

Los derechos de autor en la obra audiovisual

Sydney Borjas

PID_00200802



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

1. Derecho de autor, referencia introductoria.....	5
1.1. Definición y contenido del derecho de autor	5
1.2. El objeto del derecho de autor	8
1.3. Los titulares del derecho de autor	12
1.4. Plazos de protección	14
1.5. Diferencias de regulación entre el sistema continental y el sistema anglo: el <i>copyright</i>	16
2. La obra audiovisual.....	21
2.1. Definición y naturaleza de la obra audiovisual	21
2.2. Diferencia entre la obra audiovisual y la grabación audiovisual	23
2.3. La obra audiovisual en la Ley del Cine del 2007	24
2.4. La obra audiovisual como obra colectiva	28
2.5. La obra audiovisual como obra colectiva, en la Ley del Cine del 2007	33
2.6. Los derechos morales en la obra audiovisual	35
3. Cómo hacer cadenas de derechos para producir y explotar obras audiovisuales.....	40
3.1. Los derechos patrimoniales	40
3.2. Los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación	41
3.2.1. El derecho de reproducción	41
3.2.2. El derecho de distribución	43
3.2.3. El derecho de comunicación pública	44
3.2.4. El derecho de transformación	47
3.2.5. Derechos de formato	49
3.3. La cesión de los derechos de explotación en la obra audiovisual	49
3.4. Principales contratos de cesión de derechos autorales para producir y explotar obras audiovisuales	51
3.4.1. La contratación de derechos según las fases de ejecución de la producción	52
3.5. La producción audiovisual por encargo, la producción propia y la coproducción. Los distribuidores y agentes de ventas internacionales	55
3.5.1. La producción por encargo	56
3.5.2. La producción propia	56
3.5.3. La coproducción	57
3.5.4. Los distribuidores y agentes de ventas internacionales	60

3.6.	Las ventanas de explotación de la obra audiovisual	61
3.7.	Las entidades de gestión de derechos y su relación con la obra audiovisual	65
4.	Impacto digital en la explotación de la obra audiovisual y la reacción legislativa.....	67
4.1.	El impacto de la tecnología y el entorno digital en la difusión de obras audiovisuales	67
4.2.	La piratería	69
4.3.	Medidas contra las infracciones a los derechos de autor	71
4.4.	Otros medios no jurídicos de protección de los derechos de autor	76
4.5.	Marco jurídico del intercambio de ficheros	77
4.6.	La problemática jurídica del P2P (<i>peer-to-peer</i>). Resoluciones judiciales	81
4.7.	Disposición Final Cuadragésimo Tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. “Ley Sinde”	84
4.8.	Stop Online Piracy Act. Ley SOPA	86
4.9.	ACTA. Anti-Counterfeiting Trade Agreement	88
4.10.	Ley 2009-669 de 12 de junio del 2009, para la difusión de las obras y la protección de los derechos en Internet. Ley HADOPI	94
4.11.	Conclusiones del impacto digital en la explotación de la obra audiovisual y la reacción legislativa	97
Bibliografía.....		101

1. Derecho de autor, referencia introductoria

1.1. Definición y contenido del derecho de autor

Bajo la rúbrica derechos de propiedad intelectual, tradicionalmente se hace referencia a un amplio espectro de derechos de distinta naturaleza: el derecho de autor y la propiedad industrial.

En el plano del derecho internacional, la unión de estas materias se aprecia en el artículo 2 del Convenio de Estocolmo de 14 de julio de 1967, por el cual se establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Precisa dicha norma que a los efectos del Convenio se entenderá por propiedad intelectual los derechos relativos a:

- Las obras literarias artísticas y científicas.
- Las interpretaciones de los artistas e intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión.
- Las invenciones en todos los campos de la actividad humana.
- Los descubrimientos científicos.
- Los dibujos y modelos industriales.
- Las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales.
- La protección contra la competencia desleal.
- Y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

El derecho de autor, aun teniendo puntos comunes con la propiedad industrial (objeto inmaterial, el carácter exclusivo, oponibilidad *erga omnes* y la transmisibilidad del derecho de explotación), goza de una autonomía legislativa, nacional e internacional, y cuenta con una doctrina científica autónoma en cuanto que tiene sus propios principios y soluciones para resolver los distintos problemas básicos que surgen en la materia.

No es este el marco para realizar un análisis de la distinta naturaleza de los derechos de autor y la propiedad intelectual, sirva la referencia a la denominación común que hace el Convenio de Estocolmo como punto de partida para el análisis del concepto que nos ocupa.

El derecho de autor es una especialidad del derecho civil, que regula los derechos subjetivos de los autores respecto de sus obras, que son el resultado de una actividad intelectual caracterizada por su individualidad. La naturaleza de estos derechos tiene en su origen el acto de creación intelectual y se reconocen para estimular y recompensar dicha creación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha conceptualizado el derecho de autor “como un derecho subjetivo, de carácter absoluto, con monopolio jurídico, temporalmente limitado y que no tiene exclusivamente naturaleza especial o económica, pues junto a tal aspecto tiene un contenido extrapatrimonial que no es otro que el derecho moral antes aludido, con facultades personalísimas, aunque no sea derecho de la personalidad por carecer de la nota indispensable de la esencialidad”.

STS de 2 de marzo de 1992.

El contenido del derecho de autor, en la tradición jurídica continental europea, o basada en el derecho romano, es un haz de facultades que se le reconoce al creador. Dichas facultades tienen una doble naturaleza, personal y patrimonial, definidas así por la teoría del derecho personal-patrimonial, surgida en Alemania.

Las facultades de carácter personal se refieren a la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, que son el contenido de los llamados derechos morales:

“El derecho moral del autor está integrado por un conjunto de derechos inherentes a la persona del autor, tiene carácter irrenunciable e inalienable y constituye la más clara manifestación de la soberanía del autor sobre su obra”.

STS de 6 de noviembre del 2006.

Estos derechos son de carácter extrapatrimonial y tienen, como norma general, duración ilimitada. Delia Lipszyc, en su libro *Derecho de autor y derechos conexos*, enumera los siguientes:

- 1) El derecho a divulgar su obra o mantenerla reservada en la esfera de su intimidad.
- 2) El derecho de reconocimiento de su paternidad intelectual sobre su obra.
- 3) El derecho al respeto y a la integridad de su obra.
- 4) El derecho al retracto o arrepentimiento por cambio de convicciones y a retirar su obra del comercio.

Lectura recomendada

Delia Lipszyc (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones Unesco.

Las facultades de carácter patrimonial consisten en la posibilidad de explotación de la obra y permiten al autor la obtención de un beneficio económico. Estas constituyen el contenido de los llamados derechos patrimoniales. Siguiendo el citado libro de Delia Lipszyc se pueden enumerar:

- 1) Reproducción de la obra en forma material.
- 2) La comunicación pública de la obra en forma no material a espectadores por medio de representación y de la ejecución pública, la radiodifusión, la exhibición cinematográfica, la exposición, entre otras.
- 3) La transformación de la obra mediante su traducción, adaptación, arreglo musical, entre otros.

En nuestra legislación el contenido del derecho de autor se encuentra regulado en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), que viene a coincidir con lo dispuesto en el artículo 428 del Código civil (CC). Posteriormente, se desarrolla en el capítulo III, del libro I, dando prioridad a los “Derechos morales” en la sección Primera, luego en la Segunda, los “Derechos de explotación”, y la Tercera se ha reservado para “Otros derechos”.

En el ámbito internacional, esta materia se encuentra amparada por convenios internacionales como: Berna, de 9 de septiembre del 1986; Universal de Ginebra sobre derechos de autor de 6 de septiembre del 1952; Convención de Roma 26 de octubre del 61 y Ginebra de 29 de octubre del 1971 para la protección de productores de programas; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 27, que reconoce el derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Se puede concluir este epígrafe con la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo:

“La llamada en nuestro ordenamiento «propiedad intelectual» denota ya por su designación que es un derecho que crean sus autores sobre el que, de conformidad con los artículos 348 y 428 del CC, tienen derecho a gozar y a disponer del mismo a su voluntad, y explotar su obra literaria, científica o artística, en todas las variedades que la vigente legislación reconoce. Lo que no obsta a que, aparte de esa consideración principalmente patrimonial de tal derecho, éste se considere por la moderna doctrina como de carácter incorporeal y manifestación de la personalidad del respectivo autor, pues se trata de un goce distinto del que se tiene de las cosas puramente corporales, debiendo distinguirse, por lo tanto, un derecho moral del autor y un derecho patrimonial del mismo”.

STS de 19 de julio de 1993.

1.2. El objeto del derecho de autor

Siendo el derecho de autor aquella especialidad del derecho civil que protege las creaciones expresadas en obras literarias, musicales, científicas y artísticas, se puede afirmar que el objeto del derecho de autor es la obra, incluyéndose también en el ámbito de protección el título.

“Para el derecho de autor, las obras del espíritu son la expresión personal de la inteligencia desarrollada por un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida”.

Delia Lipszyc (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones Unesco.

El objeto de la propiedad intelectual se regula en el capítulo II, del título II, del libro I de la LPI. El profesor Carlos Lasarte, lo define como:

“La plasmación original de una obra producto de la inteligencia humana, susceptible de ser identificada y distinguida de las demás”.

Carlos Lasarte. *Propiedad y derechos reales de goce*. Editorial Marcia Pons.

Para Carlos Rogel Vide y Eduardo Serrano Gómez, en su *Manual de derecho de autor*:

“Las obras del espíritu constituyen el objeto de la propiedad intelectual”.

Carlos Rogel Vide; Eduardo Serrano Gómez (2008). *Manual de derecho de autor*. Editorial REUS.

Las obras pueden ser originales, en el sentido de originaria o primigenias, o derivadas, adaptaciones, traducciones, compilaciones, anotaciones, comentarios, resúmenes y extractos, arreglos musicales, así como otras transformaciones.

Ahora bien, la protección de las obras está sujeta a una serie de criterios generales, en su mayoría establecidos en el artículo 10 LPI:

- El criterio de autor protege las creaciones, no las ideas.
- La originalidad de la obra es la condición necesaria para su protección.
- La protección no dependerá del valor o mérito de la obra, de su destino o forma de expresión.
- La protección, como regla general, no está sujeta al cumplimiento de formalidades.

Las ideas no son obras, es por ello por lo que el derecho de autor protege las obras no las meras ideas. Ello significa que las ideas son de uso libre, de lo contrario se podría correr el riesgo de limitar la creatividad.

Una misma idea, el amor, el desamor, la criminalidad, la venganza, la familia, es abordada desde diferentes perspectivas por un sinnúmero de obras en las que los autores han aportado su impronta personal. Ellas son el objeto de protección por los ordenamientos nacional e internacional, **se protege la exteriorización de las ideas**, el vuelco de las mismas en obras.

“El derecho de autor protege la expresión formal del desarrollo del pensamiento, otorgando al creador derechos exclusivos de carácter patrimonial a la publicación, difusión y reproducción de la obra”.

Delia Lipszyc (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones Unesco.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la exigencia para ser objeto de protección es la exteriorización de la obra, no el soporte por el que la misma se da a la luz. El medio por el que se exprese una obra le es indiferente al derecho a los efectos de su protección.

La propiedad intelectual es entendida como una propiedad inmaterial que no se identifica con su soporte aunque necesite del mismo para existir. Se distingue entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum* de la obra, cada uno es un concepto autónomo en sí mismo. El derecho de autor tiene por objeto el *corpus mysticum* aunque, dependiendo de las características de la obra, influirá también en el *corpus mechanicum*. Todo lo anterior encuentra amparo en el artículo 56.1 de la LPI:

“El adquirente del soporte a que haya sido incorporada la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última”.

Esta configuración de la irrelevancia del soporte es fundamental a efectos de la transmisión de derechos.

También es importante tener en cuenta que una obra puede ser fuente de inspiración de otra, y a partir de esta afirmación es posible aceptar el uso de las puras ideas que se encuentran en una obra ajena, así como el uso de sus elementos: los conceptos, el tema, el método, el estilo literario, entre otros; tomados en sí como hechos aislados. Lo que es ilícito es tomar el conjunto de los elementos que expresan la originalidad o individualidad de la obra.

Íntimamente relacionado con la desprotección de las ideas, nace el segundo requisito: la **originalidad de la obra** como condición necesaria, que puede ser absoluta o relativa, según se trate de obras originales en sentido estricto o de obras derivadas.

La originalidad, como nota característica de las creaciones humanas que son el objeto de protección por la LPI, reside en la expresión creativa e individualizada de la obra. Pero no existe una delimitación clara de este concepto, la jurisprudencia la ha interpretado desde dos puntos de vistas diferenciados, el subjetivo: individualidad que expresa lo propio del autor, que lleva la impron-

ta de su personalidad; y el objetivo: haber creado algo nuevo. En realidad estos son dos conceptos independientes entre sí, que tradicionalmente han explicado esta condición desde dos perspectivas diferentes.

El **enfoque objetivo** responde a la perspectiva de análisis del *copyright*, entendiéndose por ella la no copia o no imitación de la obra. Este concepto tiene el peligro de rozar el ámbito de la novedad (requisito para que las invenciones accedan a la protección que les brinda el derecho de patentes), no se trata de que el autor deba ser el primero en crear algo inexistente. La **perspectiva subjetiva** es la seguida por las denominadas legislaciones latinas o personalistas, requiere que la obra contenga algo individual y propio del autor.

Anteriormente, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia se inclinaban por la tesis subjetiva de la originalidad, expresando que es un término subjetivo que no se debe confundir con novedad, bastando:

“La expresión por el creador, con un mínimo de complejidad, de una idea propia, aún cuando se haya inspirado en otra obra de distinto género”.

Delia Lipszyc (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones Unesco.

En este sentido, resulta interesante resaltar el giro que ha dado la jurisprudencia, en la STS, Sala 1.ª, de 24 de junio del 2004, definiendo la originalidad desde una perspectiva objetiva:

“Haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente, novedad objetiva que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se le atribuye sobre ella a su creador”.

La rapidez para la divulgación de las obras que se tiene hoy, como consecuencia del desarrollo de los medios de comunicación, la inmediatez de las creaciones, entre otras muchas razones que no corresponden a este trabajo analizar, han producido un cambio doctrinal hacia las tesis mixtas de la originalidad, produciéndose matizaciones y combinaciones entre ambas perspectivas. Así se alude a la originalidad atendiendo a la existencia de una impronta personal del autor al tiempo que se indica que esa obra tiene que ser distinta a la de otro sujeto, y en este sentido se habla de individualidad.

Conforme se ha expuesto anteriormente según se trate de obras originales o derivadas, la originalidad será **absoluta** o **relativa**. Ambas, como objeto de la propiedad intelectual, se regulan en los artículos 10, 11, 12 de la LPI. La ley establece en su artículo 13 las obras que quedan excluidas de su ámbito de protección. Esta exclusión se justifica en el interés público de los textos, en los que se puede incluir los discursos de los parlamentarios.

Siguiendo el orden de los requisitos generales antes expuestos, corresponde mencionar los criterios que son ajenos a este reconocimiento: el valor, el destino y la forma de expresión.

- El **valor cultural o artístico de la obra** es un concepto distinto al de originalidad, es una cuestión de gustos que entra en el ámbito de lo público y de la crítica, no del derecho.
- Del mismo modo queda fuera del reconocimiento el **destino que la obra tenga**, es decir, fin cultural o utilitario. Este punto interesa más en materia de obras de arte o ciencia aplicada al comercio o a la industria. El hecho de que un dibujo o una obra artística tenga un fin comercial, como lo tienen en las actividades de comercio o industriales, no los priva de su protección en el ámbito de la propiedad intelectual.
- La **forma de expresión**, como criterio excluido del ámbito de protección, ya lo hemos analizado anteriormente.

Para finalizar realizaremos el análisis del último criterio, la regla general de ausencia de formalidades en la protección del derecho de autor.

La creación es el título originario del derecho del autor, a diferencia del derecho de propiedad industrial, el derecho de autor nace del acto de creación, no del reconocimiento de la autoridad administrativa. En este sentido fue decisivo el Convenio de Berna:

“El goce y el ejercicio de estos derechos (los del autor) no estarán subordinados a ninguna formalidad”.

La anterior Ley de Propiedad Intelectual de 1879 requería una serie de formalidades legales para que surgiera el derecho de los autores sobre su obra. En la normativa actual no es necesario que se cumpla requisito alguno, como expresa su artículo 1, por el solo hecho de su creación las obras del espíritu pertenecen a sus autores. En correspondencia con dicho artículo, el 5.1 establece que:

Será autor “toda persona natural que cree alguna obra”. La condición de autor no puede transmitirse de ninguna forma, ni extinguirse por el transcurso del tiempo.

“El autor no solo es el adquirente originario del derecho sino que además es el único titular pleno de la propiedad intelectual, ya que ni sus causahabientes *inter vivos*, ni siquiera *mortis causa*, podrán serlo de todas las facultades que integran el derecho de propiedad intelectual, debido a las limitaciones que afectan a la transmisión *inter vivos* de los derechos o facultades morales, así como algunos patrimoniales”.

R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.) (2009). *Manual de propiedad intelectual*. Editorial Tirant lo Blanch.

En el artículo 6 de la LPI se establece una presunción *iuris tantum*: se presumirá autor quien aparezca en la obra mediante su nombre o firma que lo identifique.

Aunque el Convenio de Berna es favorable a que los fines de los registros sean declarativos y no constitutivos, en la actualidad existen normas registrales que requieren la inscripción de la obra para que nazca el derecho del autor. En este sentido, es relevante la distinta naturaleza de los registros de propiedad intelectual. Antequera Parilli, en sus *Consideraciones sobre el derecho de autor, 1977*, distingue tres clasificaciones:

- El registro como presupuesto de la constitución y existencia del derecho.
- El registro como requisito para el ejercicio del derecho.
- El registro con finalidad declarativa o probatoria.

La primera de las clasificaciones enumeradas tuvo importante arraigo en América Latina, debido a la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 (española). Esta Ley fue el antecedente de las legislaciones de países como Argentina, Bolivia, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay; en la actualidad aún rige el registro como condición y existencia del derecho en los últimos tres países mencionados.

Existen legislaciones en las que la titularidad del derecho corresponde a los autores, sin embargo, para poder ejercitarlos se debe acreditar el registro de la obra. Este es el caso de EE. UU. y El Salvador, en los que se condiciona el ejercicio del derecho en sede judicial al cumplimiento del requisito del registro. Otra variante de este tipo de registro es el que se impone respecto de las obras publicadas como condición para explotarlas en forma exclusiva, se requiere que el editor cumplimente los requisitos de inscripción, esta modalidad está vigente en Argentina.

En el resto de los países rige con carácter general lo establecido en el Convenio de Berna: la compatibilidad del registro con efectos de presunción *iuris tantum* de veracidad de las declaraciones registradas y su protección automática.

1.3. Los titulares del derecho de autor

Puesto que las personas físicas son las únicas que tienen aptitud para realizar actos de creación intelectual, la calificación de autor solo puede recaer sobre una **persona física**. La consecuencia natural de ello es que la titularidad originaria corresponda a la persona física que crea la obra.

Las personas jurídicas, como es lógico, no pueden crear obras, no tienen aptitudes para ello, pero sí pueden ser titulares derivados de algunos derechos de autor. Para atribuirles la condición de titular de los derechos de autor, es necesario recurrir a una ficción jurídica. El recurrir a esta ficción jurídica, como norma general, responde al interés de los terceros que explotan la obra.

Los países que siguen la tradición jurídica latina del derecho de autor no aceptan excepciones al principio de que el derecho de autor solo puede nacer en la cabeza de la persona física que creó la obra, entre ellos se puede citar a Alemania, España, Francia. Éste último considera como anomalía, aceptada para determinadas obras como las colectivas o las creadas y publicadas bajo el nombre y por cuenta y cargo de personas jurídicas públicas, la titularidad de personas jurídicas.

Esto es diferente en los países de tradición jurídica angloamericana, a efectos de la titularidad originaria del *copyright*, los supuestos en los que la calidad de autor, salvo pacto en contrario, se atribuyen a personas distintas de los creadores son varios:

- obras creadas por encargo,
- en virtud de una relación contractual laboral, y
- para producciones cinematográficas.

Estas ficciones jurídicas que atribuyen la titularidad originaria a personas distintas de los creadores pueden traer confusiones entre los conceptos de autoría y titularidad por un lado, y titularidad originaria y titularidad derivada por otro.

La titularidad derivada se configura cuando algunas de las facultades que originariamente corresponden al autor son transferidas a otras personas, físicas o jurídicas, por cesión, por presunción de cesión, o por transmisión *mortis causa*.

Los efectos de la transferencia de derechos patrimoniales en los supuestos de titularidad derivada y los de titularidad originaria a favor de una persona distinta del creador son bastantes similares, la diferencia radica en el **derecho moral**, pues en el primero nace y permanece en la cabeza del creador, no siendo así en el segundo. Esta dicotomía entre la tradición jurídica del derecho latino y anglosajón se refleja en el artículo 15 del Convenio de Berna, en el que no se entra a definir quién es el autor, solamente se limita a exponer quiénes son las personas facultadas para hacer valer los derechos protegidos.

El titular originario es la persona del creador. El autor de una obra derivada, adaptación, traducción, o cualquier otra transformación, es el titular originario del derecho sobre la misma sin perjuicios de los derechos del autor de la obra de la cual se deriva.

En el Convenio de Berna y en nuestra LPI se establece una presunción *iuris tantum* a favor de la persona que aparece como autor en la obra mediante su nombre, firma, signo o cualquier otra forma que lo identifique.

La titularidad derivada nunca puede abarcar la totalidad del derecho del autor, moral y patrimonial, el derecho moral es inalienable. Son sus titulares personas físicas o jurídicas que han recibido algunos de los derechos del autor.

Ahora bien, como es sabido, puede que no exista un solo creador de una obra, sino varios, en estos casos estaremos ante supuestos de coautoría. Estos casos comprenden las obras en colaboración, en las que se incluyen: obras musicales con letra, las dramático-musicales, las cinematográficas y las obras audiovisuales en general; y las obras colectivas como: los diccionarios, enciclopedias, diarios, revistas, compilaciones, entre otros.

Las obras en colaboración y las obras colectivas constituyen categorías distintas de supuestos de coautoría y reflejo de ello es la diferencia en sus regímenes jurídicos.

1.4. Plazos de protección

Como se ha apuntado anteriormente, en el derecho continental rigen las teorías dualistas en la concepción del derecho de autor. Desde estas teorías el contenido del derecho de autor está integrado por el derecho moral y el patrimonial, formados ambos por una serie de facultades.

Las facultades que integran el derecho moral del autor tienen, como norma general, carácter ilimitado, pero en las facultades patrimoniales se han establecido, históricamente, límites temporales a su ejercicio.

El origen de la limitación temporal del derecho patrimonial del autor se vincula con el sistema de privilegios que se comenzaron a otorgar después de la invención de la imprenta. Su finalidad es fomentar el acceso a las obras protegidas por el autor.

El plazo de duración de este derecho se extiende por toda la vida del autor y un número determinado de años a partir de su muerte. El plazo, *post mortem* generalmente, comienza a contar a partir del 1 de enero del año siguiente a la fecha del fallecimiento.

El Convenio de Berna: el Acta de Berlín de 1908, adoptó que el plazo de la vida del autor y, *post mortem*, fuera de 50 años, ello fue reflejo del desarrollo alcanzado en la protección de los derechos de los autores. Este acuerdo adoptado en el Convenio no establecía el plazo como mínimo, sino más bien orientativo, siendo las legislaciones internas las que determinaran el plazo para cada Estado.

Al contar cada Estado con la libertad de fijar sus plazos de protección por las legislaciones internas, era preciso establecer una regla que orientara la protección de las obras en el ámbito del comercio internacional. Es por ello por lo que el Acta de Berlín de 1908 reguló el llamado “método del cotejo”.

El artículo 7.2 disponía que la duración se regularía por “la ley del país donde la regulación se reclame y no podrá exceder el plazo fijado en el país de origen de la obra”.

En la revisión de Bruselas de 1948 se adoptó el plazo mínimo general de 50 años, aunque se admitían plazos distintos para algunas categorías de obras, en este momento la aplicación del método del cotejo quedó reservada para los casos de plazos superiores. El texto del Convenio fue revisado nuevamente en 1967 en Estocolmo y se firmó en París en 1971, en él se mantuvo el plazo mencionado con algunas excepciones, artículo 7 del Convenio: las obras cinematográficas, el plazo puede ser de 50 años después de que la obra haya sido accesible al público o, si no lo ha sido, 50 años después de realizada la obra. En cuanto a las obras fotográficas y las obras de artes aplicadas, el plazo mínimo de protección es de 25 años contados desde la realización de tales obras.

Respecto de los derechos morales, el Convenio de Berna establece que el plazo de protección de estos derechos debe ser por lo menos tan largo como el plazo de protección de los derechos patrimoniales.

El artículo IV. 1. De la Convención Universal dispone que “la duración de la protección de la obra se regirá por la ley del Estado contratante donde se reclame la protección”, en su apartado cuarto añade que ningún Estado contratante estará obligado a proteger una obra durante un plazo mayor que en el país de origen de la obra. El Convenio fija un plazo general mínimo obligatorio que comprende la vida del autor y 25 años *post mortem*, el propósito de este plazo era propiciar la ratificación de la Convención Universal por un buen número de países que establecían plazos inferiores a cincuenta años en 1952.

En las últimas décadas buena parte de ellos han optado por ampliar este plazo. La ley que originariamente adoptó el plazo de 50 años fue la española de 1847, a ella la siguieron la belga y la francesa de 1866.

La doctrina española del siglo XIX se mostraba, en su mayoría, favorable a la declaración de perpetuidad del derecho de autor. Contrario a ello se ha venido entendiendo la temporalidad de la propiedad como un límite al derecho de autor en pro del derecho a la cultura consagrado constitucionalmente. En este sentido, Alonso Martínez afirmaba:

“La idea solo es poderosa y fecunda cuando entra en el dominio de la humanidad entera; monopolizada perpetuamente por una familia se esteriliza y se anula... El hombre no tiene solo deberes consigo mismo y con sus hijos; los tiene también con sus semejantes y, coadyuvando al progreso social, no hace en rigor más que pagar el tributo debido a la sociedad en que vive, de cuyo caudal se nutre”.

Carlos Rogel Vide; Eduardo Serrano Gómez (2008). *Manual de derecho de autor*. Editorial REUS.

En la Ley actual de Propiedad Intelectual, las reglas sobre la duración de los derechos de explotación se encuentran establecidas en el capítulo I, “Duración”, del título III, del libro I, de la LPI, artículos del 26 al 30. Conforme a su artículo 26, los derechos de explotación de una obra durarán durante toda la vida del autor y setenta años después de la muerte del mismo. Para las obras en colaboración, durarán toda la vida de los coautores y setenta años después del fallecimiento del último coautor. En el caso de las obras colectivas, los derechos de explotación sobre las mismas durarán setenta años desde su divulgación. El artículo 30 viene a establecer el cómputo del plazo que comenzaría a contarse desde el primero de enero del año siguiente a la muerte del autor.

1.5. Diferencias de regulación entre el sistema continental y el sistema anglo: el *copyright*

El denominado sistema de derecho continental, **derecho de autor**, es el seguido por los países, fundamentalmente, de la Europa continental e Iberoamérica. El segundo sistema, el *copyright* lo integran los Estados de tradición jurídica anglo-norteamericana.

El *copyright* es la más vieja expresión jurídico-positiva del derecho de propiedad intelectual que conocemos (1710), su sistema es el que inspira las actuales legislaciones de países como Australia, Canadá, Estados Unidos, Irlanda, Nueva Zelanda y el Reino Unido.

Para la presente exposición, sobre el análisis de estos dos sistemas, nos basaremos en un estudio realizado por Antonio Delgado, “Contraposición entre los sistemas de protección del Derecho de Autor y el Copyright”.

Dicho estudio parte del análisis de los principios básicos que informan a cada sistema, y a su vez ellos se subdividen en los que informan las normas económicas y los que informan las normas del derecho moral.

Comenzaremos por los principios básicos que informan las normas económicas de ambos sistemas, ellas derivan de las reglas que mantienen eficazmente un mercado de obras y de las prestaciones protegidas.

En dicho mercado, en el área del *copyright*, desde el Estatuto de la Reina Ana, 1709-1710, se erige el principio de “libre enajenación de los derechos” como el único modelo válido. La preponderancia del mercado en el sistema del *copyright* es tan marcada, que ya desde los tiempos de dicho Estatuto, el:

“Derecho de autor se concibe como un poder jurídico, «creado», no «reconocido», por el legislador, para operar o participar en el mercado, un derecho como monopolio legal”.

Antonio Delgado (2007). *Derecho de Autor y derechos a fines al autor* (tomo I). Instituto de Derecho de Autor.

En estos regímenes jurídicos:

“La configuración del derecho de autor está realizada al modo de una protección excepcional, casi privilegiada (estatutaria) por lo que sus facultades vienen a significar restricciones a la libertad de expresión y de circulación de las obras y a la que rige el propio mercado de éstas (en el que, naturalmente, esta libertad específica se sustancia, y, particularmente, en su aspecto de «libre competencia»)”.

Delgado (2007).

En el área del derecho de autor, el mercado también adquiere importancia, pero la protección de las obras y de las inversiones realizadas en su creación y difusión pasa antes por el reconocimiento a su creador de un derecho de propiedad, oponible *erga omnes* y exclusivo, aunque limitado en el tiempo y sometido a las excepciones y restricciones que el legislador determine en relación con la naturaleza de la institución. En cuanto al aspecto monopolístico del derecho, Antonio Delgado señala que no se entiende que nace junto con la obra por el hecho de su creación, sino que este surge una vez que la obra se introduce en el mercado por decisión del autor o su derechohabiente, es decir, nace el aspecto monopolístico cuando se ejercita el derecho a divulgar la obra.

En cuanto al objeto de protección, la obra aparece en ambos sistemas como objeto de la protección que otorgan. Sin embargo, desde la perspectiva del sistema del *copyright*, se considera la obra como creación materializada, como copia.

Esta consideración de la obra justifica, para dicho sistema, la exigencia de fijar la obra en el soporte material adecuado para su publicación como presupuesto necesario para su protección. De este modo también se entiende la importancia que representa para este sistema su inscripción en un registro especial. Por el contrario, el sistema continental protege las obras desde el momento mismo en que su creación se expresa.

Otra de las consecuencias de la influencia que han tenido los principios económicos en la configuración de la protección de las obras se observa en la opción o no de establecer, por parte del legislador, una serie de requisitos mínimos (creatividad y originalidad) para la consideración de obra por parte del ordenamiento jurídico.

Desde una perspectiva que favorece la inversión, como es el caso del *copyright*, un indicio de la existencia de una obra son la realidad y el trabajo. Cualquier producción intelectual en la que conste una cosa u otra, en principio, puede

ser candidata para obtener el rango de obra. Bien con el añadido de un mínimo de creatividad aunque no necesariamente personal, como es el caso de los Estados Unidos, bien sin este mínimo en el Reino Unido.

Esta es la razón por la que el fonograma es una obra en el sistema del *copyright*:

“Los circuitos integrados y los filmes coloreados, también lo son en el Código de los Estados Unidos; y para los tribunales británicos, los datos brutos con los que se elaboran las parrillas de los programas de televisión de las emisoras de este medio, igualmente lo son”.

Delgado (2007).

En las legislaciones del otro sistema, las categorías de obras protegidas están mencionadas a título de ejemplo y sin ser exhaustivas; el requisito de la originalidad está concebido como requisito indispensable para todos los tipos de obras y constituye la única exigencia para su protección.

Coherentemente con la noción de obra descrita y con las exigencias del mercado, es deducible que el legislador del *copyright* haya autorizado atribuir el derecho sobre la obra no solo a los creadores de las mismas, sino también a los sujetos que considera capacitados para ponerlas en el mercado, es decir, **las empresas**.

De esta manera, en las legislaciones de este sistema, el primer titular del derecho es, en principio, el autor, pero también se considera autor, salvo estipulación escrita, la persona, natural o jurídica, que ha empleado al autor, es el caso de las *works made for hire* de la sección 201 (b) del Código de los Estados Unidos. Por el contrario, las legislaciones de derecho de autor continental mantienen que tanto el derecho moral como el patrimonial nacen en la cabeza del autor, sin perjuicio de que en determinadas categorías de obras se establezcan presunciones *ius tantum* de transmisión del conjunto de los derechos patrimoniales o de algunos de ellos, como es el caso de la obra audiovisual, o la obra de autor asalariado.

Otro aspecto, en cuanto a la explotación, que diferencian los sistemas del *copyright* y de derecho de autor es la configuración de los **derechos de explotación**. En el caso del *copyright* se establece un conjunto de derechos tasados y delimitados por el tipo de explotación característico de cada categoría o categorías de obras, por lo que esos derechos varían entre sí no solo por su contenido, sino incluso en lo referido a su duración y a la normativa que rige su ejercicio.

Por ejemplo, en las legislaciones británica y de Estados Unidos, para los fonogramas, considerados obras, los derechos otorgados al productor son distintos, en número, contenido y duración, a los reconocidos a los autores de las obras literarias, dramáticas, musicales, entre otras.

En lo que se refiere a las legislaciones de derecho de autor, las facultades patrimoniales del autor respecto a su obra se conciben como un derecho general de explotación, con lista abierta de facultades, que se aplica a todas las categorías de obras.

En cuanto a la transmisibilidad de los derechos de explotación, el sistema del *copyright*, en su firme objetivo de mantener un mercado de obras eficaz, no establece ningún obstáculo a la cesión de dichos derechos. De hecho, la cesión se consideró, desde el inicio, como el único modo de circulación del derecho y de la obra. En la actualidad esta función se comparte con la licencia o autorización, en exclusiva o sin exclusividad, y en todo caso, bajo el principio de libertad contractual. La hipótesis de desviaciones y abusos encuentran su corrección por la vía jurisprudencial.

En el ámbito del derecho de autor, hay legislaciones que establecen un marco para la transmisión de derechos patrimoniales que conduce a resultados muy próximos al del sistema del *copyright*. Otras legislaciones tienen un marcado carácter tuitivo, ya que han tomado en consideración la débil posición contractual del creador.

“(…) los legisladores del sistema de derecho de autor se han ido decantando por regular la transmisión de los derechos teniendo como modelo la figura de la concesión (autorización o licencia), en exclusiva y sin ella, y mediante normas (básicamente) inderogables por voluntad de las partes e inspiradas en los principios de «máxima disponibilidad de los derechos en el patrimonio del autor» (Ulmer) y de «retribución apropiada del creador de la obra» (Dietz). Del primer principio se derivan las reglas de la «independencia de los derechos», de la prohibición o exclusión de su transmisión «global», del «carácter temporal y territorial» de su transferencia, de la exigencia de «forma escrita» (como mínimo obligatorio), de la «interpretación restrictiva» de sus estipulaciones y de la concepción de estos negocios como contratos *intuitus personae* y sinalagmáticos.

Y del segundo, la presunción de onerosidad de la transmisión (como mínimo *iuris tantum*), la regla de la «remuneración proporcional a los ingresos de explotación» (con excepciones tasadas) y el reconocimiento al autor de una acción de revisión de la remuneración pactada”.

Delgado (2007).

Concebido el sistema del *copyright* como una protección excepcional frente a las libertades de expresión y de circulación de obras, es lógico que los supuestos de excepción a los derechos de explotación reconocidos a los autores, se contemplen como restricciones naturales a los mismos:

“En el sentido de espacios sociales para los que el Estado ha recuperado alguna libertad o ha precisado *favor libertatis*”.

Delgado (2007).

En sentido contrario, en el área del derecho de autor, las excepciones (utilizaciones libres) y limitaciones (licencias legales u obligatorias) que se contienen en sus legislaciones, se consideran reguladas por disposiciones de derecho excepcional, expresamente configuradas por el legislador y aplicables restrictivamente.

Del análisis del “marco economicista y de excepcionalidad jurídica que representa el sistema del *copyright*, parece lógico que no encuentre fácil acomodo la protección moral del autor, que se deja el derecho común (*common law*) tal como está en la ley de Estados Unidos, aunque las legislaciones británica (1988) y australiana (2000), en una aproximación importante al otro sistema, la hayan incluido recientemente en sus respectivas leyes sobre el *copyright*. Desde el sistema contrapuesto, el legislador revolucionario francés ya declaraba la cualidad de derecho natural que se atribuía al derecho de propiedad del autor y que era puesto en relación con valores intrínsecos de la personalidad de éste, de suerte que el derecho moral de autor pudo elaborarse por vía jurisprudencial”.

Delgado (2007).

En la actualidad, ninguno de los países en los que rige el derecho de autor deja fuera en sus leyes el derecho moral del autor.

La norma moral ocupa en el sistema del *copyright* una posición nada preponderante, aspecto totalmente contrario en el ámbito del derecho de autor.

La legislación básica de Estados Unidos (USCode) no contiene disposiciones sobre el derecho moral, el cual se sigue rigiendo, como norma general, por el derecho común, consecuencia de ello es que el derecho moral ha quedado relegado al derecho contractual y al que rige las relaciones laborales entre empresas y autores asalariados.

En el caso del Reino Unido, el artículo 6 bis del CRB reconoce el derecho moral en su mínima expresión, las facultades de paternidad: reivindicar la paternidad de la obra, y el respeto a la integridad de la creación: oponerse a cualquier deformación, mutilación, u otra modificación de la misma.

En la australiana (CADAA), por un lado se ha ido ampliado el elenco de los derechos morales y, por otro, se ha establecido una prohibición de cesión de esos derechos.

Las diferencias en la regulación de los dos sistemas se va superando en la recíproca aproximación que se está dando entre las legislaciones más representativas del sistema del *copyright* y las del sistema del Derecho de Autor. La coexistencia de ambos sistemas se observa en el marco de los grandes tratados multilaterales especializados en esta materia. Y es que la configuración de ambos nace de la idea de que la protección de las obras se justifica en el progreso cultural; y de la necesidad de equilibrio de los intereses de distinta naturaleza que en ella confluyen: los de los **autores**, los de **quienes invierten en su creación y difusión** y los del **público en general**.

2. La obra audiovisual

2.1. Definición y naturaleza de la obra audiovisual

El término **obra audiovisual** designa el conjunto integrado por la obra cinematográfica y las que el Convenio de Berna nombra en su artículo 2.1 como, “obras expresadas por procedimiento análogo a la obra cinematográfica”. Esta locución: *obra audiovisual*, se emplea cada vez más en las leyes internas, documentos internacionales y estudios doctrinales, para nombrar a todas aquellas obras que presentan elementos comunes, característicos de este tipo de obras, sin considerar el procedimiento técnico empleado para su fijación, ni el destino para el que fueron creadas.

En un principio la cinematografía era concebida como un medio técnico que permitía captar y fijar imágenes, así era regulada por el Convenio de Berna en sus inicios. Luego el cinematógrafo se convirtió en un instrumento que permitía reproducir o representar obras preexistentes, primordialmente obras literarias. Su regulación encuentra su punto de partida en la revisión del Convenio en Berlín de 1908, artículo 14. La disposición se centraba fundamentalmente en la protección de los autores de obras literarias, científicas o artísticas, al expresar que los mismos tenían determinados derechos exclusivos y de ellos se derivaba que la representación o reproducción de sus obras por medio de la cinematografía requería de su autorización. La norma admitía la posibilidad de protección de una obra cinematográfica siempre y cuando cumpliera con el requisito de la originalidad: impronta personal del autor.

La revisión de Roma 1928 se mantuvo en la misma línea, y fue la efectuada en Bruselas en 1948 la que reconoce la cinematografía como obra susceptible de protección, incluyéndola en su artículo 2.1, que establecía que:

“Las obras literarias y artísticas comprenden las producciones del dominio literario, científico y artístico, cualesquiera que sean el modo o forma de expresión tales como: [...] las obras cinematográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía”.

Nazareth Pérez de Castro (2001). *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*. Editoriales REUS, AISGE.

En Bruselas se elimina del artículo 14 la exigencia específica de la originalidad para estas obras, al sumarse al artículo 2 deberán contener la nota de la originalidad como cualquiera de los otros de los supuestos descritos. En nuestra legislación interna la obra audiovisual viene definida en el artículo 86 de la LPI como:

“Las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras”.

Partiendo de este concepto se pueden extraer los elementos o rasgos definitorios de la obra audiovisual:

- Se trata de un conjunto de imágenes asociadas, una secuencia de imágenes dotadas de unidad temática.
- No puede ser objeto de percepción directa, para su exteriorización se requiere un aparato que la proyecte o lo haga accesible al público. Esto no quiere decir que esté destinada su explotación únicamente a la comunicación pública.
- Irrelevancia de la naturaleza del soporte material al que se incorpore.
- Irrelevancia del sonido, de ello se deduce que las composiciones musicales o bandas sonoras de una obra audiovisual forman parte de ella y se protegen como un elemento integrante de la misma, no como un fonograma.

Estos tres elementos se suman a los criterios necesarios para la protección de una obra y su consideración como tal por el derecho, siendo la originalidad nota esencial.

Respecto a las imágenes asociadas, encontramos la dificultad de considerar imágenes fijas o en movimiento. Los defensores de las imágenes fijas sostienen sus argumentos a partir de la propia dicción de la norma y por otra parte, la consideración como precedente del precepto de definición, el artículo 101 de la Ley de 19 de octubre de 1976 de EE. UU., en el que se expresa una serie de imágenes asociadas con el sentido de estar relacionadas.

La interpretación que alude a la sensación de movimiento sustenta sus argumentos en la necesidad de diferenciar las obras audiovisuales de las fotográficas, y en la redacción del artículo 120 de la LPI, que al definir las grabaciones audiovisuales alude a la “fijación de un plano o secuencia de imágenes”.

Son obras audiovisuales:

- las cinematográficas,
- las televisivas,
- las videográficas,
- los videoclips.

Algunos autores incluyen determinadas especies de producción multimedia donde predomine el elemento visual, como los videojuegos, algunos simuladores o las obras virtuales. En estos supuestos se ha abierto un amplio debate doctrinal en el que no se ha llegado a un consenso, las dificultades se centran, fundamentalmente, en que el instrumento imprescindible para la existencia de la mayoría de estos supuestos son los programas de ordenador.

Es apreciable la complejidad de la obra audiovisual en su proceso de creación. En él se congregan un conjunto de **intereses intelectuales y patrimoniales** debido a su número de creadores (autores de las obras literarias, dramáticas y musicales preexistentes; autores del guión y de los diálogos; autores de las composiciones musicales, con o sin letras; de la escenografía, del vestuario), de intérpretes (actores y ejecutantes), de técnicos y auxiliares. Su producción demanda una fuerte inversión financiera, y la admisión de una gran variedad de titulares de derechos. Por todo ello se considera a la obra audiovisual como una clase especial de obra en colaboración y se admite su sumisión a un régimen especial.

El régimen especial para las obras audiovisuales tiene como finalidad facilitar la determinación de los autores; la simplificación de la cesión de los derechos patrimoniales con el fin de concentrarlos en la persona del productor; limitar las facultades morales de los autores de modo que no obstaculicen la creación y posterior explotación de la obra audiovisual.

Estas finalidades las cumple el título VI, del libro Primero de la LPI. Comienza con la definición de obra audiovisual en el artículo 86; le siguen las normas específicas relativas a su autoría, artículo 84; continúa con los contratos de producción y transformación por los que se cede al productor los derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual y las obras preexistentes utilizadas en su elaboración, artículos 88 y 89; la remuneración correspondiente a los autores por la cesión de los derechos de explotación, artículo 90; y las restricciones que sufre en este ámbito el derecho moral, artículo 91-93.

Este régimen especial de las obras audiovisuales se aplica a las obras radiofónicas, artículo 94 de la LPI.

2.2. Diferencia entre la obra audiovisual y la grabación audiovisual

Como ya se ha analizado en el apartado anterior, la obra audiovisual se define según el artículo 86 de la LPI como:

“Las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras”.

Pero nuestra legislación sobre propiedad intelectual nos ofrece otra definición legal de interés: la **grabación audiovisual**. Este concepto nos viene dado en el artículo 120 de la LPI, que establece que se entenderá por grabación audiovisual:

“Las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta Ley”.

Ambos conceptos coinciden en lo esencial: **imágenes asociadas, con o sin sonorización**. Si se realiza una lectura detenida de ambos conceptos, nos encontramos con que la definición de grabación audiovisual es más amplia, abarca cualquier fijación de planos o secuencias de imágenes, sean o no obras audiovisuales. El elemento diferenciador se encuentra en la nota de la originalidad, en las grabaciones audiovisuales el hecho de que presenten un suficiente grado de originalidad no es determinante para su consideración como tal. Se puede considerar que la grabación audiovisual es el género y la obra audiovisual es la especie.

Tomar como base esta distinción nos permite entender varias cuestiones de orden práctico. La primera de ellas se refiere a los tiempos de protección. El artículo 125 de la LPI establece que:

“Los derechos de explotación reconocidos a los productores de la primera fijación de una grabación audiovisual será de cincuenta años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de su realización.

No obstante, si, dentro de dicho período, la grabación se divulga lícitamente, los citados derechos expirarán a los cincuenta años desde la divulgación, computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha en que ésta se produzca”.

Lo interesante se plantea cuando la grabación audiovisual contenía una obra audiovisual, pues esta tiene reconocido un plazo de protección que abarca la vida de los coautores y setenta años después del fallecimiento del último de ellos. Durante este período de tiempo, el productor, cesionario del derecho de explotación de los autores, podrá impedir que se reproduzca la obra. Por el contrario, si no contenía una obra protegible no podrá impedir que se efectúe una nueva fijación de la grabación una vez transcurrido el plazo de 50 años.

De ello se deduce la importancia de determinar cuándo una grabación audiovisual gozará de los requisitos necesarios para ser considerada también obra audiovisual.

2.3. La obra audiovisual en la Ley del Cine del 2007

La Ley del Cine proclama su vocación de regular los aspectos sustantivos de la actividad cinematográfica y audiovisual. Según su artículo 1, la Ley tiene por objeto:

“La ordenación de los diversos aspectos sustantivos de la actividad cinematográfica y audiovisual desarrollada en España; la promoción y fomento de la producción, distribución y exhibición de obras cinematográficas y audiovisuales y el establecimiento tanto de condiciones que favorezcan su creación y difusión como de medidas para la conservación del patrimonio cinematográfico y audiovisual, todo ello en un contexto de defensa y promoción de la identidad y la diversidad cultural”.

En cuanto al concepto de obra audiovisual, la Ley del Cine incide en la conceptualización de algunas de las distintas modalidades de obras audiovisuales. Lo que viene a proponer es una clasificación propia de obras audiovisuales en general y obras cinematográficas en particular, que son las que merecen la consideración de producciones protegidas por esta ley. Concretamente, lo que establece es qué obras audiovisuales pueden alcanzar **ayudas públicas**.

Es importante detenerse en el objeto y finalidad de esta ley porque ella no modifica los criterios de protección de la obra audiovisual a los efectos de la LPI, no añade nada a la consideración de obra audiovisual protegida por el derecho de autor. El hecho de que una modalidad de obra audiovisual no se inscriba en las descripciones elaboradas en el artículo 4 de la Ley del Cine no implica que no sean obras protegidas por el derecho de autor, si no que no serán objeto de ayudas o incentivos públicos.

El artículo 4 de la Ley del Cine establece una serie de definiciones que, en relación con el artículo 5, se aprecia que su finalidad reside en establecer una clasificación a partir de la nacionalidad española de las obras, que sirva de referencia a la atribución de ayudas públicas y subvenciones. Se trata de estimular la industria nacional de producción audiovisual.

Las letras de la a-h del artículo, sus ocho primeros apartados, ofrecen definiciones de tipos de obras audiovisuales y cinematográficas, a los efectos, únicamente de esta ley, téngase en cuenta su objeto y finalidad:

- **Película cinematográfica:** Toda obra audiovisual, fijada en cualquier medio o soporte, en cuya elaboración quede definida la labor de creación, producción, montaje y posproducción y que esté destinada, en primer término, a su explotación comercial en salas de cine. Quedan excluidas de esta definición las meras reproducciones de acontecimientos o representaciones de cualquier índole.
- **Otras obras audiovisuales:** Aquellas que, cumpliendo los requisitos de la letra a), no estén destinadas a ser exhibidas en salas cinematográficas, sino que llegan al público a través de otros medios de comunicación.
- **Largometraje:** La película cinematográfica que tenga una duración de sesenta minutos o superior, así como la que, con una duración superior a cuarenta y cinco minutos, sea producida en soporte de formato 70 mm., con un mínimo de 8 perforaciones por imagen.

- **Cortometraje:** La película cinematográfica que tenga una duración inferior a sesenta minutos, excepto las de formato de 70 mm que se contemplan en la letra anterior.
- **Película para televisión:** La obra audiovisual unitaria de ficción, con características creativas similares a las de las películas cinematográficas, cuya duración sea superior a 60 minutos, tenga desenlace final y con la singularidad de que su explotación comercial esté destinada a su emisión o radiodifusión por operadores de televisión y no incluya, en primer término, la exhibición en salas de cine.
- **Película española:** La que haya obtenido certificado de nacionalidad española, expedido conforme a lo que se dispone en el artículo 12.
- **Serie de televisión:** La obra audiovisual formada por un conjunto de episodios de ficción, animación o documental, con o sin título genérico común, destinada a ser emitida o radiodifundida por operadores de televisión de forma sucesiva y continuada, pudiendo cada episodio corresponder a una unidad narrativa o tener continuación en el episodio siguiente.
- **Piloto de serie de animación:** La obra audiovisual de animación que marca las características y estilo que habrá de tener una serie y permite al productor la financiación y promoción de la misma.

La diferenciación entre obra cinematográfica y otras obras audiovisuales según su destino inicial, sea para la exhibición en salas o no, responde a la tradicional forma de explotación de las obras cinematográficas en las salas de cine. Lo que viene a hacer la ley es fomentar, mediante ayudas, la exhibición de películas españolas en las salas de cine, ello no significa que se obvien otros canales de distribución.

El artículo 5 se encarga de atribuir la nacionalidad española a la obra objeto de ayudas públicas previstas en la ley. Esta cuestión es previa e instrumental respecto a las políticas de fomento, ya que estas despliegan su eficacia en relación con que la obra merezca o no la nacionalidad española.

La obligación de la obtención del certificado de nacionalidad española, además de la presentación de la obra para su calificación y la acreditación de la producción, corresponde a las empresas productoras, artículo 11.2 de la Ley del Cine.

Los requisitos establecidos en el artículo 5 vienen a coincidir con el ámbito de aplicación subjetivo de la ley, artículo 2:

“Las personas físicas residentes en España y a las empresas españolas y las nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo establecidas en España de conformidad con el ordenamiento jurídico, que desarrollen actividades de creación, producción, distribución y exhibición cinematográfica y audiovisual así como industrias técnicas conexas”.

Tendrán la nacionalidad española las obras realizadas por una empresa de producción española, o de otro Estado miembro de la Unión Europea establecido en nuestro país, a las que se le haya expedido por el órgano competente el certificado de nacionalidad española, previo reconocimiento de que cumplen los siguientes requisitos:

- Que el elenco de autores de las obras cinematográficas y audiovisuales, entendiéndose por tales el director, el guionista, el director de fotografía y el compositor de la música, esté formado, al menos en un 75%, por personas con nacionalidad española o de cualesquiera de los otros Estados miembros de la Unión Europea, de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o que posean tarjeta o autorización de residencia en vigor en España o en cualesquiera de dichos Estados.
- En todo caso, se exigirá que el director de la película cumpla siempre dicho requisito.
- Que los actores y otros artistas que participen en la elaboración de una obra cinematográfica o audiovisual estén representados al menos en un 75% por personas que cumplan los requisitos de nacionalidad o residencia establecidos en la letra anterior.
- Que el personal creativo de carácter técnico, así como el resto de personal técnico que participen en la elaboración de una obra cinematográfica o audiovisual, estén representados, cada uno de ellos, al menos en un 75% por personas que cumplan los requisitos de nacionalidad o residencia establecidos en la letra (a) del presente apartado.
- Que la obra cinematográfica o audiovisual se realice preferentemente en su versión original en cualquiera de las lenguas oficiales del Estado español.
- Que el rodaje, salvo exigencias del guión, la posproducción en estudio y los trabajos de laboratorio, se realicen en territorio español o de otros Estados miembros de la Unión Europea. En el caso de las obras de animación, los procesos de producción también deberán realizarse en dichos territorios.
- Asimismo, tendrán la consideración de obras cinematográficas o audiovisuales españolas las realizadas en régimen de coproducción con empresas extranjeras, de acuerdo con las condiciones exigidas a tal efecto por la regulación específica sobre la materia o por los correspondientes convenios internacionales y los que afectan a la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

- Se entenderá por obra comunitaria la que posea certificado de nacionalidad expedido por uno de los Estados miembros de la Unión Europea.

El órgano competente para la calificación y la expedición del certificado de nacionalidad española en el ámbito de la Administración General del Estado es el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, por medio del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales.

La tarea de clasificación se viene considerando de naturaleza deontológica, ya que su objetivo es la protección de la infancia y la adolescencia. El artículo 20 de la Constitución española recoge los derechos de expresión, opinión e información, que en este ámbito, dentro de otros muchos en la esfera de la comunicación, encuentra su límite en la protección de la infancia, la adolescencia y juventud. Esta interpretación se realiza de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con otros tratados internacionales, sobre esta materia, ratificados por España.

2.4. La obra audiovisual como obra colectiva

Como bien se ha expuesto hasta el momento, las obras audiovisuales constituyen un supuesto especial de obras en colaboración.

Del hecho de que su creación demanda el concurso de un número de creadores, artistas y actividades auxiliares, aparecen complejas cuestiones (Lipszyc, 1993):

- Debido a una actividad preponderante o excluyente, ¿se toma como autor a una sola de las personas que interviene?
- O bien se trata de una obra en colaboración y, en este caso, ¿son coautores de la obra audiovisual todas, o solo algunas de las personas que contribuyen creativamente en ella?
- La titularidad del derecho, o al menos su ejercicio, ¿debe permanecer en la cabeza del autor o coautores de la obra audiovisual o debe atribuirse al productor, a fin de que su explotación no se vea trabada por el derecho de interdicción que corresponde a cada uno de los colaboradores? ¿Y cuál es el medio jurídico más idóneo para ello? ¿La atribución de la titularidad originaria a favor del productor? ¿La *cessio legis* de los derechos patrimoniales o bien la presunción de cesión de los mismos salvo pacto en contrario, con la limitación del derecho moral de los autores?

Desde los inicios de la cinematografía, los productores reclamaron la autoría de las obras como únicos titulares de los derechos de explotación, y desde su perspectiva resultaba comprensible que tras una inversión tan fuerte tuvieran

el respaldo legal que les permitiera amortizar estas producciones. Algunos países accedieron a tal petición y se les reconoció, desde un punto de vista legal, la titularidad originaria de estas obras.

En otros, se entendió desproporcionada la petición, aunque se entendió que estas obras debían tener un régimen jurídico especial, debido a su complejidad, donde se le garantizara una explotación satisfactoria a los productores.

Las soluciones legislativas, hasta la actualidad, pueden dividirse en:

- Sistema denominado *film-copyright* del productor. Países que atribuyen al productor la condición de autor o la titularidad originaria del derecho de autor. En este bloque se encuentran EE. UU. y Reino Unido, este último reconoce el derecho moral del director.
- Los países de tradición jurídica continental europea o latina consideran que solamente las personas físicas que han participado en la creación de la obra pueden ser sus autores, y por tanto, titulares de derecho de autor sobre estas obras. En este sistema se reconoce un régimen especial que permite al productor realizar una explotación de la obra sin interferencias. Como consecuencia de ello, algunas legislaciones reconocen a favor del productor una cesión legal de pleno derecho de las facultades que integran el derecho patrimonial, este es el caso de Italia; en otros se establece legalmente una presunción de cesión de derechos al productor, como ejemplo de estos casos encontramos a España, Francia, Brasil y Colombia.

El Convenio de Berna, en su última revisión en París en 1971, no solucionó las cuestiones relativas a la titularidad de las obras audiovisuales, optó por la remisión a las legislaciones internas, es decir, que cada país diera una solución particular al problema.

Artículo 14.bis del Convenio de Berna

1) Sin perjuicio de los derechos del autor de las obras que hayan podido ser adaptadas o reproducidas, la obra cinematográfica se protege como obra original. El titular del derecho de autor sobre la obra cinematográfica gozará de los mismos derechos que el autor de una obra original, comprendidos los derechos a los que se refiere el artículo anterior.

2) a) La determinación de los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica queda reservada a la legislación del país en que la protección se reclame.

b) Sin embargo, en los países de la Unión en los que la legislación reconoce entre estos titulares a los autores de las contribuciones aportadas a la realización de la obra cinematográfica, estos, una vez que se han comprometido a aportar

tales contribuciones, no podrán, salvo estipulación en contrario o particular, oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por hilo al público, radiodifusión, comunicación al pública (...).

3) A menos que la legislación nacional no disponga otra cosa, las disposiciones del apartado 2) b) anterior no serán aplicables a los autores de los guiones, diálogos y obras musicales creados para la realización de la obra cinematográfica, ni al realizador principal de ésta.

Este artículo no es más que el reflejo de la diversidad de la regulación con que cuenta esta materia. Muestra de ellos también lo son las Directivas 92/100, de 19 de noviembre, sobre Derechos de Alquiler y Préstamo y otros Derechos Afines a los Derechos de Autor, en el ámbito de la propiedad intelectual. Para realizar la armonización, en su articulado la Directiva tuvo que entrar a definir quiénes son considerados titulares de los derechos de autor. En su artículo 2.2, para el caso de las obras audiovisuales, establece que:

Será “autor el director principal de una obra cinematográfica o audiovisual. Los Estados miembros podrán atribuir la condición de coautores a otras personas”.

Este mismo sentido han seguido las Directivas 93/83, de 27 de noviembre, y la 93/98, de 29 de octubre.

En nuestra LPI, quiénes son los autores de la obra audiovisual viene determinado en el artículo 87:

- El director-realizador.
- Los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos.
- Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra.

Este listado constituye un *numerus clausus*, una lista cerrada, por lo que en el caso de la intervención de otros creadores distintos de los enumerados, se podrán considerar como autores de obras preexistentes incorporadas en la obra audiovisual, pero no autores de esta última.

“Se tiene la sensación de que al redactar el artículo 87 se ha perdido la consciencia de que la autoría de la que se habla ha de tener como punto de partida cualquier tipo de obra audiovisual y no solo la cinematográfica o, en su caso, la televisiva. Una lista cerrada como la descrita en el artículo 87 dificultará que las personas que realizan una actividad creativa en el marco de lo audiovisual encaje en categorías tradicionales como las descritas. Ello se solventaría si la norma fuera abierta”.

Nazareth Pérez de Castro (2001). *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*. Editoriales REUS, AISGE.

El profesor Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano afirma que una correcta interpretación de este artículo debe llevar a otorgar, además, la autoría a las personas que desempeñan funciones propias de quienes aparecen citados en dicha

enumeración. A partir de esta interpretación, podría considerarse entre los autores a los actores que improvisan diálogos e influyen o aportan a la creación audiovisual.

Respecto al primero de los citados, el director-realizador, se advierte que la denominación de director es propia del mundo del cine y la de realizador, del medio televisivo. La importancia que al mismo se le atribuye se aprecia al ser el primero que se nombra en la norma, y también por el papel relevante que se le reconoce en la Ley para establecer la versión definitiva de la obra audiovisual, así como para llevar a efecto modificaciones sobre la misma, artículo 92 de la LPI.

En cuanto a los segundos, autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos, afirman R. Tapia y Bondía Román, que el argumento es la explicación escrita de la trama de la obra audiovisual, que no importa su extensión, pero sí al menos un cierto grado de elaboración que los diferencia de lo que sería una mera idea. Con él se construye la estructura básica de la narración audiovisual.

La adaptación es el acto que, siguiendo los criterios del argumento, trabaja sobre una obra preexistente. El guión es un plan que describe las escenas de la obra en mayor o menor detalle, es la columna vertebral de la obra. Y los diálogos son los juegos de palabras, a las que se le añade una gran fuerza comunicativa con el uso de las imágenes.

En cuanto a los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para este tipo de obras, se exige como requisito específico que la composición musical haya sido concebida de forma expresa para la obra audiovisual. Al igual que ocurre con la adaptación de una obra literaria, podría adaptarse para una obra audiovisual la composición musical, en estos casos sucedería lo anteriormente explicado.

Lo determinante, y común para todas las obras, es el valor cualitativo que hace desarrollar las ideas mediante el proceso de creación intelectual.

Nuestra legislación no considera autores de una obra audiovisual ni a los productores, ni a los actores, ni a los autores de obras preexistentes. Los actores se consideran intérpretes del guión y diálogos y se les reconoce los derechos del título I, del libro II, de la LPI. Y los autores de obras preexistentes conservan sus derechos sobre sus obras transformadas, pero no sobre la obra audiovisual resultante, artículos 9, 11 y 21 de la LPI.

En el apartado siguiente nos referiremos a los productores y su régimen jurídico de protección en la legislación española.

Está claro que el artículo 87 establece quiénes son coautores de la obra audiovisual y que estamos ante una situación plurisubjetiva; ahora bien, el legislador pudo optar por dos regímenes distintos en su regulación: por el previsto en el artículo 7 (obra en colaboración) de la LPI, o por el establecido en el artículo 8 (obra colectiva).

El artículo 7 establece un régimen para las obras que son el resultado unitario de la colaboración de varios autores, correspondiéndoles a todos los derechos sobre la misma. Y desde otra perspectiva, partiendo del artículo 120.2 de la LPI, que define al productor audiovisual como:

“La persona natural o jurídica que tiene la iniciativa y asume la responsabilidad de dicha grabación audiovisual”.

Se pudo haber optado por el artículo 8 de la LPI, que regula la obra colectiva como:

“La creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada. Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre”.

Como se aprecia, los dos regímenes hubieran sido válidos, pero nuestro legislador optó por el régimen de las obras en colaboración de manera imperativa, por lo que es necesario interpretar el artículo 87 en relación con el artículo 7 de la LPI. En este sentido, los derechos sobre la misma, tanto en su vertiente patrimonial como moral, corresponden originariamente y *pro indiviso* a aquellos a los que se atribuya su autoría.

“La obra en colaboración supone una comunidad especial de todos los coautores con respecto a ella, para cuya regulación resultan insuficientes las previsiones del artículo 7.2, así como la remisión del artículo 7.4 al régimen de la comunidad de bienes, artículos 392 y ss. del CC, por no ser fácil acoplar éste a las peculiaridades de aquella comunidad”.

R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.) (2009). *Manual de propiedad intelectual*. Editorial Tirant lo Blanch.

Ahora bien, aun cuando el régimen de las obras en colaboración se encuentre en el artículo 7, en el supuesto de las obras audiovisuales estamos ante una obra en colaboración especial porque:

- No se considera coautor a cualquiera que contribuya creativamente.
- El artículo 7 solo se aplica en lo que no contradiga el régimen especial regulado en el título VI, del libro Primero.

2.5. La obra audiovisual como obra colectiva, en la Ley del Cine del 2007

De la exposición de motivos de la Ley del Cine se deduce que se basa en cinco objetivos fundamentales:

- 1) La definición y el apoyo a los sectores independientes de nuestra cinematografía, en los ámbitos de producción, distribución y exhibición.
- 2) La creación de mecanismos que eviten desequilibrios en el mercado audiovisual.
- 3) La adaptación a las nuevas tecnologías y formatos que se han introducido en este campo.
- 4) El respaldo a la creación y los autores.
- 5) Articular la relación entre los diferentes sujetos que operan en el sector, desde los creadores, productores, personal técnico y artístico, industrias técnicas, distribuidores, exhibidores y empresas videográficas.

El artículo 4 recoge una serie de definiciones fundamentales para el sector cinematográfico, y su apartado j) se dedica al personal creativo de una película u obra audiovisual, señalando que se considera como tal:

- 1) Los autores, que a los efectos del artículo 5 de esta Ley son el director, el guionista, el director de fotografía y el compositor de la música.
- 2) Los actores y otros artistas que participen en la obra.
- 3) El personal creativo de carácter técnico: el montador jefe, el director artístico, el jefe de sonido, el figurinista y el jefe de caracterización.

Del contenido de este artículo se entiende que en estas obras intervienen diferentes tipos de creadores que poseen un reconocimiento jurídico diverso. En caso de los considerados autores, es visible la diferencia con la regulación del artículo 87 de la LPI, al adicionarle el director de fotografía.

“(…) el director de fotografía desarrolla habitualmente una labor de creación que, indudablemente, implica que su personalidad, sus conocimientos e incluso su propia inspiración queden patentes en la película. Ello trae consigo que sea perfectamente perceptible para el espectador las diferencias que se derivan para la obra según en ella intervengan uno u otro director de fotografía. Nótese además que se les incluye al mismo nivel que los tradicionalmente considerados coautores de una obra cinematográfica, lo cual supone un expreso reconocimiento al trabajo fundamental que efectúan”.

César Iglesias Rebollo (coord.) (2008). *La Ley del Cine y el derecho de autor*. Editorial REUS y AISGE.

Otra diferencia notoria es el nombramiento del director y no del director-realizador, ello puede ser lógico si se atiende a lo anotado anteriormente, que el término *director* es propio del sector del cine y *director-realizador* de la televisión. Partiendo de esta base, la separación en el cine del director y del realizador conlleva al reconocimiento del primero como **autor** y el segundo entraría en el régimen jurídico del **personal creativo** que menciona el propio artículo 4.

Ahora bien, el artículo 4 j) distingue entre autores, actores y demás artistas, y el personal creativo de carácter técnico, ello plantea la cuestión de si esta Ley asigna la condición de coautor a aquellos a los que no se les nombra como autores pero sí como personal creativo.

Para determinarla, Eduardo Serrano Gómez realiza su análisis a partir del juego de los artículos:

1 de la LPI:

“La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación”.

5.1 de la LPI:

“Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica”.

7.1 de la LPI:

“Los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores corresponden a todos ellos”.

Concluyendo que de ellos se desprende que el coautor de la obra cinematográfica será todo aquel que ha creado algo que junto a las demás aportaciones conforman la unidad resultante: **el filme**.

La cuestión que plantea es si modifica la Ley del Cine del 2007 el artículo 87 de la LPI o no.

Este autor continúa exponiendo que para el caso de la obra cinematográfica:

“Ha de entenderse modificado el artículo 87 de la LPI para dar así cabida a las previsiones que sobre esta cuestión se contienen en la Ley del Cine. Las reglas: lo especial prevalece sobre lo particular y lo posterior deroga a lo anterior, así lo avalan. Podrá dudarse, e incluso criticarse, en muchos casos con razón, la oportunidad de los cambios y la forma de introducirlos -hubiera supuesto una mejor técnica legislativa la reforma directa del artículo 87-, pero es indiscutible que con estas nuevas previsiones la ley pretende ajustarse mejor a la realidad de la obra cinematográfica y dar respuestas adecuadas a las exigencias que se venían planteando por de todos aquellos que participan en su realización. Como conclusión última, queda claro que ha de acogerse, sin reservas, a la tesis de que todo aquel que lleva a cabo un papel de creación en la película ha de ser considerado como coautor de ella”.

César Iglesias Rebollo (coord.) (2008).

2.6. Los derechos morales en la obra audiovisual

El Acta de Roma de 2 de junio de 1928 fue la que introdujo en el Convenio de Berna el reconocimiento de los derechos morales de paternidad e integridad de la obra.

Como se expuso con anterioridad, el contenido de estos derechos se puede enumerar, de manera general, en las siguientes facultades:

- 1) El derecho a divulgar su obra o mantenerla reservada en la esfera de su intimidad.
- 2) El derecho de reconocimiento de su paternidad intelectual sobre su obra.
- 3) El derecho al respeto y a la integridad de su obra.
- 4) El derecho al retracto o arrepentimiento por cambio de convicciones y a retirar su obra del comercio.

En nuestra legislación el contenido de los derechos morales se encuentran regulados por el artículo 14 de la LPI, que tras reconocer su titularidad a los creadores y establecer su carácter inalienable e irrenunciable, realiza la siguiente enumeración:

- 1) Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
- 2) Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
- 3) Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
- 4) Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

5) Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.

6) Retirar la obra del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

7) Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

La duración del plazo de protección de estos derechos no es uniforme, por la naturaleza de algunos de ellos se entiende que su extensión temporal es la vida del autor, este es el caso de los derechos de modificación, de retirada y el acceso al ejemplar único y raro; en cambio, el derecho de divulgación tiene un período de protección que comprende la vida del autor y 70 años *post mortem*. A diferencia del resto de los derechos que tienen una protección perpetua.

“Las características de irrenunciabilidad e inalienabilidad son los puntos álgidos del recelo de las legislaciones propias del sistema *copyright*, ya que los intereses encontrados entre los autores y los inversores o agentes comerciales que circundan el mundo de la propiedad intelectual pueden verse afectados desde la perspectiva de este sistema en contra de estos últimos. Se alega que la admisión de un derecho moral inalienable provoca inseguridad y ésta frena las inversiones”.

Nazareth Pérez de Castro (2001).

Esto puede ser discutible puesto que en los países del área continental, en los que sus legislaciones internas reconocen a los autores derechos morales sobre sus obras de manera inalienable e irrenunciable, no suelen tener un número elevado de demandas por esta materia.

Para el caso de la obra audiovisual se realizará un análisis de cada uno de estos derechos:

1) **El derecho de divulgación de la obra y su forma.** Respecto a este derecho se establece un régimen específico para las obras en colaboración, ya que al intervenir varios autores corresponde a todos presentar su autorización para la divulgación de la obra audiovisual. Ahora bien, sucede que en estas obras no nos encontramos únicamente con los problemas derivados de una obra en colaboración según el artículo 7 de la LPI, resulta que estas obras surgen también por la intervención del productor, que realiza una importante inversión financiera, y podría verse seriamente afectado si alguno de los coautores decidiera no divulgar la obra audiovisual. Para ello, en atención a la práctica establecida, el legislador optó por establecer un régimen propio para las obras audiovisuales.

El artículo 93.1 de la LPI establece que:

“El derecho moral de los autores solo podrá ser ejercido sobre la versión definitiva de la obra audiovisual”.

A la que se le suma lo dispuesto en el artículo 91 de la LPI:

“Cuando la aportación de un autor no se completase por negativa injustificada del mismo o por causa de fuerza mayor, el productor podrá utilizar la parte ya realizada, respetando los derechos de aquel sobre la misma, sin perjuicio, en su caso, de la indemnización que proceda”.

La versión definitiva de la obra audiovisual es la que marca el final de su proceso de realización, y se establece por acuerdo entre el director-realizador y el productor según lo pactado en el contrato de producción, artículo 92.1 de la LPI.

Pese al tenor del artículo 93.1 de la LPI, se entiende que una vez que el productor y el director-realizador entienden concluida la obra, pueden los restantes coautores hacer valer su derecho moral si la versión definitiva de la obra no es respetuosa con su aportación personal, este es el sentido seguido por la jurisprudencia en su Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1998, al considerar infringido el derecho de integridad del guionista de una obra audiovisual por haber experimentado su contribución alteraciones esenciales durante la filmación.

Del juego de los artículos 7, 93.1 y 91 de la LPI se observa la complejidad de la situación descrita. Por un lado los problemas que se puedan derivar de un régimen plurisubjetivo, en el que uno de los autores decida no divulgar la obra, caso en el que, si no se llega a acuerdo, será resuelto por el juez según lo establecido en el artículo 7.2 de la LPI; y de otro, los que puedan derivar de la relación con el productor, estos normalmente se sujetarían a lo establecido en el contrato de producción.

2) El derecho de modificación. Se encuentra contemplado en el apartado 5 del artículo 14 de la LPI y tiene como límites el respeto de los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural. Este derecho en relación con el artículo 7 exige el consentimiento de todos los coautores:

“Para divulgar y modificar la obra se requiere el consentimiento de todos los coautores. En defecto de acuerdo, el Juez resolverá”.

Las modificaciones que pueden producirse una vez finalizada la obra pueden ser múltiples, y en el caso del ámbito español son escasas las sentencias que atiendan a los derechos de modificación y, por ende, al de integridad.

Es necesario tener en cuenta que este derecho de modificación solo se puede hacer valer una vez que esté la versión definitiva de la obra audiovisual, que como se apuntó más arriba, el artículo 92.1 establece que ello será el resultado del acuerdo entre el director-realizador y el productor. Lo relevante viene en el apartado segundo del mismo artículo cuando establece “Cualquier modifica-

ción de la versión definitiva de la obra audiovisual mediante añadido, supresión o cambio de cualquier elemento de la misma, necesitará la autorización previa de quienes hayan acordado dicha versión definitiva”.

“De estas disposiciones, cuando menos resulta chocante la intervención del productor cuando la propia ley ha rechazado su calificación como autor. Igualmente, resulta llamativa la mención al director-realizador como sujeto interviniente para establecer la versión definitiva, así como sus posibles modificaciones. ¿Qué ocurre con los demás coautores de la obra audiovisual?”

Nazareth Pérez de Castro (2001).

Para Nazareth Pérez de Castro, del tenor del artículo 92.1 se podría obtener la respuesta, “de acuerdo con lo pactado en el contrato entre el director-realizador y el productor”. Para esta autora, aun cuando la norma establezca que las partes del contrato de producción serán el director-realizador y el productor, podrán intervenir los otros coautores determinando en ese documento cuándo la obra ha de entenderse por terminada y las modificaciones que se puedan efectuar de la misma. Esto sería dejar al ámbito contractual las facultades que el artículo 14 de la LPI caracteriza como irrenunciables e inalienables.

Por otro lado, el profesor Bercovitz considera que, como por el resultado de las alteraciones producidas por una modificación pueden lesionarse los derechos de integridad de algún coautor, es preceptivo el consentimiento de estos para la efectiva realización de modificaciones.

3) El derecho de retirada de la obra del comercio. Resulta poco imaginable la realización de este derecho en el ámbito de la obra audiovisual. Piénsese en una obra cinematográfica terminada y divulgada, si algunos de los coautores, por cambios en sus convicciones intelectuales y morales, decidiera retirar la obra del comercio, no solo afectaría a los intereses de los restantes coautores y del productor, sino también los de todos los sujetos que intervienen en el proceso de explotación de la obra, de esta forma se tendría que indemnizar a los demás coautores, productor, distribuidor, organismos de radiodifusión, etc., lo que hace poco probable que esto suceda en la práctica.

4) El derecho de paternidad. Por él se establece que corresponde al autor exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra. Este derecho se encuentra regulado en el ámbito intencional, en el artículo 6 bis del Convenio de Berna, y puede considerarse, junto con el derecho de integridad de la obra, el de más trascendencia. Este derecho sí que se encuentra revestido siempre por las notas de irrenunciabilidad e inalienabilidad, pues en él no influye el tipo de obra ni las peculiaridades de los sistemas plurisubjetivos, ni de las relaciones contractuales en las que se elabora la obra. Todo autor, con independencia de quien sea titular de los derechos de explotación, tiene derecho a que se le reconozca su autoría, Sentencias del Tribunal Supremo 29 de junio de 1995, de 15 de diciembre de 1998.

Este derecho, al igual que el de integridad, se configuran como perpetuos en el artículo 15 de la LPI. Los posibles supuestos de lesión de este derecho son el plagio y los posibles casos de reproducción de la obra omitiendo la autoría, actividades que serán lesivas, aun cuando las obras hayan caído en dominio público.

5) El derecho a la integridad de la obra. Configurado en relación con la nota de originalidad necesaria para que una obra sea objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Una de sus manifestaciones es que la obra se conserve tal y como el autor concibió y dio forma a la idea.

Como se expuso anteriormente, este derecho, junto con el de paternidad, se encuentran establecidos en el artículo 6 bis del Convenio de Berna. Esta regulación solo viene a fijar unos mínimos de homogeneización entre los países que forman parte del Convenio; como consecuencia de ello, existen distintas formas de entenderlo desde las legislaciones internas.

En nuestra LPI su contenido se regula, como bien se ha visto, en el apartado cuarto del artículo 14:

“Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación”.

De ello se deduce que no cualquier modificación de la obra supone una lesión al derecho de integridad, sino solo aquellos que supongan un perjuicio a los legítimos intereses del autor o menoscaben su reputación. Nuestra configuración de este derecho difiere de otras legislaciones, como la francesa, en la que se entiende que cualquier modificación no consentida por el autor constituye una lesión al derecho de integridad.

Este derecho comporta un deber de abstención, por parte de terceras personas, y un poder de actuación del autor. Pueden darse casos en los que el autor permita a un tercero modificaciones sobre su obra, ello, en ningún caso, sería una renuncia del autor a su derecho.

El derecho a la integridad también se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de modificación, por lo que en el ámbito de la obra audiovisual éste se configura bajo las mismas reglas: el juego de los artículos 7, 93, 91 y 92 de la LPI.

3. Cómo hacer cadenas de derechos para producir y explotar obras audiovisuales

3.1. Los derechos patrimoniales

Al principio de esta asignatura vimos que el contenido del derecho de autor está formado por un conjunto de facultades, unas de carácter patrimonial y otras de carácter moral. En el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, las facultades o derechos de explotación vienen regulados en la sección II, del capítulo III.

Comienza la Sección reconociendo al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación en el artículo 17:

“Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”.

En este artículo observamos que la Ley establece el término *ejercicio*, estableciendo una distinción con el artículo 2 de la propia Ley, en el que se “atribuye” al autor, como propietario de la obra, la disposición plena de los derechos patrimoniales con los únicos límites que establezca la Ley. Se contempla así por un lado la titularidad y por otro el ejercicio de los derechos de explotación, de esta manera, lo que viene a reflejar el artículo 17 es que la obra no puede ser ejecutada o realizada sin la autorización del autor. El eje central de este precepto es el reconocimiento al autor del monopolio de explotación sobre su obra.

Seguidamente la Ley enumera una serie de derechos o facultades de explotación del autor sobre su obra: los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Nos hemos referido en todo momento a estos derechos como facultades, o valga la redundancia, derechos; a nuestro juicio delimitar la naturaleza entre facultades y derechos no es del todo relevante, ya que, como bien ha señalado Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, las facultades que integran el derecho de autor, “especialmente las patrimoniales, pueden, como consecuencia de su transmisibilidad, constituirse derivativamente en propios derechos autónomos, al despejarse del derecho de autor”, y en consecuencia con ello el artículo 23 de la LPI establece que “los derechos de explotación regulados en esta sección son independientes entre sí”.

La enumeración que realiza esta sección de la LPI no es exhaustiva, ello se deduce del propio artículo cuando afirma la posibilidad de que la explotación se lleve a cabo “en cualquier forma”; y de la frase “y en especial”, de la que se interpreta que se están ejemplificando dichas facultades.

Por otra parte haremos una pequeña referencia a la fórmula “modalidades de explotación”, contenida en el título de dicho artículo. Siguiendo el análisis de Nazareth Pérez de Castro, en su estudio “Los derechos audiovisuales. Panorámica Jurídica”, se concluye que con esta forma el legislador ha querido hacer referencia a las distintas maneras de aprovechamiento económico que puedan derivarse de la obra.

“Se estaría, en definitiva, advirtiendo que el autor tiene el control de la explotación de su obra, ya que cualquier otra forma de explotación posible y diferente de las enunciadas permanece en el ámbito de su poder, de tal manera que, para que sea ejercida por otra persona, se requiere su consentimiento”.

De lo expuesto se puede concluir que las facultades de explotación tienen carácter de derechos patrimoniales y son susceptibles de actos de disposición. A su vez, estos derechos se reconocen en exclusiva al autor, característica de exclusividad que se aprecia tanto en que el autor, o el titular en su caso, puede ejercitarlos directamente, como en que puede oponerlos frente a terceros, o puede autorizar o prohibir cualquier acto de explotación de la obra. De ahí otra nota fundamental de estos derechos, su carácter absoluto. También son derechos independientes, limitados temporalmente, artículo 26 de la LPI, “la vida del autor y setenta años *post mortem*”, téngase en cuenta que en el caso de la obra audiovisual, supuesto de pluriautoría, entra en juego el artículo 28 de la LPI, en el que se establece que el plazo anteriormente citado se comenzará a computar a partir de la muerte o declaración de fallecimiento del último de los coautores supervivientes.

3.2. Los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación

3.2.1. El derecho de reproducción

La definición de este derecho la encontramos en el artículo 18 de la LPI:

“Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”.

De la lectura de esta definición que nos ofrece la Ley se deduce que lo determinante es la fijación de la obra siendo irrelevante el medio, la técnica por la que se efectúe la fijación o el destino que tenga la reproducción.

“(…) la idea de lo que deba entenderse por reproducción ha ido evolucionando. Desde los inicios de la reproducción de las obras literarias, mediante la impresión para distribuirlas, se llega a la fijación de obras cinematográficas para exhibirlas; posteriormente, esas fijaciones pueden efectuarse en distintos medios, hasta el día de hoy, en que cabe la digitalización de la obra y una ampliación ingente en cuanto a las formas de acceder a ella”.

Hoy en día se admite que digitalizar es un acto de reproducción, y así queda expuesto en las Declaraciones concertadas del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor:

“El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna”.

Esta noción, digitalización como acto de reproducción, ha conllevado a ampliar el ámbito del derecho de reproducción por la Directiva 2001/29, de 22 de mayo del 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, que en su artículo 2 regula la obligación para los Estados miembros de:

“Establecer el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte”.

Este ámbito de reproducción también comprende las fijaciones de copias, ello se reconoce en el artículo 121 de la LPI:

“Corresponde al productor de la primera fijación de una grabación audiovisual el derecho exclusivo de autorizar la reproducción del original y sus copias, según la definición establecida en el artículo 18”, título III de la Ley, “Derechos de los productores de las grabaciones audiovisuales”.

Esta misma línea es la seguida por el artículo 7 de la Directiva 92/100, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, al establecer que:

“Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta: a los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de las fijaciones de sus actuaciones, a los productores de fonogramas respecto de sus fonogramas, a los productores respecto de las primeras fijaciones de películas del original y de las copias de sus películas, y las entidades de radiodifusión respecto de las fijaciones de sus emisiones de radiodifusión. Estos derechos de reproducción podrán transferirse, cederse o ser objeto de la concesión de licencias contractuales”.

Otro aspecto relevante del derecho exclusivo de reproducción es el relativo a sus límites. Para analizarlos en la Ley de Propiedad Intelectual, comenzaremos por su artículo 31.2:

“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25”.

Este precepto, como bien dispone el artículo 40 de la LPI, no podrá interpretarse de manera tal que se permita su aplicación de forma que cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vaya en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.

La circunstancia anterior evidencia que en ése hecho no se está ante un derecho exclusivo de reproducción que le permita al autor autorizar o prohibir la reproducción de la obra, si no que estamos ante un derecho de crédito. Obsérvese que el artículo 31.2, impone al autor el límite, a la exclusividad de su derecho de reproducción, en las copias realizadas en el ámbito doméstico siempre que se haya accedido a ellas legalmente; pero a su vez el legislador remite al artículo 25 de la LPI para reconocerle al autor un derecho a percibir el pago de una remuneración. Se encuentra el autor ante una compensación por una licencia legal de reproducción de la obra.

Esta remuneración se configura como irrenunciable para los autores, artistas intérpretes y ejecutantes, y ha de hacerse efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

3.2.2. El derecho de distribución

La distribución, conceptualizada en el artículo 19.1 de la LPI, es la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

Seguidamente, este precepto se ocupa de definir qué debemos entender por préstamo y alquiler. De este modo se entenderá por **alquiler**:

“La puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto”.

El precepto excluye del ámbito del alquiler:

“La puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, incluso de fragmentos de unos y otras, y la que se realice para consulta *in situ*”.

El **préstamo** se define como:

“La puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público”.

Ahora bien, para la correcta interpretación y comprensión de la definición que nos ofrece la Ley de Propiedad Intelectual, artículo 19.1, es importante detenerse en qué se debe entender por “puesta a disposición” a efectos de la distribución, sobre todo por distinguirlo del derecho de comunicación pública. Ello puede ser definido, según Nazareth Pérez de Castro, como poner en circulación las copias o los originales como objetos tangibles. Ello, en consonancia con las declaraciones concertadas relativas al Tratado OMPI sobre Derecho de Autor, relativas a los artículos 6 y 7 del Tratado:

“Las expresiones «copias» y «originales y copias» sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles”.

Otro extremo para distinguir la puesta a disposición del derecho de distribución del de comunicación pública lo encontramos en el propio precepto, como vimos anteriormente, cuando excluye del concepto de alquiler la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales.

Otra cuestión de interés es la referida a las formas de explotación. El artículo enumera de modo enunciativo la venta, el alquiler y el préstamo, lo que deja abierta la posibilidad a otras modalidades de distribución.

El derecho de distribución es susceptible de cesión por parte de sus titulares. La Directiva 92/100, de 19 de noviembre de 1992, al regular el derecho de alquiler estableció que a los titulares de este derecho se les reconocía el derecho a una remuneración equitativa e irrenunciable por su cesión, la cual podía ser de gestión colectiva, que es por la que ha optado nuestro legislador.

3.2.3. El derecho de comunicación pública

La Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 20, atiende al concepto y a las distintas formas de comunicación pública con gran amplitud. Este es uno de los ámbitos en los que más se percibe la evolución tecnológica.

A los efectos de la Ley se entiende por comunicación pública:

“Todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”.

Se excluye de este concepto:

“La comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”.

La comunicación pública entendida como acto que pone la obra a disposición de una pluralidad de personas sin previa distribución comenzó con la noción de la representación teatral de la obra, luego, con la llegada del cine, la comu-

nicación se manifiesta en forma diferente a la representación directa o en vivo. Más tarde, este acto de comunicación tiene lugar a través de receptores por los que las personas tienen acceso a la obra desde sus propias casas.

A lo largo de la historia de todos estos actos que constituyen comunicación pública, “lo que siempre está presente es una pluralidad de personas que pueden acceder a conocer la obra en forma de audio o visualmente, sin que ese público haya tenido que acceder a los ejemplares de ella y todavía se percibe la simultaneidad de la comunicación a los espectadores”.

En el apartado segundo, la norma enumera una amplitud de actos de comunicación pública pero en ningún caso esta lista es exhaustiva, tiene solo efectos enunciativos. Entre los posibles actos de comunicación pública, relativos a las obras audiovisuales, la Ley hace referencia a:

- La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.
- La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, el concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de una entidad distinta de la de origen.
- La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a La Tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las señales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación, cuando las señales portadoras de programas se emitan de manera codificada, existirá comunicación al público vía satélite siempre que se pongan a disposición del público por la entidad radiodifusora, o con su consentimiento, medios de descodificación, se entenderá por satélite cualquiera que opere en bandas de frecuencia reservadas por la legislación de telecomunicaciones a la difusión de señales para la recepción por el público o para la comunicación individual no pública, siempre que, en este último caso, las circunstancias en las que se lleve a efecto la recepción individual de las señales sean comparables a las que se aplican en el primer caso.
- La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.
- La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida, se entiende por retransmisión por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o trans-

misiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público; la emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.

- La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

La estructura del precepto se completa con el establecimiento de las reglas concretas de la comunicación al público vía satélite y la retransmisión por cable, en sus apartados tercero y cuarto.

Las cuestiones sobre la comunicación pública siguen proliferando en la medida en que el desarrollo tecnológico es imparable: líneas telefónicas y redes, mediante las cuales el usuario, a través de un ordenador, un *set-top box* u otro dispositivo, puede acceder a las obras y otras prestaciones protegidas por la propiedad intelectual conectándose a redes informáticas. Así nos encontramos con una característica nueva, como es la interactividad. Cabe una transmisión a la carta, que permite al usuario solicitar, cuando él quiera y desde el lugar en que se encuentre, que se le transmita determinado contenido a su aparato receptor.

En la preocupación por este hecho, el continuo avance tecnológico, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva 2001/29/CE, sobre determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, conocida también como DDASI.

La principal novedad de esta Directiva es la regulación del derecho de comunicación pública y la inclusión del derecho de puesta a disposición pública de la obra.

Su artículo 3 establece que “los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”.

Estos derechos también se reconocen en la Directiva para los titulares de los derechos conexos al regular en el apartado segundo del artículo 3 que:

“Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija: a) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones; b) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas; c) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas; d) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite”.

El problema fundamental en la regulación de este aspecto de la DDASI se centraba en las dudas sobre si Internet podía ser incluido dentro del clásico derecho de comunicación pública. Esta norma comunitaria ha admitido y defendido un nuevo derecho dentro del de comunicación pública, la puesta a disposición de la obra al público; lo que permite incluir la explotación de la obra a la carta realizada a través de Internet o por cualquier otro medio.

De esta forma la exhibición, ejecución o transmisión de la obra tendrá carácter de pública con independencia de que las personas que estén en condiciones de recibirla la capten en el mismo lugar o no, y de que la reciban en el mismo tiempo o en momentos distintos.

En esta misma línea se plantea el contenido del artículo 8 del Tratado OMPI sobre derecho de autor al establecer que:

“Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

3.2.4. El derecho de transformación

El derecho de transformación de una obra se encuentra regulado en el artículo 21 de la Ley de Propiedad Intelectual como:

“Su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente”.

El artículo 9 establece que:

“Se considerará obra compuesta la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización”.

Por otra parte, el artículo 11 establece que:

“Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: las traducciones y adaptaciones, las revisiones, actualizaciones y anotaciones, los compendios, resúmenes y extractos, los arreglos musicales, cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica”.

De estos dos artículos se desprende que la transformación de la obra no se identifica únicamente con su modificación; y a partir de ello cabe entender un concepto más amplio de transformación, en el que cabría también la incorporación de una obra o parte de ella a otra obra diferente.

Los artículos 89 y 90 de la LPI, con relación a las obras audiovisuales, trata la presunción de cesión en caso de transformación de obra preexistente, estamos ante una presunción legal que establece que:

“Mediante el contrato de transformación de una obra preexistente que no esté en el dominio público, se presumirá que el autor de la misma cede al productor de la obra audiovisual los derechos de explotación sobre ella en los términos previstos en el artículo 88”.

Seguidamente, el artículo 90, sobre la remuneración de los autores, en su apartado 1 establece que:

“La remuneración de los autores de la obra audiovisual por la cesión de los derechos mencionados en el artículo 88 y, en su caso, la correspondiente a los autores de las obras preexistentes, hayan sido transformadas o no, deberán determinarse para cada una de las modalidades de explotación concedidas”.

Ello viene a confirmar que ese contrato de transformación opera con independencia de que haya sido transformada o no la obra en el sentido del artículo 21. Lo relevante es que una obra preexistente se incorpore a una obra nueva.

Por lo anterior, cabe interpretar que no es requisito para que exista la transformación que se lleve a efecto una actividad transformadora sobre la obra de la que se derive una obra diferente, sino que entra en esta noción aquellos supuestos en los que una obra preexistente o parte de ella se incorpora en la realización de otra obra. Por ejemplo, los *remake* de obras cinematográficas.

Este derecho hace nacer una relación entre los derechos de la obra preexistente y la obra resultante de la transformación. Lo primero es que la obra resultante se constituye legalmente como una obra independiente, ello se ampara en el apartado segundo del artículo 9 de la LPI:

“La obra que constituya creación autónoma se considerará independiente, aunque se publique conjuntamente con otras”.

Al ser la obra resultante una obra independiente, ésta nace protegida por el mismo marco jurídico que ampara a la obra original, así lo establece el artículo 21.2:

“Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de ésta última”.

El autor de la obra originaria no es coautor de la obra resultante, no ostenta sobre ella titularidad alguna; pero sí sigue siendo el titular de los derechos, morales y patrimoniales, de su obra, la originaria. Esto queda regulado por el mismo precepto:

“Sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre esta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación”.

En cuanto a las obras audiovisuales, establece el artículo 90.2:

“Salvo pacto en contrario, el autor de la obra preexistente conservará sus derechos a explotarla en forma de edición gráfica y de representación escénica y, en todo caso, podrá disponer de ella para otra obra audiovisual a los quince años de haber puesto su aportación a disposición del productor”.

De lo expuesto no existen dudas de que el autor de la resultante ostenta la propiedad intelectual sobre ellas, así como el autor de la obra originaria ostenta la propiedad intelectual sobre su obra.

De esta relación también surge un derecho del autor de la obra originaria a participar de los ingresos de la obra resultante. Ello se observa en el artículo 46, y en sede de las obras audiovisuales en los apartados 1 y 2 del artículo 90.

En cuanto a los artículos 88 y 89, sobre las presunciones de cesión en exclusiva y límites, y de cesión en caso de transformación de obra preexistente, respectivamente, se puede afirmar que el contrato de transformación lleva implícita la autorización para explotar la obra audiovisual.

Por otra parte el derecho, en los contratos de cesión, el derecho de transformación se encuentra limitado respecto del cesionario por el derecho de la integridad de la obra originaria contemplado en el artículo 14.4 de la LPI.

También encuentra un límite el derecho de transformación en la parodia, de este modo dispone el artículo 39 que:

“No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor”.

3.2.5. Derechos de formato

Este derecho opera en el caso de las grabaciones audiovisuales que no pueden ser calificadas de obras audiovisuales por no contener la nota de la originalidad exigida por el artículo 10 de la LPI.

Como se ha visto anteriormente, resulta complejo, a partir del marco jurídico del derecho de autor, atribuir una protección a las grabaciones audiovisuales. Para, en cierto modo, solucionar esto, tenemos la figura de derechos de formato. Esta protección se basa en la utilización de la marca o nombre comercial, así como el *know-how* del programa televisivo, es decir, una manera específica de desarrollar la idea.

3.3. La cesión de los derechos de explotación en la obra audiovisual

Anteriormente observamos la complejidad de las obras audiovisuales en cuanto a la cantidad de sujetos intervinientes a los que la Ley de Propiedad Intelectual les reconoce el ejercicio de determinados derechos con carácter de exclusivos. Este reconocimiento viene dado tanto desde la perspectiva del autor

como de los derechos conexos a los artistas, intérpretes, ejecutantes y productores. Ello significa que este entramado de derechos necesita de un orden, en cuanto a su ejercicio, para poder comercializar la obra audiovisual.

Para nuestra legislación, en la que se atribuye la titularidad de los derechos a los autores, la forma en que el productor pueda ejercitar los derechos de explotación sobre la obra audiovisual es siempre derivativa; y a esta titularidad derivativa se puede llegar por diversas vías: celebrar contratos individuales con cada uno de los autores o la cesión legal, en la que la atribución derivativa al productor proviene de la existencia de un contrato en el que la ley determina esa cesión imperativamente a favor del productor.

Esta segunda forma es la regulación de un contrato en el que se incluyan presunciones de cesión a favor del productor, salvo que exista pacto en contrario de los autores. El legislador español optó por una presunción *iuris tantum* de cesión de determinados derechos de explotación en el marco del contrato de producción de obra audiovisual.

Así establece el artículo 88 de la LPI:

“Sin perjuicio de los derechos que corresponden a los autores, por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor, con las limitaciones establecidas en este título, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra”.

Con este artículo estamos ante una cesión en exclusiva de determinados derechos de explotación por parte de todos los autores de la obra audiovisual a favor del productor, lo que no impide un pacto en contra de los autores.

No se trata de una cesión que derive directamente de la existencia del contrato de un contrato de producción, ya que no se afirma en la norma que mediante este contrato se ceden al productor, sino que el precepto establece “se presumirán cedidos”.

Ahora bien, resulta importante determinar el sentido del término *cesión* en esta norma, ya que podemos encontrarnos ante una transmisión de los derechos de explotación al productor, es decir, la titularidad de los mismos; o por el contrario, solo se cede su ejercicio, permaneciendo la titularidad en los autores.

La legislación actual sobre propiedad intelectual no contiene prohibición alguna respecto a la enajenación o venta de la titularidad de los derechos patrimoniales, y en este sentido no es adecuado excluir la venta cuando el título de la ley relativo a la “transmisión de derechos”, el artículo 42, reconoce que los derechos de explotación sobre las obras son transmisibles por cualquiera de los medios conocidos en derecho.

Por otro lado también se encuentran argumentos para explicar que el legislador al regular la cesión no quería establecer conceptos sinónimos entre cesión y transmisión (enajenación), sino que está atendiendo a la transmisión del ejercicio del derecho. Para ello se parte de la compleja naturaleza de este derecho de propiedad y de su contenido.

Está doctrinalmente aceptado que existe una sumisión de los derechos de carácter patrimonial al derecho moral del autor. En la cesión *inter vivos* que se regula en el Título V de la Ley de Propiedad Intelectual, no puede decirse que exista una transferencia en el sentido de la contemplada en el Código civil, sino más bien es una concesión de los derechos de uso y disfrute.

Como vimos anteriormente, los derechos patrimoniales que en el artículo 88 se presumen cedidos en exclusiva al productor son el de reproducción, el de distribución, el de comunicación pública, el de doblaje o subtítulo de la obra; pero, ¿cuál es el alcance de estos derechos cedidos?

En el caso del derecho de reproducción, se entiende que el mismo tiene por objeto la obra audiovisual en su versión definitiva, por ello no entra dentro de la presunción de cesión la reproducción de la obra en partes, ni la que se lleve a efecto para explotar la obra en un destino distinto del que le es propio.

El alcance del derecho de distribución, sobre todo en el supuesto de las obras cinematográficas, y la presunción de cesión en exclusiva se circunscribe a la puesta a disposición del original o copias de la película, mediante venta o alquiler a los distribuidores para su exhibición en salas de cine. No se incluye la distribución para uso doméstico.

En cuanto a la comunicación pública, el artículo 88.1 en su párrafo segundo establece que no se presume cedida la modalidad de radiodifusión de obras cinematográficas, requiriéndose para ello que se lleve a efecto una autorización expresa por parte de los autores.

Por su parte, los autores ostentan el derecho de explotar su obra en cualquier otra forma distinta a las contenidas en la presunción de cesión. Ésta no incluye las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión, por lo que son formas de las que dispondrán los autores.

3.4. Principales contratos de cesión de derechos autorales para producir y explotar obras audiovisuales

- idea original/sinopsis/argumento/guión/dialoguistas
- director/realizador

- artistas/intérpretes
- compositor de la banda sonora
- música preexistente

Cuando una productora de cine, TV o cualquier tipo de formato audiovisual decide emprender la realización de una obra audiovisual, es fundamental organizar el proceso de lo que suele denominarse cadena de derechos, es decir, la contratación u obtención de todas las licencias y autorizaciones requeridas para el uso y explotación pacífica de los elementos protegidos por la propiedad intelectual y que están incluidos en la producción.

Debido a las diversas formas que adoptan los procesos creativos y de producción, dependiendo del ámbito: cine, TV, series, etc., abordaremos este apartado de forma genérica y basándonos en un estándar del proceso creativo y que en la industria audiovisual se ejecuta por fases según el calendario de ejecución.

Asimismo, analizaremos las cuestiones principales de los contratos o licencias fundamentales en la producción y explotación de la obra audiovisual, sin entrar en otros que también siendo necesarios, poseen carácter puntual y que no forman parte de los habituales en la industria, como pueden ser la autorización de imágenes de fotografías, textos dramáticos u otras creaciones protegidas por la ley.

3.4.1. La contratación de derechos según las fases de ejecución de la producción

- 1) Selección de proyecto y desarrollo de la idea / Sinopsis, argumento y guión.
- 2) Pre-producción / Producción / Post-producción.

Fase 1. Abarca el proceso en el que una productora decide abordar el desarrollo de un proyecto, seleccionando una idea, sinopsis o argumento que le ha sido presentada, incluyendo los llamados *tratamientos*, que vienen a reforzar la visión del creador sobre el proyecto.

Esta fase genera la contratación y encargo del trabajo del creativo según el grado de desarrollo del proyecto. Si se parte de una sinopsis o un argumento, se podrá encargar su desarrollo para obtener un guión, o en caso de que se parta de un guión como tal, se podrá adquirir tal cual o encargar nuevos elementos sobre el mismo –desarrollo de personajes, localizaciones, etc.– para ajustarlo a determinados requisitos de producción, todo ello lógicamente bajo el pleno consentimiento de la productora y el creativo.

Por lo anterior, es fundamental para ambas partes regular una serie de elementos de vital importancia en el **contrato de encargo o cesión de guión entre una productora y guionistas, argumentistas y dialoguistas**:

La obra objeto de encargo o de cesión y el grado de trabajo requerido, así como la contraprestación económica a favor del creativo, sea determinada cantidad monetaria con derecho o no a participar de un porcentaje de las ventas de la obra resultante. Es bueno aclarar que la participación en un porcentaje de las ventas es parte del acuerdo comercial entre productora y creativo, y en ningún caso afecta a los derechos de autor que este percibe por ley y que le son gestionados por su entidad de gestión correspondiente, previa reserva de los mismos. El pago se suele establecer de forma fragmentada y en función de las fases de ejecución del encargo hasta la terminación del mismo. En determinadas ocasiones y según si se va a solicitar la participación del creativo durante el rodaje para reescribir escenas o diálogos, u otras prestaciones, la forma de pago se suele extender hasta esta fase de ejecución.

Otra cuestión fundamental es la referida a la participación de terceros creativos durante la ejecución del encargo o el desarrollo del guión, pues conlleva la aceptación expresa del creativo original y genera toda una serie de efectos económicos y en el ámbito de la propiedad intelectual. La participación de terceros genera coautorías que pueden afectar tanto al argumento como al guión, categorías que son objeto de regulación de propiedad intelectual, y por ello es fundamental que esta ampliación del equipo creativo quede expresamente regulada por contrato, así como las participaciones de cada uno, pues ello influirá en los porcentajes de participación que se determinen en la contraprestación económica, tanto de la productora como de los derechos de autor una vez se explote la obra.

En cuanto a **los derechos objeto del encargo, afecta a los de carácter patrimonial** y al ámbito de explotación de los mismos en cuanto a plazo de tiempo y territorio, normalmente bajo régimen de exclusividad. Conectado a esto y debido a la diversidad de formas de explotación existentes por diversos medios y modalidades, las autorizaciones de los derechos regulan la autorización para las denominadas ventanas de explotación.

Fase 2. Esta fase abarca tres estadios: **preproducción, producción y postproducción.**

Aunque la **contratación del director/realizador** se puede hacer en la fase 1, se incluye en la 2 debido a que suele formalizarse una vez que el proyecto se plantea más definido, y se han venido ejecutando acciones con relación a la financiación del mismo que permiten realizar la contratación del *staff* principal, que tendrá a su cargo la realización de la obra e iniciar la **preproducción.**

La figura del director se entiende como la más importante del proyecto desde el punto de vista creativo, dado que en última instancia, y sin afectar a derechos fundamentales de terceros, todos los elementos autorales deben responder a su visión de lo que será la obra resultante.

La contratación del director debe regular los aspectos básicos referidos al plazo de ejecución, compromiso con el plan de trabajo que comprende preparación, rodaje, postproducción y compromisos comerciales en el plan de ventas y promoción. Asimismo, se compromete con un presupuesto de gastos a cumplir y la responsabilidad de llevar a buen término el proyecto encomendado. Todo ello tendrá una contraprestación económica que, al igual que en el caso anterior, se traduce en una cantidad monetaria a pagar por fases y la posible participación en los rendimientos de la explotación de la obra, sin perjuicio de los derechos de autor que este percibe por ley y que le son gestionados por su entidad de gestión correspondiente, previa reserva de los mismos.

También debe regularse la participación de terceros creativos como codirectores desde el inicio del proyecto o durante la ejecución del mismo, pues conlleva la aceptación expresa del o de los directores y genera toda una serie de efectos económicos y autorales, pero sobre el llamado *final cut* o corte final y que se refiere a que exista un acuerdo entre los codirectores y la producción sobre el resultado una vez terminado el montaje de la obra.

Con relación a los derechos de propiedad intelectual, también nos referimos a los de **carácter patrimonial y al ámbito de explotación** de los mismos en cuanto a plazo de tiempo y territorio, normalmente bajo régimen de exclusividad. Conectado a esto y debido a la diversidad de formas de explotación existentes por diversos medios y modalidades, las autorizaciones de los derechos regulan la autorización para las denominadas ventanas de explotación.

La **contratación de artistas –actores, bailarines, actores de doblaje–** también se suele realizar durante la denominada preproducción una vez realizados los procesos de *casting* y selección de aquellos sobre los que se va a requerir los derechos de imagen para la obra.

Los contratos deben regular los aspectos básicos referidos al plazo de ejecución, compromiso con el plan de trabajo que comprende preparación y rodaje, así como los compromisos de promoción de la obra resultante. Todo ello a cambio de una contraprestación económica que incluye la autorización de los derechos de propiedad intelectual que les reconoce la ley, sin perjuicio de los derechos de autor que se reserve y sean gestionados por su sociedad correspondiente.

La contratación del **compositor de la banda sonora** se suele hacer durante la preproducción o producción, dado que el resultado de su trabajo a efectos de utilización es requerido en la postproducción.

La figura del compositor es la fundamental con relación a las músicas originales que se incorporarán a la obra audiovisual, las cuales suelen clasificarse en su conjunto como banda sonora original. La banda sonora puede contener las denominadas músicas incidentales que juegan un papel fundamental en los aspectos dramáticos de la obra, así como diferentes composiciones o “canciones”, que se sincronizan a la entrada, durante o al final de la obra audiovisual. Es importante destacar que al encargar la banda sonora original, la productora puede acordar paralelamente la autorización para editar y publicar mediante soportes, radiodifusión o Internet la música encargada, lo cual puede requerir acuerdos con terceros: editoriales, discográficas, distribuidoras...

La contratación del compositor regula los aspectos básicos referidos al plazo de ejecución, compromiso con el plan de trabajo y entregas para iniciar el llamado montaje de sonido y mezclas, así como aquellos aspectos que puedan conllevar la subcontratación de orquestas, estudios, etc. Todo ello tendrá una contraprestación económica que al igual que en los casos anteriores se traduce en una cantidad monetaria a pagar por fases y la posible participación en los rendimientos de la explotación de la obra o como suele ocurrir en la comercialización de la banda sonora por sí misma, sin perjuicio de los derechos de autor que este percibe por ley.

La obtención de **licencias de música preexistente** suele gestionarse a través de las entidades de gestión de derechos que administran estos repertorios o de las propias editoriales. La autorización por parte de una u otra comprende la autorización del editor de la música y la de sus autores –compositor, letrista, arreglista, etc.– y permite a cambio de un pago cuya cuantía se establece en función de la música elegida y el tiempo de utilización, **sincronizarlas o fijarlas** en la obra audiovisual. La relación de músicas y sus tiempos se suele denominar *cue sheet* u hoja de música y es fundamental el control de la misma en la realización de los trabajos de postproducción relativos a montaje de sonido y mezclas, pues de no observarse puede dar lugar a reclamaciones de los titulares o sus representantes.

Estas autorizaciones suelen ser sin régimen de exclusividad y por el plazo, territorio y modalidades de explotación estándares para un contrato de obra audiovisual.

3.5. La producción audiovisual por encargo, la producción propia y la coproducción. Los distribuidores y agentes de ventas internacionales

La industria audiovisual es una de las más complejas de las industrias culturales y se encuentra sujeta a cambios continuos debido a la irrupción de nuevos agentes, el desarrollo de las tecnologías y la globalización del mercado audiovisual. Por ello las estructuras de producción, a la hora de diseñar y ejecutar la arquitectura financiera y jurídica de los proyectos, exigen amplios conocimientos jurídicos y económicos para que pueda tener éxito el proceso de pro-

ducción. En cuanto al papel de lo jurídico, téngase en cuenta que todas las fases de la realización de la obra audiovisual van reguladas contractualmente, desde la elaboración del guión hasta la explotación de la obra.

De este modo los contratos de producción, si bien son reducidos a una única categoría, se constituyen como un entramado de piezas todas fundamentales en el proceso de producción, ya que regulan las relaciones que se dan en la realización y explotación de la obra audiovisual.

La Ley de Propiedad Intelectual hace referencia al contrato de producción en su artículo 88, respecto del cual son contenido imperativo los artículos del 86 al 94. La finalidad de este articulado es alcanzar un equilibrio entre los intereses de los autores y de los productores audiovisuales, estableciendo reglas sobre la transmisión de derechos de los autores a los productores. Sin embargo, este marco normativo no regula toda la extensión de la realidad audiovisual.

Nos podemos encontrar en el mundo de la producción audiovisual con distintas figuras y conceptos de los que analizaremos los más relevantes.

3.5.1. La producción por encargo

La primera de las figuras es el encargo de producción. En el libro blanco del Audiovisual, se entiende por ello el acuerdo mediante el cual un sujeto, generalmente una cadena de televisión, encarga a una productora la realización de una producción: filme, TV Movie, serie, documental... a lo que nos referiremos como contenido.

Cuando el contenido es financiado en su totalidad por el sujeto que realiza el encargo de producción, es consecuencia que dicho sujeto o cadena sea el titular de los derechos y obligaciones sobre la obra futura y sobre todos y cada uno de los elementos integrantes de la misma.

Esta ausencia de riesgo de la productora se ha ido matizando en la práctica diaria, en la que va siendo más frecuente la transferencia a la productora de algún riesgo en la producción.

3.5.2. La producción propia

Otra figura del mundo de la producción es la conocida como producción propia. En este caso no estamos propiamente ante una relación contractual entre la productora y otro sujeto productor o cadena que encarga una producción, sino ante la iniciativa de la propia productora de realizar sus contenidos audiovisuales. En este caso sería ella la titular de los derechos.

3.5.3. La coproducción

Es la figura de más uso en la industria. Se establece cuando concurren dos o más sujetos y acuerdan llevar a cabo la producción de una obra audiovisual, efectuando cada una de las partes las aportaciones determinadas para el logro de la misma. Mediante el contrato de coproducción se establecen los términos que regulan la elaboración conjunta de la obra audiovisual, la atribución a cada una de las partes del porcentaje correspondiente de la titularidad y propiedad sobre la propia obra y de la titularidad sobre los derechos de propiedad intelectual e industrial, así como cualquier otro derecho de explotación que se derive o pueda derivarse de la obra.

La naturaleza del contrato de coproducción, al no estar regulado por norma alguna, es muy discutida por la doctrina. Las dos posibilidades contempladas serían bien encuadrarlo dentro de los parámetros de algún contrato típico, como podría ser el caso de la sociedad, o bien considerarlo como un contrato atípico, consecuencia del desarrollo de las relaciones producidas en el ámbito del audiovisual entre sus distintos operadores jurídicos y económicos.

La principal consecuencia entre optar por una u otra postura radicaría en el ámbito de la responsabilidad de los coproductores respecto a terceros. Si se considera la coproducción como una manifestación del contrato de sociedad, ello conllevaría la responsabilidad personal e ilimitada de los coproductores por las obligaciones derivadas de la coproducción. Mientras que por el contrario, si tomamos la segunda opción, la coproducción como un contrato *sui generis* llevaría aparejada, según sus defensores, la validez del pacto por el cual los coproductores podrían ver limitada su responsabilidad al amparo de la libertad de pactos consagrada en el artículo 1.255 del Código civil.

En cuanto a la forma del contrato, como norma general puede afirmarse que desde el punto de vista legal no existe precepto que imponga al contrato de coproducción forma alguna, por lo que operaría en este sentido la libertad formal consagrada en el artículo 1.278 del Código civil.

Los aspectos fundamentales que deben estar presentes en el contenido del contrato de coproducción son:

- 1) **Tipo de obra que las partes se proponen realizar en coproducción**, identificándola lo más ampliamente posible y, al menos, por su tipología o formato y características técnicas.
- 2) **Explotación primaria**, cinematográfica, videográfica, televisiva o de otro tipo.
- 3) **Creativos que intervienen**, en guión, dirección, música y quien tiene a cargo obtener las autorizaciones y cesiones.

4) **Duración o metraje** aproximado.

5) Al menos por **referencia, el reparto artístico y el equipo técnico** propuesto por las partes.

6) En los casos en los que la coproducción se plantea con base a una **obra preexistente**, como puede ser un texto literario o dramático, es necesario que se exprese la identificación de la obra y sus autores, así como a quién corresponderá obtener la licencia.

7) El **presupuesto**, se entiende por ello el agregado de todos los costes, lo que incluye desde la adquisición de derechos iniciales hasta que la obra audiovisual está lista para su explotación.

8) La **cuenta de producción**, que contiene la forma de disponer de los medios económicos.

9) Las **prestaciones o aportaciones de los coproductores**, que pueden ser de diversa naturaleza: monetaria, de personal, de equipo o material, de servicios, de derechos de propiedad intelectual o industrial, entre otras. En este punto nos encontramos ante obligaciones dimanantes del contrato para los coproductores, de las cuales las aportaciones son obligaciones de dar y las contribuciones son obligaciones de hacer.

10) El **mantenimiento del equilibrio entre las aportaciones de los coproductores**. Esto hace referencia a que una vez que se ha establecido el presupuesto de coste de producción y las aportaciones o contribuciones, es necesario contemplar las formas en las que se van a tratar las posibles diferencias, positivas (extracoste) o negativas (infracoste), entre el coste presupuestado y el coste real. Es decir, cómo se mantiene, a lo largo de la coproducción, el equilibrio contractual pactado y cómo se asumen los excesos.

11) El **control de la producción**, quién o quiénes realizarán esta función y las facultades ejecutivas de las que está investido. En este punto se determinará quién será el productor efectivo de la obra.

12) El **plan de producción**. Dentro de este concepto se incluye una pluralidad de aspectos, como pueden ser: las fechas de comienzo y finalización de la preproducción, del rodaje y la postproducción; fecha límite para la obtención de la versión definitiva; el plan de rodaje; la lengua del rodaje; la lengua de la versión original; el tipo de explotación a la que preferentemente se destina.

13) Los **seguros tendentes a garantizar determinados aspectos de la producción de la obra audiovisual**. Se tiende a dar cobertura a las contingencias más habituales entre las que pueden figurar el seguro de reparto, entendiéndose por este el que cubre las contingencias derivadas de la suspensión temporal o definitiva de la participación de determinados actores en la obra

audiovisual; el seguro de *atrezzo*, vestuarios y decoradores, que otorga cobertura para el caso de daños de estos elementos cuando son propiedad de los coproductores; el seguro del negativo; el seguro de responsabilidad civil y el seguro de buen fin o *completion bond*.

14) El ejercicio de los derechos de explotación. En este sentido los coproductores pasan a ser cotitulares de los derechos de carácter patrimonial sobre la obra, régimen de cotitularidad que estará basado en la porción de las cuotas acordadas sobre el presupuesto y que se repercute sobre la propiedad del negativo. Es preciso entender que en la coproducción se establece una especie de sociedad que al final se debe liquidar o más bien establecer un régimen de atribución o gestión de derechos de explotación.

En determinados casos, sobre todo en caso de coproducciones entre sujetos de diferentes países, se establecen territorios propios y territorios compartidos. En los territorios propios el titular recibe todos los ingresos generados en los mismos y en los compartidos se distribuyen dichos ingresos en función de las cuotas de participación.

Dentro de la gestión de derechos de explotación, los coproductores pueden ceder a un tercero, generalmente el distribuidor, la totalidad de los derechos de explotación por un plazo determinado mediante una contraprestación económica. En este supuesto se dan casos en los que los coproductores ceden al tercero los derechos de explotación para el mercado internacional, conservando ellos el mercado nacional.

15) El incumplimiento del contrato por un coproductor y los efectos que ello genera respecto a la propiedad de la obra resultante.

16) La transferibilidad de las obligaciones y derechos. Este aspecto es fundamental ya que afecta a varios ámbitos, como por ejemplo: a) La concesión de ayudas públicas a una o ambas partes y los compromisos que estas adquieren frente a la Administración. b) La “venta del negativo” a terceros o de la cuota correspondiente a un coproductor.

17) Si la coproducción se acoge a convenios internacionales entre los países de los coproductores, sean multilaterales –Unión Europea, Iberoamérica– o bilaterales, con la finalidad de obtener la nacionalidad de la obra en los respectivos países y acceder a ayudas públicas, exención de aranceles, cuotas de pantalla.

18) El acceso al negativo y a los materiales depositados en laboratorio con el fin de poder ordenar tirado de copias o facilitar el acceso al distribuidor.

19) Fiscalidad, ley aplicable y jurisdicción para la resolución de conflictos.

En cuanto a la financiación de la obra audiovisual, nos encontramos con fuentes muy variadas que tradicionalmente se han dividido en pública y privada. Por la primera entendemos aquella que proviene de organismos públicos, dentro de ella puede distinguirse entre la financiación directa, constituida fundamentalmente por las ayudas y subvenciones, y la financiación indirecta, que se da a través de incentivos fiscales a la producción. La financiación privada puede partir de diferentes mecanismos que han sido creados por la propia industria. Entre ellos se pueden señalar la coproducción, el patrocinio, la preventas de derechos, el *merchandising*, el *product placement* (la colaboración de producto, servicios o marca, que busca publicidad), la banda sonora, la inversión de capital y la financiación de entidades de crédito directamente o avaladas mediante sociedades de garantía recíproca.

3.5.4. Los distribuidores y agentes de ventas internacionales

Una distribuidora es quien lleva a cabo la explotación comercial de la obra audiovisual, haciendo que la misma sea exhibida en salas cinematográficas, difundida a través de televisión, puesta a disposición del público en videoclubes y cualquier explotación a través de las ventanas para la que se le ha licenciado.

En la legislación española vigente, específicamente en la Ley del Cine en su artículo 14.1, se establece la obligación de registro para las empresas distribuidoras, por lo que dichas empresas deberán inscribirse en el Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales. Por otra parte, el mismo precepto establece la obligación de la acreditación de los derechos de explotación. Este requisito será individualizado para cada obra cinematográfica que se pretenda distribuir.

Se pueden establecer dos grandes modalidades de distribución:

- 1) La del **distribuidor principal**, responsable de distribuir la obra audiovisual en todos los territorios y para todas las modalidades de explotación, durante un determinado período de tiempo. Esta actividad la podrá realizar bien directamente o subcontratando la distribución para los diferentes territorios y para cada modalidad de explotación, que vendrán a tener los mismos límites que el distribuidor principal. Esta modalidad de distribución es la más frecuente en países como EE. UU.
- 2) La de **múltiples distribuidores**, cuando el productor autoriza varios contratos de distribución para territorios concretos y ciertas modalidades de explotación.

En ambos casos entran en juego los agentes de ventas internacionales, ya que actúan como mandatarios estableciendo contactos entre el productor y posibles distribuidores para determinados territorios.

También existe el modelo del distribuidor-coproductor. En este supuesto, el distribuidor participará en la cofinanciación de la obra audiovisual y por ello percibirá, además de las cuantías acordadas para la distribución, el porcentaje de los beneficios netos obtenidos de la explotación total de la obra.

El contenido básico del contrato de distribución deberá contener los siguientes extremos:

- Especificación de la obra audiovisual objeto de explotación y de los derechos cedidos para la explotación de la obra audiovisual, si es en régimen de exclusividad o no, así como la posibilidad de sublicenciar a terceros: otros distribuidores o agentes de ventas.
- Ámbito territorial y lenguas autorizadas.
- Contraprestación que comprenda anticipo y porcentaje sobre ventas, así como gastos deducibles.
- Entrega de materiales. En este sentido se establecerá en el contrato la forma concreta y el tipo de material que el productor ha de entregar al distribuidor, de este modo se indicará el formato, la fecha y el lugar.
- Garantías. El productor garantizará el disfrute pacífico de los derechos cedidos frente a eventuales reclamaciones de terceros, así como el buen estado del material y, si fuera el caso, la exclusividad de la cesión.

3.6. Las ventanas de explotación de la obra audiovisual

Tradicionalmente, las obras audiovisuales han sido susceptibles de explotación a través de tres modalidades, las llamadas ventanas por la industria, generalmente sucesivas: cinematográfica, videográfica y televisiva. A ello hay que añadir el impacto que ha supuesto Internet y el desarrollo de nuevas tecnologías, pero como una modalidad de acceso que se solapa o cambia la naturaleza de todas las ventanas.

La industria asigna un lapso de tiempo a cada ventana en el que no es posible iniciar la explotación en una de ellas si no se ha concluido con la anterior. Comúnmente se le conoce a este lapso de tiempo como “venta de protección”, es concebida como una obligación negativa en la que no se puede iniciar la explotación de la obra audiovisual en una modalidad durante un período de tiempo determinado.

La antigua Ley 25/1994, de 12 de julio, de Televisión sin Fronteras, que fue modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio, contenía unos cómputos de plazos mínimos para la ventana de protección; de esta manera se vedaba la difusión por televisión de obras cinematográficas antes de dos años desde el

comienzo de su exhibición en salas comerciales, salvo que se tratara de películas específicamente realizadas para la televisión o para soportes distintos a los de su exhibición en salas de cine, o que existiera acuerdo en contrario entre el titular de la obra y la entidad difusora, o que las citadas obras hubieran sido coproducidas por estas entidades; para estos casos dicho plazo era de un año. También contenía un plazo mínimo de un año para la explotación videográfica. **Estos plazos legales y sus cómputos quedaron derogados con la nueva Ley 22/1999**; en la actualidad estos plazos se determinan en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada, en los contratos de distribución.

La definición clásica de las llamadas “ventanas de explotación” son tres:

1) **Salas de cine o *Theatrical***: proyección pública de la obra a cambio de un precio. Para que ello sea posible, es necesario que se formalice por parte del productor y el distribuidor un contrato en el que el primero permite al segundo distribuir un número de copias. Luego el distribuidor firmará otro contrato con el exhibidor.

2) **Vídeo**: dentro del mercado videográfico se distinguen dos modalidades de explotación: el alquiler, a través del cual se pone la copia de la obra audiovisual a disposición del público por tiempo limitado, y la venta, esta modalidad de explotación se inicia normalmente cuando la obra sale del mercado del alquiler.

3) **Televisión**: el mercado televisivo ha adquirido nuevas dimensiones en lo relativo a la explotación de las obras audiovisuales, ya no existe solo una plataforma televisiva, sino que nos encontramos ante un abanico de posibilidades para la difusión de la obra audiovisual.

Dentro de esta categoría destacan dos modos principales: televisión abierta y televisión cerrada o de pago. La primera la integran las cadenas generalistas, autonómicas, locales y temáticas de acceso gratuito que no requieren de ningún sistema de acceso codificado y que actualmente se emiten por TDT en España, y la segunda se integra a todos aquellos canales de televisión a los que se puede acceder mediante un sistema de descodificación, ya sea a través de satélite, tecnología IP o cable/fibra y mediante el pago de una cuota de suscripción.

En la industria se suele mencionar una “cuarta ventana” denominada *Library* o Librería, también catálogo, en la que se encuadran todas aquellas obras que agotaron las ventanas anteriores.

A su vez, dentro de cada ventana se pueden dar diferentes modalidades de explotación, básicamente como consecuencia de las **constantemente innovaciones tecnológicas**, así como por las **formas de acceso a través de Internet y diversos dispositivos**, por lo que podemos analizar en cada ventana cómo se dan dichas modalidades:

En la ventana “Salas de cine o *Theatrical*” hasta hace poco tiempo la exhibición se realizaba exclusivamente mediante el empleo de copias o bobinas de 35 MM y otros formatos profesionales basados en procesos químicos de laboratorios. La nueva exhibición digital posibilita la emisión vía satélite de los contenidos a las salas –en el caso de empresas bajo estándares de *Digital Cinema Initiative*– lo que podría permitir exhibiciones a la carta, dado que se eliminan los obstáculos físicos que supone la exhibición analógica.

Por otra parte, cada vez son más los casos, generalmente producciones independientes, que de forma simultánea se estrenan en salas cinematográficas y portales de Internet con servicios de vídeo bajo demanda, con lo que se solapan la primera y la segunda de las llamadas ventanas convencionales.

La ventana “Vídeo” es quizá la que más impacto ha recibido en los últimos años debido al desarrollo de las nuevas tecnologías. Este mercado se está trasladando a gran velocidad de un modelo físico, a base de soportes, a un modelo *on-line* apoyado en portales, dispositivos y hasta receptores de TV. Las modalidades de alquiler y venta están siendo sustituidas **por alquileres en *streaming*, compra mediante descarga y servicios de suscripción** a través de portales de Internet que ya funcionan a nivel global y que brindan prestaciones enfocadas a dar una mejor “experiencia de usuario” y con gran calidad. Aunque en términos de ingresos estos servicios aún no han crecido lo esperado, se observa una gran proyección de consumo y sobre todo, un cambio de modelo irreversible.

A su vez, los servicios de *pay per view*, *near on demand* y vídeo bajo demanda, que tradicionalmente se ofertaban en los sistemas de TV de pago a partir de que se agotaba la ventana de Vídeo, comienzan a migrar a nuevas plataformas móviles y multidispositivos que permiten a sus usuarios el acceso mediante la TV, ordenadores y dispositivos móviles. Ello provoca que estos servicios, antes muy delimitados en tiempo y espacio, se comiencen a solapar con la ventana de Vídeo. En este caso, llama la atención que debido a que han adoptado un modelo digital, se ha multiplicado la oferta de contenidos que venían ofreciendo.

Una vez analizado el punto anterior, **la ventana Televisión** prácticamente se limita a las siguientes modalidades:

- Emisión en canales de pago Premium, referida a aquellos que estrenan películas.
- Emisión en canales de pago temáticos.
- Emisión en canales abiertos o gratuitos.

Una vez analizadas las ventanas, conviene hacer un análisis de las consecuencias legales que presenta la irrupción de las nuevas tecnologías en la explotación de obras audiovisuales.

Comenzaremos el análisis por la digitalización. Este acto puede suscitar algún que otro problema y es que si el paso del formato de la obra audiovisual de analógico a digital implica una modificación, esto podría afectar al derecho moral del autor en cuanto a la integridad de la obra, así como al derecho de transformación perteneciente a la esfera patrimonial de los derechos de autor.

La mayoría de la doctrina afirma que lo que cambia es la forma de exteriorización de la obra y el soporte, pero que no afecta a su naturaleza como creación intelectual. Con lo cual, un cambio de formato, de analógico a digital, no obliga al productor a negociar un derecho de transformación, lo que sí implica es la consideración de esta nueva modalidad de explotación en los contratos, ya que conforme a lo que hemos vistos el derecho de explotación de la obra audiovisual, en todas sus manifestaciones, corresponde en exclusiva a sus autores.

Lo que es indiscutible por la doctrina es que la digitalización de la obra constituye un acto de reproducción, acto que está sometido a la inexcusable y previa autorización del autor o titular de los derechos de explotación de la obra en cuestión.

El segundo paso, la introducción de la obra en Internet, ha conllevado a la polémica de si este es un acto o no de comunicación pública. Precisamente por ello, como hemos visto en la exposición en sede del derecho de comunicación pública, tanto el Tratado OMPI de 1996 como la Directiva 2001/29/CE han introducido el concepto “puesta a disposición” como derecho exclusivo de nueva creación. Encuadrado dentro de la comunicación pública, consiste en la puesta a disposición de los usuarios de las obras, de forma que se permita acceder a las mismas desde cualquier lugar o momento.

Como tuvimos ocasión de observar en sede de la distribución tanto la Directiva 2001/29/CE como la Ley 23/2006, que reformó la Ley de Propiedad Intelectual, han circunscrito el derecho de distribución a la existencia de soportes tangibles, por lo que en el acto de *downloading* no estamos ante una actividad de distribución, sino que en las descargas a través de Internet nos encontramos con el derecho de puesta a disposición. Precisamente por ello no se puede aplicar a este supuesto la doctrina del agotamiento del derecho, el autor, por tanto, conserva el derecho de controlar el uso de sus obras que se descargan a través de Internet.

En el considerando 29 de la Directiva 2001/29/CE, encuentra amparo lo anteriormente expuesto, ya que la misma afirma que:

“El problema del agotamiento no se plantea en el caso de los servicios, y en particular de los servicios en línea”.

3.7. Las entidades de gestión de derechos y su relación con la obra audiovisual

La Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 147 establece que las entidades legalmente constituidas que tengan establecimiento en territorio español y pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, dicha autorización deberá publicarse en el *Boletín Oficial del Estado*.

El apartado segundo del mismo artículo dispone que estas entidades no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión y tendrán los derechos y obligaciones que establece la ley.

En el sector audiovisual las entidades de gestión que intervienen son:

- **SGAE:** representa a los autores audiovisuales, autores musicales, dramaturgos y coreógrafos.
- **AISGE:** representa a los artistas, intérpretes y ejecutantes de las obras audiovisuales.
- **DAMA:** representa autores audiovisuales.
- **EGEDA:** representa a los productores audiovisuales.

En los casos de SGAE y DAMA, nos referimos a entidades de gestión que administran los derechos de propiedad intelectual bajo un modelo de gestión colectiva, dada la dificultad que comporta para los titulares de las obras gestionar individualmente su repertorio. En este sentido, nos encontramos con el derecho a una compensación equitativa por copia privada audiovisual, el derecho de remuneración por la comunicación pública de las obras audiovisuales y el derecho de remuneración por alquiler.

En el caso de AISGE, la administración corresponde a los derechos de los artistas. Al igual que las entidades de gestión anteriormente expuestas, gestionan el derecho a la compensación equitativa por copia privada, el derecho de remuneración por la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales, y el derecho de remuneración por alquiler.

Y por último, entre los derechos que gestiona EGEDA también nos encontramos con la compensación por copia privada ya que el artículo 25 de la LPI reconoce, en los mismos términos, este derecho a los productores de grabaciones audiovisuales. También tienen la gestión de los derechos de comunicación pública que tienen atribuidos por la Ley; conforme a ello el artículo 122

de la LPI dispone que “corresponde al productor de grabaciones audiovisuales el derecho de autorizar la comunicación pública de éstas” y en su apartado segundo establece que:

“Los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública previstos en el artículo 20.2.f y g tienen obligación de pagar a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de grabaciones audiovisuales la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión”.

Los incisos f y g del artículo 20 de la LPI se refieren a los supuestos de retransmisión y la emisión o transmisión en lugar abierto al público, respectivamente.

4. Impacto digital en la explotación de la obra audiovisual y la reacción legislativa

4.1. El impacto de la tecnología y el entorno digital en la difusión de obras audiovisuales

Las instituciones jurídicas son soluciones más o menos acertadas a conflictos que surgen en las sociedades en las que se dictan. Como hemos visto hasta el momento con la propiedad intelectual, el derecho de autor y los derechos conexos, es la institución jurídica que regula el fenómeno de las creaciones literarias, artísticas y científicas.

¿Cuáles son los intereses que se protegen por la propiedad intelectual? Ante esta cuestión nos encontramos intereses individuales y supraindividuales o colectivos. Hemos visto cómo el contenido del derecho de autor es un conjunto de facultades de carácter moral y patrimonial; pues bien, estos son los intereses individuales: el de tipo moral o personalísimo, consistente en ser creador y ser reconocido como tal, y de otro lado un interés de tipo económico o patrimonial, consistente en la posibilidad del autor de obtener un provecho económico sobre su obra.

Junto a estos intereses individuales existen otros de carácter colectivo porque las obras artísticas, literarias y científicas son bienes valiosos para la sociedad en general desde un punto de vista cultural. El Libro verde de la Comisión de la Unión Europea, sobre Derechos de Autor y el Reto de la Tecnología, señala que:

“La creatividad intelectual y artística es un bien sumamente valioso como fuente de la identidad cultural europea y la de cada uno de los Estados”.

Ello quiere decir que existe un interés social en que el desarrollo cultural de una nación sea cada vez más alto. Por otro lado, también existe un valor económico-global de las obras del ingenio, es el interés de la sociedad por el desarrollo de un mercado cuyo objeto son las obras culturales. Las industrias culturales representan un volumen muy importante de la productividad de un determinado país.

A todo ello se le suma, como otro interés colectivo, que las obras del ingenio son también bienes informacionales. En la actual sociedad de la información, las obras literarias, artísticas y científicas son información y fuente de información, por tanto, su valor no debe medirse solo en términos económicos o artísticos, sino en términos de la incidencia de las creaciones en la evolución y mejora de la propia sociedad.

En sentido general, atendiendo al concepto y a sus finalidades, se puede afirmar que la propiedad intelectual es la institución jurídica que regula las creaciones del ingenio con los fines de protección de los bienes individuales de los autores y demás sujetos intervinientes en el proceso de creación o difusión de la obra al público, y de promoción e incentivos a la realización de creaciones de valor cultural y económico para el beneficio de toda la sociedad.

Estas funciones de la propiedad intelectual han permanecido en la base de la institución desde sus primeras formas. Pero, al igual que ocurrió con la imprenta, que propició el surgimiento de los intereses encontrados que llevaron al establecimiento de esta institución, en la actualidad las revoluciones tecnológicas de la informática, y sobre todo Internet, pueden modificar estas funciones o intereses relacionados con la institución, o al menos variar la importancia de los mismos.

En los cambios de la sociedad actual inciden varios factores, por su incidencia en la institución de la propiedad intelectual, nos es de especial interés la revolución en las tecnologías de la información. En ellas nos encontramos con la revolución informática (hardware y software), los desarrollos tecnológicos en el campo de las telecomunicaciones, y sobre la posibilidad técnica de combinar uno y otros avances.

En la revolución tecnológica, económica y social que ha dado lugar a la denominada sociedad de la información, aumenta la importancia de los bienes culturales como información y la necesidad de que se proteja su uso. Bondía Román afirma que:

“Siendo la información el factor básico en la estructuración de la nueva sociedad, resulta clara y evidente la acción determinante que tendrán que desplegar, por una parte los autores, que son las principales unidades productoras, y por otra, la propiedad intelectual, que es una de las instituciones jurídicas fundamentales para la articulación y conexión entre productor, emisor y receptor en el movimiento de la información”.

Estamos ante una nueva faceta de la lógica lucha debida a la contraposición de dos intereses relacionados con la propiedad intelectual: el interés social o colectivo en que la información se distribuya lo máximo posible, y el también interés social o colectivo en que se promueva la incentivación y la creación. Los avances tecnológicos relacionados con Internet no han hecho más que agravar este conflicto, pero el mismo existía desde que aparecieron las formas de reconocimiento de derechos sobre las obras del ingenio.

¿Cómo afecta Internet a la propiedad intelectual? Como bien afirma Fernando Miró Llinares, se puede decir que existe un anverso y un reverso en la influencia de la nueva realidad social y tecnológica para los intereses de los autores. El primero de ellos tiene un sentido positivo, y es que resulta evidente que Internet, y las demás innovaciones tecnológicas relacionadas con la informática, favorecen tanto la creación de obras artísticas, literarias y científicas, como la mayor difusión de las mismas. El segundo, en un sentido negativo, viene dado porque estas herramientas aumentan de forma significativa tanto las posibi-

lidades de lesión de los derechos como las dificultades para su persecución. Desde el momento en que la información deja de ser un bien más o menos tangible y puede circular por la red en pocos segundos, su control se dificulta.

La tecnología digital abarata el coste de la copia y facilita la reproducción no autorizada, así como la posterior distribución y comunicación pública de las obras protegidas.

En el marco europeo, la regulación de la propiedad intelectual en relación con Internet se da en la Directiva 2001/29/CE sobre determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, también denominada DDASI. Esta norma, que se encuentra en vigor en España, es la que contiene las disposiciones específicas referidas a la propiedad intelectual e Internet, permitiendo una adaptación del régimen legal de la propiedad intelectual a las nuevas formas de explotación y a los nuevos intereses relacionados con las obras protegidas en Internet.

4.2. La piratería

La infracción de la propiedad intelectual es la conocida piratería. La OMPI la define como:

“La reproducción de obras publicadas o de fonogramas por cualquier medio adecuado, con miras a la distribución al público, y también la remisión de una radiodifusión de una persona sin la correspondiente autorización”.

El Libro verde de la Comisión Europea sobre los Derechos de Autor y el Reto de la Tecnología, entiende la piratería como:

“La reproducción no autorizada de obras protegidas por derechos de autor o derechos afines con finalidades comerciales, así como todas las operaciones comerciales posteriores relativas a dicha reproducción”.

Como se desprende de esta definición, las características fundamentales de la piratería son la finalidad comercial y la escala a la que se realiza dicha actividad, diferenciándolas así de otras acciones como las reproducciones privadas.

La forma común y tradicional de piratería consiste en la reproducción ilícita de múltiples ejemplares de una obra protegida para su posterior distribución en forma de venta a un precio más bajo que el original. Esta forma de piratería sigue vigente en la actualidad. También existen otras formas tradicionales de piratería, como las grabaciones no autorizadas de comunicaciones e interpretaciones públicas para su posterior venta, o la emisión no autorizada de obras protegidas.

Las innovaciones tecnológicas, básicamente la tecnología digital, hacen que cada vez sea más sencillo hacer copias exactas y a un coste ínfimo de los originales, por lo que si hace unos años el daño que hacía la piratería al mercado discográfico y videográfico era ínfimo, hoy sí que se puede afirmar lo insostenible que se hace la piratería para las industrias culturales.

La piratería es un negocio ilegal y lucrativo que en la actualidad no es realizado solo por sujetos individuales que pretendan acceder a contenidos protegidos, sino un modelo de negocio de organizaciones complejas, que basan sus modelos de negocio en contenidos a los que no asignan valor con relación a los beneficios que obtienen.

La piratería en Internet abarca un grupo de actividades de explotación ilícita realizadas en la Red. Internet modifica las condiciones de la piratería por la existencia de la posibilidad de difusión de nuevas obras del ingenio, nuevas formas de explotación ilícita, una nueva significación de los ataques a la propiedad intelectual, nuevas características del comportamiento criminal.

En la primera de las condiciones vistas anteriormente, Internet ha supuesto el nacimiento de un nuevo mercado y hoy la piratería no tiene como objeto únicamente las obras musicales y audiovisuales, sino que también son sus objetivos los programas de ordenador, páginas web, libros, videojuegos, así como todo lo considerado obra protegida por la Propiedad Intelectual. Otro factor importante que ha facilitado la piratería es la aparición de nuevos formatos en los que puedan ser plasmados las obras del ingenio.

En cuanto a las nuevas formas de explotación que ofrece Internet, comenzaremos por el proceso de digitalización de las creaciones artísticas, literarias o científicas, que introduce a las obras protegidas en el nuevo marco de interconexión mundial, y ello hace que los comportamientos prototípicos de la piratería, como la reproducción o distribución, comiencen a coincidir con otros tipos de comportamientos, como pueden ser: el ofrecimiento no autorizado y gratuito de las obras a través de Internet (puesta a disposición), la creación y difusión gratuita de software que permita la intercomunicación de usuarios para la difusión de obras sin pagar derechos de autor, la distribución de obras protegidas a través del correo electrónico, la comunicación pública no autorizada de obras musicales, videográficas, entre otras, para la promoción de páginas web propias.

Una de las características más relevantes de este comportamiento es que las comunicaciones interpersonales en Internet son de difícil o imposible localización y son destemporalizadas. En la Red los comportamientos se realizan desde un espacio concreto y un momento específico, pero los efectos del mismo pueden desplegarse en un lugar diferente y mucho después del momento en el que comenzó a ejecutarse el hecho. Las notas de atemporalidad, deslocalización y transnacionalidad de los comportamientos de piratería realizados a través de Internet pueden disminuir enormemente la virtualidad de las

medidas jurídicas dispuestas para perseguir las infracciones a los derechos de propiedad. En este sentido, Internet permite que un sujeto de un Estado que contiene una ley permisiva respecto a estas conductas infrinja los derechos de autor de un sujeto en cuyo territorio se impiden dichas conductas.

Ello desemboca en el análisis sobre la dimensión que debe alcanzar la protección de la propiedad intelectual en la actualidad. El hecho de que Internet permita que los comportamientos delictivos se realicen desde un Estado pero afectando a varios Estados distintos, conlleva que la represión de estos comportamientos difícilmente pueda ser eficaz si se realiza únicamente desde un Estado y no se busca una solución transnacional. El esfuerzo de armonización lo ha venido realizando la WIPO u OMPI, y se está viendo reforzado por la Unión Europea que, en sus Directivas comunitarias armonizadoras, está siguiendo los mínimos de regulación que da esta organización internacional.

4.3. Medidas contra las infracciones a los derechos de autor

Existen varias posibilidades para perseguir las infracciones a los derechos de autor cometidas en Internet, entre ellas podemos citar: dirigirse contra los presuntos infractores directos, es decir, los usuarios de los archivos; dirigirse contra los intermediarios P2P que proveen medios para el intercambio de archivos entre los internautas; dirigirse contra los titulares de las páginas web o sitios informáticos donde se alojan los contenidos ilícitos o enlaces que permiten producir tales infracciones; dirigirse contra los proveedores de servicios de Internet en búsqueda de información sobre descargas ilegales.

Asimismo, existen varias vías para reaccionar frente a esas infracciones: la vía civil, para la obtención de las correspondientes indemnizaciones; la vía penal, para conseguir la sanción penal de las conductas delictivas; y la vía administrativa, para obtener de la Administración la adopción de medidas encaminadas a prevenir o sancionar estas infracciones.

La antigua Ley de Propiedad Intelectual de 1879 contenía estas tres posibles vías de protección de los derechos de propiedad intelectual: la administrativa, la penal y la civil.

La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 eliminó la vía administrativa, salvo para los supuestos de teatros, espectáculos públicos y telecomunicaciones. Este sistema se mantuvo en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996. En la actualidad, lo que pretende la conocida como Ley Sinde, es recuperar la vía administrativa. En este punto se analizarán las vías civil y penal de protección de los derechos de propiedad intelectual y dejaremos el análisis de la Ley Sinde para más adelante.

El régimen jurídico español contiene un amplio espectro de acciones jurídicas civiles para la protección de los derechos de autor y derechos conexos. Comenzaremos por el análisis de las acciones expresamente incluidas en el

Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, estos preceptos están diseñados para la protección de los derechos morales y de explotación de los autores. Los artículos del 138 al 141 de la Ley de Propiedad Intelectual disponen tres acciones: la acción de cesación, la acción de resarcimiento y las medidas cautelares.

La acción de cese de la actividad ilícita es una acción especial que comporta tres acciones: la acción de cesación de la actividad usurpatoria del derecho moral o patrimonial, la acción de remoción del producto de la infracción, la acción de remoción de los medios utilizados para realizar la infracción.

El artículo 139 establece que el **cese de la actividad ilícita** podrá comprender:

- a) La suspensión de la explotación o actividad infractora.
- b) La prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora.
- c) La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, incluyendo aquellos en los que haya sido suprimida o alterada sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos o cuya protección tecnológica haya sido eludida. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.
- d) La retirada de los circuitos comerciales, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos materiales, equipos o instrumentos destinados principalmente a la reproducción, a la creación o fabricación de ejemplares ilícitos. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.
- e) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones, así como de aquellas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, en los términos previstos en el artículo 162, o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica, en los términos previstos en el artículo 160.
- f) El comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador. Las mismas medidas podrán adoptarse en relación con los dispositivos, productos o componentes para la elusión de medidas tecnológicas a los que se refiere el artículo 160 y para suprimir o alterar la información para la gestión electrónica de derechos a que se refiere el artículo 162.

g) La remoción o el precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o la neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger obras o prestaciones aunque aquel no fuera su único uso.

h) La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal.

En cuanto a la acción indemnizatoria, el legislador, en aras de especiar la protección, estimó oportuno crear criterios propios de valoración abstracta del daño patrimonial y establecer un plazo de prescripción especial. De este modo el artículo 140 dispone que:

“La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial”.

Como otros criterios de valoración del daño patrimonial, el mismo artículo establece que la indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

- Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.
En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.
- La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

El plazo de prescripción que establece el artículo para esta acción es de cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.

Las medidas cautelares de protección urgente se caracterizan por tener un carácter potestativo, adoptarse a instancia de parte y poder ejercer antes, durante o después del proceso que se incoe. Estas medidas se encuentran reguladas en el artículo 141 de la Ley de Propiedad Intelectual y son:

- 1) La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración.
- 2) La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a los efectos de esta Ley, así como la prohibición de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica.
- 3) El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública.
- 4) El secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes referidos en los artículos 102.c y 160.2 y de los utilizados para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en el artículo 162.2.
- 5) El embargo de los equipos, aparatos y soportes materiales a los que se refiere el artículo 25, que quedarán afectos al pago de la compensación reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios.
- 6) La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

Junto a las acciones establecidas en la Ley de Propiedad Intelectual, la doctrina reconoce otras acciones, establecidas en el Código civil (CC), ejercitables para la protección de los derechos de propiedad intelectual: la acción reivindicatoria y la declarativa de dominio, la acción aquiliana del artículo 1902 del CC, acciones derivadas de los contratos relacionados con derecho de autor, interdictos, acción de enriquecimiento injusto, acción civil derivada del delito, acción declarativa, acción de jactancia, y las tercerías de domino.

De este amplio elenco de acciones civiles se pueden extraer dos consecuencias importantes: la intención del legislador de reforzar la tutela civil, y que el Derecho penal no se convierta en el único orden jurídico, ni siquiera en el principal, de protección de los derechos de propiedad intelectual. Con ello el derecho penal cumple con sus principios de subsidiariedad e intervención mínima.

En cuanto al ámbito de protección penal, nos encontramos como nota común en la mayoría de los ordenamientos de los Estados europeos, el que los delitos de propiedad intelectual no se definan en el Código penal sino en una ley

especial que define la institución. De este modo ocurre en Alemania, Italia, Francia, Portugal, Inglaterra, Irlanda, Grecia, Dinamarca, Holanda, Bélgica y Suiza, entre otros Estados europeos.

Únicamente en Italia y España se regulan los delitos relativos a los derechos de autor y conexos en el Código penal. La técnica de la tipificación legislativa de los delitos contra la propiedad intelectual en la ley especial y no en el Código penal puede tener su explicación en la naturaleza cambiante de los derechos de propiedad intelectual. Como argumentos a favor del sistema español de tipificación en el Código penal se puede afirmar, primero, que la presencia de estas infracciones en el Código penal es coherente con el sistema general de incluir todos o la gran mayoría de los delitos en el Código, segundo, un refuerzo de la idea de que ciertas conductas atentatorias contra los derechos de propiedad intelectual son más graves y requieren una mayor protección, y tercero, es una forma de asegurar la autonomía del Derecho penal en la interpretación de los delitos conforme a los principios de intervención mínima y proporcionalidad.

La tutela penal se encuentra en los artículos 270-272, la misma se centra casi exclusivamente en los derechos de carácter patrimonial, con la excepción del derecho a ser reconocido como autor de la obra (plagio), y es que este derecho de carácter personal constituye la base para el ejercicio de los derechos patrimoniales.

El comercio de productos ilegales, CD por ejemplo, tiene las mismas fases que el comercio legal: fabricación, transporte, distribución, comercialización. De acuerdo con esta realidad el Código penal actúa contra toda la cadena de producción, considerando autores del delito a todos aquellos que intervienen en las distintas fases del negocio, con ello llega a sancionar con iguales penas comportamientos que se sitúan antes de la reproducción o los actos de tráfico del producto ya falsificado, como son los tipos delictivos contenidos en el artículo 270.3: “la comercialización de programas que sirve para facilitar la piratería”.

Las conductas tipificadas coinciden con los derechos de carácter patrimonial del autor, de este modo, establece el artículo 270:

“Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”.

Entre las conductas más discutidas en el ámbito penal se encuentra la llamada piratería **individual o casera**, es el caso de los archivos P2P o de determinados programas de ordenador que reproducen contenidos audiovisuales. La jurisprudencia, mayoritariamente, ha solucionado estos casos a través del tipo subjetivo: el ánimo de lucro. Este elemento no se refiere al beneficio que el

autor de la copia obtiene de la copia en sí, sino a otros usos posteriores como su venta. Las páginas web donde se producen los intercambios de P2P, a través de programas, son también absueltas en la mayoría de los casos, porque la jurisprudencia ha considerado que, en esencia, lo que hacen es facilitar el préstamo de contenidos, actividad que ha considerado lícita.

La solución anteriormente descrita no es de aplicación cuando la página web no se limita a poner en contacto a internautas que compartan sus archivos, sino que ella misma aloja estos contenidos o está en contacto con un servidor que los aloja, cobrando por las descargas. En este último supuesto, si permite la descarga gratis y el “negocio” radica en los ingresos que se obtienen a partir de la publicidad, la sentencia dependerá de cómo el juez entienda el ánimo de lucro.

Como veremos este tipo subjetivo: ánimo de lucro, se convierte en la piedra angular para la consideración penal de las conductas atentatorias contra la propiedad intelectual. Si éste se configura de forma estricta, exigiendo que deba provenir directamente del hecho delictivo, la conducta es atípica, es decir, no se considera un ilícito penal. Si por el contrario se admite un ánimo de lucro indirecto, que provenga de los ingresos de publicidad en función del número de visitas, la conducta puede considerarse delictiva. No existe unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia sobre estos casos, aunque la línea preponderante es la atipicidad (no considerarlo penalmente), y este ha sido el criterio de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado y últimamente del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23, de 11 de mayo del 2010.

Un problema muy importante para la persecución de estos ilícitos es que los servidores que albergan los contenidos suelen estar fuera de la jurisdicción española. Por esta razón no se procede contra los servidores, sino que las denuncias se dirigen contra las páginas que proporcionan los enlaces, en cuanto a que éstas sí se sitúan en el territorio español.

4.4. Otros medios no jurídicos de protección de los derechos de autor

Los titulares de derechos de autor, en la actualidad, no solo recurren a las medidas jurídicas de protección sino que tratan de aplicar mecanismos tecnológicos para obtener una eficaz protección de sus derechos.

En este punto analizaremos los sistemas utilizados y comenzaremos con la codificación o encriptación. Como hemos visto anteriormente, la digitalización de las obras facilita la reproducción de las mismas pero también posibilita su codificación para controlar su uso o limitar el acceso a ellas.

Como ejemplo para restringir el acceso, tenemos que, mediante la conversión de mensajes en lenguaje natural en textos con lenguaje clave que aseguran que nadie, excepto quien posea la transcripción, los pueda descifrar, se puede permitir el acceso o la utilización si se paga el precio con el cual se obtiene la clave de acceso.

Otro sistema utilizado son las marcas de agua (*watermarking*) o huellas digitales (*fingerprinting*). Las obras protegidas impresas incluyen la información sobre los derechos de autor en la cubierta o en el interior, estos sistemas permiten incluir dicha información de forma codificada, bien para que todo el mundo sepa de quién es la obra, bien de forma oculta para controlar el uso de la obra. Con estas tecnologías se puede dotar a la información digitalizada de elementos de identificación y así tener constancia de las personas que acceden a ella a través de las redes. Estas tecnologías permiten seguir la pista de las acciones realizadas por el usuario final de la obra, detectando si se realizan alteraciones de la misma, su recorrido por la Red, si se ha realizado copia ilícita, y también podrán aplicarse para el cobro del canon por copia privada, ya que permite saber cuántas copias se ha hecho de una obra.

Las medidas de control de la copia son otro sistema de protección. Dentro de estas medidas son especialmente relevantes las destinadas a controlar el uso de la copia. Uno de los primeros sistemas fue el mecanismo de caducidad de la copia digital, que establecía un período de vida útil de la copia de una obra y transcurrido el mismo dejaba de funcionar automáticamente. Otros métodos dentro de este grupo son los sistemas de control de la copia, son aquellos dispositivos utilizados para impedir la reproducción de una obra protegida, impiden realizar copias digitales a partir de una reproducción digital autorizada.

Dentro de las medidas de control o sistemas anticopias encontramos también los sistemas de bloque, que impiden por completo la reproducción de una copia digital en el disco duro de un ordenador; los Serial Copy Management System, que impiden o restringen las copias en serie de obras musicales o fonogramas en formato digital; el sistema Cactus Data Shield, que impide que el CD de audio sea leído por los ordenadores y de este modo, se evita la reproducción.

Como medidas no jurídicas de protección también encontramos los sistemas de DRM. Estos son desarrollos para descifrar archivos de contenidos mediante la generación de claves.

4.5. Marco jurídico del intercambio de ficheros

El intercambio de fichero se puede conceptualizar como:

“Un proceso técnico por medio del cual una persona, haciendo uso de un ordenador con una conexión a Internet, realiza una secuencia necesaria de actos de explotación de una o varias obras de creación que permiten que una pluralidad de individuos pueda tener acceso a distancia a las mismas”.

José Antonio Suárez Lozano (2011). “El marco jurídico del intercambio de ficheros conteniendo obras de propiedad intelectual”. *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Dickinson.

El intercambio como tal no está sujeto a una legislación específica, es un proceso complejo que implica la existencia de varios actos, que desde un punto de vista legal podrían separarse en distintos e independientes actos de explotación.

El régimen jurídico aplicable a las descargas se puede dividir en tres ámbitos: internacional, comunitario y nacional.

En el ámbito internacional los tratados ratificados por España que forman parte de nuestro derecho interno son: El Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas, con su acta de revisión de París de julio de 1974; La Convención Internacional de Ginebra de 6 de septiembre de 1952, sobre derechos de autor, con su acta de revisión de 24 de julio de 1971; La Convención Internacional de Roma de 26 de octubre de 1961, sobre la protección de artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión; El Acuerdo de Marrakech, de 15 de abril de 1994, por el que se crea la Organización Mundial del Comercio.

En el escenario comunitario se han aprobado varias directivas dirigidas a la protección del derecho de autor o derechos afines, especialmente interesa la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 22 de mayo del 2001, relativos a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. En el ámbito nacional contamos con el tantas veces aludido Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Breve descripción de los actos de explotación y los hechos ilícitos que integran el proceso del intercambio de fichero:

1) Inicio

Al acto por el que se inicia el proceso de intercambio de fichero parte de la doctrina lo denomina acto promotor. Se entiende por este, el acto previo indispensable para que un contenido audiovisual, u obra audiovisual, pueda ser subida a la Red.

Este acto promotor puede ser realizado desde tres actuaciones independientes entre sí:

a) Mediante la grabación de la obra en una sala y su posterior reproducción en el disco duro de un ordenador con acceso a la Red

Comencemos por analizar la primera de las actuaciones: la grabación de la obra en la sala en que la obra se comunique. Este acto de copiar la obra audiovisual ya es en sí mismo un hecho ilícito, puesto que es necesaria la autorización de titular de la obra.

En cuanto a la segunda de las actuaciones, se pudiera pensar que la reproducción de una obra puede estar amparada por el límite del artículo 25.1 de la LPI, pero este límite requiere que la obra haya sido divulgada en forma de videograma, lo que no sucede en la exhibición en sala de cine, que es la primera ventana de explotación, por lo que esta copia no cumple el requisito del ámbito doméstico.

A la posterior reproducción en el disco duro de un ordenador con acceso a la Red, podría oponerse el límite del artículo 31.2 de la LPI: “no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente”; pero este límite requiere que el acceso a la obra se haya alcanzado por un medio legal, lo que no sucede en este caso, por lo que estamos ante la segunda infracción en este supuesto.

b) Mediante la grabación de la obra cuando es objeto de comunicación por cualquier medio de difusión, como la televisión, y luego se realiza la posterior reproducción en el disco duro de un ordenador con acceso a la Red

Para cualquier tipo de soporte, la reproducción de una obra audiovisual difundida por la televisión está amparada por el límite legal del artículo 31.2 de la LPI, o excepción a la copia privada para uso personal. La duda podría plantearse en relación con la posterior reproducción en el disco duro u otro soporte de ordenador, puesto que la obtención de la copia ha sido lícita.

c) Mediante copia del soporte en que la obra se encuentra grabada, DVD generalmente, y su posterior reproducción en el disco duro de un ordenador con acceso a la Red

Para determinar si esta copia es lícita no se debe atender a si la grabación está o no dotada de medidas técnicas de protección. En el caso de que la grabación tenga medidas de protección, debemos atenernos al rigor del artículo 31.2 de la LPI, que exige para la licitud de la copia, que el acceso a la misma sea legal por parte del copista, lo que, como es lógico, no sucede si deben eludirse medidas de protección, acto calificado por el artículo 161.1 de la LPI como ilícito.

Si nos encontramos ante el supuesto de que el soporte no está dotado de medidas de seguridad, la copia estaría considerada como lícita siempre que se cumplan las restantes condiciones del artículo 31.2 de la LPI: que el original sea una copia autorizada, que se haga para el uso personal del copista y siempre sin un fin lucrativo o colectivo.

2) La subida a la Red

Este acto consiste en hacer accesible a un número indeterminado de usuarios de la Red la obra que se ha reproducido. Como hemos visto en el capítulo anterior, este acto ha de verse a la luz del artículo 20.1 de la LPI, se trata del derecho de puesta a disposición regulado también por la Directiva 2001/29/CE y el artículo 8 del Tratado OMPI sobre derecho de autor.

Este acto debe considerarse un acto de comunicación pública y, por lo tanto, sujeto a autorización del titular de tal derecho. De ello se deduce que este segundo acto del proceso del intercambio de fichero es un acto ilícito.

3) La descarga de las obras desde la Red

Este último acto del proceso puede descomponerse en dos actuaciones:

a) Bajada de la Red: reproducción en el disco duro, y posibles reproducciones en otros soportes

La mayor parte de la doctrina considera que en este supuesto se está ante una actuación ilícita, ya que no puede ampararse en ninguno de los límites previstos en la LPI. Sin embargo, para la Fiscalía General del Estado este acto está amparado por el límite de copia para uso personal del copista, Circular 1/2006.

b) Nueva puesta a disposición

En este supuesto no cabe duda, después de todo lo analizado, que estamos ante un nuevo hecho ilícito.

Ahora bien, para que el usuario realice el intercambio de archivos necesita el acceso a Internet, por lo que es indispensable la realización de un trabajo de intermediación desarrollado entre una serie de personas jurídicas. ¿Cuál es el estatus jurídico de estas empresas?

Ello está regulado en los artículos 9 y ss. de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, LSSI, sobre obligaciones y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

En concreto, el artículo 12.4 establece la obligación de:

“Los proveedores de servicios (...) de facilitar información a sus clientes acerca de las posibles responsabilidades en que puedan incurrir por el uso de Internet con fines ilícitos, en particular, para la comisión de ilícitos penales y por la vulneración de la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial”.

“El problema de estos artículos es que establecen una responsabilidad muy laxa respecto a la colaboración que pueden tener los agentes intermedios en la producción del daño, y parece que, entre el posible conflicto entre la evitación del daño (en este caso a la propiedad intelectual) y la protección de los derechos de intimidad, o en su caso de protección a la libertad de expresión, claramente se protege a estos últimos”.

Pedro Robles de la Torre (2011). “La regulación legal de intercambio de ficheros en las legislaciones comunitaria, europea y española”. *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Dickinson.

En el ámbito de la solución a este problema, una de las iniciativas que se pueden citar como ejemplo es la realizada en Francia. Ante este panorama, la Administración francesa creó un comité dirigido por el Presidente de FNAC, Denis Olivennes, en el que participaban todas las partes implicadas: representantes de los derechos de autor, usuarios de Internet, y empresas de intermediación de servicios. El resultado fue un acuerdo firmado en el Eliseo el 23 de noviembre del 2007 y que ha desembocado en un proyecto de Ley que trata de ordenar lo que su propia exposición de motivos denomina “hemorragia de obras culturales”. El núcleo central gira en torno a la creación de un organismo de control, de carácter administrativo, con capacidad para poder suspender el acceso a Internet a aquellos usuarios que estén abusando de la bajada de archivos.

4.6. La problemática jurídica del P2P (*peer-to-peer*). Resoluciones judiciales

Como hemos visto hasta ahora, el desarrollo digital ha permitido la proliferación de los medios a través de los cuales se accede a las obras. Desde una perspectiva tecnológica, el P2P son redes utilizadas para el intercambio de archivos entre usuarios, entre los que se encuentran archivos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual y también archivos libres.

El programa Napster fue el antecedente del P2P, se trataba de un programa informático creado en marzo de 1999 por un estudiante norteamericano. Este programa se puso a disposición del público de forma gratuita, de esta manera, una vez que los usuarios lo descargaban en sus ordenadores, podían conectarse entre sí a través de la web Napster y compartir música entre ellos.

Desde un punto de vista técnico, el fenómeno del P2P consta de dos fases: primero, la carga de la obra en el servidor, denominada con un término anglosajón *uploading*; y la segunda, la descarga de las obras o *downloading*.

Hasta la fecha, han sido muy escasas las ocasiones en las que los órganos judiciales civiles se han pronunciado sobre esta materia, siendo más frecuentes las resoluciones de los órganos penales. En estos, con carácter general se ha concluido que este tipo de actuaciones no supone un hecho delictivo.

Ved también

Sobre la legalidad de estas fases nos remitimos al proceso visto en el apartado anterior.

La sentencia de la Audiencia provincial de Cantabria, de fecha 18 de febrero del 2008, analiza el carácter delictivo de la obtención de copias a través de distintos sistemas de descarga. Señala que estas actuaciones no se encuentran amparadas en el límite de copia privada, puesto que no respetan la prohibición de utilización colectiva al ofrecerse de nuevo dichos archivos descargados a otros posibles usuarios. La anterior conclusión la alcanza partiendo de la regulación del límite de copia privada anterior a la reforma del 2006, que no exigía que la copia lo fuese de la obra a la que se hubiese accedido legalmente. En el ámbito penal, la sentencia conlleva al pronunciamiento absolutorio porque no se apreció ánimo de lucro.

Otra resolución, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de septiembre del 2008, analiza no el límite de copia privada sino el previsto en el artículo 31.1 de la LPI e interpreta la regla de los tres pasos contenida en el artículo 40 bis, LPI.

Señala que:

“Este precepto, que originariamente pretendía ser un criterio hermenéutico de los límites legales tipificados previamente, puede dar lugar a que por vía administrativa nos cuestionemos los límites de estos derechos más allá de la literalidad de los preceptos que lo regulan, positivo o negativamente, en este caso, los derechos de reproducción y puesta a disposición (comunicación)”.

Valora para analizar la licitud de la conducta aspectos tales como la finalidad y el carácter del uso, la naturaleza de la obra, el efecto sobre el mercado potencial y el valor de la obra.

La jurisprudencia nos muestra que desde el punto de vista estrictamente civil, tanto la operación de carga en la red, como de descarga, constituyen ilícitos cuando no cuentan con la autorización del titular de los derechos de autor, sin que puedan entenderse amparados en excepciones de copia privada y reproducción provisional.

En el ámbito penal se protege únicamente los derechos patrimoniales del autor. La piratería se ha convertido en un negocio lucrativo, el comercio de productos ilegales tiene las mismas fases que el comercio de productos legales: fabricación, transporte, distribución, comercialización. De acuerdo con esta realidad, el Código penal actúa sobre toda la cadena de producción, considerando autores del delito a todos aquellos que intervienen en las distintas fases del negocio. Las conductas típicas son las mismas definidas en la LPI: reproducción, distribución, comunicación, plagio.

Los casos más discutidos se encuentran en la que se conoce como piratería individual o casera, como los archivos, P2P o a determinados programas de ordenadores. La jurisprudencia ha solucionado estos casos mayoritariamente

a través del tipo subjetivo, el ánimo de lucro. Este elemento no se refiere al beneficio que el realizador de la copia obtiene de la copia en sí, sino a otros usos posteriores como su venta.

Las páginas web, donde se producen los intercambios P2P, son también abusadas por estos delitos, por considerar que en esencia lo que hacen es facilitar el préstamo de películas o discos, actividad considerada lícita. Esta solución no se aplica cuando la página web no se limita a poner en contacto a internautas que comparten sus archivos, sino que ella misma aloja estos archivos o está en contacto con un servidor que los aloja y cobra por las descargas. En este último caso, sí que permite la descarga gratis y el negocio en la ganancia que se obtiene a través de la publicidad, todo depende de cómo se entiende el ánimo de lucro. Si se configura de forma estricta que este deba provenir directamente del hecho delictivo, la conducta es atípica, por el contrario, si se admite un ánimo de lucro indirecto, que proviene de los ingresos en publicidad que recibe la página en función del número de visitas, la conducta puede considerarse delictiva.

No existe unanimidad ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia en estos casos, aunque la línea preponderante es la atipicidad. La Circular 1, 2006 de la Fiscalía General del Estado y el AAP de Madrid, Sección 23 de mayo del 2010, señala que un problema importante para la persecución de estas conductas es que los servidores que pueden albergar los contenidos ilícitos suelen estar fuera de la jurisdicción española. Por esta razón, no se procede contra los servidores, sino que las denuncias se dirigen sobre las páginas que proporcionan los enlaces, ya que éstas se sitúan en territorio español.

Para este delito, como todo ilícito penal, se requiere dolo y ánimo de lucro. El elemento del dolo exige que el autor del delito conozca que su comportamiento supone un atentado contra la propiedad intelectual, y el ánimo de lucro es un elemento que se ha indicado que se utiliza para excluir el tipo de comportamientos que no se enmarcan en una actividad de tráfico.

Esta circular considera que la conducta de quienes proceden a la puesta a disposición de terceros de ficheros electrónicos, que contienen obras protegidas cargándolos en redes P2P, realizan un acto de comunicación pública; sin embargo, entiende que, para que la conducta considerada pueda tener trascendencia penal, es preciso que esté acreditada alguna compra o prestación, pues en otro caso no concurrirá el requisito típico del ánimo de lucro. En cuanto a éste, es exigible que se trate de un estricto lucro comercial, interpretación que se fundamenta en la Directiva 2000/31/CE, sobre servicios de la sociedad de la información, que obliga a los Estados miembros a calificar de infracción penal toda infracción intencional de un derecho de propiedad intelectual cuando ésta se cometa a escala comercial, dicho requisito se reproduce en el artículo 61 ADPIC (Acuerdos sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual, relacionados con el Comercio).

4.7. Disposición Final Cuadragésimo Tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. “Ley Sinde”

La Disposición Final Cuadragésimo Tercera de la Ley de Economía Sostenible (LES), introduce modificaciones a las siguientes normas: Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI); al Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; y a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

La conocida como Ley Sinde se enmarca en un texto que no tiene por objeto abordar exclusivamente cuestiones relacionadas con la materia de propiedad intelectual. La LES es una norma cuyo objetivo es dotar de protección a diferentes sectores de la economía nacional, con el fin de hacer frente a la crisis económica y financiera actual.

Las claves de la nueva regulación son tres:

- Introducir un régimen de protección de la propiedad intelectual coherente con las previsiones de la LSSI.
- Lograr una actuación ágil y efectiva frente a las vulneraciones de la misma realizadas mediante la puesta a disposición de contenidos en la web.
- Articular la garantía de los derechos que pudieran verse afectados y, muy especialmente, la intervención judicial en garantía de la libertad de expresión e información.

El artículo 8 de la LSSI contiene las restricciones a la prestación de servicios en la sociedad de la información. En este sentido, el artículo enumera una serie de principios contra los que no podrá atentar ningún servicio de Internet. La primera de las claves de la Ley Sinde es introducir en la letra e) del artículo 8 “la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual”, con ello se confiere a la Administración la adopción de medidas de protección de la propiedad intelectual ante infracciones concretas.

Esta función se le asigna al Ministerio de Cultura, mediante la introducción de una disposición adicional quinta en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual:

“El Ministerio de Cultura, en el ámbito de sus competencias, velará por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información en los términos previstos en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”.

El órgano competente para velar por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información es la Comisión de Propiedad Intelectual. Este es

un nuevo órgano creado mediante la modificación del artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Se trata de un órgano colegiado de ámbito nacional que realizará las funciones de mediación y arbitraje, y la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que le atribuye la LES.

Esta Comisión actuará por medio de secciones, en concreto dos secciones. La primera ejercerá las funciones de mediación y arbitraje y la segunda, el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 8 y concordantes, relativos a la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información.

El régimen jurídico y funcionamiento de la Comisión se encuentra regulado en el recién aprobado Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre. Estamos ante un órgano de naturaleza administrativa que actuará conforme a las normas y principios de la Ley de Propiedad Intelectual, de lo dispuesto en el RD 1889/2011, y supletoriamente por las normas de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, esta última en lo referente a procedimientos arbitrales.

La segunda de las claves introducidas por la LES es la referida al propósito de la Ley de buscar una actuación ágil y efectiva. Con vistas a ello, la Ley introduce un nuevo apartado al artículo 8 de la LSSI:

“Los órganos competentes para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior, con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer en el procedimiento. Tal requerimiento exigirá la previa autorización judicial de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Una vez obtenida la autorización, los prestadores estarán obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación”.

En la redacción que tenía este precepto en el proyecto de ley no se preveía el requerimiento de la previa autorización judicial para identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información. La antigua versión planteaba la necesidad de determinar unos límites en relación con la protección del derecho a la intimidad.

Esta sección de la Comisión podrá adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa la prestación del servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

Antes de proceder a la adopción de estas medidas, la Comisión deberá requerir al prestador de servicios de la sociedad de la información a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de

los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas. La retirada voluntaria de los contenidos pondrá fin al procedimiento. En todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento, exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El procedimiento podrá dirigirse contra los responsables de servicios de la sociedad de la información sobre los cuales existan indicios de que están vulnerando derechos de propiedad intelectual, cuando en la solicitud de quien inste su inicio se identifique expresamente el contenido ofrecido o al que se facilite el acceso, y siempre que concurren las circunstancias que dispone el artículo 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: que el prestador actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

Este procedimiento administrativo no obsta al ejercicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes.

La tercera de las claves que pretende garantizar esta Ley es la referida a la garantía de los derechos, articulada mediante la protección judicial. Para ello se introduce un nuevo artículo 122 bis en la Ley 29/1998, ya que la ejecución de estos actos, en cuanto a que pueden afectar a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución, requerirá un procedimiento específico que viene regulado en este artículo.

4.8. Stop Online Piracy Act. Ley SOPA

La conocida como Ley SOPA es un proyecto de ley, cuya tramitación se encuentra actualmente en suspenso.

El objeto de esta norma es regular la actividad de los servicios de la sociedad de la información. La Ley SOPA confiere tanto a los titulares de derechos, como al Departamento de Justicia de EE. UU., la facultad de solicitar una orden judicial que tenga como fin:

- El cierre de sitios web de EE. UU.
- El bloqueo de los sitios web que ofrezcan servicios de facilitación de pago, y estén vinculados con otros sitios web comercializadores de contenidos protegidos sin autorización.
- El bloqueo de resultados obtenidos por los motores de búsqueda, cuando dichos resultados se correspondan con sitios web vulneradores de derechos de propiedad intelectual.

- Requerir a los proveedores de servicios de la sociedad de la información que ofrezcan sus servicios en EE. UU. el bloqueo de acceso a sitios web vulneradores de derechos de propiedad intelectual.
- Requerir el bloqueo de acceso a los anuncios de las redes de publicidad vinculadas a sitios web vulneradores de derechos de propiedad intelectual.

Con vistas a una mejor comprensión de lo que será la compleja Ley SOPA, estableceremos algunas diferencias existentes entre este texto y la denominada Ley Sinde:

a) La Ley Sinde se introduce en una única disposición incluida en la LES, mientras que la Ley SOPA es un proyecto de ley. En este sentido, el Parlamento de EE. UU. dedica una ley exclusivamente para abordar el problema de la piratería en Internet.

b) La Ley SOPA regula detalladamente los responsables de la sociedad de la información que pueden verse afectados por las órdenes judiciales correspondientes. Diferencia sitios web, proveedores de servicios, motores de búsqueda, redes de publicidad o plataformas de pago.

La Ley Sinde habla de servicios de intermediación, o de prestadores de servicios de la sociedad de la información con carácter general, cuyas definiciones son abiertas, según la redacción de los apartados b. y c. del anexo de la LSSI.

c) La Ley SOPA tipifica como delito el acto del *streaming* no autorizado de contenidos protegidos. Mientras que la Ley Sinde no hace referencia a casos de responsabilidad penal.

d) La Ley SOPA regula que determinados sitios web extranjeros que vulneren derechos de propiedad intelectual no podrán recibir fondos o subvenciones por parte de EE. UU. Sin embargo, la Ley Sinde no hace referencia a esta cuestión.

e) La Ley SOPA confiere, tanto a los titulares de derechos, como al Departamento de Justicia de EE. UU., la posibilidad de solicitar medidas frente a la vulneración de derechos de propiedad intelectual.

La Ley Sinde solamente confiere dicha posibilidad a los titulares de derechos o a aquellos a quienes se haya encomendado el ejercicio de dichos derechos.

El estado actual de la Ley SOPA, como se ha expuesto anteriormente, es que se encuentra como proyecto de ley y con su tramitación en suspenso de forma indefinida desde el viernes 20 de enero del 2012.

No obstante, a finales del mes de enero del 2012, fue introducida en el Parlamento de EE. UU. la propuesta de ley *Online Protection and Enforcement of Digital Trade Act in the U.S*, la cual aboga por un procedimiento de cierre de sitios canalizado a través de la Comisión Internacional del Comercio (ITC), y no del Departamento de Justicia.

Este texto ha gozado de una mejor acogida que la Ley SOPA por parte de los usuarios de contenidos protegidos, y cuenta con el apoyo de empresas como Facebook o Google, las cuales se postularon en contra de la aprobación de la Ley SOPA. Todo ello en un contexto en el cual tanto España como EE. UU. han firmado el *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA), un tratado internacional de carácter comercial que tiene por objeto combatir la piratería y las falsificaciones de contenidos.

4.9. ACTA. Anti-Counterfeiting Trade Agreement

El ACTA es un tratado, un acuerdo comercial contra la falsificación. La fase de negociación del Tratado tuvo lugar en Ginebra en junio del 2008, se inició con la intervención de los Estados miembros de la Unión Europea y once terceros países: Australia, Canadá, Japón, Corea, México, Marruecos, Nueva Zelanda, Singapur, Suiza, Emiratos Árabes Unidos y los Estados Unidos.

Las partes que han negociado el ACTA tienen la intención de completar el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

Entre el año 2008 y el 2010 tuvieron lugar otras negociaciones que concluyeron con el texto definitivo en noviembre del 2010.

El Tratado fue suscrito por Estados Unidos, Australia, Canadá, Japón, Marruecos, Nueva Zelanda, Singapur y Corea del Sur en octubre del 2011. En enero de este año se sumó la Unión Europea, aunque la adhesión estaba supeditada a que se ratificase en el Parlamento Europeo. Recientemente, este órgano de la Unión Europea ha rechazado el ACTA con una amplia mayoría de votos: 478 en contra.

Para que entre en vigor este Acuerdo ACTA, se necesita que sea ratificado por al menos seis de las partes que lo han negociado, entre ellos Estados Unidos, Australia, México, Marruecos y Japón. En el caso de la Unión Europea, deben firmarlo y ratificarlo cada uno de los Estados miembros y la Unión Europea como unidad, ya que el acuerdo abarca tanto materias nacionales como comunitarias. En cuanto a los Estados de la Unión Europea que han firmado el ACTA, solo han sido 22 de sus Estados miembros. Los que se quedaron al margen de la firma, fueron: Chipre, Holanda, Eslovaquia y Estonia.

El objeto del Tratado es establecer un marco internacional completo que asista a las partes del acuerdo en sus esfuerzos por luchar de manera eficaz contra la violación de los derechos de propiedad intelectual, en particular la proliferación de falsificaciones y la piratería.

El Tratado establece, en su artículo 2, que cada parte del mismo podrá establecer libremente el método adecuado para implementar las disposiciones del Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos.

Los principios que rigen el Tratado son:

- **Formación e información:** Todos los Estado firmantes del Acuerdo deberán promover la formación de sus autoridades competentes responsables de la observancia de los derechos de propiedad intelectual. A su vez, deberán promover la recopilación y el análisis de datos estadísticos de información relacionada con la infracción de los derechos de propiedad intelectual, así como la recopilación de información sobre las prácticas adecuadas para prevenir y acabar con las infracciones.
- **Transparencia:** Uno de los principios que promueve el Acuerdo es la transparencia en la administración de la observancia de los derechos de propiedad intelectual. El artículo 30 del ACTA establece que cada parte deberá adoptar una serie de medidas que permitan poner a disposición del público la existencia de procedimientos disponibles de acuerdo a la legislación vigente en cada parte firmante, relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, incluyendo las autoridades competentes y los puntos de contacto disponibles para solicitar información y asistencia; las leyes, reglamentos, resoluciones judiciales existentes con relación a la observancia de estos derechos; la existencia de información clara y contundente sobre los esfuerzos para garantizar la observancia y protección de los derechos de Propiedad Intelectual.
- **Concienciación pública:** Cada Estado firmante deberá promover la adopción de medidas que permitan concienciar a los ciudadanos sobre la importancia de los derechos de autor, la necesidad de su protección y los grandes perjuicios que causa tanto a la industria del entretenimiento como a la sociedad, la infracción de los derechos de autor.
- **Cooperación internacional:** Consagrado en el artículo 33 del Tratado, reconociendo que la cooperación internacional es vital para lograr una protección eficaz de los derechos de propiedad intelectual. La cooperación se efectuará conforme a los acuerdos internacionales existentes en la materia, y estará sujeta a la legislación, los recursos, las políticas y las prioridades legales de cada Estado firmante del Acuerdo.

Entre las obligaciones generales para cada uno de los Estados firmantes, el ACTA establece en su artículo 6 que cada parte contrae la obligación de que en su legislación se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el Acuerdo. Para ello, cada Estado tiene el deber de poner al alcance de los titulares de los derechos de propiedad intelectual los procedimientos civiles y penales necesarios para su observancia.

Como contrapartida, se establece la obligación para todos los Estados firmantes de establecer procedimientos justos y equitativos, y deberán amparar los derechos de todos los sujetos intervinientes en ellos, debiéndose observar la necesaria proporción entre la gravedad de la infracción, los intereses de terceros y las medidas, recursos y sanciones aplicables.

Desde un punto de vista procesal, los Estados firmantes contraen la obligación de diseñar procesos sin complicaciones o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios.

El Tratado distingue entre el ámbito civil y penal. Respecto al primero, establece en su artículo 8 algunos mandamientos judiciales que deberán implementar cada uno de los Estados firmantes. Entre ellos se encuentran:

- Que en los procedimientos judiciales civiles relacionados con la observancia de los derechos de propiedad intelectual, sus autoridades judiciales estén facultadas para emitir una orden contra quien cometa la infracción con el objetivo de que desista de su comisión.
- Que una orden o parte de dicha orden prevenga que las mercancías infractoras de un derecho de propiedad intelectual entren en los circuitos comerciales.
- Que las autoridades judiciales ordenen al infractor que pague al titular de los derechos una indemnización justa, que compense los perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción de sus derechos de propiedad intelectual. Para determinar el monto de la indemnización, las autoridades judiciales de cada Estado firmante estarán facultadas para considerar, entre otras cosas, cualquier medida legítima de valor presentada por el titular de los derechos, que podrá incluir las ganancias perdidas, el valor del bien o servicio objeto de la infracción, medido en base al precio de mercado, o al precio sugerido al menudeo.
- Que al menos en los casos de infracción a los derechos de autor o derechos conexos y de falsificación de marcas de fábrica o de comercio, cada Estado firmante establecerá, en los procedimientos judiciales civiles, que

se condene al infractor a pagar al titular de los derechos los beneficios que el infractor hubiere recibido como producto de la infracción.

- Que con relación a las infracciones de los derechos de autor o derechos conexos que protejan las obras, fonogramas, interpretaciones y ejecuciones, cada parte deberá establecer o mantener un sistema que permita determinar los daños previamente establecidos, determinar cuál es el importe de los daños (de forma suficiente para compensar la infracción), y los daños adicionales.

En relación con la información necesaria para el curso de la investigación, el artículo 8 dispone que sin perjuicio de la protección de la confidencialidad de las fuentes de información, o el procesamiento de datos personales, cada Estado firmante establecerá que en los procedimientos judiciales civiles relacionados con la observancia de los derechos de propiedad intelectual sus autoridades judiciales estén facultadas, ante una solicitud justificada por parte del titular de los derechos, para ordenar que el infractor, o alternativamente el presunto infractor, proporcione al titular de los derechos o a las autoridades judiciales, al menos para efectos de recopilar pruebas, información pertinente conforme a sus leyes y reglamentos aplicables, que dicho infractor o presunto infractor posea o controle.

La información a la que se refiere el artículo 8 podrá incluir información relacionada con cualquier persona o personas involucradas en cualquier aspecto de la infracción o la presunta infracción, e información relacionada con los medios de producción o circuitos de distribución de los bienes o servicios infractores o presuntamente en infracción, incluida la identificación de terceros presuntamente involucrados en la producción y distribución de tales bienes o servicios, y de sus circuitos de distribución.

En cuanto a las medidas provisionales, el Tratado dispone en su artículo 12 que cada Estado firmante establecerá que sus autoridades judiciales estén facultadas para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces:

- Contra una parte o, cuando ello sea conveniente, contra un tercero sobre el cual la autoridad judicial competente ejerce jurisdicción, para evitar que se produzca una infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual, y en particular, evitar que las mercancías infractoras de los derechos de propiedad intelectual ingresen en los circuitos comerciales.
- Para preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción.

Estas medidas serán de aplicación cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause un daño irreparable al titular de los derechos, o cuando exista un riesgo demostrable de destrucción de pruebas.

En los casos de infracción de derechos de autor o derechos conexos, así como en la falsificación de marcas, cada Estado firmante dispondrá, en los procedimientos judiciales civiles, que sus autoridades judiciales puedan ordenar la custodia de las mercancías, materiales e instrumentos sospechosos que estén relacionados con la infracción.

En cuanto al alcance de estas medidas en frontera, el Tratado prevé en su artículo 13 que cada Estado firmante deberá asegurar que las medidas aplicadas en la frontera por las autoridades competentes sean compatibles con los requisitos del Acuerdo sobre los ADPIC, y no creen obstáculos para el comercio legítimo.

La Sección Cuarta del Tratado se ocupa del ámbito penal. En ella el artículo 23 establece la facultad para cada Estado firmante de establecer los procedimientos y las sanciones penales que serán aplicables para los casos de falsificación de:

- Marcas (*Trade mark counterfeiting*).
- Piratería de los derechos de autor o derechos conexos a escala comercial (los actos a escala comercial comprenden todos aquellos actos destinados a obtener una ventaja económica o comercial, directa o indirecta).

Establece el Tratado que para sus efectos los actos realizados a escala comercial comprenden, como mínimo, aquellas actividades comerciales realizadas para obtener una ventaja económica o comercial directa o indirecta.

Dispone también esta Sección que los Estados firmantes podrán establecer, en ciertos casos, procedimientos y sanciones penales por la copia no autorizada de obras cinematográficas, a partir de una representación en instalaciones de exhibición de películas que generalmente están abiertas al público. También se prevé la posibilidad de responsabilidad penal por ayudar o incitar a la realización de estas conductas.

Las sanciones se encuentran reguladas en el artículo 24 del Tratado, disponiendo que tanto las penas de prisión como las sanciones pecuniarias deberán ser disuasorias, es decir, deberán evitar la realización de infracciones futuras. Las sanciones deberán ser coherentes y proporcionales con la gravedad del delito.

El Tratado prevé para determinados casos la posibilidad de que cada Estado firmante faculte a sus autoridades competentes para actuar de oficio en una investigación, así como entablar acciones legales.

Por el artículo 36 del Tratado ACTA se crea un órgano institucional, un Comité que estará compuesto por todos los países que integran el Acuerdo y que deberá velar por las siguientes cuestiones:

- Revisar la aplicación y funcionamiento del ACTA.
- Examinar las cuestiones relativas al Acuerdo.
- Considerar las enmiendas propuestas al ACTA conforme al artículo 42.
- Decidir, de conformidad con el artículo 43.2 del Acuerdo, la adhesión de cualquier miembro perteneciente a la Organización Mundial del Comercio (OMC).
- Considerar cualquier otro asunto que pueda afectar a la aplicación y funcionamiento del Acuerdo.

Este Comité podrá decidir sobre:

- Establecer comités o grupos de trabajo *ad hoc* para ayudar al Comité a cumplir con sus responsabilidades, así como ayudar, previa solicitud, a los posibles Estados a adherirse al Acuerdo, de conformidad con el artículo 43 sobre adhesión.
- Buscar asesoría de personas o grupos no gubernamentales.
- Hacer recomendaciones en relación con la implementación y la operación del Acuerdo, incluida la aprobación de las guías de las mejores prácticas relacionadas con él.
- Compartir con terceros información y mejores prácticas para reducir las infracciones a los derechos de propiedad intelectual, incluidas técnicas para identificar y monitorizar la piratería y la falsificación.
- Tomar otras medidas en el ejercicio de sus funciones.

Las disposiciones finales del Tratado disponen que el plazo para la firma del Acuerdo permanecerá abierto a los participantes en su negociación, y de cualquier miembro de la OMC que los participantes acuerden por consenso, a partir del 1 de mayo del 2011 hasta el 1 de mayo del 2013.

En cuanto a la entrada en vigor, el Acuerdo estará vigente a los treinta días después del depósito del sexto instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. El texto del acuerdo original se firmará en español, francés e inglés, siendo cada versión igual de auténtica que las demás.

El artículo 45 del Acuerdo establece que Japón será el depositario del acuerdo.

4.10. Ley 2009-669 de 12 de junio del 2009, para la difusión de las obras y la protección de los derechos en Internet. Ley HADOPI

HADOPI es la Alta Autoridad para la difusión de las obras y la protección de los derechos en Internet. Se trata de una autoridad pública independiente, dotada de personalidad jurídica propia.

Esta entidad pública fue creada en Francia por la Ley 2009-669 de 12 de junio del 2009. Dicha norma tuvo como objeto la modificación de varios artículos del Código de propiedad intelectual francés, en su mayoría relacionados con las infracciones contra los derechos de propiedad intelectual en Internet y la creación de procedimientos más eficaces, adaptados a la velocidad con que se mueven las nuevas tecnologías.

La autoridad HADOPI como tal es una institución de carácter público, que protege los derechos de los autores en Internet como parte de la protección del interés público general, fin de todas las entidades de carácter público. Esta institución se caracteriza por su independencia, lo que le permite escuchar todos los puntos de vista, todos los intereses que rodean esta materia y buscar un equilibrio entre ellos.

En su organización HADOPI consta de dos cuerpos:

- Un órgano colegiado, rector de la Alta Autoridad, compuesto de nueve miembros.
- Una Comisión para proteger los derechos de autor y derechos conexos, este es un órgano autónomo integrado por tres jueces.

Los miembros de la Alta Autoridad serán nombrados por decreto, por un período de seis años.

Ley 2009-669, en su Art.L. 331-13, le atribuye a la Alta Autoridad las siguientes funciones:

- Fomentar el desarrollo de las ofertas legales y la observación del uso lícito de las obras protegidas por los derechos de autor y derechos conexos en la Red.
- Proteger las obras de las violaciones de derechos de autor y derechos conexos cometidas en la Red.
- Control y seguimiento en el ámbito de las medidas técnicas de protección e identificación de las obras protegidas por los derechos de autor y derechos conexos.

Para el ejercicio de estas funciones, la norma dispone que la Alta Autoridad pueda recomendar cambios legislativos o reglamentarios. Que pueda ser consultada por el Gobierno sobre cualquier proyecto de Ley o Decreto-Ley, así como cualquier norma o iniciativa presentada por el Gobierno, sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual y las demás áreas de su competencia.

Por otra parte, la norma establece que la Alta Autoridad elaborará anualmente un informe sobre sus actividades, el desempeño de sus funciones y de sus recursos y el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho informe lo presentará ante el Gobierno y el Parlamento y está dotado por la nota de publicidad, es decir, estará al alcance de todos los ciudadanos.

Como objetivos específicos, esta entidad se plantea:

- **Fomentar el desarrollo de las ofertas legales.** Ello se refiere principalmente a la etiqueta de la oferta legal en Internet. La Ley 2009-669 autoriza a HADOPI para que asigne una etiqueta a sitios que ofrecen contenidos legales a solicitud de estas empresas. De esta manera se plantea promover el uso responsable, permitiendo a los usuarios localizar sitios respetuosos con los derechos de autor y derechos conexos. También contiene la norma la creación de un portal de referencia jurídica, que ya existe en la actualidad. Y por otra parte, HADOPI estudia las modalidades técnicas para el uso de las obras tanto de forma legal como ilegal.
- **Proteger los derechos de autor** mediante la comunicación con los ciudadanos recordándoles sus derechos y deberes. En este sentido, HADOPI implementa un mecanismo para el desarrollo de los objetivos pedagógicos de la Ley, a través del cual envía mensajes de correo electrónico con alertas para informar a los usuarios de su obligación de controlar el acceso a Internet.
- **Sensibilizar al usuario con el uso responsable de Internet.** En este sentido, HADOPI se ocupa de educar a los usuarios de los riesgos y posibles nuevas prácticas contra los derechos de propiedad intelectual en Internet.
- **Centrarse en la innovación con un enfoque adaptado al mundo de Internet.** Este objetivo se realiza a través de la creación de laboratorios y talleres de colaboración, en los que participan representantes de expertos, así como usuarios que deseen participar en el debate.

La Comisión para la Protección de los Derechos de Autor (CPD) es la responsable de tomar las medidas previstas en el artículo L. 331-8-26. Este articula el denominado proceso de respuesta gradual: un sistema de recordatorios en tres etapas basado en el envío de recomendaciones a los usuarios.

Establece el artículo L. 331-26 que la Comisión, al conocer los hechos que puedan constituir una infracción de las tipificadas en la norma, puede enviar una recomendación electrónica al usuario recordando las conductas que constituyen infracciones a la propiedad intelectual, así como las medidas previstas para las mismas. Esta recomendación también contiene información sobre la oferta legal de los contenidos culturales en Internet, la existencia de medios de seguridad para prevenir las infracciones, así como los peligros que para la creación artística y la economía del sector cultural suponen las prácticas ilícitas. De esta forma, la ley implementa un mecanismo persuasivo y a la vez educativo.

En el plazo de 6 meses, si el mismo usuario persiste en la realización de la misma conducta, la Comisión podrá presentar la segunda recomendación electrónica con la misma información que la anterior, más una carta con acuse de recibo, en la que conste la firma de la persona presuntamente infractora. El destinatario, si lo desea, puede formular a la Comisión una petición para que le especifique los contenidos y las obras objeto de protección afectadas por el incumplimiento que se le imputa. De las recomendaciones hechas se indicarán fecha y hora de las mismas y los hechos constitutivos de infracción.

En caso de reiteración, en el plazo de un año desde la fecha de presentación de la segunda recomendación, la Comisión realizará una notificación al infractor indicándole que sus conductas pueden constituir un delito y pasar al ámbito penal. Para esta fase del proceso, la Comisión delibera la posibilidad de enviar el informe a la fiscalía para su actuación de oficio.

La pena máxima consiste en una multa de 1.500 euros para el individuo infractor. El juez también podrá imponer penas accesorias, como la suspensión del acceso a Internet por un período máximo de un mes. En todas las etapas del procedimiento la persona presuntamente infractora podrá formular sus alegaciones por correo electrónico o por correo postal.

El artículo L. 336-3 de la Ley establece que las personas con acceso público de comunicación en línea tienen la obligación de garantizar que este acceso no es para uso ilícito en cuanto a propiedad intelectual se refiere, es decir, no se realizarán a través de ella acciones de reproducción, puesta a disposición o comunicación pública de obras protegidas por el derecho de autor y los derechos afines, sin el consentimiento de los titulares de los mismos, reconocidos en el Código de propiedad intelectual francés. De esta manera la Ley establece cuáles son las conductas ilícitas.

Otra de las líneas de trabajo de HADOPI es la investigación en sus laboratorios a cargo de expertos independientes. A cada uno de los cinco laboratorios corresponde un área de especialización: la propiedad intelectual, las redes y la creación en línea de técnicas de economía digital.

Una de las labores de estos laboratorios es invitar a todas las partes interesadas y a la sociedad civil para participar en las discusiones, y de esta manera intentar buscar soluciones integrando a todas las partes interesadas.

Y como último de sus objetivos, promover el desarrollo de las ofertas legales previstas en los artículos L. 331-13 y L. 331-23 del Código de propiedad intelectual, HADOPI asigna una etiqueta, a través de un procedimiento reglado, que permite a los usuarios identificar claramente la legalidad de las ofertas en línea.

4.11. Conclusiones del impacto digital en la explotación de la obra audiovisual y la reacción legislativa

En la sociedad de la información actual, nos encontramos ante la contraposición de dos intereses relacionados con la propiedad intelectual: el interés social en el que la información se distribuya lo máximo posible, y el también interés social en el que se proteja y se promueva la creación. Los avances tecnológicos relacionados con Internet han agravado este conflicto, pero ello no radica en el desarrollo de la tecnología en sí, sino en el uso que se hace de ella.

Por lo anterior y desde una perspectiva jurídica, se pueden plantear una serie de conclusiones para la comprensión de la protección de las obras audiovisuales en el entorno digital.

Desde el punto de vista jurídico en general, se identifican tres vías de protección:

- la civil,
- la penal y
- la administrativa.

A su vez, estas normas se pueden dirigir contra los presuntos infractores directos, es decir, los usuarios de los archivos; o dirigirse contra los intermediarios, generalmente sistemas P2P, que proveen medios para el intercambio de archivos entre los internautas; o dirigirse contra los titulares de las páginas web donde se alojan los contenidos ilícitos o enlaces que permiten producir tales infracciones; o dirigirse contra los proveedores de servicios de Internet en busca de información sobre descargas ilegales.

En el ordenamiento jurídico español la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 eliminó la vía administrativa, pero en la actualidad esta ha sido retomada por la denominada *Ley Sinde*, por lo que hoy contamos con las tres vías referidas:

- **La civil**, que contiene un amplio espectro de acciones jurídicas civiles reguladas en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 y en el Código civil. Las primeras son: la acción de cesación, la acción de resarcimiento, la acción indemnizatoria y las medidas cautelares. Y las

acciones del Código civil ejercitables para la protección de los derechos de propiedad intelectual son: la acción reivindicatoria y la declarativa de dominio, la acción aquiliana del artículo 1902 del CC, acciones derivadas de los contratos relacionados con derecho de autor, interdictos, acción de enriquecimiento injusto, acción civil derivada del delito, acción declarativa, acción de jactancia, y las tercerías de dominio.

- **La penal**, menos reforzada por el legislador que la vía civil, lo que se encuentra en lógica consonancia con los principios de subsidiariedad e intervención mínima del derecho penal. Esta tutela se encuentra en los artículos 270-272, la misma se centra casi exclusivamente en los derechos de carácter patrimonial, con la excepción del derecho a ser reconocido como autor de la obra (plagio). La conducta más discutida por la jurisprudencia en el ámbito penal es la llamada piratería individual o casera, estos casos se han solucionado fundamentalmente por el tipo subjetivo: el ánimo de lucro. La falta de unanimidad radica en cómo configurar este tipo subjetivo, de forma estricta, exigiendo que deba provenir directamente del hecho delictivo, o si, por el contrario, se admite un ánimo de lucro indirecto que provenga de los ingresos de publicidad en función del número de visitas.
- **La administrativa**, introducida nuevamente por la Ley Sinde, que dispone que las competencias para adopción de medidas de protección a la propiedad intelectual se le asignan al Ministerio de Cultura, específicamente el órgano competente es la Comisión de Propiedad Intelectual. Se trata de un órgano colegiado de ámbito nacional que realizará funciones de mediación y arbitraje. El procedimiento administrativo no impide el ejercicio de las acciones civiles o penales que en su caso procedan.

Con relación a la vía administrativa, se considera una consecuencia directa de la lentitud de los juzgados para la obtención de una sentencia firme; por lo tanto, retomar la vía administrativa para la protección de la propiedad intelectual permite una intervención más ágil y obtener resoluciones más rápidas ante estas infracciones.

En el ámbito internacional actual existen varias iniciativas y regulaciones:

1) **A nivel global:** ACTA, acuerdo comercial contra la falsificación y la piratería, que busca establecer un marco internacional completo que asista a las partes del acuerdo –países signatarios– en sus esfuerzos por luchar de manera eficaz contra la violación de los derechos de propiedad intelectual. Este Tratado obliga a los Estados firmantes a reforzar las vías civil y penal de protección a los derechos de autor. Este Acuerdo no fue ratificado por el Parlamento Europeo en el 2012, por lo que ha quedado en suspenso.

2) **A nivel europeo:** DDASI - Directiva 2001/29/CE, sobre determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, también denominada DDASI. Esta norma, que se encuentra en vigor en Espa-

ña, es la que contiene las disposiciones específicas referidas a la propiedad intelectual e Internet, permitiendo una adaptación del régimen legal de la propiedad intelectual a las nuevas formas de explotación y a los nuevos intereses relacionados con las obras protegidas en Internet.

3) Otros países:

Francia: Ley HADOPI, mediante la que se crea una institución de carácter público encargada de proteger los derechos de los autores en Internet como parte de la protección del interés público general. Aquí vemos la protección en vía administrativa que permite más agilidad en la intervención. Esta competencia se delega en un órgano colegiado y una Comisión como órgano autónomo integrado por tres jueces.

EE. UU.: Ley SOPA que permite a los titulares de derechos, como al Departamento de Justicia de EE. UU., solicitar una orden judicial para cierre de sitios web, bloqueo de sitios con sistemas de pago o resultados de búsqueda asociados a sitios web vulneradores de derechos; así como requerir a los proveedores de servicios el bloqueo de acceso a sitios vulneradores o a los anuncios vinculados a estos. Esta Ley está en suspenso y se propone plantear una nueva propuesta de ley: *Online Protection and Enforcement of Digital Trade Act in the U.S.*

Analizadas las iniciativas internacionales y los resultados obtenidos, se observa que para la aprobación y puesta en marcha de las mismas, debe lograrse un equilibrio entre una actuación ágil y efectiva frente a las vulneraciones contra la propiedad intelectual, y a su vez, brindar la garantías necesarias a los derechos que pudieran verse afectados, permitiendo la intervención judicial en garantía de la libertad de expresión e información.

Bibliografía

Textos

Arto, M. y otros; Écija Bernal, H. (dir.); **Sánchez-Bleda García, P.; Viñuela Norverto, M.** (coord.) (2000). *Libro blanco del audiovisual: cómo producir, distribuir y financiar una obra audiovisual*. Madrid: Exportfilm, DL.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.) (2009). *Manual de Propiedad Intelectual*. Editorial Tirant lo Blanch.

Bondía, R. (1988). *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*. Madrid Trivium.

Delgado, A. (2007). *Derecho de autor y derechos afines al autor* (tomo I). Instituto de Derecho de Autor.

Écija Bernal, H. (dir.); **Sánchez-Bleda García, P.** (coord.) (2005). *Hacia una nueva política audiovisual : modelos de televisión, regulación de contenidos y consejos audiovisuales en España, Europa y EEUU*. Madrid: Écija & Asociados, DL.

Gómez Rosendo del Toro, A. (2006). *Los derechos de Autor en la Unión Europea*. Fundación Autor.

Iglesias Rebollo, C. (coord.) (2008). *La Ley del Cine y el derecho de autor*. Editorial REUS y AISGE.

Tubella i Casadevall, I.; Vilaseca i Requena, J. (coord.) (2005). *Sociedad del conocimiento. Cómo cambia el mundo ante nuestros ojos*. Editorial UOC.

Lasarte, C. (2010). *Propiedad y derechos reales de goce*. Editorial Marcia Pons.

Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones Unesco.

Miró, F. (2005). *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. Fundación Autor.

Pérez de Castro, N. (2001). *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*. Editoriales REUS, AISGE.

Rogel Vide, C.; Serrano Gómez, E. (2008). *Manual de derecho de autor*. Editorial REUS.

Suárez Lozano, J. A. (2011). "El marco jurídico del intercambio de ficheros conteniendo obras de propiedad intelectual." *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Dickinson.

Sentencias

STS de 2 de marzo de 1992.

STS de 6 de noviembre del 2006.

STS de 19 de julio de 1993.

Legislación

Convenio de Estocolmo de 14 de julio de 1967.

Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1986.

Convenio Universal de Ginebra sobre Derechos de Autor de 6 de septiembre del 1952.

Convención de Roma 26 de octubre del 61.

Convención de Ginebra de 29 de octubre del 1971 para la Protección de Productores de Programas.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Tratado OMPI sobre Derechos de Autor.

Directiva 92/100, de 19 de noviembre, sobre Derechos de Alquiler y Préstamo y otros Derechos Afines a los Derechos de Autor, en el Ámbito de la Propiedad Intelectual.

Directiva 93/83, de 27 de noviembre.

Directiva 93/98, de 29 de octubre.

Directiva 2001/29, de 22 de mayo del 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Directiva 2000/31/CE, sobre Servicios de la Sociedad de la Información.

Código civil.

Código penal.

Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Ley del Cine 2007.

Ley 22/1999, de 7 de junio.

Disposición Final Cuadragésimo Tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. "Ley Sinde".

Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

Libros verdes de la Unión Europea

Libro verde de la Comisión de la Unión Europea, sobre Derechos de Autor y el Reto de la Tecnología.

Libro verde de la Comisión de la Unión Europea, sobre Derechos de Autor en la Economía del Conocimiento.

Libro verde de la Comisión de la Unión Europea, sobre Derechos de Autor y los Derechos Afines en la Sociedad de la Información.

Webs:

<http://institutoautor.org/>

Ley HADOPY: <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432&categorieLien=id#JORFSCITA000020735433>

HADOPY: www.hadopi.fr/la-haute-autorite/la-haute-autorite-presentation-et-missions

Ley SOPA: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c112:H.R.3261>

<http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/112%20HR%203261.pdf>

ACTA: www.ustr.gov/acta

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147937.pdf