



Acerca de la comunicación pública incidental de obras protegidas por el Derecho de Autor^(*)^(**)^(***)

Communication to the public and incidental use of a work protected by copyright

Moisés Rejanovinschi Talledo^(**)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha interpretado que el uso incidental de obras de arte en audiovisuales no califica como un acto de comunicación pública. El presente artículo revisa las premisas establecidas por el Tribunal citado, planteando que, si las personas acceden a una obra, así sea de manera incidental, ello constituye el derecho patrimonial de comunicación pública. En ese sentido, el criterio señalado por el Tribunal podría afectar a titulares de derechos de autor. En este documento, se desarrolla el concepto de comunicación pública, así como algunas excepciones y límites relacionados con las obras de artes plásticas.

Palabras clave: Derecho de Autor - Comunicación Pública - Obra de Arte - Obra Audiovisual - Comunicación Pública - Incidental - Límites - Excepciones - Derechos Patrimoniales - Propiedad Intelectual - Perú

Abstract: The Court of Justice of the Andean Community has interpreted that the incidental use of works of art in audiovisual productions does not qualify as an act of public communication. This article reviews the premises established by the cited Court, arguing that if individuals access any work, even incidentally, this constitutes the economic right of public communication in this regard, the criterion established by the Court could affect copyright holders. This paper develops the concept of public communication, as well as certain exceptions and limits related to works of visual art.

Key words: Copyright – Communication to the Public – Work of Art – Audiovisual Work – Incidental Communication to the Public – Limits – Exceptions – Economic rights – Intellectual Property – Peru

^(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 4 de marzo de 2026 y su publicación fue aprobada el 15 de junio de 2026.

^(**) El autor desea expresar su agradecimiento al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) por el apoyo brindado en virtud del Fondo de Apoyo para el Afianzamiento de la Investigación y Docencia.

^(***) Dedico el presente artículo a Sandra y mis angelitos Gael y Franco.

^(****) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la misma casa de estudios. Profesor ordinario contratado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). ORCID: 0000-0001-7335-0931. Correo electrónico: mrejanovinschi@pucp.pe.



1. Introducción

Cuando el senador Palpatine le ofrece a Anakin Skywalker aprender las sutilezas y todos los aspectos de la fuerza para ser un gran líder - incluyendo el lado oscuro⁽¹⁾- se aprecian unas esculturas en su oficina, las cuales son conocidas como los cuatro sabios de Dwartii. Estos fueron filósofos y legisladores que tuvieron influencia en la política durante los primeros años del Imperio Galáctico (Shkoukani, 2021). Todo lo descrito, como podrá advertir el lector, se encuentra dentro de la saga de *Star Wars*.

Estas esculturas, de manera contemplativa, forman parte de la escenografía para que el espectador pueda conectar con la narrativa establecida en la precuela citada, en la que, esculturas y cinéfilos, son testigos de cómo Anakin Skywalker se convierte al lado oscuro.

En mayor medida, diversas producciones que han surgido de la mente acompañan en nuestras actividades diarias y a lo largo de nuestra vida: el recuerdo del cuento que alguna vez leímos, por una escena que evolucionó en nuestra mente con el apoyo de la imaginación, un informe oral que nos impactó por la manera persuasiva de narrar los hechos, el final de una serie con un final imprevisto, o una melodía que se derive de una aplicación virtual.

En ocasiones ante situaciones adversas ideamos ficciones que son plasmadas en narraciones, y permiten tanto a quien las origina como a quien las lee salir adelante. Si alguien entrena para una maratón pueden apoyarse en canciones a modo de estímulo o impulso para mejorar alguna marca personal como recorrer una distancia en un menor tiempo. En mi caso, cuando mis hijos - que son pequeños - no pueden dormir, uso canciones para mecerlos y con ello puedan descansar. Los que tienen hijos, sobrinos, o hermanos menores me podrán entender. No es casualidad que las obras sean una herramienta poderosa que permite sacar lo mejor de nosotros.

También son conocidas escenas icónicas en el cine: Buzz planeando con estilo con Woody para no ser relegados en la mudanza, que el Rayo McQueen prefiera ayudar a cruzar la meta al Rey antes de ganar una carrera, o la frase célebre "Yo soy tu padre" que da un giro en la trama de una historia cuya fuente es más que evidente⁽²⁾.

Contextualizando lo anterior, y ahora a manera de correlato en el ámbito jurídico, el Derecho de Autor protege a las obras y titulares de derechos, el cual se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales, como el Convenio de Berna

o la Decisión 351 – Régimen Común sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Comunidad Andina (en adelante, D351), ambos vinculantes para el Estado Peruano. En el ámbito nacional, es un derecho fundamental según el numeral 2.8 de la Constitución Política del Perú, y desarrollo en el Decreto Legislativo 822 – Ley sobre el Derecho de Autor, (en adelante, LDA).

Con la finalidad de conquistar diversos territorios en el ámbito social, económico y normativo, las creaciones se abren paso mediante diversas manifestaciones que tienen origen en diferentes insumos. Desde tiempos remotos el hombre ha dejado su huella con el arte rupestre, tal vez inspirándose en actividades habituales como podría ser la caza de animales, lo cual hoy podría ser calificado en el ámbito creativo como un mural. En proyección al futuro no se conocen las nuevas formas de explotación y los correspondientes retos de esta rama jurídica ante escenarios disruptivos. Se debe mirar al horizonte, como el *binary sunset* de Tatooine, para prevenir dicho entorno.

La película "Revenge of the Sith" forma parte del repertorio creativo protegido por el derecho de autor, también como lo son las esculturas, pinturas, cómics, canciones, series, software, novelas, cuentos, poemas, entre otros, siempre que califiquen como obras.

Según el artículo 3 de la D351 se define a la obra como "Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma" y, sobre la misma, el numeral 17 del artículo 2 de la LDA cuenta con definición similar, salvo la naturaleza indicada en la definición precitada.

Como puede apreciarse, las obras cuentan con las siguientes características: es una creación intelectual, original y personal, de naturaleza artística, científica o literaria, posible de ser divulgada o reproducida⁽³⁾. A manera ilustrativa, supongamos que el lector

(1) Como se desarrolla en la película "Revenge of the Sith" (2005).

(2) Espero que no *googleen* para conocer de dónde proviene la frase, así como los otros ejemplos citados.

(3) El presente trabajo no abordará el concepto de originalidad. Sobre el particular, se sugiere revisar el trabajo de Maraví (2010), referido a las teorías vinculadas a la misma, y Bercovitz (2013) sobre aspectos para su consideración.



redacta en un *tweet* una frase que sea protegida, siendo él quien ha escogido las palabras a utilizar, y las da a conocer mediante una plataforma digital, a su vez la está fijando en la misma mediante la publicación en su cuenta de usuario.

En el catálogo abierto de obras protegidas se encuentran las obras de arte plásticas, la misma que según el artículo 2.28 de la LDA “apela al sentido estético de la persona que la contempla”, no siendo esto fácil de definir (Rejanovinschi, 2017 a, p. 70), brindando la norma ejemplos como “pinturas, bocetos”.

Bajo este ámbito, también los personajes, locaciones o determinadas palabras dentro de una obra pueden ser protegidos, siempre que califiquen dentro del concepto de obra como *muggle* para las personas que no descienden de padres magos en “Harry Potter”, *Scarif* como el planeta en el que el escuadrón liderado por Casian Andor en “Rogue One” obtiene los planos de la estrella de la muerte, siendo esto último analizado como un acto de reproducción no autorizado, o tal vez como un secreto industrial afectado, o *Mos Eisley* donde una orquesta musical acompaña a peligrosos contrabandistas, siendo un nido de “escoria y maldad”⁽⁴⁾.

Dentro de este rubro los creadores tienen derechos patrimoniales, mediante los cuales, citando al artículo 13 de la D351 tienen derecho a realizar, autorizar o prohibir derechos como la comunicación pública. Este derecho, citando al artículo 15 de la misma base legal, es el “acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”, incluyendo como ejemplo en su literal g) a la “exposición pública de obras de arte”, y en su literal i) a la difusión de la obra por cualquier procedimiento.

Si alguna persona ve, por ejemplo, la película “El abogado del Diablo”, protegida por derecho de autor en su cuenta de usuario de Netflix, estamos ante la comunicación pública, pues varias personas, los usuarios de Netflix, acceden a la película. Estas personas pueden acceder a la película u otras obras en distintos ámbitos: al verla en un hotel, un restaurante, en su domicilio, en el transporte público o privado, entre otros. En la parte final de la película citada, en el departamento de uno de los protagonistas, aparecen unas esculturas que empiezan a cobrar vida, muy parecidas a las creadas por el autor Frederick Hart, y en dicha oportunidad por dicha inclusión hubo una disputa entre el autor con los productores de la película.

Ahora bien, en Argentina mediante el Decreto 765/2024 se sustituye el artículo 33 del Decreto 41.223/34, siendo este último el Reglamento de la Ley 11.723 – Régimen Legal de la Propiedad Intelectual. Esta modificación normativa señala que no existe ejecución pública – concepto similar al de comunicación

pública – “cuando la misma se desarrolla en un ámbito privado, sea este de ocupación permanente o temporal”.

Si dicha regulación se estableciera al ámbito nacional, implicaría que no existe comunicación pública cuando se realiza en un ámbito privado (por ejemplo, un club), supuesto diferente a la excepción regulada del ámbito doméstico (sede del hogar), en la cual sí se considera comunicación pública pero no se necesita licencia previa ni pago a favor del titular del derecho, conforme al literal a) del artículo 41 de la LDA y en atención a la “Regla de los tres pasos”.

De otra parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA) ha señalado en el literal F) de la Interpretación Prejudicial 135-IP-2020 – de observancia obligatoria al ámbito nacional - que la comunicación pública incidental (fugaz o mínima) de obras de arte en una obra audiovisual, sin intención de mostrarla y que el espectador no tome conciencia de la misma, como la aparición mínima de una pintura en un reportaje o una película, no califica como comunicación o exposición pública de la obra de arte, deduciendo que no se necesita la autorización del autor.

En atención a lo anterior, haciendo referencia a los multiversos de Marvel, podemos imaginar posibles situaciones. En una de ellas - cual selección de fichas diferenciadas en tamaños y colores pero que pueden ensamblarse con el propósito de crear un prototipo - una persona elige la ambientación de una habitación, oficina o taller a fin de acoger a determinadas personas, tal como clientes, amigos, familiares, entre otros. Los objetos escogidos pueden tener una finalidad contemplativa (como un cuadro o una colección de figuras de acción) o utilitaria (herramientas para ejecutar o complementar una tarea física o intelectual, muebles para el descanso o una estantería de libros).

En otra situación, según la preocupación del TJCA, no se contaría con una participación activa – o intención - de quien fuera, por así decirlo, el titular o administrador de un

(4) Según Obi-Wan Kenobi en la película “Star Wars. Episodio IV. Una Nueva Esperanza”.



espacio en el que se aprecie una producción intelectual, así el actor principal no sea dicho objeto en una entrevista o una película. Caso distinto sería que la misma tenga como propósito un elemento intelectual, como la comparación de los “Gallinazos sin plumas” de Ribeyro, y su diferencia con la película “Caídos del Cielo” del director Lombardi.

Es decir, será acaso el factor sorpresa de la aparición de un objeto inanimado, que cobra vida como si estuviera poseído, en una conversación grabada o transmitida en vivo por una red social o canal digital por un tercero, o lo que se encuentra en la esfera de control de un anfitrión que recibe a un reportero, semejante a la situación en la que, en el proceso de edición de una película, advertido o no, brota desde la oscuridad una escultura.

Consideramos que independientemente del entorno, no se debería concluir inicialmente que no se configura un derecho. De otra parte, pueden darse otro tipo de supuestos, como una película completamente animada, en la que la escenografía correspondiente es elegida totalmente para crear una secuencia de imágenes. En dicha situación puede configurarse la fijación de una escultura –sea que se encuentre actualmente en un ambiente privado o accesible al público– en dos dimensiones, como para crear el clima o contexto del desarrollo de un personaje cuyo oficio es el del coleccionismo de discos de vinilo, y las portadas estarían protegidas por el derecho de autor en tanto cumplan con los requisitos para considerarlas obras.

El TJCA al sustentar su posición plantea, entre otros, los siguientes argumentos: (i) quien compra una pintura adquiere el derecho a la exposición privada de la pintura; (ii) no existe comunicación pública cuando se muestra el entorno y no la obra de arte; (iii) tampoco estamos ante el derecho precitado si una pintura no es parte del escenario ni de la trama; (iv) la incidentalidad se evalúa con la duración de aparición de la obra, el desconocimiento del autor de la obra, cuando aparece casi imperceptible.

El objetivo específico del presente artículo, en atención a los casos anteriormente citados, consiste en analizar las premisas planteadas por el TJCA, y como consecuencia de ello, si existe alguna vulneración al derecho de los autores. Para ello, como objetivo general se evaluará el concepto de comunicación pública, así como límites y excepciones relacionadas a obras de arte, reconocidas en tratados internacionales.

La hipótesis que se plantea consiste en que, a diferencia de lo sostenido por el TJCA, la aparición incidental de obras de arte en audiovisuales se considera comunicación pública. En el presente documento se desarrolla mediante el método jurídico dogmático, delimitando la normativa vigente en el Estado Peruano, y complementándola con la doctrina especializada y la jurisprudencia relevante.

2. La comunicación pública de obras protegidas

2.1. Definición

En nuestro sistema legal los derechos de autor se dividen en dos tipos, unos de contenido personal y otros de contenido económico. Así tenemos que a los primeros se les conoce como derechos morales, y los segundos como derechos patrimoniales.

El derecho moral “protege la personalidad del autor (...)”. (Lipszyc, 2006, p. 154- 155)”. Ahora bien, el derecho patrimonial, vinculado al derecho materia de análisis busca “permitir que el autor obtenga un beneficio económico por la utilización de su obra” (Lipszyc, 2006, p. 178). Es decir, una retribución como contraprestación por cualquier uso de la expresión creativa.

Dentro de los derechos patrimoniales tenemos, entre otros, al derecho de comunicación pública. Este derecho se encuentra reconocido en tratados internacionales. A manera de ejemplo el artículo 11 bis numeral 1.3 del Convenio de Berna señala que los autores de obras literarias y artísticas tienen el derecho a comunicación pública.

Sobre dicho derecho, el Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI define a la comunicación pública como “todo tipo de transmisión al público de una obra de un autor” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980, Definición No. 202). Dicha acción se puede dar bajo cualquier forma a terceras personas distintas del creador o titular del derecho.

A su vez, el literal b) del artículo 13 de la D351, señala que la comunicación puede realizarse “por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes”. Previamente citamos en este documento la definición de comunicación pública contenida en el artículo 15 y los literales g) e i).

En el artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) la comunicación pública comprende que el público acceda “desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”, considerándose actos de



comunicación interactivos (De Freitas, 2007, p. 146), lo cual involucra cualquier forma de acceso a la obra, sea por medios tradicionales o no tradicionales como internet u otros que surjan en un nuevo horizonte.

En el ámbito nacional la LDA también reconoce, entre los derechos patrimoniales, al de comunicación pública. Este es definido en el numeral 5 del artículo 2 en los siguientes términos:

Todo acto por el cual una o más personas, reunidas o no en un mismo lugar, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, por cualquier medio o procedimiento, análogo o digital, conocido o por conocerse, que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes [...] (2026).

En el ámbito nacional, a diferencia del tratado precitado, la comunicación pública se exige una pluralidad de personas: basta una para que pueda acceder a la misma. El elemento común de comunicación pública es el acceso a la obra por cualquier forma o procedimiento, este puede ser de una manera analógica, digital, o en una nueva forma que permita el desarrollo tecnológico. A su vez, la comunicación pública se diferencia de la distribución de ejemplares.

Sobre dicho concepto hay que añadir que “basta que el público “pueda” tener acceso a la obra, aunque en un momento determinado nadie accede a ella (...)” (Antequera, Derechos Patrimoniales, 1996, p.130). Por ejemplo, si una persona sube una canción propia a su cuenta de YouTube o a sus redes sociales, cualquier persona puede acceder a ella, así sea que inicialmente el video no cuente con ninguna vista o visita o nadie mire dicha publicación.

Adicionalmente, la amplitud del concepto implica que dicha comunicación se pueda hacer a un público, sea el mismo o “(...) a un público verdaderamente nuevo” respecto del inicialmente considerado (Ficsor, 2014, p. 67). Es decir, la comunicación pública que realiza un organismo de radiodifusión al incluir en su programación obras originales, así como la comunicación pública que realiza un restaurante al poner televisores que sintonizan la programación de un organismo de radiodifusión, constituyen dos comunicaciones públicas diferentes. Esta regla se encuentra recogida en el artículo 119 de la LDA.

Como la comunicación pública incluye que se efectúe bajo cualquier forma o procedimiento, se entiende también que esta se configura en el ámbito digital. Así en las transmisiones digitales se puede configurar, entre otros derechos, la comunicación pública, dado que “las obras y demás prestaciones protegidas sean accesibles por los usuarios en el momento y en el lugar que elijan” (Barrenechea, 2012, p. 510).

Una acotación adicional sobre este concepto: para el TJCA el acto de comunicación pública se materializa cuando se produzca para una colectividad, exceptuando el ámbito familiar o doméstico⁽⁵⁾ (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2022, Numeral 1.20). Discrepamos respetuosamente de dicha distinción, pues el público en el que se realiza la comunicación no es un criterio para su evaluación como pública o no. Si estoy en mi domicilio, y leo un cuento a mis hijos, ese es un acto de comunicación pública, así el público destinatario sea familiar. Si proyecto una película en mi domicilio, también ese acto se considera comunicación pública. En tal caso, lo que estará sujeto a evaluación será si dicho acto podría considerarse como una excepción, tal como mencionaremos en las siguientes líneas.

2.2. Ejemplos de comunicación pública

A su vez, como enunciado amplio, el literal h) del artículo 33 de la LDA señala que la comunicación pública puede efectuarse “por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse”.

Un ejemplo de comunicación pública es el acceso a una novela escrita, subida en formato digital en alguna plataforma, como puede ser un portal virtual. En ese caso las personas que acceden a la obra no necesariamente están reunidas todas de manera física en un lugar para acceder a la novela, pues bastará que cuenten con un dispositivo con acceso a internet, como una PC, laptop, tablet o celular, para que puedan acceder al contenido protegido, en este caso, la novela escrita y subida en formato digital a una página *web*. Lo mismo puede decirse del acceso a películas o series mediante una aplicación como Netflix o Disney Plus, en la cual se accede de manera virtual a las obras audiovisuales.

Por ejemplo, en la Resolución 897-2024/TPI-INDECOPI la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI (en adelante, SPI) declaró fundada en parte un extremo de la denuncia interpuesta contra un restaurante.

(5) Para ello el TJCA toma como referencia el Proceso 33-IP-99. Sin embargo, el mismo se encuentra referido a la interpretación de diversos aspectos de los signos distintivos bajo la Decisión 344.



El mismo comunicaba públicamente obras audiovisuales de titularidad del denunciante, en estricto el episodio 4 titulado “*King of the Narrow Sea*” de la serie audiovisual denominada “*House of the Dragon*” de su titularidad (*Home Box Office Inc. vs Jordindustrias S.C.R.L.*, 2024). Por tanto, si un restaurante proyecta un capítulo de una serie, película, u obras musicales, dicha acción se configura para que una o más personas accedan a la misma, en otras palabras, estamos ante un acto de comunicación pública. Así, una película se comunica con el apoyo de un “aparato para que pueda ser mostrada al público” (González, 2013, p. 1155), que puede darse, al día de hoy, mediante una aplicación descargada en un dispositivo móvil.

Retomando entonces el ejemplo de legislación argentina que niega que sea comunicación pública la que se establece en el ámbito privado, revisemos las siguientes resoluciones y/o sentencias referidas a hospedajes.

En el ámbito nacional la Resolución 1289-2018/TPI-INDECOPI de la SPI confirma el extremo resuelto en primera instancia administrativa, en la que se declara fundada una denuncia interpuesta por APDAYC, sociedad de gestión colectiva que defiende derechos patrimoniales de autores y compositores de obras musicales, contra un hotel. En dicha oportunidad la Sala manifestó que “(...) el hecho de que la comunicación pública se haya realizado mediante señales de cable cuyo contenido no administra la denunciada, sino un tercero (...) no es razón para desvirtuar la infracción cometida (...)”. (*Asociación Peruana de Autores y Compositores vs. Hotel San Remo S.R.L.*, 2018, p. 13).

Es decir, si en un establecimiento se pone a disposición cualquier tipo de obra, para que una o más personas accedan a ella, tal como ocurrió en el hotel denunciado, nos encontramos ante un acto de comunicación pública. No es relevante el medio utilizado, como el contar con una suscripción a un canal en línea o que por medios humanos puede usarse el derecho citado. Es más, lo propio puede configurarse al viajar en una unidad de transporte urbano o interprovincial, los que facilitan a los pasajeros una parrilla o catálogo de creaciones para su disfrute.

Adicionalmente, la Resolución 712-2024/TPI-INDECOPI de la SPI confirmó lo resuelto en primera instancia administrativa, en la que se declara fundada una denuncia interpuesta por Inter Artis, sociedad de gestión colectiva que defiende derechos patrimoniales de los actores, contra un hotel. Este caso estuvo referido a la comunicación pública de interpretaciones, si bien es un derecho conexo, el derecho de comunicación pública de la denunciante se acreditó, motivo por el cual es relevante la resolución que se cita (*Inter Artis Perú vs. Hotel Boca Ratón E.I.R.L.*, 2024, p. 20). En otras palabras, un hospedaje efectuaba la comunicación pública, pues ponía a disposición de sus clientes televisores, mediante el servicio de cable. En ese contexto se comunicaban públicamente obras audiovisuales en las que se incluyen interpretaciones de artistas.

En concordancia con lo anterior, las personas pueden acceder a las obras cuando en un hotel se pone a disposición televisores, pueden acceder una o más personas, dependiendo de los clientes que pudieran ingresar a una habitación, a obras audiovisuales. Lo mismo ocurre cuando se encuentran equipos de sonido en las habitaciones, se facilita el acceso a obras musicales. En la misma línea, si el hotel exhibe pinturas o esculturas, o tuviera una biblioteca, las personas pueden acceder a dichas obras.

A nivel internacional, sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se han pronunciado sobre el concepto de comunicación pública. Así tenemos que en el asunto C-723/22, se pronunció sobre la que realizan los hoteles, abarcando de manera extensa “todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación (...)” (*Citadines Betriebs GmbH y MPLC Deutschland GmbH*, 2024, numeral 38).

En otras palabras, en la misma línea anterior, el concepto de comunicación pública implica la posibilidad que terceros accedan a obras protegidas, por cualquier modalidad, sea por autor o derechos conexos que pueden surgir de una interpretación o ejecución. Las personas pueden estar conectadas de manera remota y no coincidir en un espacio físico, en las cuales se desarrollen manifestaciones en las que se puedan disfrutar de, la apreciación de un boceto o una canción, dentro del escenario perteneciente a mundos virtuales o simulación de una realidad, en los que los individuos se conecten a través de *avatars*, e incluso con el uso de hologramas que permita la apreciación de apreciar diversas creaciones.

Adicionalmente, en el asunto C135/23 indicó en lo referente al alquiler de departamentos como hospedaje a terceros y comunicación pública, como podría ser el caso de Airbnb, que son considerados un nuevo público y por tanto se encuentran dentro del derecho citado (*Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA) vs GL*, 2024, numeral 44).



A nivel latinoamericano, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile declaró inadmisile un recurso de casación interpuesto por una sociedad hotelera contra la Sociedad Chilena del Derecho de Autor, y por tanto, acogiendo la demanda interpuesta por infringir la norma chilena de propiedad intelectual al usar sin autorización, obras musicales en su establecimiento (Pumarino, 2019). Puede observarse que el concepto de comunicación pública se mantiene así nos encontremos ante un establecimiento público o privado. En el entorno nacional, posiblemente la acción legal la iniciaría el titular del derecho afectado, pudiendo presentarse ante la vía judicial –tal vez civil o un contencioso – administrativo, aunque podría optarse por la vía penal o administrativa– y el juez competente declararía fundado el derecho, confirmándose por vocales que conformaran la segunda instancia judicial. Ante ello, la parte demandada podría optar por el recurso extraordinario de casación, pudiendo ser improcedente o infundado.

En conclusión, así por disposición legal se estableciera que no se considera comunicación pública, como en el caso argentino, lo cierto es que, si las personas acceden a las obras, bajo cualquier forma o procedimiento, sea analógico, digital, o el que pueda desarrollarse mediante las tecnologías de la información y las comunicaciones, u otro tipo que permita la ciencia en el futuro, no deja de ser comunicación pública. Menos es relevante si dicha comunicación pública se realiza o no en un ámbito privado. Un tema distinto será la correspondiente evaluación de si alguna manifestación de este derecho patrimonial debería ser acogida como una excepción.

3. Límites o excepciones en los derechos patrimoniales relacionados con el ámbito privado y las obras de artes plásticas

3.1. Breve mención a la regla de los tres pasos

Dentro del ámbito del derecho de autor se puede tener, como regla general, tal como ocurre en el artículo 37 de la LDA, que todo uso de la obra debe contar con la autorización previa y por escrito del autor o titular del derecho.

Ahora bien, también existen determinados límites o excepciones en el ámbito del derecho de autor que permiten en ocasiones el uso lícito de obras, sea sin autorización previa y en otros casos, adicionalmente, sin el pago correspondiente al titular del derecho, o parafraseando una saga muy conocida, *“to bring balance to the force”*.

En el ámbito internacional existe la Regla de los Tres Pasos, “la misma que orienta tanto la aplicación de los límites o excepciones ya existentes como la determinación de nuevos supuestos”. (Solórzano y Rejanovinschi, 2022, p. 250).

Esta regla establece los siguientes supuestos: que nos encontremos ante casos especiales o excepcionales, que no atenten contra la normal explotación de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses del autor o titular del derecho, como también se puede desprender de lo dispuesto en el numeral 2.47 y el artículo 50 de la LDA, así como el artículo 21 de la D351.

Con relación a los usos honrados, en el Proceso 44-IP-2013 de Interpretación Prejudicial el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, haciendo referencia al Grupo Especial de la OMC, señaló lo siguiente:

(...) “Si las utilidades (...) entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derecho de la obra (...) y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales (...)”. Por último, el tercer paso (...) va encaminado a permitir excepciones (...) siempre que (...) compense de otro modo la primera y segunda condición (...) y sea proporcionada o se halle dentro de los límites de lo razonable, o lo que es lo mismo, que no sea injustificada” (Ricketson, 2003, como se citó en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2013, Numeral 14.1).

3.2. Sobre excepciones relacionadas a las obras de arte y el ámbito privado

En el ámbito de la D351 se cuenta con la excepción de comunicación pública de una obra de arte situada en un lugar abierto al público de forma permanente, según el literal h) de su artículo 22.

Sobre ello, el TJCA en la Interpretación Prejudicial el Proceso 256-IP-2021 sostuvo que la excepción se fundamenta “en la facultad de las personas de referirse u utilizar el espacio público, así como de desarrollar actividades creativas sobre y en el espacio público [...] Por “lugar abierto al público” debe entenderse cualquier locación espacial y física cuyo acceso sea libre y sin restricción alguna [...]” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2024.a. numerales 1.4 y 1.5).

De lo anterior, la excepción planteada permite a las personas reproducir y transmitir una obra de arte, como una pintura o escultura, sin pago ni autorización previa al autor y al



titular del derecho, siempre que la misma se encuentre ubicada en un lugar abierto al público, como podría ser un parque. A manera de ejemplo, subir una fotografía en redes sociales de la escultura de Víctor Delfín ubicada en el Parque del Amor, o el mural de Szyszlo al exterior de un edificio, ambos en el distrito de Miraflores, siendo dicho espacio accesible por cualquier persona. Para que se configure este derecho la fijación puede ser material o inmaterial “con independencia de cuál (...) sea la técnica o procedimiento” (Carrancho, 2014, p. 62).

En el ámbito nacional, con relación a lo anterior, el literal c) del artículo 45 también regula una excepción similar a la del literal h) del artículo 22 de la D351, con la salvedad que el autor o el titular del derecho puede reservar dicho derecho de comunicación pública.

De otra parte, una excepción vinculada a la comunicación pública en el ámbito privado es la del ámbito doméstico, regulada en el literal a) del artículo 41 de la LDA, la cual exige tres requisitos: i) que nos encontremos ante un ámbito doméstico, el cual es la sede natural del hogar, según el numeral 2.3 del artículo 2 de la norma; ii) que no exista un beneficio económico, directo o indirecto; iii) que la comunicación pública no sea propalada deliberadamente al exterior del domicilio.

Por ejemplo, si por el fin de ciclo universitario un alumno organiza la fiesta en su domicilio, la comunicación pública de obras musicales debe efectuarse en su sede natural del hogar, no deberá cobrar entrada a la fiesta ni algún otro beneficio directo o indirecto como la venta de comida, y las canciones no deberán escucharse al exterior del domicilio.

Complementariamente, no se considera ámbito doméstico cuando se comunican públicamente obras musicales en un restaurante, oficina o club, pues el mismo no califica como sede natural del hogar, pese a que sea un ámbito privado: “[...] por lo que al haberse llevado a cabo en un local de [...] (una) asociación y no en el domicilio del demandante, no se cumple el primer requisito [...]” (Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2015).

Conforme a lo anterior, para crear una excepción debe seguirse la regla de los tres pasos previamente descrita, a fin de que el caso excepcional sea atendible o razonable que el autor o titular deje de percibir ingresos, y que dicha excepción planteada no compita con la obra materia de análisis.

En este contexto en ocasiones nos encontramos ante una técnica legislativa que, en vez de regular una excepción, señala que no nos encontramos ante un tipo de derecho. Ese es el caso de la República de Argentina, al indicarlo en la introducción del presente documento, con la modificación del artículo 33 del Decreto 41.223/34, por el cual no existe ejecución pública “cuando la misma se desarrolla en un ámbito privado, sea este de ocupación permanente o temporal”.

Sobre dicha coyuntura no nos pronunciaremos acerca de la jerarquía normativa en la legislación argentina y si dicha modificación contraviene alguna ley o la Constitución de dicho país. Básicamente comentaremos el concepto: el que nos encontramos ante un ámbito privado, como adelantamos previamente, puede ser un restaurante, un hotel, una oficina, una discoteca, si las personas pueden acceder a las obras nos encontramos ante una comunicación pública. Es decir, no es relevante el espacio donde se usa la obra, lo importante será evaluar si las personas pueden acceder a la misma, por cualquier forma o procedimiento, de manera total o parcial. Un hotel puede tener en sus habitaciones televisores, y con dicho electrodoméstico las personas pueden acceder a obras sea audiovisuales, musicales, entre otras.

Al parecer, en vez de crear una excepción que siga la regla de los tres pasos el legislador en dicho caso prefirió negar el supuesto de comunicación pública para un acto puntual.

Este tipo de técnica legislativa no es ajena al ámbito nacional, así tenemos el artículo 75 de la LDA, por el cual no considera adaptación de un programa—aunque realmente lo sea—cuando la realiza un usuario lícito para un uso personal, y siempre que el titular no hubiera prohibido el uso de dicho derecho patrimonial.

Es decir, si bien este artículo está relacionado al derecho de transformación de la obra, lo que tal vez señaló el legislador, es que se encuentra permitido dicho uso para la corrección de errores de un software, siempre que el titular del mismo no lo hubiera prohibido, y que esta corrección para de un solo ejemplar para una sola persona, conforme a la definición de uso personal según el artículo 2.48 de la misma base legal.

En el ámbito nacional las excepciones se interpretan de manera restrictiva, según el artículo 50 de la LDA, “dado que importan una disminución a la protección del derecho de autor” (Barrenechea, 2017, p. 57). En ese sentido, como se ha comentado previamente, son usos que no requieren la licencia.

3.3 Sobre el uso incidental o uso mínimo

Una forma de clasificar los límites y excepciones en el ámbito internacional, y



particularmente en la Unión Europea, es el uso mínimo o de *minimis*, puede incluir la reproducción temporal, grabaciones efímeras, inclusión incidental, actos necesarios para el acceso y uso normal del usuario legítimo, y la libertad de panorama (Sganga, 2024, p. 8).

Así tenemos que la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo, referida a la protección del derecho de autor, incluyendo lo que vendría a ser en nuestro territorio los derechos conexos, permite, mediante el literal i) del numeral 3 del artículo 5 que los Estados miembros puedan establecer excepciones al derecho de comunicación pública cuando “se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material”.

A diferencia de otros límites la excepción de inclusión incidental citada no ha merecido atención por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, salvo de manera indirecta la sentencia del Caso C-161/17 sobre ilustración con fines educativos (Sganga, 2024, p. 14)⁽⁶⁾.

En dicha sentencia el Tribunal señaló que la comunicación pública comprende “la puesta en línea en un sitio de Internet de una fotografía publicada previamente, sin medidas restrictivas que impidan su descarga y con la autorización del titular del derecho de autor, en otro sitio de Internet” (Land Nordrhein-Westfalen y Dirk Renckhoff, 2018, número 47).

De otra parte, se ha evaluado la aplicación de la excepción de la inclusión incidental de obras en el metaverso, haciendo referencia al caso *Football Association Premier League* (en adelante, FAPL) contra Panini, sosteniendo que, si se reconstruye un edificio en el metaverso, la excepción podría aplicar para incorporar una valla publicitaria relacionada con la ciudad (Mendis y Ueno, 2025, p. 1723).

En el caso FAPL contra Panini se evalúa el uso incidental de una obra artística, pues Panini lo alegaba en el uso de los emblemas de los clubes de fútbol de la *Premier League* en un álbum de fútbol que había publicado⁽⁷⁾.

Para Lord Justice Chadwick, uno de los vocales que resolvió la controversia, lo incidental no significa no intencional y se evalúa objetivamente atendiendo a las circunstancias en las que se creó la imagen (*The Football Association Premier League Limited and Others and Panini UK Limited*, 2003, número 24 y 27). En dicho caso el demandado no pudo acreditar el uso incidental de la obra.

En el ámbito americano la sentencia del caso *Michael Kelley vs. Morning Bee INC y Apple INC* - referido a unas fotografías incorporadas en una obra audiovisual, menciona determinados criterios del uso de *minimis* para no considerarse una vulneración al derecho de autor: que la obra no se mostrara con suficiente detalle para un observador promedio, la aparición temporal de la obra, en un segundo plano y no desempeña un rol en la trama (*Michael Kelley vs. Morning Bee INC y Apple INC*, 2023 pp. 9 – 10).

La D351 no acoge el uso incidental como una excepción, por lo que el TJCA limitó el alcance del derecho per se de comunicación pública (Ruiz, 2024, p. 482). En el ámbito nacional, la LDA tampoco ha establecido dicho límite. En base al artículo 41.b) de la LDA, el uso breve de obras se aprecia en la comunicación pública de fragmentos de obras musicales en actos oficiales o ceremonias religiosas. Además, en la misma norma, se aprecia la reproducción de breves extractos de obras para fines educativos o por reprografía de breves fragmentos⁽⁸⁾.

En opinión de Pacheco y Ortega, los criterios indicados en jurisprudencia americana, como la citada, son parecidos a lo que ha dispuesto el TJCA que será materia de análisis en el siguiente acápite (2025, p. 136).

4. Los criterios del TCJA: Sobre la comunicación pública incidental y sus consecuencias

En el Proceso 135-IP-2020, el TJCA se pronunció sobre el literal g) del artículo 15 de la D351, y de oficio sobre el literal b) del artículo 13 de la D351 en mérito a una solicitud de una Sala Superior Colombiana (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 2024.b).

(6) El estudio señala en su p. 12 que ha tenido en consideración sentencias del Tribunal citado desde 2006 a Julio del 2022.

(7) Curiosamente, en el ámbito de competencia desleal – que no es materia del presente trabajo – Panini ha interpuesto denuncia contra agentes económicos que han publicado álbumes no oficiales del Mundial de Fútbol. A manera de ejemplo, se puede revisar la Resolución No. 1511-2012/SC1-INDECOPI.

(8) Esto según los arts. 43.a) y b) de la LDA. Adicionalmente las grabaciones efímeras de organismos de radiodifusión del art. 46, supuesto que no se abordará en el presente documento.



A manera de resumen la Sala citada solicitó la interpretación prejudicial de los artículos 14, 15, 16, 21, 22 literal h) y 57 de la D351. El Tribunal Andino se pronunció sobre el literal g) del artículo 15 de la D351, y de oficio sobre el literal b) del artículo 13.

Consideramos que el TJCA debió abordar – también de oficio - la relación con límites y excepciones, tal como expondremos en las siguientes líneas.

Ahora bien, en el literal F del Proceso 135-IP-2020 se encuentran las premisas o argumentos señalados por el TJCA que lo llevara a concluir que no se considera comunicación pública la aparición incidental de una obra de arte en una obra audiovisual. En ese sentido, en las líneas siguientes al comentar determinados numerales del Proceso 135-IP-2020, debe entenderse que nos referimos al literal F.

4.1. Con la compra de la obra ¿se adquieren derechos patrimoniales?

El numeral 1.3 señala que “la persona que compra una pintura (obra pictórica) adquiere, entre otros derechos patrimoniales (v.g., el vender o prestar la pintura), el derecho a la exposición privada de la pintura”.

Para empezar, tenemos al segundo párrafo del artículo 3 de la LDA, similar al artículo 6 de la D351, en el que los derechos “son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra”.

Conforme a lo anterior el que una persona adquiera un soporte material que contenga una obra no implica que tenga licencias para el uso de una obra sin previa autorización del titular del derecho, ni que por el mismo supuesto cuente con derechos patrimoniales. Consideramos que la regla también aplica para la creación de cuentas de usuarios en línea para acceder a un producto o servicio como el de entretenimiento.

Por ejemplo, una persona se suscribe como usuario de Spotify, sea la versión gratuita o pagada, y esta persona tiene una librería o un restaurante. Una forma de atraer clientela consistirá en poner canciones en su local. El que esta persona sea usuaria de Spotify no incluye que se encuentre autorizado a realizar la comunicación pública de obras musicales en su librería.

La segunda parte del numeral 1.3, luego de concluir que se cuenta con el derecho de la exposición privada de una obra de arte plástica, luego de adquirirla, agrega que el autor si así lo deseara hubiera pactado en la transferencia correspondiente la limitación de ese derecho.

Claro está que el autor puede licenciar e incluso ceder derechos patrimoniales, y esto puede reflejarse en el precio de un bien. Sin embargo, la D351 no establece algún

tipo de presunción de cesión a favor del adquirente de una obra de arte, a diferencia de la norma nacional. Así tenemos que es el autor quien tiene el derecho a la autorización o su restricción - de la exhibición de sus obras, de acuerdo a una interpretación conjunta del literal b) del artículo 13 y del literal g) del artículo 15 de la misma base legal. Recordemos que esta exposición se presentaría en múltiples contextos, sea en una galería, un museo, colegio, instituto, en segunda o tercera dimensión, dependiendo adicionalmente del medio que se utilice para apreciarla.

En el numeral 1.4 el TJCA sostiene que la venta de una pintura afecta los derechos patrimoniales, citando el caso que el adquirente almacene la obra de arte plástica para que nadie la vea.

El derecho que podría estar involucrado – más no afectado - en el ámbito patrimonial es el derecho de reventa, en el cual la D351 reconoce en su artículo 16 bajo ciertos parámetros, que dicha venta sea mediante subasta pública o negociante profesional. Si el adquirente decide almacenar al cuadro y no venderlo, el autor no podrá ejercer este derecho según lo que reglamente cada país⁽⁹⁾, más nada se indica en modo peculiar sobre la comunicación pública de alguien que adquiera dicha obra, solo indica que ésta es una forma de comunicación pública bajo el literal g) del artículo 15 del Tratado citado. A nivel nacional, el artículo 81 de la LDA otorga dicho derecho al adquirente de la obra a exhibir la misma, salvo pacto en contrario.

Esto no significa que por dicho reconocimiento el adquirente cuente con algún derecho patrimonial de la obra, sino que por mandato legal se le autoriza a que pueda realizar dicha exhibición como un supuesto de comunicación pública, y en concordancia con los límites y excepciones previamente descritos, esta exhibición va más allá del ámbito doméstico, como podría ser en una oficina u otro ámbito físico.

El autor puede ejercer sus demás derechos: puede mediante el derecho de

(9) Sobre el particular, se recomienda revisar el Proceso 01-IP-2021



reproducción fijar su obra de arte en polos, gorras, tazas, rompecabezas, entre otros objetos, como también fijarlo con una fotografía y exhibirlo virtualmente en redes sociales, pues tiene el derecho de comunicación pública. También puede ejercer el derecho de transformación al autorizar a un tercero la creación de una obra de teatro o un audiovisual basado en la obra de arte plástica. Por ejemplo, la película “Loving Vincent” da vida a varios cuadros de Vincent van Gogh, como también ha ocurrido en el audiovisual “Los sueños de Akira Kurosawa”⁽¹⁰⁾.

4.2. Sobre el uso incidental de una obra de arte.

El numeral 1.5 de lo resuelto por el TJCA señala que sí se requiere autorización de la comunicación pública de una obra de arte, y no cuando dicha comunicación pública es incidental.

El numeral 1.5 no define lo que se entiende por incidental, aunque posteriormente cita ejemplos. Incidental, de acuerdo con la RAE tiene las siguientes acepciones y sinónimos “Que sobreviene en algún asunto [...] inesperado, imprevisto, casual [...] accesorio, accidental [...]” (s.f).

En resumen, contextualizando lo señalado por el TJCA mediante la RAE una comunicación pública incidental es aquella que es casual, accidental, o accesorio.

En el numeral 1.6 de la Interpretación Prejudicial cita el ejemplo de un abogado que ha adquirido una pintura y cuelga el cuadro en su oficina. En la misma es entrevistado por un reportero, señalando la Interpretación Prejudicial que el objeto principal de la entrevista es el abogado y de manera incidental la pintura, y dicho numeral concluye “si (...) de manera incidental aparece la pintura en la grabación, ello no significa una comunicación pública de la obra”.

A diferencia del numeral 1.5 ahora el TJCA señala que la comunicación pública incidental no es comunicación pública, de lo cual respetuosamente discrepamos, pues la definición tanto en la D351 como en la LDA, toda persona puede acceder a la obra de arte mirando la entrevista en la que aparece el abogado y la pintura. En esta comunicación pública, la forma en la que las personas acceden a la pintura es mediante la visualización de la entrevista. En tal caso, se tendría que evaluar si dicha comunicación pública se encuentra amparada por alguna excepción o límite al derecho de autor.

El numeral 1.7 de la interpretación prejudicial citada plantea el caso interesante de la comunicación pública incidental de una obra de arte ahora en una obra audiovisual en la que “Si la intención es mostrar la obra, hay comunicación pública (...) Si la intención es mostrar el entorno (...) no hay”.

Según el ejemplo del 1.7 ante un ambiente en el que se encuentra casualmente una obra de arte no califica como comunicación pública. Pese a ello, tal como se indicó

anteriormente, si las personas acceden a la obra de arte mediante el audiovisual sí es un supuesto de comunicación pública.

El numeral 1.8 precisa el ejemplo de un abogado entrevistado en su oficina, la cual cuenta con diversos objetos, como cuadros, libros, escritorios, y la entrevista se centra en el abogado y en los casos que ha llevado. El ejemplo creado por el TJCA en su interpretación señala la posibilidad que en esa oficina exista más de un objeto protegido por derecho de autor, pero su aparición es incidental en la entrevista. Concluye el numeral que si se considerara comunicación pública “llegaríamos al absurdo de que toda persona (...) que va a ser entrevistada tenga que esconder (...) obras artísticas que hay en su sala u oficina”.

Ahora bien, cabe precisar que la obra se protege en cuanto tenga originalidad, y el autor o el titular del derecho tiene los derechos patrimoniales para autorizar o prohibir el uso de su obra, salvo que nos encontremos ante una excepción establecida en la legislación de cada país de la comunidad andina, conforme al artículo 21 de la D351. Al menos, dicho ejemplo no se configura en la excepción establecida en el literal h) del artículo 22 de dicho Tratado, comentado previamente.

4.3. Sobre el análisis en un audiovisual

El numeral 1.9 señala que en el caso de un audiovisual el análisis debe ser más cauto en evaluar la intencionalidad de la comunicación pública incidental de una obra de arte. Si bien no lo dice el TJCA en dicha interpretación, esto podría deberse a que el proceso de edición de la versión final de un audiovisual no es inmediato. Según el numeral 1.9, la intencionalidad puede reflejarse cuando una pintura “sea parte del escenario y cumpla un rol en la trama (...) y otra distinta en la cual aparece (...) de manera incidental (...)”.

Una excepción relacionada es la reconocida en el literal h) del artículo 22 de la D351, por la cual se puede emitir o transmitir “una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público”.

(10) Cabe precisar que la obra de Vincent van Gogh se encuentran en dominio público. Pese a ello, son ejemplos de obras derivadas.



Sin embargo, en este supuesto es indiferente si la aparición de la obra de arte plástica es incidental o no, aquí el requisito consiste en la comunicación pública que se pueda realizar por los medios señalados en la excepción, con la condición de que la obra se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público. Como podemos apreciar, no se daría respuesta al caso planteado ante el TJCA.

El numeral 1.10 de la interpretación prejudicial establece elementos para apreciar si la comunicación pública es incidental como la “duración de su aparición (...) el desconocimiento del autor de la obra, etc.”; y el numeral 1.11 agrega como aquella obra plástica que aparece “en el fondo, casi imperceptible, por unos segundos”.

Sobre el particular, el tiempo de duración de aparición de una obra de arte plástica en un audiovisual, así sea breve, merece protección. Si se estableciera dicho criterio para otro tipo de obras incluidas en audiovisuales podrían quedar los titulares en desamparo de sus derechos, ya que, aunque sea breve, sí se realiza la comunicación pública. Si aparece de manera breve una obra musical en un reportaje, la brevedad de la aparición no se puede considerar como criterio para que no sea calificado dicho uso como comunicación pública.

La mera aparición en el escenario, interpretando los argumentos del TJCA, debería interpretarse como breve o insignificante. Sin embargo, dicho criterio no desnaturaliza el uso de comunicación pública de una obra de arte. Es decir, así la aparición de la obra sea fugaz nos encontramos ante un acto de comunicación pública.

El desconocimiento del autor de la obra tampoco resta validez al acto de comunicación pública, pues si existe el titular de un derecho éste puede válidamente reclamarlo, o en tal caso, sus herederos.

Nuevamente, si se traslada el criterio de la aparición casi imperceptible, como las obras musicales utilizadas como *soundtrack* en un audiovisual, no se consideraría comunicación pública, lo cual, como se ha señalado anteriormente, es contrario a la propia definición de dicho derecho patrimonial. Es más, en dicho ámbito se producen las *cue sheet* describen este contenido narrándolo de manera secuencial: desde la canción que aparece en el segundo cero hasta la que cierra los créditos.

4.4. Sobre el enfoque y la intención de mostrar la obra

El numeral 1.12 presenta un argumento que vale resaltar, y es el referido al que llamaremos el enfoque: “Distinto es el caso en el que los personajes hablan de la obra pictórica, de su autor (...) y (...) se enfoca (...) la pintura, de modo que el espectador toma conciencia de ella. En este caso (...) estamos ante una comunicación pública (...)”.

De acuerdo con la RAE, se entiende por enfocar “hacer que la imagen de un objeto producida en el foco de una lente se recoja con nitidez sobre un plano u objeto determinado” (s.f.).

Este criterio es interesante, pues se puede entender el enfocar como nitidez, y si una obra es nítida las personas pueden acceder a la misma. De manera contraria, si disocio o desenfoco las personas no pueden acceder a la obra de arte, como ocurre con los casos de disociación de información en el ámbito de datos personales o la protección de menores en reportajes, desenfocando su rostro. En dicho caso, ya no nos encontramos ante la comunicación pública, pues la obra de arte no se podrá visualizar siempre que sea una distorsión de la misma como falta de nitidez. Lo dicho puede graficarse en el ocultamiento de la identidad de personajes dedicados a una investigación de carácter policial en el film “*A Scanner Darkly*”, o al inicio del video musical de la canción noventera *Loser* del compositor Beck.

Esto se podría graficar con la disociación de datos personales⁽¹¹⁾ en el ámbito de las normas de transparencia, a fin de salvaguardar la información que pueda vincularla con el origen de una persona. Nos explicamos con el siguiente ejemplo: una persona solicita, con la finalidad de sustentar su futuro examen de grado o título académico un expediente judicial o administrativo concluido ante una entidad pública. Cabe añadir que para este tipo de solicitudes no se necesita fundamentar la solicitud o precisar el por qué se requiere. El expediente está referido a violencia familiar que involucra a menores de edad. La copia del expediente deberá entregarse debiendo ocultar aquellos datos, como los nombres de las personas naturales que hubieran sufrido violencia familiar, es decir tachando éstos para que no pueda conocerse su identidad⁽¹²⁾.

El numeral 1.13 concluye que “si la intención es mostrar la obra pictórica y que el espectador tome conciencia de ella, entonces se está realizando una comunicación pública de ella. En cambio, la aparición incidental,

(11) Lo que no es materia del presente documento.

(12) En concordancia con el numeral 5 del artículo 15-B de la Ley 27806



fugaz, mínima de la pintura, de modo que sea irrelevante dentro de la obra audiovisual, en la que simplemente aparece como parte del entorno, no califica como exposición pública (...).

Como se puede apreciar, el TJCA exige dos requisitos para que se considere comunicación pública: la intención y que el que accede a la obra tome conciencia de ella.

Al respecto, la intencionalidad y toma de conciencia – según el TJCA – sería un criterio que se evaluaría en contraposición con la aparición incidental. Sin embargo, así nos encontremos con una aparición mínima, accidental, sigue siendo comunicación pública. adicionalmente, cómo se evaluaría que la aparición de la pintura sea irrelevante dentro de la obra audiovisual.

Sobre ello, la escenografía es un elemento importante en una película, es decir, el propio entorno: “El espacio escenográfico es donde se desarrolla la acción y su morfología puede determinar totalmente la forma en que el espectador recibe el mensaje [...]” (Franco, 2015). Por tanto, la aparición de una obra de arte, sea o no incidental, además contribuye a que el espectador se involucre en la trama de un audiovisual, pudiendo ser un personaje adicional, como un cómplice invisible que acompaña de la mano en el camino del desenlace de una narrativa determinada.

A mayor abundamiento, la escenografía es “un elemento plástico que proporciona información, configura la atmósfera y sustenta el drama (...) (emitiendo) información esencial sobre el lugar, tiempo, medio social y condiciones en las que se desarrolla la trama” (Bedoya y León Frías, 2016, p. 208, 219). En la película peruana “El Mudo”, dirigida por Daniel y Diego Vega del año 2013, se aprecia el despacho judicial del juez Constantino Zegarra como protagonista conformado por un escritorio amurallado de expedientes, una PC con su monitor, la bandera peruana acompañada por la imagen de Cristo crucificado, y un martillo de madera tal vez para llamar al orden ante una audiencia programada para que las partes aleguen lo que corresponda a su derecho. Es posible que en el monitor se encuentre proyectada una sentencia o una obra literaria.

Vemos pues, que así como en el ámbito del consumidor la información debe ser relevante⁽¹³⁾ para que éste decida la adquisición de producto o un servicio, en el rubro del cine la escenografía es la herramienta que permite de manera visual unir piezas para apuntar, cual prueba indiciaria, al contexto del desarrollo del argumento de este tipo de obras.

Cabe añadir que en el caso la escenografía cuente con elementos de originalidad, puede ser protegida como obra, y como consecuencia de ello, sirve como un elemento para el análisis de plagio en este tipo de creaciones (Báez, 2015, p. 155).

Lo mismo puede ocurrir de usarse como locaciones las siguientes: i) una biblioteca de un piso o dúplex que simule un refugio académico, en el que puedan encontrarse estatuas o algún busto; ii) o el despacho de un juzgado, en el que se aprecien bloques interminables de expedientes creciendo de forma vertical hacia un techo y sus ramificaciones horizontales como si tuvieran vida propia, o títulos de libros comprendidos en la protección intelectual; iii) o la sala de una vivienda de un personaje ubicada en un lugar inhóspito con un libro de bocetos de cuadros reposando en uno de los muebles.

5. Conclusiones

Tomando como analogía el derecho – o deber – de idoneidad en materia de protección al consumidor, los titulares de derechos intelectuales, en atención a lo que señale cualquier juzgador, evalúa si ha recibido la tutela que ha solicitado, y si la misma ha sido atendida, en función de si existe una brecha o una correlación entre el contenido normativo y la interpretación que se hubiera realizado.

Lo anterior es de importancia pues el sistema de propiedad intelectual, y particularmente el del derecho de autor, cuentan con un reconocimiento a nivel internacional, con respaldo constitucional y el debido desarrollo legislativo. El marco normativo, según el artículo 1 de la Decisión 351, tiene como finalidad una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares. Esta meta debe tenerla en cuenta quien resuelva un conflicto o incertidumbre al evaluar la normativa en la que deba pronunciarse, consiguiendo un real y objetivo amparo.

El derecho de comunicación pública es un derecho patrimonial de gran proyección y alcance, incluyendo cualquier forma de desarrollo futuro en el que, bajo cualquier forma, una o más personas pueden acceden a las obras, sea de manera presencial o en vía remota.

(13) Según el artículo 2 de la Ley 29571, sugiriendo sobre esta materia revisar los derechos de los consumidores y su relación en el ámbito de la Comunidad Andina en Rejanovinski (2017 b).



Nótese que el concepto establece la posibilidad de acceso, no requiere que el mismo sea necesariamente efectivo. Es decir, si alguien crea una plataforma en internet o mediante una aplicación, la que se encuentren fijadas o no previamente las obras, las personas tienen la posibilidad de acceso a dicho contenido. Tampoco el concepto evalúa la intencionalidad o no del sujeto que efectúa la comunicación pública, es suficiente con que se pueda acceder a la obra.

Como se advirtió previamente, al ser este derecho de gran alcance permite diversas manifestaciones pues vivimos rodeado de obras. En un dispositivo móvil, según la tecnología actual, se pueden descargar aplicaciones con contenidos musicales, audiovisuales, literarios, artísticos, entre otros. Cuando nos trasladamos desde nuestro domicilio a cualquier actividad vemos películas o series, leemos textos sea en redes sociales o en portales académicos o periodísticos que pueden ser protegido por el derecho de autor, o acompañamos el viaje con la música que nos gusta.

Este alcance amplio puede incluso potenciarse según la obra en la que nos encontremos. Así, las obras musicales pueden encontrarse en la comunicación pública mediante aplicaciones, internet, redes sociales cuando se suben o comparten contenidos, en fiestas, discotecas o establecimientos comerciales, en transporte público o privado, en organismos de radiodifusión o canales digitales. Lo mismo puede extenderse a otro tipo de obras, como las obras de artes plásticas.

Si una o más personas pueden acceder a una obra nos encontramos ante el derecho de comunicación pública, de titularidad patrimonial del autor. De otra manera, no se configura la comunicación pública cuando las personas no pueden acceder a una pintura o escultura al mirar un audiovisual o entrevista.

A manera de resumen, el TJCA planteó, entre otros, los siguientes argumentos:

- Cuando se compra una pintura se adquiere el derecho a exponerla de manera privada. Sin embargo, el que se adquiere un soporte material que contenga una obra no implica que el comprador tenga licencias para el uso de una obra sin previa autorización del titular del derecho. La D351 no establece algún tipo de presunción de cesión a favor del adquirente de una obra de arte, a diferencia de la norma nacional.
- La venta de una pintura afecta los derechos patrimoniales del autor, pues el adquirente podría almacenar la obra para que nadie la vea. Sobre ello, el derecho que podría estar afectado sería el derecho de reventa, los demás derechos patrimoniales se pueden ejercer, como el de reproducción, transformación y comunicación pública, según lo explicado en este documento.
- No se requiere autorización cuando la obra aparece

incidentalmente en un audiovisual. Contrariamente a ello, la definición de comunicación pública incluye la aparición incidental. Lo que tendría que evaluarse, de ser el caso, es si la misma se encuentra amparada por alguna excepción o límite al derecho de autor. Vale aclarar que estos límites son expresos y bajo una interpretación restrictiva.

- Los criterios para evaluar la incidentalidad de la obra son, entre otros, la duración de la aparición (casi imperceptible, por unos segundos), el desconocimiento del autor. Pese a ello, una breve aparición merece protección pues la obra se protege en todo o en parte. Extender el criterio de duración a otras obras puede perjudicar derechos de terceros, como la aparición de un extracto de una obra musical en un reportaje. A su vez, el desconocimiento del autor de la obra tampoco resta validez al acto de comunicación pública, pues si existe el titular de un derecho éste puede válidamente reclamarlo, o en tal caso, sus herederos.
- La intencionalidad de mostrar la obra pictórica y que el espectador tome conciencia de ella, califica como un acto de comunicación pública. Nuevamente, así sea una aparición mínima o accidental, sigue siendo comunicación pública. Adicionalmente, cómo se evaluaría que la aparición de la pintura sea irrelevante dentro de la obra audiovisual. Cabe recordar que la escenografía, incluyendo la aparición incidental o no de una obra de arte, contribuye a que el espectador se involucre en la trama de un audiovisual.

Seguir el criterio de considerar la aparición incidental de obras de artes plásticas como la negación de la comunicación pública, y se traslada el mismo a otro tipo de obras, existe un posible perjuicio de los titulares de derecho, pues eliminaría de la protección la sola aparición breve o de extractos.

Debe tenerse en cuenta que, si a una persona la entrevistan y en su oficina posee obras, según el ejemplo citado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, nos encontramos ante dos formas de comunicación pública: la primera, en



la que la persona es entrevistada y las personas, como el entrevistador o terceros, acceden a la obra; la segunda, la que el entrevistador hace que terceros, mediante la difusión de la entrevista, pueden acceder a la obra. En ambos casos se configuran como comunicación pública. Si por legislación nacional se otorga el derecho al adquirente de exponer la obra protegida por derecho de autor, dicho derecho no se traslada al entrevistador que difunde dicha entrevista.

Como se ha expuesto, puede existir la duda de varios de los criterios establecidos por el Tribunal en el caso de obras de arte plástica que aparecen en una película, audiovisual o una entrevista que no califique como obra protegida: la irrelevancia de la aparición de la obra entra en contraposición con el espacio escenográfico de una obra audiovisual, la aparición fortuita no invalida el concepto de comunicación pública, si la aparición de la obra de arte plástica fuera mínima igual califica como un uso patrimonial. Es necesario recordar que la obra se protege en todo o en parte.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha establecido la teoría del acto aclarado, en aquellos casos que no es necesaria la solicitud de interpretación prejudicial. Uno de ellos establecido en el Proceso 391-IP-2022, consiste en si el juzgador cuenta con dudas ineludibles que se deducen de “la norma andina y que deben ser aclaradas (...)” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2023, literal d del numeral 32).

La labor del Tribunal es significativa al darle contenido a las normas andinas; sin embargo, de conformidad con lo anterior, consideramos en términos respetuosos que Tribunal debe aclarar los criterios emitidos, ya que se configura el derecho patrimonial referenciado previamente. De seguir estos criterios, podrían ser trasladados a otro tipo de obras, con lo que cual podría implicar alguna vulneración. Tenga en cuenta el lector que el tratado, al referirse a la comunicación pública, no distingue si la misma es incidental o no.

Referencias bibliográficas

Antequera Parilli, R. y Ferreyros Castañeda, M. (1996). *El nuevo derecho de autor en el Perú*. Perú Reporting.

Asociación Peruana de Autores y Compositores vs. Hotel San Remo S.R.L. (13 de junio de 2018). Tribunal de la Propiedad Intelectual de Indecopi, Resolución No. 1289-2018/TPI-INDECOPI.

Báez Jiménez, D. C. (2015). El plagio. Especial referencia a la obra cinematográfica. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (19), 113-166. <https://doi.org/10.18601/16571959.n19.06>.

Barrenechea, A. (2012). La aplicación del derecho de autor en las infracciones por Internet. En D. Lipszyc y R. Antequera Parilli (Coords.), *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías: ¿Intereses compatibles o contrapuestos? Homenaje a Carlos Alberto Villalba* (p.505). Instituto Autor. <https://institutoautor.org/congreso-internacional/el-derecho-de-autor-y-los-derechos->

[conexos-ante-las-nuevas-tecnologias-intereses-compatibles-o-contrapuestos/](#)

Barrenechea, A. (2017). Régimen de excepciones y limitaciones al Derecho de los autores. *Derecho & Sociedad*, (49), 55-64. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19877>

Bedoya, R. y León Frías, I. (2016). *Ojos bien abiertos. El lenguaje de las imágenes en movimiento* (1.ª ed. digital). Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2013). Comentario al artículo 2.1 del Convenio de Berna. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*. Tecnos.

Carrancho Herrero, M. T. (2014). El concepto de obra plástica y la impresión en 3D. En I. Espín Alba (Coord.), *Propiedad intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*. Reus.

Citadines Betriebs GmbH y MPLC Deutschland GmbH (11 de abril de 2024). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), asunto C-723/22.

Código de Protección y Defensa del Consumidor [CPDC]. Ley 29571 de 2010. 2 de setiembre de 2010.

Decreto Legislativo 822 de 1996. Ley sobre el Derecho de Autor. 24 de abril de 1996.

Decreto 765/2024 de 2024. Propiedad Intelectual. 27 de agosto de 2024.

Decreto Reglamentario 41223 / 1934 de 1934. Propiedad Intelectual. 3 de mayo de 1934.

De Freitas, E. (2007). Los derechos patrimoniales en el entorno digital. *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, (3), 131-154. <https://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario03/Art07/ANUARIO%20ANDINO%20ART07.pdf>

Ficsor, M. (2014). El derecho de comunicación al público (y puesta a disposición del público) a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, 7(14). https://cerlalc.org/wp-content/uploads/publicaciones/odai/PUBLICACIONES_ODAI_%20Revista-Iberoamericana-de-Derecho-de-Autor-13_v1_010613.pdf

Franco, J. T. (2015). *Escenografías notables: ¿puede un director de cine ser un buen arquitecto?* ArchDaily. <https://www.archdaily.pe/pe/759702/8-imperdibles-de-cine-y-arquitectura-escenografias>

Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA) vs. GL (20 de junio de 2024). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), asunto C-135/23



González Gozalo, A. (2013). Comentarios al Convenio de Berna artículo 14 y artículo 14 bis. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*. Tecnos.

Home Box Office Inc. vs. Jordindustrias S.C.R.L. (1 de octubre de 2024). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Indecopi. Resolución No. 897-2024/TPI-INDECOPI.

Inter Artis Perú vs. Hotel Boca Ratón E.I.R.L. (17 de julio de 2024). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Indecopi. Resolución No. 712-2024/TPI-INDECOPI.

Land Nordrhein-Westfalen y Dirk Renckhoff (7 de agosto de 2018). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), asunto C-161/17.

Lipszyc, D. (2006). *Derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO; CERLALC; Zavallá

Maraví Contreras, A. (2010). *Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el derecho de autor* (Cuaderno de Trabajo N° 16). Departamento Académico de Derecho PUCP. <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/CT16MARAVI.pdf>

Mendis, D. y Ueno, T. (2025). "Mind the (virtual) gap": A critical analysis of UK and Japanese copyright exceptions relating to immersive environments and the metaverse. *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 56, 1704-1733. <https://doi.org/10.1007/s40319-025-01645-x>

Michael Kelley vs. Morning Bee Inc. y Apple Inc. Case No. 1:21-cv-8420-GHW. Trial. (2023). United States District Court, Southern District of New York.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1980). *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*. OMPI.

Pacheco Chaparro, J. M. B. y Ortega Fajardo, S. V. (2025). El criterio incidental: la aparición incidental de obras y marcas en la industria audiovisual. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (39), 127-143. <https://doi.org/10.18601/16571959.n39.05>

Pumarino Mendoza, Andrés. (2019). Ex. Corte Suprema rechaza recurso de casación y confirma condena a sociedad hotelera por vulnerar derechos de autor. *Derecho, Empresa y Tecnología*, (10). <https://app.vlex.com/vid/ex-corte-suprema->

[rechaza-842598426](https://app.vlex.com/vid/ex-corte-suprema-rechaza-842598426)

Rejanovinschi Talledo, M. (2017a). Una aproximación al derecho de participación en la reventa de obras. *Derecho & Sociedad*, (49), 65-75. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19878>

Rejanovinschi Talledo, M. (2017b). Hacia la protección del consumidor en la Comunidad Andina. En *Anuario de Investigación del CICAJ 2016*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Real Academia Española. *Enfocar*. Real Academia Española. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2025. <https://dle.rae.es/enfocar>

Real Academia Española. *Incidental*. Real Academia Española. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2025. <https://dle.rae.es/incidental>

Resolución No. 04. Expediente No. 16204-2014. Civil. (2014). Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Ruiz Rondán, J. D. (2024). Usos incidentales de obras artísticas dentro de obras audiovisuales. Comentario al fallo Massó vs. Caracol Televisión SA, sentencia 026 del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, del 14 de mayo de 2024. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (21), 479-488. <https://doi.org/10.26422/RIPI.2024.2100.rui>

Sganga, C. (2024). The past, present and future of EU copyright flexibilities. *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, (55), 5-36. <https://doi.org/10.1007/s40319-023-01413-9>

Shkoukani, E. (2021). *Star Wars inside intel: The four sages of Dwartii*. StarWars.com. <https://www.starwars.com/news/star-wars-inside-intel-the-four-sages-of-dwartii>

Solórzano Solórzano, R. y Rejanovinschi Talledo, M. (2022). Museos virtuales y la necesidad de un nuevo límite o excepción al derecho patrimonial de autor. *Derecho PUCP*, (88), 235-263. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202201.008>

The Football Association Premier League Limited and Others vs. Panini UK Limited. Case No. A3/2002/2748. Appeal. (2003). Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2013, 16 de julio). Proceso 44-IP-2013. <https://www.tribunalandino.org.ec/ips/Pr44ip2013.pdf>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2022, 15 de diciembre). Proceso 156-IP-2021. https://www.comunidadandina.org/normativa-files/uploads/156_IP_2021_a039083ffa.pdf

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2023, 13 de marzo). Proceso 391-IP-2022. https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/391_IP_2022.pdf

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2024, 10 de julio). Proceso 256-IP-2021. https://www.comunidadandina.org/normativa-files/uploads/256_IP_2021_ec1d734a39.pdf

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2024, 23 de enero). Proceso 135-IP-2020. https://www.comunidadandina.org/normativafiles/uploads/PROCESO_135_IP_2020_c6975cdd68.pdf 