

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ FACULTAD DE DERECHO



**EL ANACRONISMO SOBRE LA NORMATIVA DE COPIA PRIVADA DIGITAL
EN EL PERÚ: LA EVIDENTE RUPTURA ENTRE LAS RELACIONES
JURÍDICAS QUE SE ESTABLECEN EN LA ACTUALIDAD CON LAS
RELACIONES CONTEMPLADAS EN LA HIPOTESIS DE INCIDENCIA DE LA
NORMA**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO QUE PRESENTAN:

ROCÍO RAQUEL YÉPEZ MINAYA

CRISTIAN MARTÍN LÓPEZ CHANOVE

ASESOR:

ENRIQUE BARDALES MENDOZA

Agosto, 2014

Con el más grande amor a las dos personas que con su sacrificio hicieron esto posible, por su apoyo constante, por su comprensión y sobre todo por enseñarme que cuando las cosas se hacen con cariño y dedicación siempre tendrán un buen resultado, a ustedes mamá y papá mi profundo agradecimiento.

R.Y.M

A mis padres por su esfuerzo, dedicación y paciencia a lo largo de estos años.

C.L.CH.

De manera especial un agradecimiento a Kike quién con sus conocimientos supo guiarnos en el desarrollo de la presente tesis.

INDICE:

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	1
JUSTIFICACIÓN, DEFINICIÓN Y LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA QUE DEMUESTRAN EL DESFASE DE LA NORMATIVA DE COPIA PRIVADA EN EL ENTORNO DIGITAL	1
1.1 JUSTIFICACIÓN SOCIAL Y ECONÓMICA ATRIBUIDA A LA COPIA PRIVADA	2
1.1.1 Antecedentes sociales:	2
A) Multiplicidad de usuarios, imposibilidad de identificación.	8
B) Multiplicidad de usuarios. Imposibilidad de técnicas de control.	11
1.1.2 Supuesto perjuicio económico para los autores:	14
A) Regla de los tres pasos	18
1.2 DEFINICIÓN DE ENTORNO ANALÓGICO Y ENTORNO DIGITAL	24
1.2.1 Distinción de definición analógica y digital. Distinción entre los contextos en los que se desarrollaron.	25
1.2.2 Realidad tecnológica que demuestra la supremacía de lo digital frente a lo analógico.	26
1.2.3 División del entorno digital: Online y Offline.	28
1.3 DEFINICIÓN DE COPIA PRIVADA: ALCANCES GENERALES	30
1.3.1 Elementos que componen la copia privada	30
▪ Soporte Analógico o soporte digital:	31
▪ Copia o ejemplar:	32
▪ Uso privado y única reproducción:	34
▪ Sin fines directa o indirectamente comerciales:	37

▪ Usos honrados:	38
▪ Compensación equitativa:	39
1.3.2 Definición de copia privada en el Perú. Características de la copia privada según nuestro ordenamiento.	40
• ¿Uso exclusivamente personal o uso privado?	41
• No tener una finalidad lucrativa	45
• Una sola reproducción	47
• Compensación por copia privada	49
• Facultad de incorporar medidas tecnológicas de protección y obligación de no eludirlas	62
1.3.3 Copia Privada: ¿Excepción o límite al derecho de autor?	69
1.3.4 Diferentes definiciones de copia privada	81
1.4 REGULACIÓN REFERENTE A LA COPIA PRIVADA EN EL PERÚ	84
1.4.1 CONVENIO DE BERNA.-	84
1.4.2 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ	88
1.4.3 DECISIÓN ANDINA No. 351	89
1.4.4 LEY Y REGLAMENTO DEL ARTISTA INTÉRPRETE Y EJECUTANTE.	92
1.4.5 DECRETO LEGISLATIVO No. 1076	94
1.4.6 LEY No. 29263. LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL.	96
1.4.7 LEY No. 28289.	97
1.4.8. DECRETO LEGISLATIVO No. 822	99
1.4.9 TRATADOS DE LA OMPI: WCT y WPPT	101
1.4.10 TRATADO DE LIBRE COMERCIO (TLC) CON ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	102

1.5 LA COPIA PRIVADA EN EL DERECHO COMPARADO	104
a) Estados Unidos:.....	105
b) Alemania:.....	107
c) Francia:.....	109
d) España:.....	110
e) Canadá:.....	111
1.6 JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE COPIA PRIVADA ..	113
a) Caso Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) - Padawan:.....	113
b) Caso INDECOPI – Unión Peruana de Productores Fonográficos (UNIMPRO), Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC), Asociación Nacional de Artistas Visuales (APSAV), Asociación Nacional de Artistas Intérpretes y Ejecutantes (ANAIE) y Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA PERÚ):	116
c) Caso INDECOPI – Compudiskett S.R.L.:.....	119
1.7 LA COPIA PRIVADA, SU EVIDENTE DESFASE EN LA ACTUALIDAD Y POSIBLE JUSTIFICACIÓN OCULTA.	120
1.7.1 Realidad de nuestra normativa.....	121
CAPITULO II	126
CONSTATACIÓN OBJETIVA DEL USO DE COPIA PRIVADA EN LA ACTUALIDAD	126
2.1 EL ROL DE LA REPRODUCCIÓN COMO ELEMENTO PRIMORDIAL DE LA COPIA PRIVADA Y LA PIRATERIA	127
2.1.1 La mala visión “todista” del derecho de reproducción	130
2.1.2 Explotación de la obra vs uso privado	137
2.1.3 La normativa de copia privada convierte a las copias no autorizadas en copias ilegales: piratería	147
2.1.4 Las Absurdas penas que encierra nuestra normativa	150

2.2 COMPENSACIÓN POR COPIA PRIVADA.....	152
2.2.1 Finalidad	152
2.2.2 Normativa vigente.....	157
2.2.3 ¿Compensación?.....	161
2.2.4 Gestión Colectiva.....	168
2.3 LA PROBLEMÁTICA DE LA COPIA PRIVADA Y SU MALA EQUIPARACIÓN CON LA PIRATERÍA.....	174
2.3.1 El alcance y real dimensión de la piratería	174
2.3.2 Problemas de Mercado.....	176
2.3.3 Dificultades Legales	177
2.4 MAXIMIZACIÓN EN EL USO DEL SOPORTE.....	181
2.4.1 Industria obsesionada con el control que se ciega al real uso de los soportes 185	
2.4.2 La Copia Privada no afecta la explotación normal de la obra	187
2.4.3 Maximización del soporte como fundamento básico para reducir costos innecesarios del usuario.....	191
2.4.4 Normativa de copia privada que impide el disfrute de un bien del que ya se es propietario	198
2.4.5 Normativa de copia privada que también impide el disfrute de un bien aunque se esté dispuesto a realizar un doble pago	200
2.4.6 ¿Realmente generamos un daño al realizar una o más reproducciones adicionales de un CD agotado o de uno del que somos propietarios?.....	203
2.5 REALIDAD TECNOLÓGICA Y SU RELACIÓN CON LA COPIA PRIVADA	205
2.5.1 La adaptación como una necesidad acorde con nuestra realidad.....	211
2.5.2 Beneficio que genera el desarrollo de nuevas tecnologías vs Restricciones que fomenta la Copia Privada.....	221
2.6 INEFICACIA DE LA NORMATIVA SOBRE COPIA PRIVADA	227

2.6.1 Desfase de la normativa de Copia Privada.....	227
2.6.2 Restricción impuesta por la Copia Privada afecta el equilibrio que debe cumplir el Derecho de Autor.	234
2.6.3 Debido al avance tecnológico la excepción de copia privada contraviene el fin por el cual ha sido adquirido el soporte.....	238
2.7 DERECHO DE LOS AUTORES Y ¿DERECHO DE LOS USUARIOS?	244
2.8 MECANISMO TECNOLÓGICO DE PROTECCIÓN	255
2.8.1 Definición y tipos de Medidas Tecnológicas de Protección.	256
2.8.2 Efectividad de las Medidas Tecnológicas de Protección.	261
2.8.3 Prohibición de eludir Medidas Tecnológicas de Protección Efectivas.	264
2.9 FACULTAD DE INCORPORAR MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN VS DERECHO DE LOS CONSUMIDORES	274
CAPÍTULO III	276
POTENCIALES SOLUCIONES: PROPUESTA DE REGULACIÓN	276
3.1 CONSIDERACIONES A TOMAR EN CUENTA PARA UNA DEFINICIÓN DE COPIA PRIVADA.....	277
3.2 PROPUESTA DE REGULACIÓN.....	284
CONCLUSIONES	292
BIBLIOGRAFÍA.....	307

INTRODUCCIÓN

El Derecho de Autor otorga a los autores y/o titulares el derecho exclusivo que se refleja en la facultad de autorizar o prohibir la reproducción de sus obras. A su vez aquel derecho de reproducción forma parte de los derechos patrimoniales del autor. Por tal motivo, podríamos decir que los autores tienen el derecho exclusivo de reproducir su obra con la finalidad de generar ingresos económicos a su favor.

Si bien comprendemos que el afán por generar ingresos económicos deba ceñirse exclusivamente al ámbito del autor y/o titular, nuestra actual normativa sobre Derecho de Autor cae en el error de considerar a toda reproducción como potencial fuente de ingresos para los autores y/o titulares. Es por dicha razón, que se prohíbe toda reproducción a menos que se obtenga una autorización o se encuentre dentro de algunos de los supuestos de excepción establecidos por la norma.

Sin embargo, es importante tener en consideración que aquel derecho de reproducción exclusivo de los autores no es un derecho absoluto, es por dicha razón que cuenta con límites y excepciones que demuestran la presencia de otros derechos, como lo son el de los usuarios. En ese sentido, al no ser el derecho de

autor un derecho absoluto, se permite determinados tipos de uso sin el consentimiento previo del autor, como lo es la copia privada.

No obstante, consideramos que de acuerdo con la visión que actualmente se tiene de la reproducción, la copia privada no se ajusta al real uso que se le da a los soportes, siendo los usuarios que se valen de las reproducciones únicamente para maximizar el uso de sus soportes legítimamente adquiridos, los principales perjudicados. En ese sentido, apreciamos que aquellas reproducciones que realizan dichos usuarios, no buscan o tienen en ningún momento una finalidad comercial.

Asimismo, es importante tomar en consideración el actual escenario tecnológico en el cual nos desenvolvemos, donde el acto de reproducción se ha convertido en un acto al alcance de todos, lo cual hace posible que la portabilidad de información sea una de las principales formas de maximizar el uso de los soportes. Por tal motivo, consideramos que el seguir manteniendo una visión “todista” de la reproducción podría resultar ser anacrónico de acuerdo con nuestra realidad tecnológica.

De igual forma, es innegable aquella transformación en nuestro entorno, donde no queda duda el cambio del entorno analógico al digital. En ese sentido,

consideramos extremadamente necesario se establezcan nuevas disposiciones aplicables a los supuestos que se encuentran netamente sumergidos en el ámbito digital, dejando de lado los conceptos creados y aplicados en el ámbito analógico. En ese sentido, las reproducciones que se realicen de soportes legítimamente adquiridos y que simplemente buscan su maximización, no pueden seguir considerándose como actos ilícitos. No se debe seguir contando el número de reproducciones que requiere un soporte para determinar si infringe o no la normativa de Derecho de Autor, para determinar si se está cometiendo un acto ilegal.

Asimismo, se puede evidenciar que en nuestra normativa se equipara los conceptos de “límites” y “excepciones”, lo cual es un claro error que lamentablemente vuelve a perjudicar a los usuarios.

En relación al tema de compensación, de acuerdo a lo desarrollado en el transcurso de la presente tesis buscaremos demostrar que consentir la imposición de la compensación para resarcir el supuesto perjuicio económico que sufren los autores con la “no venta de sus soportes”, debería desaparecer justamente porque demostramos entre otros motivos, que para realizar la reproducción de un soporte y ampararse en el supuesto de copia privada, previamente se ha cumplido en

adquirir un soporte original, por lo que aquel prejuicio alegado por los autores no existiría. No existiendo de esta forma nada que compensar.

En ese sentido, y en relación a los puntos descritos previamente, nuestra labor en el desarrollo de la presente tesis es analizar si el actual Derecho de Autor sobre protege a los autores sin tomar en consideración la visión de los usuarios, incumpliendo de esta forma con el equilibrio que debe buscar el Derecho de Autor entre los derechos de los autores y los intereses de la sociedad. Consideramos necesario una revisión minuciosa y una actualización urgente de la normativa para que se proteja no sólo los legítimos derechos de los autores, sino también se considere los legítimos intereses de la sociedad en disfrutar de aquellos soportes que han cumplido en adquirir previamente.

Es importante precisar que la presente tesis se centrará en analizar únicamente las repercusiones de la copia privada en el ámbito digital off line, puntualmente, en las copias privadas de los CD's musicales.

De igual manera, en la presente tesis buscamos demostrar que a pesar que el tema de copia privada se encuentre regulado en nuestro país, nuestra actual normativa no se estaría ajustando con la realidad tecnológica, "inclinando la balanza" a favor de los autores y/o titulares de derechos, alejándose de esta forma

del equilibrio que debe primar entre el derecho de autor y los intereses de la sociedad.

En ese sentido, para poder analizar cada uno de los argumentos expuestos, consideramos necesario dividir la presente tesis en tres capítulos. Tratando en el primer capítulo como la copia privada a través de su justificación, definición y distinta regulación, tanto nacional como extranjera, demuestra su desfase en el entorno digital.

En el segundo capítulo realizaremos una constatación objetiva del uso de la copia privada en la actualidad, analizando como a través de la errada visión “todista” del derecho de reproducción, la imposición de una compensación por copia privada, su mala equiparación con la piratería y el perjuicio que ocasiona los mecanismos tecnológicos de protección, sólo demuestran una privación a los usuarios de la facultad que deberían gozar para maximizar el uso del soporte, lo que conllevaría a reafirmar la existencia de un derecho del usuario.

Finalmente, en el tercer capítulo presentaremos una propuesta de regulación donde desarrollamos la necesidad de contar con una definición de copia privada en la que se establezca claramente que es lo que se entiende por uso privado.

CAPITULO I

JUSTIFICACIÓN, DEFINICIÓN Y LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA QUE DEMUESTRAN EL DESFASE DE LA NORMATIVA DE COPIA PRIVADA EN EL ENTORNO DIGITAL

1.1 JUSTIFICACIÓN SOCIAL Y ECONÓMICA ATRIBUIDA A LA COPIA PRIVADA

1.1.1 Antecedentes sociales:

Nos situamos en primer lugar en los antecedentes de la copia privada para tener un mayor alcance de lo que desarrollaremos en la presente tesis. En ese sentido, es importante conocer los antecedentes que justifican su normativa.

Al respecto, es bastante conocido que desde siempre se ha otorgado un alto nivel de protección a los derechos de autor, dicha protección se justifica por la importancia que se otorga a la creación intelectual. Al respecto, Ricardo Antequera menciona:

“Si el derecho de autor tiene por objeto la protección de las obras que tengan originalidad y concreción de forma, resulta que uno de los fines de la tutela es el “estímulo a la creatividad””¹. (El subrayado es nuestro)

En ese escenario, es donde el Estado se ve obligado a incorporar normativas que velen por los legítimos intereses de los creadores, buscando garantizar de esta

¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Del “Entorno Analógico” a la tecnología digital*. pp 379. 2007.

Consulta: 20 de noviembre de 2012.

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=450&Itemid=101

manera que no se vulneren el Derecho de Autor y se respete sus creaciones. En ese sentido, el Estado a través de su normativa de Derecho de Autor, busca compensar a los autores el daño sufrido, o dicho de manera correcta, el potencial daño que sufrirán los autores al publicar su obra.

Es necesario hacer énfasis que la justificación para incorporar la normativa de copia privada, fue justamente iniciada en una época caracterizada por el entorno analógico en el que se vivía. Al respecto, cumpliremos con realizar la diferencia de aquel entorno analógico en el que se vivió hasta fines de los sesentas, y el entorno digital en el que vivimos en la actualidad.

Sobre el mundo analógico y el mundo digital, Sofía Rodríguez Moreno hace la siguiente distinción:

“El mundo analógico es uno de átomos, donde la información se trabaja en cantidades variables. El mundo digital es uno de bits en donde la información se representa por dígitos, ya sea “1” o “0”. En el mundo análogo, un disco de vinilo es la representación analógica de las vibraciones de sonido, el papel registra un libro, el lienzo un cuadro. En el mundo digital las fronteras se rompen: texto, imagen, video y música son vistos y escuchados en un mismo medio que bien puede ser la pantalla de un computador”².

² RODRIGUEZ MORENO, Sofía. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. pp 107-108.

La normativa sobre el derecho de reproducción, así como el concepto de Copyright, apareció en un entorno analógico, específicamente, con la aparición de la imprenta³. Tenemos entonces, que aquella creación de la imprenta fue un fuerte impacto en el mundo como se conocía en aquel entonces, convirtiéndose de esta forma en un potencial medio para infringir derechos autorales.

Frente a esta evolución del cambio analógico al digital, Ricardo Antequera tiene una opinión bastante particular. Al respecto señala que la copia personal fue concebida en su momento tomando en cuenta los medios “artesanales” utilizados para la reproducción. En ese sentido indica:

“(…) Por ejemplo: respecto de las obras expresadas en forma gráfica, la copia “hecha a mano” o a través de una máquina de escribir. Lo mismo ocurría con la copia personal que podía realizarse a partir de una grabación sonora contenida en un disco “de pasta” o de “vinyl”, o de una fijación audiovisual incorporada a una película celuloide.

Tales copias personales no contravenían los “usos honrados” a que se refiere el artículo 9,2 del Convenio de Berna y que están definidos en el numeral 47 del artículo 2° del Decreto Legislativo No. 822.

Pero la aparición y difusión de las fotocopiadoras, los audiocassettes y video cassettes, las audio y videograbadoras, y los soportes digitales

³ “El concepto de Copyright está arraigado en la tecnología de la imprenta. El reconocimiento del derecho de reproducción y la práctica de pagar regalías surgieron con la imprenta...Copyright fue una adaptación específica a una tecnología específica, y a los problemas y oportunidades que ésta creó”. COLE, Julio H. Patentes y Copyrights: Costos y Beneficios. En: Libertas 36. Instituto Universitario ESEADE. Buenos Aires, 2002. pp. 254-259.

*borrables y grabables, hacen que las copias obtenidas tan fácilmente desborden los “usos honrados”, y que la circulación de tales duplicaciones, aunque no tengan el carácter de “piratería comercial”, desestimulen la adquisición del ejemplar legítimo del libro o la grabación sonora o audiovisual, y atenten contra la normal explotación de la obra o causen un perjuicio injustificado al legítimo interés del titular del respectivo derecho*⁴. (El subrayado es nuestro)

Frente a la afirmación descrita en el párrafo anterior, consideramos que lo único que se confirma es que los derechos que existían en el ámbito analógico son ahora restringidos en el ámbito digital. Al respecto, y para confirmar lo afirmado, Llanos Cabedo Serna, indica que:

*“Cuando no existían las medidas tecnológicas de protección, los consumidores podían hacer varias copias de una obra incorporadas en un soporte y mantenerse en el ámbito privado o doméstico”*⁵.

Es preciso indicar que en la presente tesis desarrollaremos los motivos por los cuales consideramos que la realización de copia privada no desestimulan la adquisición de ejemplares legítimos, ya que el propósito del presente trabajo se

⁴ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA Marysol. *El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*. Monterrico, Lima, 1996. pp 151 – 152.

⁵ LLANOS CABEDO, Serna. *“Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales”*. En: *Limites a la propiedad intelectual y las nuevas tecnologías. Incidencias por la ley 23/2006 de 7 de julio*. Dykinson. Madrid, 2008. pp 90.

centra en aquel supuesto en el cual el usuario ha adquirido un soporte original, por lo que el primer supuesto que menciona Ricardo Antequera, cae por sí mismo.

Con el avance de la tecnología y la aparición de nuevas modalidades que permiten la reproducción, se cuestionó en su momento la autorización que otorgarían los titulares para la realización de dichas actividades, como indica Sofía Rodríguez Moreno citando a Salelles:

“La mayoría de los titulares de derechos, entre ellos los editores, se oponían al establecimiento de la copia privada y de cualquier limitación al derecho de reproducción en el ámbito digital, por considerar que esas reproducciones serían contrarias a la normal explotación de la obra”⁶.

Al respecto, como hemos indicado, a lo largo de la presente tesis desarrollaremos los motivos por los cuales consideramos que la realización de copias privadas no desestimula la adquisición de ejemplares legítimos y tampoco atentan contra la normal explotación de la obra o causa un perjuicio injustificado del autor, como señala Ricardo Antequera y como se consideró en un inicio al presentarse la evolución a la era digital.

⁶ RODRIGUEZ MORENO, Sofía. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. pp 209.

Consideramos que no se atenta contra la normal explotación de la obra o se causa un perjuicio injustificado al autor con la realización de copias privadas. Uno de los sustentos que iremos desarrollando en el presente trabajo, es aquel donde el usuario que ha adquirido previamente un soporte original no volverá a adquirir uno igual para realizar una reproducción adicional. Por lo que el autor o el derechohabiente no se podría ver beneficiado, debido a que no existirá una segunda compra de un bien con el que ya se cuenta.

Entonces, no se puede seguir sosteniendo, como en un inicio se hizo, que existe autor afectado, todo lo contrario, el supuesto daño aún no se ha producido, es más nunca tendremos la certeza si se llegará a cometer. **Sin embargo, en su momento la normativa decidió y hoy se mantiene en catalogar desde un inicio a los autores como afectados y se anticipa en considerar a la sociedad en general como aquel ente encargado de ocasionar el perjuicio,** como si hoy en día no existieran mecanismos que permitan evitar trasladar a la sociedad el “daño” y evitar de esta forma culpar a los usuarios que simplemente hacen uso de los soportes que tienen a su alcance, los mismos que han llegado de la mano con el avance tecnológico.

La evolución hasta la era digital era impostergable, el mundo continuó progresando hasta como lo conocemos hoy y con ello la aparición de nueva

tecnología que permitió no sólo la reproducción de distintas obras de una manera más eficiente, sino el almacenamiento de la misma en distintos aparatos, así como la portabilidad de la información, la excelente calidad de las copias de los soportes y la posibilidad de incorporar mecanismos tecnológicos que permitan la protección de la obra, que se obtienen hoy en día justamente como consecuencia de la tecnología que tenemos a nuestra disposición.

A) Multiplicidad de usuarios, imposibilidad de identificación.

El mundo analógico en el que se vivió hasta la llegada de la era digital y la necesidad de enfatizar en la normativa de copia privada, se caracterizó por la falta de control originado por la multiplicidad de usuarios, así como la imposibilidad de identificarlos y de controlarlos. Debido a dichas razones, se decide disponer sobre la cantidad de copias que el usuario está permitido de realizar.

Como se señala en el resumen de la mesa redonda de la Revista de Internet, Derecho y Política, donde se trata el tema de la copia privada digital y donde se recoge diversas posiciones y justificaciones a favor y en contra sobre la extensión de la copia privada al ámbito digital, se indica:

“(...) En el mundo analógico, la copia privada no supone -por norma general- un grave perjuicio para los intereses económicos del autor; o

cuanto menos, no se trata de un peligro que no se entienda compensado a través de los sistemas de remuneración por copia privada. (...) Sin embargo, con la aparición de la tecnología digital (facilidad de copias de calidad perfecta) la copia privada pone en jaque los intereses económicos del autor, hasta el punto que el mero <uso privado> llega a convertirse (a través de los sistemas P2P) en una verdadera explotación” de la obra ajena”⁷.

Se sustentó la imperiosa necesidad de control por la imposibilidad en controlar el uso y saber quien está haciendo una copia privada y quién no. Como no es posible verificar quienes realizan copias y quienes no, debido a que no podemos irrumpir en el domicilio ajeno para constatar dichas acciones, es que buenamente el ordenamiento decide conceder una sola reproducción a los propietarios de soportes legítimamente adquiridos.

En base a estas circunstancias, habida cuenta de que la mayoría de personas podían realizar copias privadas y no era posible diferenciar entre quienes hacían realmente esas copias y quienes no, la solución menos mala parecía que era imponer una restricción en cuanto a la cantidad de reproducciones que se permiten realizar.

⁷XALABARDER, Raquel; MARTÍN-PRAT, María; MALMIERCA, Marta; RAMIREZ, Javier. *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Mesa Redonda: La Copia Privada Digital*. En: Revista de Internet, Derecho y Política. pp 35. FUOC. Barcelona, 2005.
<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>

En este punto resulta importante continuar lo mencionado por Ricardo Antequera, cuando indica que uno de los fines de la protección del derecho de autor es el “estimulo de la creatividad”. Sin embargo, al respecto también indica:

“(…) Resulta que uno de los fines de la tutela es el “estimulo a la creatividad”, concepto dinámico que impone la necesidad de producir e interpretar las normas con un sentido “vivencial” a la par de las nuevas formas creativas que nacen con el talento del hombre y de las nuevas formas de uso que surgen con el avance de la técnica, también producto del ingenio humano”⁸. (El subrayado es nuestro)

En ese sentido, apreciamos la necesidad de la normativa de Derecho de Autor que busca proteger y estimular el talento y la creatividad de los autores y con ello evitar el perjuicio injustificado a sus derechos. Sin embargo, también se debe tomar conciencia **de que la misma protección debe ir de la mano con el avance tecnológico**, aquel que evoluciona constantemente y que permite a la sociedad acceder a los distintos soportes o medios que contiene una obra y que se encuentran vigentes en determinado momento, como lo es ahora en el medio digital.

⁸ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Del “Entorno Analógico” a la tecnología digital*. pp 379. 2007.
Consulta: 20 de noviembre de 2012.
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=450&Itemid=101

B) Multiplicidad de usuarios. Imposibilidad de técnicas de control.

Como se mencionó en párrafos anteriores, aquel entorno analógico en el que se vivió hace algunas décadas, el mismo que se caracterizó no sólo por la falta de control originado por la multiplicidad de usuarios, sino también por la imposibilidad de identificarlos e imponer técnicas de control, como no era posible controlar la cantidad de reproducciones y saber quién está haciendo una copia privada y quién no, es que el ordenamiento decide conceder una cantidad limitada de reproducciones a los propietarios de soportes legítimamente adquiridos.

A lo largo de la historia la evolución de la tecnología ha estado siempre presente cumpliendo un rol importante y permitiéndonos dar un paso adelante y modernizarnos. El Derecho de Autor siempre se ha visto en la necesidad de ir adecuándose a aquel avance tecnológico para buscar proteger de manera efectiva los derechos de los autores que se puedan ver “amenazados” con este avance tecnológico. Sin embargo, es rol fundamental de la legislación de Derecho de Autor adecuarse a la realidad como lo ha venido haciendo desde siempre. Al respecto, Fernando Zapata López señala:

“El derecho de autor evolucionó en estos casi trescientos años, vinculado de manera estrecha con la evolución tecnológica; pero la evolución tecnológica siempre fue generosa con el derecho de autor, en cuanto que otorgó el tiempo

necesario para poderse entender uno y otro, dándole espacio para que evolucionara en armonía con ese desarrollo tecnológico; no lo molestó y no lo puso contra la pared. En el transcurso de las diferentes etapas del desarrollo tecnológico, cada una de ellas caracterizadas por medios específicos de comunicación y transporte de obras, transcurría un cierto número de años; años que eran aprovechados por las legislaciones nacionales y por los tratados internacionales para ir adecuándose, aceptándose y, a la vez, ir recogiendo todas las formas nuevas de explotación de las obras. Así paso con el cinematógrafo, con el fonógrafo, con la radio, con la televisión, con todos esos desarrollos tecnológicos que le brindaron al derecho de autor ese espacio al cual nos referimos. Sin embargo, el desarrollo tecnológico que la humanidad ha producido en las últimas cuatro décadas no ha tenido esa consideración con el derecho de autor (...)⁹.

Como se precisa en la cita anterior, el avance tecnológico que se ha producido en las últimas cuatro décadas ha sido bastante acelerado en comparación de los avances que se vivieron en el mundo analógico, donde la normativa de Derecho de Autor tuvo la oportunidad de adecuarse y regular conforme aparecía la nueva tecnología. Situación completamente distinta a la que se vive en la era digital,

⁹ ZAPATA LOPEZ, Fernando. Aplicabilidad de las leyes actuales de derecho de autor para la protección de la obra escrita en el entorno digital. Foro de expertos sobre derecho de autor. Hacia un nuevo contrato. El derecho de autor en el entorno digital. Fondo de cultura económica CERLAC. México DF, 2003.pp 74.

donde la tecnología avanza rápidamente, no otorgándole el plazo que desearía el Derecho de Autor para adecuarse y regular lo que tiene la obligación de hacer.

El mismo avance tecnológico que trae consigo nuevos medios y/o mecanismo de reproducción, que son el dolor de cabeza de las grandes compañías más que de los autores, trae consigo un conjunto de técnicas que permiten a los autores y derechohabientes la posibilidad de incorporar a los soportes que contienen su obra la solución a sus “problemas”. Hoy en día con la llegada de la tecnología digital, ya no es posible sostener que no se tienen mecanismos para controlar la cantidad de copias que se hacen de los soportes digitales. Aquel fundamento por el que se justificaba la limitación de reproducciones queda desfasado al existir no sólo medios que permiten a los autores y/o titulares de Derechos de Autor decidir la cantidad de copias que se realicen del soporte que contiene su obra y hasta como acceder a ellas. Sin embargo, y aunque lo desarrollaremos más adelante, es preciso indicar que aquel avance tecnológico de incorporación de medidas de protección, también colisiona con el derecho de los usuarios.

Finalmente, es innegable que las nuevas tecnologías han transformado de manera importante el Derecho de Autor, es por ello la necesidad urgente de adaptar las normas legales que fueron concebidas en el entorno analógico y ajustarlas a nuestra realidad, aquella en la que la evolución de la tecnología es constante y las

necesidades de los usuarios y la sociedad en general evolucionan a la par como un factor de desarrollo importante. Por ello la indiscutible necesidad de ajustar la normativa donde no sólo se proteja a los autores y/o titulares de derechos de autor, sino también considerar y amparar a los usuarios, que son uno de los principales sujetos en los que repercuten directamente las consecuencias de la normativa de Derecho de Autor.

1.1.2 Supuesto perjuicio económico para los autores:

Como se ha venido indicando, la razón principal que justifica la “excepción” de copia privada es la imposibilidad práctica de controlar las reproducciones que se realizan de los soportes que contienen las obras. Como también lo indica Marta Malmierca:

“El motivo que genera la existencia de este límite es la imposibilidad fáctica para el titular de los derechos de conocer y, en consecuencia, poder controlar (autorizar o prohibir) las reproducciones que de su obra se realizan para uso privado”¹⁰.

Sin embargo, la imposibilidad de controlar las reproducciones no es el único fundamento por el cual se justifica la copia privada. Existe también una

¹⁰ MALMIERCA, Marta. *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Mesa Redonda: La Copia Privada Digital*. En: Revista de Internet, Derecho y Política. pp 44. FUOC. Barcelona, 2005. <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>

justificación económica, aquella que señala la obligación de compensar al autor y/o al titular de los derechos por el monto dejado de percibir con la explotación de su obra.

Es necesario precisar, que en el supuesto que nosotros desarrollamos en la presente tesis, con la realización de copia privada no estaríamos perjudicando injustificadamente los legítimos intereses de los autores, debido a que hemos adquirido previamente un ejemplar original.

Es más, podríamos ponernos en el supuesto en el que muchas veces son los usuarios quienes habrían compensado previa e incluso hasta injustificadamente a los autores, debido a que no se llega a determinar que en todo supuesto el usuario vaya a realizar una copia privada, sin embargo se presume que lo hará, como es el caso en el que el usuario al comprar un CD en blanco dentro del precio que paga por aquel soporte se encuentra un monto destinado a la compensación por copia privada, sin embargo aquella persona lo que en realidad desea realizar es una reproducción de una filmación realizada por el mismo, es decir, donde no deba pedir autorización para realizar reproducciones de su propia creación, por lo que el concepto de copia privada no sería aplicable. En ese sentido, en el supuesto descrito, aquellos usuarios que no realicen una copia privada estarían asumiendo un pago completamente injustificado. Todo ello teniendo en cuenta que

son los fabricantes importadores de soportes quienes trasladan al usuario el costo de la compensación en el precio del producto.

En relación a la compensación como justificación económica, que difiere completamente de los supuestos tratados en el presente trabajo, Marta Malmierca señala:

“(...) con el fin de aminorar los perjuicios que el autor de una obra le ocasiona la disminución de ventas de ejemplares originales, como consecuencia de las reproducciones que de la misma se llevan a cabo sin su autorización, por ser copias para uso privado, se establece a favor del autor el derecho a percibir remuneración que, de algún modo, le compense por la realización de dichas copias”¹¹.

No es posible sostener como regla general una postura en la que se precise que es necesario establecer a favor de los autores una compensación por la disminución en las ventas de sus obras originales. Esa postura pierde fuerza cuando defendemos supuestos como los desarrollados en la presente tesis, donde no se presenta ninguna disminución de ventas de soportes originales cuando se realizan reproducciones de un soporte original **que ya ha sido adquirido**. ¿Acaso sería posible dejarse de vender un soporte original como resultado de las reproducciones realizadas por el usuario, cuando este simplemente ya realizó la

¹¹Ibídem.

compra del soporte? La(s) reproducción(es) que pueda o no realizar el usuario después de haber cumplido en comprar un soporte original, deberían depender del uso privado que haga de las mismas. Las que deberían estar amparadas con el derecho de maximización de uso de los usuarios.

Esta segunda razón de motivo económico supuestamente justifica la compensación para que algunos realicen copias privadas, sin embargo, también podemos verlo desde la óptica de que quienes terminan pagando la compensación somos todos y no sólo aquellos que finalmente la realizan. Apreciamos entonces, que existirá gran cantidad de personas perjudicadas por tener que pagar una compensación y no utilizar el soporte con fines de copia privada. Sin embargo, parecía que la incorporación de compensación por copia privada era la solución “menos mala” y en términos generales el sistema estaría equilibrado dado el carácter “excepcional” de quienes no realizarían copias privadas.

Sin embargo, la imposibilidad de control, la cual hemos planteado anteriormente y seguiremos desarrollando más adelante, es completamente discutible debido a que las mismas tecnologías ofrecen mecanismos de control los cuales pueden e incluso son utilizados por los titulares del Derecho de Autor para ejercer un control de las reproducciones que se realizan de sus obras.

Nos adelantaremos un poco, pero es necesario indicar que más allá de la posibilidad de que los titulares puedan incorporar distintos mecanismos tecnológicos de protección, consideramos que la realización de copias privadas no genera un daño económico al titular del Derecho de Autor, por lo que el argumento de la compensación no prospera.

Justamente con el argumento, a nuestro parecer errado, de que con la realización de copia privada se estaría perjudicando injustificadamente los legítimos intereses de los autores, se tiene a la regla de los tres pasos que es la encargada de determinar cuándo podemos establecer que nos encontramos ante una excepción al derecho de autor.

A) Regla de los tres pasos

En relación a las excepciones que establece la normativa del Derecho de Autor, la Regla de los tres pasos constituye aquel principio que define el contenido y alcance que deben cumplir estos.

Normativa nacional e internacional establecen claramente que la copia privada es una excepción al derecho patrimonial de reproducción que gozan los autores.

Podríamos apreciar incluso que existe gran concordancia en la doctrina al considerar a la copia privada como una excepción al Derecho de Autor.

Las restricciones que se imponen al momento de incorporar excepciones al Derecho de Autor, deben cumplir lo estipulado en la Regla de los tres pasos que menciona el artículo 9.2° del Convenio de Berna. En dicho artículo se menciona que las excepciones solo podrán aplicarse si se encuentran dentro de determinados supuestos. En ese sentido, nuestro legislador al determinar a la copia privada como una excepción al Derecho de Autor, sólo podrá ser viable si es que se cumple con los siguientes requisitos:

- a) en determinados casos especiales.
- b) no atente a la explotación normal de la obra y,
- c) no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Apreciamos que los requisitos o condiciones que impone la Regla de los tres pasos son conceptos jurídicos absolutamente indeterminados¹².

Sin embargo, antes de continuar con una descripción o análisis sobre porque la “excepción” de copia privada no infringe la Regla de los tres pasos, es necesario

¹² GÓNZALEZ, Agustín. *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?* Mesa Redonda: *La Copia Privada Digital*. En: Revista de Internet, Derecho y Política. pp 31. FUOC, Barcelona, 2005. <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>

indicar que pueden existir dos supuestos, es decir: Primero, encontrarse de acuerdo con la mayor parte de la doctrina y considerar a la copia privada como una excepción, y en segundo lugar y por el contrario no considerar a la copia privada como una excepción al derecho de autor.

En ese sentido, en caso coincidiéramos con el primer supuesto donde gran parte de la doctrina establece a la copia privada como una excepción al Derecho de Autor, indicaríamos que la doctrina sostiene que la excepción de copia privada cumple con la Regla de los tres pasos, por lo que la realización de copia privada, si fuera considerada una excepción, **no afectaría la explotación normal de la obra**. Ello queda demostrado, ya que de no ser así, simplemente la excepción de copia privada no estaría amparada por nuestra normativa porque la Regla de los tres pasos lo impediría.

Sostiene José Javier Gonzales de Alaiza Cardona, su desconfianza sobre la consecuencia práctica que tiene la “prueba de las tres fases”, y señala:

“(...) Por una parte el límite quería ser en un primer momento un listado exhaustivo de excepciones concretas, pero ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre las mismas, se optó por la solución más flexible de la “prueba de las tres fases”, que implica simplemente el establecimiento de condiciones genéricas. Por otra parte, la fuente de la que proviene es un Tratado Internacional, y por lo tanto, un documento de mínimos, en el que

los resultados ambiciosos se sacrifican en beneficio de la puesta en común del mayor número de tradiciones jurídicas posibles. En consecuencia, la “prueba de las tres fases” se aproxima más a una declaración de buenas intenciones, que a una revolución reduccionista en el mundo plural de las excepciones del Derecho de autor”¹³.

La Prueba de las tres fases o Regla de los tres pasos surgió en un contexto analógico, el mismo que ha sido trasladado a la actual era digital. Sin embargo, apreciamos que la aplicación de la misma se desvirtúa cuando nos encontramos en supuestos como los que hemos mencionado, donde la realización de más de una reproducción no atenta contra la explotación normal de la obra.

Asimismo, en relación a determinar el número de reproducciones que se debe permitir, indica Llanos Cabedo Serna, que ciertamente es difícil concretar un número, sin embargo señala que:

“Lo que parece claro es que una única reproducción no vulnera la regla de los tres pasos”¹⁴.

¹³ GONZÁLES DE ALAIZA CARDONA, José Javier. *La copia privada, sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Comares. Granada 2008. pp 111.

¹⁴ LLANOS CABEDO, Serna. “*Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales*”. En: *Limites a la propiedad intelectual y las nuevas tecnologías. Incidencias por la ley 23/2006 de 7 de julio*. Dykinson. Madrid, 2008. pp 89.

De igual manera, la realización de una o más copias adicionales para uso privado del usuario tampoco perjudicarían injustificadamente los intereses legítimos de los autores, porque aquellas copias tienen la finalidad de maximizar el uso de los soportes.

En este punto, es preciso reiterar nuestra discrepancia con lo mencionado por Ricardo Antequera cuando sostiene que: *con la aparición y difusión de las fotocopias, los audiocassettes y videocassettes, las audio y video grabadoras, y los soportes digitales borrables y grabables, hacen que las copias obtenidas tan fácilmente desborden los “usos honrados”, y que la circulación de tales duplicaciones, aunque no tengan el carácter de “piratería comercial”, desestimulen la adquisición del ejemplar legítimo del libro o la grabación sonora o audiovisual, y atenten contra la normal explotación de la obra o causen un perjuicio injustificado al legítimo interés del titular del respectivo derecho. De allí que, como aparece legislado en muchos países, se haya reconocido un derecho de remuneración compensatoria*¹⁵.

Sustentar lo mencionado resulta bastante difícil, debido a que no existe prueba o estudio categórico que demuestre que por cada copia realizada se deja de vender un soporte. Al respecto, José Javier Gonzáles de Alaiza señala:

¹⁵ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA Marysol. *El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*. Monterrico, Lima, 1996. pp 151 – 152.

“(..) La copia privada, a diferencia de la copia pirata, no sustituye a la obra original en el mercado, puesto que no hay “oferta” de copias privadas”¹⁶.

Como hemos indicado, el supuesto desarrollado en la presente tesis se basa en aquella figura donde un usuario adquiere un CD original, por lo que no se ha dejado de vender un soporte. Todo lo contrario, se ha comprado un soporte original y lo que viene después de ello es la maximización del mismo que debería ser amparado.

Dicha probanza resulta insostenible debido a que se parte del error en primer lugar de equiparar a la obra con la copia privada. Se debe tener en claro que la copia privada es solamente un medio por el cual el propietario del soporte puede maximizar el uso del mismo. En ese sentido, no debería existir la compensación porque simplemente no existe nada que compensarse. Lo mencionado será desarrollado a lo largo de la presente tesis.

En segundo lugar, y nos adelantamos en mencionar lo que será motivo de desarrollo más adelante, la Regla de los Tres Pasos no sería aplicable debido a que dicha Regla es aplicable para las excepciones. Sin embargo, nosotros consideramos que la copia privada no es una excepción al Derecho de Autor, todo

¹⁶ GONZALES DE ALAIZA CARDONA, José Javier. *La copia privada, sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Comares. Granada 2008. pp 138.

lo contrario, se encontraría dentro de un límite al Derecho de Autor. Lo que cambia completamente toda la perspectiva que se tiene hasta el momento.

Comprendemos que lo indicado difiere completamente de lo entendido como premisa general por la mayoría de la doctrina, donde la copia privada es entendida claramente como una excepción al Derecho de Autor. Nuestro postulado se basa en la deducción de que el término excepción denotaría una sobreprotección a favor de los derechohabientes a través de la normativa cuando ello no es posible porque existen otros derechos, en los que profundizaremos a lo largo de la presente tesis, por lo que más adelante seguiremos desarrollando el fundamento que nos lleva a dicha conclusión.

1.2 DEFINICIÓN DE ENTORNO ANALÓGICO Y ENTORNO DIGITAL

La expansión del soporte digital como complemento y/o hasta sustituto del soporte analógico tradicional ha sido bastante acelerado. Como hemos demostrado en puntos anteriores, no podemos cuestionar aquella evolución tecnológica que trae consigo la supremacía del soporte digital frente al soporte analógico.

1.2.1 Distinción de definición analógica y digital. Distinción entre los contextos en los que se desarrollaron.

Previamente para comprender los antecedentes de la copia privada, hemos realizado una clara distinción de lo que fue el entorno analógico, el mismo que se desarrolló cuando se creó la normativa de copia privada y el actual entorno digital en el que vivimos. Para fortalecer lo detallado previamente, Daniel Cassany señala lo siguiente:

“(...) En apenas dos décadas (la primera computadora personal saltó al mercado en 1982), los sistemas de representación y transmisión de información por dígitos (soporte o entorno digital) se han generalizado y hoy son tan habituales como los analógicos, que representan y transmiten datos con elementos físicos, compuestos por átomos: sea el habla (voz, sonido, labios) o la escritura (papel, libro, máquina de escribir). El día a día se ha llenado de correos electrónicos o e-mails, charlas on line o chats y webs o sitios en la red (internet), al mismo tiempo que se multiplica el uso de los celulares y que decae el volumen de cartas y faxes”¹⁷.

La presente evolución tecnológica a la que nos referimos en la presente tesis, es un fundamento básico para tener claro el panorama y comprender la realidad que

¹⁷ CASSANY, Daniel. De lo analógico a lo digital. El futuro de la enseñanza de la composición. pp 1. Consulta: 29 de mayo de 2012. http://bwpsummerinstitute.edublogs.org/files/2010/09/tec6_dcassany.pdf.

demuestra que la normativa de copia privada actualmente no se ajusta al normal uso que dan los usuarios de los soportes legítimamente adquiridos.

Como señala Cassany, el día a día se ha colmado de correos electrónicos, conversaciones on line, no sólo eso, las llamadas telefónicas son sustituidas cada vez más por chats de mensajería instantánea, hasta los mensajes de texto han quedado de lado debido a que al contar con un paquete de datos, las personas prefieren hacer uso del mismo y no gastar en mensajes que la compañía cobra por enviar.

De igual forma, el uso que dan los usuarios a sus CD's adquiridos legítimamente ha cambiado. Ya no es necesario trasladar el CD con nosotros para poder disfrutarlo, basta con reproducirlo en uno o más de los tantos aparatos tecnológicos de reproducción que hoy existen en el mercado, para poder disfrutarlo plenamente. El avance tecnológico ha permitido que la portabilidad de la información también evolucione y con ello la posibilidad de tener siempre al alcance de nuestras manos la información, en este caso la música, que uno desee en el momento que desee.

1.2.2 Realidad tecnológica que demuestra la supremacía de lo digital frente a lo analógico.

Apreciamos que la tecnología avanza a pasos agigantados, que aquello que antes pensábamos era imposible hoy casi ya no nos sorprende, debido a que es cada vez más común ver nuevos aparatos que tienen características fantásticas y que te permiten hacer mucho más de lo que siempre hicieron. Los diferentes soportes tecnológicos tienen como característica básica la simplicidad y facilitar la vida de los usuarios. Prueba de ello, es que hoy los televisores no sólo nos sirven para sentarnos a ver nuestros programas preferidos, hoy los televisores nos permiten navegar en internet, entre otras cosas. Eso hace unos años era inimaginable.

Contra aquel inevitable avance de la tecnología, Carlos Alberto Villalba, señala:

“Me parece más realista la posición de los que consideran que el avance de los medios de reproducción es inevitable y que lo inevitable es por ello necesario”¹⁸.

En ese sentido, lo que buscamos transmitir es que la nueva tecnología busca ajustarse a las diferentes necesidades que tiene cada individuo, las mismas que dependerán, entre distintos factores, las actividades diarias que tenga cada usuario, así como la habilidad para utilizar y aprovechar cada soporte e incluso sus ingresos económicos, todos estos factores serán determinantes al momento

¹⁸ VILLALBA, Carlos Alberto. *Planteamiento – fundamentación de la copia privada como límite al derecho de autor – justificación de la remuneración por copia privada (en general). Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000. Tomo II. Ministerio de Cultura de España. Madrid, 1991. pp 591.*

de decidirse o no por adquirir determinado aparato tecnológico. **Debido a los factores mencionados, lamentablemente hoy no podemos generalizar el uso que dará una persona sobre un soporte adquirido legítimamente, ya que aquella persona lo usará de forma distinta a otras.**

Podemos referirnos también al costo que implica el uso de recursos informáticos o analógicos, debido a que es necesario indicar que el acceso a medios digitales implica ahora un menor costo. Es por ello que el uso se ve incrementado, generalizándose el uso en lugares como el trabajo, la casa y/o por medio de teléfonos celulares y distintos aparatos digitales tales como tabletas, Ipads, etc. Sin embargo, en el otro lado de la moneda apreciamos como las publicaciones analógicas de periódicos, revistas, libros y enciclopedias resulta más caro o un gasto que ya no estamos dispuestos a asumir, debido al libre acceso que tenemos a dicha información por medio del plan de datos que pagamos.

1.2.3 División del entorno digital: Online y Offline.

Debemos hacer énfasis que cuando nos referimos a tecnología o medio digital, no nos referimos únicamente al mundo de internet, como habitualmente se llega a creer cuando se escucha el término digital. Aquel es un espacio mucho más amplio que no permite extendernos en la presente tesis. Sin embargo, los CD's y

los DVD's también forman parte de este medio digital que hacemos referencia en el presente trabajo. Siendo los CD's aquel soporte digital en el que nos ocuparemos en estricto.

En relación a lo descrito, indica Sofía Rodríguez Moreno:

“La expresión “medio digital” involucra cualquier tipo de contenido en forma digital. Al hablar de entorno digital, comúnmente se piensa que éste hace referencia únicamente a Internet, pero los contenidos de Internet no son los únicos que se presentan en formato digital: también lo son aquellos que se encuentran en soportes tales como los DVD o Los CD-ROM, por ejemplo”¹⁹.

Partiendo de la distinción realizada sobre entorno digital, podríamos apreciar que nos encontramos ante un entorno digital que se encuentra dividido en ámbito Online y Offline. Dentro del entorno digital online se encuentra situado el extenso universo que es internet, y por el lado del entorno digital offline se encontrará ubicado aquellos aparatos y mecanismos de reproducción que no necesitan del servicio online (Internet) para su funcionamiento.

¹⁹RODRIGUEZ MORENO, Sofía. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. pp 108.*

En ese sentido, reiteramos que el CD se encuentra incluido dentro del ámbito offline, por lo que este será el único ámbito que pueda ser desarrollado en la presente tesis.

1.3 DEFINICIÓN DE COPIA PRIVADA: ALCANCES GENERALES

Distintos ordenamientos internacionales facultan a los Estados para incorporar excepciones en sus ordenamientos nacionales referentes al derecho de reproducción. En ese sentido, detallaremos cuales son los elementos que conforman la copia privada en nuestro país.

1.3.1 Elementos que componen la copia privada

Está implícito que para realizarse una copia privada debe existir en primer lugar una obra y aquella obra claramente debe ser divulgada previamente. Al respecto, Sofía Rodríguez Moreno al referirse de los principios orientadores de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor, señala:

“Las limitaciones al derecho de autor tienen lugar después de que éste ha divulgado su obra por primera vez, a fin de respetar el derecho moral a lo inédito. Además, porque es entonces cuando surgen los derechos

*patrimoniales sobre cuales se aplican por regla general las limitaciones a los derechos de autor*²⁰.

Dicha condición de previa divulgación de la obra no es considerada por toda la doctrina como elemento de la copia privada, sin embargo, hacemos la salvedad para tener claro el panorama.

Mencionada la condición de previa divulgación, iniciamos la enumeración de los elementos que componen la copia privada, elementos que coinciden en la doctrina revisada, como lo indica Juan Marín López cuando se refiere a los elementos configuradores de la excepción de copia privada²¹, así como algunos elementos incorporados por la revisión de nuestra normativa vigente:

- **Soporte Analógico o soporte digital:**

Hemos hecho mención en el punto anterior sobre la clara diferencia del entorno analógico y el digital. Asimismo, hemos precisado en la omisión por parte de nuestra regulación en diferenciarla, ya que se mantiene una normativa que equipara ambas tecnologías y no realiza la separación que

²⁰ Ídem. pp 70-71.

²¹ MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSE. *Derecho de autor, copia privada y derecho de remuneración. Experiencia en Europa. Jornadas de derecho de autor organizadas por la OMPI en cooperación con el Instituto nacional de derecho de autor de México*. OMPI/DA/MEX/05/3. México DF, 2005. pp 6-7.

claramente las distingue, como son la potestad de incorporar medidas tecnológicas de protección en los soportes digitales, entre otros.

En ese sentido, cuando nos referimos a copia privada ésta se puede dar en cualquier tipo de soporte, es decir, tanto en soportes analógicos como las fotocopias de libros, entiéndase no el integro de una obra, y en soportes digitales como son las copias en un CD. A pesar que nuestro ordenamiento no realice una distinción en el tratamiento legal para la copia privada digital y para la copia privada analógica.

Sin embargo, es oportuno volver a indicar que el motivo de investigación de la presente tesis es centrarnos únicamente en las copias privadas digitales que tienen como soporte los CD's. Ello debido a que el entorno digital es muy amplio y el objetivo de nuestra tesis es centrarnos únicamente en las copias digitales realizadas a través de los CD's como soportes originales.

▪ **Copia o ejemplar:**

Nuestro Decreto Legislativo No. 822, nos precisa en el apartado número 6 del artículo 2°, que se entiende por copia o ejemplar, indicando que:

“6. Copia o ejemplar: soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción”. (El subrayado es nuestro)

Apreciamos en nuestra legislación que al indicar que copia será el soporte material que contiene la obra como resultado de la reproducción, se está centrando únicamente en soportes analógicos, ya que indica como característica que la copia sólo puede realizarse en un soporte material. Lo que demuestra una vez más que nuestra legislación se ha dado en un contexto analógico y no se adecua al entorno digital en el que vivimos en la actualidad que se caracteriza por la constante evolución de la tecnología de audio, la misma que permite que una copia pueda realizarse y almacenarse en “la nube”, un lugar inmaterial donde se puede almacenar una copia y acceder a ella desde distintos aparatos tecnológicos que permiten la reproducción, como puede ser desde una tableta hasta un televisor que hoy ya cuentan con acceso a internet, simplemente identificándose como usuario legítimo y con facultad de acceder a ella por haberla adquirido legítimamente.

Es importante precisar que al indicar que en “la nube” se puede almacenar copias privadas, probablemente sea motivo de un largo cuestionamiento, en ese sentido, no se ahondará en el tema debido a que ello probablemente sea motivo de un trabajo mucho más amplio que sobrepasa la finalidad del

nuestro, y así mismo podrán surgir distintas posturas que consideren o no a la nube como un lugar donde almacenar copias privadas. Sin embargo, lo mencionado nos lleva a apreciar que contamos con una muestra adicional donde podemos constatar como las definiciones estipuladas en nuestra normativa no contemplan situaciones actuales y se han quedado desfasadas en el entorno analógico.

Finalmente, y retomando lo indicado por la norma que señala que copia o ejemplar es aquel soporte material que contiene la obra como resultado de un acto de reproducción, en este caso en concreto apreciamos que la copia privada de un CD puede darse no sólo en otro soporte material como lo es un CD en blanco, sino también en otros aparatos como podría ser: USB, MP3, MP4, Iphones, I pads, laptops, entre otros.

▪ **Uso privado y única reproducción:**

Nuestra normativa de Derecho de Autor, Decreto Legislativo No. 822, no especifica quién está facultado para realizar la copia, a pesar de ello ser un motivo de discusión actual para determinar si existe la posibilidad de que personas jurídicas puedan realizar copias privadas. Sin embargo, al nosotros centrarnos únicamente en las copias privadas realizadas por

usuarios que han comprado legítimamente un soporte original, que buscan un disfrute en su ámbito privado y que no buscan lucrar con la realización de dichas copias, aquella discusión no podrá ser tratada en la presente tesis.

Sobre el elemento personal que exige nuestra normativa de Derecho de Autor, a través del apartado número 48 del artículo 2° del Decreto Legislativo No. 822, señala:

“48. Uso personal: Reproducción u otra forma de utilización de la obra de otra persona en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo.” (El subrayado es nuestro)

Al realizar una lectura de como el Decreto Legislativo No. 822 limita el uso exclusivamente para la **reproducción de un solo ejemplar y exclusivamente para el propio uso de un individuo**, confirmamos como a través de dicha restricción se estaría perjudicando a los usuarios en general. Ello lo sustentamos cuando observamos que existen supuestos en los que el usuario al decidir adquirir un CD original y, como desarrollaremos más adelante, la posibilidad de volver a comprar el mismo CD para realizar una reproducción adicional de un soporte con el que ya cuenta, son casi nulas.

En relación al elemento personal, es importante indicar que normativa internacional y doctrina en general se refiere a copia privada, otorgándole a la copia el elemento de uso privado que sobrepasa claramente el elemento personal que da nuestra normativa de Derechos de Autor, Decreto Legislativo No. 822.

En ese sentido, debemos evidenciar que existe oposición con lo que señala la Ley No. 28131, Ley del Artista Intérprete y Ejecutante, que si se refiere a copia privada y no a copia personal como lo hace el Decreto Legislativo No. 822. Existiendo de este modo una clara contradicción entre ambas normas, ambas con rango de ley, que será tratada con mayor detalle más adelante.

Sin embargo, es necesario establecer que el uso personal que otorga el Decreto Legislativo No. 822, se ha visto derogado por el elemento de uso privado que otorga la Ley No. 28131. Al respecto, la sexta disposición de Ley del Artista Interprete y Ejecutante establece explícitamente:

“Sexta.- Derogación de normas

(...)Deróganse el Decreto Legislativo No. 822 en la parte que se oponga a la presente Ley y a las demás disposiciones contrarias a la presente Ley.”

En ese sentido, el elemento personal que hubiera sido motivo de un gran cuestionamiento, queda superado al tener claro que la Ley No. 28131 establece claramente el elemento privado en relación a la copia privada. Sin embargo, apreciamos que esta última norma no hace mayor precisión sobre qué se entiende por uso privado, por lo que ello también será motivo de desarrollo a lo largo de la presente tesis.

▪ **Sin fines directa o indirectamente comerciales:**

Como se desarrolló anteriormente, uno de los fundamentos de la copia privada es justamente proteger los intereses económicos de los autores, con ello se trata de evitar el perjuicio injustificado de sus legítimos intereses. En ese sentido, uno de los elementos de la copia privada debe ser no buscar directa o indirectamente lucrar con ésta.

Apreciamos entonces, como se equipara este elemento sobre sin fines comerciales con el elemento anterior sobre uso privado, ya que el elemento privado se entenderá con un número identificable de personas que lo conforman y no con un número indeterminado de usuarios como cuando se realizan copias para el comercio, como la venta o alquiler de copias. Claramente en ese último supuesto el autor y los titulares de derechos

estarían dejando de percibir económicamente porque un número indeterminado de personas estarían accediendo a su obra de forma ilegal y ello tiene un nombre y está tipificado por la normativa como piratería. Sin embargo, los supuestos desarrollados en la presente tesis no buscan ni causan un perjuicio económico al autor y/o derechohabientes por los motivos que iremos desarrollando.

▪ **Usos honrados:**

Nuestra normativa precisa que los usos honrados son los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del derecho respectivo. En ese sentido, la copia privada no debe contravenir los usos honrados a los que se refiere el inciso 47) del artículo 2° del Decreto Legislativo No. 822, así como también lo señala el artículo 9.2 del Convenio de Berna y el artículo 3° de la Decisión Andina No. 351.

Sin embargo, como hemos precisado anteriormente y seguiremos desglosando a lo largo del presente trabajo, la realización de copias si estuvieran amparadas por la excepción de copia privada no puede contravenir los usos honrados, simplemente porque de hacerlo no hubiera

podido regularse dicha excepción, ya que desde un inicio estaría causando un perjuicio injustificado en los intereses legítimos del autor.

Adicionalmente a lo mencionado, es importante indicar que el término usos honrados es un concepto jurídicamente indeterminado y al presentarse esta suerte de vacío es usado en favor de los autores.

- **Compensación equitativa:**

Se incorpora este elemento justamente por aquel supuesto potencial daño que se puede generar al autor y/o al titular de los derechos, en ese sentido, justifican el origen de una compensación o pago por aquel perjuicio que se ocasione a estos.

Consideramos que el término compensación debe buscar equiparar el real daño sufrido por los titulares de derechos, sin embargo, como hemos mencionado anteriormente y como seguiremos desarrollando más adelante, dicho daño no existiría. Simplemente por dos circunstancias: La primera es porque los autores tienen la facultad de incorporar medidas tecnológicas de protección que justamente limiten la cantidad de copias realizadas por los usuarios y con ello el sustento de perjuicio caería por sí solo, y en segundo

lugar porque los titulares de derechos y/o los propios autores no se verían afectados con dejar de percibir por una obra que ya ha sido adquirida legítimamente y, simplemente no se va a volver a incurrir en un doble gasto adquiriendo nuevamente un soporte con el que ya se cuenta.

Entonces, si nos basáramos en la copia privada como una excepción al Derecho de Autor, aquella suposición del sistema de retribución para “compensar a los autores por los perjuicios ocasionados”, no debería ser considerada porque aquel perjuicio simplemente no existe. Sin embargo, y como hemos introducido brevemente, consideramos a la copia privada como un límite al derecho de autor y con el tratamiento de aquella figura como un límite y ya no como una excepción, demostrará que el concepto de compensación tampoco sería aplicable.

1.3.2 Definición de copia privada en el Perú. Características de la copia privada según nuestro ordenamiento.

La copia privada en el Perú está regulada de acuerdo con lo establecido por el Decreto Legislativo No. 822 y por lo señalado en la Ley No. 28131: Ley del Artista Interprete y Ejecutante.

- ¿Uso exclusivamente personal o uso privado?

De acuerdo con el artículo 48º del Decreto Legislativo No. 822 se señala lo siguiente:

“Artículo 48º.- *Es lícita la copia, para uso exclusivamente personal. (...)*”

Dicho enunciado se complementa con el numeral 48 del artículo 2º de la mencionada norma:

“**Uso personal:** *Reproducción u otra forma de utilización de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo.*”

Como podemos apreciar, se desprende de los dos enunciados anteriores que la copia privada solo podrá ser realizada por un tercero ajeno a la obra para su uso exclusivamente personal. Es decir, aquella persona que se beneficie de la excepción de copia privada solo podrá usar la copia ella misma, con lo cual se limita en gran parte el buen uso que se le puede dar a la copia compartiéndola con terceros.

Con fecha 10 de diciembre de 2003, se promulgó la Ley No. 28131; Ley del Artista Interprete y Ejecutante, mediante la cual en su numeral 6 del glosario adjunto a la presente Ley, se define el concepto de copia privada.

“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. Da lugar a una compensación por copia privada que no constituye tributo ni tiene naturaleza laboral.”

Del citado enunciado se puede desprender que la principal diferencia con la norma establecida en el Decreto Legislativo No. 822 es el cambio de la denominación **“uso personal”** a **“uso privado”**.

La nueva denominación **uso privado** reemplazará al ya mencionado **uso personal**. Esto de acuerdo con lo señalado en la sexta disposición final de la Ley No. 28131:

“Sexta: Derogación de normas

Deróguese el Decreto Ley N° 19479, excepto los artículos 19, 20, 21, 22, 23 y 24, el Decreto Legislativo N° 822 en la parte que se oponga a la presente Ley y las demás disposiciones contrarias a la presente Ley.”

Sobre la derogación, debemos tener presente que ambas normativas son normas con rango de ley y a pesar de ser normas aprobadas por poderes distintos, debido a que la Ley está encargada de aprobarse por el Congreso de la República y el Decreto Legislativo, quién está facultado para aprobarlo es el Poder Ejecutivo,

ambas cuentan con rango de ley. En ese sentido, la primacía de una frente a la otra dependerá de principios. Al respecto, el Dr. Marcial Rubio Correa en su libro de introducción al derecho El Sistema Jurídico, en relación a las normas con rango de ley señala:

“(...) - Estas normas continúan teniendo vigencia permanente hasta que otras normas de su mismo nivel las modifiquen o deroguen (...).

- *La disposición anterior es derogada por la posterior. Es decir, que si dos normas del mismo nivel tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la última de ellas.*
- *La disposición especial prima sobre la general (...)*²².

En ese sentido, apreciamos que lo dispuesto en relación a copia privada por el Decreto Legislativo No. 822, publicado el 23 de abril de 1996, que sea contrario a lo dispuesto posteriormente por la Ley No. 28131, del 10 de diciembre de 2003 será derogado. Como es el caso del ámbito personal que se otorgaba a la copia privada en el Decreto Legislativo No. 822, y hoy a través de la Ley No. 28131, se otorga un ámbito privado. Por tal motivo, será el *uso privado* el que regirá en la copia privada. Pero lo que no se menciona en la Ley No. 28131 es qué debemos entender por uso privado. Si bien podemos decir que en nuestra normativa no se desarrolla un concepto de *uso privado*, como si se desarrolló el concepto de

²² RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Novena Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007. pp 128 – 129.

uso personal, la doctrina si se encarga de establecer parámetros para un mejor entendimiento de esta denominación.

En la doctrina española se habla de un círculo privado o familiar o doméstico, en donde el beneficiario de la copia privada puede usar esta con las personas de su entorno más cercano. Tal es así, que Ignacio Garrote menciona lo siguiente:

“El uso privado o domestico no se define por tanto de una manera geográfica, por el lugar donde se utiliza la reproducción, sino por referencia a los lazos familiares o de amistad trabados entre aquellos que tienen acceso a una reproducción concreta”²³.

Asimismo, de acuerdo con el mismo autor, podemos sostener lo siguiente:

“Se desprende además del término “uso privado” que no puede admitirse según la Directiva que la reproducción sea objeto de un uso colectivo (por ejemplo, que se distribuya en un tenderete callejero o se ponga a disposición del público en general)”²⁴.

De acuerdo con lo antes mencionado, entenderemos por uso privado a aquel uso que realice el copista en beneficio propio y cuyo disfrute podrá ser compartido con terceras personas que pertenezcan al ámbito familiar o más íntimo del beneficiario de la copia privada. Sin embargo, dicho compartir no puede ser entendido como

²³ GARROTE FERNANDEZ – DIEZ, Ignacio: La excepción de copia privada en la Ley de propiedad intelectual. Comares. Granada, 2010. pp 84.

²⁴ Ídem. pp 44.

una potestad a favor del beneficiario de la copia privada, mediante la cual pueda distribuir copias privadas a su entorno familiar. Este acto iría en contra del derecho de distribución del autor o titular y ocasionaría daños en su economía.

Al respecto, de acuerdo a la revisión de diferente doctrina, apreciamos que al establecerse el elemento privado y derogarse el elemento personal de la copia privada se ha ampliado el entorno de disfrute de la misma, debido a que el uso privado permite ir más allá de aquel uso exclusivamente personal.

Por ende, en nuestra normativa se entenderá que la copia privada podrá ser usada dentro del ámbito privado del beneficiario de dicha copia privada, lo cual significa que el uso que le dé a la misma podrá ser disfrutado con terceros que pertenezcan a su ámbito más cercano.

- **No tener una finalidad lucrativa**

Según nuestra normativa la excepción de copia privada no debe tener una finalidad lucrativa, ya que de ser así se estaría vulnerando el derecho exclusivo de reproducción del autor de la obra, y de esta forma se estaría yendo más allá de lo permitido por la excepción.

Como bien afirma Ignacio Garrote²⁵, el uso lucrativo se refiere lógicamente al destino que se le dé a la copia, de modo que lo que se prohíbe es la utilización lucrativa de la misma.

Del mismo modo, al mencionar que la copia privada no deberá tener una finalidad lucrativa, entendemos que el beneficiario de la misma no podrá tener ningún beneficio adicional que su propio uso.

El no lucrar con la copia privada tiene que ver mucho con el derecho exclusivo del autor de poder explotar su obra, tal cual lo menciona Ricardo Antequera:

“De acuerdo al artículo 18° del Decreto Legislativo 822, el autor tiene, por el solo hecho de la creación, la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a todos, que comprende las facultades de orden moral y patrimonial determinadas en el propio texto legal. En lo que se refiere al contenido patrimonial de ese derecho, el autor tiene la facultad de explotar su obra en cualquier forma o bajo cualquier procedimiento, así como de obtener de ello beneficio salvo en los casos de excepción expresa”²⁶.

Por tal motivo, un correcto uso de la copia privada se dará no incurriendo en la búsqueda de beneficios lucrativos, ya que estas son potestades exclusivas del

²⁵ Ídem. pp 86.

²⁶ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA Marysol. *El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*. Monterrico, Lima, 1996. pp 125.

autor o titular de la obra. Sin embargo, insistimos que la excepción de copia privada no tiene una finalidad lucrativa, sino busca maximizar el uso la obra.

- **Una sola reproducción**

Como ya mencionamos, el numeral 48 del artículo 2° del Decreto Legislativo No. 822 hace mención al tema de realizar la reproducción de un solo ejemplar:

*“**Uso personal:** Reproducción u otra forma de utilización de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo”*

Si bien este enunciado es expreso acerca del tema de realizar la reproducción de un solo ejemplar, en la Ley No. 28131 no se menciona nada referente a este tema. Por tal motivo, podríamos entender que la copia privada es aquella realizada en un solo ejemplar para uso privado.

Mencionamos esto debido a que en la Ley No. 28131 se menciona únicamente la denominación de uso privado, la cual no encaja con la denominación uso personal que encontramos en el Decreto Legislativo No. 822, y es por esto, que al no ser posible la convivencia de ambas denominaciones prevalece la denominación de

uso privado, de acuerdo con lo señalado en la sexta disposición final de la Ley No. 28131.

Por el contrario, con relación a la realización de uno solo o varios ejemplares, la Ley No. 28131 no se pronuncia al respecto, por lo que entenderíamos que lo mencionado en el Decreto Legislativo No. 822 sigue vigente. Sin embargo, al establecer un uso privado para la copia privada, sería absurdo el establecer un único ejemplar como copia, ya que como mencionamos líneas arriba, la copia privada será utilizada dentro de un ámbito familiar o doméstico. Con lo cual restringir la copia privada a un solo ejemplar estaría limitando su finalidad.

Es por esto que Ignacio Garrote²⁷ señala que la importante consecuencia práctica de la copia privada es que no resulta posible fijar a priori el número de copias que pueden confeccionarse al amparo de la excepción. Sin embargo González de Alaiza²⁸, siguiendo la doctrina alemana, sugiere que podría ser razonable el número de siete, aunque él mismo reconoce que esta cifra tiene un punto de arbitrariedad.

²⁷ GARROTE FERNANDEZ – DIEZ, Ignacio: La excepción de copia privada en la Ley de propiedad intelectual. Comares. Granada, 2010. pp 84.

²⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier. *La copia privada: sus fundamentos y tratamiento en el entorno digital*. Comares. Granada 2008. pp 230.

Por tal motivo, creemos que no se debería hacer referencia alguna al número de copias que se pueden efectuar, ya que de alguna forma restringiría la utilización de la copia dentro del ámbito familiar o doméstico. Asimismo, asignar un número determinado de copias puede resultar arbitrario y poco práctico de fiscalizar.

Mencionamos la poca practicidad en la fiscalización dado que en el supuesto que haya un acuerdo en establecer un número de copias que se puedan realizar no se podría saber si los usuarios efectivamente cumplen con esta obligación, ya que la imposibilidad de controlar lo que sucede en el ámbito privado de las personas lo impediría. Con lo cual, establecer un enunciado con tales características sería lo que coloquialmente se llama “un saludo a la bandera”, debido a que la imposibilidad de control por parte del Estado fomentaría el desacato de dicha obligación por parte de los usuarios.

- **Compensación por copia privada**

De acuerdo con el artículo 20° de la Ley No. 28131 se estipula lo siguiente:

“La reproducción realizada exclusivamente para uso privado de obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas en forma de videogramas o fonogramas, en soportes materiales o 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.”

Según el mencionado artículo el realizar una copia privada origina la obligación de realizar el pago de una compensación por la mencionada copia. Cabe preguntarse cuál es el fundamento de la mencionada compensación. Al respecto citaremos lo mencionado por Ricardo Antequera:

“Tales copias personales no contravenían los “usos honrados” a que se refiere el artículo 9.2 del Convenio de Berna y que están definidos en el numeral 47 del artículo 2° del Decreto Legislativo 822.

Pero la aparición y difusión de las fotocopiadoras, los audiocassettes, las audio y video grabadoras, y los soportes digitales borrables y grabables, hacen que las copias obtenidas tan fácilmente desborden los “usos honrados”, y que la circulación de tales duplicaciones, aunque no tengan el carácter de “piratería comercial”, desestimulen la adquisición del ejemplar legítimo del libro o la grabación sonora o audiovisual, y atenten contra la normal explotación de la obra o causen un perjuicio injustificado al legítimo interés del titular del respectivo derecho.

De allí que, como aparece legislado en muchos países, se haya reconocido un derecho de remuneración compensatoria, a pagar por los fabricantes o importadores de los equipos que permiten esa reproducción y sobre los soportes vírgenes utilizados para la duplicación”²⁹.

²⁹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA Marysol. *El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*. Monterrico, Lima, 1996. pp 151 – 152.

De acuerdo con lo señalado por el autor, la circulación de tales duplicaciones (copia privada) desestimula la adquisición del ejemplar legítimo del libro o grabación sonora o audiovisual y causan un perjuicio injustificado al legítimo interés del titular, ya que atentan contra la normal explotación de la obra. Es debido a ello que se sostiene que la compensación por copia privada busca aminorar el perjuicio causado hacia los titulares de derechos por la realización de copias privadas.

Cabe señalar que esta afirmación parte de la presunción de culpabilidad del usuario, ya que se busca compensar un daño ocasionado al titular de derechos. Esto lo podemos ver reflejado por Julian López, en la siguiente cita:

“Paralelamente, y para evitar el perjuicio económico que estas nuevas copias efectuadas por medios mecánicos podían traer consigo para el titular de los derechos de explotación, se ideó la fórmula de la remuneración compensatoria”³⁰.

Del mismo modo, Ignacio Garrote Fernández-Diez menciona lo siguiente de acuerdo con el contexto español:

“La copia privada es una excepción al derecho exclusivo de reproducción, que, por imperativo del artículo 9°.2 del Convenio de Berna, del artículo 13 de los ADPIC y de los artículos 5°.2.b) y 5°.5 de la Directiva 2001/29/CE

³⁰ LOPEZ RICHART, Julian: La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital. En: Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías. Dykinson. Madrid, 2008. pp 180.

*(en adelante DDASI), debe llevar un sistema de compensación aparejado que sirva para mitigar la pérdida de ingresos que dejan de percibir los derechohabientes por la confección de dichas reproducciones*³¹.

Este supuesto perjuicio económico que sufre el titular de los derechos se basa en la mala visión “todista” que se tiene del derecho de reproducción. De acuerdo con esta visión, toda reproducción que se haga de una obra generará algún tipo de beneficio económico para su titular. Este concepto lo desarrollaremos a profundidad en el siguiente capítulo.

Por lo tanto, de acuerdo con lo antes señalado podríamos decir que toda copia privada realizada es un ingreso que deja de percibir el titular de los derechos, ya que esta desincentiva la adquisición de los ejemplares legítimos. Es decir, por cada copia privada realizada, el titular deja de percibir un ingreso similar al precio de adquisición de un ejemplar legítimo. Es debido a esta concepción, que la compensación por copia privada busca mitigar *“los ingresos dejados de percibir”* por la realización de esta.

En relación con ello, Maria Malmierca señala lo siguiente:

³¹ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tecnos, Tercera Edición, Madrid, 2007. pp 450.

“Es decir, con el fin de aminorar los perjuicios que al autor de una obra le ocasiona la disminución de las ventas de ejemplares originales, como consecuencia de las reproducciones que de la misma se llevan a cabo sin su autorización, por ser copias para uso privado, se establece a favor del autor el derecho a percibir una remuneración que, de algún modo, le compense por la realización de dichas copias”³².

Como ya mencionamos en párrafos anteriores, el tema de la compensación nace por una mala visión “todista” del derecho de reproducción, lo cual deja a los usuarios con la obligación de compensar un daño no cometido.

Si bien, en el artículo 20° de la Ley No. 28131 se menciona lo siguiente:

“Artículo 20°.- 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.”

Nosotros, sostenemos que son los usuarios los que quedan en la obligación de compensar un daño no cometido. Si bien la norma traslada los importes pagados por concepto de compensación por copia privada a los fabricantes nacionales e importadores, estos a su vez, trasladan dichos montos en los precios de sus productos. Es decir, los fabricantes e importadores incorporan dentro de sus

³² MALMIERCA, Marta: *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Mesa Redonda: La Copia Privada Digital*. En: Revista de Internet, Derecho y Política. pp 44. <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>

costos a los montos pagados por compensación por copia privada, con lo cual, los usuarios se ven claramente afectados debido al alza de los precios de los productos y porque son ellos los que indirectamente estarían pagando la compensación.

Ahora, cabe preguntarnos si es correcto el afirmar que el realizar copias privadas buscando maximizar el uso de mi soporte genera un daño en el patrimonio del titular del derecho de reproducción, ya que se atenta contra la normal explotación de la obra. Al respecto Eduardo De Freitas Straumann señala lo siguiente:

“Surge así el Instituto de la Remuneración por la Copia Privada como una respuesta al perjuicio que ocasiona a los titulares la copia privada (...)”³³.

Es ilógico pensar que el titular de los derechos de reproducción se ve perjudicado debido a que una persona realice copias privadas del último CD que adquirió. Supuestamente las copias privadas desincentivan la adquisición de los ejemplares legítimos, sin embargo, dicha persona ya adquirió el ejemplar legítimo, con lo cual resulta ilógico pensar que las copias privadas de su ejemplar desincentiven su

³³ DE FREITAS STRAUMANN, Eduardo: *Los derechos patrimoniales en el entorno digital*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007. pp 148.

adquisición. Dichas copias lo que realmente buscan es la maximización del ejemplar adquirido.

Asimismo, como ya se mencionó, la llamada excepción de copia privada debe cumplir con la Regla de los tres pasos, impuesta por el Convenio de Berna, en la cual se menciona que las excepciones no deberán causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. Dicho esto, si se cumpliera lo mencionado anteriormente por De Freitas, es decir, que la compensación por copia privada nace como respuesta al perjuicio ocasionado a los titulares de derecho, habría una clara contradicción con la regla de los tres pasos, ya que de existir un perjuicio, la excepción por copia privada no tendría ningún fundamento de existencia.

Nuestra postura con referencia al tema de la compensación por copia privada es que no debería existir, ya que no encontramos ningún tipo de perjuicio en la realización de las mismas, debido a que los usuarios buscan maximizar el uso de sus ejemplares legítimos. Además, entender que los mencionados usos suponen un perjuicio injustificado para los intereses legítimos del autor resulta exagerado³⁴.

³⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA, José. *La Copia Privada sus fundamentos y tratamiento en el entorno digital*. I Comares, Granada, 2008. pp 246.

Consideramos que al existir la copia privada como actualmente se encuentra estipulada, y con ello la restricción en la reproducción, el efecto lógico sería eliminar el sistema de compensación. Al respecto, Ignacio Garrote indica:

“(...) La idea básica era que la prohibición legal de copia privada sería controlada en la práctica por los mecanismos de inhibición del copiado (...) y que dichos mecanismos son efectivos en la explotación en línea y en la explotación mediante soportes materiales digitales. En lógica consecuencia, el sistema de compensación no debía extenderse al ámbito digital, debiendo quedar restringido al ámbito analógico, donde, por razones técnicas, resulta imposible excluir la copia privada”³⁵. (El subrayado es nuestro)

Aunque lo cuestionamos y detallamos más adelante, existen mecanismos tecnológicos de protección que permiten justamente restringir la cantidad de reproducciones que se realizan a determinado soporte. En ese sentido, consideramos abusiva la imposición de una compensación por copias que simplemente no podré realizar, ya que con la facultad de incorporación de dichas medidas se me restringe desde un inicio la posibilidad de obtener mayor cantidad de copias para uso, incluso, estrictamente personal.

³⁵ GARROTE FERNANDEZ – DIEZ, Ignacio: La excepción de copia privada en la Ley de propiedad intelectual. Comares. Granada, 2010. pp 63.

Como indica la Ley No. 28131, se incorpora la compensación de copia privada en soportes o materiales susceptibles de contenerlos, lo que origina el pago de 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. Si bien consideramos no hay mayor justificación sobre el motivo que genera la obligación de compensar, conocemos que su justificación supone una pérdida en los ingresos de los titulares de derechos y es aquella pérdida lo que se intenta compensar. Como lo confirma Juan Marín López:

“(…) Como se advierte, la finalidad de la compensación equitativa no es otra que “compensar” a los titulares por los derechos de propiedad intelectual que dejan de percibir como consecuencia de las reproducciones que se realizan al amparo de la copia privada”³⁶.

Consideramos injusto cobrar a los usuarios para compensar un supuesto potencial daño que simplemente no va a ocurrir, porque como hemos indicado anteriormente, si ya se adquirió un soporte original no se ocasionaría daño con la realización de copias privadas porque ya se cumplió con la función para la cual fue lanzado al mercado un CD, es decir para su compra. Sin embargo, también se

³⁶ MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSE. *Derecho de autor, copia privada y derecho de remuneración. Experiencia en Europa. Jornadas de derecho de autor organizadas por la OMPI en cooperación con el Instituto nacional de derecho de autor de México*. OMPI/DA/MEX/05/3. México DF, 2005. pp 14.

terminan trasladando al usuario la compensación por copia privada que exige nuestra Ley del Artista, a los distribuidores.

Asimismo, y ampliando lo mencionado anteriormente, al incorporar la compensación como una medida para proteger los derechos autorales, se parte de la errónea presunción de culpabilidad de los usuarios, es decir, de la sociedad en general. Al respecto, como señala Antoni Farriols, en su artículo La Ley de Propiedad Intelectual quebranta Derechos de los Consumidores:

“Un canon introduce además una múltiple imposición, ya que se pagan los derechos al comprar o adquirir un contenido, y se vuelve a pagar por el hecho de almacenarlo en un dispositivo, o de moverlo a través de una red de telecomunicaciones. El canon como también se ha demostrado en su vertiente analógica para CD’s y DVD’s, no erradica en ningún caso la “piratería” o el “top manta”, y en algunos casos, incluso la incentiva, al incrementar el precio de los soportes, y propiciar que la compra de CD’s, como otros servicios de internet, sean deslocalizados a otros países que no tienen estos gravámenes”³⁷.

Con ello reforzamos que la imposición de compensación no sólo parte de la premisa de culpabilidad de la sociedad en general, sino que logra incentivar de cierta forma las descargas ilegales, así como distintos mecanismos para adquirir el

³⁷FARRIOLS, Antoni. *La Ley de Propiedad Intelectual quebranta Derechos de los Consumidores*. Claridad. España, 2006. pp 66.

contenido que se desea de forma ilegal. Ello es claro cuando nos ponemos en el escenario actual donde lejos de valorar la adquisición de un soporte original como lo es la compra de un CD original, se desincentiva a los usuarios castigándolos no sólo con la imposición de una serie de limitaciones, sino que también se les exige un pago excesivo, ya que claramente esa compensación que está dirigida como dice la Ley del Artista, al pago del fabricante nacional así como el importador de los materiales o soportes idóneos que permitan la reproducción, termina siendo trasladada a los usuarios, quienes finalmente pagan sumas elevadas por los CD's u otros soportes que adquieren.

Al respecto, Juan José Marín López confirma lo indicado en el párrafo anterior en el documento de las Jornadas de Derecho de Autor organizadas por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual - OMPI, señalando:

“Sin embargo, el mencionado acuerdo no ha logrado acabar con la oposición de colectivos muy importantes al pago del canon compensatorio, que, si bien pesa sobre los fabricantes de los soportes, es en última instancia pagado por los consumidores finales porque aquéllos lo repercuten sobre estos”³⁸. (El subrayado es nuestro)

³⁸ MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSE. *Derecho de autor, copia privada y derecho de remuneración. Experiencia en Europa. Jornadas de derecho de autor organizadas por la OMPI en cooperación con el Instituto nacional de derecho de autor de México*. OMPI/DA/MEX/05/3. México DF, 2005. pp 13.

Se debe tener en consideración que en el derecho comparado la compensación no sólo está siendo incorporada en los CD's, sino que también es incluida en todos los instrumentos que permitan la reproducción, tales como MP3, MP4, CD player, teléfonos móviles, USB, entre otros.

Si bien es cierto, a través de la Resolución No. 0002-2013/DDA-INDECOPI³⁹, en nuestro país actualmente ha sido denegada la imposición de compensación a dichos equipos, justamente por ser considerados equipos y no soportes y con ello encontrarse fuera del alcance de la norma que establece la compensación por copia privada, ello no significa que en un futuro cercano pueda admitirse dicha compensación, teniendo en cuenta la cantidad de Tratados Internacionales que nuestro país viene firmando.

Al respecto, Antonio Rodríguez Lobatón se refiere a las distorsiones que generaría la compensación por copia privada, indicando lo siguiente:

“(...) Tercero: Los sistemas fiscales modernos tratan de evitar el problema de la doble imposición. Es decir, que un mismo hecho imponible no esté gravado más de una vez. En este caso, ante un mismo hecho, como podría ser realizar una copia privada de un CD original que ya pagó compensación

³⁹ Resolución No. 0002-2013/DDA-INDECOPI que deniega la solicitud presentada por la Unión Peruana de Productores Fonográficos – UNIMPRO en representación del Comité de Coordinación de la Copia Privada en relación al tarifario de compensación por copia privada de nuevos soportes.

por copia privada al importarse el soporte, también estarían sujetos a dicho pago el soporte que servirá para grabar la copia y también los dispositivos utilizados para escuchar o ver dicha copia.”⁴⁰

Asimismo, Antoni Farriols señala:

“(…) Esta Ley deja al margen de su regulación, los derechos de los consumidores de soportes digitales pues por el simple hecho de comprar un sistema de reproducción digital, lo usen o no, hagan o no copias privadas, estarían en deuda con los autores”⁴¹. (El subrayado es nuestro)

Jorge Córdova Mezarina indica que en el Perú la regulación sobre compensación de copia privada resulta insuficiente, al respecto señala:

“(…) Creemos también que no tendría sentido alguno que los titulares del derecho de autor y derechos conexos se beneficien de una compensación si no van a sufrir daño alguno por la copia para uso personal de sus obras y producciones, pues es razonable que se espere que los particulares no vayan a vulnerar una medida tecnológica de protección.

En ese sentido, consideramos que la regulación existente en el Perú respecto de la compensación por copia privada resulta insuficiente, pues no discrimina entre aquellos productos destinados a realizar una efectiva copia privada y aquellos destinados a otros fines. Asimismo, no exige a las entidades de gestión colectiva del Derecho de Autor y derechos conexos que eximan del beneficio generado por el pago de la compensación a

⁴⁰ RODRÍGUEZ LOBATÓN, Antonio. *Compensación por copia privada y eficiente económica*. Consulta: 28 agosto de 2013.

<http://www.blawyer.org/2009/05/17/compensacion-por-copia-privada-y-eficiencia-economica/>

⁴¹ FARRIOLS, Antoni. *La Ley de Propiedad Intelectual quebranta Derechos de los Consumidores*. Claridad. España, 2006. pp 67.

aquellos titulares que han incorporado en sus producciones una medida tecnológica anticopia”.⁴² (El subrayado es nuestro)

Lo desarrollado es un punto tratado con mayor detalle en el Capítulo II. Sin embargo, aquella justificación del perjuicio en el que se ven afectados los titulares de derechos con la pérdida de ingresos para argumentar la compensación por copia privada, no llega en ningún momento a afectar la explotación normal de la obra.

Finalmente, la realidad es que las reproducciones que se realizan avaladas por la copia privada, no compiten en ningún momento con la venta de los demás soportes, debido a que serán reproducciones realizadas a un soporte que fue adquirido previamente, por lo que no existe posibilidad de volver a adquirir el mismo soporte a menos que se pierda, malogre o lo roben, y la compensación que exige nuestra normativa termina siendo trasladada a los usuarios, que lejos de solucionar el problema, se desincentiva a los usuarios a adquirir CD's originales.

- **Facultad de incorporar medidas tecnológicas de protección y obligación de no eludirlas**

⁴² CÓRDOVA MEZARINA, Jorge Alberto. Tesis de maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia “La excepción de copia privada en el derecho de autor frente a las medidas tecnológicas de protección ¿Una limitación a la excepción?”. Lima, 2013. pp 124

Nos referimos a las medidas tecnológicas de protección, debido a que consideramos es una característica de la copia privada porque posibilita a los titulares del derecho de autor la incorporación de dichos mecanismos para impedir las reproducciones que no son previamente autorizadas por ellos. Sin embargo, profundizaremos en ellas en el punto 2.8 cuando nos enfoquemos enteramente en como estos mecanismos contravienen la normativa de copia privada.

De acuerdo con el artículo 38° del Decreto Legislativo No. 822, se menciona lo siguiente con relación a las medidas tecnológicas de protección:

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

De acuerdo con la normativa antes mencionada dentro de las potestades que se le atribuyen a los titulares de derechos está el incluir medidas tecnológicas de protección a sus obras.

De acuerdo con María Paz Canales y María Pilar Soffia⁴³ el origen de las medidas tecnológicas de protección se dieron debido a la facilidad que había en acceder a los contenidos, reproducirlos y transmitirlos rápidamente. Esto implicó en principio una gran amenaza para el control de los titulares de derechos de autor sobre el uso y explotación de las obras bajo su dominio. Para enfrentar esta amenaza, dichos titulares comenzaron a utilizar las armas proporcionadas por la misma tecnología, incorporando a sus obras medidas tecnológicas de protección, herramientas técnicas que resguardan de manera efectiva sus derechos frente a las infinitas posibilidades de vulneración que crean las nuevas tecnologías.

Del mismo modo, Julián López Richart, sostiene lo siguiente:

“En el fondo, el origen de este fenómeno se encuentra en las deficiencias del sistema legislativo para proteger a los titulares de derechos en la llamada sociedad de la información, ya no solo por la multiplicación de los ataques a los que se ven sometidos los derechos de autor, sino, sobre todo, porque aquel sistema está pensado para la tutela ex post, cuando la violación de los derechos ya se ha producido, mientras que las medidas tecnológicas ofrecen a los titulares de derechos la posibilidad de ejercer un control sobre aquello que los usuarios pueden o no pueden hacer con las

⁴³ CANALES, María Paz y SOFFIA, María Pilar. *Excepciones y limitaciones al Derecho de Autor en relación a las medidas tecnológicas de protección*. En: Revista Chilena de Derecho Informático N° 5. Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004. pp 150

obras o prestaciones protegidas, mediante barreras de acceso o mecanismos que controlan o restringen el uso de las mismas”⁴⁴.

Si bien entendemos que la potestad de introducir medidas tecnológicas de protección en las obras se presenta como una potencial solución para los titulares de derechos, nosotros creemos que dicha medida presenta observaciones, por lo cual no debería ser considerada como potencial solución.

Mencionamos esto último debido a que el uso de las medidas tecnológicas de protección se ve enfrentada con la coexistencia de las excepciones al Derecho de Autor. Esto es señalado por María Paz Canales y María Pilar Soffia en su artículo Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor relación a las Medidas Tecnológicas de Protección:

“La segunda dificultad estribó en la manera de asegurar una coexistencia pacífica entre la protección jurídica de las Medidas Tecnológicas de Protección, y el ejercicio de las excepciones y limitaciones consagradas. Este último tema es el que nos parece de mayor trascendencia, tanto por su complejidad, como por la constancia fáctica de que sin un mecanismo adecuado en que resguarde la eficacia práctica de las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor, frente a la sanción de la elusión de las

⁴⁴ LÓPEZ RICHART, Julián. *La Copia Privada ante los desafíos de la tecnología digital*. En: *Limites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*. Dykinson, Madrid, 2008. pp 189.

*Medidas Tecnológicas de Protección, ellas están irremediablemente destinadas a convertirse en letra muerta*⁴⁵.

Las medidas tecnológicas de protección al otorgar la posibilidad de poder salvaguardar sus obras a los titulares de derechos, entran en un conflicto con las excepciones al Derecho de Autor, ya que muchas de ellas restringen la posibilidad de poder reproducir las obras.

En el caso que adquiriera un ejemplar legítimo que contenga medidas tecnológicas de protección no podré realizar la copia privada que la normativa me faculta, ya que al colocarse este tipo de medidas se impide totalmente hacer copias, con lo cual se estarían vulnerando las excepciones.

Este problema es mencionado por María Paz Canales y María Pilar Soffia en relación con un análisis de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y Consejo (DDASI), en donde mencionan lo siguiente:

“La DDASI no resuelve este problema, limitándose tan solo a exhortar a los Estados miembros a tomar las medidas pertinentes para que los titulares de derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación los

⁴⁵ CANALES, María Paz y SOFFIA, María Pilar. *Excepciones y limitaciones al Derecho de Autor en relación a las medidas tecnológicas de protección*. En: Revista Chilena de Derecho Informático N° 5. Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004. pp 154

*medios adecuados para gozar de ella, en la medida necesaria para su disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra protegida*⁴⁶.

De acuerdo con lo mencionado se puede apreciar que la coexistencia de las medidas tecnológicas de protección y las excepciones al Derecho de Autor se dificulta, con lo cual, en la práctica, la solución a este problema queda en manos de los titulares de derechos, lo cual, de acuerdo con González de Alaiza, resulta irónico.

*“En el caso de la copia privada resulta especialmente irónico que sean precisamente los titulares de derechos, que tan ferozmente se han opuesto a la misma, a quienes corresponda en un primer momento la adopción de medidas para hacer posible el ejercicio de la excepción. No parece probable que este árbol vaya a dar frutos, sino únicamente dilatar el proceso*⁴⁷.

Lo irónico del caso, como lo menciona el autor, es que queda en manos de los titulares de derechos el adoptar medidas para salvaguardar las excepciones. Es por esto, que los titulares de derechos, a través de las medidas tecnológicas de protección, encuentran un escenario óptimo para poder regular el número de copias que podrá realizar el usuario.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ GONZÁLEZ DE ALAIZA, José. *La Copia Privada sus fundamentos y tratamiento en el entorno digital*. Comares, Granada, 2008. pp 271.

Como bien hemos mencionado, el establecer un número determinado de copias puede resultar arbitrario y sobre todo de poca ayuda en la práctica. Sin embargo, los titulares de derechos, de acuerdo con su criterio, podrían establecer que a través de las medidas tecnológicas de protección solo se permita realizar una copia a los usuarios. Con lo cual, de alguna manera, estarían cumpliendo con salvaguardar la excepción de copia privada.

Sin embargo, creemos que al permitirse realizar una sola copia se estaría vulnerando el principio de equilibrio que debe existir entre el Derecho de Autor y el interés de los usuarios. En relación al principio de equilibrio se ahondará en el siguiente punto.

Finalmente, podemos señalar que las medidas tecnológicas de protección se presentan como una buena alternativa para salvaguardar los intereses de los titulares de derechos, sin embargo, no creemos que sea viable mientras no se garantice el adecuado respeto por las denominadas “excepciones” establecidas en la norma. Es preciso reiterar que ahondaremos más en dicho tema en el Capítulo II, donde nos enfocamos netamente en los mecanismos tecnológicos de protección efectivos de acuerdo a nuestra realidad tecnológica.

1.3.3 Copia Privada: ¿Excepción o límite al derecho de autor?

Antes de ingresar a la definición de copia privada, donde su característica principal es la reproducción, es necesario referirnos a la naturaleza de la copia privada, es decir como una excepción o un límite al Derecho de Autor.

Encontraremos en distinta bibliografía el término excepción o límite para referirse a lo mismo, es decir a aquella “restricción” que es la copia privada frente a los Derechos de Autor. Apreciamos que utilizan indistintamente el término excepción, o límite llegando a utilizarlo como sinónimos. Como es el caso de nuestra normativa que para referirse a la copia privada utiliza ambos términos.

Sin embargo, en algunos casos la doctrina suele hacer alguna matización entre “límite”, “limitaciones” o “excepción” de copia privada⁴⁸, sin que las diferencias de sus significados sean identificables desde un inicio. En ese sentido, cumpliremos con indicar aquella importante distinción en la que se detienen brevemente algunos autores para identificar a la copia privada.

Apreciamos esta distinción sobre todo en bibliografía española, ello debido a que el encabezado del art. 5 de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de

⁴⁸ GARROTE FERNANDEZ – DIEZ, Ignacio: La excepción de copia privada en la Ley de propiedad intelectual. Comares. Granada, 2010. pp 2.

determinados aspectos del Derechos de Autor y derechos afines en la sociedad de la información, conocido como la DDASI, es precisamente “Excepciones y limitaciones”, como si de dos categorías completamente diferentes se tratase.⁴⁹ Asimismo, Gonzáles de Alaiza menciona que en opinión de Geiger:

“(…) Si la conducta de que se trate no se ajusta a la excepción, nos tendremos que someter al monopolio del autor. En cambio, hablar de límites implica que la regla general es la libertad. Los derechos exclusivos de los autores vienen delimitados por los límites y más allá de esas fronteras los autores no ostentan su poder de monopolio”⁵⁰. (El subrayado es nuestro).

De igual forma, como señala Christophe Geiger, en su artículo en el Boletín de derecho de autor, los tratados de la OMPI, utilizan sistemáticamente ambos términos. Sin embargo, considera más apropiado el término limitaciones, para describir la naturaleza jurídica de las utilizaciones permitidas por la ley. En efecto, los límites al derecho exclusivo no constituyen excepciones a una regla, sino que deben considerarse como la técnica a través de la cual la ley delimita el

⁴⁹ GONZALES DE ALAIZA CARDONA, José Javier. *La copia privada, sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Comares. Granada 2008. pp. 103.

⁵⁰ Ídem. pp. 104.

monopolio⁵¹. Señalando finalmente que el término excepción se utiliza más comúnmente, por lo que termina indicando que será empleado en lo sucesivo.

Como hemos podido apreciar, la mayor parte de la doctrina culmina indicando que habiendo hecho la precisión sobre la diferencia de ambos términos, se informa que se utilizará dichos términos de forma indistinta. Es decir, cumplen con informar sobre la diferencia conceptual de la terminología jurídica, sin embargo, precisan que serán utilizados de manera indistinta.

En ese sentido, y de acuerdo a lo indicado en nuestra normativa de Derecho de Autor, Decreto Legislativo No. 822, su Título IV se denomina: **DE LOS LÍMITES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN Y DE SU DURACIÓN**. Sin embargo en su artículo 50°, que se encuentra dentro del capítulo I: DE LOS LÍMITES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN, indica que: *las **excepciones establecidas en los artículos precedentes** (...)*

Como podemos apreciar se hace mención a las excepciones precedentes, con lo cual se estarían equiparando los conceptos de “límites” y “excepciones”, tal como lo señalan los autores Montezuma y Solorzano:

⁵¹ GEIGER, Christophe. *El papel del test de las tres etapas en la adaptación del derecho de autor a la sociedad de la información*. e.Boletín de derecho de autor. 2007.
Consulta: 15 de marzo de 2013.
http://portal.unesco.org/culture/es/files/34481/11837319491test_trois_etapes_sp.pdf/test_trois%20etapes_sp.pdf

“Es preciso señalar que, no obstante los términos “límites” y “excepciones” pueden tener acepciones disimiles en el estudio de los derechos de autor, para los efectos del presente trabajo utilizaremos ambos de modo indistinto. Ello, tomando en consideración que el propio Decreto Legislativo N° 822 (Ley sobre el Derecho de Autor) hace referencia a los mismos como sinónimos, lo cual se verifica en su Título IV”⁵².

Hemos apreciamos entonces como nuestra normativa no es ajena o distinta a normativa y doctrina internacional que menciona indistintamente ambos términos como sinónimos.

Sin embargo, ello implica un gran problema porque no se comprende la importancia de distinguir ambos términos. Como hemos indicado, excepción y límite no tienen el mismo significado, es más no son sinónimos, por lo que simplemente no debería caerse en el error general de equiparlos y tratárselos por igual.

Asimismo, Marysol Ferreyros señala lo siguiente:

“Las limitaciones previstas en la ley (arts. 41° a 49°), no pueden extenderse a casos parecidos, de manera que la interpretación por analogía o extensiva no está permitida”⁵³.

⁵² MONTEZUMA PANEZ, Oscar y SOLÓRZANO SOLÓRZANO, Raúl: *“Apuntes sobre las excepciones a los derechos de autor en el entorno digital”*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007. pp 181.

⁵³ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA Marysol. *El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*. Monterrico. Lima, 1996. pp 155.

De acuerdo con los mencionados autores, queda en evidencia que nuestra normativa equipara ambos conceptos, lo cual, desde nuestra perspectiva es un error total.

Sostenemos esto último debido a que ambos conceptos son totalmente diferentes:

“Limitar: Poner límites a algo. Fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien”⁵⁴

“Excepción: Acción y efecto de exceptuar”⁵⁵

“Exceptuar: Excluir a alguien o algo de la generalidad de lo que se trata o de la regla común”⁵⁶

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española el concepto “límite” se refiere al marco en el cual se circunscribe el desarrollo de una determinada actividad. Fuera de dicho marco habrá otras actividades con diferentes desarrollos.

Iniciamos este punto justamente identificando que la doctrina en general se detiene en indicar que ambos términos tienen implicancias distintas, sin embargo, como la mayoría hace un uso indistinto de ambos, no se detendrán más de lo necesario que en cumplir en informar esa diferencia y seguir llamándolos por igual.

⁵⁴ <http://lema.rae.es/drae/?val=limite>

⁵⁵ <http://lema.rae.es/drae/?val=excepcion>

⁵⁶ <http://lema.rae.es/drae/?val=exceptuar>

Nosotros no partiremos de un supuesto errado, buscamos demostrar que al existir una diferencia conceptual entre ambos términos, el resultado en su tratamiento es completamente distinto.

En ese sentido, en primer lugar tenemos a la excepción, dicho término parte de la premisa de un común comportamiento de desarrollo del Derecho de Autor. Entonces, si tratásemos a la copia privada como una excepción al Derecho de Autor caeríamos en el supuesto errado de que aquel derecho es un “derecho absoluto” y en ello la doctrina coincide al señalar que el Derecho de Autor simplemente no es un derecho absoluto porque en primer lugar no existe derecho absoluto y porque existen otros derechos en los cuales recaen los efectos del Derecho de Autor, como son los derechos de los usuarios.

Sin embargo, y por el contrario al hablar de límites, estos si advierten la presencia de otros derechos. En este caso en específico, podríamos hablar de un derecho de los usuarios. Ello debido a que al referirnos a límites, estos marcan desde donde comienza hasta donde acaba el ejercicio de mis derechos. Más allá de dichos límites comienza el ejercicio de otros derechos.

Dicho de otro modo, cuando hablamos de una excepción, nos estamos refiriendo a determinada actividad que se deja de lado, por razones pertinentes, de la práctica habitual o regla común.

Desde la óptica legal, estaremos frente a la excepción de un derecho cuando por determinada circunstancia el desarrollo normal de un derecho deja de surtir efectos, es decir, va en contra de su normal desenvolvimiento.

Desde la óptica legal, el límite de un derecho mediará el ámbito en el cual se circunscriben las facultades del titular del derecho. Más allá de dichos límites las mencionadas facultades ya no tendrán efecto, debido a que se encuentran en el espacio en donde predomina otro derecho. Es decir, los límites marcan desde donde comienza hasta donde acaba el ejercicio de mis derechos. Más allá de dichos límites comienza el ejercicio de otros derechos.

Un claro ejemplo de los límites de un derecho lo podemos encontrar en el artículo 52° del Decreto Legislativo No. 822:

“Artículo 52°: El derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, cualquiera que sea el país de origen de la obra, y se transmite por causa de muerte de acuerdo a las disposiciones del Código Civil.

En las obras en colaboración, el periodo de protección se contará desde la muerte del último coautor”

En dicho artículo se puede ver claramente el límite de temporalidad que tienen los derechos patrimoniales, el cual es de toda la vida del autor más 70 años después de su muerte. Luego de dicho periodo la obra pasa a dominio público y en consecuencia al patrimonio cultural.

Es decir, más allá del límite del derecho patrimonial del autor se da paso al derecho de los usuarios para que puedan utilizar las obras ampliamente (respetando los derechos morales) sin necesidad de la autorización de los titulares de derechos. Esto, en aras del interés público, ya que el derecho de autor trata de encontrar un “equilibrio” entre el mencionado interés público y los derechos de los titulares, tal cual lo mencionan Oscar Montezuma y Raúl Solórzano:

“Se busca un equilibrio entre los derechos que le asisten a los autores sobre sus creaciones y el derecho de la sociedad de poder acceder libremente a ellas en determinados casos concretos. De lo contrario se establecerían derechos absolutos a favor de los creadores, dejando de lado legítimos intereses públicos”⁵⁷.

⁵⁷ MONTEZUMA PANEZ, Oscar y SOLÓRZANO SOLÓRZANO, Raúl: “Apuntes sobre las excepciones a los derechos de autor en el entorno digital”. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007. pp 184.

Asimismo, compartimos lo mencionado por González de Alaiza con referencia al mencionado equilibrio:

“Además, sería incorrecto partir de la premisa de que el Derecho de Autor busca a ultranza el beneficio de los autores por encima de todo, sino como hemos visto es más acertado entender que su propia base consiste en buscar “un equilibrio” entre los derechos de los autores y los intereses del público en general”⁵⁸.

Al decir, que la copia privada es una excepción y no un límite, el legislador cierra la posibilidad de considerar a la copia privada como un derecho del usuario, lo cual creemos que va en contra del ya mencionado “equilibrio” entre el derecho de autor y el interés del público, tal como lo menciona Drassinower:

“Generalmente, esta proposición se capta diciendo que la ley del derecho de autor se trata del “equilibrio” que se debe lograr entre los derechos de los autores y las reivindicaciones competidoras del interés público en el flujo de la información y de ideas, en los diálogos continuos que forman la sustancia de nuestro conocimiento y de nuestra cultura”⁵⁹.

⁵⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA, José. *La Copia Privada sus fundamentos y tratamiento en el entorno digital*. Comares, Granada, 2008. pp 77.

⁵⁹ DRASSINOWER, Abraham: *“Examinando atentamente los derechos del usuario”*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 4. Palestra. Lima, 2008. pp 113.

Iremos apreciando la existencia de un interés social de acceder a la cultura y por ello la existencia de los límites al Derecho de Autor. Como citan a Rengifo en el libro *“La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor”*:

“Hablar en cambio de derecho absoluto es negar la esencia misma del derecho de autor que busca equilibrar los derechos de explotación de la obra con la necesidad social de tomar parte en la difusión cultural, el avance científico y el conocimiento”⁶⁰.

Asimismo, como bien señala Sofía Rodríguez: *No debemos confundir derecho exclusivo con derecho absoluto*⁶¹.

Actualmente no creemos que haya equilibrio entre la actual normativa de Derecho de Autor y los intereses de la sociedad, ya que para que funcione el equilibrio ambas fuerzas deberán encontrar un punto medio en donde ninguna de ellas tenga mayores privilegios que la otra. Es decir se tienen que marcar “límites”.

Afirmar que actualmente hay equilibrio entre ambas fuerzas sabiendo que ***la duración de los derechos patrimoniales dura toda la vida del autor y setenta años después de su muerte***, o sabiendo que nuestra normativa tiene una

⁶⁰ RODRIGUEZ MORENO, Sofía. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. pp 38-39.

⁶¹ Ídem. Pág. 38.

concepción “**todista**” de la reproducción, es no ser realistas y no darse cuenta que la actual normativa protege en demasía al autor sin tener en cuenta a todos los usuarios de las obras de dichos autores.

Por tal motivo, nosotros creemos oportuno y necesario el restablecer el equilibrio entre el derecho de autor y el interés de la sociedad. Para conseguir esto se debe redefinir el sistema de límites y excepciones del Derecho de Autor.

En el caso particular de la copia privada, pensamos que esta debería ser un límite al Derecho de Autor, lo cual daría paso a un potencial derecho del usuario. Sostenemos que la copia privada debería ser un límite al Derecho de Autor y no una excepción, ya que de esta manera los usuarios de un ejemplar legítimo de la obra podrán tener libertad para maximizar su uso.

Sobre este postulado de la presencia de un derecho del usuario, Miguel Lacruz Mantecón, en relación a realizar una copia digital a partir de soportes originales señala:

“Hoy por hoy se empieza a considerar que esta realización constituye más el ejercicio de un derecho del consumidor–adquiriente de un ejemplar de una obra que la aplicación de una excepción”⁶².

⁶² LACRUZ MANTECÓN, Miguel L. *Copias privadas y calamidades públicas*. Anuario de Propiedad Intelectual. 2005. pp 462.

Finalmente, en el desarrollo de la presente tesis, nosotros partimos de la premisa de que nos encontramos frente a un límite al Derecho de Autor, y por ende va tomando consistencia la idea de encontrarnos frente a un derecho de los usuarios. En ese sentido, nos encontraremos ante una postura que conllevará a un cambio radical en la forma como se regula la hoy considerada “excepción” de copia privada.

El sustento del porque creemos que debería existir un derecho de copia privada lo desarrollaremos más adelante, por el momento, solo nos queda mencionar que la manera más adecuada para restablecer el equilibrio entre el Derecho de Autor y el interés de la sociedad es estableciendo límites, los cuales a su vez darán paso a nuevos derechos. Uno de estos límites debería ser el de la copia privada.

Sin embargo, y hay que dejar bastante claro, aquel derecho con el que cuentan los usuarios para realizar copias privadas, claramente deberán contar con un límite y ese será el de no contravenir nunca el derecho de distribución exclusivo de los autores. Sobre este último punto, lo iremos tratando oportunamente a lo largo de los siguientes apartados.

1.3.4 Diferentes definiciones de copia privada

Ahora bien, habiéndonos detenido en señalar el error que se comete al realizar un uso indistinto entre los términos excepción y límites de copia privada, procedemos a mencionar las distintas definiciones que se pueden dar a este concepto, sin embargo, resaltamos que la característica principal del mismo será siempre la reproducción.

La realización de copias para uso privado de obras protegidas por el Derecho de Autor, es cada día más común y sobretodo necesario en nuestra sociedad, debido a la alta demanda de la portabilidad de la información a la cual accedemos de distintas formas. Convirtiéndose dichas reproducciones en una necesidad a gran escala.

De acuerdo a las restricciones que otorga nuestra normativa nacional, se denomina copia privada a aquella reproducción de la obra para uso privado, que puede realizar el propietario del soporte. Dicha reproducción no deberá tener nunca un carácter comercial o lucrativo, ya que de caer en dicha característica dejará de estar amparado por la “excepción” de copia privada. Finalmente, dicha copia deberá ser utilizada para uso privado, no llegándose a determinar expresamente que se entiende por uso privado.

Como señala Ricardo Antequera Parilli en su libro: El nuevo derecho de autor en el Perú, debe entenderse por copia personal:

“la reproducción de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un solo individuo”⁶³.

La reproducción de una obra protegida por el Derecho de Autor, es reconocido en nuestro Decreto Legislativo No. 822, como una excepción al derecho de reproducción. Sin embargo, por un fin social, es que se decide limitar dicho derecho de reproducción y conceder finalmente a los usuarios la potestad de reproducir una vez la obra protegida sin necesidad de contar con autorización expresa del autor.

Como señala Ignacio Garrote al definir la copia privada:

“Se llama copia privada a las reproducciones que los particulares hacen de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual (la fotocopia de un libro, la grabación en vídeo de una película) para destinarlas a un uso personal o no comercial. Dichas reproducciones, de modo excepcional, no tienen que estar autorizadas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual si se ajustan a las condiciones previstas (...)”⁶⁴.

⁶³ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTANEDA, Marysol. *El Nuevo derecho de autor en el Perú*. Monterrico. Lima, 1996. pp 173.

⁶⁴ GARROTE FERNANDEZ – DIEZ, Ignacio. *La excepción de copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Comares. Granada, 2010. pp 2.

Independientemente de la definición de copia privada que se pueda dar en diferentes ordenamientos y que puedan otorgar diferentes autores, se debe tener presente la finalidad de la misma, ya que frente a ella no hay mayor cuestionamiento.

De esta forma, se coincide que la finalidad de la copia privada es otorgar acceso a la cultura y educación. Gracias a la copia privada la población en general puede beneficiarse de la creación intelectual de distintos autores y tenerla más accesible.

Como precisa Sofía Rodríguez Moreno:

“La copia privada de las obras se justifica en la medida que a través de ella se permite el acceso a cada individuo a las creaciones, en beneficio de la educación y la cultura, siempre que no medie un objeto lucrativo, porque entonces se atentaría contra la normal explotación de la obra, y en lugar de enmarcarse dentro de un uso personal, se trataría de un uso de tipo comercial, en perjuicio del autor”⁶⁵.

Entonces, vista a la sociedad desde el punto de vista de usuarios, somos la sociedad en general la que nos beneficiamos de la copia privada al tener la posibilidad de reproducir el contenido de una obra, sin tener que solicitar autorización previa al autor, y acceder a ella desde distintos medios de reproducción que actualmente son utilizados por gran cantidad de la población

⁶⁵ RODRIGUEZ MORENO, Sofía. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. pp 84.

dependiendo de sus usos habituales, conocimientos y/o habilidades e ingresos. Sin embargo, y a pesar de tenerse en claro el fin social del Derecho de Autor, la cantidad de reproducciones y lo que conlleva al acceso libre del soporte que contiene la obra es bastante restringido en nuestro ordenamiento.

1.4 REGULACIÓN REFERENTE A LA COPIA PRIVADA EN EL PERÚ

Conocemos que los legítimos titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras son los autores y sus derechohabientes. En ese sentido, la normativa nacional e internacional busca proteger aquella creación intelectual frente a la reproducción no autorizada previamente por aquel autor o sus derechohabientes.

Al respecto y para referirnos sobre aquella normativa de copia privada en nuestro país, debemos partir inicialmente con el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que es la normativa base donde se busca proteger e impartir a las distintas legislaciones los principios básicos para proteger las obras literarias y artísticas.

1.4.1 CONVENIO DE BERNA.-

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado, revisado y enmendado en los años 1896, 1908, 1914, 1928, 1948, 1967, 1971 y 1979. Es un Tratado Internacional para la protección de Derechos de Autor sobre las obras literarias y artísticas. Nuestro país se adhirió al presente Convenio el 20 de mayo de 1988, y su entrada en vigor fue desde el 20 de agosto de 1988.

El Convenio de Berna contiene una serie de disposiciones y principios básicos que determinan la mínima protección de las obras literarias y artísticas. En ese sentido, distinta legislación a nivel mundial, a la fecha son ciento sesenta y siete (167) los estados miembros, ha implementado sus actuales normativas sobre derechos de autor basado en el Convenio de Berna que otorga una relación de mínimos que deben ser respetados.

Sin embargo, y en relación a nuestro trabajo de investigación en estricto, es innegable y notorio el desfase del Convenio de Berna por haber sido elaborado pensando en supuestos de vulneración en formato analógico. Al respecto, Horacio Fernández Delpech confirma lo indicando señalando:

“La protección de la obra intelectual en el Convenio de Berna y en las diferentes legislaciones han establecido, está pensada

*fundamentalmente para la obra escrita en formato papel, lo que hace que muchas situaciones de violación de los derechos de propiedad intelectual que se producen en el mundo informático o de Internet no encuentren una adecuada respuesta en este tipo de protección*⁶⁶.

El nacimiento de la regulación sobre copia privada surge con la aparición de la imprenta. Aquel fenómeno tecnológico comienza a tomar forma y la preocupación por parte de los autores y demás titulares de derechos como lo son los editores comienza a crecer. Como señala Carlos Alberto Villalba:

“La invención de la imprenta suprimió el anonimato, estimulando ideas de fama literaria y el hábito de considerar el esfuerzo intelectual como propiedad privada. Las reproducciones mecánicas del mismo texto crearon un público, un público lector. La naciente cultura orientada hacia el consumidor se ocupó de rótulos de autenticidad y protección contra el robo y la piratería.

La idea de propiedad literaria, del copyright, - “el derecho exclusivo de reproducir, publicar y vender el contenido y la forma de una obra literaria o artística había nacido”⁶⁷.

⁶⁶ FERNANDEZ DELPECH, Horacio. *Medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual en Internet – los actos elusivos – la protección jurídica contra la elusión*. Congreso MERCOSUR de derecho informático. Córdoba, 2006. pp 1-2.

⁶⁷ VILLALBA, Carlos Alberto. *Planteamiento – fundamentación de la copia privada como límite al derecho de autor – justificación de la remuneración por copia privada (en general)*. Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000. Tomo II. Ministerio de Cultura de España. Madrid, 1991. pp 589.

Lo que previamente a la aparición de la imprenta no era motivo de mayor preocupación por parte de los autores, desde aquel entonces sienten amenazados sus intereses. Sin embargo, como se señala en diferente doctrina, a los grandes pensadores de la era medieval no les interesaba ser reconocidos, lo que se buscaba era el conocimiento de la obra y con ello el traspaso de la información. Asimismo, Carlos Alberto Villalba señala que: a los eruditos medievales no les interesaba la identidad de los libros que estudiaban.

Hoy el panorama ha cambiado y se exige el respeto a una serie de derechos de los autores, lo cual no pretendemos cuestionar. Como hemos precisado, no procuramos desconocer la creación intelectual de los creadores, consideramos que aquel trabajo intelectual debe ser apreciado, respetado y remunerado. Sin embargo, lo que si cuestionamos es cuando aquel Derecho del Autor se vuelve excesivo y se deja de lado demás derechos que deben también ser protegidos.

Finalmente, y a pesar de no estar de acuerdo con la aplicación de la Regla de los tres pasos que determina el Convenio de Berna en su artículo 9.2°, pues, como expusimos anteriormente, consideramos a la copia privada como un límite y no como una excepción al Derecho de Autor, cumplimos

con indicar que a través del presente Convenio se estable una Regla que debe ser cumplida por los países suscritos donde se comprometen a no contravenir los mínimos que se establecen en esta Regla, la cual señala:

“Artículo 9.2.- 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 la reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los interés legítimos del autor.”

Como hemos desarrollado en puntos precedentes, la regulación de copia privada debería ser basada considerando a aquella como un límite al Derecho de Autor y no como una excepción que es como se basa la aplicación de la presente Regla. En ese sentido, al considerarse a la copia privada como un límite se estaría considerando la aparición de otros derechos como lo es el derecho del usuario y con ello toda aquella restricción pierde sustento, pues ya no nos encontramos frente a un tratamiento de Derecho de Autor como un derecho absoluto.

1.4.2 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Nuestra Constitución política hace mención a la protección sobre el derecho de autor. Al respecto, en su artículo 2°, apartado 8°, señala:

“Artículo 2º: Toda persona tiene derecho a:

(...)

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.”

En ese sentido, está claro el interés de nuestra carta magna en proteger la creación intelectual de sus ciudadanos. Asimismo, también se debe tener claro en igual medida que el Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

1.4.3 DECISIÓN ANDINA No. 351

La Decisión Andina 351 de 1993 Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, tiene también como finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras de ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino. Al igual que con el Convenio de Berna, nuestro país también se encuentra dentro de los países miembros de la Decisión Andina y se compromete a respetar y garantizar la mejor aplicación de las disposiciones contenidas en la presente Decisión.

Dentro del capítulo V sobre los derechos patrimoniales, se encuentra el artículo 13° donde se señala el derecho exclusivo del autor o sus derechohabientes para realizar, autorizar o prohibir la reproducción de la obra en cualquier formato o procedimiento.

Asimismo, a través del artículo 14° se detalla que es lo que se entiende por reproducción, señalándose: *Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.*

Sobre el uso personal, apreciamos que nuestro Decreto Legislativo No. 822 derogado por la Ley No. 28131, baso su normativa en lo señalado en el apartado de uso personal estipulado en el artículo 3° de la presente Decisión. Al respecto, se señala: *Uso personal: Reproducción u otra forma de utilización de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal.*

Apreciamos como el elemento personal de la restricción de reproducción de un solo ejemplar y la utilización exclusiva para el propio uso de un individuo, que hemos cuestionado, parte de la presente Decisión.

Finalmente, el capítulo VII se denomina: De las limitaciones y excepciones. Apreciamos nuevamente que no se hace distinción alguna entre ambos conceptos jurídicos y aparentemente se consideran por igual, debido a que no hay mayor precisión en la distinción de ambos. Sobre este punto, se establecen los requisitos de la Regla de los tres pasos determinados en el Convenio de Berna, señalándose que:

“Artículo 21°.- Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de la obra o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.” (El subrayado es nuestro)

Sin embargo, apreciamos que no se hace referencia a casos especiales que si requiere el Convenio de Berna. Se menciona por el contrario el término casos, como si de cualquiera caso en general se pudiese tratar.

Asimismo, los siguientes pasos los considera opcionales, ya que determina “casos que no atenten contra la normal explotación de la obra o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”. Cuando en el Convenio de Berna se establece el requisito de que:

*“Artículo 9.2.- 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 la reproducción no atente a la explotación normal de la obra **ni** cause un perjuicio injustificado a los interés legítimos del autor.”*

Apreciamos entonces que para la Decisión Andina cualquiera de los dos supuestos podría contravenir la Regla de los tres pasos y por ello no podría ser considerado una excepción, cuando el Convenio de Berna establece que debe darse los tres supuestos para ser evaluados al momento de determinar si determinado caso contraviene la Regla de los tres pasos.

Sin embargo, reiteramos que la copia privada debe ser tratada como un límite al Derecho de Autor, por lo que la presente regulación no debería aplicarse, debido a que estaríamos frente a otros derechos y no sólo frente al derecho de autor como derecho absoluto cuando se lo trata erróneamente como una excepción.

1.4.4 LEY Y REGLAMENTO DEL ARTISTA INTÉRPRETE Y EJECUTANTE.

A través de la Ley No. 28131, Ley del Artista Intérprete y Ejecutante y su Reglamento Decreto Supremo No. 058-2004-PCM se establece el régimen,

derechos y obligaciones y beneficios laborales del artista intérprete y ejecutante.

En primer lugar, dejamos establecido previamente y como se desarrolló en apartado anterior, a través de esta Ley No. 28131, el Decreto Legislativo No. 822 ha sido derogado en la parte que se oponga a la presente Ley. En ese sentido, la sexta disposición de Ley del Artista Interpretado y Ejecutante establece explícitamente:

“Sexta.- Derogación de normas

(...)Deróganse el Decreto Legislativo No. 822 en la parte que se oponga a la presente Ley y a las demás disposiciones contrarias a la presente Ley.”

Sobre la definición que se da en nuestro país sobre copia privada, es importante indicar que nuestra Ley del artista, intérprete y ejecutante, Ley No, 28131, hace referencia a la copia privada y ya no como copia personal que se hacía en el Decreto Legislativo No. 822. Indicándose en su anexo un glosario donde señala:

*“(...) 6.- **Copia privada.**- Es la reproducción realizada exclusivamente para uso privado conforme a la autorización prevista en 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. Da lugar a una compensación por copia privada que no constituye tributo ni tiene naturaleza laboral.” (El subrayado es nuestro)*

Como hemos desarrollado previamente, esta definición de copia privada no es acorde con la definición del inciso 48) del artículo 2° al que nos remite el artículo 48° del Decreto Legislativo No. 822, pues cumple con derogar lo referente a uso personal que limitaba a la copia privada al uso exclusivo de un solo individuo.

Sin embargo, y como también se ha tratado, a pesar de incorporar el término uso privado no se cumple con desarrollar dicho término. Dejando en manos de la doctrina lo que se entiende por uso privado, el mismo que va más allá del entorno estrictamente personal que se señalaba al definir el uso personal.

Finalmente, en el artículo 20° se establece la compensación por copia privada, la que hemos desarrollado y culminamos indicando que consideramos no debería ser aplicable basándonos en que la copia privada debe ser tratada ya no más como una excepción al derecho de autor, sino un límite al derecho de autor, lo que genera la aparición del derecho del usuario a maximizar el soporte que ha adquirido siempre que no vaya en contra del derecho de distribución innato al derecho de autor.

1.4.5 DECRETO LEGISLATIVO No. 1076

El Decreto Legislativo No. 1076 que aprueba la modificación del Decreto Legislativo No. 822, Ley sobre el Derecho de Autor, promulgado el 27 de junio de 2008, incorporó definiciones de medida tecnológica efectiva a la Ley sobre derechos de autor y definición de información sobre gestión de derechos. De igual forma, se introdujo disposiciones que prohíben la elusión de dichas medidas efectivas.

El presente Decreto Legislativo No. 1076, se dio en un marco por el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos aprobado por Resolución Legislativa No. 28766, publicada en el mes de junio del año 2006. Por lo que se obliga a incorporar en nuestra legislación disposiciones relativas al respeto y salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

En ese sentido, a través del artículo 1° se establece incorporar la nueva definición de medida tecnológica efectiva que se encuentra dentro del artículo 2° del Decreto Legislativo No. 822. Señalándose:

“51.- Medida Tecnológica Efectiva: Es cualquier medida tecnológica, 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.”

Asimismo, se establece la incorporación de disposiciones sobre la elusión de dichas medidas tecnológicas efectivas.

Al respecto, es preciso indicar que en el presente capítulo estamos haciendo un listado de la legislación aplicable sobre derecho de autor y otros textos relativos al derecho de autor. En ese sentido, lo referente a las disposiciones incorporadas por el presente Decreto Legislativo No. 1076, está siendo tratado en el capítulo II, en lo referente a medidas tecnológicas de protección.

1.4.6 LEY No. 29263. LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL.

La presente Ley que modifica diversos artículos del Código Penal en relación a reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin autorización previa del autor, fue promulgada el 23 de septiembre del 2008.

En la presente modificación se estipularon medidas como el comiso definitivo de los materiales o medios para la comisión del ilícito en contra de algún derecho de propiedad intelectual, así como medidas de incautación preventiva.

Finalmente, también se incorporó penas para aquellos actos que eludan o alteren las medidas tecnológicas efectivas.

1.4.7 LEY No. 28289.

La Ley No. 28289, Ley de lucha contra la piratería, promulgada el día 19 de julio de 2004, si bien no es punto a tratar en el presente trabajo de investigación por tratarse de un acto ilícito no contemplado en el supuesto desarrollado, cumplimos con mencionarla debido a que en dicha normativa catalogan a toda reproducción en sí como un acto ilícito. Se estaría equiparando a la reproducción no autorizada con reproducciones ilícitas, es decir con piratería.

En ese sentido, aquella copia privada adicional a la única permitida por nuestro ordenamiento, es una copia no autorizada porque no se tiene la autorización del autor para realizar más de una reproducción, a pesar que como hemos mencionado el usuario realiza más de una reproducción debido justamente al avance tecnológico que lo lleva a la necesidad de más de una (01) reproducción por la necesidad de portabilidad de la información. Sin embargo, dicha(s) copia(s) adicional(es) no son copias ilícitas.

Consideramos que no se debería caer en el supuesto de equipararlas porque no hemos adquirido las copias adicionales ilícitamente. Todo lo contrario, hemos adquirido previamente un soporte original, hemos cumplido con pagar por un soporte y las copias que realizo posteriormente se deben a aquella maximización esperada por el usuario al momento de adquirir legítimamente el soporte que contiene la obra.

En estos tiempos marcados por la era digital, es entendible que los usuarios requieran portar su información en distintos aparatos. Entonces, si aquellos usuarios han cumplido con adquirir un soporte original no debería castigárseles por pretender maximizar el uso de aquel soporte.

Sin embargo, y para asombro aquella maximización estaría siendo equiparada con cometer piratería, lo que nos llevaría a obtener una pena mínima de dos a tres años, debido que a través de esta Ley No. 28289, se modifica el Código Penal elevándose la pena mínima de dos a tres años.

1.4.8. DECRETO LEGISLATIVO No. 822

Es nuestra actual normativa sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, la cual está vigente desde 1996. Dentro de los principales temas tratados por dicha norma, conviene nombrar los siguientes:

- a) **La obra:** El numeral 17 del artículo 2º señala como obra a toda creación intelectual personal y original susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma conocida o por conocerse. La originalidad deberá entenderse como la manifestación de la impronta del autor o la expresión de su personalidad. Por lo cual dicha obra no deberá ser la copia de otra.
- b) **El autor:** En dicha normativa se define al autor como la persona natural que realiza la creación intelectual. Dicho esto se cierra la posibilidad que una persona jurídica pueda asumir la autoría de una obra. De igual forma, se menciona que por el solo hecho de la creación de una obra, el autor goza de la exclusividad de los derechos morales y patrimoniales sobre su obra.
- c) **Los Derechos Morales:** Son reconocidos a favor del autor en calidad de perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. Los derechos morales están conformados por los

siguientes derechos: divulgación, paternidad, integridad, modificación o variación, retiro de la obra del comercio y acceso.

- d) **Los Derechos Patrimoniales:** Por medio de los derechos patrimoniales el autor tiene el derecho exclusivo, salvo las excepciones, a explotar su obra con la finalidad de obtener ingresos económicos. Los derechos patrimoniales son los siguientes: reproducción, distribución, importación, comunicación pública y transformación. A diferencia de los derechos morales, el autor puede ceder la titularidad de sus derechos patrimoniales a un tercero.
- e) **Excepciones y Limitaciones:** Dicha normativa equipara ambos conceptos utilizándolos de manera indiferente. De acuerdo con el cuerpo normativo las excepciones se deben aplicar conforme a los usos honrados y deben interpretarse en sentido restrictivo aplicando la “regla de los tres pasos”.
- f) **Protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección de derechos:** A través del artículo 38º se permite al titular de los derechos patrimoniales de la obra el poder impedir la reproducción o comunicación de su obra a través de estos mecanismos. Por tal motivo, se sanciona a las personas que busquen eludir esta clase de medidas tecnológicas impuestas por el autor o titular de los derechos patrimoniales.

1.4.9 TRATADOS DE LA OMPI: WCT y WPPT

La forma en la cual se conoce a ambos tratados es como los “tratados internet”, los cuales han sido adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. A través de estos tratados se definió que la transmisión digital de contenido implica la realización de una copia. Asimismo, se amplían los alcances de la comunicación pública a determinados actos de transmisión interactiva.

Otro punto relevante que debemos mencionar es que a través de estos tratados se introduce la protección de las medidas tecnológicas. Con dicha regulación se quiso brindar las condiciones necesarias para poder utilizar la tecnología a favor de los autores o titulares de las obras. Con referencia a este tema, los tratados obligan a sus países adheridos a que provean a los derechohabientes de una protección jurídica adecuada y de remedios efectivos contra la elusión de las medidas tecnológicas.

De igual forma, podemos mencionar que, de acuerdo con Carlos Fernández Ballesteros, el cual es citado por Marysol Ferreyros⁶⁸, dichos tratados desarrollan cinco aspectos importantes:

⁶⁸ FERREYROS CASTAÑEDA, Marysol. *De Gutenberg a Internet ¿Reforma o revolución del Derecho de Autor?* En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007. pp 109.

- a) En primer lugar, se desarrollan disposiciones respecto al almacenamiento de obras bajo forma digital y el alcance del derecho de reproducción; la transmisión de obras por redes digitales; las limitaciones y excepciones en el entorno digital y las medidas de protección e información sobre gestión de derechos.
- b) En segundo lugar, se menciona el referido “rejuvenecimiento del Convenio de Berna”, al establecer el WCT en su artículo primero el pleno reconocimiento de las normas de dicho Convenio y que nada del contenido de la WCT puede ir en contra de lo dispuesto por el Convenio.
- c) En tercer lugar, al rejuvenecer el convenio de Berna, como consecuencia lógica de esto, su normativa adquirió una mayor fortaleza.
- d) Como cuarto aspecto se tienen a los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes.
- e) Finalmente, se menciona a los derechos de los productores de fonogramas a quienes se les amplía el plazo de protección de sus derechos a 50 años.

1.4.10 TRATADO DE LIBRE COMERCIO (TLC) CON ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América se tiene la necesidad de conciliar dos sistemas legales de protección del Derecho de

Autor, por una parte el sistema del Copyright y el sistema Europeo-Romano, los cuales, como sabemos, presentan diferencias importantes en relación a los temas de autoría y titularidad.

En el presente TLC ambas partes consideran oportuno mencionar que todos los acuerdos de propiedad intelectual que se encuentren bajo los auspicios de la OMPI y de los cuales tanto Perú como Estados Unidos formen parte, permanecerán vigentes frente al presente TLC.

Con referencia al mencionado tratado, Carlos Correa, menciona lo siguiente:

“Si bien los estándares de protección de la propiedad intelectual en el Perú son altos como lo reflejan su propia ley interna de derecho de autor, Decreto Legislativo N° 822, y la Decisión 351 de la Comunidad Andina, los compromisos que surgen del TLC en algunos aspectos, van más allá, incluso del ADPIC y en algunos casos trata materias a las que las normas mencionadas no hacen referencia.”⁶⁹

Con referencia al derecho patrimonial de reproducción, en el presente tratado se ratifica una “potestad absoluta” a favor de los autores para poder

⁶⁹ CORREA, Carlos. *El acuerdo de promoción comercial Perú-Estados Unidos desde el punto de vista de los países en desarrollo.* pp 3. Consulta: el 10 de mayo de 2013. <http://www.esan.edu.pe/paginas/publicaciones/libros/sRoca/PI/completo/04-Correa.pdf>

autorizar o prohibir cualquier reproducción de sus obras de cualquier manera o forma. Es claro poder observar que este cuerpo normativo mantiene una visión “todista” del derecho de reproducción al igual que nuestra normativa nacional, con lo cual, se persistiría en no tener en cuenta los derechos de los usuarios y el desequilibrio entre el Derecho de Autor y los intereses de la sociedad se vería más marcado.

En relación con las medidas tecnológicas de protección, este punto es de suma importancia para Estados Unidos, en el TLC se hace mención a medidas tecnológicas efectivas. Asimismo, se hace mención de medidas de protección jurídica y recursos jurídicos efectivos contra la elusión de dichas medidas.

Con referencia a las excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos, el TLC menciona que será cada parte quien disponga de ellas solamente para casos especiales que no entren en conflicto con la normal explotación de la obra.

1.5 LA COPIA PRIVADA EN EL DERECHO COMPARADO

En relación con lo ya mencionado, podemos apreciar que nuestra normativa cae en el error de tener una visión “todista” del derecho de reproducción, lo cual conlleva a que el legislador establezca excepciones y no límites y, en

consecuencia, instaurar un desequilibrio entre el Derecho de Autor y los intereses de la sociedad.

Para tener una mejor visión acerca del Derecho de Autor y, en particular de la Copia Privada, pasaremos a analizar la regulación de diferentes países referente a estos temas.

a) Estados Unidos:

Como sabemos la tradición del derecho occidental al cual pertenece dicho país presenta una estructura totalmente diferente a la continental, a la cual nosotros pertenecemos. Esto se puede apreciar, como bien señala José González de Alaiza⁷⁰, en que el *common law* presenta una excepción abierta –*fair use*– en cambio el derecho continental ofrece un listado exhaustivo de excepciones.

De igual manera, González de Alaiza⁷¹ citando a W.J. Gordon sostiene que la excepción del *fair use* reside en un análisis económico del derecho, lo cual guarda relación con uno de los fundamentos que se da a la copia

⁷⁰ GONZÁLEZ DE ALAIZA, José. *La Copia Privada sus fundamentos y tratamiento en el entorno digital*. Comares, Granada, 2008. pp 133.

⁷¹ *Ibíd.*

privada en nuestra doctrina, el cual sostiene que esta es producto de una “falla del mercado”.

La excepción del *fair use* la podemos entender como la capacidad de convertir en lícitos actos de explotación de una obra que normalmente significarían actos de infracción por pertenecer a la esfera patrimonial exclusiva del autor.

En relación con la copia privada, podemos decir que la excepción del *fair use* es mucho más amplia que esta, ya que la excepción de copia privada solamente repercute sobre la reproducción de una obra, en cambio el *fair use* alcanza todo el conjunto de derechos de explotación del autor.

Con referencia a la forma de aplicación del *fair use*, los tribunales norteamericanos tienen presente los siguientes criterios:

- a) **Finalidad de la utilización:** Con este criterio se busca saber si la utilización de la obra tiene o no una finalidad comercial. Claramente lo que se debe favorecer son los usos con carácter no comercial.
- b) **Naturaleza de la obra protegida:** Con este criterio se pretende dar mayor facilidad a la aplicación de esta excepción respecto a la

utilización de trabajos de carácter científico, docente o informativo, mientras que con las obras de ficción resultará lo contrario.

- c) **Parte utilizada:** Este criterio está relacionado con la proporción y la importancia del fragmento de la obra utilizada. Es decir, cuan menor sea el fragmento utilizado, mayores serán las posibilidades de acogerse al *fair use*. Por otro lado, en lo referente a la importancia del fragmento utilizado, lo que se busca es no afectar la esencia de la obra, el corazón de la misma.
- d) **Efecto del uso en las ventas de la obra:** Este criterio busca que no exista un perjuicio para la explotación de la obra original dentro de un mercado potencial.

b) Alemania:

En la doctrina alemana en la antigua Ley relativa al Derecho de Autor sobre obras de la literatura y la música (*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst*) del 19 de junio de 1901 ya se había introducido la copia para uso personal, siempre y cuando esta buscase beneficios económicos.

Dicha jurisprudencia sirvió de fundamento para la aprobación de una Ley (*Urheberrechtsgesetz* de 1965) que mantuvo la copia personal, pero incorporó

el derecho de los autores de exigir una remuneración compensatoria de los fabricantes e importadores de aparatos reproductores de imágenes y sonidos.

La actual Ley alemana distingue entre la copia para “uso personal y doméstico” (53°, 1 de la *UrhG*) y las copias “para usos propios” (53°, 2 y 3 de la *UrhG*). De acuerdo con Ignacio Garrote⁷², en el 53, 1 de la *UrhG* se ha especificado que es posible hacer reproducciones de obras y prestaciones protegidas cuando se realiza por una persona física para uso personal en el ámbito doméstico y fines directa o indirectamente comerciales. Como la norma se refiere a copias efectuadas en cualquier soporte, se incluye tanto las copias en soportes analógicos como digitales.

Asimismo, se reguló las copias privadas hechas por encargo, es decir las que se realizan por un tercero, sea este un amigo o un familiar o un servicio comercial de reprografía. Dichas copias se consideran cubiertas por la excepción, pero únicamente si se dedican al uso personal y se hacen de forma gratuita y en papel utilizando procedimientos fotomecánicos u otros de similares resultados. La mencionada excepción se limita a las reproducciones hechas en papel por medio fotomecánicos, por lo que quedan fuera del ámbito

⁷² GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tercera Edición. Tecnos. Madrid, 2007. pp 52.

de la excepción las copias de soportes de audio o video o respecto de obras plásticas.

Respecto a las llamadas copias para uso propio serán admitidas bajo condiciones más estrictas y cabe la posibilidad que puedan ser realizadas por personas jurídicas⁷³.

c) Francia:

En la Ley francesa se hace mención que la copia privada implica una reproducción para uso privado, la cual se admite tanto para el entorno analógico como para el digital. Por otro lado, no se hace mención a los fines directa o indirectamente comerciales, solamente se hace mención a que la reproducción ha de estar estrictamente reservada para el uso privado del copista y no destinada a un uso colectivo. Asimismo, en dicho ordenamiento se regula la remuneración por copia privada de fonogramas y videogramas, como consecuencia de la realización de copias privadas, un derecho de remuneración compensatoria a favor de los autores e intérpretes de las obras fijadas en fonogramas y videogramas, así como de sus productores. El pago de la remuneración corresponde a los fabricantes e importadores de esos soportes en territorio francés.

⁷³ Ídem. pp 54.

d) España:

En el ordenamiento jurídico español se reconoce expresamente a la copia privada como una excepción, la cual va de la mano con la aplicación de la remuneración compensatoria por copia privada. Asimismo, excluye del ámbito de la excepción por copia privada a los programas de ordenador y las bases de datos electrónicas.

En referencia al contenido de la copia privada en el ordenamiento español, José González de Alaiza señala lo siguiente:

“La excepción de copia privada se circunscribe al derecho de reproducción, que, como se sabe, es solamente una de las manifestaciones del monopolio reconocido al autor sobre los actos de explotación de su obra. Así el art. 31.2 de la LPI establece que “no necesita autorización del autor la reproducción...”. Por tanto, a contrario, se está excluyendo la posibilidad de una utilización de la obra sin autorización cuando esta implique actuaciones de comunicación pública o distribución, actividades que por lo demás son por su propia naturaleza incompatibles con la mera realización de copias privadas de la obra”⁷⁴.

⁷⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA, José. *La Copia Privada sus fundamentos y tratamiento en el entorno digital*. Comares, Granada, 2008. pp 134.

Asimismo, el ordenamiento español hace mención al uso privado de la copia por parte del copista, lo cual se relaciona con la prohibición del uso colectivo o lucrativo de la copia privada.

En relación a la copia privada, el ordenamiento español señala que el copista debe reunir tres requisitos: a) debe llevarse a cabo por una persona física, b) debe llevarse a cabo por el mismo copista, no por encargo, y c) debe realizarse únicamente para uso privado.

Cabe señalar que en el ordenamiento español el uso privado lo delimitan dentro del ámbito doméstico, en contraposición con el uso público. El ordenamiento español no tiene una definición sobre ámbito doméstico sustentada en que dicho ámbito no puede ser cuantificado el número de personas que lo componen. De igual manera sostienen que el ámbito doméstico no se delimita únicamente por relaciones de parentesco. Por tal motivo, una definición de ámbito doméstico sería decir que dicho ámbito estará formado por todo aquel acto que no se considere público.

e) Canadá:

En relación con la presente tesis creemos que es importante hacer mención de la decisión de la Corte Suprema de Canadá, *CCH Canadian Limited vs. Law Society*

of *Upper Canadá*⁷⁵, ya que en tal decisión se afirman los derechos del usuario como un concepto integral dentro del Derecho de Autor.

Uno de los principales puntos que hace mención esta sentencia es la definición de uso equitativo como excepción al Derecho de Autor. Con referencia a este punto Abraham Drassinower sostiene lo siguiente:

“Antes de examinar el alcance de la excepción del uso equitativo conforme a la Ley del Derecho de Autor, es importante aclarar ciertas consideraciones generales sobre las excepciones a la violación de los derechos de autor. En materia de procedimiento, un demandado debe demostrar que su uso de una obra es equitativo; sin embargo, la excepción de uso equitativo quizás se pueda entender mejor como una parte integral de la Ley del Derecho de Autor y no simplemente como una defensa. Todo acto que caiga dentro de la excepción del uso equitativo, no será una violación de los derechos de autor. La excepción del uso equitativo, al igual que otras excepciones en la Ley del Derecho de Autor, es un derecho del usuario. Para poder mantener el equilibrio correcto entre los derechos de un propietario de derechos de autor y los intereses de los usuarios, no se puede interpretar en forma restrictiva.”⁷⁶

Es decir, lo que se plantea es que el uso equitativo no solamente se debe entender como una simple excepción al Derecho de Autor, sino debe ser vista de

⁷⁵ CCH Canadian Limited vs Law Society of Upper Canadá, del 04 de marzo de 2004. Consulta: el 15 de abril de 2013 <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/2125/index.do>

⁷⁶ DRASSINOWER, Abraham. *Examinando atentamente los derechos del usuario*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 4. Palestra. Lima, 2008. pp 113

una manera positiva, como un derecho a favor del usuario. Dicho planteamiento parte debido a que la Corte sostuvo que el mantener la óptica de una simple excepción no responde al equilibrio adecuado que debe existir.

1.6 JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE COPIA PRIVADA

a) Caso Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) - Padawan:

La Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) interpuso demanda contra Padawan S.L. la cual comercializaba CD-R, CD-RW, DVD-R, a efecto de reclamar el pago correspondiente a la compensación por copia privada de los soportes comercializados por la demandada.

Padawan se negó al pago por compensación por copia privada por considerar que las ventas de los soportes que realizaba no se destinarían a la realización de copias privadas, ya que sus principales adquirientes eran profesionales y personas jurídicas. Sin embargo, fue condenada en primera instancia al pago de 16,759.25 Euros.

En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona solicita al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea una opinión referente a los criterios que deben adoptarse en relación a la determinación del importe y el sistema de percepción de la compensación por copia privada. El mencionado Tribunal 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”*⁷⁷.

Del mismo modo, el Tribunal señala que *“la Directiva prevé que se mantenga un justo equilibrio entre los titulares de los derechos y los usuarios de prestaciones 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 abonara al titular”*.

En relación a la demanda, Padawan demostró que sus clientes no eran particulares sino personas jurídicas. Dado esto, el Tribunal de la Audiencia Provincial de Barcelona señaló lo siguiente:

⁷⁷ http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/10/21/sentencia_canon.pdf Consultado el 04 de febrero de 2014

“Al margen de si las tarifas responden al “justo equilibrio” porque pretendan compensar únicamente la copia privada y no eventuales defraudaciones de los derechos de propiedad intelectual, tan solo 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 videos, pues, en su gran mayoría, iban destinados a la copia privada, ahora los soportes digitales no solo 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 intelectual. 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”⁷⁸.

Dado lo antes mencionado, el Tribunal de la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la resolución de primera instancia a favor de Padawan.

78

<https://docs.google.com/a/pucp.pe/file/d/0BxBFG1WBsUAfYWExODIiOGItZTA1Ny00Y2RILTg3ZWYtODQxM2UwZmZiODcy/edit?hl=en&authkey=CKWj1JEI> Consultado el 02 de febrero de 2014.

Esta Sentencia resulta de vital importancia debido a que es gracias a esta que se frena el pago indiscriminado de canon por copia privada, y se establece que el mismo solo deberá ser pagado por aquellos que realmente utilicen los soportes para la realización de copias privadas. Es decir, los usos profesionales o laborales que se den a los soportes no tendrían por qué realizar pago alguno por compensación de copia privada.

b) Caso INDECOPI – Unión Peruana de Productores Fonográficos (UNIMPRO), Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC), Asociación Nacional de Artistas Visuales (APSAV), Asociación Nacional de Artistas Intérpretes y Ejecutantes (ANAIE) y Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA PERÚ):

Mediante Resolución N° 0002-2013/DDA-INDECOPI del 06 de febrero de 2013, La Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI da respuesta a la solicitud de registro del tarifario de compensación por copia privada presentada por UNIMPRO en representación del Comité de Coordinación de la Copia Privada, la cual está conformada por la sociedades de gestión colectiva enunciadas en el subtítulo.

Luego de un preámbulo mediante el cual INDECOPI requiere subsanar varios puntos relacionados a la solicitud del Comité, este admite la solicitud y procede a realizar su respectivo análisis.

Mediante la solicitud el Comité señala que productos serán objeto de la tarifa por compensación por copia privada. La solicitante incluye dentro del tarifario a los equipos reproductores MP3, MP4 y teléfonos celulares, los cuales entiende como soportes.

Dado lo antes mencionado, INDECOPI señala lo siguiente:

“Al respecto, la norma señala que únicamente se aplicará la tarifa sobre soportes entendiendo estos como los elementos materiales en los que es posible fijar una obra, producción o servicio artístico fijado o impreso (cassettes de audio o video, CD, cinta cinematográfica, etc), según lo establecido en el numeral veinte (20) del glosario de la Ley N° 28131.

Asimismo, el Diccionario de la Real Academia Española define como soporte al material en cuya superficie se registra información, como el papel, la cinta de video o el disco compacto”⁷⁹.

⁷⁹ Resolución N° 0002-2013/DDA-INDECOPI del 06 de febrero de 2013.

De acuerdo con lo antes señalado, INDECOPI entiende que un soporte es aquel material sobre el cual podemos fijar información o contenidos. Asimismo, sostiene que un soporte tiene como propósito reproducir obras a través de un aparato, es decir, no puede funcionar de manera independiente. Por el contrario, los equipos reproductores MP3, MP4, Ipod, celulares, entre otros, incluidos en el tarifario de la solicitante, son aparatos que funcionan en forma independiente, no necesitando de un equipo adicional para funcionar; por lo tanto los mismos son equipos y no soportes.

En ese sentido, dado el razonamiento señalado por INDECOPI, los reproductores MP3, MP4, Ipod, celulares, entre otros, al ser equipos y no soportes no deberían ser incluidos en el tarifario presentado para registro toda vez que se encuentra fuera del alcance de la norma que establece la compensación por copia privada.

Básicamente, este es el argumento principal que utiliza INDECOPI para denegar la solicitud presentada UNIMPRO en representación del Comité de Coordinación de la Copia Privada.

Si bien compartimos el hecho de la denegación del registro de tarifas sobre copia privada y su consecuente no cobro, no compartimos el sustento antes

mencionado, ya que si bien la diferenciación entre soportes y equipos reproductores realizado por la Dirección de Derecho de Autor es correcto, nos parece que esta argumentación peca de facilista, debido a que no se realiza un análisis más profundo de los equipos reproductores en el actual contexto de la era digital, contexto en el cual ellos vienen siendo los nuevos soportes utilizados por los usuarios.

c) Caso INDECOPI – Compudiskett S.R.L.:

Mediante Resolución No. 439-2006/ODA-INDECOPI declaró fundada la denuncia iniciada de oficio contra Compudiskett por incumplir con el pago de la compensación por copia privada, sancionando a la denunciada con una multa de 10 UIT y el pago de la reparación de omisiones a favor de la entidades de gestión colectiva.

La Sala de Propiedad Intelectual confirmó la resolución emitida por la Oficina de Derecho de Autor por el no pago de la compensación de copia privada de Compudiskett, 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 reglamento que establezca los parámetros de graduación de sanciones por infracción de la Ley No. 28131⁸⁰.

Este caso en particular nos sirve para evidenciar algunos vacíos que adolece nuestra normativa nacional.

1.7 LA COPIA PRIVADA, SU EVIDENTE DESFASE EN LA ACTUALIDAD Y POSIBLE JUSTIFICACIÓN OCULTA.

Hemos podido apreciar, a lo largo de lo desarrollado hasta el momento, como nuestra normativa ha decidido, en vez de amoldarse y adaptarse a la innegable realidad tecnológica, sólo imponer normas de forma inquisitiva para continuar con un tipo de regulación que traslada la mayor carga y limitaciones a los usuarios.

Asimismo, hemos constatado como el avance tecnológico sigue aumentando continuamente, lo que nos exige – motiva a seguirle el paso, a no quedarnos desfasados. Sin embargo, nuestra normativa de copia privada pretende seguir

⁸⁰ CÓRDOVA MEZARINA, Jorge Alberto. Tesis de maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia “La excepción de copia privada en el derecho de autor frente a las medidas tecnológicas de protección ¿Una limitación a la excepción?”. Lima, 2013. pp 97

castigando nuestras conductas cuando lo normalmente esperado será reaccionar frente a aquel avance y justamente aquella reacción es la de ir a la par de la tecnología. Justamente sobre ello se refiere Carlos Alberto Villalba cuando señala:

“(...) En una sociedad democrática, las conductas exigidas deben ser posibles, para que no suceda lo que al decir de los psicólogos acontece con las normas perversas, refiriéndose a las conductas que se imponen, sabiendo que razonablemente no podrán ser cumplidas.”⁸¹

En ese sentido, a estas alturas de la era digital pueden resultar absurdas aquellas imposiciones donde se cataloga al usuario como infractor simplemente por hacer un uso habitual y esperado de acuerdo a la tecnología con la que actualmente disfrutamos.

1.7.1 Realidad de nuestra normativa

En el desarrollo de la tesis se ha hecho mención de una serie de características y elementos que impone nuestra normativa de copia privada que no se ajusta a la realidad tecnológica en la que el mundo vive actualmente.

⁸¹ VILLALBA, Carlos Alberto. Planteamiento – fundamentación de la copia privada como límite al derecho de autor – justificación de la remuneración por copia privada (en general). Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000. Tomo II. Ministerio de Cultura de España. Madrid, 1991. pp 591.

Al respecto, nos hemos introducido en el delicado tema de la compensación donde hemos establecido que aquella imposición resulta innecesaria por distintos motivos, tales como que la realización de copias privadas no perjudica los legítimos intereses de los autores y sus derechohabientes por el simple hecho de no competir con la venta de los soportes originales, ya que la realización de copias privadas, en el supuesto trabajado en la presente tesis, se basa en la previa adquisición de un soporte original.

Asimismo, hemos establecido que aquella obligación impuesta, como establece el artículo 20° de la Ley No. 28131, a los fabricantes nacionales así como a los importadores de los materiales o soportes idóneos que permitan la reproducción, son finalmente trasladados a los usuarios, imponiendo precios más altos a los soportes vayamos o no a realizar copias privadas. Al respecto, Antonio Rodríguez Lobatón señala:

“Segundo: Parecería que Masé cree que la compensación sólo repercute en la industria que fabrica o distribuye estos equipos. Olvida que la teoría económica nos dice que es irrelevante que la compensación recaiga formalmente sobre los fabricantes, importadores o consumidores. La carga se repartirá entre todos, con unas proporciones que dependen de la elasticidad de la oferta y la demanda.”⁸²

⁸² RODRÍGUEZ LOBATÓN, Antonio. *Compensación por copia privada y eficiente económica*. Revisado: 28 de agosto de 2013. En:

<http://www.blawyer.org/2009/05/17/compensacion-por-copia-privada-y-eficiencia-economica/>

Es comprensible entender que aquella imposición de compensación por copia privada repercutirá significativamente en la adquisición de soportes, debido a que el encarecimiento de estos finalmente será asumido por los usuarios que deciden comprarlos debido a sus necesidades.

Sin embargo, también advertimos una posible justificación a la imposición de la compensación de copia privada, que si bien no es motivo del presente trabajo de investigación, consideramos oportuno mencionar. Ello porque la imposición de dicha compensación es impuesta mayormente a la piratería.

La compensación de copia privada se impone por igual a los que realizan una copia privada, entiéndase copia de soportes adquiridos legítimamente, a los que por el contrario realizan actividades piratas como la de copiar obras que se encuentran en internet o adquirir soportes no originales – PIRATERÍA, y a los que realizan una reproducción de su propio trabajo, es decir una copia de una obra realizada por el mismo usuario quién, como vemos, también puede ser autor al mismo tiempo.

Hemos deslizado la justificación oculta que apreciamos con la imposición de copia privada, que sería grabar realmente una actividad ilícita como lo es la piratería, intentando de esta forma compensar el real daño sufrido con la supuesta no venta

de los soportes. Sustentamos ello, debido a que el supuesto trabajado en la presente tesis se basa en que previamente se ha adquirido legítimamente un soporte y por ello la realización de copias privadas no perjudicaría las ventas de dicho soporte porque simplemente la persona que ya cumplió con adquirir aquel soporte original no volverá a comprar otro. **Sin embargo, es la piratería la que si estaría perjudicando la venta de soportes; en este escenario si se deja de vender un soporte original.**

Asimismo, apreciamos que realmente la compensación de copia privada compensa indistintamente tanto a las grabaciones que el mismo usuario decide realizar de sus propias obras, como a los actos de piratería y finalmente, y tal vez incluso en menor medida, a la copia privada en estricto.

Entonces, la compensación de copia privada no estaría cumpliendo en estricto su función, debido a que desde un inicio se impone una compensación vaya o no realizarse una copia, sea o no obra propia del mismo usuario lo que desea reproducir y finalmente los actos de piratería.

Mencionado ello, podríamos apreciar que finalmente nuestra normativa lo que estaría grabando en la realidad es en menor medida la copia privada y por el contrario estaría cayendo en compensar una práctica ilícita tan grande como lo es la piratería. Lo que estaría completamente errado, debido a que estaría de esta

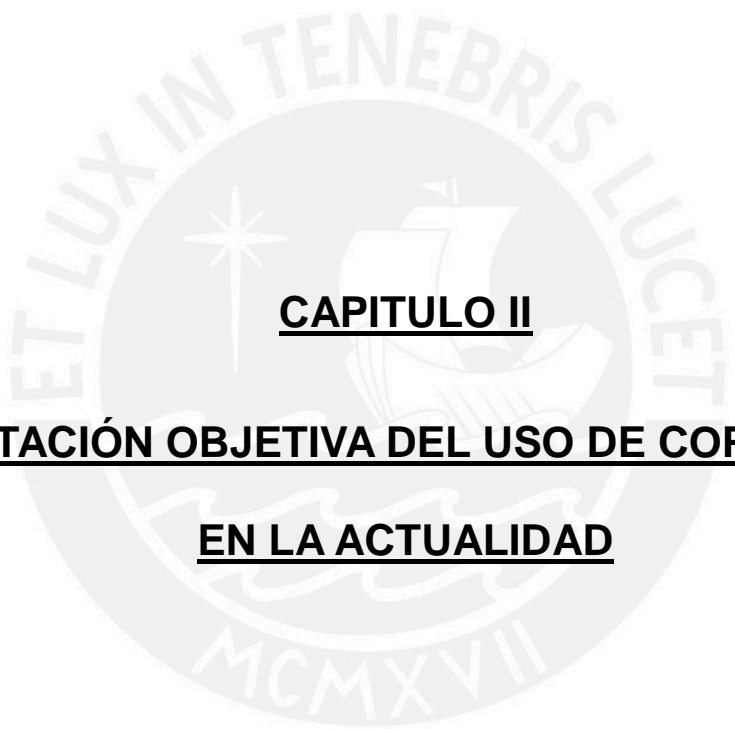
forma legitimando una actividad que no debería ser compensada bajo ninguna motivo. Como señala María Martín-Prat:

“Los Estados miembros (y cuando digo Estados miembros, me refiero a esos países que reconocen la copia privada y el canon) no son necesariamente neutrales. Díganse a Francia, que recaudó un 30% de todo lo que cobra por copia privada y que dedica esta cantidad a la producción de películas, grabaciones de música, cultura, promoción etc. También se hace en España, si no me equivoco: si lo recuerdo correctamente, es un 25% lo que utiliza el Ministerio de Cultura. Los gobiernos empiezan a darse cuenta de que es una remuneración de la que ellos tampoco quieren desprenderse.

Este contexto donde nos encontramos es nuevo. La copia privada se utiliza más y más como una excusa para la piratería (...)⁸³. (El subrayado es nuestro).

Nuestra normativa debería formular una mejor estrategia contra las actividades ilícitas como lo es la piratería y no hacer pagar dicha compensación a los usuarios que simplemente hacen uso de la tecnología a su favor para utilizarla de acuerdo a sus actividades.

⁸³ MARTÍN-PRAT, María. *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Mesa Redonda: La Copia Privada Digital*. En: Revista de Internet, Derecho y Política. pp 38. FUOC. Barcelona, 2005. <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>

A large, faint watermark of the university seal is centered in the background. It contains the Latin motto "ET LUX IN TENEBRIS LUCET" at the top and "MCMXXVII" at the bottom, with a central emblem depicting a ship and a star.

CAPITULO II

CONSTATAÇÃO OBJETIVA DEL USO DE COPIA PRIVADA

EN LA ACTUALIDAD

2.1 EL ROL DE LA REPRODUCCIÓN COMO ELEMENTO PRIMORDIAL DE LA COPIA PRIVADA Y LA PIRATERIA

De acuerdo con nuestra normativa, el numeral 6 del artículo 2° del Decreto Legislativo No. 822 define lo que es una copia:

“Copia o ejemplar: Soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción.”

Conforme a la mencionada definición, podríamos sostener que para poder realizar una copia nos vemos en la necesidad de tener que realizar un acto de reproducción. Es decir, la reproducción forma parte vital en la estructura de la realización de una copia.

Asimismo, el numeral 37 del mencionado artículo define la reproducción de la siguiente manera:

“Reproducción: Fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, y la obtención de copias de toda o parte de ella.”

Del mismo modo, el artículo 32° del citado cuerpo normativo se refiere al derecho de reproducción:

“Artículo 32°: La reproducción comprende cualquier forma de fijación u obtención de copias de la obra, permanente o temporal, especialmente por imprenta u otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el registro reprográfico, electrónico, fonográfico, digital o audiovisual.”

La lectura del citado artículo se debe realizar en conjunto con el artículo 30°, el cual tiene por sumilla “*Alcance de los derechos patrimoniales*”:

“Artículo 30°: Alcance de los derechos patrimoniales

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.”

De igual forma, el artículo 31° señala lo siguiente:

“Artículo 31°: *El derecho patrimonial comprende, especialmente, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:*

a. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.”

Como se puede observar, el legislador otorga a los autores una amplia potestad, salvo contadas excepciones sobre el derecho de reproducción, ya que al formar parte de sus derechos patrimoniales, las posibilidades que tienen los usuarios de valerse de las reproducciones para maximizar el uso de sus ejemplares adquiridos legítimamente son casi nulas. Con lo cual se evidencia un claro desequilibrio a favor del Derecho de Autor respecto de los intereses de la sociedad.

Asimismo, de la lectura de los mencionados artículos se desprende que para efectuar una copia privada me veo en la necesidad de realizar un acto de reproducción. Sin embargo es el autor o titular del derecho patrimonial los únicos que tienen el derecho exclusivo para reproducir la obra, entendiendo a todo acto de reproducción, como una forma de explotación de la obra. Con referencia al

tema de la exclusividad en el derecho de reproducción, Gonzalez de Alaiza sostiene lo siguiente:

“La tercera apreciación a realizar sobre el art. 17 de la LPI es relativa a la exclusividad en la explotación de los derechos, que se manifiesta en una doble dimensión. Por una parte, en su vertiente positiva, implica el poder jurídico del autor de explotar la obra, mientras que, por otra, en su vertiente negativa, reconoce al autor la posibilidad de impedir al resto de sujetos la explotación de la obra sin su consentimiento (“ius prohibendi”).”⁸⁴

En el Derecho de Autor se establece que el Derecho de Reproducción forma parte de los derechos patrimoniales. Es decir, a través de este derecho el autor o titular del mismo puede percibir ingresos económicos. Como bien se puede apreciar en la cita anterior, se cae en el error de asumir que toda reproducción puede llegar a generar algún tipo de ingreso económico para el autor. Es por esto que el autor tiene la posibilidad de impedir la “explotación” sin su consentimiento.

De acuerdo con la realidad podemos afirmar que no todo acto de reproducción supone la explotación patrimonial de la obra y en consecuencia un desmedro para la economía de los titulares de derechos de autor. Muchas de las reproducciones que realizan los usuarios de los ejemplares buscan maximizar el uso de los mismos, lo cual, no ocasionaría un perjuicio a la economía del autor o titular.

⁸⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA, José. *La Copia Privada sus fundamentos y tratamiento en el entorno digital*. Comares, Granada, 2008. pp 8.

Entonces, podemos apreciar como nuestra normativa moldea la figura de la copia privada como una potencial fuente generadora de ingresos, cuando en realidad esos ingresos deberían verse cubiertos al momento de que el usuario adquiere el soporte. En ese sentido, se debería dejar de considerar a la copia privada como un medio para recibir beneficios económicos a través de un “resarcimiento de daños generados” y admitir que en nuestra realidad la ejecución de reproducciones adicionales constituye un derecho de maximización con el que deberían contar todos los usuarios que previamente han cumplido con adquirir un soporte original.

Por tal motivo sostenemos que este error parte por tener una inadecuada visión “todista” de la reproducción, en donde no es posible diferenciar un acto de reproducción que busque explotar la obra para obtener beneficios patrimoniales y, un mero acto de reproducción que busque maximizar el uso de los ejemplares.

2.1.1 La mala visión “todista” del derecho de reproducción

Como se mencionó anteriormente la regulación de Derecho de Autor tiene una visión “todista” del derecho de reproducción. Mencionamos esto debido a que se considera que toda forma de reproducción de la obra, es una

manera de explotar la obra y conseguir beneficios económicos para el autor o su titular.

Apreciamos que aquella visión “todista” del derecho de reproducción tiene sus cimientos en el enfoque de estímulo para los autores. Tal punto es respaldado por Ricardo Antequera cuando señala:

“El derecho al disfrute de los bienes culturales exige el estímulo a la creatividad, y ello sólo es posible mediante una adecuada protección a los autores”⁸⁵.

De igual manera, y complementando lo antes mencionado por Antequera, Delia Lipszyc sostiene lo siguiente:

“La falta de condiciones propicias para su desarrollo -entre ellas la desprotección de los derechos de los autores- causa la emigración de los creadores nacionales hacia centros que les brindan posibilidades de obtener beneficios económicos y la difusión que merecen sus obras”⁸⁶.

En ese mismo sentido, José González de Alaiza se pronuncia de la siguiente manera:

⁸⁵ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA Marysol. *El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*. Monterrico. Lima, 1996. pp 42

⁸⁶ LIPSZYC, Delia. *Derecho de Autor y Diversidad Cultural*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007. pp 85.

“El reconocimiento del poder de explotación responde a la necesidad de garantizar a los autores la posibilidad de obtener un beneficio económico fruto de su actividad creativa”⁸⁷.

Supuestamente el trasfondo de la exclusividad a favor de los autores o titulares del derecho de reproducción de la obra es generar un incentivo para los autores, dándoles la posibilidad de obtener algún tipo de beneficio económico por las reproducciones. Sin embargo, discrepamos de este sistema de incentivos.

No creemos en este sistema de incentivos, ya que, de acuerdo con Julio H. Cole⁸⁸, el Derecho de Autor (al igual que el derecho de patentes) genera privilegios monopólicos sobre obras que se hubiesen desarrollado aún sin su incentivo.

Hacemos mención al término “monopolio” debido a que consideramos que es el concepto que más se asemeja con la realidad, dado que la exclusividad que tienen sobre los derechos patrimoniales de los autores se otorga sin tener en cuenta los derechos de los usuarios. Debido a ello se

⁸⁷ GONZÁLEZ DE ALAIZA, José. *La Copia Privada sus fundamentos y tratamiento en el entorno digital*. Comares, Granada, 2008. pp 1.

⁸⁸ COLE, Julio. *Patentes y Copyrights: Costos y beneficios*. En: Revista Libertas N° 36, Instituto Universitario ESEADE, Buenos Aires, 2002. pp 7.

produce un claro desequilibrio a favor de los autores respecto de los usuarios, lo cual es algo inaceptable, ya que como se conoce uno de los principales propósitos del Derecho de Autor es salvaguardar el equilibrio que debe existir entre el Derecho de Autor y los intereses de la sociedad

En ese mismo sentido, Alfredo Bullard⁸⁹ sostiene que otorgar monopolios a favor de los autores y titulares no puede ser entendido como un incentivo para la creatividad artística.

Como bien sabemos, nuestra normativa sobre Derecho de Autor busca generar incentivos para los autores, como por ejemplo, a través del derecho exclusivo de reproducción. Sin embargo, no entendemos la lógica de promover incentivos y otorgar monopolios. Dichos “monopolios” de alguna manera se ven reflejados en concepciones erradas que giran alrededor del Derecho de Autor. Una de estas es la errada concepción “todista” de la reproducción.

Los mencionados “monopolios” van en contra del equilibrio que pretende alcanzar el Derecho de Autor. De acuerdo con Gustavo León y León

⁸⁹ BULLARD, Alfredo. *Reivindicando a los piratas: ¿Es la propiedad intelectual un robo?* En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 1. Palestra. Lima, 2005. pp 333.

Durán⁹⁰, si bien el Derecho de Autor tiene su fundamento en que los autores merecen ser retribuidos por la labor fruto de su ingenio, es también un fundamento, el buscar un equilibrio entre los diferentes y opuestos intereses en juego: el de los autores, de obtener una justa retribución por su trabajo; y el de la sociedad de acceder a las obras intelectuales, para utilizarlas y disfrutarlas en beneficio del progreso y bienestar social.

La exclusividad en el derecho de reproducción genera en el autor o titular la posibilidad de autorizar a terceros la potestad de explotar su obra a cambio de una retribución económica. Asimismo, tienen la potestad de prohibir la explotación de su obra sin autorización, ya que genera un desmedro en su economía.

Creemos que la manera adecuada de entender la exclusividad en el derecho de reproducción es que, esta última, debe estar ligada a la búsqueda de un beneficio económico. No se puede pretender generar exclusividad sobre reproducciones que tienen como finalidad la maximización del uso del ejemplar.

⁹⁰ LEÓN Y LEÓN DURAN, Gustavo. *Copyright vs. Copyleft: Problemática jurídica del software libre* En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007. pp 204 – 205.

Al mencionar que el derecho de reproducción forma parte del conjunto de derechos patrimoniales del autor lo que se debería buscar, como menciona Rivero Hernández, es normar *actividades dirigidas tendencial o potencialmente a obtener una ganancia, con lo cual quedan excluidas, en principio, de la consideración de explotación las utilidades de una obra protegida sin finalidad lucrativa*⁹¹. Es decir, no siempre un acto de reproducción busca una finalidad lucrativa, en muchas ocasiones la simple reproducción de una obra se realiza para obtener una maximización en el uso de la misma. Al mencionar esto último, es claro poder apreciar que el estímulo que conlleva realizar este tipo de actos está relacionado con el afán que tiene toda persona por satisfacer sus necesidades culturales y no, como muchos quieren hacer creer, que se busca lucrar con una obra ajena.

No se puede caer en el absurdo de otorgar una exclusividad sin límites a los derechohabientes sobre el derecho de reproducción de la obra, ya que muchas de las reproducciones realizadas por los usuarios de ejemplares de obras, buscan maximizar el uso de las mismas. No hay ningún afán de lucrar con las mencionadas reproducciones. La única finalidad es tener un

⁹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tercera Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2007. pp 271

uso legítimo de los ejemplares adquiridos, que vaya acorde con la realidad tecnológica actual.

En ese sentido, suena ilógico establecer una norma que se desdice con lo que ocurre en la realidad y peor aún es caer en el absurdo de no poder tener control sobre la acción que se pretende normar.

Como bien sostiene Marcial Rubio, toda *norma supone que el Estado compromete su fuerza detrás de cada una de ellas, a fin de garantizar que, en caso de incumplimiento, sus organismos y recursos la harán cumplir. Este elemento permite diferenciar al Derecho de otros sistemas normativos coexistentes con él en las sociedades*⁹².

En el caso antes mencionado, todo esfuerzo del Estado por comprometerse con el debido cumplimiento de las normas en relación a la reproducción de obras sería en vano, debido a que se estaría cayendo en la imposibilidad práctica⁹³ que el Estado pueda supervisar el real cumplimiento de lo estipulado en la norma. Sostenemos lo antes mencionado debido a que, como mencionamos a lo largo de la presente tesis, la tecnología forma

⁹² RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico: Introducción al Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2005. pp 86.

⁹³ GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tecnos. Madrid, 2007. pp 553-554.

parte del día a día de las personas y las nuevas formas de reproducción de un soporte que contiene la obra son parte de ella; por tal motivo, para que el Estado pueda garantizar el debido cumplimiento de esta norma se tendría que ver obligado a recurrir a mecanismos que puedan controlar el accionar de los individuos en todo momento, incluso en momentos que forman parte de su privacidad.

2.1.2 Explotación de la obra vs uso privado

Como bien se ha mencionado el derecho de reproducción es un derecho exclusivo en beneficio del autor o titular del derecho. Asimismo, se ha mencionado que el derecho de reproducción forma parte de los derechos patrimoniales del autor. Es debido a esto, que el autor o titular del derecho busca obtener beneficios económicos a través de la reproducción de la obra. Sin embargo, cabe preguntarnos si la exclusividad de la explotación de la obra a través del derecho de reproducción es absoluta o cuenta con límites.

De acuerdo con Francisco Rivero Hernández podemos mencionar lo siguiente:

“Los límites del derecho patrimonial, por tanto, tienen una doble referencia: el derecho moral del autor (en especial, en el caso de cesión del derecho de explotación a tercero) y el interés social en su obra y la cultura”⁹⁴.

Podemos apreciar que el límite al mencionado derecho está vinculado al interés social. Por tal motivo, para poder establecer un límite razonable al derecho de reproducción debemos tener presente, el ya mencionado, equilibrio entre el derecho de autor y el interés social, el mismo que menciona el autor antes citado:

“La cuestión más delicada aquí, como en otros conflictos de intereses y de derechos, reside en encontrar el punto de equilibrio entre unos y otros, de forma que no resulte desmedidamente gravado o limitado un derecho por una excesiva protección de otro”⁹⁵.

Entendemos que el autor o titular de la obra tenga el derecho exclusivo de poder reproducir su obra, siempre y cuando, dichas reproducciones busquen obtener un beneficio económico. **Al mencionar esto, se desprende que no toda reproducción busca obtener algún tipo de beneficio económico.**

⁹⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Tercera Edición. Tecnos. Madrid, 2007. pp 264

⁹⁵ Ídem. pp 265.

Este tipo de reproducciones que no buscan ningún tipo de beneficio económico se suelen dar en el ámbito privado de los usuarios de ejemplares legítimos de obras. Dichos usuarios buscan maximizar el uso de sus ejemplares a través de la reproducción, como bien menciona Ignacio Garrote en la siguiente cita:

“En especial se tiene en cuenta que un legítimo adquiriente de un soporte material (como un CD) debe tener la posibilidad de maximizar el uso de ese soporte (...)”⁹⁶.

Asimismo, cabe señalar, que las reproducciones realizadas por los usuarios que tienen como finalidad la maximización de sus ejemplares, no representan amenaza alguna hacia los intereses del autor o titular, ya que no buscan ningún tipo de beneficio económico o comercial.

Por otro lado, señalar que el autor o titular se ve perjudicado por dichas reproducciones, alegando lo sostenido por la Asociación de la Industria Discográfica Estadounidense (RIAA)⁹⁷, es decir, que por cada reproducción realizada se deja de percibir un monto similar al de la venta de un CD de la obra es absurdo, ya que los usuarios que realizan dichas reproducciones

⁹⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tercera Edición. Tecnos. Madrid, 2007. pp 555.

⁹⁷ <http://www.riaa.com/> Consultado el 23 de enero de 2014.

son personas que cuentan con ejemplares legítimos de las obras. Además, se estaría incurriendo en el error de equiparar una simple copia para uso privado con la obra misma. En consecuencia, el usuario que no quiera realizar un tipo de perjuicio a la economía del autor, tendría que verse obligado a realizar la compra de varios ejemplares similares de un CD, lo cual resulta ilógico y poco dable con la realidad que una persona cuente con más de un ejemplar de la misma obra por el solo hecho de no realizar un tipo de perjuicio en los autores.

Si bien en la actualidad no se ha realizado un estudio económico referente al impacto que puede tener la copia privada sobre la economía del autor o titular, si hay estudios del impacto de las reproducciones a través de internet y el impacto que estas tienen en la economía de los autores o titulares. Por tal motivo nos será de gran ayuda valernos de estos últimos para el desarrollo de la tesis.

En ese sentido, y de acuerdo con la óptica señalada por la RIAA, el profesor Stan Liebowitz a través de su estudio *Testing File-Sharing's Impact by Examining Record Sales in Cities*⁹⁸ sostiene que la reciente práctica de intercambio de archivos a través de los sistemas P2P se presta para la

⁹⁸ <http://www.utdallas.edu/~liebowit/intprop/cities.pdf> Consultado el 26 de enero de 2014

realización de copias no autorizadas. Los resultados de su estudio señalan que el realizar intercambio de archivos a través de sistemas P2P ha traído un daño significativo a la industria discográfica. Según el estudio, el aumento en intercambio de archivos produjo la reducción de ventas de CD de música. Asimismo, dicho estudio menciona que las descargas de MP3 aparentan estar causando daño a las ventas de discos; sin embargo, se afirma que no es claro que dicho daño sea fatal.

En ese mismo sentido, el estudio realizado por Jupiter Research denominado *Study on Online Music Piracy and Purchasing Habits*⁹⁹ señala que los mercados europeos con más alta incidencia de penetración de los sistemas P2P son aquellos con menor gasto per capita en música. En ese sentido, dicho estudio sostiene que la mayoría de las personas que comparten música a través de los sistemas P2P no comprar la misma. Sin embargo, anota también que solo un tercio de los que comparten música están en la capacidad de adquirir música en tiendas formales. Se concluye señalando que a pesar de lo antes mencionado el impacto de compartir música en relación con la venta de la misma es negativo.

⁹⁹ http://www.ifpi.org/content/library/jupiter_research_study_on_online_piracy.pdf Consultado el 01 de febrero de 2014.

De acuerdo con los dos estudios antes mencionados, el intercambio de archivos a través de sistemas P2P genera daños en la economía de los autores o titulares de derechos de autor; sin embargo, ninguno de los dos estudios es categórico al mencionar dicho daño, ya que en el primer estudio se afirma que si bien las descargas MP3 generan un daño en la venta de discos, dicho daño no es “fatal”; por otro lado, el segundo estudio menciona que solamente un tercio de las personas que intercambian archivos a través de sistemas P2P están en la posibilidad de adquirir música de manera formal. Es por esto, que podemos mencionar que ambos estudios dejan una pequeña ventana a favor del intercambio de archivos.

Por otro lado, y en oposición a los dos estudios antes mencionados, el gobierno suizo realizó un estudio acerca del impacto de la descarga en relación con el Derecho de Autor, el cual se denominó *Urheberrechtsverletzungen im Internet: Der Bestehende Rechtliche Rahmen Genügt*¹⁰⁰. En dicho estudio se concluyó que alrededor de un tercio de la población mayores de 15 años descarga música, películas y juegos a través de internet. Sin embargo estas personas no gastan menos dinero en entretenimiento, debido a que sus presupuestos destinados para este fin

¹⁰⁰ <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2011/2011-11-30.html> Consultado el 22 de enero de 2014.

son bastante constantes. Esto significa que la descarga es en gran medida un complemento de lo que el usuario consumirá.

Con referencia a la relación de complementariedad, Manuel Herrera-Usagre señala lo siguiente:

“Desde una perspectiva diferente, cabría pensar que los individuos que más contenidos se descarguen no tienen por qué estar haciendo una sustitución de un comportamiento por otro. Pueden realizar simultáneamente ambos patrones de consumo (compra y descarga)”¹⁰¹.

Por tal motivo, dicho estudio sostiene que aquellas personas que descargan más música son aquellas que más asisten a conciertos, y aquellos que descargan más juegos compran de manera legal mas juegos en comparación con aquellos que no realizaron descargas.

De igual manera, un estudio realizado por las universidades de Harvard y Carolina del Norte denominada *The Effect of File Sharing on Record Sales An Empirical Analysis*¹⁰² señala que las descargas de música en internet no son las causantes del descenso de ventas de discos compactos. El

¹⁰¹ <http://www.raco.cat/index.php/Papers/article/viewFile/259114/346405> Consultado el 03 de febrero de 2014

¹⁰² http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf Consultado el 03 de febrero de 2014.

mencionado estudio señala que la descarga de archivos a través de internet tiene un efecto limitado en la venta de los discos debido a que la mayoría de usuarios que realiza estas descargas son personas que no habrían comprado el álbum así no existiese el intercambio de archivos por internet. Es decir, dicho accionar tiene relación con los hábitos de consumo de los usuarios

“La utilización de redes de intercambio digital, como las P2P, representan un nuevo modo de desarrollar los comportamientos que ya estaban teniendo los individuos en el mundo offline. Dicho de otro modo, aquellos individuos que más descargas realizan son también aquellos que tienen un mayor consumo de discos físicos. Esto sugiere que dicha población está demostrando ya una cierta “disposición a pagar” por los contenidos culturales que descarga y/o intercambia, lo cual resulta relevante a la hora de plantear nuevos modelos de retribución a los creadores.

El intercambio de música no puede ser concebido taxativamente como un comportamiento sustitutivo de la compra. Es más, en el presente trabajo hemos presentado evidencias que confirman como el intercambio es complementario a la compra y que, si bien no es la única característica, también influye positivamente en la asistencia a conciertos.”¹⁰³

De acuerdo con lo mencionado podemos concluir que el intercambio y descargas de archivos se relacionan con los hábitos de consumo de los usuarios. Lo cual nos quiere decir que aquellas personas habituadas a

¹⁰³ <http://www.raco.cat/index.php/Papers/article/viewFile/259114/346405> Consultado el 03 de febrero de 2014.

consumir cultura utilizaran estos procedimientos como complemento de su consumo. Asimismo, aquellas personas que no están habituadas a consumir cultura no la consumirán así no exista el intercambio o descarga de archivos. De igual manera podemos sostener que tanto las descargas como el intercambio de archivos funcionan como complemento para el consumo de los usuarios, mas no se le debe ver como una sustitución utilitarista, ya que se estaría cayendo en el error de equiparar a una copia con un ejemplar legítimo. Dicho error lo comenten los dos primeros estudios comentados.

Dado el desarrollo de los estudios antes mencionados podemos concluir que tanto las descargas como el intercambio de archivos no generan un daño en la economía de los autores o titulares. Teniendo en cuenta que dichos estudios se realizaron considerando el potencial daño que puede generar la Internet en los autores o titulares. Asimismo, cabe resaltar que dicho ámbito, Internet, es potencialmente mucho más dañino que una simple copia privada de un CD de música. Con lo cual se desprende que al Internet no generar un daño para el autor o titular, la copia privada de CD que busca maximizar el uso del mismo tampoco generará daño alguno.

De igual manera, debemos mencionar que la maximización en el uso de los ejemplares no podría ocasionar perjuicio alguno hacia los derechohabientes debido a que este concepto se relaciona con el disfrute de la obra. Por tal motivo, de acuerdo con González de Alaiza¹⁰⁴, es oportuno dejar en claro que el acto de disfrute y el de explotación se superponen, lo cual puede generar confusiones, como el caer en el error de un visión “todista” de la reproducción.

Por tal motivo, afirmamos que lo más razonable es reconocer el derecho de los usuarios por maximizar el uso de sus ejemplares, lo cual va acorde con el tan mencionado equilibrio que debe existir entre ambas fuerzas. Esto se ve reforzado con lo mencionado por el autor antes mencionado:

“La realización de copias privadas constituye un acto lícito y necesariamente debe considerarse como tal, el derecho de los autores a prohibir la reproducción de sus obras puede facultar a prohibir la comercialización o utilización colectiva de las reproducciones, pero no la utilización privada, lo que constituiría una concepción absolutista y excesivamente intervencionista de dicha facultad, en perjuicio injustificado de los derechos de los consumidores”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA, José. *La Copia Privada sus fundamentos y tratamiento en el entorno digital*. Comares, Granada, 2008. pp 171.

¹⁰⁵ Ídem. pp 129.

De acuerdo con lo citado, y lo antes mencionado, se puede concluir que la realización de copias privadas debe considerarse como un derecho de los usuarios, debido a que son reproducciones cuya finalidad es la maximización del uso de los soportes en beneficio de los usuarios. Asimismo, dicho tipo de reproducciones no persiguen una finalidad comercial, con lo cual no afecta la economía de los derechohabientes. Por tal motivo, la exclusividad sobre los derechos patrimoniales que generen un beneficio económico sigue en manos de los autores y titulares. Por otro lado, para equilibrar la realidad antes mencionada, considerar a la copia privada como un derecho de los usuarios nos parece lo más sensato.

2.1.3 La normativa de copia privada convierte a las copias no autorizadas en copias ilegales: piratería

De acuerdo con lo mencionado, el establecer una visión “todista” del derecho de reproducción es un error que acarrea consecuencias que van en contra de los intereses de los usuarios. Una de estas consecuencias es la equiparación entre las copias no autorizadas y las copias ilegales.

Como se sabe las copias no autorizadas son aquellas, como su nombre lo indica, que no cuentan la autorización del autor o titular para poder ser

realizadas. Se debe tener en cuenta que no contar con la autorización no las vuelve de por sí ilegales, ya que muchas de estas reproducciones se dan en el marco de los límites o excepciones del Derecho de Autor, por lo que estarían dentro de la esfera legal. Por otra parte, las copias ilegales son aquellas que al realizarse contravienen lo establecido por el marco normativo sobre Derecho de Autor.

En referencia con las copias ilegales, nuestro Código Penal en el literal d) del artículo 217° señala lo siguiente:

“Artículo 217°: Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis años y con treinta a noventa días – multa, el que con respecto a una obra, una interpretación o ejecución artística, un fonograma, o una emisión o transmisión de radiodifusión, o una grabación audiovisual o una imagen fotográfica expresada en cualquier forma, realiza alguno de los siguientes actos, sin la autorización previa y escrita del autor o titular de los derechos:

- a) La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito.”*

Del artículo antes citado se puede apreciar como nuestra normativa sobre “piratería” vuelve en ilegal a todas las reproducciones que no cuenten con la autorización previa y escrita del autor o titular de derechos.

Como se puede apreciar aquí la problemática nace por equiparar dos conceptos diferentes. Dicha problemática es señalada por Julio H. Cole:

“El problema es que se elimina, en el ámbito digital, una distinción que siempre ha sido importante en el campo de la propiedad intelectual: Reproducción no autorizada vs. Reproducción ilegal”¹⁰⁶.

Como se sabe la piratería es un acto que infringe la normativa de Derecho de Autor. Podemos decir, de acuerdo con Nancy Matos¹⁰⁷, que la piratería se inicia en la decisión del consumidor de adquirir un producto copiándolo o adquiriéndolo de un proveedor informal en lugar de comprar un original. Esta conducta ocasiona reclamos de las empresas afectadas, que solicitan sanciones para los involucrados aduciendo que con su conducta afectan sus ganancias y ponen en riesgo la sostenibilidad de sus operaciones.

No es parte de este trabajo ahondar en el desarrollo de la problemática de la piratería en nuestro país, pero no podemos dejar de mencionar que dicha regulación, de acuerdo con Assafa Endeshaw, citado por Nancy Matos¹⁰⁸,

¹⁰⁶ COLE, Julio. *Propiedad Intelectual: Comentarios sobre algunas tendencias recientes*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 2. Palestra. Lima, 2006. pp 320.

¹⁰⁷ MATOS REYES, Nancy. *La piratería problema ¿Problema o solución?* Universidad ESAN. Lima, 2006. pp 39.

¹⁰⁸ MATOS REYES, Nancy. *¿Hay que sancionar la piratería? La protección de la propiedad intelectual*. Consulta: 30 de mayo de 2013. En: <http://www.esan.edu.pe/paginas/pdf/Matos.pdf> pp 131.

fomenta la “violencia legal”, ya que se mantienen vigentes normas que van en contra del normal desarrollo en la realidad actual.

Por tal motivo mantener una regulación en la cual se equiparan los conceptos antes mencionados, es ir en contra del equilibrio que debe buscar el Derecho de Autor con respecto a los intereses de la sociedad, ya que todo usuario se verá impedido de ejercer su derecho a la maximización del uso del ejemplar debido a estas normas.

2.1.4 Las Absurdas penas que encierra nuestra normativa

Como lo hemos mencionado, no es la finalidad de este trabajo ahondar en la problemática que significa la piratería en nuestro país, sin embargo creemos que es oportuno mencionar que la regulación sobre piratería impone sanciones algo drásticas, a comparación con otros delitos, las cuales son potencialmente imponibles a los usuarios de ejemplares legítimos que buscan maximizar el uso de los mismos.

Como señalamos en el apartado anterior, la pena por incurrir en actos de piratería es sancionar con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis años y con treinta a noventa días – multa.

Por otro lado, nuestro Código Penal tipifica el delito de hurto de la siguiente manera:

“Artículo 185°: Hurto Simple

El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años (...).”

Con referencia a este artículo, Eduardo Oré Sosa¹⁰⁹ menciona que para la configuración del tipo básico de hurto (artículo 185° CP), el valor del bien mueble objeto de este delito debe superar una remuneración mínima vital.

De acuerdo con lo mencionado, el que una persona realice el hurto de un teléfono celular será menos grave, y por ende, tendrá una pena menor que si una persona realiza la reproducción de una obra sin la autorización del autor o titular.

Lo antes mencionado nos parece absurdo de acuerdo con los hechos generadores del delito. Pero lo que más nos llama la atención es saber que debido a una errada visión “todista” del derecho de reproducción y a una mala equiparación entre los conceptos de “copia no autorizada” y “copia

¹⁰⁹ ÓRE SOSA, Eduardo. *Sobre la relevancia del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186 del Código Penal*. Consulta: 21 de junio de 2013. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120508_03.pdf pp. 4.

ilegal” se expone a que los usuarios de ejemplares legítimos que buscan maximizar su uso, sean sancionados con este tipo de penas desmedidas y no acordes con la realidad.

2.2 COMPENSACIÓN POR COPIA PRIVADA

Otro punto importante con referencia a la copia privada es el derecho que tienen los autores y sus derechohabientes en recibir una compensación por dicho concepto. Para poder comprender mejor a lo que nos referimos reforzaremos cual es la finalidad de esta compensación, para luego ver lo establecido en nuestra normativa vigente referente a este tema.

2.2.1 Finalidad

Básicamente se entiende que la finalidad de tener un sistema de compensación por copia privada es el de tratar de mitigar la pérdida de ingresos que dejen de percibir los derechohabientes por la confección de dichas reproducciones.

Con referencia a este tema en el contexto español, Ignacio Garrote sostiene lo siguiente:

“La ley ha pensado que parte de ese lucro debe revertir en los titulares de derechos de propiedad intelectual que sufren pérdidas económicas por la confección de estas reproducciones. Se trata, por tanto, de una regla basada en un análisis del coste-beneficio que supone para los deudores legalmente determinados la venta de este tipo de productos”¹¹⁰.

De acuerdo con lo antes señalado se puede evidenciar que resulta sumamente relevante la necesidad de compensar las pérdidas económicas que sufren los derechohabientes por la realización de estas reproducciones. Es decir, mediante este sistema de compensación se pretende solucionar el “desequilibrio” causado en perjuicio de los titulares del derecho de reproducción.

En relación al fundamento de la compensación por copia privada, Matias Valles Rodríguez sostiene lo siguiente:

“El fundamento económico del nuevo derecho que comentamos se encuentra en la aparición y acelerado desarrollo de la copia privada que supone una agresión al esquema clásico del derecho de autor en cuanto éste se configura como un titular de un derecho exclusivo, agresión de gran relieve económico, en cuanto reduce la justa distribución que el creador debe obtener por la difusión de la obra creada.

La referencia a la moderna tecnología es inevitable en este punto. En efecto, a impulsos de la técnica moderna, tanto en el campo del registro

¹¹⁰ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tecnos. Madrid, 2007. pp 451.

sonoro y visual como en el de la reprografía, se ha roto el esquema clásico del derecho de reproducción: autor-editor-usuario, las modernas maquinas convierten a sus adquirientes en editores potenciales con total posibilidad de infringir o “piratear” expresión ésta desafortunadamente usual, el derecho de autor (...)”¹¹¹.

De la misma manera, Maria Malmierca, señala lo siguiente:

“Es decir, con el fin de aminorar los perjuicios que al autor de una obra le ocasiona la disminución de las ventas de ejemplares originales, como consecuencia de las reproducciones que de la misma se llevan a cabo sin su autorización, por ser copias para uso privado, se establece a favor del autor el derecho a percibir una remuneración que, de algún modo, le compense por la realización de dichas copias”¹¹².

Dada esta constante mención en la cual se señala que la finalidad de la compensación por copia privada es redimir el daño al patrimonio de los derechohabientes, cabe preguntarnos si efectivamente la realización de copias privadas por parte de los usuarios puede significar pérdidas económicas en los derechohabientes.

¹¹¹ VALLES RODRÍGUEZ, Matias: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tecnos. Madrid, 1997. pp 533.

¹¹² MALMIERCA, Marta: *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?* Mesa Redonda: *La Copia Privada Digital*. En: Revista de Internet, Derecho y Política. pp 44.
<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>

Partiendo del supuesto antes mencionado se puede apreciar que se cae en el error de equiparar a las obras con sus respectivas copias y, producto de esto, se genera un daño en el patrimonio de los derechohabientes. Esta premisa es señalada por Ignacio Garrote:

“El hecho de que la copia sea de gran calidad y fácil de hacer no obsta a dicha conclusión, no estamos ante una copia sustitutiva de otra que puede adquirir en el mercado, sino ante una copia redundante de otra ya adquirida en dicho mercado”¹¹³.

De acuerdo con lo antes mencionado, resulta absurdo sostener que la copia de una obra pueda llegar a reemplazar a la obra en sí, ya que como menciona Ignacio Garrote la copia no sustituye a la obra. Podríamos decir que la copia es un medio que ayuda a maximizar el uso de los soportes que contiene las obras, debido a que facilita a los usuarios el poder acceder a la portabilidad de las obras. Es decir, gracias a la copia privada una persona puede escuchar las canciones de su artista favorito en la oficina, en el auto, mientras sale a correr, etc. En otras palabras, gracias a la portabilidad de los soportes que ofrece la copia privada se puede disfrutar de las obras de los artistas favoritos en el lugar y momento que uno más desee.

¹¹³ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio: *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Comares. Granada, 2010. pp 70.

Asimismo, debemos enfatizar que la copia privada no es un sustituto de la obra, debido a que para que haya una copia privada primero debe existir una obra legítima. Con lo cual se puede apreciar que el usuario no busca sustituir la obra, sino su único cometido es maximizar su uso.

Al hablar de sustituir se entendería que una persona preferiría adquirir una copia en vez de una obra original, y como ya señalamos, la copia se origina a partir de una obra legítima y cumple la función de maximizar el uso de la misma. Creemos que el argumento que señala que la copia sustituye a la obra se enfoca más a un tema relacionado con la piratería que con la copia privada, pero como ya señalaremos más adelante esto también es errado.

De acuerdo con lo señalado, es un error pensar que toda reproducción de una obra determinada genera un beneficio patrimonial para su titular, ya que es absurdo pensar que por el solo hecho de maximizar el uso de un soporte se genere un acto de beneficio patrimonial.

Finalmente, podríamos concluir que esta premisa es producto de la desarrollada visión “todista” del derecho de reproducción por parte de los titulares de derechos, en donde se asume que toda reproducción realizada es una potencial fuente de ingresos para los autores o titulares y se niegan a aceptar que los usuarios se

pueden valer de las reproducciones para maximizar el uso de sus ejemplares sin necesidad que estos actos generen mermas en la economía de los derechohabientes.

2.2.2 Normativa vigente

Como bien lo señala Abel Martín Villarejo *el derecho de remuneración por copia privada viene configurado en todas las legislaciones nacionales que lo regulan como un derecho de contenido económico, cuya razón de ser se orienta a compensar los derechos de propiedad intelectual que el creador o titular de tales derechos deja de percibir por la reproducción, legalmente autorizada y para uso privado, de las obras o creaciones del espíritu*¹¹⁴.

Como señalamos anteriormente, la remuneración por copia privada tiene como finalidad establecer dentro del marco del Derecho de Autor, una remuneración compensatoria a favor de los titulares de derecho sobre aquellos soportes que son pasibles de contener obras y/o producciones protegidas por el Derecho de Autor, siendo este el sistema establecido por la Ley No. 28131, “Ley del Artista Interprete

¹¹⁴ MARTIN VILLAREJO, Abel: *Aspectos generales en torno al derecho de remuneración por la copia privada: conceptos, tarifas aspectos prácticos de su gestión (recaudación y reparto), sistemas comparados y los fondos de solidaridad*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007. pp 225.

y Ejecutante”, tal y como lo ha establecido taxativamente esta norma en su artículo 20° numeral 2.

“Artículo 20°: Compensación por copia privada

20.1 La reproducción realizada exclusivamente para uso privado de obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas en forma de videograma 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 fonograma, en forma y porcentajes que establezca el Reglamento.

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

De igual manera, la mencionada Ley es complementada por su Reglamento: Decreto Supremo No. 058-2004-PCM, mediante el cual, en su artículo 11°, se

precisan algunas definiciones en relación al artículo 20° de la Ley del Artista Interprete y Ejecutante.

De acuerdo con la norma mencionada debemos tener en cuenta que cuando hacemos referencia a sujetos de una norma estos pueden estar relacionados directa o indirectamente a los sujetos de derecho. Es directo cuando el derecho lo ejerce el titular del mismo y es indirecto cuando se transfiere este derecho a una persona distinta al titular.

Asimismo, debemos entender como contenido de la norma al ámbito de poder concedido por el ordenamiento jurídico a favor del sujeto sobre el objeto; y el objeto será la entidad o parte de la realidad sobre la que recae el poder concedido al sujeto.

En la norma antes mencionada se señala que los sujetos activos de la norma son los beneficiarios por la remuneración por copia privada, es decir, los artista, autores y los productores de videogramas y fonogramas. Asimismo, se entiende que los sujetos pasivos serán los obligados a pagar dicha remuneración, es decir, el fabricante nacional y el importador de los materiales y soportes idóneos que permitan la reproducción de fonogramas y videogramas.

Con referencia a los soportes, de acuerdo a lo establecido en el numeral 21 del glosario de la Ley No. 28131, debemos entender lo siguiente:

Soporte: *Elemento material susceptible de contener una obra, producción o servicio artístico fijado o impreso (casetes de audio o video, CD, CVD, cinta cinematográfica, etc.)”*

En relación a estas normas se debe ver que su finalidad esencial es otorgar las potestades necesarias para que a través de mecanismos administrativos se pueda compensar a los autores y/o derechohabientes de las obras los daños que significa a su economía la “excepción” de copia privada.

Claramente se puede deducir que la visión en la cual se tiene que compensar por copia privada al autor y/o los derechohabientes de las obras protegidas, parte de la concepción errada, como lo mencionamos en el punto anterior, de tener una visión “todista” del derecho patrimonial de reproducción.

Si bien es cierto que nuestra normativa nacional va de acuerdo con los estándares internacionales referentes a este tema, esto no significa que la postura que hayamos adoptado sea la correcta. Señalamos esto porque claramente lo tipificado en las normas no va de acuerdo con nuestra realidad. Seguir insistiendo en decir que los autores y derechohabientes sufren daños en su patrimonio producto de la copia privada es buscar el argumento perfecto para justificar la

necesidad del cobro de una compensación. Cabe mencionar que dicho cobro se hace sobre la base de un “potencial daño”, argumento que como veremos en el siguiente punto es bastante discutible.

2.2.3 ¿Compensación?

Como hemos mencionado anteriormente, de acuerdo con nuestra normativa los titulares de Derecho de Autor tienen el derecho a recibir una compensación por las copias privadas realizadas, ya que se entiende que la realización de estas supone una merma en los ingresos económicos de los derechohabientes. Luego de ello resulta obvio preguntarnos si dicha compensación resulta aplicable y si es real la merma a la cual se refieren.

De acuerdo con Eduardo De Freitas Straumann¹¹⁵, tanto el fenómeno de la reprografía de obras literarias, como la copia privada de obras musicales y cinematográficas vulnera flagrantemente la regla de los tres pasos del artículo 9º, párrafo 2) del Convenio de Berna, dado que con el grado de desarrollo que han alcanzado las técnicas de copiado y su utilización, estas actividades han dejado

¹¹⁵ DE FREITAS STRAUMANN, Eduardo: *Los derechos patrimoniales en el entorno digital*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Editorial Palestra. Lima, 2007. pp 148.

de ser: a) especiales, b) no atentatorias contra la explotación normal de la obra, y c) no causantes de un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. El mencionado autor continúa sosteniendo que es debido a esto que surge el Instituto de la Remuneración por la Copia Privada como una respuesta al perjuicio que ocasiona a los titulares la copia privada.

Con referencia a lo antes mencionado debemos dejar en claro que entendemos por compensación, al mecanismo por el cual se puede resarcir los daños causados. Es decir, se trata de retornar el estado en el cual se encontraba la víctima antes de sufrir el perjuicio. De lo señalado podemos ver que muy relacionado con la compensación se encuentra el daño causado. Por daño entendemos a aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido.

Con referencia a este último punto, Juan Espinoza Espinoza señala lo siguiente:

“De estos planteamientos se puede observar que la relación entre daño y reparación es de suma importancia. Sin embargo, en no pocas ocasiones, ambos conceptos se suelen confundir, lo cual, ha hecho advertir, con acierto, que “el daño sufrido por la víctima representa solo el horizonte (hermenéutico) hacia el cual tiene sentido ubicar el problema del resarcimiento”. El remedio resarcitorio consiste en asegurar al dañado el

*exacto equivalente pecuniario de la pérdida patrimonial total sufrida por el dañado*¹¹⁶.

Por tal motivo, a efectos de una adecuada reparación de los daños causados, la parte perjudicada deberá individualizar y fundamentar exactamente los daños de los cuales está solicitando indemnización. Todo lo contrario ocurre en el caso de la compensación por copia privada en donde no se individualizan los daños, sino mas bien se habla de potenciales daños, tal cual lo menciona Marta Malmierca¹¹⁷. Se busca compensar la mera posibilidad de hacer copias.

Si realmente se quiere llevar a cabo una estructura de cánones para compensar la copia privada, **estos deben plantearse como una compensación por la copia efectiva, no por la mera posibilidad que tenga una persona de hacer copias con los productos**¹¹⁸. Caso contrario se estaría haciendo pagar injustamente a una persona por motivos que son totalmente ajenos a la misma y por un “presunto daño” que no se va a producir, lo que a su vez supone un “enriquecimiento injusto” por parte del beneficiario de la compensación.

¹¹⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Gaceta Jurídica. Lima 2006. pp 253.

¹¹⁷ MALMIERCA, Marta: *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?* Mesa Redonda: *La Copia Privada Digital*. En: Revista de Internet, Derecho y Política. pp 44.
<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>

¹¹⁸ RAMIREZ, Javier: *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?* Mesa Redonda: *La Copia Privada Digital*. En: Revista de Internet, Derecho y Política. pp 48.
<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>

Siguiendo con Ramírez¹¹⁹, para entender un poco mejor la figura, señala que los sistemas de cánones surgieron en Alemania hace más de treinta años por dos motivos fundamentales. El primer motivo era que existían determinados productos o materiales que se destinaban de forma mayoritaria a realizar copias privadas. Eso era y es un hecho constatado. El segundo motivo es que no se podía controlar esa copia, no se podía poner a una persona en casa del individuo para controlar dicho uso y saber quién está haciendo una copia privada y quién no. En base a estas dos circunstancias, habida cuenta de que la mayoría de personas destinaba esos productos a realizar copias privadas y no era posible diferenciar, a efectos de pago, entre quienes hacían realmente esas copias y quienes no, la solución “menos mala” parecía que era imponer unos cánones sobre todos esos productos, de modo que los pagasen todos. Se trata de un sistema de justicia, por así decirlo, “a la gruesa”; habría algunas personas perjudicadas por tener que pagar el canon y no dedicar el producto a fines de copia privada, pero parecía que era la solución “menos mala” y en términos generales el sistema estaría equilibrado dado el carácter excepcional de quienes no harían copias privadas.

De acuerdo con lo señalado por Ramírez la imposibilidad de control de la cual antes se hablaba ahora es discutible, ya que las mismas tecnologías ofrecen sistemas de control los cuales pueden ser utilizados por los derechohabientes.

¹¹⁹ Idem. pp 49

Con referencia a esto último, resulta particular ver como los titulares de las obras no utilizan los avances tecnológicos con la finalidad de evitar los “daños” a su patrimonio.

Resulta ilógico que alguien se queje porque constantemente roban su domicilio, sin embargo siempre deja las puertas y ventanas abiertas. Así de ilógico es ver como los titulares de los derechos se quejan por los cuantiosos daños que causan a su patrimonio la reproducción de copias privadas, sin embargo, no hacen nada para salvaguardar su patrimonio, pese a estar en una mejor posición que los usuarios. Solamente se limitan a cobrar un determinado monto por las compensaciones.

Más allá de la posibilidad de que los titulares puedan utilizar las medidas tecnológicas protección, de acuerdo a lo señalado en el capítulo I, nosotros consideramos que ellas no deberían ser aplicadas debido a que se estaría vulnerando el derecho de los usuarios. Si bien las medidas tecnológicas de protección pueden ofrecer la ventaja de reducir las reproducciones no autorizadas a favor de los titulares de las obras, pensamos que esta ventaja es totalmente desproporcional con el daño que se les estaría ocasionando a los usuarios. Mencionamos esto último debido a que es en manos de los titulares de derechos que se estaría poniendo la capacidad de poder decidir cuantas reproducciones

pueden realizar los usuarios, con lo cual, la capacidad de maximizar el uso de sus soportes se puede ver gravemente afectada.

Por otro lado, de acuerdo con la Regla de los tres pasos que se menciona en el artículo 9° del Convenio de Berna se nos impone las limitaciones a tener en cuenta al momento de realizar excepciones en el Derecho de Autor. En dicho artículo se nos menciona que las excepciones solo se aplicaran: a) para casos especiales; b) no podrán ir en contra de los intereses normales de quien la explota y c) no podrán ir en contra de la explotación normal de la obra. Asimismo, la doctrina sostiene que con la finalidad que la excepción de copia privada cumpla con la Regla de los tres pasos es necesario establecer un canon por compensación, ya que de esta manera se asegura el compensar las pérdidas ocasionadas por la elaboración de copias privadas.

Sin embargo, sostener lo antes mencionado resulta difícil, ya que como hemos señalado a lo largo de la presente tesis la copia privada debe ser catalogada como un límite al Derecho de Autor y no como una simple excepción, debido a que de esta manera se estaría devolviendo el equilibrio que debe existir entre el Derecho de Autor y los intereses de la sociedad, los cuales se ven reflejados en el respeto hacia los derechos de los usuarios. Por tal motivo, al mencionar que la copia

privada es un límite al Derecho de Autor, estaríamos reconociendo que la misma es un derecho que, sin lugar a dudas, se proyectará a favor de los usuarios.

En ese sentido, seguir hablando de una legítima compensación a favor de los derechohabientes pierde total sentido, ya que al ser la copia privada un derecho de los usuarios, estos últimos no tendrían ninguna obligación de tener que compensar a los autores o titulares.

Dicho esto, el usuario de un soporte que contiene una obra lo único que buscará es maximizar el uso de la misma a través de la realización de copias, las cuales no tendrán ninguna finalidad lucrativa, sino únicamente buscaran el disfrute de la obra, con lo cual no generan ningún tipo de daño que se deba compensar a los titulares de la obra.

A nuestro parecer, toda esta argumentación a favor de la compensación por copia privada y la constante inacción por parte de los titulares con referencia a los daños que se le generan a su patrimonio producto de esta, nos deja la sensación de que el sistema de compensación lo utilizan para compensar las pérdidas que se dan producto de la piratería. Sostenemos esto último debido a que las obras y la piratería son productos paralelos, en donde la piratería si busca sustituir a las obras. Con referencia a la piratería hablaremos más adelante.

2.2.4 Gestión Colectiva

Es importante precisar que el desarrollo sobre Sociedades de Gestión Colectiva es un punto mucho más amplio del que pueda abarcar la presente tesis, sin embargo consideramos necesario introducirnos brevemente en este tema debido a la relación directa que mantiene con la compensación.

Habiendo realizado dicha precisión, conocemos que las entidades de gestión colectiva de derechos actúan como intermediarios entre los titulares de derechos y los usuarios que “explotan” obras y prestaciones, representando a los primeros y ejerciendo los derechos de estos.

De acuerdo con las sociedades de gestión colectiva, José Tavera y Tilsa Ore sostienen lo siguiente:

“Bajo los derecho patrimoniales, los autores y titulares de derechos conexos pueden autorizar, realizar o prohibir el uso y explotación de sus obras. Estos derechos pueden ser ejercidos de manera individual, es decir, cada autor o cada titular puede directamente hacer valer este tipo de derecho ante cada usuario; no obstante, la gestión individual para algunos tipos de utilización/explotación no solo es complicada sino muchas veces imposible, más aún si se toma en cuenta que las potenciales combinaciones contractuales entre todos los titulares de derechos y usuarios de los mismos son innumerables, derivándose en ineficiencias y

limitando el ámbito de acción si se considera que la demanda por uso de las obras conocidas traspasa las fronteras nacionales. En este contexto, con el objetivo de simplificar tal sistema y mejorar la gestión de derechos (entre ellos la recaudación de regalías) surge el concepto de gestión colectiva, definido como “el ejercicio el derecho de autor y los derechos conexos por intermedio de organización es que actúan en representación de los titulares de derechos, en defensa de sus intereses”¹²⁰.

Las organizaciones que efectúan la gestión colectiva son personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación del país donde se establecen. Esto determina, en primer lugar, la sujeción de esas entidades al régimen legal del tipo societario a que pertenezcan, sin perjuicio de la aplicabilidad de otras disposiciones contenidas en las leyes de derechos de autor, en leyes especiales y en normas reglamentarias¹²¹.

Como bien señala el artículo 147° del Decreto Legislativo No. 822, las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin

¹²⁰ TAVERA, José y ORE, Tilsa. *Gestión Colectiva de Derechos de Autor: Una Mirada al Caso Peruano*. Consulta: 20 de enero de 2013.

En: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2007/TAVERA-ORE.pdf> pp 199.

¹²¹ LIPSZYC, Delia; “ *El Derecho de Autor y la gestión de derechos*”; XII Curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina; Santiago de Chile, 2006. pp 3

presentar más título que dichos estatutos y presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente por sus respectivos titulares. Dichos estatutos deberán respetar las normas establecidas en el mencionado Decreto Legislativo, entre las cuales se destacan:

- a) Ejercer en nombre propio o ajeno la defensa de los intereses patrimoniales y, eventualmente los morales, que correspondieran a sus asociados o representados, en su condición de titulares originarios o derivados, de un derecho de autor o de un derecho conexo (art. 2°, num. 42).
- b) Celebrar contratos de representación recíproca con asociaciones del mismo género constituidas en el exterior, para la gestión mutua de sus repertorios en sus respectivos territorios (art. 150°, lit. e).
- c) Establecer tarifas generales aplicables a la explotación de las obras u otros bienes intelectuales cuyo derechos administren (art. 153°, lit. e).
- d) Celebrar con los usuarios de las obras, interpretaciones o producciones administradas, los contratos de autorización necesarios para el uso de tales (art. 153°, lit. g).
- e) Recaudar las remuneraciones correspondientes al uso de su repertorio, mediante la aplicación de las tarifas aprobadas y publicadas (art. 153°, lit. h).

- f) Distribuir esas remuneraciones entre los titulares de derechos asociados o representados, en proporción al uso efectivo de las obras, interpretaciones o producciones administradas (art. 153° lit. y y k).
- g) Ejercer las acciones administrativas y judiciales necesarias para la defensa de los intereses confiados a su gestión, teniendo al efecto la más amplia legitimación procesal (art. 147°).
- h) Desarrollar programas de asistencia social y de promoción cultural en beneficio de los asociados (art. 153°, lit. j).
- i) Las demás que se especifiquen en los **estatutos sociales**, siempre que estén relacionadas con su objetivo principal y necesario (art. 151°, lit. b) y con las normas contenidas en la Decisión 351, en el Decreto Legislativo 822 .

Dentro de los mencionados fines podríamos decir que los más importantes para una sociedad de gestión colectiva, más allá de representar a los titulares, es recaudar y distribuir las remuneraciones establecidas de acuerdo a las tarifas previamente publicadas.

Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso e) del artículo 153° del Decreto Legislativo No. 822, las entidades de gestión colectiva están obligadas a

establecer tarifas generales aplicables a la explotación de las obras u otros bienes intelectuales cuyos derechos administren.

Cualquier tarifario deberá elaborarse en concordancia a lo establecido por el mencionado artículo, el cual señala lo siguiente: *“Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión deberán ser razonables y equitativas las cuales determinaran la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, sea perteneciente a titulares nacionales o extranjeros, residentes o no en el país, las cuales deberán aplicar el principio de la remuneración proporcional a los ingresos obtenidos con la explotación de dicho repertorio, salvo los casos de remuneración fija permitidos por la Ley(...)”*

De acuerdo con el informe No. 084-2010, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos de Indecopi, se debe entender que *“la razonabilidad económica consiste en la relación costo-beneficio que existe entre el precio del bien o servicio y la distribución costo-beneficio del mismo”*

Asimismo, la Gerencia señala que *“la razonabilidad económica implica el establecimiento de los precios en los bienes o servicios en el mercado que tanto productores como consumidores están dispuestos a pagar.”*

De acuerdo a lo antes señalado por la Gerencia de Estudios Económicos, la Dirección de Derechos de Autor¹²² de Indecopi infiere que para determinar si una tarifa propuesta es razonable se deberá indicar:

- Cuál es el monto que se ha dejado de percibir por la posibilidad de fijación de una obra en un determinado soporte.
- Los costos generados para la recaudación y para la distribución de dichas regalías

Es evidente poder apreciar que las sociedades de gestión colectiva tienen la finalidad de recaudar y distribuir las regalías generadas producto de la “explotación” de las obras. Dicha explotación de las obras está asociada con los derechos patrimoniales de los derechohabientes. Es decir, se recaudaran regalías a aquellos usos comerciales que se le den a obras protegidas de terceros. Sin embargo, es sumamente importante entender que la copia privada no persigue una finalidad lucrativa, su única finalidad es maximizar el uso del soporte para beneficio del usuario, ya que, como hemos demostrado, la copia privada no debe ser considerada como una excepción al Derecho de Autor, sino como un límite, lo cual conlleva a afirmar un derecho a favor de los usuarios. Es debido a esto que la copia privada no generaría daño o perjuicio a los autores que deba ser compensado.

¹²² Resolución N° 0002-2013/DDA-INDECOPI de fecha 06 de febrero de 2013.

2.3 LA PROBLEMÁTICA DE LA COPIA PRIVADA Y SU MALA EQUIPARACIÓN CON LA PIRATERÍA

De acuerdo con la normativa de copia privada los usuarios solo tienen derecho a realizar una sola reproducción con este fin. En ese sentido, podríamos entender que todas las reproducciones adicionales serán consideradas como piratería. Sin embargo, de acuerdo con los avances tecnológicos y nuestra realidad actual, en la cual las personas son cada vez más dependientes de dichos productos, nos estaríamos convirtiendo en potencialidad infractores de la normativa de Derecho de Autor.

2.3.1 El alcance y real dimensión de la piratería

Como se mencionó anteriormente, la globalización, la tecnología e internet han dado pie a la aparición de un nuevo tipo de productos, los productos digitales, que ponen nuevamente sobre el tapete el problema de la piratería.

De acuerdo con Nancy Matos, a diferencia de los productos tangibles, los productos digitales presentan la característica de poder reproducirse y transarse en el espacio virtual o real a costos cercanos a cero. Basta que una unidad del

producto digital haya sido colocada en el mercado para que pueda ser copiada de manera infinita, con lo cual ocasiona problemas a las empresas, que deben crear barreras al copiado a fin de asegurar sus ganancias. Asimismo, dicha autora señala lo siguiente:

“De otro lado, la Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual (IIPA) estima que las pérdidas en derechos de propiedad intelectual ocasionadas a las empresas estadounidenses por la piratería originada en la región Asia Pacífico llegarían a 4,7 billones de dólares, mientras las ocasionadas por este fenómeno en los países del grupo andino llegaría a 256 millones de dólares”¹²³.

De lo mencionado hasta el momento se puede apreciar que son varios los actores involucrados en la piratería: La empresa que fabrica el producto original, los piratas que reproducen la obra, los consumidores de los productos originales o piratas y el Estado.

Asimismo, queda claro que la mencionada actividad produce un grave daño a la economía de las empresas, ya que reproducen de forma ilegal una obra con la finalidad de obtener beneficios económicos de la misma. Muy diferente de la finalidad que busca la copia privada (maximizar el uso de la obra).

¹²³ MATOS REYES, Nancy. *La piratería problema ¿Problema o solución?* Universidad ESAN. Lima, 2006. pp 11

2.3.2 Problemas de Mercado

De acuerdo con la relación con el mercado se dice que la piratería es producto de una desigualdad económica en la sociedad, a lo cual Julio Biaggi menciona que responde a una “hipótesis de pobreza”¹²⁴.

Esta hipótesis sostiene que la desigualdad económica en un país genera que no todos los miembros de una sociedad accedan a los mismos beneficios que otra persona con mayores recursos puede.

Esto genera que haya vacíos o lagunas en la satisfacción de las necesidades de algunos de los miembros de la sociedad. En relación con los productos materia de este trabajo, hablaríamos de un vacío en materia cultural.

Al margen que la competencia entre la piratería y los productos legales sea leal o desleal, el proceso de segmentación ocurre porque el mercado no es homogéneo. Por lo tanto, tal como señala Nancy Matos¹²⁵, es cuestionable el criterio utilizado para la estimación del perjuicio ocasionado por la piratería, al pretender que todo lo que se compra en el mercado y no se obtuvo del fabricante del producto original deba ser considerado como ventas perdidas por este fabricante, ya que en las condiciones ofrecidas por este, esas ventas jamás se habrían producido.

¹²⁴ BIAGGI GOMEZ, Julio. *Piratería ¿Delito o practica socialmente aceptada?* Chirre. Lima, 2011. pp 17.

¹²⁵ MATOS REYES, Nancy. *¿Hay que sancionar la piratería? La protección de la propiedad intelectual.* Consulta: 30 de mayo de 2013. En: <http://www.esan.edu.pe/paginas/pdf/Matos.pdf> pp 130.

Más allá de lo señalado por la autora, nosotros no nos enfocaremos en opinar si estamos a favor o en contra de la piratería o si esta es buena o mala, ya que esto ameritaría el desarrollo de un trabajo a parte. Sin embargo, lo que si debemos señalar es que tenemos claro que la piratería al ser un tipo de acción que infringe los Derechos de Autor con el único fin de buscar un beneficio económico, los daños que causa a los titulares son cuantiosos. Pero no por ello se debe equiparar a la copia privada con la piratería y mucho menos utilizar la compensación por copia privada para aminorar los daños ocasionados por la piratería, como aparentemente se estaría haciendo.

Las reproducciones realizadas como copia privada parten de un usuario que ha adquirido un producto original y que se ve en la necesidad de efectuar reproducciones con el único fin de maximizar el uso del soporte. Situación que es completamente distinta a lo que se busca por medio de la piratería, en donde el objetivo es lucrar a costas de creaciones ajenas y a las cuales no tengo legitimo acceso.

2.3.3 Dificultades Legales

De acuerdo con el carácter global de la economía, los derechos de propiedad intelectual requieren el establecimiento de un sistema legal que confiera a estos la protección necesaria a fin que sean respetados por todos los ciudadanos.

Los países en vías de desarrollo, de los cuales forma parte el Perú, tienen la particularidad de contar con sistemas judiciales poco eficientes, de manera que puede haber un marco legal ultramoderno, pero irrito; esta singularidad permite que, en cierto tipo de actos discrecionales, la población determine lo que es correcto y lo que no lo es. Ello origina un proceso de legitimización de acciones que cada individuo realiza antes de optar por una determinada conducta. Es decir, el débil sistema judicial permite que el usuario responda a las circunstancias del mercado y no a consideraciones legales.

De acuerdo con nuestra normativa de Lucha contra la Piratería, artículo 217° del Código Penal, se considera obra pirata a toda aquella reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor. Si realizamos un análisis en conjunto con la normativa de copia privada, entenderemos que a partir de la segunda reproducción que realicemos a las obras estaremos incurriendo en el ilícito de la piratería. De acuerdo con lo mencionado en el Capítulo I, esto ocurre debido a que realiza una mala equiparación entre las copias no autorizadas y las copias ilegales, convirtiendo a las primeras en copias ilegales.

Conforme a lo señalado, ¿será lógico imponer este tipo de penas cuando la realidad es distinta? Compartimos la postura de Nancy Matos, al decir que este tipo de ilógico jurídico origina una violencia legal, ya que se promulga una Ley que no se cumple en las calles. Es decir, el Estado promulga una Ley que se sabe se va infringir.

Si bien esta lógica en la cual toda reproducción no esté dentro de las excepciones plasmadas en la norma, y en el caso concreto de la copia privada no se pueda exceder en más de un ejemplar, se puede decir que responde a la visión “todista” del derecho de reproducción, y porque consideramos que la copia privada no debe ser considerada una excepción al Derecho de Autor, sino un límite, lo cual conlleva a reconocer el derecho de copia privada a favor de los usuarios.

Asimismo, creemos que dicha visión responde a que nuestra normativa se ha encargado de establecer como un símil a las copias no autorizadas y a las copias ilegales. En donde toda copia no autorizada es una copia ilegal. Es decir, el acto mismo de reproducción resulta ser ilegal y no la intención de hacerlo con propósitos ilícitos.

De acuerdo a lo señalado Julio H. Cole señala lo siguiente:

“También es permitido grabar programas televisivos en videocassettes, para uso personal y sin fines comerciales, sin permiso expreso. Estos usos permitidos son reproducciones “no autorizadas” pero no son ilegales. En el ámbito digital, sin embargo la ley DMCA elimina esta distinción y declara ilegal toda reproducción no autorizada. Al usuario solo se le permite, entonces, utilizar estos materiales en la forma exacta que le autoriza el vendedor. Lo que resulta ilegal es el acto mismo de reproducción y no la intención de hacerlo con propósitos ilícitos. En este sentido, la nueva ley se aleja de tradicionales conceptos consagrados en la jurisprudencia en este campo”¹²⁶.

En tal sentido, lo antes mencionado junto con una visión “todista” del derecho de reproducción hace que el ilícito de piratería lo tengamos a flor de piel, convirtiéndonos la gran mayoría en infractores de la mencionada norma. En ese sentido, de acuerdo a nuestra realidad es casi un imposible imponer el cumplimiento de dicha norma, como justamente no se ha podido hacer hasta la fecha.

Es por esta clase de normas que ocurre lo señalado por Nancy Matos en relación con los consumidores:

¹²⁶ COLE, Julio. *Propiedad Intelectual: Comentarios sobre algunas tendencias recientes*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 2. Editores, Lima, 2006. pp 320 – 321.

“El consumidor percibe que se le aplican condiciones abusivas y se vulneran sus derechos a disponer libremente del bien adquirido, debido a las restricciones legales y técnicas que se le imponen”¹²⁷.

Compartimos lo mencionado por la autora, ya que es debido a esas malas condiciones que se les aplican a los consumidores que actualmente el equilibrio que debería existir entre el Derecho de Autor y los intereses de la sociedad no existe, debido a que hay un desmedido favoritismo por los intereses de los autores.

2.4 MAXIMIZACIÓN EN EL USO DEL SOPORTE

Actualmente se tiene el privilegio de disfrutar de la música de una manera en la que no se había podido disfrutar antes. Hoy contamos con soportes que nos permiten maximizar nuestra experiencia, sin embargo, lamentablemente tenemos una industria discográfica preocupada de manera excesiva con el control. El excesivo control ejercido por la industria no permite a los usuarios disfrutar plenamente del soporte adquirido.

¹²⁷ MATOS REYES, Nancy. *La piratería problema ¿Problema o solución?* Universidad ESAN. Lima, 2006. pp 24.

Al respecto, es preciso situarnos en el siguiente escenario: Cuando efectúo la compra de un CD original estoy realizando un gasto. Dicho gasto puede ser un tanto costoso, sin embargo, estoy dispuesto a asumirlo, ya que deseo disfrutar justamente de aquel contenido que me brinda el soporte. Se debe tener claro que también podría adquirir aquel contenido de otros medios, sin embargo, si compro un CD que no es original, ello sería un acto ilegal, pues estaría consumiendo piratería y ese tema no es punto de investigación, pero para mayor referencia ha sido necesario desarrollarlo en apartados anteriores. Entonces, siguiendo con nuestro supuesto, al realizar la compra de un soporte original lo que estoy buscando es poder disfrutar del contenido del mismo, ¿Y cómo se disfruta del contenido de un CD? Muy fácil, dirán, escuchándolo. Pero la figura no es tan simple como se cree, ya que debemos detenernos en el cómo, cuándo y dónde puedo escuchar aquel contenido.

Nuestro ordenamiento legal nos exige detenernos en este punto para dejarnos claro que la figura no es tan sencilla. Si bien cumplimos con realizar la compra de un CD original y de esta forma actuar cumpliendo con el ordenamiento legal, que nos dice que comprar piratería es un delito, ahora el mismo ordenamiento legal nos impone una serie de restricciones. La industria discográfica amparándose a través de nuestro ordenamiento legal nos establece una serie de parámetros a los cuales debemos adecuarnos y movernos dentro de los límites impuestos. Uno de

aquellos límites que nos impone el inciso 48) del artículo 2 del Decreto Legislativo No. 822, es *NO REALIZAR MÁS DE UNA REPRODUCCIÓN*.

Hoy en día donde la evolución constante de la tecnología nos permite contar con distintos aparatos de reproducción, realizar una sola reproducción de nuestro soporte es un tanto absurda, ya que al haber realizado nuestra única reproducción en nuestra PC implicaría que cada vez que quiera escuchar el contenido de mi CD cuando no esté en casa, sería andar con nuestro CD en el bolsillo y, exigimos dicha condición es poco práctica.

La necesidad de realizar más de una reproducción es generada por cambios en la tecnología de audio, justamente por su evolución constante. En ese sentido, tenemos la capacidad y libertad de adquirir distintos mecanismos que nos permiten la reproducción, sin embargo, la Ley sobre Derecho de Autor nos prohíbe la maximización de su uso, al considerar legal una (01) sola reproducción.

Al respecto, es preciso detenernos un momento e intentar dar un alcance sobre qué es lo que se entiende por maximización del uso. Maximización en el uso del soporte es aquel atributo con el que cuenta todo propietario o legítimo poseedor del dispositivo para utilizarlo en su entorno privado, de manera tal que pueda

obtener el mayor beneficio que ofrece aquel dispositivo. Aprovechando de esta manera el íntegro de las facilidades que sus propiedades brindan.

En ese sentido, la maximización nos permite obtener un mayor provecho de aquel soporte del cual se es propietario, es decir poder disfrutar de cada una de sus características, no limitándose la facultad que tiene cada usuario de disfrutar de los bienes que son de su propiedad.

Sobre uno de los argumentos a favor de la copia privada, Ignacio Garrote Fernández-Diez, señala:

“(...) Se ha señalado que un legítimo adquiriente de un soporte material (como un CD) debe tener la posibilidad de maximizar el uso de ese soporte en virtud de su derecho de propiedad ordinaria aunque ello suponga también hacer una copia adicional de una obra o prestación protegida por la propiedad intelectual (por ejemplo, para escuchar un fonograma en el trabajo o desde el coche).

Ello implica aceptar la idea de que aunque el usuario no tiene un “derecho de copia privada”, el adquiriente de una obra o prestación protegida sí tiene al menos un interés legítimo en poder realizar esta actividad de copia privada sin necesidad de la autorización previa de los derechohabientes”¹²⁸.

¹²⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Comares. Granada, 2010. pp 66-67.

Creemos que dicho argumento apoya el legítimo interés que tienen los usuarios de disfrutar plenamente el soporte que han adquirido y para lo cual lo han obtenido. Sin embargo, consideramos que el legítimo interés de poder realizar al menos una (01) copia se desvirtúa cuando apreciamos que la tecnología de audio cambia constantemente y con ello nuestra capacidad de adquisición de nuevos aparatos de reproducción aumenta. Lo que indica que aquella única reproducción queda bastante corta y no permite la maximización del uso de nuestro CD.

2.4.1 Industria obsesionada con el control que se ciega al real uso de los soportes

Como mencionamos en el capítulo anterior, se percibe como si la industria discográfica tratara de sopesar lo dejado de percibir producto de la piratería con el excesivo control y las extremas limitaciones que ejerce sobre los usuarios que cumplen con comprar obras originales. El imponer tales restricciones a los usuarios que han adquirido legítimamente un CD es comprobar una vez más que los actuales niveles de protección son excesivos. Se estaría incurriendo como dice Alfredo Bullard en que muchas veces son los campos de protección los ridículamente exagerados¹²⁹.

¹²⁹ BULLARD, Alfredo. *¿Es la propiedad intelectual un robo?* Consulta: el 20 de enero de 2013. pp 21. http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1056&context=yls_sela

Ahora bien, el sustento de la industria discográfica para impedir más de una reproducción podría ser la convicción de que al realizar más de una reproducción se estaría compitiendo con su mercado. Sin embargo, como hemos ido desarrollando a lo largo de la presente tesis, consideramos que se tiene la errada convicción de que al realizar una reproducción adicional para uso privado, el mercado discográfico estaría dejando de vender un CD, por lo que estaría dejando de percibir ingresos.

Como bien señala Ignacio Garrote Fernández-Díez¹³⁰, cuando indica que *no estamos ante una copia sustitutiva de otra que se puede adquirir en el mercado, sino ante una copia redundante de otra ya adquirida en dicho mercado*. Debemos ser enfáticos al sostener que al realizar una o más reproducciones adicionales al CD de mi propiedad y para uso estrictamente privado, lo que estoy realizando es una maximización de mi soporte, ello en el sentido de que al haber adquirido un CD, la realidad es que no volveré a comprar aquel mismo CD. Las posibilidades que se vuelva a gastar en un bien con el que ya se cuenta son mínimas, por no decir irreales o inexistentes.

¹³⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. *La reforma de la copia privada en la ley de propiedad intelectual*. Comares. Granada, 2010. pp 70 : “(...) Sin embargo, en mi opinión la existencia de una excepción de copia privada digital no afecta a la explotación normal de la obra porque, cuando no hay licencia en línea y medida tecnológica asociada, el titular no tiene una expectativa razonable de obtener un beneficio por las reproducciones que se hacen en el ámbito privado o domestico”.

Un usuario no compite con la industria discográfica al realizar más de una reproducción. Sostener que los distribuidores dejaran de percibir dinero por la reproducción adicional que se realice es bastante descabellado, ya que si previamente se ha pagado por la compra de un soporte original, volver a comprar un bien con el que ya se cuenta sólo porque debo realizar una reproducción para otro aparato de reproducción es una imposición bastante abusiva.

El ordenamiento legal no debe transformarse en una institución imparcial que busca proteger los intereses de las grandes compañías. Efectivamente se debe generar ingresos para los autores que han invertido tiempo y creatividad para crear sus obras y del mismo modo buscar equiparar el real uso que realizaran los usuarios. Al respecto, los cambios que se proponen buscan equiparar la protección que la ley da a los autores con el inmenso interés público de disfrutar de un derecho de uso y disfrute que también les corresponde.

2.4.2 La Copia Privada no afecta la explotación normal de la obra

Es errado creer que al maximizar el soporte el autor pierde económicamente. No se ha demostrado que el autor se vea perjudicado por el simple hecho de que el usuario de su obra la utilice de acuerdo a sus necesidades. Como hemos desarrollado en puntos anteriores, las posibilidades de que un usuario realice la

misma compra dos o más veces de un CD idéntico al que ya tiene, son mínimas por no decir nulas. En ese sentido, una persona no realizaría una copia de un CD obtenido ilícitamente, que sería en el único supuesto en que el autor deje de percibir ingresos económicos, sino que se estaría realizando copia de uno del que es propietario y que no volverá a adquirir nuevamente. Este último supuesto es por el cual sustentamos que no se ha comprobado hasta la fecha que el autor deje de percibir ingresos por reproducciones adicionales.

Al respecto, como lo señala Ignacio Garrote Fernández-Díez, en su libro La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual, la copia privada no afecta la explotación normal de la obra, e indica lo siguiente:

“Sin embargo, en mi opinión la existencia de una excepción de copia privada digital no afecta la explotación normal de la obra porque, cuando no hay licencia en línea y medida tecnológica asociada, el titular no tiene una expectativa razonable de obtener un beneficio por las reproducciones que se hacen en el ámbito privado o doméstico. El hecho de que la copia sea de gran calidad y fácil de hacer no obsta de dicha conclusión, no estamos ante una copia sustitutiva de otra que se puede adquirir en el mercado, sino ante una copia redundante de otra ya adquirida en dicho mercado¹³¹”. (El subrayado es nuestro)

¹³¹ *Ibíd*em

La regulación de Copia Privada en el Perú establece que el usuario sólo puede reproducir la obra una vez. ¿Realmente es ello posible? Le concedemos al usuario la gracia de reproducir una única vez el soporte que él ha adquirido, lo limitamos a que el CD, por el cual ha pagado una suma nada despreciable, sólo lo traslade a su PC y mala suerte si es que después tuvo mejor suerte en comprarse una Laptop. Mejor suerte porque le ha ido mejor, sus ingresos han aumentado y con eso la posibilidad de adquirir una computadora portátil. Mala suerte porque ya utilizó aquella única oportunidad de reproducción.

Entonces, según nuestra normativa ¿qué es lo que debe hacer nuestro usuario? Debe resignarse y respetar las normas de derecho de autor y si tanto le gustó el contenido del soporte que compró allá por el año 2000 tendrá que salir a buscar aquel soporte y volver a comprarlo. Si, así como se lee, volver a comprar un soporte que ya tiene en casa, porque simplemente no puede reproducir su CD en su nueva Laptop. Y así se podría pasar la vida nuestro usuario, ya que cada vez que salga al mercado un nuevo dispositivo de reproducción y cada vez que su nivel económico vaya mejorando tendrá que volver a gastar por un soporte que ya tiene en casa.

Nos encontramos ante una realidad que cada vez exige e incentiva a avanzar. Este indiscutible avance tecnológico trae consigo la inevitable depreciación de los

dispositivos de reproducción. Nos encontramos con la situación de que muchos de nosotros hemos dejado de utilizar un aparato de reproducción, porque hemos adquirido una versión nueva de aquel viejo dispositivo. Sin embargo, adquirir nuevos dispositivos no debería generar en el usuario una doble compra, como lo sugiere la norma al requerir que para realizar una nueva reproducción en este nuevo dispositivo de reproducción y no incurrir en infracción se deba realizar la compra de un nuevo CD.

Se llega a la conclusión errónea de que la legislación otorga a los usuarios la facultad de reproducir sin que dicho acto constituya una infracción al derecho de autor, pero ello no es suficiente si se reduce a una (01) la posibilidad de reproducción. Es claro que existe un interés por parte de los usuarios en adquirir soportes que contienen obras, pero no podemos pretender que ese interés se satisfice al concederle la opción de una (01) sola reproducción.

El interés de los usuarios se satisfice al otorgarles la posibilidad de maximizar el uso de su soporte, claro y aquí hay que hacer la salvedad de que siempre que se respete los demás derechos de los autores, no pretendemos ponernos en el supuesto de llevar al extremo el término maximización. No proponemos el uso indiscriminado, ese que puede llevar al punto que por maximizar se considere lucrar con la obra.

Actualmente, en relación a la cantidad de reproducciones, la normativa de Derecho de Autor ya no puede determinar a ciencia cierta cuando una persona es un usuario que realiza un “uso normal y esperado” de su CD. Ello debido a que el disfrute del soporte dependerá exclusivamente del uso que le dé cada usuario en particular. No podemos seguir generalizando al imponer una cantidad determinada de reproducciones, cuando estas dependerán de distintos factores, como por ejemplo los ingresos de cada usuario, lo que permitirá finalmente en la cantidad de aparatados de reproducción que pueda adquirir cada persona, así como en la habilidad del mismo para utilizar y aprovechar cada soporte. En ese sentido, el uso de cada usuario se ve claramente diferenciado por distintos elementos. Sin embargo, lamentablemente lo que más se acomoda en nuestra legislación es criminalizar el consumo habitual de los usuarios.

2.4.3 Maximización del soporte como fundamento básico para reducir costos innecesarios del usuario

A lo largo del primer capítulo hemos desarrollado sobre la derogación del término uso personal que establecía el Decreto Legislativo No. 822, por la denominación de uso privado que impone la Ley No. 28131, por lo que no es posible detenernos nuevamente en ello.

No obstante, en este punto es necesario resaltar nuevamente que aquel enunciado del numeral 48 del artículo 2° del Decreto Legislativo No. 822, es expreso acerca del tema de realizar una sola reproducción del ejemplar. Por el contrario, la Ley No. 28131 no hace referencia alguna a la cantidad de reproducciones permitidas, no se pronuncia al respecto y desarrolla únicamente la denominación de uso privado. Por tal motivo podríamos entender que se sigue considerando la restricción de una única reproducción estipulada en el Decreto Legislativo No. 822.

Entonces, al tener por un lado la vigencia de la denominación de uso privado en nuestro ordenamiento nacional, pero la restricción de una sola reproducción, podríamos entender que la copia privada es aquella realizada en un solo ejemplar para uso privado.

Sin embargo, al establecer un uso privado para la copia privada, resultaría incongruente el establecer un único ejemplar como reproducción permitida, ya que como mencionamos líneas arriba, la copia privada será utilizada dentro de un ámbito privado, es decir un ámbito familiar o doméstico. Con lo cual restringir la copia privada a un solo ejemplar estaría limitando su finalidad.

Ahora bien, habiendo cumplido con realizar dicha precisión, continuamos con el desarrollo del tema de la maximización del soporte que contraviene justamente con aquella restricción de una sola reproducción.

En ese sentido, por medio de la maximización del soporte se busca obtener el mayor provecho de una o más funciones de los bienes que se ha adquirido. Sin embargo, el alto costo que se impone con permitir una sola reproducción, implica trasladar al usuario la mayor inversión, exigirle que invierta en más de un mismo CD es imponer una carga alta al usuario que lejos de incentivarlo a seguir adquiriendo soportes originales es desviarlos al lado de la piratería, cuando si lo que se busca es frenar la reproducción masiva e ilegal se debería atacar de otra forma.

Una forma de frenar la reproducción ilegal on line es justamente incentivar las descargas legales a menor costo. Al respecto, David Bravo indica:

“(...) No vamos a llevar a cabo acciones legales contra usuarios que descarguen archivos de forma ilegal como ha hecho el sector de la música. No creemos que este modelo sea eficaz. Pensamos que es más adecuado realizar campañas educativas y promover descargas legales de calidad a buen precio”¹³².

¹³² BRAVO BUENO, David. *Copia este libro*. pp 35. Consulta: el 10 de noviembre de 2012 http://www.archivochile.com/carril_c/cc2012/cc2012-040.pdf.

Promover mecanismos que incentiven adquirir original y cumplir con las leyes como abaratar costos es una forma eficaz de frenar el efecto negativo y contrario.

Nos detendremos brevemente en las descargas Online, que no son motivo de desarrollo en nuestra tesis, sin embargo, permiten reafirmar nuestro argumento que indica que la realización de copias privadas no perjudicaría la venta de soportes originales. Como se ha desarrollado, nosotros sostenemos que la copia privada no perjudica económicamente a los titulares de derechos de autor porque nuestra hipótesis se basa en la previa adquisición de un soporte original. Sin embargo, existen estudios de como en el ámbito Online donde se realizan descargas ilegales, supuesto que sí podría determinar un perjuicio económico para los autores, estas incluso no llegan a perjudicar la venta de música.

Al respecto, existen muchos estudios, algunos de los cuales hemos mencionado en el punto 2.1, que demuestran que las ventas de obras musicales no se ven necesariamente afectadas por el sistema de descargas de internet o por el intercambio de archivos. Ello lo apreciamos en el artículo publicado por la International Federation of the Phonographic Industry – IFPI, donde se refiere a los estudios que pretenden demostrar que las ventas no son afectadas por el intercambio de archivos. Señalándose lo siguiente:

“Studies do exist that claim to show that sales are not adversely affected by file-sharing. Perhaps the most well known is the 2004 study by Oberholzer

& Strumpf, The Effect of File-Sharing on Record Sales, which stated that “downloads have an effect on sales which is statistically indistinguishable from zero”.

In 2004 a report by Tatsuo Tanaka of Keio University of Japan, Does File-sharing Reduce Music CD Sales had a similar conclusion, “we found little evidence that file-sharing reduces music CD sales in Japan”. In 2009 a study by The BI Norwegian School of Management.

(Consumer Culture in Times of Crisis) found that file-sharers were more likely to have used paid download sites - a telephone survey of almost 2,000 individuals found that those respondents who have used free download sites have, on average used paid download sites 75 times compared to only seven times for people who haven't used free download sites”¹³³.

También se cumple con indicar que existen estudios que demuestran lo contrario, es decir la relación entre las pérdidas económicas y las descargas de música, y se hace la salvedad de que algunos de ellos fueron encargados por organizaciones de la industria musical. Sin embargo lo citado, como indicamos inicialmente, reafirma nuestra postura, ya que incluso al descargarse música ilegalmente se estaría demostrando que existe un interés posterior en adquirir el original. Ello debe referirse a distintos motivos, entre los cuales puede deberse a que determinados usuarios realizan una descarga inicialmente para conocer el contenido de la obra para decidirse en la posterior compra, es decir las descargas

¹³³ The Impact of Illegal Downloading on Music Purchasing. 2009. En la página web <http://www.ifpi.org/content/library/the-impact-of-illegal-downloading.pdf>. Revisado el 18 de febrero de 2014.

de música vendrían a formar una especie de complemento a los hábitos de consumo de los usuarios.

Continuando con la necesidad de maximización que requiere el usuario, podemos determinar que de un simple conteo rápido entre allegados y círculo más íntimo podremos apreciar que el total de ellos no cuentan con dos CD's iguales. Las personas que deciden realizar la compra de un CD original coinciden que el alto costo de los mismos es un factor importante a la hora de decidir la compra. Finalmente, no se concibe la idea de realizar un doble gasto, más aún cuando la tecnología permite la maximización del soporte otorgándole al usuario una experiencia satisfactoria al momento de la reproducción.

Imponerle al usuario la obligación de comprar más de un soporte del que ya es propietario es equiparable a castigarlo por decidir respetar lo dispuesto por la ley. Como señala Lawrence Lessig en su libro Cultura Libre:

*“(...) La tecnología significa que ahora puedes hacer cosas asombrosas con facilidad: pero no puedes hacerlas legalmente con facilidad”.*¹³⁴

¹³⁴ LESSIG, Lawrence. *Cultura Libre: cómo los grandes medios están usando la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*. Traducción Antonio Córdoba / Elástico. pp 102. Consulta: el 20 de noviembre de 2012 http://www.worcel.com/archivos/6/Cultura_libre_Lessig.pdf.

Como podemos apreciar de lo citado por Lawrence Lessing, es notorio que la normativa que regula el Derecho de Autor no va de la mano con la tecnología, convirtiéndose está muchas veces en un obstáculo para el desenvolvimiento eficaz de nuestros derechos. Asimismo, cuando Alfredo Bullard se refiere al daño que genera la existencia de propiedad intelectual señala que lo podemos comparar con el perjuicio que se ocasiona a la sociedad la imposición de normas restrictivas. Al respecto señala que:

“En ocasiones, la PI concede facultades que pueden ser usadas intencional y estratégicamente, no para la provisión de invento y obras existentes, sino para restringir dicha provisión”¹³⁵.

En ese sentido, vemos como en muchos escenarios, no sólo en el Derecho de Autor, sino también la normativa de Propiedad Intelectual en general puede perjudicar en la creación de tecnologías realmente útiles y a menor costo, debido a que los que tuvieron la idea inicial de una invención obtendrán toda la protección y resguardo de la normativa de Propiedad Intelectual que no permitirá que ingrese competidores que puedan ofrecer el mismo o un mejor servicio y/o producto a un precio más accesible. Sin embargo, este es un tema que no será posible abordar en la presente tesis, debido a que genera un gran debate, el cual, por su extensión, no es posible desarrollar.

¹³⁵ BULLARD, Alfredo. *¿Es la propiedad intelectual un robo?* pp. 13. Consulta: el 20 de enero de 2013.
http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1056&context=yls_sela

2.4.4 Normativa de copia privada que impide el disfrute de un bien del que ya se es propietario

La realidad que nos avecina es una tecnología que seguirá avanzando, sin ir muy lejos, dentro de dos (02) años contaremos con dispositivos de reproducción cada vez más sofisticados y nos generaremos la necesidad de contar con ellos. Nuestros actuales dispositivos de reproducción quedaran obsoletos y según nuestro actual ordenamiento seguiremos acumulando infracciones si trasladamos el contenido de nuestro CD a nuestros nuevos aparatos de reproducción como lo venimos haciendo en la actualidad. Prueba de lo descrito es apreciar como cada año aparece en el mercado nuevas versiones de los dispositivos tecnológicos con los que contamos. Muchas veces puede no haber una diferencia significativa, otras sí, pero lamentablemente se ha creado la necesidad de adquirir lo último en tecnología. Ello puede ser cuestionable desde muchos puntos de vista, como el consumismo que propicia el lanzamiento constante de nuevas tecnologías. Sin embargo, no podemos impedir que los usuarios adquieran productos que consideren necesarios o simplemente deseen.

Entonces, volviendo al punto sobre como la normativa de copia privada impide el disfrute de un bien del que ya se es propietario, nos encontramos frente al supuesto que podemos contar con un CD pero que ya cuenta con una copia

privada reproducida en nuestra PC, y ahora que deseamos realizar otra copia privada en uno de los tantos dispositivos de reproducción que poseemos, simplemente ya no puede realizarse.

El Decreto legislativo No. 822 al establecer la restricción de una (01) sola reproducción estaría impidiendo disfrutar del bien del cual soy propietario. Nos vemos en la absurda situación de contar con un soporte que no me sirve de nada cuando no estoy en casa a pesar de tener la tecnología de nuestro lado y que permite la portabilidad de dicho contenido.

Podríamos enumerar un sinfín de supuestos reales donde hemos gastado nuestra única y valiosa reproducción y que simplemente ya no podemos disfrutar porque, para seguir con nuestro ejemplo de la PC, está se malogro y se ha vuelto inservible. Entonces, el único medio donde podía escuchar mi reproducción ya no me permite acceder a ella. Pero aún cuento con el CD que ahora puedo trasladar a la Laptop que uso a diario, pero ¡NO! Nos volvemos a detener porque simplemente no es posible realizarlo, debido a que aquella única copia privada ya fue utilizada al reproducirla en la ahora inservible PC.

Descrito los supuestos mencionados en los párrafos anteriores, es absurdo pensar que contando con nuestro CD no podamos realizar una nueva reproducción en

nuestros dispositivos de reproducción. O acaso debemos resignarnos a la idea de que lamentablemente no podremos disfrutar de un bien que tenemos guardado en uno de nuestros cajones porque simplemente la ley no permite realizar más de una reproducción.

2.4.5 Normativa de copia privada que también impide el disfrute de un bien aunque se esté dispuesto a realizar un doble pago

Asimismo, otro supuesto a considerar es que en dos (02) años o menos, es más que probable que nuestro CD ya no se encuentre en el mercado, por lo que no podríamos siquiera volver a realizar el doble, o tal vez triple, cuádruple, y hasta quíntuple, gasto que nos exige la ley por más que quisiéramos, ya que simplemente no podríamos encontrar aquel soporte.

Así la mayoría de los bienes que se lanzan al mercado, evolucionan, mejoran y/o cambian sus características o simplemente dejan de circular. En ese sentido, será común el caso que un CD apreciado por nosotros, así como otros CD's deseado por otros usuarios, estarán agotados siendo imposible conseguirlos en el mercado.

Siguiendo una línea de tiempo, así como actualmente ya no se producen más discos y aquellos pocos que circulan en el mercado son muy preciados por

aquellos fanáticos de los vinilos que están dispuestos a pagar por un bien coleccionable, es probable que en un futuro cercano tengamos el mismo caso con los CD's. Sin embargo, hay que establecer que el fin de adquirir uno de estos bienes no es tenerlos guardados en una vitrina, sino todo lo contrario, es poder disfrutar de su contenido.

Los bienes agotados imposibilitan al usuario acceder a ellos, a pesar de tener la intención de volver a pagar por un bien del cual ya se es propietario. Aquel usuario se ve imposibilitado por una realidad del mercado donde ya no se encuentra aquel bien porque probablemente se vendió todo el tiraje de aquella obra y con ello ya se colmó la expectativa de venta que se tuvo al momento de lanzarla al mercado. Aquí también surge el cuestionamiento de cómo puede perjudicar los intereses legítimos del autor al realizarse más de una reproducción, si como este supuesto lo ejemplifica claramente, ya se obtuvo aquella ganancia al sacar al mercado una obra que ha sido agotada debido a su aceptación.

De esta forma se está imposibilitando una vez más el disfrute de un usuario que a pesar de haber cumplido con colaborar con las ganancias que ha recibido el titular del derecho al comprar un soporte original, se le impone la restricción de no poder realizar más de una reproducción.

Entonces, la Ley no debe cegarse a soluciones que desincentivan a los usuarios y se llega hasta el absurdo de no colaborar con el acceso a la cultura, ya que al resultado que se llega es alejar la cultura de la sociedad. No debe ponerse barreras tan altas cuando acceder a la cultura debería ser la premisa fundamental. Tener cultura al alcance de nuestras manos y no poder utilizarla es tan absurdo como tener la cura a muchos males y simplemente no poder aplicarla porque estaba permitido utilizar una única dosis.

Tenemos claro que el derecho de autor busca generar un equilibrio entre tres fines de carácter social¹³⁶, el primero es el derecho que cuentan los autores y sus derechohabientes, el segundo es el acceso a la cultura y el tercero es cubrir con

¹³⁶ DUSOLLIER, Séverine, POULLET, Yves, BUYDENS, Mirelle: *“Derecho de autor y acceso a la información en el entorno numérico”*. En Boletín de Derecho de autor. Volumen XXXIV, No. 4, octubre – diciembre 2000 6° FF, pp 4: “(...), el derecho de autor se basa en un equilibrio de intereses, es decir, en una armonía entre la protección de la creación y los autores y la garantía del interés público y las libertades fundamentales. Este equilibrio demana en particular de uno de los fundamentos esenciales del derecho de autor, que consiste en promover el avance de las ciencias y las artes y la difusión de la cultura” (...)

“Muchos de los principios del derecho de autor encaman la búsqueda del equilibrio. Así pues, tanto la duración del derecho como su ámbito son limitados. (...) Finalmente, los usuarios pueden recurrir a varias excepciones que reflejan la necesidad de salvaguardar valores esenciales, como la libertad de expresión, la protección de la vida privada, el acceso a la información y a la cultura, y la difusión del saber por conducto de la información, la investigación y el acceso a las bibliotecas.” (...)

“Las excepciones son instrumentos esenciales para alcanzar un equilibrio entre los intereses de los autores y el interés público en el régimen del derecho de autor, y no constituyen únicamente restricciones a los derechos, sino reflejan la importancia que se concede en el campo del derecho de autor a las libertades fundamentales y los intereses principales de la sociedad. En algunas limitaciones del derecho de autor se tiene en cuenta la libertad de expresión, la libertad de prensa y el derecho a la información. (...) Esas excepciones son, en particular, la parodia, la cita, la crítica, la reseña informativa o incluso las utilizaciones privadas de las obras ...”

las necesidades de los usuarios. En ese sentido, si nos encontramos con el supuesto descrito en el párrafo anterior donde el soporte ya no se encuentra en circulación, porque los ejemplares ya se agotaron, por ende se entiende que se ha cubierto las expectativas económicas de los autores y derechohabientes. Entonces, al darse este supuesto no se entendería el motivo por el cual se sigue poniendo trabas que benefician el constante lucro de los autores y derechohabientes impidiendo el mencionado equilibrio entre los tres fines de carácter social.

2.4.6 ¿Realmente generamos un daño al realizar una o más reproducciones adicionales de un CD agotado o de uno del que somos propietarios?

Descrito lo desarrollado en el presente capítulo nos surge el cuestionamiento de qué daño podríamos ocasionar al reproducir un CD que ya no se encuentra a la venta, y es que: ¿contra quién estaríamos ocasionando el daño?

Al respecto, si por un lado tenemos a los propietarios del derecho de autor que ya no se ven beneficiados con la venta de su obra porque simplemente ya no se vende en el mercado y por otro tenemos a las compañías distribuidoras que ya no se encuentran interesadas en producir aquel soporte porque puede ya no resultar rentable o simplemente porque tienen otros proyectos en ejecución. Entonces, por

qué a los usuarios se les impide reproducir una copia adicional de un bien que poseen si no se está perjudicando a nadie. Al no existir sujeto identificable de daño no existiría tal daño.

En ese sentido, si nos encontramos frente a aquel supuesto donde el soporte ya no se encuentra en el mercado, porque aquellos ejemplares han sido vendidos en su totalidad, es comprensible entender que se ha cubierto las expectativas económicas de los autores y derechohabientes.

Asimismo, entendemos que el negocio de los productores fonográficos es invertir determinada cantidad de dinero para la producción de obras y venderlas en el mercado. Cuando las obras son vendidas en su totalidad, quiere decir que los estimados de venta que los productores fonográficos establecieron en un inicio, han sido alcanzados, y con ello se ve cubierta la inversión realizada y obtendrían la ganancia esperada.

Consideramos justo el beneficio económico con el cual se benefician los autores y derechohabientes, ya que el objetivo de su trabajo es justamente aquel reconocimiento. Sin embargo, apreciamos como no se llega a aquel equilibrio entre los tres fines de carácter social mencionada por Dusollier por el cual se concibe la copia privada. Apreciamos como la balanza se sigue inclinando a favor

de los autores y sus derechohabientes quedando los usuarios con la lamentable e incomprensible situación de verse impedidos de utilizar todos los beneficios que le ofrece un bien y un soporte de su propiedad y que han adquirido legítimamente.

2.5 REALIDAD TECNOLÓGICA Y SU RELACIÓN CON LA COPIA PRIVADA

Al presente año vemos como el boom tecnológico ha invadido nuestra vida, para bien o para mal nos vemos envueltos en una realidad en la que portar nuestra información y tenerla accesible se ha vuelto una necesidad.

Enfocándonos en la realidad actual, se puede apreciar que el avance tecnológico en los últimos años se ha dado de una forma acelerada. Tal es así, que adquirir tecnología en nuestros días es una necesidad, al punto de volvernos muchas veces dependientes de ella ocasionando un cambio rotundo en nuestras costumbres. Esto último es ratificado por Marysol Ferreyros de la siguiente manera:

“Otro hecho para tomar en cuenta es que con los inventos nos cambian las costumbres, la forma de ver la vida y por lo tanto el lenguaje. Ahora “forwardemos”, “escaneamos”, “salvamos”, “guardamos en la memoria”,

“deleteamos” y realizamos muchos actos más que son parte de nuestro día a día pero que hasta hace pocos años no se nos hubiesen ocurrido”¹³⁷.

Apreciamos como día a día enviamos y recibimos información desde cualquier punto de la ciudad o cualquier parte del mundo en el que uno se encuentre, situación que antes sonaba completamente descabellada. Quién se hubiera atrevido a decir que pasaríamos de las cartas enviadas por correo y que tardaban con suerte un mes en llegar a su destinatario, a enviar un correo electrónico que está a un “click” de distancia de ese mismo destinatario que se encuentra al otro lado del mundo. Sólo alguien con una gran visión de futuro hubiera podido prever todo lo que se venía.

De igual forma, bastante extraño hubiera sido pensar que en los años 90’ hubiéramos podido tener al alcance de nuestras manos la posibilidad de trasladarnos con nuestra música en nuestro propio bolsillo a través de un MP3 o USB, como se iba a pensar que eso era posible si ya bastante contentos estábamos con nuestro walkman. Aquel pesado reproductor que permitía escuchar nuestra música favorita a través de un casete.

¹³⁷ FERREYROS, Marysol. *De Gutenberg a Internet ¿Reforma o revolución del Derecho de Autor?*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007. pp 94.

Al respecto, hay que tener en cuenta que sólo podíamos escuchar la misma música una y otra vez a menos que tuviéramos la suficiente fuerza y las mismas ganas para cargar una mochila con varios casetes de nuestros artistas favoritos y que nos permitieran cambiar el casete y escuchar otra música.

En aquel entonces, nadie se imaginaba que el simple uso que le daba a su reproductor de música pueda estar perjudicando al autor. No se tenía conocimiento que el pasarse horas al lado de la radio escuchando su emisora preferida para que en el momento exacto que pasaran su canción favorita se apretara el botón de grabar, al mismo tiempo que se espera con los dedos cruzados que al locutor no se le ocurra hablar mientras grabas la canción, para luego escuchar contento y tranquilo en nuestro walkman, estaría perjudicando los intereses de los autores.

Es cuando se realiza estas comparaciones que uno se da cuenta de la diferencia entre aquel supuesto de esperar en grabar nuestra canción favorita desde la radio, corriendo el riesgo de grabar al cómico e inoportuno locutor, y la realidad de hoy en la que ya no se requiere de un objeto material que deberán trasladar a todos lados, es decir ya no necesitas trasladar todos los casetes.

Actualmente, el acto de realizar copias adicionales se ha vuelto una necesidad, ello en razón de que el avance tecnológico trae consigo la necesidad de contar con aquel avance para no estar desfasado.

Consideramos que el hecho de realizar copias adicionales no influye en perjuicio de los autores. Como hemos venido desarrollado, las copias adicionales que realiza un usuario sobre el soporte que ha adquirido legítimamente es manifestación del disfrute que pretende realizar del mismo y debe dejar de ser equiparado con el desincentivo que sufren los autores para la creación de obras. Al respecto, Paul Goldstein indica que los que se oponen a la responsabilidad del Copyright plantean la posibilidad de que:

“(...) Los casos aislados de hacer copias personales no pueden perjudicar a los creadores de las obras protegidas, y citan como prueba que las películas, las grabaciones y los libros siguen produciéndose a pesar de las copias personales”¹³⁸.

Así como las copias adicionales no son el causante del desincentivo alegado por los autores y sus derechohabientes, Nancy Matos precisa que la producción de películas sigue aumentando incluso a pesar de la piratería. Al respecto, señala lo siguiente:

¹³⁸ GOLDSTEIN, Paul. *El copyright en la sociedad de la información*. Universidad de Alicante. Murcia, 1999. pp 129.

“Investigando los efectos de detención de la innovación, Rayna (2004) observa que la producción de películas en el periodo 1988 – 2002 continúa en aumento, contradiciendo las predicciones de la teoría económica e invalidando las afirmaciones de que la piratería destruye la innovación”¹³⁹.

Apreciamos como se derriba aquel argumento de afectación a los intereses del autor que argumentan no obtener los beneficios esperados, ya que dejan de percibir con cada copia personal que realiza un usuario. La realización de copias adicionales no perjudica a los autores, consideramos que el efecto es el contrario. Los usuarios que realizan copias adicionales para disfrutar la obra del autor, supuestamente desprotegido y afectado, estarían creando un lazo de fidelidad que permitirá posteriormente reconocer al autor y acceder al resto de obras que produzca. En ese sentido, podrá adquirir nuevas producciones e incluso recomendar el trabajo realizado por aquel autor.

Podemos apreciar que, hemos pasado de ser un pequeño grupo privilegiado que en la década de los setentas contaban con un radio reproductor y más pequeño aun los que contaban con radio reproductor portátil (walkman), a ser un inmenso y privilegiado grupo de personas que cuentan con aparatos reproductores, tales como MP3, MP4, memorias USB, Ipod, Ipad, Smartphone, Laptop, entre otros.

¹³⁹ MATOS REYES, Nancy. *La piratería ¿problema o solución?* Universidad Esan. Lima, 2006. pp 40.

Dicha etapa también es mencionada debido a su importancia por Ricardo Antequera:

“Las reproducciones con fines privados aumentaron todavía más con la aparición en los años 70, del “audiocassette” y el “videocassette”, y los aparatos domésticos diseñados para la grabación de sonidos y/o imágenes en esos soportes vírgenes, bien por el procedimiento “back to back” o a partir de una emisión de radio o televisión”¹⁴⁰.

Asimismo, Francisco Rivero Hernández menciona que la irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito de la producción intelectual, científica y artística en las últimas décadas, y particularmente en lo que afecta a su explotación, ha incidido en varios ordenes o aspectos: a) en los medios técnicos de fijación y reproducción de las obras protegidas (fotocopia, grabación analógica o digital, computación); b) en los soportes materiales en que se fija, reproduce y distribuye esas mismas obras (soportes magnéticos y electrónicos, los CD-ROM o DVD, los ordenadores, las memorias de los bancos de datos, etc.), y c) los medios y mecanismos técnicos de comunicación y disfrute de aquellas obras, desde la reprografía sencilla a la comunicación por satélite o fibra óptica, transmisión en red y demás¹⁴¹.

¹⁴⁰ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA Marysol. *El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*. Monterrico, Lima, 1996. pp36

¹⁴¹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tercera Edición. Tecnos. Madrid, 2007. pp 267

Como se puede apreciar, el avance de la tecnología va de la mano con la idea de facilitarnos la vida diaria dándonos la mayor comodidad posible, y esta comodidad se ha visto reflejada en la mayor portabilidad de información en los reproductores antes mencionados.

2.5.1 La adaptación como una necesidad acorde con nuestra realidad

Somos conscientes que convivimos con la tecnología, que todos hacemos uso de ella, nos hace la vida mucho más fácil, hasta nos preguntamos cómo eran nuestras actividades en el pasado y hasta solemos cuestionarnos de cómo podíamos vivir sin ella. Sin embargo, la gran mayoría no tiene conocimiento que al trasladar el contenido de su CD, adquirido legalmente, a sus diferentes aparatos de reproducción estén cometiendo un ilícito previsto en nuestra normativa de Derecho de Autor. Lamentablemente, no se conoce lo dispuesto en el inciso 48) del artículo 2° del Decreto Legislativo No. 822, que establece claramente que la reproducción sólo es lícita cuando se realiza en un (01) solo ejemplar.

Sobre el actuar de los usuarios, Paul Goldstein señala lo siguiente:

“Con el transcurso del tiempo, más y más consumidores compran nuevos aparatos de copiar y esto amplía la expectativa de poder copiar de forma

gratuita. A medida que se acostumbran a estos usos gratis, la posibilidad de desplazarlos disminuye¹⁴²”.

Ello nos hace reflexionar y determinar la necesidad de adaptar las normas de Derecho de Autor a nuestra realidad. No podemos condenar a los usuarios que hacen uso de sus aparatos tecnológicos e imponerles una carga que desconocen y sobrepasa de forma grosera aquel uso esperado. Se debería buscar la regulación del real uso que se da a los dispositivos que permiten la reproducción en vez de perjudicar injustificadamente el habitual uso que le dan los usuarios.

Las excepciones al Derecho de Autor se fundamentan en la difusión del conocimiento, en la posibilidad de compartir la investigación o trabajo realizado. Ello en razón de que existen destinatarios interesados en conocer y disfrutar el resultado de aquel trabajo intelectual, todo en razón de acceder a una mayor educación, derecho a la información o acceder a la cultura como parte fundamental de la sociedad. Al respecto, Ignacio Garrote indica que:

“(...) Se afirma el beneficio de la comunidad en orden al progreso cultural y a la diversidad de creaciones en el mercado se maximiza mejor si admitimos una reproducción para uso privado que si la negamos (...)”¹⁴³.

¹⁴² GOLDSTEIN, Paul. *El copyright en la sociedad de la información*. Universidad de Alicante. Murcia, 1999. pp 129

¹⁴³ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio. *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Comares. Granada, 2010. pp 71.

Nuestras sociedades se benefician con la creación intelectual de los autores, no se debe restringir el acceso a ella, y limitar la reproducción de las obras conlleva a un innegable retraso social.

La excepción de copia privada que consiste en la posibilidad de omitir la autorización del autor para realizar una reproducción de su obra protegida, se debe justificar por el necesario uso que el usuario debe darle al soporte que contiene dicha obra.

Bien lo señala Sofía Rodríguez Moreno en su libro *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, cuando precisa que:

“(…) Cuando hablamos de limitaciones y excepciones al derecho de autor nos referimos a la utilización de obras protegidas que no requiere de la autorización de su titular, por hallarse dentro de ciertos supuestos taxativos, que justifican un uso libre y gratuito, en virtud del equilibrio que debe existir entre el derecho individual de los autores y ciertos derechos de las personas”¹⁴⁴. (El subrayado es nuestro).

Hacemos mención sobre el equilibrio que debe prevalecer entre el Derecho de Autor y el derecho de la sociedad de poder maximizar el uso de sus soportes legítimamente adquiridos, sin embargo, vemos como aquel fin no se considera

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ MORENO, SOFÍA. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. pp 66.

cuando lo que se percibe son límites que ponen al usuario en posición de desventaja al no poder reproducir el contenido de sus soportes en otros dispositivos también de su propiedad que estén a su disposición en determinados momentos.

Al respecto, en el caso de aquellos usuarios que adquieren CD's de música, uno de sus requerimientos básicos es poder maximizar el uso de aquel producto adquirido. Dicha maximización la obtendrán de distintas formas, las que dependerán inicialmente de las facultades y/o conocimientos con los que cuente el usuario; sin embargo, una forma de maximización de aquel soporte será realizando reproducciones que les permitan justamente acceder al disfrute de sus soportes sin mayores impedimentos que los desarrollados previamente en el capítulo anterior, tales como no contravenir el derecho de distribución exclusivo de los autores y derechohabientes. En ese sentido, aquel requerimiento de maximización es completamente comprensible teniendo en consideración que es el avance tecnológico el que nos incentiva justamente a realizarla. Asimismo, como hemos desarrollado a lo largo de la presente tesis, la maximización en el uso de los soportes también se ve sustentada debido a que es ella el fundamento principal para sostener un derecho de copia privada a favor de los usuarios. Derecho que debe ser reconocido con el fin de respetar el equilibrio que debe existir entre el Derecho de Autor y los intereses de la sociedad.

En ese sentido, podemos apreciar como los nuevos dispositivos de reproducción, adquiridos previamente, juegan un papel importante, ya que gracias a ellos una persona podrá contar con una copia del CD de su artista favorito en su Ipod y escucharlo mientras salga a correr, o podrá tener una copia del mismo en su laptop y escucharlo mientras trabaja, o generar una copia en una memoria USB para poderlo utilizar en el auto mientras maneja.

Como se puede apreciar, hemos mencionado tres ejemplos, de los muchos que existen, en los cuales una persona que adquirió un CD de música de manera lícita puede maximizar el uso del mismo, tal como lo señala José González de Alaiza¹⁴⁵. Sin embargo, de acuerdo con nuestra normativa vigente, lo antes señalado no se ajustaría al supuesto de copia privada, sino por el contrario, encajaría en la figura del delito de piratería.

Consideramos que los límites en la reproducción impuestos por la normativa de Derecho de Autor otorgan mayor control a los autores del realmente necesario y no se adaptan a la realidad. Al respecto, Abraham Drassinower señala:

¹⁴⁵ “Se ha señalado que un legítimo adquiriente de un soporte material (como un CD) debe tener la posibilidad de maximizar el uso de ese soporte en virtud de sus derecho de propiedad ordinaria aunque ello suponga también hacer una copia adicional de una obra o prestación protegida por la propiedad intelectual (por ejemplo, para escuchar un fonograma en el trabajo o desde el coche).” En: GONZÁLEZ DE ALAIZA, José. *La Copia Privada sus fundamentos y tratamiento en el entorno digital*. Comares, Granada, 2008. pp 66 - 67

“(...) Insistir en la reproducción como categoría central de organización de la ley del derecho de autor, es perturbar el equilibrio del derecho de autor, otorgándoles a los propietarios un nuevo control de acceso sin precedentes a las obras protegidas por el derecho de autor. Sería como si los propietarios de los derechos de autor hubiesen obtenido el derecho de cobrar una cuota cada vez que uno hojear las páginas de un libro”¹⁴⁶. (El subrayado es nuestro).

Parece exagerado que un autor pretenda cobrar por el simple hecho de hojear su libro, no cabe duda que el grado de abuso que percibiríamos sería completamente desproporcionado. Sin embargo, consideramos más exagerado que el autor y las grandes compañías discográficas pretendan que un usuario realice un gasto doble al comprar dos veces un CD con el mismo contenido para reproducirlo en aparatos distintos. Empero, esa imposición ya se encuentra establecida en la normativa nacional que sólo permite una (01) reproducción.

Uno de los fines primordiales de la creación intelectual se basa en compartir aquel trabajo, ya que existe una sociedad interesada en disfrutar aquel resultado. Sobre aquella pretensión que justifica al derecho de autor, David Bravo indica que:

“(...) El monopolio de la propiedad intelectual se introdujo porque se pensaba que era necesario un incentivo para que los creadores crearan y

¹⁴⁶ DRASSINOWER, Abraham. *Examinando atentamente los derechos del usuario*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales No. 4. Palestra. Lima, 2008. pp 119.

beneficiaran así a la sociedad dándoles cultura a la que poder acceder. Esto es así desde el “Estatuto de Ana” de 1710 que creaba los derechos de autor “para animar a los hombres iluminados a componer y escribir libros útiles”¹⁴⁷.

Justamente por ese interés social de acceder a la cultura es que existe el límite al Derecho de Autor. Como citan a Rengifo en el libro *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*:

“Hablar en cambio de derecho absoluto es negar la esencia misma del derecho de autor que busca equilibrar los derechos de explotación de la obra con la necesidad social de tomar parte en la difusión cultural, el avance científico y el conocimiento”¹⁴⁸.

Vemos como el interés de la sociedad es primordial al realizar una ponderación entre el derecho de autor y el derecho de la sociedad de disfrutar de aquella creación. Ello en razón de que el Derecho de Autor no es un derecho absoluto, debido a que se encuentra subordinado a límites que permiten a la sociedad disfrutar de la creación.

Cómo se indica por Emilé Glelé y Olga Pérez:

¹⁴⁷ BRAVO BUENO, David. *Copia este libro*. pp 20. Consulta: el 14 de noviembre de 2012 http://www.archivochile.com/carril_c/cc2012/cc2012-040.pdf

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ MORENO, SOFÍA. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. pp 38.

“Se trata de que no nos olvidemos, en el camino hacia la unificación / globalización, de llegar a un consenso de equilibrio y no a una situación de subordinación ni de dependencia, más aún por el hecho de que las obras artísticas son el verdadero alimento del espíritu”¹⁴⁹.

Asimismo, sobre la necesidad de realizar reproducciones para uso del copista, también se precisa en el Foro de expertos sobre derecho de autor lo siguiente:

“Una vez que la obra ha sido difundida con el consentimiento del autor, éste no puede prohibir las reproducciones privadas y gratuitas efectuadas exclusivamente en el ámbito familiar y las copias o reproducciones estrictamente reservadas al uso personal del copista y no destinadas al uso colectivo, es decir, la “Copia Privada”¹⁵⁰.

Apreciamos como se determina la necesidad de realizar copias adicionales para uso del copista, las mismas que pueden ser efectuadas en el ámbito familiar del usuario. Sin embargo, aquel interés primordial de la sociedad de disfrutar el resultado de la creación de los autores, actualmente no es considerado y más bien es menospreciado y hasta burlado al imponerle restricciones tan absurdas como la posibilidad de una (01) sola reproducción del soporte adquirido de forma legítima y para uso exclusivo de un individuo.

¹⁴⁹ GLÉLÉ, Emile y PÉREZ, Olga. *Fortalecimiento de la protección intelectual latinoamericana en la red digital: un propósito para la integración latinoamericana y para garantizar la diversidad cultural*. En: Foro de expertos sobre el derecho de autor. Hacia un nuevo contrato. El derecho de autor en el entorno digital. CERLALC. México D.F. 2004. pp 23.

¹⁵⁰ Idem. PP 28.

Es indiscutible que el desarrollo de la tecnología aporta en la transmisión de información y contribuye al conocimiento, es por estas razones que no podemos restringir el acceso a ella. Al respecto, Angelina Cué Bolaños en su artículo: Problemática de la negociación de derechos de autor en el entorno digital, señala que:

“Es innegable que el entorno digital contribuye de manera importante a transmitir y promover las obras de creación intelectual, así que el desafío consiste en domar a esta bestia tecnológica y sacarle el mayor provecho, a fin de que los involucrados en la creación y la humanidad entera gocen y adquieran conocimientos mediante su utilización, pero de manera equitativa, justa y legítima”¹⁵¹.

Apreciamos como un deber primordial es justamente adaptarnos al avance tecnológico, con ello regular de acuerdo a la realidad y obtener el mejor provecho para la sociedad. Como bien se señala en la cita de Angelina Cué, la humanidad entera debe obtener el mayor provecho de la tecnología. De qué nos sirve contar con tanta tecnología al alcance de nuestras manos y no poder utilizarla plenamente. No se debe restringir la cantidad de reproducciones cuando la realidad demuestra que cada persona cuenta con más dispositivos que cumplen la

¹⁵¹ CUE BOLAÑOS, Angelina. *Problemática de la negociación de derechos de autor en el entorno digital*. En: Foro de expertos sobre el derecho de autor. Hacia un nuevo contrato. El derecho de autor en el entorno digital. CERALC. México D.F. 2004. PP 42.

función de reproducir el CD que se exige se tenga guardado “sin poder reproducirlo”.

Determinada la importancia del entorno digital debemos encontrar el equilibrio entre ambos derechos, el de los titulares del derecho y el de los usuarios, y no seguir manteniendo la situación de sumisión y acatamiento indiscutible al Derecho de Autor, tapándonos los ojos y considerando aceptable la normativa que va en contra de la realidad.

Como precisa Paul Goldstein, uno de los valores importantes a favor de la posibilidad de realizar copias adicionales es el uso justo. Al respecto indica:

“(...) El principio del uso justo que debería aconsejar que se dudará antes de tachar de infractores de la ley a literalmente millones de personas”¹⁵².

Al respecto, las costumbres sociales no nacen de las leyes, sino viceversa¹⁵³. Es por esta razón que la necesidad de adaptación de la normativa de Derecho de Autor es sumamente necesaria. Se ha indicado como el autor no deja de percibir

¹⁵² GOLDSTEIN, Paul. *El copyright en la sociedad de la información*. Universidad de Alicante. Murcia, 1999. pp 142.

¹⁵³ NIETO, Adelaida. *El derecho a la libertad transita por el derecho de autor*. En: Foro de expertos sobre el derecho de autor. Hacia un nuevo contrato. El derecho de autor en el entorno digital. CERLALC. México D.F. 2003. pp 11.

económicamente por las copias adicionales que realizan los usuarios, ya que en primer lugar; el usuario que ha adquirido un soporte no volverá a comprar uno igual con el mismo contenido y en segundo lugar, se ha precisado como se siguen produciendo discos, películas, entre otros a pesar del supuesto perjuicio ocasionado a los autores. Las ventas siguen en aumento y las reproducciones adicionales no las frenan.

Aspiramos a una adaptación de la normativa que vaya de la mano con la evolución constante de la tecnología, es por ello que apostamos por una regulación que sea capaz de adaptarse a futuros desarrollos tecnológicos. Esto sólo será posible si se incluye como parte de las características el uso justo y equitativo de los derechos involucrados en la presente tesis.

2.5.2 Beneficio que genera el desarrollo de nuevas tecnologías vs Restricciones que fomenta la Copia Privada

En un mundo que evoluciona constantemente y que exige se siga el ritmo de ese avance, si decidimos oponernos a aquel avance o simplemente no adaptarnos a aquella evolución tecnológica, no podremos entender el lenguaje en el que el mundo entero se comunica en la actualidad y el desfase en el que nos veríamos inmersos queda implícito.

Ingresamos a este capítulo formulando la necesidad de una adaptación de las normas de Derecho de Autor a la realidad debido al avance tecnológico. Sin embargo, según determina nuestro ordenamiento una reproducción es permitida en un solo ejemplar. Consideramos que dicho límite impuesto por la normativa que regula la copia privada impide el beneficio que genera el desarrollo de nuevas tecnologías.

Al respecto, nuestra normativa considera que si la persona que ha adquirido legítimamente un bien realiza una copia más de la permitida por Ley, es decir realiza la reproducción de dos copias adicionales, estaría yendo en contra del derecho de los autores y sus derechohabientes. Nos preguntamos por qué consideran que se estaría vulnerando tales derechos. Será que el sustento de nuestro ordenamiento para considerar que al realizar una reproducción adicional del soporte que se ha adquirido de forma legal es que existiría un soporte menos para vender.

Al respecto, debemos tener claro el siguiente panorama y por ello reiteramos la cita de Ignacio Garrote donde indica que la copia privada no afecta la explotación normal de la obra:

“(...) Sin embargo, en mi opinión la existencia de una excepción de copia privada digital no afecta a la explotación normal de la obra porque, cuando

*no hay licencia en línea y medida tecnológica asociada, el titular no tiene una expectativa razonable de obtener un beneficio por las reproducciones que se hacen en el ámbito privado o doméstico. (...) no estamos ante una copia sustitutiva de otra que se puede adquirir en el mercado, sino ante una copia redundante de otra ya adquirida en dicho mercado*¹⁵⁴. (El subrayado es nuestro)

Como se indica en la cita anterior, nos encontramos ante una copia de una obra ya adquirida en el mercado. El usuario ha cumplido con realizar la compra de un soporte original, por lo que volver a realizar la compra de un soporte con el mismo contenido es incoherente. En ese sentido, no será razonable que los autores y sus derechohabientes tengan una expectativa en obtener un beneficio por las copias adicionales que realiza el usuario para su propio uso.

Sin embargo, discrepamos cuando Ignacio Garrote menciona que dicha expectativa se pierde sólo cuando no hay licencia en línea o medida tecnológica asociada, ya que consideramos que en todos los supuestos el autor no va a dejar de percibir ingresos por las reproducciones adicionales que realice el usuario, ya que aquel usuario simplemente no va a volver a adquirir un soporte idéntico del que ya es propietario.

¹⁵⁴ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio. *La reforma de la copia privada en la ley de propiedad intelectual*. Comares. Granada, 2010. pp 70.

Parece sacado fuera de contexto, pero al parecer el sustento que está detrás de esta protección excesiva que se le da a los autores parece ser porque se busca incentivar que el usuario vuelva a adquirir un soporte que ya tiene si es que quiere reproducirlo en otro aparato de reproducción.

Apreciamos entonces como la restricción que genera la copia privada va en contra del beneficio que genera el desarrollo de nuevas tecnologías. Desarrollo que permite a un usuario ser propietario de distintos dispositivos de reproducción y que les dará uso de acuerdo a sus necesidades y actividades diarias.

Como precisa Nancy Matos:

“(...) Resaltar que los productos digitales, debido a su característica de poder ser copiados a costo cercano a cero, se convierte en candidatos para el copiado no comercial por parte del consumidor final (...)”¹⁵⁵.

Es importante resaltar el término copiado no comercial que precisa Nancy Matos, ya que como venimos desarrollando, la(s) copia(s) adicional(es) que realicen los usuarios serán para su uso privado. Nada tiene que ver el carácter comercial y lucrativo que el usuario no realizará, por tanto el autor nunca dejaría de percibir debido a que aquel usuario no volverá a comprar el mismo bien.

¹⁵⁵ MATOS REYES, Nancy. *La piratería ¿problema o solución?* Universidad Esan. Lima, 2006. pp 41.

Es incorrecto creer que al realizar una copia adicional se estará dejando de vender un CD menos en el mercado, porque las probabilidades que una persona que previamente ha adquirido un CD original y pagado un monto considerable por este, vuelva a comprar el mismo CD para reproducirlo en otro de sus aparatos de reproducción, es casi nula. La realidad nos demuestra que los usuarios tenemos la necesidad de tener al alcance nuestra información. Es inconcebible pensar que en esta nueva era se va a andar con varios CD's en la maleta para escucharlos cada vez que lo queramos. Del mismo modo, es inconcebible pensar que se va a comprar más de una vez un mismo soporte. Sin embargo, nuestra normativa nos dice que de no hacerlo estamos cometiendo un ilícito, ya que estamos contraviniendo lo dispuesto en el inciso 48° del artículo 2° del Decreto legislativo No. 822, que precisa que la reproducción es permitida en un solo ejemplar.

Como bien señala David Bravo, se ha preferido criminalizar el actuar de la sociedad que debería ser protegida. Al respecto señala:

“En lugar de aplaudir e incentivar mantener ese avance que multiplica el acceso y la diversidad cultural de los ciudadanos, los gobiernos han decidido despreciar y criminalizar a la sociedad a la que deberían representar y proteger”¹⁵⁶.

¹⁵⁶ BRAVO BUENO, David. *Copia este libro*. pp 10. Consulta: el 17 de noviembre de 2012 http://www.archivochile.com/carril_c/cc2012/cc2012-040.pdf

Uno de los beneficios generados por las nuevas tecnologías es justamente la portabilidad de nuestra información. Sin embargo la restricción de nuestra normativa impide dicha portabilidad y exige un costo excesivo si requerimos acceder a la portabilidad de información.

Entonces, es comprensible concluir que lo regulado por la copia privada impide el beneficio que viene de la mano de la tecnología. Aquel beneficio de portabilidad y normal uso de los dispositivos de reproducción que son propiedad del usuario. Para la normativa de Derecho de Autor son los usuarios quienes se deben amoldar a lo dispuesto en la norma y no a la realidad tecnología que el mismo estado permite que ingrese en nuestro actuar diario.

Al respecto, tenemos por un lado mecanismos de reproducción que ingresan constantemente al mercado del cual podemos libremente adquirir si tenemos los medios para hacerlo, y por otro lado tenemos a una norma de Derecho de Autor que nos dice que esa libertad no es del todo cierta. Y es que, de qué sirve poder adquirir distintos medios de reproducción si finalmente no voy a utilizarlos de forma tal que pueda aprovechar todos los beneficios que me ofrece. Un beneficio importante que brinda tanto los celulares, Ipods, MP3, MP4, USB, radios, Ipads, laptops, computadoras y distintos equipos de sonido, etc., es la reproducción musical. Cada vez es más habitual que contemos con más de dos de la larga lista

de aparatos que tienen como uno de sus beneficios la reproducción musical, sin embargo, de acuerdo a nuestra normativa no podría hacer uso pleno de ese beneficio si previamente ya he reproducido el contenido de uno de mis CD's en otro dispositivo.

Conclusión, al momento de la compra se debería apreciar en cada dispositivo de reproducción un mensaje que indique expresamente la siguiente advertencia: ¡CUIDADO! Si usted ya cuenta con algún otro aparato de reproducción este dispositivo podrá resultarles inservible si es que ya utilizó la única copia que le otorga el ordenamiento peruano sobre Derecho de Autor. A menos que esté dispuesto a comprar otro soporte igual que le permita reproducir el contenido en este dispositivo.

2.6 INEFICACIA DE LA NORMATIVA SOBRE COPIA PRIVADA

2.6.1 Desfase de la normativa de Copia Privada

En relación al evidente desfase que la normativa de copia privada presenta en la actualidad, es importante hacer énfasis que el principal sustento de dicha normativa, tal como lo indican diversos autores, fue regulada en sus inicios por aquella desventaja en la que se veían inmersos los autores y sus derechohabientes por no tener la posibilidad de conocer la cantidad de copias que

se reproducían cuando un usuario adquiriría un soporte con sus obras. Ello es comprensible si nos situamos en aquella época analógica donde contabilizar o llevar un registro de la cantidad de fotocopias que se realizaba de un libro no era realmente factible, sin mencionar la baja calidad de los mismos.

Sin embargo, nos hemos trasladado de una era analógica donde las fotocopias de libros y demás copias analógicas que se pudieran realizar han quedado desfasadas. Como indica Ignacio Garrote Fernández-Díez:

“(...) Así, de un mundo de fotocopias y copias analógicas de películas de video y musicassettes de mala calidad se ha pasado a la composición de auténticos repertorios personales en formato digital que los usuarios acumulan en soportes de gran capacidad (CD, DVD) utilizando unos conocimientos informáticos rudimentarios”¹⁵⁷.

Como también indica Álvaro Díaz:

*“(...) Sin embargo, las antiguas normas de observancia de propiedad intelectual diseñadas para el mundo del papel se han tornado obsoletas”¹⁵⁸.
(El subrayado es nuestro).*

¹⁵⁷ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio. *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Comares. Granada, 2010. pp 1.

¹⁵⁸ DIAZ, Álvaro. *América Latina y el Caribe. La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. CEPAL. Santiago de Chile, 2008. pp 53.

Es frente a esta supuesta desprotección que se ven expuestos los autores y sus derechohabientes, que se busca limitar el acceso, uso y disfrute de los usuarios. Sin embargo, pasamos de una presunta desprotección de los derechos patrimoniales de los autores y sus derechohabientes, a una real desprotección del derecho de los usuarios a usar, disfrutar (de acuerdo a los avances tecnológicos) y a maximizar el uso del soporte legítimamente adquirido, debido a que se les sanciona con normas planteadas para formato papel y no actualizadas para la era en la que actualmente nos encontramos. Quedando obsoletas las normas e impidiendo una justa aplicación para las partes involucradas.

En primer lugar, consideramos presunta la desprotección que alegan los autores y sus derechohabientes, debido a que en la actualidad dicho argumento no puede ser sostenido, ya que es innegable que con la aparición de los mecanismos tecnológicos de protección los autores se ven resguardados por estas tecnologías que le permiten salvaguardar sus obras y decidir la forma de cómo serán expuestas. Ignacio Garrote sustenta lo expuesto al indicar que:

“(...) Parecía por tanto que estaban en peligro la explotación normal de las obras y las prestaciones protegidas en el entorno digital, pero el mundo digital no sólo traía malas noticias para los titulares de derechos de propiedad intelectual, también les traía una promesa inesperada, la de las medidas tecnológicas de protección. Dichas medidas, convenientemente implementadas en los soportes materiales que se distribuían en el

mercado, conseguirían detener la sangría que la copia digital estaba provocando en los ingresos de los derechohabientes”¹⁵⁹.

Entonces, nos encontramos por un lado con las alternativas que tienen los autores para incorporar mecanismos que realicen la actividad fiscalizadora e impidan de esta forma que un usuario use o utilice más de lo que el autor desea, y por otro lado apreciamos como los usuarios se ven limitados en maximizar el soporte de su propiedad.

Consideramos que los usuarios se ven desprotegidos en mayor proporción frente a la protección casi absoluta que obtienen los autores. Ello debido a que el amparo del Derecho de Autor se basa en una protección individualista donde prevalece el interés del autor en obtener el mayor beneficio posible ante la conveniencia social. Sostenemos lo descrito anteriormente, dada las innumerables manifestaciones que nos ofrece la normativa en la cual muchas veces se privilegian los derechos del autor dejándose de lado o simplemente sin observar a la sociedad y a los usuarios de estas obras. Un claro ejemplo de ello es la visión “todista” del derecho patrimonial de reproducción en nuestra normativa, como ya fue desarrollado anteriormente.

¹⁵⁹ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio. *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Comares. Granada, 2010. pp 99.

No es oportuno que se siga alegando una pérdida económica para los autores cuando estos ya cuentan con una larga lista de mecanismos que le permitirán restringir el acceso, limitar las reproducciones e impedir la maximización en el uso del soporte por parte de los usuarios.

Si en un inicio se sostenía que al amparo del Derecho de Autor se incorporó la excepción de copia privada, donde se restringe de forma absurda el uso que debe darle el propietario legítimo de un soporte a su bien, dicho sustento pierde fuerza al tener los autores y sus derechohabientes amplias facultades de regular e impedir a los usuarios el uso de sus obras.

Sin embargo, es preciso indicar que consideramos que a pesar que los autores tengan la plena potestad de implantar medidas tecnológicas de protección que impidan la reproducción, existe una sociedad que evoluciona constantemente con la aparición de nuevas tecnologías. En ese sentido, no es posible la sobrevaloración del Derecho de Autor y peor aún la desproporción de estos derechos frente al de los usuarios que se ven limitados no sólo por la excepción de copia privada que no permite a un usuario que ha adquirido legítimamente un bien a maximizarlo, usarlo, reproducirlo en sus diferentes dispositivos tecnológicos de reproducción, ya que tenemos una norma que califica como ilegal el real, habitual y normal uso del bien, sino que con la incorporación de las medidas tecnológicas de protección puede llegar a sobrepasar la única reproducción

concedida. Dicha afirmación es confirmada por Jorge Córdova Mezarina, quien en su tesis de maestría sobre la excepción de copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección, indica lo siguiente:

*“(...) 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”.*¹⁶⁰

Como precisa Álvaro Díaz, la expectativa de los consumidores es acceder a productos digitales flexibles. Sin embargo, la imposición de medidas tecnológicas de protección frena aquel interés del usuario. Al respecto indica:

*“Sin embargo, las MTP pueden impedir estas prácticas, e incluso eliminar excepciones y limitaciones legales tales como el derecho a copia para uso personal. Además, existe el riesgo de que contribuyan a privatizar las leyes de propiedad intelectual, dejando el control de acceso y uso de las obras – textos, datos, música y videos – enteramente en manos del sector privado”*¹⁶¹.

Como también sostiene Nancy Matos Reyes:

¹⁶⁰ CÓRDOVA MEZARINA, Jorge Alberto. Tesis de maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia “La excepción de copia privada en el derecho de autor frente a las medidas tecnológicas de protección ¿Una limitación a la excepción”. Lima, 2013. pp 8.

¹⁶¹ DIAZ, Álvaro. *América Latina y el Caribe. La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. CEPAL. Santiago de Chile, 2008. pp 61.

“(…) colocar barreras técnicas a la replicabilidad, con códigos de acceso, llevaría a crear una arquitectura de control centralizado, donde todo puede ser monitoreado. Se seguiría un impacto regulatorio, pero afectando los principios de la decisión democrática, ya que mientras la protección legal requiere decisiones que busca un balance entre los intereses privados y los del público consumidor, la protección tecnológica dejaría que sea la firma la que establezca el balance”¹⁶².

La facultad de incorporar MTP hace que el fundamento principal del cual ya se habló sobre copia privada pierda fuerza, debido a que otorga a los autores y derechohabientes una capacidad absoluta de poder controlar sus obras. Sin embargo, no creemos que introducir MTP a las obras sea una solución, ya que la finalidad de hallar un equilibrio entre el Derecho de Autor y la sociedad estaría pasando a manos de privados en vez del Estado.

Al otorgar facultades a los autores y sus derechohabientes para incorporar medidas tecnológicas de protección en los soportes se les estaría otorgando una posibilidad de controlar el derecho de reproducción, con esto último el sustento legal de falta de control de la copia privada dejaría de existir.

Cabe resaltar que esto último para algunos autores es relativo, ya que sostiene que las medidas tecnológicas de protección no son del todo eficaces, debido a que

¹⁶² MATOS REYEZ, Nancy, *La piratería ¿problema o solución?*. Universidad Esan. Lima, 2006. pp 16.

siempre existirá la posibilidad de vulnerarlas. Sin embargo, consideramos que ello no es así debido a que si lo vemos desde la óptica de un usuario promedio, aquel usuario que no cuenta con mayor conocimiento informático, estas medidas tecnológicas de protección si funcionarían, pues no se vulneraría tan fácilmente, por no contar con el conocimiento técnico y avanzado que le permita violar las medidas tecnológicas de protección implementadas.

2.6.2 Restricción impuesta por la Copia Privada afecta el equilibrio que debe cumplir el Derecho de Autor.

Según Carlos M. Correa, citado por Sofía Rodríguez Moreno en su libro *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*:

“Todo régimen de derechos de propiedad intelectual debe establecer un equilibrio entre la creación de incentivos a la innovación e interés de los consumidores en que los bienes protegidos estén disponibles y accesibles”¹⁶³.

Es claro que el Derecho de Autor trae consigo una serie de derechos inherentes al autor. Todo régimen busca incentivar la creación, proteger al creador de obras y ampararlo de todo supuesto que ponga en peligro sus intereses. Al respecto, se

¹⁶³ RODRÍGUEZ MORENO, Sofía. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. pp 56- 57.

tiene la idea de que mientras más protegido este el autor, menor serán las posibilidades de verse expuestos a los constantes y peligrosos avances tecnológicos. El problema surge cuando sólo se enfocó en el autor como personaje receptor de derechos y se dejó de lado a los usuarios.

La protección del usuario es igual de importante que la protección que se debe dar al autor. Con esto no queremos sugerir que el autor tenga que ceder sus derechos a los usuarios o que debe trabajar por amor al arte, el autor debe recibir una retribución por el esfuerzo que le genera su trabajo. Sin embargo, no se debe dejar a su suerte a los usuarios. Es necesario que las limitaciones que se imponen a los usuarios mantengan un equilibrio con el derecho de los autores. Ello debido a que en la actualidad la carga impuesta a los usuarios es bastante alta en relación a los derechos que gozan los autores.

Apreciamos como en nuestras disposiciones legales no se ve reflejado el anhelado equilibrio que debería otorgarse en normas de Propiedad Industrial, donde más bien se aprecia una excesiva protección al Derecho de Autor y sus derechohabientes, frente a una fácilmente visible desprotección a los usuarios a quienes limitan con una (01) sola reproducción. Al respecto, Abraham Drassinower hace referencia a una decisión de la Corte Suprema de Canadá y señala que:

“(...) Desde el punto de vista de la corte, el enfoque tradicional de uso equitativo como una simple excepción, no responde al equilibrio adecuado. Confirma el dominio del autor a expensas del público (...)”¹⁶⁴.

Debemos buscar establecer un uso equitativo donde ambas partes se vean beneficiadas, donde los autores sean remunerados por sus ventas y donde se proteja el interés de los usuarios en usar sin mayores limitaciones sus soportes legítimamente adquiridos. De igual forma, como indica Abraham Drassinower:

“(...) La excepción del uso equitativo, al igual que otras excepciones en la Ley del Derecho de Autor, es un derecho del usuario. Para poder mantener el equilibrio correcto entre los derechos de un propietario de derechos de autor y los intereses de los usuarios, no se puede interpretar en forma restrictiva”

(...) Como un equilibrio entre “dos objetivos”; por una parte, el de promover el interés público y, por la otra, el objetivo de una recompensa justa para el creador”¹⁶⁵.

Insistimos en el equilibrio que debe prevalecer en las normas de copia privada que protejan no sólo a los autores, como se ha venido haciendo hasta la actualidad, sino que también se otorgue protección a los usuarios que merecen realizar más de una reproducción, ya que cuentan con más de un dispositivo de reproducción, los mismos que vienen de la mano con el avance tecnológico.

¹⁶⁴ DRASSINOWER, Abraham. *Examinando atentamente los derechos del usuario*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales No. 4. Palestra. Lima, 2008. pp 114.

¹⁶⁵ Ídem. pp 113.

Debemos hacer énfasis que en todo momento nos referimos a los usuarios legítimos, a aquellos que han adquirido el soporte por el medio lícito, aquellos que invierten su dinero para conseguir un soporte original y no han incurrido en el camino fácil, que como ya hemos señalado sería un acto ilícito. En relación a lo expresado, consideramos que no se debe seguir limitando de manera excesiva al usuario que utiliza y disfruta el soporte de acuerdo al fin por el cual lo ha adquirido.

Es importante establecer límites para proteger a los autores, el problema radica en los límites que sobreprotegen a los autores, dejándose completamente de lado a los usuarios. Es fundamental encontrar el punto medio, aquel en el que se respete el derecho de los usuarios a usar y disfrutar el soporte que han adquirido. No podemos seguir creyendo que la maximización del soporte afecte al autor.

Aparentemente, el problema se suscita al equiparar erróneamente el uso que da el usuario a su soporte con la explotación que consideran los autores que los usuarios hacen de su obra. Al respecto, Raquel Xalabarder indica que: la solución a la justificación de copia privada puede ser distinta si consideramos la distinción entre uso (ver, escuchar, oír) y explotación¹⁶⁶.

¹⁶⁶ XALABARDER, Raquel. *Mesa redonda: La copia privada digital*. En *revista de Internet, derecho y política*. FUOC. Barcelona, 2005. pp 37.

Se debe dejar de lado la idea de que el usuario que adquiere un soporte para su uso privado, busca lucrar con este. Generalizar que los usuarios al realizar una reproducción adicional van en contra de la normal explotación de la obra es equiparar dichas reproducciones adicionales con un fin lucrativo. En el supuesto que estudiamos, los usuarios lo que realmente buscan es disfrutar del soporte. Aquel disfrute se podrá llevar a cabo cuando el usuario no se vea limitado en ver y/o escuchar el contenido de su soporte en otro de sus dispositivos de reproducción y por el contrario, se le permita maximizar su uso.

2.6.3 Debido al avance tecnológico la excepción de copia privada contraviene el fin por el cual ha sido adquirido el soporte.

Según Emile Glélé y Olga Pérez en su artículo Fortalecimiento de la protección intelectual latinoamericana en la red digital: un propósito para la integración latinoamericana y para garantizar la diversidad cultural, en el Foro de expertos sobre el derecho de autor, señala que:

“Las excepciones son instrumentos esenciales para alcanzar un equilibrio entre los intereses de los autores y el interés público”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ GLÉLÉ, Emile y PÉREZ Olga. *Fortalecimiento de la protección intelectual latinoamericana en la red digital: un propósito para la integración latinoamericana y para garantizar la diversidad cultural*. En: Foro de expertos sobre el derecho de autor. Hacia un nuevo contrato. El derecho de autor en el entorno digital. CERLALC. México D.F. 2004. pp 30.

La cita en mención señala a las excepciones como los instrumentos que buscan el equilibrio entre los intereses de los autores y el público, sin embargo, como lo hemos desarrollado en el capítulo anterior, la copia privada no debería ser tratada como una excepción, sino como un límite al Derecho de Autor, pues al ser tratado como una excepción no se logra aquel buscado equilibrio, por el contrario, no se toma en cuenta los válidos intereses de los usuarios, donde todas las acciones relativas a este punto repercuten directamente en el ámbito de los usuarios. Al respecto, Sofía Rodríguez Moreno señala:

“(…) De este modo, los horizontes del derecho de autor se nos amplían, ya no está el derecho de autor concebido solamente como un poder en manos de un titular, ni siquiera un poder que permite así negociar con él y contratarlo con otra persona o entidad que colabora al proceso de comunicación (los empresarios o editores), sino que hay que tener en cuenta el tercer lado de un triángulo: el sujeto destinatario del objeto de este derecho de autor, es decir el público”¹⁶⁸.

Entendemos el derecho de reproducción como aquel derecho del autor que le permite autorizar o prohibir la reproducción de su obra en un soporte por medio de cualquier forma. Sin embargo, apreciamos como este derecho del autor que le

¹⁶⁸ RODRIGUEZ MORENO, Sofía. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. pp 61-62.

permite autorizar o prohibir la reproducción de su obra no es un derecho absoluto, ya que existe el límite de copia privada que le permite al usuario reproducir la obra del soporte adquirido lícitamente. Sin embargo, el grado de protección que se le otorga al autor, a pesar de existir este límite sigue siendo exorbitante, ya que nuestro Decreto Legislativo No. 822 permite al usuario realizar una (01) sola copia. Podríamos indicar que una (01) sola copia no guarda relación con el fin para el cual ha sido adquirido el soporte. Si bien es cierto que el fin para el cual se adquiere el soporte es para disfrutar del contenido del mismo, hoy en día ese disfrute se apreciará cada vez que pueda escuchar el contenido; y actualmente se disfruta cada vez que lo utilizamos en cada uno de nuestros dispositivos que tienen como característica la reproducción.

El propósito de la presente tesis, es justamente incentivar el equilibrio que requiere nuestra normativa. En la actualidad apreciamos como el privilegio de los derechos de autor no permite encontrar un justo equilibrio entre el Derecho de Autor y el Derecho del Usuario, cuando lo que se debe buscar es el equilibrio de las restricciones que se le imponen a los usuarios y a las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor, tal como se señala en el artículo mencionado de Sofía Rodríguez Moreno, donde indica que debe existir un ejercicio equitativo de las limitaciones y excepciones en el entorno digital. Del mismo modo establece que:

“La búsqueda de este equilibrio está basada en el diálogo y en la concertación entre los representantes de los autores y de los otros titulares de derechos, y de aquellas instituciones que representan a los usuarios. Se trata de contabilizar y examinar las prácticas y las dificultades vinculadas a la implementación de las limitaciones y excepciones en el entorno digital, y de apreciar las posibilidades de la aplicación de las medidas técnicas controlando el acceso y la explotación lícita de las obras (...)”¹⁶⁹.

El primer paso para obtener el equilibrio requerido, es buscar la concertación entre las partes afectadas, tanto los representantes de los autores como los otros titulares de derechos, e instituciones que representen a la parte más desprotegida, en este caso los usuarios, para que se pueda exponer los argumentos y demostrar que la realidad tecnológica se encuentra avanzando al lado de los usuarios y que la normativa de Derecho de Autor restringe el normal avance del mismo.

Apreciamos que no se ha prestado mayor atención al real uso que se hace hoy en día de los distintos soportes protegidos por el Derecho de Autor. Debemos procurar proteger a ambas partes, tanto al autor como al usuario, ya que en la actualidad a raíz del presente límite de copia privada se considera que se está otorgando al usuario la posibilidad de reproducir el soporte que ha adquirido legítimamente, sin embargo, dicho límite no se ajusta a la realidad tecnológica con la que convivimos.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

El límite de copia privada que plantea nuestro ordenamiento nacional, la cual otorga una (01) sola reproducción, se encuentra aparentemente sustentada en la concepción que plantea Ignacio Garrote al desarrollar el objetivo de la DDASI y su implementación de medidas tecnológicas de protección:

“Basta por tanto con que los derechohabientes permitan una única reproducción por cada copia vendida para bloquear la intervención estatal, porque dicha única reproducción permite de forma suficiente el ejercicio de la excepción”¹⁷⁰.

No es posible que sigamos considerando que la cantidad de una (01) reproducción sea razonable cuando actualmente gran parte de la población transcurre sus días con tanta tecnología que justamente hace que tenga acceso a más de un dispositivo de reproducción. Sin embargo, por la actual normativa dicha realidad convierte al usuario en infractor reincidente, ya que inevitablemente se ha visto en la necesidad de reproducir el contenido de su soporte en más de un aparato de reproducción. Entonces, con la sola reproducción que establece la normativa se cubre de una manera débil e irreal la copia privada, ya que se deja a los usuarios al borde de una infracción, debido a que las expectativas de los usuarios no se colman con la sola reproducción que nos concede la normativa.

¹⁷⁰ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio: *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Comares, Granada, 2010. pp 106.

Visto desde otro enfoque, pero igualmente relacionado al uso razonable, Ignacio Garrote señala:

“Queda igualmente claro que no podemos entender que hay “uso privado” cuando se ha realizado un número de reproducciones que claramente excede de lo que resulta razonable en el ámbito meramente privado o doméstico. Así aunque la Directiva no marca un límite máximo de reproducciones que pueden ser consideradas “privadas”, estaremos claramente fuera del ámbito de la excepción cuando no quepa en modo alguno presumir que las reproducciones han sido confeccionadas para uso privado de una persona física”¹⁷¹.

Apreciamos como no podemos delimitar la cantidad de reproducciones que realicen todos los usuarios, ya que ello dependerá de distintos factores que podrá diferencia a cada usuario de manera muy distinta, y dependerá de componentes como rango de edad, profesión, estilo de vida, ingresos económicos, entre otros.

Es innegable que personas con características distintas como algunas de las mencionadas, consumirán de forma diferente. En ese sentido, una persona profesional, con trabajo estable ganará mucho más que un estudiante que actualmente sólo tiene uno o dos dispositivos de reproducción a diferencia del profesional que por su misma profesión o preferencias, pueda contar con más de dos dispositivos de reproducción; por lo que el consumo de ambas personas será

¹⁷¹ Ídem. pp 44.

completamente distinto. Mientras el estudiante satisface “a medias” la reproducción en un solo dispositivo reproductor, el profesional no podrá satisfacer su necesidad y por el contrario se verá incentivado a infringir las normas de Derecho de Autor que sólo permiten una (01) reproducción.

Sin embargo, se coincide que una (01) sola reproducción no cumple con el fin de disfrutar el soporte para el cual se ha adquirido, y en el lado opuesto, realizar una cantidad innumerable de reproducciones que no puedan sustentar el uso razonable excede el ámbito de la copia privada. Una sola reproducción no es suficiente, ya que un estudiante con menos recursos que el profesional también podrá contar con otro(s) dispositivos(s) donde reproducir su música, como la PC de su casa.

2.7 DERECHO DE LOS AUTORES Y ¿DERECHO DE LOS USUARIOS?

En este punto es sumamente importante referirnos a la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, vigente desde el 2 de octubre del 2010, que tiene como uno de sus fines reducir las situaciones que pudieran generar conflicto entre los agentes económicos que participan en el mercado.

La presente Ley se aplica a todos los casos donde existe una relación de consumo celebrada o ejecutada en territorio peruano. Para que exista una

relación de consumo es necesaria la concurrencia de tres componentes que están ligados y deben analizarse de manera integral, debido a que la ausencia de uno determinará que no nos encontremos ante una relación de consumo. Estos tres componentes son: Consumidor o usuario, proveedor y un producto o servicio materia de una transacción comercial a cambio de una contraprestación económica.

De acuerdo a lo señalado en la Ley No. 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, se establece como consumidor a:

1.- Consumidores o usuarios

1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

Asimismo, se considera como proveedor a:

2.- Proveedores

Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa se consideran y no limitativa se considera proveedor a:

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.*

Productores o fabricantes.- *Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.*

Importadores.- *Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional (...)*

De igual forma establece que se entiende por producto, indicando que:

3.- Producto.- Es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, de origen nacional o no.

Apreciamos que de acuerdo a las definiciones contenidas en la Ley No. 29571, el supuesto desarrollado en la presente tesis se ajusta claramente a una relación de consumo amparada a través del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Identificamos en primer lugar que consumidor o usuario será aquella persona que adquiere un CD para el uso no comercial del mismo y en segundo lugar porque aquella adquisición es proporcionada a través de un proveedor. Entonces, en el supuesto desarrollado a lo largo de nuestra tesis no cabe duda que nos encontramos frente a consumidores y por ende aquel consumidor que adquiere de un proveedor un soporte material que contiene una obra protegida por Derechos de Autor será protegido por aquellas normas que se aplican a las situaciones donde se constata que existe una relación de consumo, es decir a la Ley No. 29571.

Asimismo, sobre la relación de consumo que debe existir entre consumidor y proveedor, mediante Resolución Final No. 159-2004-CPC, del 11 de febrero del 2004, se determinó que:

“(...) 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 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 servicio desde el fabricante hasta el consumidor final, en el territorio nacional. Si bien los integrantes de la cadena 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” (El subrayado es nuestro).

En ese sentido, aquella persona que adquiere un soporte material de un establecimiento comercial para su uso personal constituye un consumidor o usuario que establece una relación de consumo no sólo con el comerciante que le vendió el bien, si no que de acuerdo a lo indicado por la Resolución del INDECOPI, la relación de consumo será con todos los intervinientes en la cadena de producción del soporte material, es decir desde los productores fonográficos, pasando por los importadores, también por los distribuidores y finalmente por los comerciantes quienes ponen a disposición del público en sus locales comerciales los soportes para su compra.

Es preciso resaltar que en el caso motivo de investigación nos encontramos frente a un tipo de bien con la particularidad que tiene la cualidad de ser material e inmaterial al mismo tiempo, ello debido a que por un lado contamos con el CD, que es un soporte material tangible y por el otro lado con la obra que es un contenido inmaterial y sobre el cual recae toda la protección relacionada al Derecho de Autor mediante la cual se prohíbe al usuario alterar el contenido de la obra, así como realizar reproducciones.

En relación al análisis de la relación de consumo no se puede estudiar a este bien que es el CD solamente como un soporte material o inmaterial por separado, sino

que debe realizarse una evaluación conjunta de ambos pues sería absurdo pensar que una persona adquiere un CD de música con la intención de realizar la maximización del uso del soporte del CD dejando de lado el contenido que es lo más importante.

Ahora bien, sobre la incompatibilidad que existe entre la normativa de Derecho de Autor y la protección que ofrece a los consumidores la Ley No. 29571, encontramos a la copia privada. Consideramos un tema sumamente importante, y sobre todo necesario, el tener que distinguir cuales son los límites del Derecho de Autor, ya que realizando esta labor podremos dar paso a señalar los derechos de los usuarios a dar un uso adecuado del soporte adquirido.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor en el inciso b) de su primer artículo señala el: *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. (El subrayado es nuestro)*

A pesar de haber dejado claro que nos encontramos frente a una relación de consumo y que el usuario cuenta con el derecho de efectuar un uso adecuado del soporte adquirido, por otro lado tenemos a la normativa de Derecho de Autor que determina que la copia privada al ser una excepción al derecho patrimonial de reproducción del autor, el usuario no tiene derecho alguno a ir en contra de lo señalado por su normativa que impone la restricción en la cantidad de reproducciones que está facultado a hacer un usuario que ha adquirido legítimamente un soporte material a pesar de buscar un disfrute en su ámbito privado y que no buscan lucrar con la realización de copias adicionales. Sin embargo, a través de la copia privada el usuario sólo puede realizar una (01) reproducción del CD adquirido a través de una relación de consumo. En ningún momento se establece la posibilidad de un derecho a favor de los usuarios, es más, se niega esta posibilidad, aduciendo la exclusividad de los autores y titulares sobre el derecho de reproducción.

Dicho esto, podemos apreciar una sobre valoración en la protección del Derecho de Autor por encima de los intereses de los usuarios. Lo cual resulta ilógico y, hasta poco responsable el seguir dejando de la lado los intereses de los usuarios, ya que es en ellos en quienes repercute las principales consecuencias de dicha normativa.

Como ya se ha mencionado, uno de los objetivos del Derecho de Autor es poder encontrar un equilibrio con los intereses de la sociedad. Pero con este tipo de normativa en donde claramente se inclina la balanza a favor de los autores o titulares, dicho objetivo está muy lejos de ser alcanzado.

Por tal motivo, con el ánimo de encauzar nuevamente al Derecho de Autor y alcanzar el tan importante equilibrio con los intereses de la sociedad, vemos como un tema fundamental el distinguir cuales son los límites del Derecho de Autor, ya que realizando esta labor podremos dar paso a identificar los derechos de los usuarios para realizar un uso adecuado del producto adquirido.

Como hemos mencionado anteriormente, el Derecho de Autor tiene una visión “todista” de la reproducción y se brinda amplia exclusividad sobre ella a favor del autor o titular. Con lo cual, cualquier reproducción hecha sin la autorización previa del autor o titular infringe las normas de Derecho de Autor y, hasta es considerado como un delito por nuestro Código Penal.

Con lo mencionado se deniega totalmente la posibilidad que los usuarios puedan maximizar el uso de sus ejemplares legítimos. Con lo cual los titulares de los derechos pasarían a tener mayor injerencia en el cómo usar y disfrutar nuestros

propios CD's. Justamente, para no incurrir en absurdos como estos, es necesario definir límites.

Uno de estos límites sería la copia privada, ya que los usuarios buscan maximizar el uso de sus ejemplares a través de ella. Como ya hemos mencionado anteriormente en el punto 2.1 a través del análisis de varios estudios, la realización de estas copias no merma la economía de los titulares, ya que los mencionados usuarios ya adquirieron ejemplares legítimos de las obras, con lo cual resultaría ilógico y hasta abusivo imponerles la compra de un ejemplar legítimo por cada copia privada que pretendan hacer.

Asimismo, pretender establecer infracciones en relación a las reproducciones realizadas, es una visión que en la actualidad carece de vigencia. Señalamos esto debido a que la realidad tecnológica nos ofrece una gran variedad de dispositivos en los cuales podemos realizar reproducciones de nuestros ejemplares legítimos con la finalidad de maximizar su uso.

No sólo ello, el avance de la tecnología es determinante en la modificación de los distintos dispositivos que permiten ejecutar el soporte adquirido. En ese sentido, hoy podemos apreciar que muchos de los reproductores ya no cuentan con bandeja de CD's. La tendencia es utilizar sólo puertos USB o parlantes para

colocar dispositivos como Ipods, Iphones y demás reproductores, asimismo, vemos como incluso las Laptops de la marca Apple ya no cuentan con acceso a CD. Entonces, para hacer un uso adecuado del soporte adquirido tendré que traspasar el contenido del mismo a mis distintos dispositivos de reproducción y no por ello debo ser considerado un infractor de las normas de Derecho de Autor.

Julio Durand citando a Carnelutti señala que *“la formación de conceptos debe ajustarse a ciertas reglas y que la regla fundamental es la simetría”*. Esta propuesta llevada al campo de la Protección del Consumidor y más específicamente a la determinación conceptual de la relación de consumo, implica que todos los conceptos jurídicos y económicos creados a partir de resoluciones, precedentes o lineamientos del INDECOPI se ajusten o regulen con un orden lógico y que estén plenamente vinculados con lo que pasa en la sociedad, es decir, que recojan lo que sucede en la realidad actual a fin de no perder vigencia social, afectando el mercado y afectando paradójicamente al consumidor a quien se pretende proteger.”¹⁷²

El pretender seguir teniendo como eje central al derecho de reproducción como generador de infracciones, es tener una visión anacrónica y falta de ofrecer soluciones ante la realidad tecnológica.

¹⁷² DURAND CARRIÓN, Julio Baltazar. *Tratado de derecho del consumidor en el Perú*. Fondo Editorial Universidad de San Martín de Porres. Lima 2007. Pp. 226-227.

En ese mismo sentido, el realizar copias privadas no afecta a los autores y/o titulares, ya que la utilidad que se les da no es comercial. Por el contrario, el afianzar un derecho de copia privada fortalecería el enfoque de equilibrio del cual hablamos pues se estaría ajustando a la realidad.

Para hablar de equilibrio se debe entender que hay un contrapeso similar entre ambas fuerzas, lo cual actualmente no existe, ya que la balanza se inclina a favor del autor. Si por el contrario, se afirma la existencia de un derecho de copia privada a favor de los usuarios, las expectativas de los usuarios estarían salvaguardadas, debido a que la maximización del uso de sus ejemplares quedaría protegida por este derecho. Lo cual traería como principal consecuencia que los usuarios vuelvan a tener “el peso” y la importancia necesaria para poder equipararse con los intereses de los autores y de esta forma lograr un equilibrio entre ambas fuerzas.

Como se puede observar, para estar acorde con los fundamentos del Derecho de Autor no basta con tener simples excepciones. Para lograr el tan mencionado equilibrio, necesitamos delimitar el Derecho de Autor para poder dar paso al derecho de los usuarios.

En relación con el derecho de copia privada, como todo derecho también deberá tener límites, y estos estarán relacionados con los derechos de distribución del autor o titular. Es decir, el derecho de copia privada a favor de los usuarios podrá realizarse, siempre y cuando, no se afecte el normal sistema de distribución de la obra establecido por el autor o titular de la misma.

2.8 MECANISMO TECNOLÓGICO DE PROTECCIÓN

Apreciamos como va surgiendo con mayor fuerza la necesidad de adaptar el Derecho de Autor a la realidad, y ello se acentúa aún más con la aparición de los Mecanismos Tecnológicos de Protección (en adelante MTP). Al respecto, y para situarnos con mayor detalle, será necesario que realicemos una breve pero necesaria definición de que es lo que se entiende por mecanismos tecnológicos de protección.

Las medidas tecnológicas de protección son aquellos dispositivos y/o mecanismos informáticos que permiten a los titulares del Derecho de Autor y/o derechohabientes controlar el acceso a sus obras, así como el uso de las mismas impidiendo actos de explotación.

Horacio Fernandez Delpech define a las medidas tecnológicas de protección como:

“Sistemas informáticos cuya función es controlar y, en caso que sea necesario, impedir o restringir el uso en Internet de obras intelectuales protegidos por derechos de propiedad intelectual. Las medidas tecnológicas son entonces la respuesta al intento de violar el derecho de propiedad intelectual de los autores y editores sobre sus obras (...)”¹⁷³.

Como se ha ido desarrollando a lo largo de la presente tesis, los mecanismos tecnológicos de protección surgieron justamente por la desventaja en la que se encontraban los autores al no poder controlar la cantidad de copias que se realizaban del soporte que contiene su obra. Es entonces necesario conocer y entender sobre que nos referimos cuando hablamos de los MTP.

2.8.1 Definición y tipos de Medidas Tecnológicas de Protección.

Las Medidas Tecnológicas de Protección, son aquellas medidas tecnológicas especializadas en prevenir las futuras infracciones que se cometerán al momento

¹⁷³ FERNANDEZ DELPECH, Horacio. *Medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual en Internet - los actos elusivos – la protección jurídica contra la elusión*. Consulta: el 27 de marzo de 2013. Congreso MERCOSUR de derecho informático. Córdoba, 2006. pp. 6 <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/MEDIDAS%20TECNOLOG.DE%20PROTECCION-MERCOSUR.pdf>.

de reproducir o acceder al contenido de un soporte que se encuentra protegido por el Derecho de Autor.

Al respecto, podemos apreciar que nos encontramos ante dos tipos de MTP, por un lado tenemos a las medidas tecnológicas que buscarán proteger el acceso al contenido de un soporte protegido por el Derecho de Autor; y por otro lado tenemos las medidas tecnológicas que buscan proteger la cantidad de reproducciones que se realiza de un soporte también protegido por el Derecho de Autor.¹⁷⁴

Podemos apreciar dicha clasificación también descrita por Álvaro Díaz cuando señala:

“Hay dos tipos de MTP:

- *MTP que controlan el acceso a contenidos disponibles en CD, DVD, Internet u otra red digital (...)*
- *MTP que controlan el ejercicio de los derechos, restringiendo la copia, la distribución digital, la comunicación al público y la radiodifusión (...)*¹⁷⁵.

¹⁷⁴ La doctrina clasifica las medidas técnicas de protección de las obras en dos categorías:

1. Las que controlan el acceso a las obras.
2. Las que controlan la utilización de las obras.

RODRIGUEZ MORENO, Sofía. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. pp 134.

¹⁷⁵ DIAZ, Álvaro. *América Latina y el Caribe. La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. CEPAL. Santiago de Chile. 2008. pp 60.

En primer lugar las MTP que protegen el acceso a la obra, se caracterizan por restringir el acceso al contenido que no cuenta con autorización del autor. Dichas medidas desde el inicio ya se encuentran instaladas en el aparato de reproducción, es decir, forman parte del reproductor al momento que lo compramos. Tal es el caso de aquellos aparatos de reproducción como lo son los DVD player, por dar un ejemplo, que no permiten la lectura de un DVD pirata, sino únicamente los originales. Entonces, no nos encontramos en el caso en que se impide la reproducción, como es el supuesto que detallaremos más adelante, sino que la MTP en mención impedirá desde un inicio que podamos acceder al contenido de un soporte que no cuenta con la autorización del autor o sus derechohabientes.

La segunda medida tecnológica de protección, es aquella que si permite acceder al contenido de un soporte protegido por el derecho de autor debido a que se ha adquirido de manera legítima, sin embargo, no permitirá realizar más de un determinado número de copias que ha sido previamente determinado de manera unilateral por el autor. Tal es el caso de los CD's que contienen una MTP y sólo permiten una reproducción.

Como indica Ignacio Garrote Fernández-Díez, la facultad de determinar la cantidad de reproducciones recae en los autores y sus derechohabientes quienes

de manera previa y unilateral determinaran a su mejor parecer la cantidad de copias que puede realizar un usuario.¹⁷⁶

Encontraremos que las medidas tecnológicas de protección justamente se caracterizan por las herramientas tecnológicas digitales que se aplican para impedir el acceso o la reproducción. Del mismo modo, pero incluyendo otro término: “Protección Contra Copia” que hace referencia Joaquín Adiego Rodríguez en su artículo Problemática Informática de la Protección de Obras Digitales Protegidas, donde señala que:

“La protección contra copia también se denomina “protección de contenidos”, “prevención de copia” y “restricción de copia”. En cualquier caso estamos hablando de una tecnología para la prevención de la reproducción de software con derechos de autor, películas, música y otros documentos digitales”¹⁷⁷.

Apreciamos entonces como las MTP pueden aplicarse a distintos supuestos, tales como aquellas medidas que impiden el acceso, o las que restringen el número de reproducciones.

¹⁷⁶ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio. *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Comares, Granada, 2010. pp 108. “El tenor literal de la Directiva se refiere muy claramente a que no se puede “expropiar” a los titulares la facultad que tienen de controlar su propiedad intelectual, fijando ellos mismos el número máximo de reproducciones que quieren autorizar en concepto de copia privada cuando un estado miembro decide “garantizar” esta excepción en su legislación nacional”.

¹⁷⁷ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. JAVATO MARTÍN, Antonio María. *La Propiedad Intelectual en la Era Digital. Límites e Infracciones a los derechos de autor en Internet*. Grupo Wolters Kluwer. España, 2011. pp 43.

De lo expuesto debemos precisar que, nuestra tesis se refiere únicamente a aquellas MTP en el ámbito digital Offline que impiden la reproducción. Cuando nos referimos al ámbito Offline, nos referimos únicamente a las MTP que serán insertadas en los soportes físicos que permiten la reproducción, más no a aquellas reproducciones que se realizan de manera Online, es decir a través de conexiones en línea por internet.

Asimismo, como se indicó en un inicio, las medidas tecnológicas de protección son aquellas medidas tecnológicas digitales especializadas en prevenir infracciones de reproducción o acceso al contenido de un soporte que se encuentra protegido por el Derecho de Autor. La distinción entre los tipos de medidas tecnológicas de protección al que hacemos referencia, también la evidencia N. Wiegand quien es citado por José González de Alaiza Cardona en su libro *La Copia Privada sus fundamentos y tratamiento en el entorno digital*, señalando lo siguiente:

“(…) He distinguido entre medidas tecnológicas que controlan el acceso a las obras y aquéllas que controlan la realización de actos de exteriorización, entre las que cabe destacar por su importancia práctica las que impiden la reproducción para fines privados”¹⁷⁸.

¹⁷⁸GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José. *La Copia Privada sus fundamentos y tratamiento en el entorno digital*. Comares. Granda, 2008. pp 89.

Del mismo modo, Wilson Ríos Ruiz en su artículo Régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor, señala que:

“Las medidas tecnológicas de protección buscan proteger dos flancos: por una parte, existen los mecanismos que restringen el acceso a la obra, a la interpretación o ejecución o al fonograma; y los que restringen la realización de ciertos actos, entre ellos llevar a cabo reproducciones relacionadas con la obra, la interpretación o ejecución del fonograma”¹⁷⁹.

Dichas medidas son insertadas por el autor o sus derechohabientes por una decisión unilateral por parte de estos, debido a aquella supuesta desventaja en la que se encuentran los autores al no recibir una retribución acorde con el uso que se da de su obra. Desventaja que consideramos cuestionable por los argumentos expuestos a lo largo de la presente tesis, debido a que cuentan con la potestad de incorporar estos mecanismos de auto tutela de sus obras. Sin embargo, se suele considerar como el origen por el que surgen las MTP.

2.8.2 Efectividad de las Medidas Tecnológicas de Protección.

Cuando nos referimos a este punto, los términos eficacia o efectiva para catalogar a las MTP suelen mencionarse indistintamente. Según la Real Academia Española, eficacia significa capacidad de lograr el efecto que se desea o se

¹⁷⁹ RIOS RUIZ, Wilson R. *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Temis. Bogotá, 2009. pp 144.

espera. Asimismo, efectividad según la Real Academia Española es considerado como realidad, validez¹⁸⁰.

Previo a ello, debemos precisar que de acuerdo a lo señalado en el numeral 51) del artículo 2° del Decreto Legislativo No. 822, se establece el término efectiva para referirse a las medidas tecnológicas. Al respecto, dicho numeral establece que:

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

De lo normado en el artículo descrito en el párrafo anterior, apreciamos como la MTP es descrita en este caso como una medida tecnológica efectiva. Sin embargo, apreciamos que en la descripción sólo se señala lo que es una medida de protección, más no menciona más allá a lo que se refiere con efectiva.

La normativa nacional otorga a los autores y sus derechohabientes la facultad de incorporar mecanismos que le permitan protegerse contra las potenciales reproducciones ilegales que se realicen sin su consentimiento expreso. Dichos

¹⁸⁰ Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Consulta: el 13 de setiembre de 2012. <http://lema.rae.es/drae/?val=efectividad>.

mecanismos deben contener necesariamente la característica de efectiva para ser considerada como una medida que cumple con su propósito de impedir las reproducciones no autorizadas.

Al respecto, podemos apreciar que el artículo 38° del Decreto Legislativo No. 822, establece que: *“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 autorizada de la obra”.*

En ese sentido, en función al análisis que se debe realizar de lo descrito en numeral 51) del artículo 2° del Decreto Legislativo No. 822, estos mecanismos de autotutela que gozan los autores deben ser efectivos para poder ser amparados por recursos legales y protegidos por la Ley sobre Derechos de Autor. Es decir, se debe solicitar que estos mecanismos de autotutela no sean de fácil burla por cualquier usuario que no cuenta con conocimientos profesionales para saltar esta barrera de seguridad efectiva que imponen los autores.

Al respecto, Horacio Fernández Delpech, precisa como una de las características fundamentales que toda medida tecnológica debe tener es que sea eficaz:

“Debo destacar también cuatro aspectos que, en mi opinión, las medidas tecnológicas de protección deben contemplar para ser válidas y obtener entonces la protección de la ley.

Me refiero a que toda medida tecnológica debe ser eficaz o efectiva. La medida tecnológica que puede ser violada por cualquiera no es eficaz y consecuentemente no es válida ni debe obtener la protección legal. Tal criterio es tomado tanto por los Tratados Internet como por la Directiva Europea”¹⁸¹.

2.8.3 Prohibición de eludir Medidas Tecnológicas de Protección Efectivas.

Podemos apreciar que la Ley No. 29263, Ley que modifica diversos artículos del Código Penal, sigue la línea de lo antes establecido en la Ley Sobre el Derecho de Autor en el numeral 51) del artículo 2º, ya que se modifica el artículo 220-A del Código Penal en el que se refería a elusión de medidas tecnológicas, más no se hacía mención de la característica efectiva como se establece ahora:

“Artículo 220-A.- Elusión de medida tecnológica efectiva

El que con fines de comercialización u otro tipo de ventaja económica, eluda sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva que utilicen los productores de fonogramas, artistas, intérpretes o ejecutantes, así como los autores de cualquier obra protegida por derechos de propiedad intelectual, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y de diez a sesenta días multa.”

¹⁸¹FERNANDEZ DELPECH, Horacio. *Medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual en Internet - los actos elusivos – la protección jurídica contra la elusión.* pp 4. Consulta: el 27 de marzo de 2013. <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/MEDIDAS%20TECNOLOG.DE%20PROTECCION-MERCOSUR.pdf>

La elusión de medidas tecnológicas efectivas también se establece en el artículo 196-A del Decreto Legislativo No. 1076¹⁸². En dicho artículo se establece que serán sancionados, en primer lugar quienes eludan sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos., y en segundo lugar a quienes fabriquen, importen, distribuyan, ofrezcan al público, proporcionen de otra manera comercialicen dispositivos, productos o componentes, u ofrezcan al público o proporcionen servicios. Entonces, apreciamos como nuestra normativa sanciona no sólo la fabricación, importación o distribución de dispositivos que hagan posible el acto de eludir las MTP, sino que también sancionará a todo aquel que eluda sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva, es decir, sancionará también al usuario.

¹⁸² “Artículo 196-A.- Elusión de medidas tecnológicas efectivas

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

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

Siguiendo con lo desarrollado, apreciamos que nuestro ordenamiento sobre Derecho de Autor, si bien realiza una definición de medida tecnológica y se especifica el término efectivo, no profundiza al respecto, no establece un criterio de efectividad, por lo que de acuerdo a lo regulado cualquier medida de protección, sea realmente efectiva o no, será amparada por el Derecho de Autor. Aquí es importante detenernos y apreciar que no se toma en consideración a los usuarios que pueden verse afectados con medidas que no cumplan con la dificultad que debe caracterizarlas. Ello debido a que podrá atribuírsele al usuario la elusión de una medida de protección cuando está en ningún momento ha sido efectiva, ya que dicho usuario no realizó mayor esfuerzo para vulnerarla, sino que simplemente ejecutó el soporte y pudo producirse una infracción.

Es en este punto podemos corroborar lo difícil que resultaría hablar de una real protección efectiva. Al respecto, Jorge Córdova Mezarina indica:

“(...) 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 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 servicio¹⁸³. (El subrayado es nuestro)

En ese sentido, consideramos que nuestra normativa debería centrar la sanción a los proveedores y demás sujetos que distribuyen los mecanismos que permiten el acto de eludir MTP y no contra los usuarios, que en muchos casos no tendrán siquiera la intención de eludir alguna medida de protección, pero que al nuestro ordenamiento contemplar que cualquier medida tecnológica de protección pueda considerarse efectiva porque no se establece un criterio que determine que se entiende por efectivo, dicho usuario termine siendo castigado.

Haciendo un paréntesis para apreciar como es regulada la elusión de medidas tecnológicas de protección en Estados Unidos, es preciso citar al autor Freud Von Lohman en su artículo publicado por la página web Electronic Frontier Foundation, quien indica que en la práctica, las disposiciones contra la elusión se han utilizado para reprimir una amplia gama de actividades legítimas. Entre ellas se pondría en riesgo el uso justo por parte de la DMCA, para lo cual indica:

“(...) By banning all acts of circumvention, and all technologies and tools that can be used for circumvention, the DMCA grants to copyright owners the power to unilaterally eliminate the public's fair use rights. Already, the

¹⁸³ *Ibíd.* pp 24 – 25.

*movie industry's use of encryption on DVDs has curtailed consumers' ability to make legitimate, personal-use copies of movies they have purchased*¹⁸⁴.

Se considera entonces, como a través de esta imposición de MTP y consecuentemente la prohibición de eludirlas se estaría eliminando unilateralmente los derechos de uso justo que tiene la sociedad. El término uso justo es un término del derecho anglosajón, que no se aplica en nuestro ordenamiento, sin embargo, nuestra normativa si establece el necesario equilibrio entre el derecho de autor y el de la sociedad. Por medio del uso justo se establece el derecho que tiene el público, sin pedir permiso, de utilizar las obras protegidas por el derecho de autor con fines personales y no comerciales, de manera que no interfiera indebidamente con derechos inherentes de los autores. Al respecto, en el artículo se señala expresamente:

““Fair use” is a crucial element in American copyright law—the principle that the public is entitled, without having to ask permission, to use copyrighted works in ways that do not unduly interfere with the copyright owner's market for a work. Fair uses include personal, noncommercial uses, such as using a VCR to record a television program for later viewing. Fair use also includes activities undertaken for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship or research.

¹⁸⁴ VON LOHMAN, Freud. Unintended consequences: Twelve years under the DMCA” Revisado en la página web Electronic Frontier Foundation. <https://www.eff.org/wp/unintended-consequences-under-dmca>. Consultado el 10 de febrero de 2014.

We are entering an era where digital content—including e-books and video—is "copy-protected" and otherwise restricted by technological means. Whether scholars, researchers, commentators and the public will continue to be able to make legitimate fair uses of these works will depend upon the availability of tools to bypass these digital locks.

The DMCA, however, prohibits the creation or distribution of these tools, even if they are crucial to fair use (...)"¹⁸⁵.

Sin embargo, tenemos por otro lado la apreciación de la autora Delia Lipszyc, quien indica que las MTP efectivas no deberían estar dirigidas para los usuarios, pues señala que la Digital Millenium Act (DMCA) toleraría que los usuarios eludan las MTP por sí mismos. Al respecto señala:

"La DMCA tutela bastante más la facultad de 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 su 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"¹⁸⁶. (El subrayado es nuestro)

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ LIPSZYC, Delia. Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos. UNESCO-CERLAC-ZAVALLIA, Buenos Aires. 2004. pp. 169

Siguiendo con la necesidad de la característica de efectividad para las medidas tecnológicas, indica Wilson Ríos Ruiz, la efectividad de las MTP ha sido estipulada por Estados Unidos al celebrar distintos Tratados de Libre Comercio, donde indica que:

“Medida Tecnológica efectiva significa cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución, fonograma u otro material protegido, o proteja un derecho de autor u otros derechos conexos y que no pueden, de manera usual, ser eludidos accidentalmente”¹⁸⁷.

Apreciamos como la característica de que no debe ser eludido accidentalmente es importante, ya que se busca que la MTP no sea vulnerada con facilidad por el usuario. El objetivo de insertar una medida tecnológica de protección es justamente impedir el acceso o la reproducción de determinada obra protegida por el Derecho de Autor, sin embargo, se debe tener en consideración que se refiere a impedir aquella posibilidad de realizar una reproducción de manera fácil y sin esfuerzo por cualquier usuario.

De igual forma, constatamos que en el libro La Propiedad Intelectual en la Era Digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet, los autores

¹⁸⁷ RIOS RUIZ, Wilson R. *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Temis. Bogotá, 2009. pp 150.

establecen que el objetivo de la protección contra copia es impedir la copia casual, tal como lo señalan:

“(...) un individuo con determinación, tiempo suficiente y recursos adecuados tendrá éxito en la copia de cualquier contenido digital. La industria de los medios conoce esta situación, y el objetivo de introducir la protección contra copia no está destinado a impedir las copias no autorizadas de profesionales, sino más bien para detener la <copia casual>”¹⁸⁸.

Entonces, de lo expuesto se desprende que existirán MTP que no serán consideradas como eficaces por no cumplir con el requisito de cierto grado de complejidad para evitar la elusión accidental y/o fácil. En ese sentido, dichas medidas no deberían ser consideradas por la normativa como una MTP que merezca ser cumplida por el usuario, ya que inevitablemente será eludida sin mayor esfuerzo e incluso sin la intención de sobrepasarla.

De lo descrito podemos apreciar que estas barreras impuestas con las MTP tienen una doble función: Por un lado y en primer lugar encontramos la barrera técnica que es la facultad que otorga a los autores el artículo 38° del Decreto Legislativo No. 822, de implementar medidas tecnológicas de protección, y en segundo lugar nos encontramos ante una barrera legal que a través tanto del artículo 196-A del

¹⁸⁸ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. JAVATO MARTÍN, Antonio María. La Propiedad Intelectual en la Era Digital. Límites e Infracciones a los derechos de autor en Internet. Grupo Wolters Kluwer. España, 2011. pp 50

Decreto Legislativo 1076, así como en el numeral 51) del artículo 2° del Decreto Legislativo No. 822 y la Ley No. 29263, Ley que modifica diversos artículos del Código Penal, que modifica el artículo 220-A del Código Penal en el que se refiere a elusión de medidas tecnológicas, busca desincentivar sobrepasar dichas medidas.

Al respecto, indica Horacio Fernandez:

“(...) Se trata de dos soluciones distintas y complementarias entre sí, la primera de carácter técnico tiende a proteger a la obra, y la segunda, de carácter jurídico y que es complementaria de la primera, trata de dar una protección no ya técnica sino jurídica frente al acto violatorio o elusivo de la protección técnica”¹⁸⁹.

Entonces, apreciamos como la misma normativa tiene claro que dichas MTP por más eficaces que sean pueden ser vulneradas eventualmente, de acuerdo al avance de la tecnología, ya que por la evolución de la tecnología se van a ver desfasadas en algún momento y ante ese caso se imponen normas para desincentivar la elusión de las medidas tecnológicas de protección.

En ese sentido, la regulación que estaría llamada a estar acorde con el avance tecnológico, desde un inicio da a notar que las medidas que está imponiendo

¹⁸⁹ FERNANDEZ DELPECH, Horacio. *Medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual en Internet - los actos elusivos – la protección jurídica contra la elusión.* pp 5. Consulta: el 27 de marzo de 2013. <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/MEDIDAS%20TECNOLOG.DE%20PROTECCION-MERCOSUR.pdf>

legislativamente no son las más adecuadas, ya que desde el principio se está infiriendo que la tecnología va evolucionar en algún momento y las MTP van a quedar desfasadas.

Sin embargo, como introducimos en párrafos anteriores, es preciso resaltar que al otorgarle la potestad a los autores y sus derechohabientes de implantar medidas tecnológicas de protección, se estaría sobrevalorando nuevamente el Derecho de Autor, ya que con la incorporación de las MTP se puede desequilibrar el propósito por el cual fue impuesta la copia privada, que es justamente impedir el control absoluto de los autores.

Reiteramos, al otorgar facultades a los autores y sus derechohabientes para que incorporen medidas tecnológicas de protección en los soportes se les estarían otorgando mayor poder al sector privado para que siga disponiendo de su facultad de control.

Asimismo, es probable que con el mismo avance tecnológicos dichas medidas de protección puedan ser vulneradas con el tiempo, ya que la aparición de nuevos mecanismos que serán creados e incorporados por las nuevas tecnologías permitirá que incluso en los mismos dispositivos de reproducción que salgan al mercado incluyan formas de evadir las medidas tecnológicas de protección

incorporadas anteriormente. Entonces, nos encontraremos en un círculo vicioso donde se incorporaran medidas de protección que serán eludidas posteriormente con otros dispositivos de reproducción. Sobre este punto, Nancy Matos indica:

“(…) De otro lado, encuentra que la colocación de barreras técnicas que desarrollan las firmas para protegerse, estimula una nueva innovación que permite violar la protección; se genera así una cadena de innovaciones negativas que no producen bienes a la sociedad, sino que incrementan los costos de la firma y reducen la utilidad del consumidor”¹⁹⁰.

Una vez más volvemos a apreciar que la parte más afectada con la incorporación de estas medidas serán los usuarios, quienes deberán asumir el costo que implicará adquirir soportes que luego no podrán disfrutar plenamente.

2.9 FACULTAD DE INCORPORAR MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN VS DERECHO DE LOS CONSUMIDORES


Consideramos que la presencia de medidas tecnológicas de protección constituye una restricción al derecho del consumidor o usuario a usar, disfrutar y maximizar el soporte adquirido.

¹⁹⁰ MATOS REYES, Nancy. *La piratería ¿problema o solución?* Universidad Esan. Lima, 2006. pp 40.

El fin de incorporar una medida tecnológica de protección es justamente para desincentivar las reproducciones ilegales, aquellas reproducciones que claramente serán realizada por personas no autorizadas, los denominados piratas, ya que por el contrario las copias ilegales no pueden ser realizadas por usuarios legítimos que han adquirido un soporte original pues ellos realizarán una copia privada que es legalmente permitida.

Sin embargo, la realidad nos muestra que estos dispositivos anti copia que son incorporados para desincentivar la reproducción ilegal o para que no sea colgado en la web, igual van a ser sobrepasados por estas personas que buscan justamente vulnerar el sistema anti copia para cumplir con sus propósitos. Entonces, apreciamos que la incorporación de las medidas tecnológicas de protección a quienes perjudican realmente es al usuario que tiene el derecho a la copia privada, es decir a realizar una copia legítima.

Entonces, apreciamos claramente como la incorporación de MTP estaría restringiendo el ejercicio de la excepción de copia privada, por ello consideramos que no se debería seguir autorizando la inclusión de dispositivos anti copia que finalmente a quien perjudica es al usuario.

A large, faint watermark of the university's logo is centered on the page, featuring the Latin motto "ET LUX IN TENEBRIS LUCET" and the year "MCMXXVII".

CAPÍTULO III

POTENCIALES SOLUCIONES: PROPUESTA DE

REGULACIÓN

3.1 CONSIDERACIONES A TOMAR EN CUENTA PARA UNA DEFINICIÓN DE COPIA PRIVADA.

Como hemos venido desarrollando a lo largo de la presente tesis, es claro que nosotros apostamos por una definición de copia privada en la que se establezca claramente que es lo que se entiende por uso privado, debido a que no hay una definición clara que nos permita determinar sobre que entendemos cuando hablamos de uso privado.

En ese sentido, consideramos que uso privado debe entenderse como aquella maximización del uso de un soporte para beneficio propio, cuyo disfrute puede ser compartido con personas de nuestro entorno familiar. Sin embargo, debe quedar establecido que aquel acto de compartir no debe ser entendido como una potestad a favor del usuario para distribuir ejemplares de la obra del autor a su entorno familiar, debido a que de incurrir en ese acto se estaría contraviniendo el derecho de distribución exclusivo de los autores y/o derechohabientes.

Juan José Marín López plantea una dificultad con la interpretación de la expresión uso privado, una dificultad que gracias a nuestra Ley No. 28131, nosotros no afrontamos debido a que dicha Ley deroga lo que se refiere a copia personal que

era tratado por el Decreto Legislativo No. 822. Al respecto, Juan José Marín López señala:

“Se mantiene la exigencia de que la copia sea para “uso privado”, tal como ya sucede en la actualidad. No obstante, la expresión “uso privado” plantea una dificultad, pues admite al menos dos opciones interpretativas: (1) una interpretación estricta, conforme a la cual el “uso privado” de la copia permitido por el precepto es únicamente el realizado por la persona física que hace la copia; y (2) una interpretación más amplia, conforme a la cual el “uso privado” de la copia puede ser realizado no sólo por la persona física que la hace, sino también por personas pertenecientes a su círculo familiar más íntimo”¹⁹¹.

Como hemos desarrollado previamente, nuestra normativa nacional estableció en un inicio a través del Decreto Legislativo No. 822, el carácter personal de la copia privada, el que era considerado exclusivamente para el propio uso de un individuo. Sin embargo, a través de la Ley No. 28131, aquel carácter personal quedó derogado por el uso privado. Que si bien no se ha cumplido en precisar que es lo que se entiende por aquel concepto como si se hizo con el término uso personal, se entiende que aquel uso personal ha quedado derogado por contravenir lo dispuesto en la Ley posterior que hace referencia al uso privado que claramente es un entorno más amplio al uso personal. En ese sentido, el primer supuesto

¹⁹¹ MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSE. *Derecho de autor, copia privada y derecho de remuneración. Experiencia en Europa. Jornadas de derecho de autor organizadas por la OMPI en cooperación con el Instituto nacional de derecho de autor de México*. OMPI/DA/MEX/05/3. México DF, 2005. pp 12.

señalado por Juan José Marín López no sería aplicable en nuestra normativa por haber quedado derogada dicha característica con la Ley No. 28131. Siendo la interpretación más amplia la que prevalece.

Asimismo, la copia privada también limita a la reproducción en un solo ejemplar. Aquella restricción de realizar una (01) sola copia vulnera el derecho de maximizar el bien del que es propietario cada usuario, debido a que se impide que se obtenga el mayor beneficio del soporte que se ha adquirido legítimamente y del que se debería poder maximizar para que los soportes no caigan en desuso justamente por el avance tecnológico que nos trae la nueva tecnología de audio y la tecnología en general.

De igual forma, no consideramos oportuno señalar un número determinado de copias que puedan realizarse, ya que como es de conocimiento, cada usuario tiene usos distintos y lo que para un usuario pueda resultar suficiente contar con dos copias, es más que probable que para otro usuario cuatro copias le sean insuficientes, debido a que cuenta con más aparatos de reproducción donde almacenar sus copias y donde pueda disfrutarlas en distintos momentos de acuerdo a sus necesidades y/o actividades. Sin mencionar lo extremadamente difícil que resultaría controlar la cantidad de copias que se realizan. Es decir caeríamos en el mismo supuesto que hoy no es posible de ser cumplido.

Con ello no insinuamos que la cantidad de copias permitidas deban ser ilimitadas, aunque también podríamos indicar que ello no tendría por qué ser considerado perjudicial per se, debido a que el usuario no podrá saber a ciencia cierta cuantas copias privadas necesitará a lo largo de su vida, ello debido a que no podrá determinar cuál es el tiempo de vida útil de cada aparato de reproducción, con lo cual se vería en la necesidad de volver a realizar reproducciones en un nuevo aparato de reproducción. Sin embargo, **es importante tener en consideración que todo ello será posible mientras se respete ciertos límites como sería el no atentar contra el requisito fundamental de no lucrar con las mismas y respetar el derecho de distribución con el que cuentan exclusivamente los autores y/o derechohabientes.** En ese sentido, mientras se respete aquel ámbito no comercial de la copia privada, se dedique únicamente a el ámbito privado, es decir se realicen copias de acuerdo a las necesidades de los usuarios en distintos aparatos con los que cuenta y con los que contará en el futuro, y se respete los canales de distribución con los que cuentan los autores y/o derechohabientes, no tendría porque considerarse que se está atentando contra el Derecho de Autor y/o sus derechohabientes.

Para comprender lo estipulado en el párrafo anterior, se debe entender la perspectiva que formulamos previamente donde consideramos a la copia privada ya no como una excepción, si no como un límite al Derecho de Autor y con ello la

aparición del derecho de los usuarios, como un requisito fundamental para “equilibrar la balanza”. En ese sentido, el único límite a aquel derecho de los usuarios sería no ir en contra del derecho de distribución exclusivo de los autores.

La actual normativa sobre copia privada no se ajusta a lo razonable y es sumamente necesario revertir dicha situación. Consideramos necesario que se empiece por tener en cuenta no sólo a los autores y las grandes compañías que se encuentran detrás de ellos, sino también a aquel sector social igual de importante como lo son los usuarios.

Al respecto, Antoni Farrriols señala lo siguiente:

*“Los derechos de autor no son ni más ni menos importantes que, en este caso, los derechos de los consumidores. El gobierno no puede ampararse en los derechos de creación para olvidarse de los otros y, mientras tanto, seguir con el actual modelo industrial relacionado con la cultura, que está anclado en el pasado y que cada día que pasa, hace más difícil su necesaria revisión”*¹⁹². (El subrayado es nuestro)

Asimismo, María Martín-Prat, sobre la presencia de un derecho del consumidor señala que se ha creado una percepción de que:

¹⁹² FARRIOLS, Antoni. *La Ley de Propiedad Intelectual quebranta Derechos de los Consumidores*. Claridad. España, 2006. pp 68.

“(…) Ya no estamos hablando de una limitación a un derecho exclusivo, sino de un derecho del consumidor”¹⁹³. (El subrayado es nuestro)

Consideramos que no se debe seguir restringiendo injustificadamente a los usuarios y se debe buscar garantizar un justo equilibrio entre los intereses de los autores y el derecho de los usuarios en maximizar el uso de sus soportes. Aún si se tratase a la copia privada como una excepción al Derecho de Autor no se estaría respetando el principio del equilibrio que debe existir entre ambos derechos. Sobre ello, Llanos Cabedo Serna señala que:

“Concluyendo con esta cuestión, entendemos que, al permitir sólo una reproducción, el legislador español no respeta el principio de equilibrio que debe existir entre derechos exclusivos del autor y otros titulares e intereses de los consumidores”¹⁹⁴. (El subrayado es nuestro)

En ese sentido, consideramos que se debe garantizar la realización de más de una copia sustentando no sólo en el derecho del usuario, sino que el innegable avance tecnológico lo exige.

¹⁹³ MARTÍN-PRAT, María. *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Mesa Redonda: La Copia Privada Digital*. En: Revista de Internet, Derecho y Política. pp 38. FUOC. Barcelona, 2005. <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>

¹⁹⁴ LLANOS CABEDO, Serna. “*Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales*”. En: *Limites a la propiedad intelectual y las nuevas tecnologías. Incidencias por la ley 23/2006 de 7 de julio*. Dykinson. Madrid, 2008. pp 90.

Finalmente, consideramos excesiva la imposición de una compensación por copia privada que simplemente no se podrá realizar por las siguientes razones: En primer lugar, si entendemos a la copia privada como se viene haciendo hasta el día de hoy, es decir como una excepción al Derecho de Autor, con la restricción de una sola reproducción e incluso con la potestad de incorporación de medidas tecnológicas de protección se restringe desde un inicio la posibilidad de obtener mayor cantidad de copias para el uso propio y con ello el perjuicio del autor no sería aplicable.

Sobre la restricción que hacemos mención al tenerse la potestad de incorporar medidas tecnológicas de protección, Llanos Cabedo Serna, indica que dentro de los argumentos a favor del punto de vista de los consumidores, que:

“Se mantiene que un sistema anticopia vulnera el derecho de los consumidores a la copia privada ya que dichas medidas impiden el ejercicio de tal derecho”¹⁹⁵. (El subrayado es nuestro)

En ese sentido, al existir una gran cantidad de obras que se encuentran protegidas con estas medidas tecnológicas de protección que limitan y hasta impiden la reproducción de ellas, se estaría exigiendo pagar una compensación de una copia que en muchos casos ni siquiera podrá realizarse.

¹⁹⁵ Ídem. pp 69-70.

En segundo lugar, si entendemos a la copia privada como postulamos en la presente tesis, es decir como un límite al Derecho de Autor y con ello el protagonismo también del derecho de los usuarios, la imposición de compensación por copia privada caería por sí solo, debido a que al ser un derecho de los usuarios no cabría compensar a los autores.

3.2 PROPUESTA DE REGULACIÓN

De acuerdo con lo expuesto a lo largo del presente capítulo queda clara que la regulación actual de nuestra normativa sobre Derecho de Autor no es la más adecuada, ya que no se ajusta con la realidad y se aleja mucho del equilibrio que debería tener con los intereses de la sociedad.

Por tal motivo, como consecuencia de lo anteriormente expuesto, queremos esbozar una propuesta de regulación que estará más acorde con la realidad y le devolverá en parte el equilibrio que nuestra actual norma dejó de tener frente al interés de la sociedad.

En primer lugar, al artículo 2º del Decreto Legislativo No. 822 se le debería agregar el concepto de *Uso Privado*:

Uso Privado: Reproducción u otra forma de utilización de la obra de otra persona que será realizada por un individuo dentro de su ámbito familiar. Dicho uso podrá ser propio del usuario, así mismo, el disfrute puede ser compartido con las personas que conformen su ámbito familiar. Dicho acto de compartir no debe ser entendido como una potestad del usuario para poder distribuir copias en su entorno familiar, ya que de hacerlo estaría vulnerando el derecho exclusivo del autor o titular.

Ámbito Familiar: Conjunto o grupo de personas con las cuales un individuo convive en la misma casa habitación.

Finalidad Comercial: Acción o procedimiento realizado con la finalidad de obtener un beneficio económico dentro del mercado en el cual se distribuye la obra.

Con referencia a los derechos patrimoniales, creemos oportuno modificar el artículo 30º del mismo cuerpo normativo:

Artículo actual:

Artículo 30°: 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.

Propuesta de artículo:

Artículo 30°: El autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y de obtener por ello beneficios. Dicha exclusividad se verá limitada únicamente para actos de explotación que tengan una finalidad comercial y en los casos de excepción legal expresa.

Asimismo, el artículo 31° deberá tener el mismo tenor de la anterior modificación:

Artículo Actual:

Artículo 31°: El derecho patrimonial comprende especialmente, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir (...)

Propuesta de artículo:

Artículo 31°: El derecho patrimonial comprende especialmente, el derecho exclusivo, siempre y cuando se tenga una finalidad comercial, de realizar, autorizar o prohibir (...)

Con referencia a las medidas tecnológicas de protección se deberá modificar el numeral 51 del artículo 2º:

Artículo Actual:

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

Propuesta de artículo:

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

En la presente propuesta de modificación del inciso 51) del artículo 2º, hemos retirado el término fonograma, debido a que a lo largo de la presente tesis hemos desarrollado que incluir medidas tecnológicas de protección en soportes que contienen las obras, estaría restringiendo el derecho de los usuarios a maximizar el uso del mismo. Sin embargo, no descartamos del todo el uso de dichas medidas tecnológicas de protección, ya que estas podrán ser utilizadas tanto en bases de

datos, programa de ordenador (software), ya que como sabemos la copia privada no es aplicable a dicho tipo de obras. Asimismo, dichas medidas también podrán ser utilizadas en cualquier otro tipo de obras, siempre y cuando no se vulnere el derecho de los usuarios.

Asimismo, con referencia a este tema se deberá modificar el artículo 38° del mencionado Decreto:

Artículo Actual:

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

Propuesta de artículo:

Artículo 38°: El titular del derecho patrimonial tiene la facultad de implementar, o de exigir para la reproducción o la comunicación de la obra, la incorporación de mecanismos, sistemas o dispositivos de autotutela, incluyendo la codificación de señales, con el fin de impedir la comunicación,

recepción, retransmisión, reproducción o modificación no autorizadas de la obra, teniendo en cuenta que esta incorporación de mecanismos de autotutela, sólo podrán ser aplicables a bases de datos, programa de ordenador (software) y/o siempre y cuando no se vulneren derechos de los usuarios.

En relación a la excepción de copia privada, se deberá modificar el artículo 48º del Decreto Legislativo No. 822:

Artículo Actual:

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

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

Propuesta de artículo:

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

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

De igual manera se deberá cambiar el concepto de copia privada contenido en el glosario de la Ley No. 28131:

Artículo actual:

Copia Privada: Es la reproducción realizada exclusivamente para uso privado, conforme a la autorización prevista por la ley, mediante aparato 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. Da lugar a una compensación por copia privada que no constituye tributo ni tiene naturaleza laboral.

Propuesta de artículo:

Copia Privada: *Es un legítimo derecho de los usuarios.* Consiste en la reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparato 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 *ni afecte el normal canal de distribución que sea optado por el autor o titular de los derechos patrimoniales.* En relación a la cantidad de reproducciones, *serán permitidas siempre que no se vulnere con los límites expuestos.*

Finalmente, al ser la copia privada un derecho de los usuarios, se deberá derogar el artículo 20º de la Ley No. 28131 referente a la compensación por copia privada.



CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Primera: No se puede seguir teniendo como eje central de las infracciones al derecho de reproducción.

El supuesto perjuicio económico que se genera a los titulares del derecho se basa en la errada visión que se tiene del derecho de reproducción, en donde no se diferencia un acto de reproducción que busca explotar la obra para obtener beneficios económicos y un simple acto de reproducción donde el usuario busca maximizar el uso del soporte adquirido legítimamente. Se cae en el error de asumir que toda reproducción puede llegar a generar algún tipo de ingreso económico para el autor, es por ello que el titular tiene la posibilidad de impedir la “explotación” sin su consentimiento. Sin embargo, de acuerdo con la realidad podemos afirmar que no todo acto de reproducción supone la explotación patrimonial de la obra. Gran cantidad de las reproducciones que realizan los usuarios buscan maximizar el uso, en consecuencia, no se ocasionaría un perjuicio a la economía del titular. Consideramos que no se debe otorgar una exclusividad sin límites a los derechohabientes sobre el derecho de reproducción de la obra, debido justamente a la gran cantidad de reproducciones que se realizan teniendo como único fin la maximización del soporte. En el supuesto desarrollado en la presente tesis, no existe afán de lucrar con las mencionadas

reproducciones. La única finalidad es hacer un uso legítimo de los soportes adquiridos, que vaya acorde con la realidad tecnológica actual.

La normativa sobre el derecho de reproducción nació en un entorno analógico, y a pesar de la evolución a la actual era digital se siga manteniendo como eje central de infracciones al derecho de reproducción, es tener una visión anacrónica frente a una realidad tecnológica que evoluciona día a día, la misma que ofrece una gran variedad de dispositivos en los cuales realizar reproducciones de aquellos soportes adquiridos previamente con la finalidad de maximizar su uso privado. De este modo, sostenemos que medir la infracción en relación a la cantidad de reproducciones, es una visión que ya no se ajusta a la realidad, ya que la realización de copias en el ámbito digital es inevitable debido justamente a que la característica de la tecnología digital es la reproducción, la misma que permite el disfrute de la obra maximizando su uso privado. En ese sentido, maximizar el uso del soporte no puede constituir directa o indirectamente un acto de infracción debido a que la esencia del uso implica explorar legítimas formas no utilizadas con anterioridad. Es así que la aparición de nueva tecnología determina que estas se empleen como un vehículo válido de explotación de nuevas alternativas de uso, más aun cuando la tecnología previa, entiéndase medios analógicos, ha sido sustituido por la tecnología digital.

La presente evolución tecnológica a la que nos referimos es un fundamento básico para entender el panorama y comprender la realidad que demuestra que la normativa de copia privada no se ajusta, de acuerdo al constante avance tecnológico, al normal uso que dan los usuarios de los soportes legítimamente adquiridos. En ese sentido, por no tenerse normas adecuadas sobre el real uso que se dan a los soportes se perjudica a los usuarios, debido a que la forma como se encuentra regulada la copia privada en la actualidad, traslada a los usuarios la carga de infringir la normativa a pesar de adquirir soportes originales. Aquel usuario que ha cumplido con pagar por un soporte, no debería ser criminalizado por las reproducciones que pretenda realizar, las mismas que se justifican por el avance tecnológico que exige la portabilidad de la información en distintos aparatos de reproducción.

Ello nos hace determinar la necesidad de adaptar las normas de Derecho de Autor a nuestra realidad. No se puede seguir condenando a los usuarios que hacen uso de sus aparatos tecnológicos e imponerles una restricción que sobrepasa de forma grosera aquel uso esperado que genera el avance de la tecnología.

Apreciamos el deber primordial de adaptarnos al avance tecnológico y con ello regular de acuerdo a la realidad y de esta forma obtener el mejor provecho para la sociedad. De nada sirve contar con toda la tecnología al alcance de nuestras

manos y no poder utilizarla plenamente. Es por ello que seguir manteniendo aquella concepción analógica de la reproducción lo único que se consigue es que el Derecho de Autor se aleje del equilibrio que necesita conseguir en relación con los intereses de la sociedad.

Apreciamos entonces como hasta la fecha la restricción que genera la copia privada va en contra del beneficio que genera el desarrollo de nuevas tecnologías. Desarrollo que permite a un usuario ser propietario de distintos dispositivos de reproducción y que les dará uso privado de acuerdo a sus habilidades y necesidades. Si se sigue considerando a la reproducción como un elemento identificador de infracciones, lo único que se logrará es que el avance tecnológico sea visto como un hecho que no es bueno, y mantener aquella concepción es no ajustarse a la innegable realidad. Es por ello que ya no se puede seguir manteniendo la concepción de que la reproducción es contraria a los Derechos de Autor. En ese sentido, consideramos que se debe garantizar la realización de más de una copia sustentado no sólo en el derecho del usuario, sino que el innegable avance tecnológico lo exige.

Segunda: No se puede establecer un número determinado de reproducciones que pueda realizar un usuario.

La llegada de la era digital trajo consigo el beneficio de la portabilidad y con ello la posibilidad de realizar más de una reproducción. Al respecto, la nueva tecnología de audio va formando las distintas necesidades de los usuarios, las mismas que difieren dependiendo de cada individuo. Debido a ello es que hoy no podemos generalizar en el uso, ni en la cantidad de reproducciones que realizará una persona sobre un soporte adquirido legítimamente, ya que aquella lo usará de forma distinta a otro usuario.

En ese sentido, no podemos señalar un número determinado de reproducciones permitidas, debido a que cada usuario tiene usos distintos y lo que para un usuario puede resultar suficiente contar con una o dos copias, es más que probable que para otro usuario cuatro copias le sean insuficientes, debido a que cuenta con más aparatos de reproducción donde almacenar y disfrutar aquellas reproducciones en distintos momentos de acuerdo a sus necesidades y/o actividades. De igual forma, así se insistiera en determinar previamente un número determinado de reproducciones permitidas, se debe tener en cuenta lo complejo que resultaría controlar la cantidad de copias que se realizan, debido a que la imposibilidad de controlar lo que sucede en el ámbito privado lo impediría, por lo que volveríamos a tropezar en el mismo supuesto en el que nos encontramos hoy en día donde no es posible fiscalizar la cantidad de reproducciones que realizan los usuarios.

Incluso consideramos que la cantidad de copias permitidas no puede ser determinada, debido a que el usuario no podrá saber a ciencia cierta cuantas copias privadas necesitará a lo largo de su vida, ello debido a que no podrá determinar cuál es el tiempo de vida útil de cada aparato de reproducción, con lo cual siempre se verá en la necesidad de volver a realizar reproducciones cada vez que cambie y adquiera un nuevo aparato de reproducción, y con como va el avance de la tecnología, ello será bastante seguido.

No pretendemos dejar al libre albedrío de los usuarios la disposición acerca de una cantidad indiscriminada de reproducciones, ya que estaríamos trasladando la cuestionada potestad absoluta con la que hoy cuentan los titulares a los usuarios. Consideramos necesario establecer que el límite para la realización de un número de reproducciones, será no atentar contra el requisito fundamental de no lucrar con las mismas y respetar el derecho de distribución exclusivo de los titulares. En ese sentido, mientras se respete aquel ámbito no comercial de la copia privada y no se atente contra los canales normales de distribución que imponga el autor o titular, no se estaría atentando contra los legítimos intereses del autor y/o sus derechohabientes. Asimismo, asignar un número determinado de copias puede resultar arbitrario y poco práctico de fiscalizar.

Sobre la facultad de los titulares de Derechos de Autor de incorporar medidas tecnológicas de protección para determinar la cantidad de reproducciones permitidas, si bien al regularse dicha potestad se dio una salida a la imposibilidad de control de las reproducciones, consideramos que no es un argumento válido, debido a que se vulnera claramente derechos de los usuarios. No se debe seguir manteniendo la sobrevaloración del Derecho de Autor frente a la desproporción que existe ante el derecho de los usuarios que de por sí ya se ven limitados no sólo con la imposibilidad de maximizar el uso de su soporte, sino que con la incorporación de las medidas tecnológicas de protección se traslada al sector privado mayor poder de control que debería corresponderle al Estado.

Tercera: El real equilibrio buscado por el derecho de autor nos lleva a descartar la visión todista de la reproducción y a diferenciar los conceptos de límites y excepciones.

Como bien hemos mencionado la finalidad que busca el derecho de autor no es solamente el salvaguardar el derecho de los autores y velar por sus legítimos intereses, sino, también busca establecer un equilibrio entre los intereses de los autores y los intereses de la sociedad. No es posible el seguir teniendo una normativa que establece postulados de espaldas a los usuarios, cuando en la realidad muchas de las consecuencias de dicha normativa repercuten en ellos.

En la actualidad contamos con una normativa que establece unos estándares de protección bastante elevados a favor de los autores, lo cual genera un claro y dañino desbalance en el equilibrio que debe salvaguardar el derecho de autor. Es por esto, que para poder restablecer el equilibrio mencionado debemos comenzar por erradicar la absurda visión “todista” que se tiene del derecho de reproducción a favor de los autores y titulares.

Como hemos señalado a lo largo de la obra, no toda reproducción realizada por un usuario supone un desmedro en la economía del autor o titular, ya que dichas reproducciones no tienen una finalidad comercial; a diferencia de la motivación comercial que podría tener el autor o titular, los usuarios realizan copias con la finalidad de maximizar el uso de sus CD’s en beneficio propio. La maximización en el uso no es otra cosa que sacar el máximo provecho a la utilización de nuestros CD’s. Por maximización en el uso no debemos entender el realizar innumerables copias y distribuirlas a terceros.

Como se puede apreciar la maximización en el uso no busca un beneficio económico en los usuarios. Por lo tanto, este tipo de reproducción que busca maximizar el uso no puede ser vista de igual manera que la reproducción que busca explotar la obra y generar ingresos económicos para el autor o titular. Es debido a esto que no se puede continuar con la errada visión “todista” de la

reproducción, mediante la cual toda reproducción es una fuente potencial de ingresos para autores o titulares. Ello lo hemos demostrado a lo largo de este trabajo, la maximización en el uso realiza reproducciones que no causan ningún tipo de menoscabo a la economía de los autores o titulares, debido a que no persiguen una finalidad comercial.

Desterrando este tipo de visión “todista” el equilibrio entre derecho de autor y los intereses de la sociedad se hace algo más real. Sin embargo, no podemos hablar de equilibrio sino distinguimos la real diferencia entre “límites” y “excepciones”. Como hemos mencionado la definición de ambos conceptos es totalmente diferente y equipararlas es una completa equivocación; el pretender llenar el derecho de autor de excepciones es seguir inclinando la balanza a favor de los autores y titulares, negando la posibilidad de un potencial derecho a favor de los usuarios.

Para poder hablar de un adecuado equilibrio, una de las primeras cosas que se debe hacer es establecer límites al derecho de autor. Solamente de esta manera se le otorgará la verdadera importancia a los intereses de la sociedad, como por ejemplo, los derechos de los usuarios. El establecer límites al derecho de autor genera un equilibrio, ya que en el punto en que terminen los derechos de autor, se comenzarán a establecer los derechos a favor de los intereses de la sociedad. Es

en este momento que podremos decir que nos encontramos más próximos a encontrar el equilibrio que el derecho de autor necesita alcanzar.

Cuarta: La copia privada como limite al derecho de autor, lo cual genera el derecho a favor de los usuarios.

Hemos mencionado que el establecer límites al derecho de autor nos aproxima más al equilibrio que necesita alcanzar. En el caso de la copia privada, sería incorrecto que la sigamos llamando una “excepción”.

Como hemos mencionado, por intermedio de la copia privada los usuarios buscan maximizar el uso de sus ejemplares. Sin embargo, el establecer que la copia privada es una excepción al derecho de autor restringe de gran manera la posibilidad de maximizar el uso del ejemplar, ya que al ser una excepción se entiende que el normal comportamiento es que el derecho de reproducción sea totalmente exclusivo de los autores o titulares, y que solamente en situaciones muy puntuales y restringidas se podrán aplicar las excepciones.

Como bien se sabe, la copia privada es una excepción al derecho patrimonial de reproducción. De esto se desprende que a través del derecho de reproducción el autor o titular generará ingresos económicos a su favor. Sin embargo la copia

privada no vulnera ni menoscaba la economía de los autores o titulares, ni genera un rédito económico en el adquirente.

Al sostener esto último podemos evidenciar que la reproducción de la cual se vale la copia privada, no es el mismo tipo de reproducción que busca generar un tipo de beneficio patrimonial. Es decir, no tiene una finalidad comercial. Su única finalidad es maximizar el uso del ejemplar, para lo cual se vale de reproducciones que tienen un efecto inocuo sobre la economía del autor o titular. Es decir, estaríamos hablando de dos formas de reproducción distintas: aquellas que buscan maximizar el uso, y aquellas que buscan generar beneficios patrimoniales. Ambas totalmente diferentes, por lo que ninguna puede ser excepción de la otra, y por lo que ambas deberán ser tratadas de manera diferente. Es por esto, que lo más adecuado es hablar de un límite de copia privada. Limite que establecerá hasta donde llegan las potestades de los autores y titulares, y establecerá los primeros cimientos de los derechos de los usuarios.

Hablamos de un límite de copia privada debido a que es un derecho de los usuarios el poder maximizar el uso de sus ejemplares. El negar esta afirmación es ir en contra del correcto equilibrio que debe existir.

Por ende, el derecho de copia privada a favor de los usuarios se da en conformidad con el equilibrio que debe primar entre el derecho de autor y los intereses de la sociedad, y porque resulta absurdo seguir catalogándola como excepción, cuando dicha designación parte de la errada visión “todista” de la reproducción.

Quinta: La compensación por copia privada carece de sustento.

La figura de la compensación por copia privada nace con la finalidad de compensar el supuesto perjuicio económico que se ocasiona al autor con la disminución de ventas de los soportes originales, como consecuencia de las reproducciones que realizan los usuarios sin su autorización al amparo de la copia privada. Sin embargo, en el supuesto que se desarrolla en la presente tesis, con la realización de copias privadas no estaríamos perjudicando injustificadamente los legítimos intereses de los autores, debido a que en primer lugar se ha adquirido previamente un soporte original y lo que se busca es la maximización privada del mismo. Asimismo, y en segundo lugar, hemos sustentado que la copia privada no debe seguir siendo tratada como una excepción, pues nos encontramos ante la figura de límite de copia privada y ello a su vez nos lleva ante la presencia de un derecho del usuario a realizar copias privadas para maximizar el uso del soporte. Por ambos motivos, la figura de la compensación no podría ser aplicable a los

supuestos que defendemos donde el usuario que ha adquirido previamente el soporte lo que busca es la maximización privada del mismo. En ese sentido, ya no se puede sostener la posibilidad de generar un daño al autor cuando nos encontramos frente al derecho del usuario a maximizar el soporte.

No es posible seguir sosteniendo como criterio general una postura en la que se precise que es necesario establecer a favor de los autores una compensación por la disminución en las ventas de los soportes que contienen su obra. Aquella postura pierde sustento cuando demostramos que las reproducciones se hacen de un soporte original que ha sido previamente adquirido, por lo que ya se habría cumplido en generar un beneficio económico al autor con la compra de aquel soporte y las reproducciones del mismo que se realicen posteriormente se basará en el derecho del usuario a maximizarlo.

Asimismo, la imposición de compensación resulta insostenible debido a que se parte del error de equiparar a la obra con la copia privada y por ello se generaría el supuesto daño en el patrimonio de los titulares del derecho. Sin embargo, la copia privada es el medio por el cual el propietario del soporte pretende maximizar el uso del mismo. En ese sentido, no debería existir la compensación porque simplemente no existe nada que compensar, ya que la copia privada no es un sustituto de la obra, debido a que para que exista una copia privada primero debe

existir la adquisición legítima del soporte de una obra. Y al haberse adquirido previamente dicho soporte, se puede apreciar que el usuario no busca sustituir la obra, sino que su único interés es maximizar su uso. Entonces, al estipularse la copia privada como actualmente se encuentra estipulada, y con ello la restricción de la reproducción, el efecto lógico sería eliminar el sistema de compensación.

Finalmente, reiteramos que al considerarse a la copia privada como un límite al derecho de autor y con el tratamiento de aquella figura como un límite y ya no como una excepción, se demuestra que el concepto de compensación no podrá ser aplicable, debido a que nos encontraremos frente a un derecho de los usuarios a realizar copias privadas y ya no ante un derecho del autor de permitir las o impedir las.



BIBLIOGRAFÍA:

1. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA Marysol. *El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*. Monterrico. Lima, 1996.
2. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Del “Entorno Analógico” a la tecnología digital*. 2007. Consulta: 20 de noviembre de 2012.
En: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=450&Itemid=101.
3. BIAGGI GOMEZ, Julio. *Piratería ¿Delito o practica socialmente aceptada?* Chirre. Lima, 2011.
4. BRAVO BUENO, David. *Copia este libro*. Consulta: 10 de noviembre de 2012. En: http://www.archivochile.com/carril_c/cc2012/cc2012-040.pdf
5. BULLARD, Alfredo. *Reivindicando a los piratas: ¿Es la propiedad intelectual un robo?* En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 1. Palestra. Lima, 2005.
6. BULLARD, Alfredo. *¿Es la propiedad Intelectual un robo?* Consulta: 20 de enero de 2013.
En: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1056&context=yll_s_sela
7. CANALES, María Paz y SOFFIA, María Pilar. *Excepciones y limitaciones al Derecho de Autor en relación a las medidas tecnológicas de protección*. En: Revista Chilena de Derecho Informático N° 5. Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004.
8. CASSANY, Daniel. *De lo analógico a lo digital. El futuro de la enseñanza de la composición*. Consulta: 29 de mayo de 2012.
En: http://bwpsummerinstitute.edublogs.org/files/2010/09/tec6_dcassany.pdf

9. CCH Canadian Limited vs Law Society of Upper Canada. De fecha 04 de marzo de 2004. En: <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/2125/index.do>
10. COLE, Julio H. Patentes y Copyrights: Costos y Beneficios. En: Libertas 36. Instituto Universitario ESEADE. Buenos Aires, 2002.
11. COLE, Julio. *Propiedad Intelectual: Comentarios sobre algunas tendencias recientes*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 2. Palestra. Lima, 2006.
12. CÓRDOVA MEZARINA, Jorge Alberto. Tesis de maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia “*La excepción de copia privada en el derecho de autor frente a las medidas tecnológicas de protección ¿Una limitación a la excepción?*”. Lima, 2013
13. CORREA, Carlos. El acuerdo de promoción comercial Perú-Estados Unidos desde el punto de vista de los países en desarrollo. En: <http://www.esan.edu.pe/paginas/publicaciones/libros/sRoca/PI/completo/04-Correa.pdf>
14. CUE BOLAÑOS, Angelina. *Problemática de la negociación de derechos de autor en el entorno digital*. En: Foro de expertos sobre el derecho de autor. Hacia un nuevo contrato. El derecho de autor en el entorno digital. CERLALC. México D.F. 2004.
15. DE FREITAS STRAUMANN, Eduardo: *Los derechos patrimoniales en el entorno digital*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007.
16. DIAZ, Álvaro. *América Latina y el Caribe. La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. CEPAL. Santiago de Chile, 2008.
17. DRASSINOWER, Abraham: “*Examinando atentamente los derechos del usuario*”. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 4. Palestra. Lima, 2008.

18. DURAND CARRIÓN, Julio Baltazar. *Tratado de derecho del consumidor en el Perú*. Fondo Editorial Universidad de San Martín de Porres. Lima 2007.
19. DUSOLLIER, Séverine, POULLET, Yves, BUYDENS, Mirelle: “*Derecho de autor y acceso a la información en el entorno numérico*”. En Boletín de Derecho de autor. Volumen XXXIV, No. 4, octubre – diciembre 2000 6° FF.
20. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Gaceta Jurídica. Lima 2006.
21. FARRIOLS, Antoni. *La Ley de Propiedad Intelectual quebranta Derechos de los Consumidores*. Claridad. España, 2006.
22. FERNANDEZ DELPECH, Horacio. *Medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual en Internet – los actos elusivos – la protección jurídica contra la elusión*. Congreso MERCOSUR de derecho informático. Córdoba, 2006. Consulta: 27 de marzo de 2013.
En: <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/MEDIDAS%20TECNOLOG.DE%20PROTECCION-MERCOSUR.pdf>.
23. FERREYROS CASTAÑEDA, Marysol. *De Gutenberg a Internet ¿Reforma o revolución del Derecho de Autor?* En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007.
24. GARROTE FERNANDEZ – DIEZ, Ignacio: *La excepción de copia privada en la Ley de propiedad intelectual*. Comares. Granada, 2010.
25. GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tercera Edición. Tecnos. Madrid, 2007.
26. GEIGER, Christophe. *El papel del test de las tres etapas en la adaptación del derecho de autor a la sociedad de la información*. e.Boletín de derecho de autor. 2007. Consulta: 15 de marzo de 2013.
En: http://portal.unesco.org/culture/es/files/34481/11837319491test_trois_etapes_s_p.pdf/test_trois%20etapes_sp.pdf

27. GLÉLÉ, Emile y PÉREZ, Olga. *Fortalecimiento de la protección intelectual latinoamericana en la red digital: un propósito para la integración latinoamericana y para garantizar la diversidad cultural*. En: Foro de expertos sobre el derecho de autor. Hacia un nuevo contrato. El derecho de autor en el entorno digital. CERLALC. México D.F. 2004.
28. GOLDSTEIN, Paul. *El copyrighth en la sociedad de la información*. Universidad de Alicante. Murcia, 1999.
29. GONZÁLES DE ALAIZA CARDONA, José Javier. *La copia privada, sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Comares. Granada 2008.
30. GÓNZALES, Agustín. *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Mesa Redonda: La Copia Privada Digital*. En: Revista de Internet, Derecho y Política. FUOC, Barcelona, 2005. En: <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>
31. HERRERA USAGRE, Manuel. *El impacto del intercambio de música sobre la compra de discos y la asistencia a conciertos. El caso de España*. Universidad de Sevilla. Consultado el 03 de febrero de 2014. En: <http://www.raco.cat/index.php/Papers/article/viewFile/259114/346405>
32. Jupiter Research: Study on online music piracy and purchasing habits. Consultado el 01 de febrero de 2014. En: http://www.ifpi.org/content/library/jupiter_research_study_on_online_piracy.pdf
33. LACRUZ MANTECÓN, Miguel L. *Copias privadas y calamidades públicas*. Anuario de Propiedad Intelectual. 2005.
34. LEÓN Y LEÓN DURAN, Gustavo. *Copyright vs. Copyleft: Problemática jurídica del software libre* En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007.
35. LESSIG, Lawrence. *Cultura Libre: cómo los grandes medios están usando la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*.

- Traducción Antonio Córdoba / Elástico. Consulta: el 20 de noviembre de 2012. En: http://www.worcel.com/archivos/6/Cultura_libre_Lessig.pdf
36. LIEBOWITZ, Stan. *Testing file sharing's impact by examining record sales in cities*. School of Management University of Texas at Dallas. Consultado el 26 de enero de 2014. En: <http://www.utdallas.edu/~liebowit/intprop/cities.pdf>
37. LIPSZYC, Delia; "El Derecho de Autor y la gestión de derechos"; XII Curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina; Santiago de Chile, 2006.
38. LIPSZYC, Delia. *Derecho de Autor y Diversidad Cultural*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007.
39. LOPEZ RICHART, Julian: La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital. En: *Limites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*. Dykinson. Madrid, 2008.
40. LLANOS CABEDO, Serna. "Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales". En: *Limites a la propiedad intelectual y las nuevas tecnologías. Incidencias por la ley 23/2006 de 7 de julio*. Dykinson. Madrid.
41. MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSE. *Derecho de autor, copia privada y derecho de remuneración. Experiencia en Europa. Jornadas de derecho de autor organizadas por la OMPI en cooperación con el Instituto nacional de derecho de autor de México*. OMPI/DA/MEX/05/3. México DF, 2005.
42. MARTÍN-PRAT, María. *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Mesa Redonda: La Copia Privada Digital*. En: *Revista de Internet, Derecho y Política*. pp 38. FUOC. Barcelona, 2005. <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>
43. MARTIN VILLAREJO, Abel: *Aspectos generales en torno al derecho de remuneración por la copia privada: conceptos, tarifas aspectos prácticos de su gestión (recaudación y reparto), sistemas comparados y los fondos de solidaridad*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007.

44. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. JAVATO MARTÍN, Antonio María. *La Propiedad Intelectual en la Era Digital. Límites e Infracciones a los derechos de autor en Internet*. Grupo Wolters Kluwer. España, 2011.
45. MATOS REYES, Nancy. *La piratería problema ¿Problema o solución?* Universidad ESAN. Lima, 2006.
46. MATOS REYES, Nancy. *¿Hay que sancionar la piratería? La protección de la propiedad intelectual. Consulta: 30 de mayo de 2013.*
En: <http://www.esan.edu.pe/paginas/pdf/Matos.pdf>.
47. MONTEZUMA PANEZ, Oscar y SOLÓRZANO SOLÓRZANO, Raúl: *“Apuntes sobre las excepciones a los derechos de autor en el entorno digital”*. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 3. Palestra. Lima, 2007.
48. NIETO, Adelaida. *El derecho a la libertad transita por el derecho de autor*. En: Foro de expertos sobre el derecho de autor. Hacia un nuevo contrato. El derecho de autor en el entorno digital. CERLALC. México D.F. 2003.
49. OBERHOLZER, Felix y STRUMPF, Koleman. *The effect of file sharing on record sales an empirical analysis*. Consultado el 03 de febrero de 2014.
En: http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf
50. ÓRE SOSA, Eduardo. *Sobre la relevancia del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186 del Código Penal*. Consulta: 21 de junio de 2013.
51. RIOS RUIZ, Wilson R. *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Temis. Bogotá, 2009.
En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120508_03.pdf
52. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tercera Edición. Tecnos. Madrid, 2007.
53. RODRÍGUEZ LOBATÓN, Antonio. *Compensación por copia privada y eficiente económica*. Consulta: 28 agosto de 2013.

En: <http://www.blawyer.org/2009/05/17/compensacion-por-copia-privada-y-eficiencia-economica/>

54. RODRIGUEZ MORENO, Sofía. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor. Universidad Externado de Colombia.* Bogotá, 2004.
55. RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico: Introducción al derecho.* Novena Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007.
56. Sentencia Nº 89-2011 (Audiencia Provincial de Barcelona) del 02 de marzo de 2011. Consultado el 02 de febrero de 2014. En: <https://docs.google.com/a/pucp.pe/file/d/0BxBFG1WBsUAtYWEExODliOGltZTA1Ny00Y2RILTg3ZWYtODQxM2UwZmZiODcy/edit?hl=en&authkey=CKWj1JEI>
57. TAVERA, José y ORE, Tilsa. *Gestión Colectiva de Derechos de Autor: Una Mirada al Caso Peruano. Consulta: 20 de enero de 2013.*
En: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2007/TAVERA-ORE.pdf>
58. VALLES RODRÍGUEZ, Matias: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual.* Tecnos. Madrid, 1997.
59. VILLALBA, Carlos Alberto. *Planteamiento – fundamentación de la copia privada como límite al derecho de autor – justificación de la remuneración por copia privada (en general). Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000. Tomo II. Ministerio de Cultura de España. Madrid, 1991.*
60. XALABARDER, Raquel; MARTÍN-PRAT, María; MALMIERCA, Marta; RAMIREZ, Javier. *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Mesa Redonda: La Copia Privada Digital.* En: Revista de Internet, Derecho y Política. FUOC. Barcelona, 2005. En: <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>

61. The Impact of Illegal Downloading on Music Purchasing. 2009. Consulta: 18 de febrero de 2014. En: <http://www.ifpi.org/content/library/the-impact-of-illegal-downloading.pdf>.
62. VON LOHMAN, Freud. "Unintended consequences: Twelve years under the DMCA." Consulta: 10 de febrero de 2014. En: Electronic Frontier Foundation. <https://www.eff.org/wp/unintended-consequences-under-dmca>.
63. ZAPATA LOPEZ, Fernando. *Aplicabilidad de las leyes actuales de derecho de autor para la protección de la obra escrita en el entorno digital*. Foro de expertos sobre derecho de autor. Hacia un nuevo contrato. El derecho de autor en el entorno digital. Fondo de cultura económica CERLAC. México DF, 2003.
64. Resolución N° 0002-2013/DDA-INDECOPI de fecha 06 de febrero de 2013.
65. Resolución N° 0439-2006/ODA-INDECOPI de fecha 20 de diciembre de 2006.
66. Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Consulta: 22 de marzo de 2013. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=limite>
67. Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Consulta 22 de junio de 2013. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=excepcion>
68. Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Consulta: 22 de marzo de 2013. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=exceptuar>
69. Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Consulta: 13 de setiembre de 2012. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=efectividad>