Proyecto de Ley N° 1071/2021-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
23 DIC 2021
RECIBIDO
Firma: Hora: 11:37 am

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL DECRETO LEGISLATIVO 822, LEY DE DERECHO DE AUTOR, RESPECTO A LA NUEVA EXCEPCIÓN POR USOS BENÉFICOS

El Congresista de la República que suscribe, **ALEJANDRO SOTO REYES**, miembro del grupo parlamentario ALIANZA PARA EL PROGRESO, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente PROYECTO DE LEY:

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA EL DECRETO LEGISLATIVO 822, LEY DE DERECHO DE AUTOR, RESPECTO A LA NUEVA EXCEPCIÓN POR USOS BENÉFICOS

Artículo 1. Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto modificar el Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor, para la inclusión de una nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor en virtud de fines benéficos, los cuales incluyen el uso de obras con finalidad de tratamiento médico, para propaganda o publicidad institucional, para desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas, y en ritos funerarios.

Artículo 2. Incorporación de los artículos 44-A y 44-B en el Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor

Se incorporan los artículos 44-A y 44-B el Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor, con la siguiente redacción:

> "**Artículo 44-A:** Está permitido realizar, sin autorización del autor ni del titular, así como sin pago de remuneración, usos de obras protegidas que impliquen la reproducción, la comunicación pública y la transformación de las mismas, cuando dichos usos tengan fin benéfico.
>
> Debe entenderse que un uso tiene fin benéfico, a los fines de la presente disposición, cuando aquel busca la ayuda o apoyo a otra persona o grupo de personas, cuando lo necesiten; a mayor detalle, sólo habrá fin benéfico en los siguientes casos:
>
> 1. Uso como tratamiento médico, entendido como toda actividad médica ejercida por parte de un profesional de la salud en relación con un determinado paciente, en el sentido de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud;

2. Uso para propaganda o publicidad institucional, entendida como toda aquella comunicación que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, así como la difusión de la ejecución de los planes y programas a cargo de las entidades y dependencias, en el sentido del artículo 2 de la Ley N° 28874 – Ley de Publicidad Estatal. No obstante, queda excluido de la aplicación de esta excepción el uso en propaganda electoral, la que deberá ser entendida como toda aquella acción, incluidas comunicaciones difundidas a través de cualquier medio o soporte, destinada a persuadir a los electores para favorecer a una determinada organización política, candidato, lista u opción en consulta, con la finalidad de conseguir un resultado electoral, en el sentido del inciso o) del artículo 5 de la Resolución N° 0078-2018-JNE – Reglamento sobre propaganda electoral, publicidad estatal y neutralidad en periodo electoral;

3. Uso en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas, entendidas como todas aquellas actividades realizadas para lograr divertir, alegrar o deleitar a una persona o un grupo de personas; así como en el desarrollo de una colecta pública, entendida como toda aquella actividad mediante la cual el agente recolecta recursos para destinarlos a fines sociales, en el sentido del inciso d) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 010-2016-IN – Reglamento de promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas; y

4. Uso en ritos funerarios, entendidos como todos aquellos actos y/o ceremonias religiosas relativas a los difuntos, en el sentido de la Ley N° 29635 – Ley de Libertad Religiosa.".

"**Artículo 44-B:** Sin perjuicio de lo indicado en el artículo anterior, el autor y/o titular del derecho de autor tendrá el derecho potestativo de oponerse al uso o solicitar el cese de uso de obras protegidas con fines benéficos en el específico caso de propaganda o publicidad institucional, a través de comunicación de fecha cierta, siempre de forma justificada y sustentada, por discrepar de la línea de pensamiento transmitida en el mensaje o por discrepar con el emisor del mensaje; si sólo se tratase del deseo de no involucrarse en los temas tratados en el mensaje, el usuario deberá demostrar que el autor y/o el titular de la obra utilizada ha emitido opinión o ha tomado postura sobre el asunto del que trata el mensaje.

Una vez recibida la comunicación, el usuario de la obra deberá inhibirse de usar o cesar el uso en el plazo máximo de un día calendario de recibida la mencionada comunicación. Adicionalmente, en caso ya se hubiese utilizado la obra, el usuario deberá publicar por el mismo medio en que se comunicó,

un anuncio indicando que el autor ha repudiado el uso realizado de su obra, por el mismo espacio de tiempo que el mensaje haya permanecido públicamente divulgado.

En caso el autor y/o titular del derecho de autor sobre la obra utilizada o por utilizarse haya fallecido, el derecho potestativo será ejercido por sus herederos, mientras la obra esté en dominio privado. El autor y/o titular podrá disponer en vida, por testamento o por otra manifestación escrita de su voluntad, que las obras de su autoría o titularidad no sean utilizadas respecto a algunas líneas de pensamiento. La comunicación, en caso no exista disposición alguna en vida por parte del autor y/o el titular, deberá estar justificada y sustentada en base a la reconstrucción de la línea de pensamiento del autor contraria al mensaje o al emisor. Si sólo se tratase de la postura en vida del autor y/o titular de no involucrarse en los temas tratados en el mensaje, el usuario deberá demostrar que el autor y/o el titular de la obra utilizada emitieron opinión o tomaron postura sobre el asunto del que trata el mensaje.

Tanto cuando el derecho potestativo sea ejercido por el autor y/o titular, así como por sus herederos, el usuario podrá solicitar el control del ejercicio del derecho potestativo ante la autoridad administrativa.".

Artículo 3. Incorporación de los numerales 52, 53, 54, 55, 56 y 57 al artículo 2 en el Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor

Se incorporan los numerales 52, 53, 54, 55, 56 y 57 al artículo 2 en el Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor, con la siguiente redacción:

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

52. Tratamiento médico: toda actividad médica ejercida por parte de un profesional de la salud en relación con un determinado paciente, en el sentido de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud.

53. Propaganda o publicidad institucional: toda aquella comunicación que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, así como la difusión de la ejecución de los planes y programas a cargo de las entidades y dependencias, en el sentido del artículo 2 de la Ley N° 28874 – Ley de Publicidad Estatal.

54. Propaganda electoral: toda aquella acción, incluidas comunicaciones difundidas a través de cualquier medio o soporte, destinada a persuadir a los electores para favorecer a una determinada organización política, candidato, lista u opción en consulta, con la finalidad de conseguir un resultado electoral,

en el sentido del inciso o) del artículo 5 de la Resolución N° 0078-2018-JNE – Reglamento sobre propaganda electoral, publicidad estatal y neutralidad en periodo electoral.

55. Actividades de recreación de personas necesitadas: todas aquellas actividades realizadas para lograr divertir, alegrar o deleitar a una persona o un grupo de personas en una situación de dificultad que requiera o requieran apoyo.

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: JULON IRIGOIN Elva Edhit FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 22/12/2021 10:11:50-0500

56. Colecta pública: toda aquella actividad mediante la cual el agente recolecta recursos para destinarlos a fines sociales, en el sentido del inciso d) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 010-2016-IN – Reglamento de promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas.

57. Ritos funerarios: todos aquellos actos y/o ceremonias religiosas relativas a los difuntos, en el sentido de la Ley N° 29635 – Ley de Libertad Religiosa.".

<u>Artículo 4</u>. Modificación del literal b) del artículo 41 en el Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor

Se modifica el literal b) del artículo 41 en el Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor, con la siguiente redacción:

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: RUIZ RODRIGUEZ Magaly Rosmery FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 23/12/2021 10:00:13-0500

"**Artículo 41:** Las obras del ingenio protegidas por la presente ley podrán ser comunicadas lícitamente, sin necesidad de la autorización del autor ni el pago de remuneración alguna, en los casos siguientes:
(...)

b. Las efectuadas en el curso de actos oficiales o ceremonias religiosas **(con exclusión de los ritos funerarios)**, de pequeños fragmentos musicales o de partes de obras de música, siempre que el público pueda asistir a ellos gratuitamente y ninguno de los participantes en el acto perciba una remuneración específica por su interpretación o ejecución en dicho acto.
(...)"

Lima, 17 de diciembre de 2021

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: SALHUANA CAVIDES Eduardo FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20/12/2021 14:15:35-0500

Firmado digitalmente por: SALHUANA CAVIDES Eduardo FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20/12/2021 14:16:48-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: SOTO REYES Alejandro FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 17/12/2021 17:48:55-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: PICON QUEDO Luis Raul FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20/12/2021 19:46:31-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: DIAZ MONAGO Freddy Ronald FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20/12/2021 21:02:26-0500

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

1. Antecedentes

Sobre la materia que aborda la presente propuesta no existen antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico, salvo por el marco general de los límites y excepciones regulados en torno a los derechos patrimoniales de autor en el propio Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor, entre los artículos 41 y 50 del Capítulo I de su Título IV.

De otro lado, encontramos las siguientes iniciativas legislativas anteriores:

1. Proyecto de Ley N° 2873/2013-CR que modifica el Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor, en sus artículos 41, 155, 156, 157 y 158.

2. Proyecto de Ley N° 2932/2013-CR que modifica artículos del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor.

3. Proyecto de Ley N° 3036/2013-CR que modifica el Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor.

4. Proyecto de Ley N° 3058/2013-CR que modifica el artículo 41 del Decreto Legislativo N° 822 "Ley sobre el Derecho de Autor".

5. Proyecto de Ley N° 3157/2013-CR que modifica el Decreto Legislativo N° 288, Ley sobre el Derecho de Autor.

6. Proyecto de Ley N° 4061/2014-CR que modifica el Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor.

7. Identificación del problema

El régimen de protección de obras por derechos de autor funciona en base a la selección de determinadas creaciones que merecen otorgar a los autores un régimen exclusivo de explotación de dichas creaciones, obteniendo control sobre el uso de las obras protegidas (requisito de autorización previa) e ingresos por cualquier tipo de explotación de las mismas (posibilidad de cobro de regalías por uso).

El sistema de Derecho de Autor está inspirado en dos fundamentos: el primero es retribuir al autor por su labor creativa y el segundo consiste en incentivar la creación de más obras para el crecimiento del acervo cultural de la nación y de la humanidad. No obstante, no es posible dejar de lado el punto de vista de los usuarios de las creaciones protegidas y sus legítimos derechos e intereses.

La propia Constitución Política de nuestro país establece, en el fundamento base del sistema de Derecho de Autor, que el éxito del régimen depende de un equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos de autor y los usuarios de las obras protegidas; así, el inciso 8 del artículo 2 de nuestra Carta Magna indica lo siguiente:

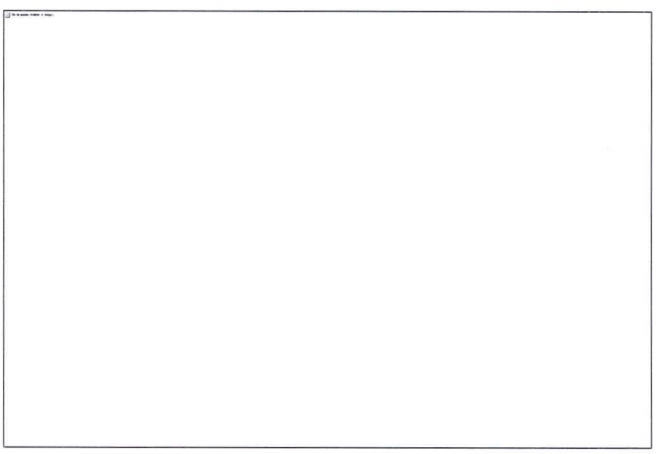
> "*Toda persona tiene derecho: (...) a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión*".

Tal como se puede leer, el Estado debe lograr un equilibrio entre el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual y el derecho de la ciudadanía de acceder a la cultura, no siendo el único valor constitucional que puede servir de base para limitar al Derecho de Autor. En este sentido, existen otros valores que pueden establecer contrapesos constitucionales que validan el establecimiento de restricciones a la libertad de creación intelectual, tales como el derecho a la educación, el resguardo al patrimonio cultural de la nación, la libertad de información, la garantía de publicidad en el proceso judicial, el derecho a la libertad de expresión, la libertad de cátedra, entre otros.

1. Supuestos injustamente calificados como ilícitos con el sistema vigente

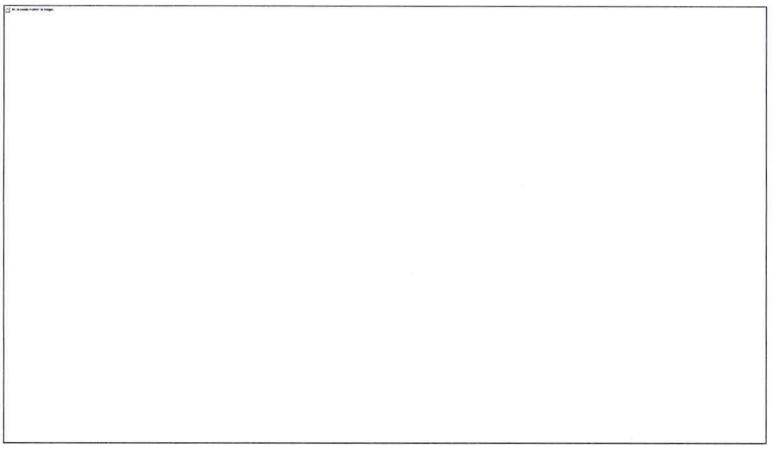
En este contexto, encontramos supuestos fácticos que, en aplicación estricta de la Ley de Derecho de Autor vigente, serían infractores y en realidad existen sendos valores constitucionales que respaldan el uso libre y gratuito de dichas obras.

El primer supuesto es aquel en el cual se utilizan obras protegidas en casos de tratamiento médico; uno de los ejemplos es el caso de las prótesis de Ángel Mallqui, a quien vemos a continuación:



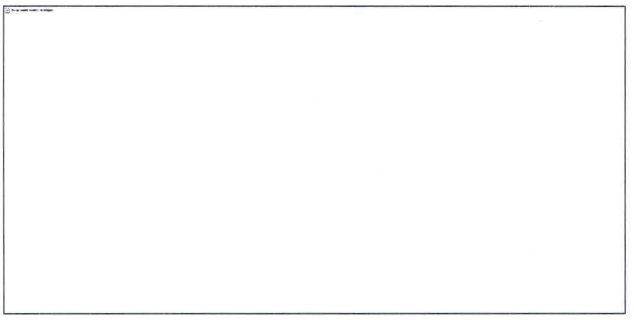
Fuente: https://andina.pe/agencia/noticia-nino-cusqueno-recibe-protesis-brazos-elaboradas-impresion-3d-720979.aspx

Igualmente, observamos ejemplos donde se utilizan obras protegidas para recubrir o mejorar los aparatos médicos que solucionan algún problema y sirven como tratamiento a los niños, tal como se puede ver en la imagen siguiente:

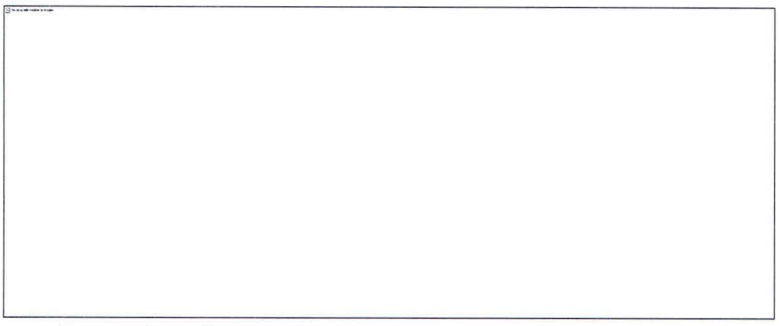


Fuente: EQUIPO DE EL COMERCIO – "Disfraza sillas de ruedas para convertir a niños en superhéroes". 21 de septiembre de 2017.
https://elcomercio.pe/tecnologia/redes-sociales/youtube-disfraza-sillas-ruedas-convertir-ninos-superheroes-noticia-460027-noticia/

Existen supuestos en los cuales debemos utilizar alguna obra protegida para crear tratamientos médicos que puedan alivianar los efectos psicológicos negativos en los pacientes, sobre todo si estamos ante niños y adolescentes. De igual forma, tenemos el caso del uso de los logotipos de superhéroes en cajas para cubrir la fórmula de la quimioterapia, para calmar los efectos negativos secundarios que trae consigo dicho tratamiento:



Fuente: https://www.lavanguardia.com/vida/20180915/451797485983/cajas-superheroes-quimioterapia-chemobox-impresora-3d-cancer-ninos.html



Fuente: https://www.sensacine.com/noticias/cine/noticia-18512448/

De igual manera, tenemos los supuestos de uso de obras musicales y/o audiovisuales protegidas como parte de tratamiento médico psicológico y el uso de obras protegidas por los *clowns* hospitalarios, ambos supuestos respaldados por diversos estudios médicos a lo largo de años, los cuales demuestran lo importante de estos tratamientos médicos en el cuidado de los pacientes, sobretodo en niños y adolescentes1.

---

1 MIRANDA, M., HAZARD, S., & MIRANDA, P. – "La música como una herramienta terapéutica en medicina". En: Revista Chilena de Neuro-psiquiatría, N° 55, Vol. 4, 2017, pp. 266-277.

QUIJADA, Pilar. – "Diez enfermedades que mejoran con la música". En: Diario ABC. 31 de enero de 2014.

https://www.abc.es/sociedad/20140131/abci-enfermedades-mejoran-musicoterapia-201401291443_1.html

BOYDE, C., LINDEN, U., BOEHM, K., & OSTERMANN, T. – "The Use of Music Therapy During the Treatment of Cancer Patients: A Collection of Evidence". En Revista Global Advances in Health and Medicine, N° 1, Vol. 5, 2012, pp. 24-29.

https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4890096/pdf/gahmj.2012.1.5.009.pdf

LI, X.-M., YAN, H., ZHOU, K.-N., DANG, S.-N., WANG, D.-L., & ZHANG, Y.-P. – "Effects of music therapy on pain among female breast cancer patients after radical mastectomy: results from a randomized controlled trial". En Revista Breast Cancer Research and Treatment, N° 128, Vol. 2, 2011, pp. 411-419.

https://www.researchgate.net/profile/Kaina_Zhou2/publication/51093898_Effects_of_music_therapy_on_pain_among_female_breast_cancer_patients_after_radical_mastectomy_Results_from_a_randomized_controlled_trial/links/5818dea708ae6378919e7768/Effects-of-music-

PACCHETTI, C., MANCINI, F., AGLIERI, R., FUNDARÒ, C., MARTIGNONI, E., & NAPPI, G. – "Active Music Therapy in Parkinson's Disease: An Integrative Method for Motor and Emotional Rehabilitation". En Revista Psychosomatic Medicine, N° 62, Vol. 3, 2000, pp. 386-393.

http://yogadopa.com/wp-content/uploads/2011/06/active-music-therapy-in-pd-2000.pdf

RAGLIO, A., BALLETI, G., TRAFICANTE, D., GIANOTTI, M., UBEZIO, M. C., VILLANI, D., & TRABUCCHI, M. – "Efficacy of Music Therapy in the Treatment of Behavioral and Psychiatric Symptoms of Dementia". En Revista Alzheimer Disease & Associated Disorders, N° 22, Vol. 2, 2008, 158-162.

https://pdfs.semanticscholar.org/0f53/3691d0f631f6e9bbd93711343087119ec502.pdf

LÓPEZ-CEPERO, J., AMAYA, A., CASTRO, T., GARCÍA, I., LÓPEZ, A., RUIZ, A., . . . BENÍTEZ, A. – "Anxiety during the performance of colonoscopies: modification using music therapy". En Revista European Journal of Gastroenterology & Hepatology, N° 16, Vol. 12, 2004, pp. 1381-1386.

https://journals.lww.com/eurojgh/Abstract/2004/12000/Anxiety_during_the_performance_of_colonoscopies__.24.aspx

Igualmente, es también parte del tratamiento médico cuando los doctores, o el personal del centro de salud, usan disfraces y/o trajes que representan usos de obras protegidas por Derecho de Autor, son ejemplos de lo indicado los siguientes:

DVORY, A., GOSHEN, Y., RUIMI, S., BIKOV, S., HALEVY, R., & KOREN, A. – "Dream Doctor Intervention Instead of Sedation: Performing Radionuclide Scanning Without Sedationin Young Children: A Study in 142 Patients". En Revista The Journal of Alternative and Complementary Medicine, N° 22, Vol. 5, 2016, pp. 408-412.

KONTOS, P., MILLER, K.-L., COLOBONG, R., PALMA, L., BINNS, M., LOW, L.-F., . . . NAGLIE, G. – "Elder-clowning in long-term dementia care: Results of a pilot". En Revista Journal of the American Geriatrics Society, N° 64, Vol. 2, 2016, pp. 347-353.

QUINTERO, A., EUCARIS, M., VILLAMIL, M., & LEÓN, J. – "Cambios en la depresión y el sentimiento de soledad después de la terapia de la risa en adultos mayores internados". En Revista Biomédica, N° 35, Vol. 1, 2015, pp. 90-100.

BENNETT, P., PARSONS, T., BEN-MOSHE, R., WEINBERG, M., NEAL, M., GILBERT, K., (...) HUTCHINSON, A. – "Laughter and Humor Therapy in Dialysis". En Revista Seminars in Dialysis, N° 27, Vol. 5, 2014, pp. 488-493.

GELKOPF, M. – "The Use of Humor in Serious Mental Illness: A Review". En Revista Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine, 2011. pp. 1-8.

MOFFAT, R. – "Is Laughter a Form of Therapy?". En Revista Medico-Legal Journal, N° 81, Vol. 1, 2013, p. 49.

SRIDHARAN, K., & SIVARAMAKRISHNAN, G. – "Therapeutic clowns in pediatrics: a systematic review and meta-analysis of randomized controlled trials". En Revista European journal of pediatrics, N° 175, Vol. 2, 2016, pp. 1353-1360.

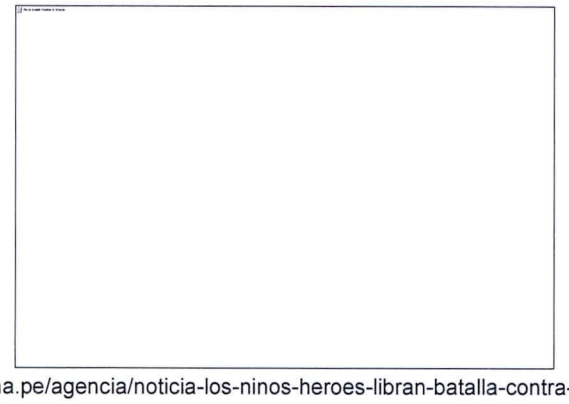
SCHEEL, T., HOEPPNER, D., GROTEVENDT, A., & BARTHLEN, W. – "Clowns in Paediatric Surgery: Less Anxiety and More Oxytocin? A Pilot Study". En Revista Klinische Pädiatrie, N° 229, Vol. 5, 2017, pp. 274-280.

KRISTENSEN, H., SØRENSEN, E., STINSON, J., & THOMSEN, H. – "'WE do it together!' An ethnographic study of the alliance between child and hospital clown during venipunctures". En Revista Journal of Pediatric Nursing, N° 46, 2019, pp. 1-9.

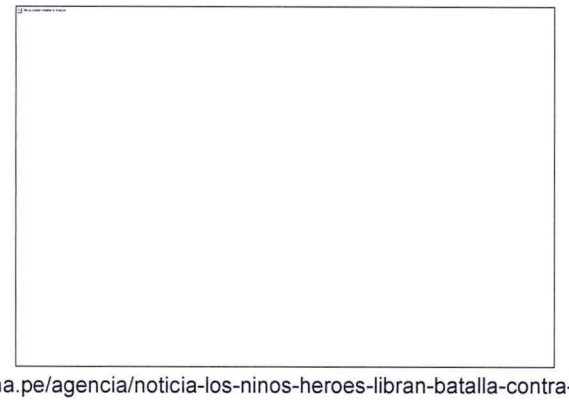
LOPES-JUNIOR, L., GARCÍA, R., OLSON, K., BOMFIM, E., TATSCH, E., CALHEIROS, D., (...) PEREIRA-DA-SILVA, G. – "Systematic review protocol examining the effectiveness of hospital clowns for symptom cluster management in paediatrics". En Revista BMJ Open, N° 9, Vol. 1, 2019, pp. 1-6.

MEIRI, N., ANKRI, A., ZIADAN, F., NAHMIAS, I., KONOPNICKI, M., SCHNAPP, Z., (...) PILLAR, G. – "Assistance of Medical Clowns Improves the Physical Examinations of Children Aged 2–6 Years". En Revista Israel Medical Association Journal, N° 19, Vol. 12, 2017, pp. 761-766.

AUERBACH, S. – "Are Clowns Good for Everyone? The Influence of Trait Cheerfulness on Emotional Reactions to a Hospital Clown Intervention". En Revista Frontiers in Psychology, N° 8 Vol. 1973, 2017, pp. 1-8



Fuente: https://andina.pe/agencia/noticia-los-ninos-heroes-libran-batalla-contra-cancer-654232.aspx



Fuente: https://andina.pe/agencia/noticia-los-ninos-heroes-libran-batalla-contra-cancer-654232.aspx

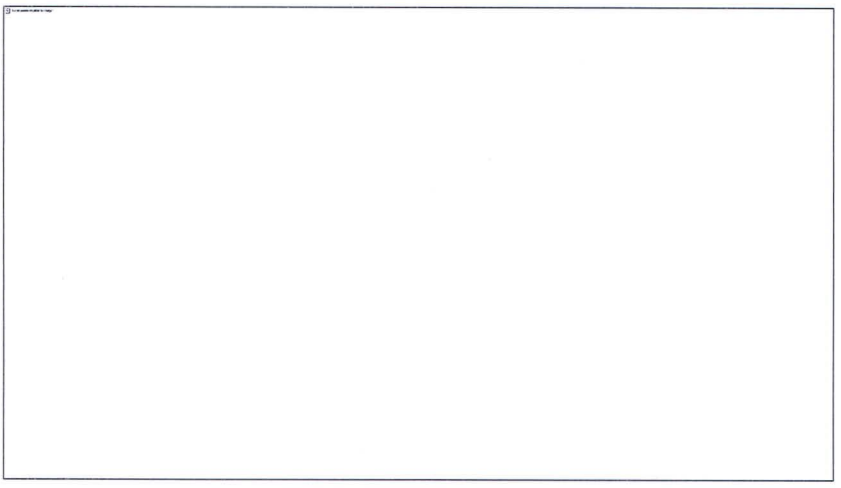
En este sentido, los usos que hemos mostrado no deberían representar ingresos para los autores y/o titulares de derechos de autor, ya que están sustentados en otros valores constitucionales que, tras un análisis de proporcionalidad, pueden hacer contrapeso y sustentan la restricción denominada "excepción" al derecho a la libertad de creación intelectual que sustenta el funcionamiento del sistema de Derecho de Autor.

Como segundo supuesto, observamos aquel en el cual se utilizan obras protegidas en casos de propaganda o publicidad institucional, excluyéndose la propaganda electoral. En este caso, nos referimos a aquella comunicación que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, como la protección del medio ambiente, el ahorro de energía, el pago de impuestos, entre otros.

Esta definición fue propuesta por primera vez en la Resolución N° 096-1996/TDC-INDECOPI y luego fue recogida legislativamente en la Ley N° 28874, Ley que regula la publicidad estatal. Este tipo de comunicaciones únicamente puede ser realizado por el Estado o personas ejerciendo actividades sin fines de lucro; en ningún caso, estarían involucrados agentes del mercado concurrentes.

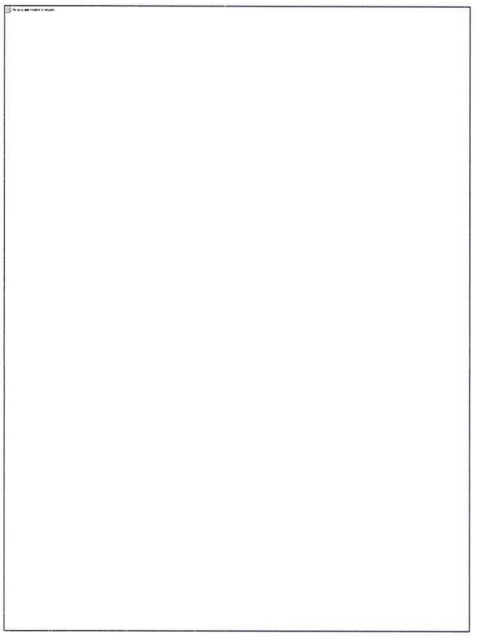
Como ejemplos internacionales tenemos, las campañas de organizaciones para el cuidado de niños en contexto de guerra que utilizan personajes protegidos por derechos de autor para potenciar el mensaje, como se puede observar:





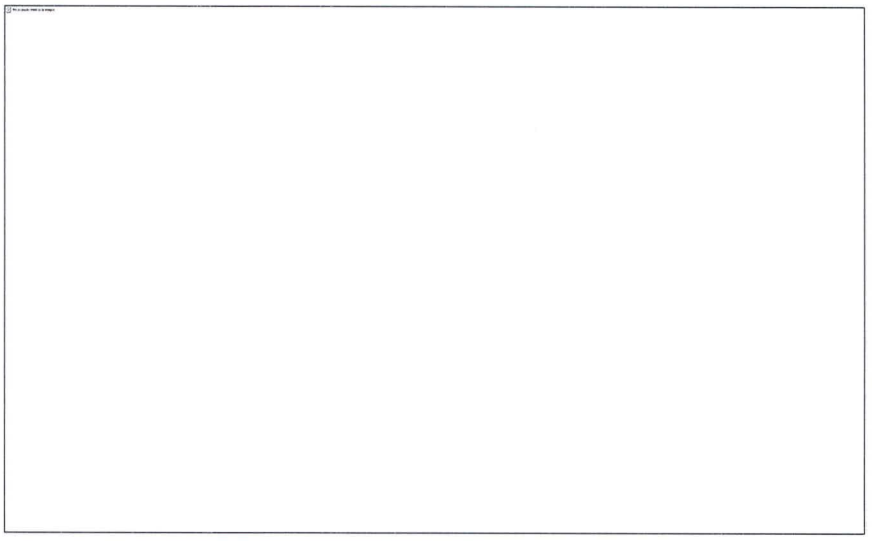
Fuente: War Child Holland. War Child / Batman. 14 de Abril de 2017
https://www.youtube.com/watch?v=tDiwhtcVrbw

De igual forma, podemos ubicar la campaña de una asociación para la donación de sangre utilizando personajes protegidos por derechos de autor para potenciar el mensaje, como se observa en la imagen:



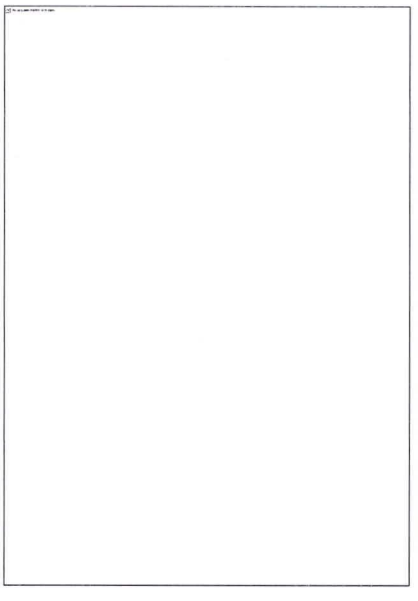
Fuente: Tsoutis, A. Spidey. *Spidey*. JWT, Athens, Greece, Atenas, 2013.

En igual sentido, en sede nacional, tenemos las propagandas del Instituto Nacional de Salud del Niño para la donación de sangre en pro de la salud de los niños con cáncer, como se puede observar:



Fuente: Equipo editorial Perú 21. *Este 29 únete a la campaña de donación de sangre del INSN de San Borja inspirada en Star Wars*, Diario Perú 21, 11 de Septiembre de 2018.

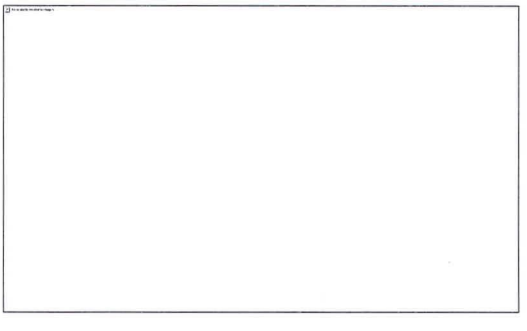
https://peru21.pe/lima/29-unete-campana-donacion-sangre-insn-san-borja-inspirada-star-wars-nndc-427471-noticia/



Fuente: Equipo editorial La República. Únete a la Fuerza "Dona sangre, salva vidas". 08 de Junio de 2017.

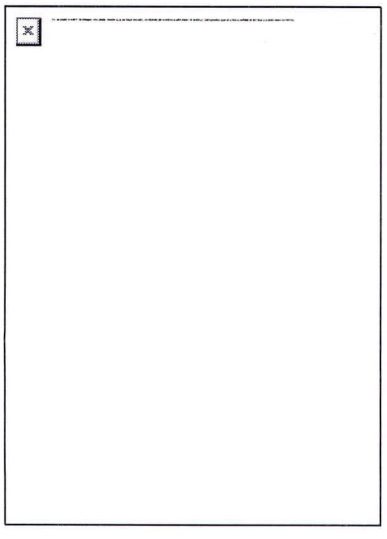
https://larepublica.pe/reportero-ciudadano/884315-unete-la-fuerza-dona-sangre-salva-vidas/

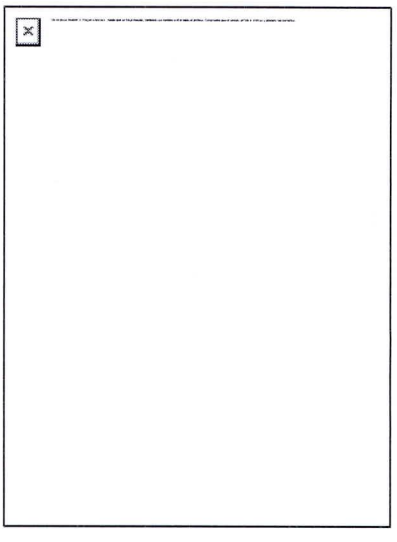
De igual forma, tenemos el caso de la propaganda del Estado al impulsar la donación de sangre a través de la canción "Tusa" (interpretada por Karol G y Nicky Minaj) de composición de Keityn, Karol G y Nicky Minaj, como se observa a continuación:

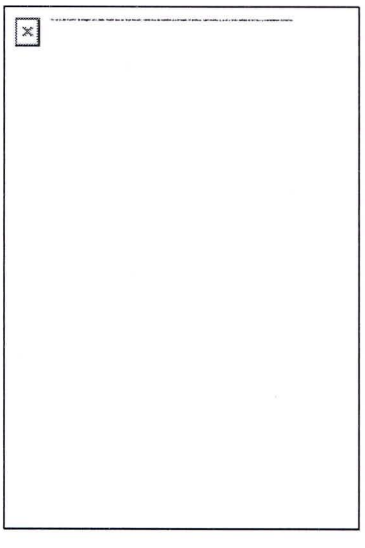


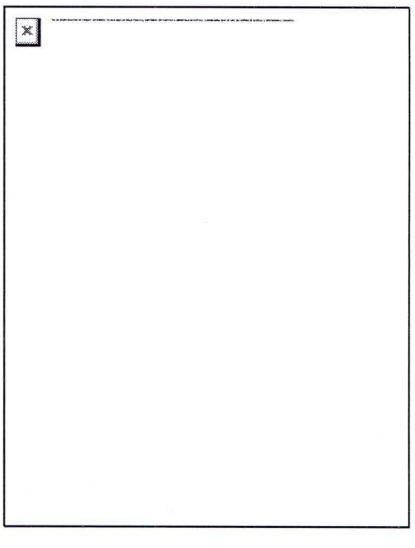
Fuente: Equipo editorial Diario La República. (17 de Febrero de 2020). EsSalud impulsa la donación de sangre al ritmo de 'Tusa', Diario La República. https://larepublica.pe/tendencias/2020/02/18/essalud-lanzan-campana-de-donacion-de-sangre-con-la-tusa-video-amtp/

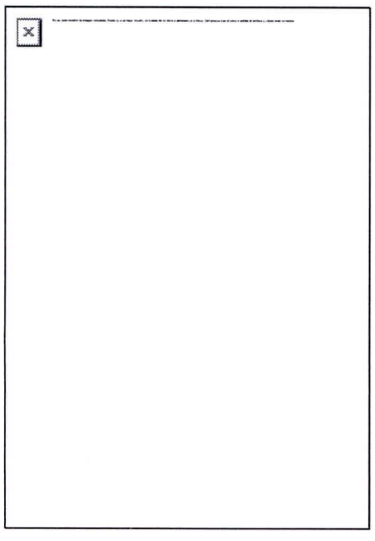
Está de más indicar todas las menciones a obras protegidas que realiza la Policía Nacional del Perú y otras entidades, tales como el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la RENIEC, el Ministerio de la Producción, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, entre otros, a través de sus cuentas de la red social Facebook, tal como se puede observar en las siguientes publicaciones:

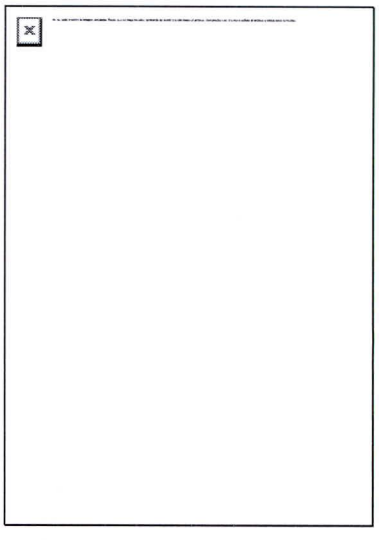


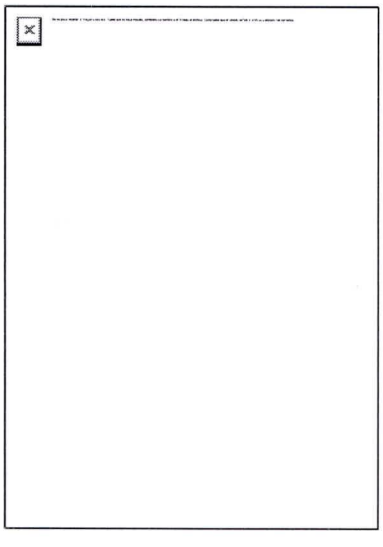


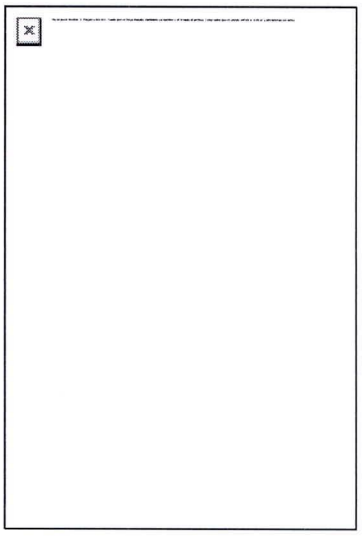


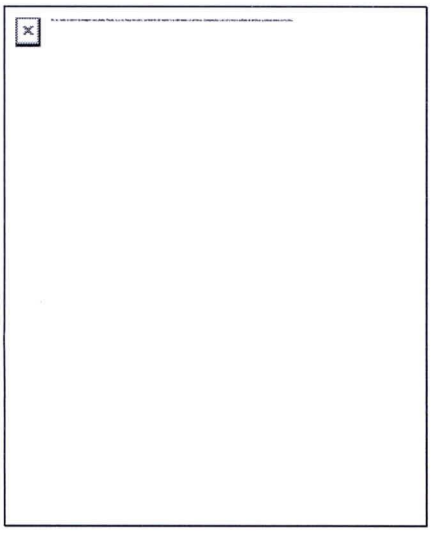


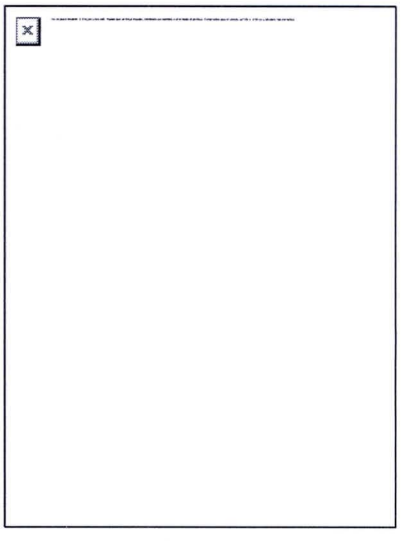


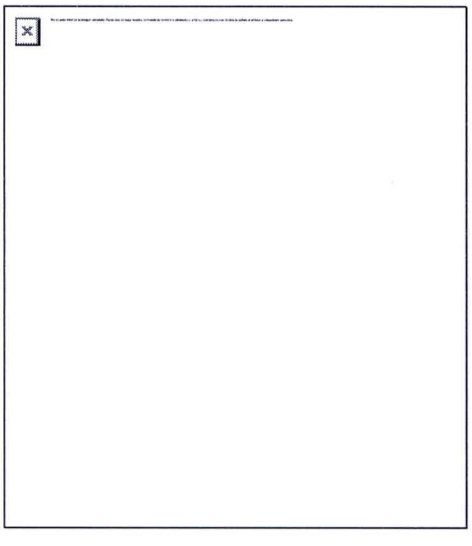


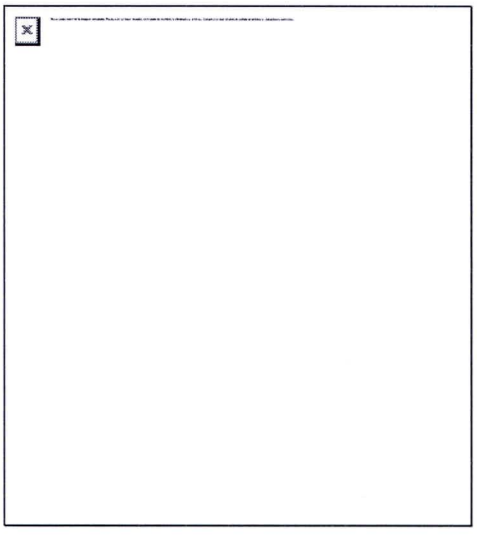


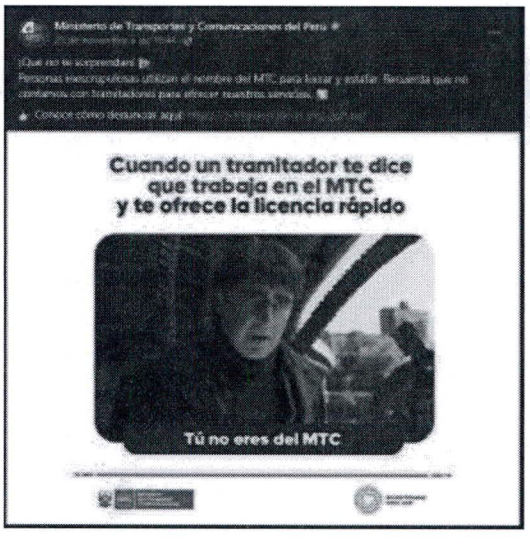










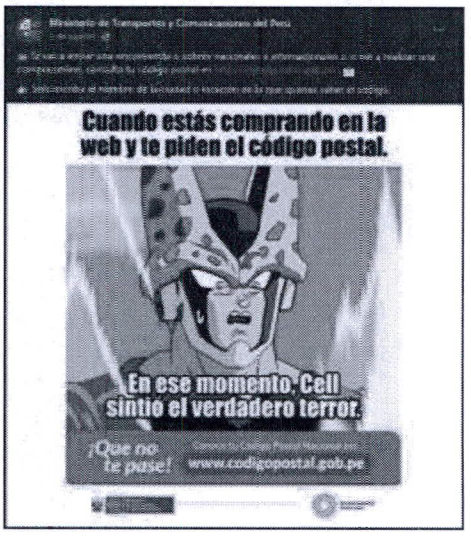

Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú
Cuando un tramitador te dice
que trabaja en el MTC
y te ofrece la licencia rápido
Tú no eres del MTC

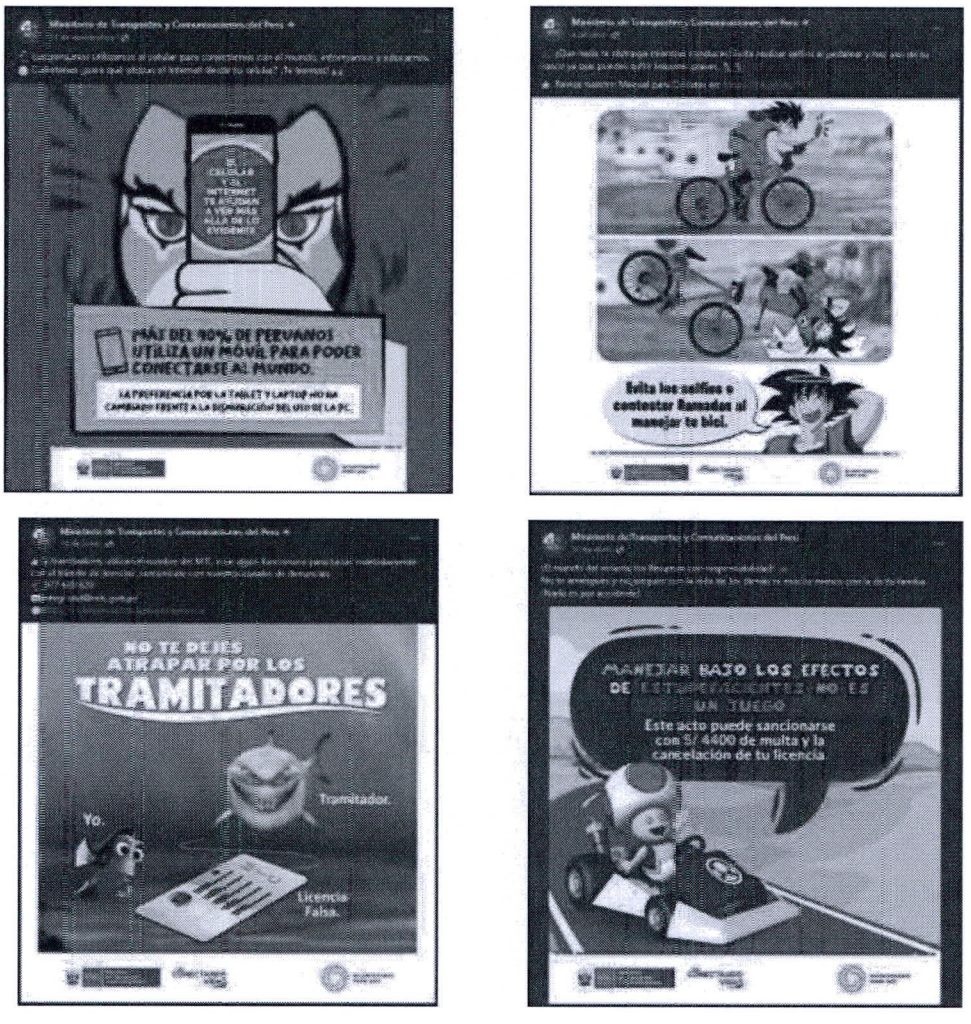

Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú
SOLO TIENES UNA VIDA
USA EL CINTURON DE
SEGURIDAD PARA CUIDARLA


CONTUMEROS DE THASTAYOC, EN CUSCO, SE SUMAN AL ÉXITO DE TRANSFORMERS
Se unirán a las labores de limpieza en la carretera Cusco-Quillabamba.


JUGAREMOS
SI NO RESPETAS EL PASO DEL PEATÓN


Cuando revisas tu récord del conductor:
Y no tienes ninguna sanción o multa:


Cuando estás comprando en la web y te piden el código postal.
En ese momento, Cell sintió el verdadero terror.
¡Que no te pase!
www.codigopostal.gob.pe



Fuente: Red Social Facebook
https://www.facebook.com/MTC.Peru https://www.facebook.com/Policia
https://www.facebook.com/MinjusPeru https://www.facebook.com/minproduccion
https://www.facebook.com/RENIECPERU https://www.facebook.com/minsaperu

También observamos ejemplos en los cuales la población en general o instituciones particulares, distintas al Estado, trasladan mensajes potentes sobre fines benéficos, configurándose publicidad institucional. En estos casos, también se utilizan obras protegidas por los derechos de autor y casos potencialmente infractores, pese a la finalidad muy loable que tengan, tal como se puede ver:



Fuente: REUTERS – "Los superhéroes mandan a niños y adultos llevar mascarilla en Indonesia". 04 de mayo de 2020.
https://elpais.com/internacional/2020/05/04/mundo_global/1588584677_528938.html



Fuente: MONTIJO, Mary – "Niños con sus disfraces de Star Wars o superhéroes, recorren el Estadio Sonora para juntar basura durante el Plogging Kids". 07 de noviembre de 2021.
https://proyectopuente.com.mx/2021/11/07/ninos-con-sus-disfraces-de-star-wars-o-superheroes-recorren-el-estadio-sonora-para-juntar-basura-durante-el-plogging-kids/



Fuente: EQUIPO EDITORIAL LA REPUBLICA – "Alcalde y sus trabajadores se disfrazan de superhéroes para alegrar a niños con coronavirus". 30 de junio de 2020. https://larepublica.pe/sociedad/2020/06/30/coronavirus-en-peru-chincha-alcalde-y-sus-trabajadores-se-disfrazan-de-superheroes-para-alegrar-a-ninos-con-covid-19-mdga/



Fuente: EQUIPO EDITORIAL LA PRENSA – "Se disfraza como Batman para rescatar a animales a punto de ser sacrificados y les busca nuevas familias". 16 de julio de 2019. https://laprensa.peru.com/curiosidades/noticia-viral-youtube-instagram-disfraza-batman-rescatar-animales-sacrificados-busca-nuevas-familias-estados-unidos-usa-espana-mexico-colombia-argentina-historias-yt-yutube-ig-insta-nnda-nnrt-video-fotos-90211

Tal como se encuentra regulado el sistema de Derecho de Autor, todos los ejemplos citados de usos de obras protegidas en propaganda o publicidad institucional del Estado serían casos infractores, ya que no se establece en la actual Ley de Derecho de Autor ningún supuesto que habilite el uso de estas obras sin requerir autorización

previamente y pago de regalías previo y por escrito. Esta iniciativa legislativa propone que se solucione el mencionado problema.

De esta forma, los usos que hemos mostrado no deberían representar negativa o cobro por parte de los autores y/o titulares de derechos de autor, ya que el uso de las obras conjuntamente con los mensajes indicados están también sustentados en valores constitucionales que hacen contrapeso y sustentan la restricción denominada "excepción" al derecho a la libertad de creación intelectual que sustenta el funcionamiento del sistema de Derecho de Autor, pasando con éxito el examen de su proporcionalidad.

Como tercer supuesto tenemos aquel en el cual se utilizan obras protegidas para el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública. Estos casos son los que versan sobre el uso de obras protegidas en el acontecer de actividades benéficas como un concierto pro fondos, una visita por parte de terceros a un hospital con trajes de personajes protegidos, la Teletón u otras actividades en las cuales únicamente lo recaudado sea destinado a un fin benéfico; sucede lo mismo con el concepto de colecta pública, es decir una "*actividad mediante la cual el agente recolecta recursos para destinarlos a fines sociales*", tal como indica el Decreto Supremo N° 010-2016-IN, Reglamento de promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas.

En este supuesto, tenemos todas aquellas actividades con fin benéfico que se hacen en centros hospitalarios por personal no médico, como podemos observar en las siguientes imágenes:



Fuente: Equipo editorial Perú 21 – "El 'Hombre Araña' se unió a 'Darth Vader' y sus secuaces para visitar niños del hospital Daniel Alcides Carrión". 04 de Julio de 2017

https://peru21.pe/lima/hombre-arana-unio-darth-vader-secuaces-visitar-ninos-hospital-daniel-alcides-carrion-fotos-85587-noticia/?foto=1



Fuente: MENDEZ, Gustavo – "Día de las Infancias: superhéroes visitaron a los niños internados en el Hospital Garrahan". 15 de agosto de 2021.

https://www.gente.com.ar/actualidad/dia-de-las-infancias-superheroes-visitaron-a-los-ninos-internados-en-el-hospital-garrahan/



Fuente: Equipo editorial Diario Correo - "Gal Gadot visitó a niños con cáncer vestida de 'Mujer Maravilla'". 08 de Julio de 2018.

https://diariocorreo.pe/miscelanea/gal-gadot-visito-ninos-con-cancer-vestida-de-mujer-maravilla-828986/

De igual forma, se encuentran en este supuesto las actividades que utilizan obras protegidas por derechos de autor dentro de las colectas públicas o actividades como la Teletón, como se observa en las siguientes imágenes:



Fuente: Equipo editorial America TV – "Guerreros realizaron musical de Frozen junto a integrantes de otros realities". 05 de Octubre de 2015

https://www.americatv.com.pe/noticias/espectaculos/guerreros-realizaron-musical-frozen-junto-integrantes-otros-realities-n200865



Fuente: Fundación Teletón Perú – "#TeletónPerú 2018 - Musical K-pop" [Archivo de Video]. 22 de Octubre de 2018
https://youtu.be/KW4r2TcXK7s

Es importante relatar que en este supuesto, el problema se hizo visible con la recaudación que intentó realizar la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC), la sociedad de gestión colectiva encargada de las obras de autores y compositores de música en nuestro país, respecto al concierto pro fondos para la conductora de televisión Francesca Brivio organizada por su hermano, relatada en el siguiente recorte periodístico:



Apdayc quiso cobrar por show para Francesca Brivio

Mostrando su indignación porque la Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc) pretendía cobrar el 10% de lo recaudado del concierto benéfico que se realizó anoche para recaudar fondos por la enfermedad de su hermana, Mathias Brivio protagonizó una confrontación verbal con el presidente de dicha institución, Armando Massé. "Nadie está cobrando un sol por este concierto. ¿Cómo puede ser que el dinero que debería ser para mi hermana (la conductora de TV Francesa Brivio), ahora tenemos que dárselo a Apdayc?", señaló muy ofuscado en Radio Capital. Tras ello, Massé indicó: "Desconocía sobre este espectáculo. La ley dice que tienen que pagar el impuesto. Pero, tratándose de este caso, solo pagarán la mitad del 10%. El restante lo pagaré yo". Más tarde, el conductor de *Hola a todos* agradeció el gesto. "Estoy agradecido con su iniciativa para con mi hermana, Francesca, y me disculpo porque reconozco que me exalté", manifestó Brivio.

Fuente: Equipo editorial Peru21 – "Apdayc quiso cobrar por show para Francesca Brivio". En: Diario Perú21 – Escena. Lima, 18 de marzo de 2010.
http://e.peru21.pe/102/impresa/pdf/2010/03/18/232897.pdf

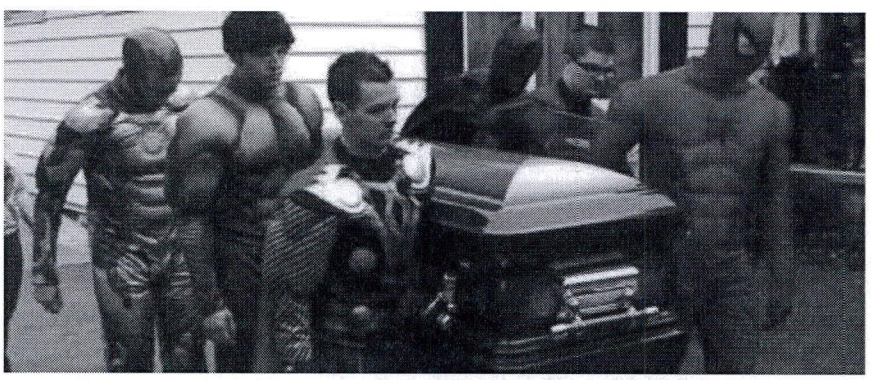
Una vez más, los usos de obras que exponemos no deberían representar negativa o cobro por parte de los autores y/o titulares de derechos de autor, ya que el uso de las obras en este tipo de actividades están basados en valores constitucionales que aquí también hacen contrapeso y sustentan la restricción denominada "excepción" a la base constitucional del sistema de Derecho de Autor, logrando satisfacer el *test* de proporcionalidad.

Finalmente, como cuarto supuesto tenemos aquel en el cual se usan obras protegidas para respetar la última voluntad de una persona que ha fallecido o cuando la familia

y/o amistades buscan despedir a su ser querido muerto recientemente. Se trata del uso de obras protegidas en ritos funerarios (velorio, entierro, cremación, esparcimiento de cenizas, entre otros).

Nuestra actual Ley de Derecho de Autor, sólo prevé un supuesto de "excepción" respecto a las ceremonias religiosas, pero restringido únicamente a pequeños fragmentos de obras musicales y con restricciones estrictas (artículo 41, inciso b, del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor).

En este supuesto, encontramos los casos de entierros de niños que han perdido la vida y en los cuales los ritos funerarios tienen una dinámica distinta en la cual se puede incluir el uso de obras protegidas por Derecho de Autor, como se puede observar en estas imágenes:



Fuente: Zulueta, A. – "Funeral Fit for a 5-Year-Old Superhero". 20 de Mayo de 2014

https://abcnews.go.com/US/funeral-fit-year-superhero/story?id=23793744



Fuente: Equipo editorial BBC Mundo – "Superhero funeral for school shooting victim". 05 de Octubre de 2016

https://www.bbc.com/news/world-us-canada-37568229



Fuente: Equipo editorial BBC Mundo – "Superhero funeral for school shooting victim". 05 de Octubre de 2016

https://www.bbc.com/news/world-us-canada-37568229

Sucede exactamente lo mismo en los casos de uso de obras musicales para despedir a las personas que han fallecido. Ya sea a pedido de estas personas, pues el Código Civil permite que establezcan disposiciones testamentarias para solicitar este tipo de pedidos fúnebres, o ya sea cuando los familiares y/o amistades buscan despedir a sus seres queridos con un ambiente diferente, más aún cuando se trata de personas que en vida fueron muy alegres o menores que fallecen a corta edad; esto, como sucedió en el funeral de Lady Di y de Nipsey Hussle, eventos retratados en las siguientes imágenes:



Fuente: Christodoulou, H. – *"ENGLAND'S ROSE - Why did Elton John perform Candle In The Wind at Princess Diana's funeral and what changes to the lyrics did he make?"*. 17 de Mayo de 2018. https://www.thesun.co.uk/news/4303214/elton-john-candle-in-the-wind-princess-diana-funeral-1997-lyrics-about/



Fuente: Bueno, A. – "Stevie Wonder Sings 'Tears In Heaven' at Nipsey Hussle Memorial, Gives Passionate Plea for Gun Control". 11 de Abril de 2019.

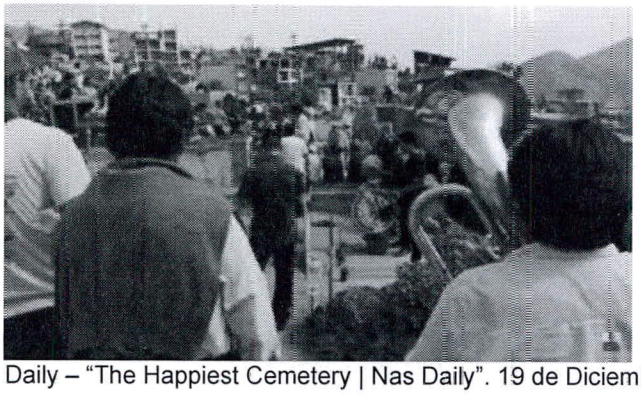
https://www.etonline.com/stevie-wonder-sings-tears-in-heaven-at-nipsey-hussle-memorial-gives-passionate-plea-for-gun-control

No obstante, lo indicado no solo sucede a nivel internacional, sino también sucede en muchos lugares de celebración fúnebre de nuestro país, tales como cementerios, velorios, lugares de velación, domicilios, entre otros. Un ejemplo claro es la despedida que se hace a los difuntos que llegan a cementerios como el "Nueva esperanza" en Lima o aquellos entierros que se hacen siguiendo la cultura popular, como sucede en el Callao, tal como se puede observar:



Fuente: Agencia EFE – "*Cementerio más grande de Latinoamérica en Perú celebra día de muertos*" [Archivo de Video]. 01 de Noviembre de 2016

https://www.youtube.com/watch?v=Mp6B99ZKESQ



Fuente: Nas Daily – "The Happiest Cemetery | Nas Daily". 19 de Diciembre de 2018. https://www.youtube.com/watch?v=OPFsthITU5Q



Fuente: Vitorio, R., & Huaroc, D. – "El Rey de los Velorios: cuando la chicha musicaliza la pena" [Archivo de Video]. 03 de Octubre de 2015. https://www.youtube.com/watch?v=8-xFv9PzuRE

Ahora bien, el uso de las obras protegidas por Derecho de Autor no debe ceder ante usos que no representan la expresión del derecho a la libertad de credo en su faceta de libertad de culto, valor protegido a nivel constitucional. Es por eso que todos los usos descritos, que actualmente califican como ilícitos por la Ley de Derecho de Autor, deberían estar recogidos en una restricción a los derechos patrimoniales de autor porque representan usos benéficos; es decir, usos que están respaldados por valores constitucionales que deben ser respetados, incluso por encima de la retribución que deben tener autores y/o compositores.

2. Examen de proporcionalidad sobre las restricciones al derecho a la libertad de creación artística

Los valores constitucionales, sean derechos y/o libertades, que recoge la Constitución de 1993, no tienen un valor jerárquico ni mucho menos preponderante unos sobre los otros2. En nuestro caso, se utiliza la proporcionalidad para justificar medidas que

2 MARCIANI, B. – "El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes". Lima: Palestra, 2014.

incurran en las limitaciones a algún valor constitucional específico, debiéndose así evaluar la idoneidad, la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de cada una de las medidas que restrinjan este valor constitucional3.

Así, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado en la Sentencia de 03 de junio de 2005, de los expedientes acumulados N° 050-2004-AI/TC, N° 051-2004-AI/TC, N° 004-2005-PI/TC, N° 007-2005-PI/TC y N° 009-2005-PI/TC, lo siguiente:

> *"El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran. De acuerdo con el principio de idoneidad o adecuación, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio a alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado, Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. Por último, de acuerdo con el principio de proporcionalidad strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental"* (fundamento 109).

Como ha indicado la doctrina, los casos de limitaciones al derecho a la libertad de creación artística se incorporan al sistema de Derecho de Autor como una restricción:

> *"La incorporación de límites o excepciones a los derechos del autor se produce desde el mismo momento en que empiezan a reconocerse legalmente las facultades que ostenta el autor sobre la obra. Y ello no es más que una consecuencia lógica del carácter limitado de todos los derechos pues, como se observa incluso en el ámbito de los derechos más esenciales, como son los fundamentales, no hay derecho absoluto. Así, la justificación de los límites que se pueden establecer a los derechos se encuentra en la colisión de estos con otros, o con otro tipo de intereses que se consideran dignos de protección. En el caso de los derechos de autor, el fundamento de su limitación se encuentra en la necesidad de mantener un adecuado equilibrio entre el debido respeto a los derechos del autor sobre su obra y el interés general de la sociedad y las libertades y derechos fundamentales de los usuarios, pues en la consecución de dicha armonía entre los intereses enfrentados se encuentra el logro del objetivo último de la*

3 BERNAL, C. – "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales". 4ta ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

regulación de los derechos de autor: la difusión de la cultura y con ella, el desarrollo de las sociedades"4.

Ahora bien, dentro del sistema de Derecho de Autor las limitaciones indicadas se traducen como alguna exclusión, restricción o limitación, dependiendo del objeto y sus efectos específicos; de esta forma, existen diversas opciones para el análisis de proporcionalidad en las medidas de restricción, pudiendo variar de una exclusión a una excepción o, también, a un límite como una medida menos restrictiva del valor constitucional que se tengan en frente:

Grado		Obra protegida	Autorización necesaria en caso de uso	Pago de regalía en caso de uso
1°	**Límites**	Sí	No	Sí
2°	**Excepciones**	Sí	No	No
3°	**Exclusiones**	No	No	No

Fuente: MURILLO, Javier – "Estudio sobre las restricciones en el Derecho de Autor: una nueva excepción para los usos de obras protegidas con fines benéficos". Lima: Lex & Iurs, 2021, p.87.

En el caso de la presente propuesta de Ley, extraemos un cuadro de la doctrina que ha analizado a detalle los contrapesos constitucionales de cada aspecto de la medida, pudiendo observarse que cada uno de los aspectos de la nueva excepción propuesta con la presente iniciativa cuenta con respaldo constitucional de valores como el derecho a la salud, la libertad de información, el derecho a la participación en la vida social de la Nación, el derecho a la libertad religiosa, así como la responsabilidad social empresarial y el principio de solidaridad:

Propuesta de norma	Restricción	Fundamento Constitucional o Fundamentos Constitucionales
Artículo 44-A y 44-B	1. Uso como tratamiento médico.	Art. 7 de la Constitución: **Derecho a la salud**
	2. Uso para propaganda o publicidad institucional, con exclusión del uso en propaganda electoral.	Art. 2, Inc. 4 de la Constitución: **Derecho a la Libertad de Información y a la Libertad de Expresión** Art. 44 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0012-

4 MARTÍNEZ, N. – "Los fines educativos y de investigación como limite al Derecho de Autor". Madrid: Dykinson, 2018.

		2018-AI/TC - N° 0013-2018-AI/TC, F.J. N° 96): **Mandato de cumplimiento de los deberes fundamentales del Estado**
	3. Uso en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública.	Art. 2, Inc. 17 de la Constitución: **Derecho a la participación, en forma individual o asociada, en la vida social de la Nación** Art. 43 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0048-2004-PI/TC, F.J. N° 37, Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00004-2010-PI/TC, FF.JJ. N° 8 – 9, Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2945-2003-AA/TC, F.J. N° 16 y Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2016-2004-AA/TC, F.J. N° 15): **Principio de Solidaridad – Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho** Art. 43 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03343-2007-AA/TC, FF.JJ. N° 21 – 23, Voto singular del Magistrado Landa en la Sentencia N° 06316-2008-PA/TC, F.J. N° 28 y Fundamento de Voto del Magistrado Eto en la Sentencia N° 02111-2019-PA/TC, F.J. N° 39): **Responsabilidad Social Empresarial – Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho** Art. 58 de la Constitución (reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 008-2003-AI/TC, F.J. N° 13): **Responsabilidad Social Empresarial – Modelo del Economía Social de Mercado**
	4. Uso en ritos funerarios.	Art. 2, Inc. 3 de la Constitución: **Derecho a la Libertad Religiosa**

Fuente: MURILLO, Javier – "Estudio sobre las restricciones en el Derecho de Autor: una nueva excepción para los usos de obras protegidas con fines benéficos". Lima: Lex & Iurs, 2021, pp. 178-179.

De esta forma, se cumple el análisis de idoneidad de la norma propuesta ya que la iniciativa legislativa que, sin dudas crea una restricción a los derechos patrimoniales de autor, está fundamentada en la garantía y particular consecución de fines de primar los valores constitucionales antes descritos.

Ahora bien, la medida propuesta también pasa el análisis de necesidad, ya que no se establece una restricción tan fuerte como una exclusión, sino que se plantea una nueva excepción; es decir, se establece que los usos de obras protegidas con fines

benéficos (usos médicos; usos en propaganda o publicidad institucional; usos en el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública; y usos en ritos funerarios) no requieren obtener permiso de autores y/o titulares, ni la posibilidad de cobrar las regalías.

Cuando surge la duda de si existen o no medidas igualmente satisfactorias pero menos gravosas resalta la opción de fijar un límite (sólo permitir el libre uso, pero pegante). Creemos que la medida requiere más que este, porque el requerir el cobro no será igualmente satisfactorio en el caso de los usos antes indicados; por un lado, los costos de transacción de obtener un permiso para el uso de una obra en estos contextos puede ser tan oneroso que resulta imposible que el titular otorgue su consentimiento, esto puede deberse a que el sistema de precios podría generar una barrera de costos ocultos; igualmente, estamos ante usos que se justifican en base a varios valores constitucionales, los cuales generan que deba primar el interés público frente al particular.

Como ha indicado la doctrina, "(...) las consideraciones relativas al interés público deben ser incluidas y tomadas en cuenta dentro de la discusión referente a las reglas de proporcionalidad"5.

En este sentido, se encuentra plenamente justificado el establecimiento de una excepción; de igual forma, también se establece algún camino a favor del titular como por ejemplo la prohibición de uso de obras en temas de propaganda política o el establecimiento de un derecho potestativo en caso que se usen las obras para difundir información con la que no está de acuerdo el autor y/o el titular. Estas medidas justamente flexibilizan la excepción para que se configure como una medida específicamente adecuada para la consecución del objetivo de garantizar los valores constitucionales a los cuales se propone respaldar la medida.

Finalmente, sobre la proporcionalidad *strictu sensu*, la nueva excepción propuesta establece un correcto balance entre los contrapesos realizados a la libertad de creación intelectual:

1. El derecho a la salud y el derecho a la salud mental de los pacientes e, incluso, de su entorno familiar, se configuran como un fundamento constitucional capaz de restringir el derecho fundamental de la persona a la creación intelectual, artística, técnica y científica, base del sistema de Derecho de Autor; igualmente, la búsqueda de condiciones para una vida digna de los pacientes es suficiente valor constitucional para validar la propuesta legislativa.

2. En el caso de la publicidad institucional o propaganda, la libertad de información y la libertad de expresión son el fundamento constitucional para la

5 BARAK, A. – "Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones". Lima: Palestra, 2017, p. 101.

excepción a los derechos patrimoniales de autor para el uso de obras con finalidad benéfica en esta faceta. Está además prevista la exclusión del uso en propaganda electoral, lo cual genera que la medida sea ponderada. En este caso, debemos considerar que se trata de comunicaciones que trasladan información de carácter importante que debe ser transmitida a la población en general para apoyar a otras personas que lo necesitan o, en el caso estatal, para cumplir la finalidad de difusión de la información.

3. El fundamento constitucional de este aspecto también, más que en la libertad de información o expresión, se encuentra en el mandato de cumplimiento de los deberes del Estado; es decir, en el consenso de los entes del Estado y los ciudadanos para efectivizar las diversas normas jurídicas del ordenamiento que implican obligaciones del Estado, cuyo cumplimiento debe ser informado a los ciudadanos.

4. Igualmente, el Principio de Solidaridad es uno de los fundamentos constitucionales básicos de la excepción propuesta en el aspecto del desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, debido a que se busca el apoyo de la sociedad a las personas que más lo necesitan, debido a las circunstancias en las cuales les ha tocado vivir.

5. Otro de los valores que hace contrapeso es la Responsabilidad Social Empresarial, la cual sirve de fundamento constitucional para el desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública usando obras de forma libre y gratuita, debido a que es una oportunidad para colaborar y cumplir con uno de los mandatos que busca el Modelo del Estado Democrático y Social de Derecho y el Modelo del Economía Social de Mercado que ha adoptado el Perú para su sociedad y el mercado marco en el cual se desenvuelven los privados y el propio Estado.

6. También, junto al Principio de Solidaridad y la Responsabilidad Social Empresarial, el derecho a participar en la vida social de la Nación es además una de las bases constitucionales para la propuesta legislativa respecto al desarrollo de actividades de recreación de personas necesitadas o colecta pública, ya que la actividad social de ayuda a los demás es uno de los aspectos de la vida social de los ciudadanos, la cual puede ejercerse libremente por los ciudadanos de forma individual o asociada.

7. Por último, debemos considerar que el derecho a la libertad religiosa se configura como el fundamento constitucional de la propuesta sobre los usos de obras protegidas de forma libre y gratuita en ritos funerarios, ya que con el fin de ayudar a respetar la última voluntad de la persona fallecida o con el fin de

apoyar a ejercer la libertad de la familia y/o afines para despedirla se puede limitar el derecho constitucional a la creación intelectual.

En este sentido, la propuesta legislativa cuenta con la base y respaldo constitucional necesario para su incorporación a la normativa en el sistema de Derecho de Autor vigente. De esta manera, la promulgación de la iniciativa legislativa como ley de nuestro ordenamiento no sólo nos hará un mejor país, sino que demostrará el valor de los ciudadanos peruanos, tanto en la promoción del apoyo a las causas benéficas y la solidaridad que debemos demostrar en general.

8. Cumplimiento con la regla de los tres pasos

Simplemente para finalizar, indicamos que la propuesta legislativa cumple con la regla de los tres pasos; es decir, una evaluación consistente en que el libre establecimiento de restricciones a los derechos patrimoniales de autor por parte de los Estados deberá sujetarse a las siguientes reglas:

1. Primero, que los límites y/o excepciones deben circunscribirse únicamente a casos especiales;
2. Segundo, que la aplicación de los límites y/o excepciones no debe perjudicar la explotación normal de la obra protegida; y
3. Tercero, que la aplicación de los límites y/o excepciones no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

En este sentido, como señala la doctrina, el *test* de la regla de los tres pasos está direccionado tanto a quien aplica como para quien crea nuevas reglas: "*esas condiciones o excepciones van dirigidas, tanto a los legisladores al momento de dictar las normas internas, como a las autoridades al aplicarlas*"6. Igualmente, se ha indicado que este *test* se ha convertido en "*(...) un verdadero límite para los Estados a la hora de permitir en sus legislaciones excepciones a los derechos exclusivos del derecho de autor*"7.

En nuestro país, el artículo 50 de la Ley de Derecho de Autor establece que "*Las excepciones establecidas en los artículos precedentes, son de interpretación restrictiva y no podrán aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados*", quedando definidos estos últimos en el inciso 47 del artículo 2 del mismo cuerpo normativo como "*los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del respectivo derecho*".

De esta forma, la propuesta legislativa, que contiene una nueva excepción, cumple con los tres pasos requeridos para el establecimiento de una restricción a los derechos

6 ANTEQUERA, R. – "Estudios de Derecho de autor y Derechos afines". Madrid: REUS, 2007, p. 180.

7 CASTELLÓ, J. – "Comentario al Artículo 40bis de la Ley de Propiedad Intelectual". En AA.VV., Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (pp. 716-734). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 724.

patrimoniales de autor nueva. Lo indicado, debido a que se perfila y delimita de manera cautelosa el supuesto de hecho que configurará la nueva excepción, para que el supuesto regulado sea lo más exacto posible, incluso utilizando definiciones en normas ya existentes para su aplicación, promoviendo la sistematicidad de nuestro ordenamiento.

En esa línea, la nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor contenida en la propuesta de ley no será un obstáculo para el mercado regular de las obras utilizadas, debido a que sus supuestos no tienen una finalidad de mercado; es decir, casi todos los casos son usos fuera del mercado y casi todos los casos presentan fórmulas seguras en los conceptos utilizados para impedir el uso mercantil.

Igualmente, esta propuesta, que contiene una nueva excepción a los derechos patrimoniales de autor, no generará perjuicios injustificados a los intereses de los autores y/o titulares de los derechos sobre las obras utilizadas, puesto que sólo se busca primar valores constitucionales, siempre en virtud al fin benéfico en favor de una o varias personas.

Además, con la finalidad de ponderar la medida, se establece un mecanismo como derecho potestativo para que los autores y/o titulares de los derechos sobre las obras utilizadas se nieguen a los usos utilizando la nueva excepción en el caso de los usos de obras protegidas para propaganda o publicidad institucional con fines benéficos, ya sea por discrepar con el mensaje transmitido o con el emisor.

Igualmente, es importante resaltar que de todas formas, cualquier uso abusivo de la excepción nueva en la práctica, deberá ser controlada, en virtud de la aplicación de la regla de los tres pasos en el desarrollo, por parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

De esta forma, ha quedado demostrado que la excepción que contiene la presente propuesta legislativa cumple con los pasos del *test* de la regla de los tres pasos pues la nueva excepción se trata de un caso especial a aplicarse de forma específica y taxativa, no afecta el desarrollo mercantil usual de la obra original, así como no genera perjuicios injustificados a los autores y/o titulares.

4. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

1. Análisis del estado actual de la situación a regular

En el ordenamiento jurídico vigente, no existe una restricción a los derechos de autor, ya sea exclusión, límite o excepción, que tenga como objeto y finalidad los fines benéficos en favor de los usuarios de obras protegidas por derechos de autor. En este sentido, la propuesta es innovadora y pretende crear mayor flexibilidad en usos libres y

gratuitos completamente justificados en valores constitucionales que van a permitir a los usuarios potenciar sus actividades de manera correcta y eficiente.

Los dos más relacionados son los siguientes:

1. **"Artículo 41.** *Las obras del ingenio protegidas por la presente ley podrán ser comunicadas lícitamente, sin necesidad de la autorización del autor ni el pago de remuneración alguna, en los casos siguientes: (...)* ***b.*** *Las efectuadas en el curso de actos oficiales o ceremonias religiosas, de pequeños fragmentos musicales o de partes de obras de música, siempre que el público pueda asistir a ellos gratuitamente y ninguno de los participantes en el acto perciba una remuneración específica por su interpretación o ejecución en dicho acto".*

2. "**Artículo 43.** *Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor: (...)* ***g.*** *La reproducción de las obras de ingenio para uso privado de invidentes, siempre que ésta se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y que las copias no tengan como propósito utilización lucrativa".*

Conforme se puede observar, ambas normas establecen dos restricciones: la primera establece la excepción para actos oficiales o ceremonias religiosas de breves fragmentos musicales y la segunda fija el límite para uso de obras en favor de personas invidentes. Si bien ambas normas tienen finalidad benéfica, como se ha demostrado, quedan excedidas por los supuestos que injustamente se tratan como ilícitos en la actualidad.

Precisamente, sobre estas restricciones ya existentes, la propuesta legislativa necesita modificar el inciso b) del artículo 41 para poder generar la inclusión sistémica de la nueva excepción contenida en esta propuesta de ley.

Como supuestos recogidos a nivel comparado, tenemos, dentro de la *Section* 110 de la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos, como casos emblemáticos, pero limitados, para el propósito de creación de un nuevo límite y/o excepción para usos benéficos, a los siguientes:

1. Usos en eventos educativos, religiosos o de caridad, sin fines de lucro (*Section* 110, párrafo 4, de la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos);
2. Usos por el Gobierno u organizaciones sin fines de lucro dedicadas a la agricultura u horticultura (*Section* 110, párrafo 6, de la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos); y
3. Usos por parte de organizaciones de veteranos o fraternales sin fines de lucro (*Section* 110, párrafo 10, de la *Copyright Act* de 1976 de Estados Unidos).

Finalmente, es importante también mencionar que la *Section* 44BB, párrafo 1, epígrafe a), numeral iv), de la *Copyright Act* australiana de 1968, establece un referente importante a nivel comparado en la aplicación de una excepción para uso de obras

con fines benéficos en la modalidad de usos para tratamiento médico; indicándose que se trata de medicina en los términos de la normativa de salud nacional, debiéndose excluir cualquier tipo de medicina no tradicional o alternativa en la aplicación del presente aspecto de la excepción, ya que el sustento científico de la misma no alcanza a este tipo de procedimientos.

4. Nuevo estado que generará la propuesta

Actualmente, existe una visión general de las leyes de propiedad intelectual a nivel mundial como normativas muy rígidas que están quedando desfasadas frente a los nuevos usos de las obras protegidas y el progreso de las nuevas tecnologías que dejan atrás lo regulado en muy poco tiempo. El Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor, norma de derecho de autor en nuestro país no es la excepción.

La referida ley debe buscar un equilibrio entre la protección a favor de los titulares y los usos permitidos por parte de los usuarios; en ese sentido, se ha indicado lo siguiente:

> *"El sistema de derechos de autor lleva implícita la idea de un equilibrio. En su esencia, está la idea que el sistema debe permitir a los creadores continuar creando al tiempo que promueve el acceso a la cultura y al conocimiento por parte de todos los demás. (...). Este equilibrio tiene su mejor expresión en la lista de excepciones y limitaciones al derecho de autor. Se trata de una lista de casos en los que es posible usar todo o parte de una obra protegida por derechos de autor sin necesidad de pagar una contraprestación o pedir permiso. En nuestro país, esa lista es limitada y en muchos casos ha quedado totalmente desfasada"8.*

En este sentido, la iniciativa legislativa propuesta hace eco de la necesidad de dinamizar y renovar la lista de límites y excepciones que contiene nuestra Ley de Derecho de Autor; así, entre las necesidades que fundamentan la renovación de la lista con una nueva excepción encontramos los usos con fines benéficos. No obstante, colocar la finalidad benéfica *lato sensu* como uno de los justificantes para una nueva excepción no cumpliría con el parámetro de la regla de los tres pasos9; por ello, la propuesta desarrolla específicamente que debemos entender como aspectos que configurarán un fin benéfico.

De esta manera, el proyecto de ley contenido en este documento tiene como efecto principal el establecimiento de una nueva excepción basada en los usos de obras protegidas con fines benéficos, entendiendo que ello versa específicamente sobre los siguientes aspectos:

---

8 MORACHIMO, M. – "Interviniendo la ley peruana de derechos de autor". En: Revista Jurídica Thomson Reuters. Año II, N° 63. Lima: Thomson Reuters, 2014, p. 10. Consulta: 29 de noviembre de 2021.

https://www.blawyer.org/wp-content/uploads/2014/03/morachimo_reforma_derechos_autor.pdf

9 CÓRDOBA, J. – "El Derecho de Autor y sus límites". Bogotá: Universidad de La Sabana-Temis, 2015.

1. El uso de obras protegidas para tratamientos médicos;
2. El uso de obras protegidas para potenciar mensajes de propaganda o publicidad institucional (excluyendo la propaganda política);
3. El uso de obras protegidas para el desarrollo de actividades en favor de personas necesitadas o colectas públicas; y
4. El uso de obras protegidas para el cumplimiento de la última voluntad de una persona fallecida, o de la familia o amigos de una persona que ha muerto.

Revisando los aspectos concretos que contiene la propuesta legislativa incluida en este documento, podemos observar lo siguiente:

Tema	Situación anterior	Situación que generará la propuesta
Aspectos generales de la nueva excepción para fines benéficos	Sin regulación.	La ley propuesta establece por primera vez una restricción a los derechos patrimoniales de autor basada en los usos benéficos.
La faceta de **uso para tratamientos médicos** como parte de la excepción para fines benéficos	Sin regulación.	La ley propuesta permitirá que las personas puedan recibir tratamiento médico que incluya obras protegidas por derecho de autor, sin solicitar autorización o pagar regalías.
La faceta de **usos en propaganda o publicidad institucional** como parte de la excepción para fines benéficos	Sin regulación.	La ley propuesta permitirá que las personas, empresas, entidades e, incluso, el Estado puedan utilizar obras protegidas por derecho de autor para potenciar el mensaje en beneficio de la población, sin solicitar autorización o pagar regalías.
La faceta de **usos en el desarrollo de actividades en favor de personas necesitadas o colectas públicas** como parte de la excepción para fines benéficos	Sin regulación.	La ley propuesta permitirá que las personas, empresas, entidades e, incluso, el Estado puedan utilizar obras protegidas por derecho de autor para la realización de eventos para favorecer a personas necesitadas, sin solicitar autorización o pagar regalías.

La faceta de **usos en rituales funerarios** como parte de la excepción para fines benéficos

Excepción de usos en actos oficiales o ceremonias religiosas [literal a) del artículo 43 de la ley vigente]

La ley propuesta ha extraído el uso en ritos funerarios (ceremonia religiosa) para crear un apartado específico.

La ley propuesta permitirá que las personas puedan despedir a sus seres queridos o podrán disponer ellos mismos que cuando fallezcan puedan usarse obras protegidas para cumplir las últimas voluntades.

5. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

De un lado, sobre los costos que generará la presente ley y, de otro lado, los beneficios que logrará la misma, tenemos el siguiente análisis:

ACTORES	BENEFICIOS	COSTOS
Población	1. Se logrará la mejor garantía de los derechos a la salud, a la libertad de información y a la libertad de expresión, a la participación, en forma individual o asociada, en la vida social de la Nación y a la libertad religiosa.	
	2. Se logrará proporcionar tratamiento médico con uso de obras protegidas de forma libre y gratuita, lo cual repercutirá en la salud y la salud mental de pacientes y sus seres queridos.	
	3. Se proporcionará mayor y mejor acceso a la información por parte de las instituciones	

		estatales y aquellas dirigidas a ayudar a las personas necesitadas.
	4.	Lograrán tener acceso a uso libre y gratuito de obras protegidas por derechos de autor para finalidad benéfica, en favor de grupos de personas de la población o la población en general.
	5.	Permitirá que las personas respeten la última voluntad de sus seres queridos fallecidos haciendo uso de obras protegidas por derechos de autor en ritos funerarios, respetando así el derecho a la libertad religiosa.
	6.	Se potenciará el principio de solidaridad de la población en general, logrando que nos afiancemos como ciudadanos solidarios que colaboran los unos con los otros.
Estado	1.	Cumplirá con potenciar, garantizar y cumplir con los valores constitucionales, sobre todo se cumplirá con resguardar la dimensión objetiva de los derechos fundamentales involucrados en la nueva excepción.
	2.	Logrará el equilibrio entre los

titulares del derecho de autor y la población en general como usuarios de la industria cultural, permitiendo el acceso a obras protegidas de forma libre y gratuita cuando dicho uso se encuentre justificado por valores constitucionales de igual importancia.

3. Flexibilizará el rígido sistema de Derecho de Autor para fines benéficos en favor de la población.

4. Permitirá la mejora en la prestación de salud por parte de centros de salud estatales que requieran el uso de obras protegidas por el derecho de autor.

5. Potenciará los tratamientos de salud mental de los centros médicos estatales, a través del uso de obras protegidas por derechos de autor de forma libre y gratuita.

6. Impulsará la información trasladada por el Estado a través del uso de obras protegidas por derechos de autor.

7. Volverá lícita la política de información pública que hace el Estado a través de sus redes sociales, como hasta la

fecha, utilizando obras protegidas por Derecho de Autor.

8. Sensibilizará en los roles de las entidades del Estado a través del uso de obras protegidas por derechos de autor.

9. El sector público colaborará con el uso de obras protegidas por derecho de autor, mostrando y visibilizando las obras que lleva la industria privada artística.

10. Se confirmará la política de mayores beneficios en favor de las personas necesitadas, siempre con fines benéficos.

11. Potenciará e impulsará el cumplimiento de la garantía de resguardo del contenido esencial del derecho a la libertad religiosa en su faceta de libertad de realización de ritos funerarios.

12. RELACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL

En el Acuerdo Nacional, entre las Políticas de Estado que concuerdan con la finalidad de esta ley, encontramos las siguientes:

1. **Política de Estado N° 1.** Fortalecimiento del Régimen Democrático y del Estado de Derecho.

1. **Política de Estado N° 12.** Acceso Universal a una Educación Pública Gratuita y de Calidad y Promoción y Defensa de la Cultura y del Deporte.

2. **Política de Estado N° 20.** Desarrollo de la ciencia y la tecnología.

3. **Política de Estado N° 24.** Afirmación de un Estado eficiente y transparente.

4. **Política de Estado N° 28.** Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial.

5. **Política de Estado N° 29.** Acceso a la información, libertad de expresión y libertad de prensa.

6. **Política de Estado N° 35.** Sociedad de la información y sociedad del conocimiento.