propósito de este trabajo el analizar las tarifas establecidas por las sociedades de gestión colectiva respecto de la compensación por copia privada, debemos señalar que éste es uno de los puntos más controvertidos de la aplicación de la misma en nuestro país.

En efecto, cómo poder determinar una tarifa aplicando principios de remuneración proporcional y que las mismas sean razonables y equitativas a la explotación de las obras y producciones cuando éstas aún no han sido reproducidas y, es más, no se sabe si efectivamente se producirá dicho acto de reproducción por parte de los que adquieren los soportes. En ese sentido, podríamos señalar que la aplicación del artículo 153°, literal e, del Decreto Legislativo 822 a las tarifas relativas a la compensación por copia privada parece no ser efectiva pues dicha norma fue redactada teniendo en consideración la explotación real de obras y producciones protegidas.

Finalmente, en aplicación de las tarifas antes señaladas, las entidades de gestión colectiva peruanas recaudaron en el año 2008 la suma de S/. 258 424, 35 y en el año 2009 la suma de S/. 175 196,29⁸³. Sin embargo, existe gran renuencia de parte de los obligados al pago, lo que se refleja en las denuncias interpuestas por dichas entidades, representadas por UNIMPRO, ante la Comisión de Derecho de Autor desde el año 2007.

Así, en la Memoria Institucional de UNIMPRO correspondiente al año 2008, dicha entidad de gestión colectiva señalaba lo siguiente:

⁸³De acuerdo con lo señalado en la Memoria 2009 de la Unión Peruana de Productores Fonográficos –UNIMPRO–.

“Los resultados de la recaudación de la Compensación de Copia Privada, desafortunadamente se han visto mermados, ante la negativa de los importadores al pago de este derecho, toda vez que aprovechando la imposibilidad de apoyo efectivo del INDECOPI, que por deficiencias en la legislación de la materia, resolvió no sancionar las infracciones a la ley, situación que originó que importantes obligados al pago de la compensación dejaran de cumplir con dicho canon”⁸⁴.

A pesar de ello, la morosidad que reportó UNIMPRO en el año 2008 por la compensación por copia privada ascendió únicamente al 0.77% de lo facturado, es decir, a un total de S/. 27 985,98⁸⁵.

Para el año 2009, UNIMPRO señaló respecto de la considerable baja en la recaudación por copia privada para ese año lo siguiente:

“El caso de la compensación por Copia Privada, es el tema de mayor preocupación por los ingresos reportados y que ha venido a menos, ante los infructuosos resultados de las gestiones y acciones de orden legal, dado que la autoridad competente en sus resoluciones de primera y segunda instancia solo amonesta a los infractores, lo cual consideramos una carta abierta a la proliferación de importaciones de soportes afectos a la copia privada, sin pagos de derechos. Asimismo, se presentaron problemas exógenos que complicaron el registro de las tarifas de copia privada a los soportes digitales⁸⁶, lo cual, también resultó siendo la

⁸⁴Fuente: <<http://www.unimpro.org/archivos/8691Memoria%202008.pdf>>, consultada el 30 de junio de 2012.

⁸⁵Ibid loc cit.

⁸⁶En el año 2009, la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI denegó el registro del tarifario de la compensación por copia privada para soportes digitales debido a que el mismo fue aprobado de forma irregular por la Asociación Nacional de Artistas Intérpretes y Ejecutantes –ANAIE- y por la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales –EGEDA PERÚ.

anuencia a la importación de productos y materiales susceptibles de grabar contenidos protegidos, sin que exista acción de oficio⁸⁷, para evitar la permanente comisión de infracciones de los importadores de estos productos. Si bien el resultado reflejó que solo se alcanzó el 49% de los ingresos presupuestados, tenemos claro, las graves dificultades presentadas en el desarrollo de esta gestión⁸⁸.

c) Objeto de la obligación.

De acuerdo a lo señalado por el INDECOPI, la remuneración por la copia privada retribuye la posibilidad sea o no hecha efectiva de realizar copias privadas.

La obligación se genera, respecto de los fabricantes de soportes susceptibles de fijar una obra o producción protegida, en el momento en que se produce la transmisión de propiedad de dichos soportes y, en el caso de los importadores, con la importación definitiva de los mismos. Además está decir que el monto de la compensación por copia privada se diluye en el costo de los soportes gravados en el mercado.

Es decir, la compensación por copia privada la asumen, a través del costo de los soportes, tanto aquellos que van a realizar reproducciones de obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor y los derechos conexos, como aquellos que no van a realizar dichos actos de explotación, como puede ser la reproducción de archivos personales, de trabajo o de estudio.

Al respecto, Óscar Montezuma sostiene lo siguiente:

⁸⁷Si bien en el año 2007 la entonces Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI inició dos denuncias de oficio, a partir del año 2008 la Comisión de Derecho de Autor no actuó de oficio en este ámbito.

⁸⁸Fuente: <<http://www.unimpro.org/archivos/9959Memoria%202009.pdf>>, consultada el 30 de junio de 2012.

“Los principales cuestionamientos impuestos al sistema de remuneración por copia privada se centran en el encarecimiento de las nuevas tecnologías a través del establecimiento de un criterio arbitrario según el cual se asume que toda persona que compra un disco compacto en blanco o un dispositivo electrónico lo utilizará para la realización de copias privadas de materiales protegidos por derecho de autor lo cual no es exacto. En efecto, no toda persona que adquiere discos en blanco lo hace para comercializar ilegalmente obras protegidas por derechos de autor, muchos de ellos lo utilizan para realizar copias de resguardo de archivos personales porque no deberían encontrarse sujetos al pago del canon”⁸⁹.

Si bien el autor precitado hace referencia a que la compensación por copia privada alcanzaría a aquellas personas que van a comercializar ilegalmente obras y producciones protegidas, lo cual no es cierto porque se limita a aquellas copias para uso exclusivamente personal, coincidimos con éste cuando señala que muchas personas que adquieren soportes en blanco lo hacen para grabar sus archivos personales, por lo que no deberían en estricto encontrarse sujetos al pago del canon.

El problema desde luego está en determinar quién va a comprar un disco para reproducir obras o producciones protegidas y quién lo adquiere para realizar reproducciones de archivos personales o de producciones no protegidas. Lo mismo se aplica para memorias, computadoras o teléfonos celulares, en los cuales los usuarios podrían no realizar jamás la reproducción de obra o producción protegida alguna y, sin embargo, haber compensado a los titulares de los derechos por un perjuicio inexistente.

⁸⁹ MONTEZUMA, Óscar:
2005

“El futuro de los derechos de autor en entornos digitales”
Tesis para optar el título de abogado. Pontificia Universidad
Católica del Perú. Lima, p. 272.

Consideramos que si bien no todo aquel que adquiere soportes y aparatos idóneos para realizar copias personales de obras y producciones protegidas va a efectuar necesariamente dicho acto de explotación, la compensación por copia privada es un mecanismo interesante para atenuar el daño generado por el ejercicio de dicha excepción a los titulares del derecho de autor. De hecho, si bien existen muchas críticas a la compensación por copia privada, no se han planteado muchas alternativas (prácticamente ninguna) para no afectar en exceso el derecho de los titulares al derecho de autor por el ejercicio generalizado de la copia privada.

Asimismo, observamos cómo se publicitan intensivamente avances tecnológicos en equipos que promueven las descargas de obras y producciones protegidas a efecto de que sus usuarios puedan tener a disposición los mismos en gran cantidad generando con ello ingresos a los productores y a los importadores de éstos y prácticamente ningún beneficio económico a los titulares del derecho de autor y derechos conexos.

Lo ideal entonces es identificar, en la medida de lo posible, a aquellos destinatarios a los que van dirigidos los equipos producidos o importados. Si sus adquirentes están identificados como no usuarios de obras y producciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos, entonces no se debe aplicar la compensación por copia privada establecida en la norma. Es decir, si la importación de discos compactos, celulares, Apple iPads u otros los realiza una persona jurídica para el uso habitual de la misma, lo cual obviamente excluye la copia privada de obras y producciones, entonces el fabricante o el importador no debería abonar compensación alguna, pues es claro que el destino de sus productos no estará destinado al ejercicio de la excepción bajo análisis por privados.

El problema es que la Ley 28131 no ha desarrollado alternativas para exceptuar del pago de la compensación por copia privada a aquellos que razonablemente no van a realizar dicha copia, pues, como se verá en el siguiente punto, únicamente

se encuentran exceptuados del pago el productor de videogramas y/o fonogramas y las empresas de radiodifusión.

d) Excepciones al pago de la obligación.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 28131, se encuentran exceptuados del pago de la remuneración por copia privada el productor de videogramas y/o fonogramas y la empresa de radiodifusión debidamente autorizados, por los materiales o soportes de reproducción de fonogramas y videogramas destinados a sus actividades.

e) Infracción a la Ley.

El artículo 50° de la Ley N° 28131 establece lo siguiente:

“Constituye infracción la transgresión, por acción u omisión, de cualquiera de las disposiciones de la presente Ley, así como de los tratados o convenios a que sobre la materia se ha obligado el Perú (...).”

La Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI es la autoridad competente para sancionar las infracciones a la legislación nacional sobre el Derecho de Autor y derechos conexos. En ese sentido, corresponde a dicho órgano conocer en sede administrativa las infracciones a la Ley 28131.

Ahora bien, la infracción se configura cuando el fabricante o el importador de soportes idóneos para realizar copias privadas de fonogramas y videogramas se niega a pagar la correspondiente remuneración. En ese sentido, el INDECOPI ha señalado que para que se configure la negativa de pago por parte del fabricante o el importador es necesario que las entidades de gestión colectiva hayan intimado en mora al mismo.

2.4.3 Jurisprudencia

a) “**Caso Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) – Padawan**”.

La Entidad de Gestión de Derechos de los Autores y Editores de España –SGAE- interpuso una demanda contra la entidad denominada PADAWAN S.L. la cual comercializa CD-R, CD-RW, DVD-R y aparatos mp3 a efecto de reclamar el pago de la correspondiente compensación por copia privada por los soportes comercializados por dicha empresa.

La empresa PADAWAN S.L. se opuso al pago de la compensación por copia privada al considerar que el mismo no consideraba el uso privado, comercial o profesional al que se pudiese destinar los soportes antes referidos. Sin embargo, fue condenada en primera instancia al pago de 16 759, 25 euros.

La Audiencia Provincial de Barcelona que conoce en segunda instancia solicita al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea una opinión respecto de qué criterios deben tomarse en cuenta para determinar el importe y el sistema de percepción de la compensación por copia privada.

Así, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sostuvo que “la compensación equitativa debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por el autor tras la reproducción no autorizada de su obra protegida. Por consiguiente, dicho perjuicio constituye el criterio básico para calcular su importe”⁹⁰.

Asimismo, el Tribunal señala que “la Directiva prevé que se mantenga un justo equilibrio entre los titulares de los derechos y los usuarios de prestaciones

⁹⁰Fuente:

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5357b0ebb09504443aec5d818ecac42eb.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oa3aTe0?text=&docid=83635&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=2436056>>, consultada el 29 de junio de 2012.

protegidas. Por lo tanto, la persona que realiza tal reproducción para su uso privado es quien, en principio, debe reparar el perjuicio, financiando la compensación que se abonará al titular”.

Finalmente, el Tribunal de la Comunidad Europea reconoció el derecho a recaudar dinero para compensar a los autores, pero señala que la aplicación indiscriminada del canon en relación con todo tipo de equipos, aparatos, soportes de reproducción digital, incluido el supuesto de que éstos sean adquiridos por personas distintas de las persona físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada, no resulta conforme con la Directiva Europea sobre Derecho de Autor.

Cabe señalar que en el caso concreto la demandada Padawan S.L. demostró que sus clientes no eran particulares, sino personas jurídicas

En ese sentido, el Tribunal de la Audiencia Provincial de Barcelona señaló lo siguiente:

“Al margen de si las tarifas responden al “justo equilibrio” porque pretendan compensar únicamente la copia privada y no eventuales defraudaciones a los derechos de propiedad intelectual, tan sólo está justificado el devengo del canon sobre los soportes digitales vendidos o puestos a disposición de particulares, que presumiblemente vayan a ser destinados a un uso privado, y no a una actividad profesional. No tiene sentido repercutir sobre una empresa o un profesional la financiación de la “compensación equitativa” por copia privada, al adquirir soportes digitales para su actividad empresarial o profesional.

Si bien, con anterioridad a la era digital, tenía cierto sentido que la aplicación del canon recayera sobre los medios de grabación analógica conocidos, principalmente cintas de casete o vídeos, pues, en su gran mayoría, iban destinados a la copia privada, ahora los soportes digitales no sólo sirven a esta finalidad, sino que, de forma generalizada, constituyen instrumentos de trabajo destinados a almacenar documentos

propios, comerciales, empresariales o profesionales, ajenos a la copia privada de obras protegidas por derechos de propiedad industrial (sic). Un gravamen indiscriminado de todos estos soportes resulta injusto, pues no responde a la justificación originaria de la “compensación equitativa” que es exclusivamente paliar el perjuicio generado por la excepción de copia privada”⁹¹.

A raíz de lo señalado, el Tribunal de la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la resolución de primera instancia en favor de Padawan S.L.

La sentencia de este caso resulta sumamente interesante pues señala que la imposición de la compensación por copia privada debe recaer precisamente en aquellos equipos que permiten realizar dicho acto de explotación y no respecto de aquellos destinados a otro tipo de usos. Así, se deberá diferenciar entre los dispositivos orientados al uso profesional de los destinados al uso personal, lo cual resulta complicado en muchos casos, pero que guarda relación con el “justo equilibrio” que respalda el pago de la compensación por copia privada.

b) Caso “INDECOPI – Compudiskett S.R.L.”

La Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI (actual Comisión de Derecho de Autor) inició de oficio una denuncia administrativa contra la empresa Compudiskett S.R.L. por infracción al artículo 20° de la Ley 28131, al haber importado discos ópticos en los que se puede reproducir producciones fonográficas y audiovisuales y negarse al pago de la compensación por copia privada.

Mediante Resolución N° 439-2006/ODA-INDECOPI, la Oficina declaró fundada la denuncia iniciada de oficio por incumplir el pago de la compensación por copia privada establecido en el artículo 20° de la Ley 28131, sancionando a la

⁹¹Fuente: <<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/53649/sentencia-ap-barcelona-89-2011-de-2-de-marzo-propiedad-intelectual-canon-digital-a-las-compras>>, consultada el 29 de junio de 2012.

denunciada con una multa de 10 UIT y el pago de la reparación de omisiones a favor de las entidades de gestión colectiva representadas por la Unión Peruana de Productores Fonográficos –UNIMPRO-.

La Sala de Propiedad Intelectual confirmó la resolución emitida por la Oficina pues consideró que CompuDiskett S.R.L. se negó al pago de la compensación por copia privada a pesar de haber sido debidamente intimada en mora. Sin embargo, la Sala señaló que no se podía sancionar a la denunciada debido a que no se había emitido norma con rango legal o reglamentario que establezca los parámetros de graduación de las sanciones por infracción a la Ley 28131.

En efecto, el artículo 50.2 de la Ley 28131 establece que su Reglamento establecerá los tipos de sanciones y la escala de multas. Por su parte, el Reglamento de la Ley 28131 autoriza al INDECOPI a regular las infracciones y sanciones de su competencia. Sin embargo, a la fecha, no se ha regulado sobre las sanciones que correspondería aplicar en materia de omisión al pago de la compensación por copia privada, por lo que en la actualidad el INDECOPI únicamente puede pronunciarse respecto de la infracción, más no sancionar al infractor.

CAPÍTULO TERCERO

CONFRONTACIÓN ENTRE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y LA EXCEPCIÓN DE COPIA PRIVADA

3.1 Relación entre las Medidas Tecnológicas de Protección y el ejercicio de la excepción de copia privada.

Tal y como se señaló en los puntos precedentes, los usuarios de producciones fonográficas y audiovisuales se encuentran facultados para realizar reproducciones de las mismas para su uso exclusivamente personal en la medida que dichas copias no afecten los usos honrados, aún cuando no se genera en los usuarios derecho alguno.

Es decir, el derecho exclusivo de los autores y titulares del derecho de autor se ve limitado legalmente en beneficio de la sociedad, por lo que los mismos no podrían oponerse a que se realicen copias para uso exclusivamente personal de sus obras y producciones si es que dicho acto de explotación cumple con lo establecido en la ley y en los convenios internacionales sobre la materia.

Asimismo, las legislaciones de algunos países, entre ellos la del Perú, ha reconocido la figura de la “compensación por copia privada”, mediante la cual se retribuye a los titulares del derecho de autor y derechos conexos por el perjuicio generado debido al ejercicio de la excepción de copia privada. Es decir, la compensación por copia privada busca minimizar el daño derivado del ejercicio de una actividad lícita y no el causado por actos ilícitos como lo son la “piratería” y la puesta a disposición sin autorización de obras en Internet.

En ese sentido, más allá de la discusión existente sobre el monto que corresponderá abonar a los fabricantes e importadores de soportes susceptibles de reproducir obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor y los derechos conexos, lo cierto es que el mismo al final es asumido por quienes adquieren dichos productos a través del precio pagado, aún cuando no realicen posteriormente copia de obra o producción protegida alguna.

En efecto, en nuestro país el pago de la compensación por copia privada no distingue si la persona que adquiere un soporte en blanco efectivamente va a realizar en el mismo la reproducción de obras y producciones protegidas, por lo que basta con adquirir dicho producto para compensar a autores, productores fonográficos, productores audiovisuales, entre otros, aún cuando no se les cause daño efectivo alguno.

Así pues, cada vez que se adquiere, por ejemplo, un disco compacto en blanco o un dispositivo USB se está compensando a los titulares del derecho de autor y derechos conexos por las obras y producciones fonográficas y audiovisuales que reproduciré en el soporte adquirido. Ello desde luego suponiendo que en nuestro país cada fabricante e importador de dichos soportes abone la referida compensación, lo cual no siempre es así.

Sin embargo, desde la década de los noventa la industria del entretenimiento ha introducido en los soportes que contienen producciones fonográficas y audiovisuales medidas tecnológicas de protección que impiden el copiado de las mismas, aún sin hacer referencia de ello en sus productos.

A manera de ejemplo, los ejemplares del fonograma denominado “*Be herenow*” de la banda de rock británica “Oasis”, cuyo productor es EMI Music⁹², cuenta con una medida tecnológica de protección que impide su reproducción, a pesar de que no señala dicho hecho en ninguna parte del mismo, por lo que un admirador de dicha

⁹²Un ejemplar de dicho soporte forma parte de la colección personal del autor del presente trabajo, por lo que a dicha fuente se remite.

banda podría adquirirlo sin estar informado de que no podrá realizar una copia personal de dicha producción⁹³.

Esto desde luego genera que a los usuarios les sea difícil beneficiarse de la excepción de copia privada respecto de las producciones protegidas por medidas anticopia, por lo cual los titulares del derecho de autor, aún cuando legalmente no podrían oponerse a la realización de una reproducción para su uso exclusivamente personal de su obra o producción, impiden la efectiva realización de la misma.

La razón esgrimida, si bien es cierto comprende el daño generado por las copias que se realizan para uso personal, se debe también a las reproducciones ilícitas de producciones fonográficas y audiovisuales (piratería)⁹⁴ y también, por supuesto, la puesta a disposición de las mismas sin autorización a través de Internet. En ese sentido, se señala que la introducción de medidas tecnológicas de protección

⁹³Al respecto, Von Lohman sostiene lo siguiente:

“Copy-protected” CDs and digital rights management (DRM) for online music illustrate the collision between fair use and the DMCA in the music world. Although major labels abandoned CD copy-protection after the Sony-BMG “rootkit” scandal in late-2005, more than 15 million copy-protected CDs were distributed.

Such CD copy-protection technologies interfered with the fair use expectations of music fans by inhibiting the transfer of music from CD to iPods or other MP3 players—despite the fact that making an MP3 copy of a CD for personal use qualifies as a fair use. Other fair uses impaired by copy-protection technologies include making “mix CDs” or making copies of a CD for the office or car. Unfortunately, companies that distribute tools to “repair” these dysfunctional CDs, restoring to consumers their fair use privileges, run the risk of lawsuits under the DMCA’s ban on circumvention tools and technologies.

Until 2007, authorized digital music download services also utilized DRM systems that frustrated fair use expectations, and technical restrictions remain common for subscription services. And even after music download retailers like iTunes and Amazon.com gave up DRM, consumers who had purchased DRM-restricted files in the past continued to have difficulties as vendors like Walmart shut down the “authentication servers” without which DRM-restricted files could not be transferred to new computers.⁴² In other words, rather than prevent piracy, these DRM restrictions have hurt legitimate customers long after they purchased the songs”.Fuente <https://www.eff.org/sites/default/files/eff-unintended-consequences-12-years_0.pdf>, consultado el 23 de junio de 2012.

⁹⁴Para conocer el impacto de la piratería en la industria fonográfica, audiovisual y de software, se puede consultar los reportes puestos a disposición por la International IntellectualProperty Alliance –IIPA- en la página web <<<http://www.iipa.com/>>>.

forma parte del ejercicio del derecho de autor por parte de los titulares al prohibir, a través de dichos mecanismos, la reproducción de sus obras y producciones.

Ahora bien, ¿es suficiente considerar el alto nivel de piratería y los efectos de la puesta a disposición inautorizada de obras y producciones en Internet para la implementación de las medidas tecnológicas de protección?

La respuesta obviamente no es sencilla. Las medidas tecnológicas de protección buscarían reducir las infracciones al derecho de autor sea en el ámbito analógico como digital, pero ¿debe la sociedad asumir el costo que generan dichas infracciones mediante la limitación del ejercicio de una excepción que, en principio, permite el uso libre de obras y producciones protegidas?

De hecho, las infracciones al derecho de autor han causado grandes pérdidas a la industria del entretenimiento⁹⁵ lo cual, se sostiene, ha generado una profunda crisis en la industria musical y audiovisual, aunque muchas veces este punto es cuestionado⁹⁶.

⁹⁵A través de la piratería y la puesta a disposición del público de obras y producciones protegidas a través de las redes P2P, como se analizó en puntos precedentes.

⁹⁶En efecto, si bien existen estudios que señalan el impacto negativo de las infracciones al derecho de autor sobre la industria musical y audiovisual, otros estudios señalan que los daños han sido mínimos, considerando que aún cuando se continúa con la descarga de obras y producciones protegidas la industria del entretenimiento continúa creciendo. Se señala también que la disminución de las ventas se puede deber también a otros factores exógenos y no solo a las descargas a través de los sistemas P2P.

En esta línea se encuentran los profesores Felix Oberholzer y Koleman Strumpf, quienes sostienen lo siguiente: *“We find that file sharing has no statistically significant effect on purchases of the average album in our sample. Moreover, the estimates are of rather modest size when compared to the drastic reduction in sales in the music industry. At most, file sharing can explain a tiny fraction of this decline. This result is plausible given that movies, software, and video games are actively downloaded, and yet these industries have continued to grow since the advent of file sharing. While a full explanation for the recent decline in record sales are beyond the scope of this analysis, several plausible candidates exist. These alternative factors include poor macroeconomic conditions, a reduction in the number of album releases, growing competition from other forms of entertainment such as video games and DVDs (video game graphics have improved and the price of DVD players or movies have sharply fallen), a reduction in music variety stemming from the large consolidation in radio along with the rise of independent promoter fees to gain airplay, and possibly a consumer backlash against record industry tactics.²⁶ It is also important to note that a similar drop in record sales occurred in the late 1970s and early 1980s, and that record sales in the 1990s may have been abnormally high*

En efecto, la crisis anunciada hace más de veinte años derivó en un cambio del modelo de negocio, adaptando el mismo a las nuevas tecnologías existentes. Es decir, ya no sólo se busca comercializar soportes conteniendo producciones audiovisuales y musicales, sino que actualmente se ofrece la descarga de éstas a través de Internet a cambio de una contraprestación.

Por otro lado, la inclusión de mecanismos anticopia, si bien dificulta la reproducción de producciones protegidas, es cuestionable que disuada la realización de conductas infractoras. De hecho, son los denominados “piratas” quienes vulneran con mayor facilidad las medidas tecnológicas de protección, siendo que incluso en Internet se señala la manera de eliminar dispositivos de seguridad.

En ese sentido, consideramos que el perjudicado por la inclusión de mecanismos anticopia son los usuarios finales quienes se ven imposibilitados de ejercer un acto de explotación establecido en la normativa como una excepción al Derecho de Autor.

Al respecto, DarrenHandler sostiene lo siguiente:

“To combat piracy of digital content utilizing DRM, at this stage of its development, is inappropriate because it is overly broad and its scope too restrictive on end-users. Not only does the technology block items which should be free for the taking (such as underlying commentary, facts, ideas, and quotes), but the legal force behind it, the DMCA, is just as far-reaching, if not more, in its breadth of coverage than its technological counterpart, DRM”⁹⁷.

as individuals replaced older formats with CDs (Liebowitz, 2003)”. En OBERHOLZER, Felix y STRUMPF, Koleman. 2004. “The effect of file sharing on record sales. An empirical analysis”. En la página web <<http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf>>, consultada el 28 de junio de 2012.

⁹⁷HANDLER, Darren

Asimismo, Fred Von Lohman de la ElectronicFrontierFoundation sostiene lo siguiente:

“In practice, the anti-circumvention provisions have been used to stifle a wide array of legitimate activities, rather than to stop copyright infringement. As a result, the DMCA has developed into a serious threat to several important public policy priorities”⁹⁸.

Así, Von Lohman sostiene que la Digital Millenium Copyright Act se ha convertido en una seria amenaza a varias prioridades importantes de la política pública. Así señala las siguientes:

- Amenaza contra la libre expresión y la investigación científica, tomando como referencia la demanda iniciada contra la revista 2600, las amenazas contra el equipo del profesor Edward Felten de la Universidad de Princeton y la demanda contra el programador ruso DmitrySkylarov.
- Amenaza al uso justo (fair use), al prohibir todos los actos de elusión y las tecnologías y herramientas que se pueden utilizar para la elusión, la DMCA ha otorgado a los titulares del derecho de autor el poder eliminar el “uso justo”. Así, el uso de la encriptación en los DVD’s por parte de la industria del cine ha reducido la capacidad de los consumidores para hacer copias para su uso personal.

2007 “The copyright & digital mismanagement chasm: fair use implications of digital rights management technologies upon the digital versatile disk medium”. En WakeForest Intellectual Property Law Journal.

⁹⁸VON LOHMAN, Fred
2010 “Unintended Consequences. Twelve years under the DMCA”.
En la página web de la Electronic Frontier Foundation
<<https://www.eff.org/sites/default/files/eff-unintended-consequences-12-years_0.pdf>>

- Amenaza contra la competencia y la innovación, ya que más que centrarse en la piratería la DMCA ha obstaculizado la competencia, por ejemplo, Apple utilizó las DRM para atar el iPhone y el iPod con el software de la propia empresa⁹⁹.

Ahora bien, ¿qué pueden hacer los usuarios de una obra o producción cuando se encuentren ante una medida tecnológica de protección que le impide la obtención de una copia para su uso personal? Pues tendrían dos posibilidades: Desistirse de realizar la copia para su uso personal o, los menos por cierto, buscarán eludir la misma a efecto de realizar el acto de reproducción permitido en la ley.

Así, la relación entre la excepción de copia privada, su correspondiente compensación y la protección de las medidas tecnológicas de protección sin duda genera discusión en nuestro país donde, a raíz de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1076, se refuerza la protección de estas últimas, siendo que además somos el único país en Latinoamérica donde se viene aplicando efectivamente la compensación por copia privada pues, si bien Ecuador y Paraguay también la contemplan, a la fecha no se viene aplicando efectivamente en dichos países.

3.2 La insuficiente regulación en los Tratados Internet de la OMPI.

Como se señaló, una de las novedades más importantes de los Tratados Internet de la OMPI (WCT/TODA y WPPT/TOIEF) fue la protección de las medidas tecnológicas de protección para restringir el acceso a sus obras y producciones protegidas y la copia de las mismas, ante cualquier acto de elusión.

⁹⁹Sin embargo, el 06 de enero de 2009, Apple anunció que las productoras Sony Music, EMI, BMG, Warner Music, entre otras, ofrecerían sus producciones musicales a través de iTunes sin la inclusión de medidas tecnológicas de protección. Fuente: <<http://www.apple.com/pr/library/2009/01/06Changes-Coming-to-the-iTunes-Store.html>>, consultado el 30 de junio de 2012.

En ese sentido, los Tratados se refieren únicamente a la acción de eludir las medidas tecnológicas de protección y no hacen mención a conductas tales como la puesta a disposición (distribución) de aparatos o equipos que permitan desactivar tales dispositivos, lo cual ha sido regulado en las legislaciones nacionales de cada uno de los países miembros de la OMPI, como se da en el caso peruano en el Decreto Legislativo 822 y en el Decreto Legislativo 1076.

Así, el artículo 11 del Tratado Internet de la OMPI sobre Derecho de Autor –TODA- señala que corresponderá a los Estados garantizar una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la elusión de medidas tecnológicas de protección, dentro de éstas los sistemas anticopia. Lo mismo se dispone en el artículo 18 del Tratado Internet de la OMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones y Fonogramas –TOIEF-.

Ahora bien, la protección brindada en los Convenios de la OMPI se debe restringir únicamente actos que no estén autorizados por los autores o “permitidos por la ley”. Entonces, habrá que interpretar que se entiende por actos “permitidos por la ley”.

A nuestro entender, consideramos una interpretación correcta que los Tratados Internet de la OMPI debe reconocer el ejercicio de las excepciones al derecho de autor en cualquiera de sus modalidades (sistema cerrado o abierto) al ser actos de explotación permitidos por la ley, por lo que los titulares del Derecho de Autor no podrían en ningún caso oponerse a la elusión de medidas tecnológicas a fin de realizar una copia privada.

Sin embargo, las normas contenidas en los Tratados OMPI en el presente caso no son del todo claras y dejan a los países miembros la interpretación de los mismos.

Así, lo usual es que se interprete como los actos “permitidos por la ley” a aquellas excepciones que permiten la elusión de medidas tecnológicas de protección y que se encuentran desarrolladas en normas nacionales, pudiendo coincidir éstas con el

ejercicio de las excepciones contenidas en las normas sobre Derecho de Autor, aunque no necesariamente con el ejercicio de la excepción de copia privada.

3.3 La solución europea en la Directiva 29/2001 y en la DigitalMillenium Copyright Act.

Ante la regulación de los Tratados Internet de la OMPI, algunas legislaciones nacionales y convenios de alcance regional establecieron supuestos de excepción respecto de los cuales está permitida la elusión de medidas tecnológicas de protección, siempre claro que con esto no se cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor ni a la normal explotación de la obra.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos de América la DigitalMillenium Copyright Act establece supuestos en los cuales está permitida la elusión de medidas tecnológicas de protección, los cuales han sido detallados en el primer capítulo del presente trabajo.

Es pertinente señalar que la Digital Millenium Copyright Act constituye el resultado de un acuerdo entre las industrias culturales y representantes de los centros de enseñanza y los consumidores. Para los primeros, la protección contra la elusión de medidas tecnológicas de protección era el único modo de cautelar sus derechos, mientras que para los segundos el uso de dichas medidas impedía el uso justificado de obras protegidas.

Así, no deja de resultar extraño que un sistema tradicionalmente abierto como el del “fair use” haya establecido una lista de excepciones de forma similar al adoptado por países de tradición jurídica latina, como el Perú. Al respecto, la autora Julie Cohen sostiene que el sistema del “fair use” tiende a debilitarse a partir de la entrada en vigencia de la DMCA por las siguientes razones:

- El planteamiento de la DMCA cuestiona la idea tradicional según la cual el fair use está vinculado esencialmente a usos no comerciales.
- Las medidas tecnológicas que hagan posible el cumplimiento de las excepciones recogidas en la DMCA seguramente no estarán disponibles en el mercado, en la medida en que nadie tendría la perspectiva de obtener beneficios económicos importantes gracias a su comercialización.
- El planteamiento introducido por la DMCA ignora por completo la idea de que copyright y sus limitaciones puedan tener otras justificaciones para su existencia que no sea la de paliar las deficiencias del mercado (como por ejemplo, incentivar la creación o garantizar el respeto a las libertades fundamentales). Como en el entorno digital el autor puede, por un coste mínimo, vigilar su monopolio, el fair use no parece tener ya razón alguna de existir y está destinado a desaparecer¹⁰⁰.

Por su parte, la Directiva Europea relativa a la armonización de determinados aspectos del Derecho de Autor y derechos afines en la Sociedad de la Información –DASI- prohíbe no sólo la comercialización de aparatos y/o equipos destinados a eludir medidas tecnológicas de protección, sino que también sanciona el acto de elusión en sí mismo cometido por cualquier persona que lo realice a sabiendas o que tenga motivos razonables para saber que se persigue ese objetivo.

Así también, el artículo 6.4 de la Directiva señala que los Estados miembros deberán tomar todas las medidas pertinentes para hacer respetar las excepciones al Derecho de Autor. En ese sentido, la Directiva Europea ha dispuesto que sean los propios Estados quienes dicten las normas pertinentes a efecto de cautelar el ejercicio de las excepciones al Derecho de Autor con la finalidad de que las medidas tecnológicas de protección no afecten el equilibrio existente.

¹⁰⁰ **COHEN, Julie**

2003

Willfair use survive? En LEPAGE, Anne: "Panorama General de las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en el Entorno Digital". Boletín de Derecho de Autor. UNESCO, p.12

Fuera del ámbito europeo y estadounidense, Japón por ejemplo no considera ilícita la elusión de las medidas tecnológicas de protección, sino únicamente la transmisión, importación, exportación u ofrecimiento de dispositivos que impidan el cumplimiento de la finalidad de dicha medida. De igual forma, Australia tampoco sanciona los actos de elusión, sino únicamente la comercialización de dispositivos que lo permitan.

3.4 Análisis de jurisprudencia.

En este punto procederemos a analizar algunos casos importantes que involucran medidas tecnológicas de protección. Sin embargo, es pertinente señalar que a pesar de que la protección legal respecto de las mismas tiene ya algunos años, su utilización por parte de los titulares del derecho de autor es aún mínima si la comparamos con el universo de producciones existentes que se ofrecen en el mercado, por ello que no es usual encontrar aún procedimientos judiciales al respecto aún en ámbitos más desarrollados como el europeo o el norteamericano.

3.4.1 Francia: Caso “*Mullholland Drive*”

“*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 reproducida en formato DVD fue adquirida por un ciudadano francés de apellido Perquin quien pretendió realizar una copia para su exclusivo uso personal. Sin embargo, 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. Un apunte adicional, el ejemplar adquirido no indicaba que venía con un mecanismo anticopia.

En ese sentido, el Sr. Perquin y la Union Fédérale des Consommateurs –UFC- interpusieron una demanda contra los productores y la distribuidora alegando lo siguiente:

- La primera contra el artículo 122-5 del Código de Propiedad Intelectual francés. Así, solicitaban se prohíba a los coproductores y distribuidores el uso de medidas tecnológicas y a comercialización de los soportes que las contengan. Asimismo, solicitaban 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).
- La segunda contra el artículo L. 111-1 del Código de Consumo, por insuficiente o inadecuada información acerca de las características esenciales del DVD como producto.

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 en su resolución 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”.

Por ello, la primera instancia señaló que la inclusión de medidas tecnológicas no vulneraba las normas referidas a la excepción de copia privada, sino que por el

contrario era 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* 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 ésta 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”.

Si bien la *Cour de Cassation* no se pronunció respecto de la tensión 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.

3.4.2 Estados Unidos: Caso “Universal City Studios contra Reimerdes”

Universal City Studios y otros 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 que permite eludir medidas tecnológicas de protección que impiden la copia de sus DVD’s y el acceso no autorizado a los mismos.

El 17 de agosto del 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 Tribunal señaló que el “fair use” no resultaba aplicable en demandas relacionadas con infracciones a la DigitalMillenium Copyright Act –DMCA- por lo que resultaba atendible la demanda interpuesta.

Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito el 29 de noviembre de 2001.

3.4.3 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 proteccion, "No Es Lo Mismo"

está siendo objeto, a niveles masivos, tanto de piratería callejera como de descargas no autorizadas a través de Internet".

Si bien la denuncia fue retirada –existían dudas sobre la competencia del Instituto Nacional de Consumo para decidir sobre la materia- y los nuevos ejemplares del disco salieron finalmente sin medida tecnológica de protección alguna, 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.

Ello sin duda resulta lo más lógico e interesante. 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.

3.4.4 Bélgica: Caso “Scarlet Extended S.A.”

En junio de 2007, un 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.

En febrero de 2010, un 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, éste 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 determina 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.

3.5 Posibles consecuencias de la introducción de las Medidas Tecnológicas de Protección en el Derecho de Autor peruano.

La protección de las medidas tecnológicas de protección encuentra respaldo normativo ya en el Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor de 1996, mediante el cual se faculta al titular del derecho de autor y derechos conexos para introducir estos mecanismos en las copias de sus obras y

producciones a efecto de evitar la reproducción de las mismas y sanciona la producción y distribución de medios destinados a su elusión.

La posterior adhesión a los Tratados Internet de la OMPI en el año 2001 obligó al Estado Peruano a adoptar una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas de protección que los titulares del derecho de autor y derechos conexos incorporan en sus producciones.

Asimismo, en el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre Perú y los Estados Unidos de América se incluyó la responsabilidad de las personas que eludan sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una producción protegida por el Derecho de Autor.

Sin embargo, las primeras normas que sancionan la acción de eludir sin autorización medidas tecnológicas de protección se encuentran contempladas en el Decreto Legislativo 1076, mediante el cual se aprueban modificaciones al Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, a efecto de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito con los Estados Unidos de América.

Así, el artículo primero del Decreto Legislativo 1076 incorpora al artículo 2° del Decreto Legislativo 822 el concepto de medida tecnológica efectiva, estableciendo que la misma será de dos tipos:

- a) Las medidas tecnológicas que controlen el acceso legal a una obra; y,
- b) Las medidas tecnológicas que protejan cualquier derecho de autor.

Como se ha desarrollado en el primer capítulo del presente trabajo, se puede entender a las medidas tecnológicas que “controlan el acceso” como aquellos sistemas que permiten al titular del derecho de autor y derechos conexos decidir quiénes pueden acceder a su obra o producción y quiénes no. Asimismo, se entiende como “medidas tecnológicas que protegen cualquier derecho de autor”

como aquellas que evitan cualquier acto de explotación respecto de la obra o producción (como puede ser la reproducción y la comunicación pública).

Nótese que la norma peruana establece que la medida tecnológica efectiva debe controlar el acceso legal a una obra. Pero, ¿qué se entiende por acceso legal? No queda del todo clara la incorporación de dicho término en la norma, pues lo correcto hubiera sido que las medidas tecnológicas puedan controlar el acceso ilegal a una obra o producción protegida y no el acceso legal dentro de las que se encuentra el ejercicio de las excepciones al derecho de autor como lo es la copia privada.

Asimismo, para que se pueda considerar una medida tecnológica efectiva la misma debe encontrarse en el curso normal de su operación, esto es, que haya sido producida para funcionar efectivamente como tal y que no sea una consecuencia accesoria de otro tipo de utilización. Es decir, la medida tecnológica de protección debe haber sido desarrollada como tal y debe cumplir tal función.

Respecto de la eficacia de las medidas tecnológicas de protección, resulta importante indicar lo expresado por Yves Gaubiac al respecto:

“Estas medidas tecnológicas deben ser eficaces, es decir, deben permitir a los titulares de derechos el control de una utilización, gracias a la aplicación de un código de acceso, de un procedimiento de seguridad como la codificación o un mecanismo de control de la copia. Se trata de métodos que efectivamente funcionen. Los protocolos, formatos o métodos de codificación no son necesariamente medidas tecnológicas protegibles, que constituyan más que simples ideas. El calificativo « eficaz » cae bajo el control de los magistrados, quienes conocerán de los casos de elusión de medidas tecnológicas. Éstos

podrán juzgar –con frecuencia después de un peritaje- que la medida tecnológica de que se trate es ineficaz”¹⁰¹.

Ahora bien, el artículo 3° del Decreto Legislativo 1076 modificó el artículo 196 del Decreto Legislativo 822, el cual quedaba redactado de la siguiente manera:

“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 licenciatarios exclusivos u otros licenciatarios 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”.

A continuación, el artículo 4° del Decreto Legislativo 1076 incorporó nuevas disposiciones al artículo 196° de la Ley sobre el Derecho de Autor en los siguientes términos:

*“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,*

¹⁰¹ GAUBIAC, Yves:
2007

“Medidas Tecnológicas e Interoperabilidad en el Derecho de Autor y los Derechos Vecinos” en Boletín de Derecho de Autor abril – junio 2007, UNESCO.

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 protegidos¹⁰²*
- b) (...).

En ese sentido, habrá que determinar si a través del Decreto Legislativo 1076 se ha buscado proteger contra la elusión a ambos tipos de medidas tecnológicas efectivas o solamente a una de éstas. Para ello habrá que analizar lo dispuesto en el novedoso artículo 196-A del Decreto Legislativo 822.

La sumilla del artículo parece englobar a ambos tipos de medidas tecnológicas (las que controlan el acceso y las que protegen el derecho de autor), pues no hace una distinción clara entre ambas. Sin embargo, el literal a) de la mencionada norma establece que las acciones (de infracción) podrán estar dirigidas contra quienes eludan cualquier medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegido.

Así, podríamos señalar que la reciente modificación del Decreto Legislativo 822 está destinada a sancionar aquella elusión de medidas tecnológicas de protección que controlan el acceso a obras y producciones protegidas.

Sin embargo, la elusión de medidas tecnológicas que protegen el derecho de autor, entre éstas las medidas anticopia, se encuentran protegidas indirectamente al sancionar a aquellos que fabriquen, importen, distribuyan, ofrezcan al público, proporcionen o de otra manera comercialicen dispositivos, productos o componentes u ofrezcan al público o proporcionen servicios que tengan por finalidad eludir cualquier medida tecnológica efectiva.

¹⁰²Artículo modificado por la Ley N° 29316. El resaltado es nuestro.

Ello significa que sólo será sancionado quien eluda una medida tecnológica de acceso, más no aquel que vulnere una medida tecnológica anticopia. Sin embargo, sí será sancionado quien facilite a través de la fabricación, venta, etc., dispositivos que permitan eludir no sólo las medidas tecnológicas de acceso, sino también las medidas anticopia.

3.6 Las medidas tecnológicas de protección como una limitación efectiva al ejercicio de la excepción de copia privada.

Como ya hemos señalado en el capítulo segundo del presente trabajo, la copia privada no es un derecho de la sociedad que le permite realizar copias de obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor y los derechos conexos sino que se trata de una excepción reconocida expresamente en la norma y de la cual podemos beneficiarnos todos.

Sin embargo, la inclusión de medidas tecnológicas anticopia impide a los usuarios la realización de cualquier acto de reproducción de obras y producciones ya sea con la finalidad de realizar un acto infractorio o simplemente la copia para uso personal de un ejemplar adquirido lícitamente para disfrutar del mismo en una computadora, iPod, o en cualquier otro dispositivo.

En efecto, con la inclusión de una medida tecnológica anticopia se impide la reproducción de una obra ya sea ésta lícita o ilícita. Es decir, con este tipo de medidas los titulares del derecho de autor logran frenar, al menos en teoría, los actos ilícitos respecto de sus producciones, pero acaban también con aquellos actos permitidos por la ley.

Ahora bien, podría decirse que a los titulares del derecho de autor les resulta beneficioso que los usuarios adquieran sus producciones cada vez que éstos quisieran realizar un uso nuevo (si no puedo descargar el disco compacto en mi

computador, tendré que descargarlo de un sitio lícito como iTunes). Sin embargo, a nuestro entender ello no es del todo cierto.

Es decir, las personas disfrutan cada vez en mayor proporción de obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor a través de sus smartphones, iPods, iPads, laptops, etc. y, por el contrario, las ventas de discos compactos y DVD's no sólo en nuestro país sino a nivel mundial continúan decreciendo, conforme se aprecia en los reportes de la International IntellectualProperty Alliance.

Adicionalmente, si bien consideramos que en el futuro el nivel de piratería analógica de discos compactos y DVD's debería descender, creemos que ésta no se extinguirá sino que se trasladará en mayor medida al Internet, como ya ha sucedido hace mucho tiempo en otros países.

Así, aún en un país como el nuestro con una penetración de Internet muy baja, la IIPA señaló en su reporte correspondiente al año 2010 lo siguiente

“There are 7.6 million Internet users in Peru, representing about 26% of the population (according to www.Internetworldstats.com). For the music industry, Internet piracy is the most pressing concern because it is the only possible market left for this industry. Internet cafés serve as important locations for downloading and burning of ilegal files. Free access to peer-to-peer (P2P) networks in Internet cafés and universities has become the major source of ilegal downloads in the country. The most popular P2P network is ARES. Keep in mind that the Internet is also used as a source to download and copy, without authorization, content onto other media, such as optical discs (CDs and DVDs), MP3 devices and even cellular phones. Several auction sites (such as Mercado Libre and De remate) offer infringing copies of films, software and music. The music industry reports that there is no voluntary cooperation with the ISPs at this time”.

Ante ello, ¿se puede señalar que las medidas tecnológicas de protección constituyen una limitación efectiva para las reproducciones no autorizadas de obras y producciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos? Consideramos que no. Y no porque no resulte complicado el realizar copias de ejemplares protegidos por medidas anticopia, sino que a efecto de realizar actos ilícitos van a existir siempre mecanismos para eludir los mismos debido a las ganancias que genera la explotación de dichas producciones.

El problema, desde luego, lo tienen los usuarios lícitos, es decir, aquéllos que no recurren a la piratería, a las descargas a través de los mecanismos P2P o a través de Internet, sino aquéllos que adquirieron un ejemplar lícito de un disco compacto o de un DVD y no pueden realizar una copia para uso personal amparándose en una excepción reconocida en nuestra legislación, la cual podría ser cuestionada por ciertos sectores, pero que se encuentra vigente.

Si bien la elusión de dicha medida tecnológica sería un acto lícito, no es común que las personas conozcan las técnicas necesarias para eludirlas más aún cuando se supone que la comercialización de mecanismos para tal fin es sancionado.

3.7 Las medidas tecnológicas de protección frente al pago de la compensación por copia privada.

Para empezar a analizar este punto debemos señalar que estamos de acuerdo con el pago de la compensación por copia privada, a pesar de los amplios cuestionamientos que tiene no sólo en el Perú sino básicamente en Europa, donde paradójicamente se originó dicha figura.

En efecto, creemos que el ejercicio de la excepción de copia privada en la actualidad genera perjuicios a los titulares del Derecho de Autor y derechos conexos debido a la masificación que ésta ha tenido y que, por ende, debe retribuirse a los mismos por el daño causado. Así pues, hay que ser claros en

señalar que la sociedad ha internalizado que el copiar fonogramas u obras audiovisuales resulta ser una actividad normal que no vulnera el Derecho de Autor. En ese sentido, resulta cotidiano observar cómo muchas personas reproducen en sus computadoras, teléfonos celulares, Apple Ipods, etc., obras que quizá no vayan a ver o escuchar habitualmente, pero que han sido descargadas al amparo de la excepción de copia privada.

Ante ello, a pesar de que la copia privada podría ya no considerarse una excepción debido al perjuicio que causa a los titulares de los derechos respectivos, el prohibirla parece no ser una solución adecuada. La tecnología avanza y se han creado dispositivos que promueven justamente el ejercicio de la excepción materia de análisis. ¿O sería real pensar en que las nuevas generaciones de celulares, los Apple Ipad o las computadoras personales no tengan la capacidad para grabar música en los mismos?

Ahora bien, en el capítulo segundo del presente trabajo hemos señalado que debe ampliarse los supuestos de excepción al pago de la compensación, pues no todos los adquirentes de soportes susceptibles de reproducir obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor van a realizar dicho acto.

Así, si bien es cierto los obligados al pago serían los importadores y fabricantes de soportes susceptibles de realizar copias de obras y producciones, debiera permitirse a éstos demostrar que la importación realizada se va a destinar a una empresa, una entidad estatal, una universidad u otra persona jurídica, y siendo que éstas entidades no podrían realizar copias privadas de obras y producciones protegidas, debería exceptuárseles el pago.

Como se ha señalado, en Perú se introdujo la compensación por copia privada y también una protección amplia a las medidas tecnológicas de protección, de conformidad con los acuerdos adoptados en el marco del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito con los Estados Unidos de América.

Ante ello, cabe preguntarse si habiéndose introducido la figura de la compensación por copia privada resulta adecuado introducir un marco regulatorio amplio para las medidas de protección tecnológica.

Consideramos que no. Si de por sí la regulación de las medidas tecnológicas de protección resulta controvertida frente a la excepción de copia privada, lo es más en aquellos países que no tienen la figura de la compensación por copia privada. Es más, podríamos señalar que una protección legislativa excesiva como la contemplada en el Decreto Legislativo 1076 da la razón a aquellos que se oponen a la compensación por copia privada.

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.

3.8 Las medidas tecnológicas de protección y el derecho de los consumidores.

De acuerdo con lo establecido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado mediante Ley 29571, se entiende por consumidor a toda persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final

productos o servicios materiales o inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional¹⁰³.

Asimismo, se considera como proveedor la persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrica, elabora, manipula, acondiciona, mezcla, envasa, almacena, prepara, expende, suministra productos o presta servicios de cualquier naturaleza a los consumidores¹⁰⁴. En ese sentido, se considera proveedores a:

1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.
2. Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.
3. Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.

Mediante Resolución N° 159-2004-CPC del 11 de febrero de 2004, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI señaló lo siguiente:

“(...) se debe considerar que la definición de proveedor no sólo se circunscribe a quien finalmente vendió el bien o servicio, sino a cada uno de los intervinientes en la cadena de producción – consumo, entendiéndose por ésta al conjunto de personas jurídicas o naturales, de derecho público o privado, que facilitan el traslado de un producto o

¹⁰³Ley 29571, Título Preliminar, Artículo IV, numeral 1.

¹⁰⁴Ley 29571, Título Preliminar, Artículo IV, numeral 2.

servicio desde el fabricante hasta el consumidor final, en el territorio nacional. Si bien los integrantes de la cadena de producción – consumo cumplen roles distintos, la responsabilidad por infracción a la Ley dependerá del fabricante, del importador, del distribuidor, del prestador y de todos aquellos intervinientes en dicha cadena, según sea el caso”.

Ahora bien, el Código señala que una “relación de consumo” es aquella relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica.

Al respecto, Juan Espinoza Espinoza señala que:

“Las relaciones de consumo son un tipo de relaciones jurídicas que presuponen dos situaciones jurídicas específicas, la de consumidor y la de proveedor. Dada la situación de asimetría (o insuficiencia) informativa del consumidor, la disciplina que trata esta materia, el Derecho del Consumidor, tiene como principio básico protegerlo, existiendo un favor respecto del mismo”¹⁰⁵.

No hay duda que la persona que adquiere un soporte conteniendo una obra o producción protegida por el Derecho de Autor es un consumidor, debiéndose aplicar a la relación de consumo las normas pertinentes al Derecho de los Consumidores. En efecto, quien adquiere un disco compacto o un DVD en un establecimiento comercial para su uso personal constituye un consumidor que establece una relación de consumo con los proveedores de dichos soportes los cuales, de acuerdo con la definición brindada en la norma, abarcan desde el productor fonográfico o audiovisual, el importador, el distribuidor nacional hasta quien finalmente comercializa habitualmente estos productos (discotiempos, supermercados, entre otros).

¹⁰⁵ **ESPINOZA, Juan**
2012 “Derecho de los Consumidores”.
Editorial Rhodas, Lima, p. 91

En ese sentido, no existe razón alguna para relativizar la protección que se brinda a dichos consumidores cuando lo que adquieren son bienes culturales que constituyen el objeto de protección del Derecho de Autor, debiéndose ser tratados como si hubiesen adquirido cualquier otro bien en el mercado.

Ahora bien, el artículo primero del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que los consumidores tiene derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

Asimismo, el artículo segundo de dicho cuerpo normativo establece que el proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios¹⁰⁶. Continúa la norma señalando que para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos¹⁰⁷.

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, mediante Resolución N° 102-1997/TDC-INDECOPI del 16 de abril de 1997, estableció lo siguiente respecto del deber de información de los proveedores:

“(…) la Sala considera que el cumplimiento o no de esta obligación debe ser, en principio, analizada en abstracto, esto es, tomando en cuenta lo que normalmente esperaría un consumidor razonable en las circunstancias que rodean la adquisición de un producto o la contratación de un servicio. Esta definición determinará qué prestaciones y

¹⁰⁶Ley 29571, artículo 2, numeral 2.1.

¹⁰⁷Ley 29571, artículo 2, numeral 2.3

características se incorporan a los términos y condiciones de la operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestre qué es lo que las partes acordaron realmente. Para ello se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. Así, en lo no previsto, se considerará que las partes acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios por los cuales suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable”.

Como hemos visto, la incorporación de medidas tecnológicas de protección anticopia puede impedir que el comprador pueda reproducir el soporte adquirido a efecto de incorporarlo en un dispositivo que considere más adecuado, lo cual restringe el ejercicio de una excepción.

Asimismo, es usual que no se informe a los consumidores respecto de dicho hecho al momento de adquirir el soporte o que, al menos, no sea suficientemente informado respecto de este hecho.

En la actualidad, consideramos que muchos de los adquirentes de producciones musicales o audiovisuales esperarían poder realizar el copiado del mismo en un soporte digital, sea en el teléfono celular, en la computadora, en un reproductor Mp3 o Mp4 a efecto de poder disfrutar de su adquisición en el momento y lugar que desee con mayor comodidad. Así pues, creemos que en la actualidad un consumidor razonable esperaría poder reproducir la producción musical o audiovisual en otro soporte a efecto de disfrutar de la misma con mayor facilidad, más aún si dicha facultad se encuentra reconocida en una norma legal. En ese sentido, la imposibilidad de realizar dicho acto de reproducción podría incidir en su decisión de compra, más aún teniendo en cuenta el valor de los soportes originales en el mercado.

Por ello, consideramos importante que los proveedores de estas producciones informen adecuadamente a los consumidores acerca de la incorporación de medidas tecnológicas de protección en los mismos a efecto de que tomen una decisión de consumo adecuada a sus intereses.

Por otro lado, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que 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 y la 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 mercado¹⁰⁸.

Respecto de la obligación de los proveedores por la idoneidad de los productos o servicios que ofrecen, la norma señala que 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 éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda¹⁰⁹.

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, mediante Resolución N° 85-96-TDC del 13 de noviembre de 1996 estableció lo siguiente en relación al deber de idoneidad:

“(...) se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que razonablemente se adquieren éstos en el mercado, según lo esperaría un

¹⁰⁸Ley 29571, artículo 18

¹⁰⁹Ley 29571, artículo 19

consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados (...)”.

¿Podría constituir una infracción al deber de idoneidad la venta de producciones en las cuales se ha incorporado una medida tecnológica de protección que impida la copia del mismo? En nuestra opinión, consideramos que no pues la idoneidad de un soporte conteniendo una producción musical o audiovisual no depende de que éste pueda ser copiado, sino que se pueda apreciar en un aparato reproductor. La finalidad de adquirir un disco compacto o un DVD o descargar lícitamente una obra musical a través de iTunes por ejemplo no es para copiarla, sino para disfrutarla viéndola o escuchándola. Ello sin perjuicio claro del deber de información que tiene el proveedor.

Sin embargo, a nivel europeo se ha generado conflictos entre los consumidores y los proveedores de producciones en las cuales se han instalado medidas tecnológicas de protección justamente alegando infracciones a los deberes de información e idoneidad.

En Francia, por ejemplo, la Association Consommation Logement Cadre de Vie – CLCV- interpuso una demanda contra EMI Music France por la incorporación de una medida tecnológica de protección en un disco de la cantante francesa Liane Foly, lo cual generaba que el mismo no pudiera escucharse en los equipos de sonido de los automóviles. Ante ello, el Tribunal de Grande Instance de Nanterre sancionó a EMI pues si bien dicha entidad había informado a los compradores sobre la incorporación de dicho mecanismo en los discos, no había informado que ello generaba que no se pudiera utilizar en ciertos equipos de sonido.

Asimismo, la Asociación Belga de Protección de los Derechos de los Consumidores ha señalado que demandará a las multinacionales SONY, EMI,

BMG y Universal Music por limitar a los consumidores el ejercicio de la excepción de copia privada¹¹⁰.

3.9 La función de la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 169° del Decreto Legislativo 822, la Dirección de Derecho de Autor (antes Oficina de Derechos de Autor), a través de la Comisión de Derecho de Autor tendrá la atribución de:

“Orientar, coordinar y fiscalizar la aplicación de las leyes, tratados o convenciones internacionales de los cuales forme parte la República en materia de derecho de autor y demás derechos reconocidos por la presente ley y vigilar su cumplimiento”.

Asimismo, de acuerdo con el Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI-, corresponde a la Dirección de Derecho de Autor proteger el Derecho de Autor y los derechos conexos. En ese sentido, dicho órgano resuelve en primera instancia las causas contenciosas y no contenciosas que le sean sometidas a su jurisdicción, por denuncia de parte o por acción de oficio¹¹¹. Asimismo, se ha establecido que al interior de la Dirección de Derecho de Autor existirá una Comisión que es un órgano colegiado independiente del Director, la cual resuelve las acciones por infracción sometidas a su competencia.

Siendo que la Dirección de Derecho de Autor fiscalizar la aplicación de las leyes y tratados de los que el Perú es parte en materia de Derecho de Autor y de vigilar su cumplimiento, sería dicho órgano el encargado de velar por el respeto de lo

¹¹⁰Ver al respecto <<http://www.rraformacion.com/mod/page/view.php?id=133>>, consultada el 29 de junio de 2012.

¹¹¹Artículo 38° del Decreto Legislativo 1033.

establecido en el Decreto Legislativo 1076 que modificó al Decreto Legislativo 822 respecto de la elusión de medidas tecnológicas de protección. Sin embargo, las normas establecidas en el Decreto Legislativo 1076 modifican específicamente lo dispuesto en el artículo 196 del Decreto Legislativo 822, el mismo que se encuentra contemplado en el Título XI del mencionado cuerpo normativo correspondiente a las acciones y procedimientos civiles. Es decir, cualquier vulneración a lo establecido en el artículo 196 del Decreto Legislativo 822, modificado por el artículo tercero del Decreto Legislativo 1076, será de competencia exclusiva de las autoridades judiciales y no de la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI.

Ahora bien, el Decreto Legislativo 1076 ha establecido que no será sancionada la elusión de una medida tecnológica cuando se trate de usos no infractores contemplados en informes emitidos por la Dirección de Derecho de Autor, los mismos que deberán demostrar la existencia de evidencia sustancial de un impacto adverso real o potencial. A la fecha, sin embargo, la Dirección de Derecho de Autor no ha emitido informe alguno.

A pesar de ello, queda bajo competencia de la Dirección de Derecho de Autor lo dispuesto en el artículo 38° del Decreto Legislativo 822, la cual sanciona con ilicitud la importación, fabricación, venta, arrendamiento, oferta de servicios o puesta en circulación en cualquier forma, de aparatos o dispositivos destinados a burlar cualesquiera de los sistemas de autotutela implementados por el titular de los derechos.

CONCLUSIONES

1. Los titulares del derecho de autor y derechos conexos implementan medidas tecnológicas de protección a sus producciones por razones que van desde la amenaza de la piratería hasta las pérdidas que les genera la explotación de las mismas en el entorno digital, básicamente a raíz de la popularidad del sistema “*peer to peer*” entre los usuarios de Internet. En ese sentido, se puede señalar que la implementación de medidas tecnológicas de protección en soportes que contengan obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor y los derechos conexos busca resguardar a dichas producciones intelectuales de cualquier acto no autorizado por el titular, como puede ser su reproducción.
2. No obstante ello, la persecución de los actos de elusión de las medidas tecnológicas de protección es difícil y hasta imposible pues dichos actos serán efectuados por individuos en su ámbito privado. Así, resulta más efectivo impedir que se adquiera fácilmente, a través de cualquier medio, dispositivos que permitan la elusión de las medidas tecnológicas de protección yendo directamente contra el proveedor de dichos dispositivos y no contra el individuo que busca el servicio.
3. Por otro lado, a través de la excepción de copia privada se faculta a los usuarios de obras y producciones protegidas por el Derecho de Autor y los derechos conexos a realizar una copia de las mismas para su uso exclusivamente personal, siempre y cuando se cumpla con la denominada Regla de los Tres Pasos establecida en el Convenio de Berna. Ahora bien, al tratarse de una excepción los titulares del Derecho de Autor y derechos conexos no pueden oponerse a su ejercicio ni poner límites a la misma más allá de los establecidos legalmente.
4. Ante el desarrollo de nuevas tecnologías que permiten la reproducción en gran escala de obras y producciones protegidas en nuevos soportes, se

puede señalar que la copia privada dejó de ser un acto de explotación inofensivo, causando un perjuicio a los titulares de los derechos respectivos. En ese sentido, algunos sectores señalan que la copia privada ya no encontraría justificación como una excepción al Derecho de Autor. Sin embargo, la misma se encuentra aún reconocida como excepción en tratados internacionales y en legislaciones nacionales sobre la materia, resultando casi imposible que dicha situación cambie.

5. No existe el denominado “derecho de copia privada”. Lo que existe es el derecho de los autores respecto de sus creaciones expresado en sus vertientes de orden moral y patrimonial y, asimismo, el derecho de la sociedad a acceder a la cultura, a la educación y a la información que se encuentran en dichas creaciones. A efecto de equilibrar dichos derechos (el de los autores y el de la sociedad) se han establecido las excepciones al derecho de autor, sin que genere en la sociedad algún tipo de titularidad respecto de las producciones intelectuales.
6. A través de la compensación por copia privada se busca resarcir en cierta medida el perjuicio sufrido por los titulares del derecho de autor y derechos conexos, no necesariamente de naturaleza económica, permitiendo que se pueda restablecer el equilibrio existente entre los intereses de éstos y el interés de la sociedad en ejercer la excepción de copia privada. Dicha figura se introdujo en el Perú a través de la Ley 28131, sin embargo, su aplicación no es pacífica lo cual se refleja en la cantidad de procedimientos iniciados por las entidades de gestión colectiva en el INDECOPI para lograr el cobro de dicho canon. Lo que se busca es generar que las personas que realicen copias para su uso exclusivamente personal compensen por dicho acto de explotación a los titulares respectivos, lo cual únicamente se logrará al momento de que se adquiera el soporte, pues resulta imposible que se realice el pago de la compensación cada vez que dichas personas realicen un acto efectivo de reproducción. En ese sentido, la compensación por copia privada no está relacionada con infracciones al Derecho de Autor, sino con el ejercicio de una excepción.

7. Los usuarios no pueden beneficiarse de la excepción de copia privada si los ejemplares que contienen obras y producciones protegidas cuentan con medidas anticopia. En ese sentido, los titulares del derecho de autor, aún cuando legalmente no podrían oponerse al ejercicio de la excepción de copia privada, impiden la efectiva realización de la misma. Ahora bien, la razón esgrimida por éstos es que a través de las medidas tecnológicas se busca impedir la realización de actos de infracción, sin embargo, ello no ha ocurrido, siendo el gran perjudicado el usuario que adquiere un ejemplar original.
8. A nuestro entender, una interpretación correcta que los Tratados Internacionales de la OMPI debería reconocer el ejercicio de las excepciones al derecho de autor en cualquiera de sus modalidades (sistema cerrado o abierto) al ser actos de explotación permitidos por la ley.
9. La reciente modificación del Decreto Legislativo 822 por el Decreto Legislativo 1076 está destinada a sancionar aquella elusión de medidas tecnológicas de protección que controlan el acceso a obras y producciones protegidas. Sin embargo, la elusión de medidas tecnológicas que protegen el derecho de autor, entre éstas las medidas anticopia, se encuentran protegidas indirectamente al sancionar a aquellos que fabriquen, importen, distribuyan, ofrezcan al público, proporcionen o de otra manera comercialicen dispositivos, productos o componentes u ofrezcan al público o proporcionen servicios que tengan por finalidad eludir cualquier medida tecnológica efectiva.
10. Consideramos que resulta contradictorio establecer un marco de protección amplio a favor de las medidas tecnológicas de protección y a la vez mantener y reforzar la compensación por copia privada. Ello pues 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.

11. A pesar de ello, 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. Sin perjuicio de ello, nos parece un mecanismo idóneo para compensar a los titulares del derecho de autor por las pérdidas generadas por el ejercicio de la copia privada.
12. Es usual que los titulares del derecho de autor y derechos conexos no señalen en los ejemplares que distribuyen al público que en los mismos se ha incluido una medida tecnológica de protección. Ello debiera indicarse a efecto de que los consumidores tomen decisiones de consumo de acuerdo con sus intereses.

BIBLIOGRAFÍA

- **ÁLVAREZ, Hernar:**
2005 “*Aspectos jurídicos de las descargas de música en Internet*”.
En “II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el derecho de autor”.
La Coruña, Universidad de la Coruña.

- **ANTEQUERA, Ricardo:**
2005 “Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los derechos conexos en el entorno digital”.
En XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y derechos conexos para países de América Latina. Asunción.

- **ANTEQUERA, Ricardo**
2009 “Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor”. Bogotá,
Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis.

- **COHEN, Julie**
2003 Will fair use survive? En LEPAGE, Anne: “Panorama General de las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en el Entorno Digital”. Boletín de Derecho de Autor. UNESCO.

- **CORREA, Hernán**
2006 “Retos del entorno digital al régimen de limitaciones y excepciones”.
En Revista Iberoamericana de Derecho de Autor N° 1, Bogotá,
CERLALC.

- **CUNARD, Jeffrey; HILL, Keith y BARLAS, Chris**
2003 “Evolución reciente en el campo de la gestión de los derechos digitales”. Estudio presentado en la Décima sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ginebra, 3 a5 de noviembre de 2003.

- **DE FREITAS, Eduardo:**
2006 “Los derechos patrimoniales en el entorno digital”.
En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Año III, N° 3, Lima

- **ESPINOZA, Juan**
2012 “Derecho de los Consumidores”.
Lima, Editorial Rhodas.

- **FERNÁNDEZ, Carlos**
2006 “Modelos de explotación en el ámbito digital”. En XII Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina, Santiago de Chile, 9 al 13 de octubre de 2006.

- **FICSOR, Mihaly:**
2005 “La modalidad de transferencia a través de los sistemas peer to peer”
En XII Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Santiago de Chile.

- **FISHER, William.**
1988 “Reconstructing the Fair Use Doctrine”.
En la página web de la Universidad de Harvard
<<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/FairUse2.htm>>,
consultada el 18 de junio de 2012.

- **GARROTE, Ignacio**
2006 “Tutela de las medidas tecnológicas de protección y de la información para la gestión de derechos de propiedad intelectual”.
En BERCOVITZ, Rodrigo. Manual de Propiedad Intelectual.
Valencia, Tiran Lo Blanch, 2006.

- **GAUBIAC, Yves**
2007 “Medidas Tecnológicas e Interoperabilidad en el Derecho de Autor y los Derechos Vecinos” en Boletín de Derecho de Autor abril – junio 2007, UNESCO.

- **HANDLER, Darren**
2007 “The copyright & digital mismanagement chasm: fair use implications of digital rights management technologies upon the digital versatile disk medium”. En Wake Forest Intellectual Property Law Journal.

- **LESSIG, Lawrence,**
2004 “A Rotten Ruling”,

En <<http://www.wired.com/wired/archive/13.09/posts.html?pg=7>>, consultada el 29 de junio de 2012.

- **LIPSZYC, Delia:**
1993 “Derecho de Autor y Derechos Conexos”.
Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, ZAVALIA.

- **LIPSZYC, Delia**
2004 “Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos”. Buenos Aires, UNESCO-CERLALC-ZAVALIA.

- **MADISON, Michael**
2005 “Rewriting Fair Use and the future of Copyright reform”. En la página web<http://d-scholarship.pitt.edu/6052/1/Madison_Rewriting_fair_use.pdf>, consultada el 18 de junio de 2012.

- **MONTEZUMA, Óscar:**
2005 “El futuro de los derechos de autor en entornos digitales”
Tesis para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

- **OBERHOLZER, Felix y STRUMPF, Koleman:**
2004. “The effect of file sharing on record sales. An empirical analysis”. En la página web <<http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf>>, consultada el 28 de junio de 2012.

- **TATO, Anxo:**
2008 “*La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y los límites al Derecho de Autor: Copia Privada, Canon Digital y PressClipping*”.
En II Jornada sobre Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor. La Coruña, Universidad de la Coruña.

- **VON LOHMAN, Fred:**
2002 “Fair Use and Digital Rights Management: Preliminary Thoughts on the (Irreconcilable?) Tension between Them”.
En la página web de la ElectronicFrontierFoundation<https://www.eff.org/sites/default/files/cfp_fair_use_and_drm_0.pdf>, consultada el 30 de octubre de 2011.

- **VON LOHMAN, Fred:**
2010 "Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA"
En la página web de la Electronic Frontier Foundation
<https://www.eff.org/sites/default/files/eff-unintended-consequences-12-years_0.pdf>, consultada el 18 de junio de 2012.

