

# hiperderecho

Congresista

**[Miembro de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de Servicios Públicos]**

Congreso de la República

Plaza Bolívar, Av. Abancay s/n

Lima

Asunto:           Modificaciones al Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor

De mi consideración:

Hiperderecho es una asociación civil peruana sin fines de lucro dedicada a investigar y promover el respeto de los derechos humanos en entornos digitales, conformada por abogados y especialistas en tecnología. Como parte de nuestro trabajo, estudiamos todos los proyectos de ley que discute el Congreso y que están relacionados con el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y el acceso a la cultura y el conocimiento. Desde nuestra perspectiva, vemos con mucho interés el proceso de modificación del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor (en adelante, la “Ley”), actualmente en discusión en la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos (en adelante, la “Comisión”).

En relación a ello, le enviamos la presente carta para llamar su atención sobre los puntos que consideramos más importantes de esta reforma. Nuestros comentarios se enmarcan dentro de los doce proyectos de ley que proponen modificar la Ley de Derechos de Autor y el Pre Dictamen elaborado para la discusión inicial llevada de la sesión ordinaria del 20 de mayo de 2014.

## **Esta es una oportunidad única**

La Comisión que usted integra está frente a una oportunidad única. En los dieciocho años que tiene la Ley de Derechos de Autor, esta es la primera vez que se plantea una reforma sustentada en la realidad nacional. Hasta ahora, todas las reformas a la Ley se habían hecho a propósito de la implementación de acuerdos internacionales o como consecuencia del mandato de otra norma legal. Esta vez, en cambio, su Comisión tiene la oportunidad de cambiar la Ley teniendo en cuenta las experiencias y los legítimos intereses de creadores y usuarios. **Hagamos de esta una reforma positiva para todos y no esperemos dieciocho años más.**

Para ello, consideramos que resulta de vital importancia ir más allá de la controversia sobre la gestión de APDAYC. Es necesario que cualquier actividad sospechosa o ilícita llevada a cabo por una sociedad de gestión colectiva se investigue y sancione apropiadamente. Sin embargo, también creemos que esta reforma debe de ver más allá de este problema y abordar cuestiones de mayor alcance como las condiciones en las cuales se accede, produce y consume cultura y conocimiento en nuestro país, el estado actual de nuestras políticas culturales, el impresionante ecosistema creativo peruano en Internet que nos divierte y sorprende cada día, nuestra visión de cómo queremos que el Perú crezca culturalmente y el rol que un régimen flexible de Derechos de Autor puede jugar en

# hiperderecho

ello. **No hagamos de esta una reforma en contra una persona, hagámosla a favor de toda una nación.**

## ¿Qué debería de modificarse el texto sustitutorio?

1. El Pre Dictamen incorpora las modificaciones ya propuestas y aprobadas por la Comisión en el Dictamen recaído sobre el Proyecto de Ley 2314/2012-CR, emitido en noviembre de 2013. Sin embargo, de las tres modificaciones legislativas previamente aprobadas por la Comisión en aquella ocasión el Pre Dictamen discutido esta semana solo incorpora dos. **La modificación que se deja de lado es aquella que permite que las bibliotecas puedan prestar al público obras protegidas por derechos de autor distintas de aquellas consignadas exclusivamente en soportes impresos.** Según el artículo vigente, las bibliotecas no pueden prestar al público obras contenidas en soportes digitales, magnéticos o filmicos por encontrarse prohibido por la Ley de Derechos de Autor.<sup>1</sup> Con acierto, el Dictamen que la Comisión que usted integra aprobó el año pasado sobre el Proyecto de Ley 2314/2012-CR ampliaba este criterio eliminando en el literal f) del artículo 43 la referencia a cualquier tipo de soporte.<sup>2</sup> Este cambio resulta de vital importancia para facilitar la labor de las bibliotecas públicas en todo el país, que podrán poner a disposición de sus usuarios obras como libros electrónicos, películas, archivos fotográficos, entre otros. Dada la importancia que tienen las bibliotecas en el desarrollo cultural de los pueblos, es necesario que esta propuesta se mantenga en este nuevo Dictamen.
2. Es necesario derogar el artículo 117 de la Ley.<sup>3</sup> Este artículo prohíbe a las autoridades de todo tipo autorizar espectáculos y audiciones públicas sin que el responsable de ellas presente autorización de los titulares de los derechos de autor de las obras protegidas a utilizarse o de sus representantes. **Incorrectamente, coloca en cabeza de las autoridades en general una labor que resulta ajena a sus funciones: la supervisión del cumplimiento de la Ley de Derechos de Autor.** Actualmente, autoridades como las Municipalidades no tienen la obligación de supervisar el cumplimiento de normas tributarias o laborales de aquellos que solicitan autorizaciones, ¿por qué la ley establecería que sí les corresponde entonces supervisar el cumplimiento de las normas sobre propiedad intelectual? Aplicar un criterio de este tipo resulta discriminatorio porque prefiere la supervisión de ciertas normas en desmedro de otras igualmente importantes. Además, resulta un sobre costo para las entidades públicas que tienen que llevar a cabo estas verificaciones. Por ello, consideramos acertada la adición de un segundo párrafo que establezca claramente que solo las autoridades competentes pueden supervisar el cumplimiento de las normas de derechos de autor y que ello debe de hacerse en

---

<sup>1</sup> **Decreto Legislativo 822, Artículo 43.**— Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor:

(...)

f. El préstamo al público del ejemplar lícito **de una obra expresada por escrito**, por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro. (Énfasis agregado)

<sup>2</sup> **Dictamen Recaído en el Proyecto de Ley 2314/2013, Artículo 43.**— Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor:

f. El préstamo al público del ejemplar lícito por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro.

<sup>3</sup> **Decreto Legislativo 822, Artículo 117.**— No se podrán realizar espectáculos y audiciones públicas y las autoridades de todo orden se abstendrán de autorizarlos, sin que el responsable presente la autorización de los titulares de los derechos de las obras protegidas a utilizarse o de sus representantes.

# hiperderecho

estricto respeto del derecho de defensa del afectado. Por ello, recomendamos conservar exclusivamente el segundo párrafo propuesto por el Pre Dictamen y derogar el primero.

3. Consideramos que en el artículo 43, al referirse a los casos relativos a los actos oficiales y religiosos debe de eliminarse la referencia a “pequeños fragmentos” o “partes de obras de música”. Dada la naturaleza sin fines de lucro de estos casos, como es el caso de desfiles militares o ceremonias religiosas, debe de permitirse la comunicación pública de las obras completas. De lo contrario, por ejemplo, instituciones como el Ministerio del Interior tendrán que abonar a las sociedades de gestión colectiva cuando quieran usar obras como la canción de la Guerra de las Galaxias como parte de la Gran Parada Militar de Fiestas Patrias. De la misma manera, las iglesias de todo tamaño tendrían que pagar por comunicar públicamente canciones como parte de sus misas y reuniones.
4. Creemos necesario que se revise la fórmula propuesta en el Pre Dictamen para el artículo 147. Este es el artículo en virtud del cual las sociedades de gestión colectiva no necesitan acreditar que representan los derechos que dicen representar para poder hacerlos valer.<sup>4</sup> Casi la totalidad de los doce Proyectos de Ley que se están acumulando en este texto sustitutorio proponían cambiar este artículo para invertir la carga de la prueba. Sin embargo, esta versión ha elegido hacer caso omiso de esas propuestas y limitarse exclusivamente a obligar a las sociedades de gestión colectiva a tener bases de datos públicas de su repertorio. Como ha señalado también el Tribunal Constitucional, **mantener esta inversión de la carga de la prueba resulta perjudicial para el usuario dado que es la sociedad de gestión colectiva la más indicada para acreditar si una obra forma parte o no de su propio repertorio**. La regla actual contribuye a los abusos, fomenta la informalidad y, como ha acreditado la propia Comisión, genera un gran descontento entre autores y usuarios por igual.

---

<sup>4</sup> **Decreto Legislativo 822, Artículo 147.**— Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin presentar más título que dichos estatutos y **presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares**. Sin perjuicio de esa legitimación, las sociedades deberán tener a disposición de los usuarios, en los soportes utilizados por ellas en sus actividades de gestión, las tarifas y el repertorio de los titulares de derechos, nacionales y extranjeros, que administren, a efectos de su consulta en las dependencias centrales de dichas asociaciones. Cualquier otra forma de consulta se realizará con gastos a cargo del que la solicite. (Énfasis agregado)

# hiperderecho

## ¿Qué debería de añadirse al texto sustitutorio?

5. En la línea de lo señalado en el punto 2, creemos que deben de modificarse los artículo 39<sup>5</sup> y 116<sup>6</sup> del la Ley para precisar que **no puede existir responsabilidad solidaria por la infracción a los derechos de autor en el caso de terceros que no ejercen un poder de dirección o subordinación ni poder editorial sobre el infractor directo**. Aplicar esta regla nos llevaría al absurdo de sostener que quien alquila un local a un establecimiento comercial resulta solidariamente responsable si es que dicho establecimiento no paga a ninguna sociedad de gestión colectiva. De la misma manera, quien alquila las luces o el equipo de sonido para la realización de un concierto (“presta su apoyo”) no puede ser solidariamente responsable si es que en dicho concierto se comunican al público obras sin autorización. Un criterio de este tipo resulta una valla demasiado alta para el libre comercio y convierte a todos los agentes económicos en fiscalizadores de la Ley de Derechos de Autor, desincentivando estas actividades económicas y afectando el mercado en general. Creemos que estas reglas deben de ser eliminadas para reconocer, en concordancia con las reglas de responsabilidad civil de nuestro Código Civil, que los únicos responsables por las infracciones cometidas son los directamente involucrados en el acto y quienes pueden operar a través de ellos en relación de dirección, control o subordinación.
6. Invitamos a la Comisión a incluir una excepción adicional al catálogo de excepciones y limitaciones del artículo 43 que tenga como finalidad abarcar todos los demás casos en los que se usa una obra protegida por derechos de autor en entornos privados, sin intención de afectar la regular explotación de una obra ni generar fin de lucro. Creemos que en nuestro marco legal es posible incluir una excepción de vocación menos restrictiva, que sirva para abarcar todos los demás de casos de usos no comerciales, de interés público o con fines de inclusión social.<sup>7</sup> Esta excepción incorporaría en la Ley de Derechos de Autor los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que el Tribunal Constitucional usa constantemente al momento de dilucida conflictos entre derechos y sería una guía importante para los aplicadores jurídicos. Por ello, lo invitamos a considerar añadir una nueva excepción expresada en términos similares a los siguientes:

x) Además de los usos específicamente autorizadas por ley, cualquier uso que promueve los objetivos sociales y culturales en general no será considerado

---

<sup>5</sup> **Decreto Legislativo 822, Artículo 39.**— Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra o cualquier otra producción protegida por esta Ley, o prestar su apoyo a dicha utilización, si el usuario no cuenta con la autorización previa y escrita del titular del respectivo derecho, salvo en los casos de excepción previstos por la ley. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.

<sup>6</sup> **Decreto Legislativo 822, Artículo 116.**— El propietario o conductor o representante encargado responsable de las actividades de los establecimientos donde se realicen actos de comunicación pública que utilicen obras, interpretaciones o producciones protegidas por la presente ley, responderán solidariamente con el organizador del acto por las violaciones a los derechos respectivos que tengan efecto en dichos locales o empresas, sin perjuicio de las responsabilidades penales que correspondan. Los artistas intérpretes o ejecutantes que comuniquen la obra por encargo de la persona responsable, no responden de dicha ejecución y sólo están obligados a confeccionar la planilla de ejecución y suscribirla, responsabilizándose de su exactitud. En caso de conjuntos musicales, la responsabilidad de dicha confección recaerá en el director de aquellos. Si no se puede determinar quien es el director, los miembros del conjunto serán solidariamente responsables por dicha obligación.

<sup>7</sup> Una excepción similar ha sido propuesta por un grupo de cuarenta académicos y especialistas en Derechos de Autor bajo iniciativa de la American University de Washington. Mayor información, ejemplos y modelos en: <http://infojustice.org/flexible-use>

# hiperderecho

infractor si su carácter y alcance es adecuado a sus propósitos y no menoscaba los intereses legítimos del titular del derecho de autor, teniendo en cuenta la los intereses legítimos de los creadores, usuarios, terceros y el público.

Sin otro particular, quedamos a su disposición para ampliar, precisar o conversar cualquier de las recomendaciones contenidas en la presente carta.

Atentamente,

Miguel Morachimo  
Hiperderecho