

1.- ANTECEDENTES (DE LA OBRA CINEMATOGRAFICA A LA OBRA AUDIOVISUAL)

Como es conocido, el legislador nacional en la reforma parcial a la Ley sobre el Derecho de Autor de 1.993 (en adelante LSDA) decidió ampliar el clásico genero de las obras cinematográficas por la omnicompresiva denominación de "obras audiovisuales", por lo cual se amplio el espectro de protección tal como se explica en la exposición de motivos de la señalada ley¹, sin que esto haya significado un inicio en la protección para los tipos de obras comprendidos dentro de este género, como se verá más adelante.

La evolución constante y la dinámica que acompaña a la disciplina del derecho de autor, justificaba este cambio en la concepción de protección a las obras expresadas por la combinación de imágenes y sonidos, ante la presencia permanente adquirida en la vida cotidiana de la llamada forma de expresión "audiovisual" -con la consiguiente extensión en su importancia económica-, y entre otras, por las siguientes razones:

- El aporte decidido de la tecnología materializado a

LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS AUDIOVISUALES, RADIOFÓNICAS Y PUBLICITARIAS

PONENTE: RICARDO ANTEQUERA HERNÁNDEZ
(Venezuela)*

través de la aparición de nuevos medios de comunicación y proyección de la imagen y del sonido (televisión -abierto y privada-, virtuales salas de cine "caseras", VCR, videograbadoras portátiles, el cable y la fibra óptica como conductores de la imagen y sonido), que permitieron expandir la vida útil de la tradicional obra cinematográfica más allá de las salas de cines (para su comercialización en líneas de transporte, en "home video" y en televisión), en unos casos, y en otros el surgimiento de grandes corporaciones del entretenimiento levantadas a partir de la producción de programas para su transmisión exclusiva por televisión (telenovelas, unitarios y documentales). Así, ha sido

reconocido que "Con la magia de la televisión y de la computadora, la industria cinematográfica no solo pierde actualidad, sino que cobra más fuerza que nunca. Las películas, después de su estreno en las salas cinematográficas, adquieren nueva vida al transferidas a videos y éstos llevados al hogar de los espectadores...";²

- La aparición y comercialización de nuevos soportes materiales distintos de la tradicional cinta de celuloide utilizada en el cine (videogramas, cintas de video tape), y;
- La penetración dentro del público de industrias tradicionales del entretenimiento, a través de distintos

* El autor es Abogado Asociado en "Antequera Parilli, Rodríguez & Asociados". Participante en varios cursos internacionales sobre Derecho de Autor. Asistente de cátedra del seminario "Derecho de Autor Modernas Tecnologías", dictado en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).

¹ "En consecuencia, quedan comprendidas como obras audiovisuales, no solamente las cinematográficas, en el sentido tradicional, sino también las expresadas mediante procedimientos análogos, como las telenovelas, los videomusicales o las obras consistentes en juegos de diapositivas acompañadas de sonido...", en Antequera Parilli, Ricardo, "La protección de las obras audiovisuales" en Seminario Internacional sobre derechos de autor para jueces y magistrados de América del Sur. UNESCO/CERLALC. Santiago de Chile, 1989.

² Blanco Labra Victor, "Contratos cinematográficos", en libro memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos, pág., 479 Lisboa, 1.994.

medios de comunicación (anunciantes y agencias de publicidad, productores fonográficos, sectores vinculados a la educación, entre otros). Así, vemos como la "oferta promocional" de ciertos bienes intelectuales, no se concibe sin la producción de un corto audiovisual acompañado de escenografía, música y un argumento preconcebido como pequeñas historias (caso de los mensajes publicitarios y los llamados Video clips), o como la educación ha abandonado la mecánica tradicional de la enseñanza "directa" en las aulas de clases, para convertirse en productora de espacios en televisión donde la instrucción a distancia a través de la combinación de imágenes y sonido en documentales, busca obtener el objetivo aspirado.

2.- PROTECCIÓN LEGISLATIVA³

El hecho de que legislador en la reforma parcial haya optado por ampliar en su enumeración ejemplificativa el objeto de protección de la ley (art. 2º), al agregar el término "audiovisual" acompañado de la tradicional obra cinematográfica, no puede conducir al intérprete al equívoco de pensar que las creaciones contenidas en la definición de obra

audiovisual del artículo 12 de la LSDA, estuvieron desamparadas de tutela hasta 1.993.

Por un lado es reconocido como un principio inherente a esta materia que todo listado de obras objeto de protección, tiene siempre un carácter enunciativo o ejemplificativo, vista la imposibilidad de detener el sinnúmero de posibilidades creativas del ser humano.

Además, ya la ley de 1.962 -siguiendo la disposición del Convenio de Berna, no ratificado por Venezuela en ese año- establecía que estaban protegidas las obras cinematográficas así como las obtenidas por procedimientos análogos a la cinematografía, lo cual claramente soluciona cualquier duda que pudiese existir para el intérprete de la norma, a la hora de resolver acerca de la protección o no de este tipo de creaciones con anterioridad a la reforma de 1.993.

Es importante destacar que estos considerados fueron ratificados judicialmente en su momento respecto de la tutela de los programas de computación, introducidos específicamente en la reforma legislativa en comentarios, ante el argumento de infractores de que estábamos en presencia de un bien carente de protección y por

ende de libre utilización, por nos estar específicamente comprendido dentro del objeto de protección mencionado en la ley.

3.- DEFINICIÓN DE LA OBRA AUDIOVISUAL⁴

El concepto aceptado tanto por el legislador venezolano⁵ como por el comunitario andino⁵ de la Decisión 351 que establece el régimen común sobre el derecho de autor y derechos conexos (en adelante Dec. 351), se inspiran en la Ley de Propiedad Intelectual española de 1.985, desprendiéndose de ella claramente los elementos de común identificación al referirnos a esta clase de obras:

- Imágenes en movimiento relacionadas entre sí: En el sentido de exigir que se trate de una combinación de imágenes en secuencia, ordenadas en un función de un argumento, en búsqueda de una coherencia que le de un sentido a la forma de expresión presentada al público.
- ¿La Sonorización?: Aún cuando de la expresión "audiovisual" pudiera inferirse la obligatoria presencia del sonido para la configuración de esta clase de obras, el mismo legislador aclara este punto al explicar que la sonorización es tan sólo optativa para la

³ art. 2do. LSDA, 4to Dec. 351 y 2do del Convenio de Berna.

⁴ art. 12 LSDA y 3ero. Dec. 351

⁵ artículo 12 (ley venezolana) y 3ero Dec. Andina 351: "Se entiende por obra audiovisual toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza o características del soporte material que la contenga". Esta definición ha sido igualmente incorporada en las leyes de Panamá y en la recientemente aprobada ley peruana.

satisfacción de los requisitos. Admitir lo contrario, conllevaría a negar protección, por ejemplo, a obras del llamado "cine mudo", o a cualquier otra producción en la cual, por decisión de los realizadores, el sonido no esté presente.

- Que el destino de la obra sea fundamentalmente para su comunicación a través de cualquier aparato de proyección o cualquier otro medio de difusión de la imagen y del sonido, y;
- Generalmente la obra audiovisual se encuentra fijada en un soporte material, sin importar las características de ese objeto contentivo de la creación; sin que éste sea un requisito de obligatoria presencia, puesto que la presentación "en vivo" de tuteladas por el derecho de autor, no impiden su protección aún cuando esa obra no sea incorporada con posterioridad a un soporte.

4.- CARÁCTER DE LA OBRA AUDIOVISUAL

Se trata en la gran mayoría de los casos de una obra en **colaboración**⁶, funcionando como una premisa bastante constante, por ser producto del trabajo mancomunado de varias personas físicas, pudiéndose además separar los aportes de cada uno de ellos.

No obstante, ante las particulares características que revisten a la realización de una obra de esta naturaleza, se justifica la inclusión de normas específicas que regulen todo lo relacionado con la autoría, la titularidad y el ejercicio de los derechos derivados de la creación, vistas las razones expresadas por Lipszyc, quien al referirse a la obra cinematográfica explica que debido a los múltiples intereses patrimoniales e intelectuales que convergen en ellas, "...la admisión de una gran variedad de titulares de derechos, que podrían ejercerlos en pie de igualdad, supondría una maraña de complicaciones capaces de paralizar la explotación..."⁷, problema afortunadamente resuelto por el legislador venezolano en el capítulo dedicado al tratamiento de esta categoría de obras.

5.- Autoría de la obra audiovisual⁸

- Persona(s) físicas que han creado la obra: Dado que conforme al nuestro sistema de protección - de tradición jurídica latina - sólo es posible concebir como autor a la persona física que realiza la creación, a diferencia de los países que se rigen bajo el sistema del "Copyright", en el cual bajo una ficción jurídica puede ser reputado como autores personas morales.

- Presunción iuris tantum de coautoría
 - Director o realizador
 - Autor del argumento o de la adaptación
 - Autor del guión o de los diálogos
 - Autor de la música especialmente compuesta para la obra.
- **No es una enumeración cerrada**, pueden incluirse en calidad de autores, otras personas, como el coreógrafo, escenógrafo o el responsable de los efectos especiales, entre otros, cuando su aporte es parte integrante importante de la creación final.
- **Libertad para los autores** de la explotación de sus contribuciones, en géneros diferentes, siempre que no afecte la explotación de la obra en común, **salvo pacto en contrario**. Como sería el caso del autor de la "banda sonora" de la obra cinematográfica, que por contrato separado autoriza a un productor de fonogramas para la fijación fonográfica y posterior comercialización de su música.
- **Obras Preexistentes**: El autor de la obra originaria queda equiparado a los autores de la obra nueva, en tanto y en cuanto haya sido obtenida su autorización para la incorporación de su obra a la nueva creación; caso contrario

⁵ arts. 9 y 12 LSDA.

⁶ Lipszyc, Delia, "Derecho de Autor y Derechos Conexos", UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1.993 pág. 90

⁷ art. 12 LSDA

tal uso se reputará como no autorizado y por tanto ilícito.

6.- TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS

- Los derechos pertenecen en común a los coautores.
- **Presunción de cesión** en favor del Productor⁹: Ha sido reconocido que en esta clase de situaciones relacionadas con la explotación comercial de la obra audiovisual, debe serle concedida al Productor prerrogativas específicas, vistas las particulares condiciones que rodean la realización de este género creativo. Por ello, al ser el Productor la persona (física ó jurídica) que toma la iniciativa, la responsabilidad y la coordinación en la realización de la obra¹⁰, el legislador ha establecido una presunción de cesión de los derechos patrimoniales, la cual no lo constituye en ningún caso como un titular originario de derechos sino derivado, en base a las características explicadas más adelante.

6.1.- Características de la cesión

- En forma ilimitada, por cuanto

alcanza todas las modalidades de explotación de la obra

- Por toda la duración del derecho (60 años contados a partir del año de la publicación).
- Esta cesión implica cesión ni transferencia alguna del derecho moral sobre la creación, pero incluye el derecho exclusivo de explotación¹¹ (art.23).
- Confiere al Productor la posibilidad de protección respecto del título de la obra, en tanto y en cuanto el mismo reúna las características de originalidad exigidas por la ley (art. 24 LSDA).
- Posibilidad de decidir acerca de la divulgación.

6.2.- El Derecho Moral sobre la obra audiovisual

- Por ser facultades íntimamente vinculadas con los autores, corresponde ejercerlos al Director en nombre del resto de los coautores, lo cual no impide su ejercicio por cada uno de ellos, sobre sus contribuciones. Caso de no haber acuerdo, podrán acudir al Juez de Primera Instancia.
- Ejercicio (entendido como

defensa) limitado por el Productor -que no titularidad-, **sólo en la medida en que ello sea necesario para la explotación de la obra.**

7.- PRINCIPALES OBRAS AUDIOVISUALES

- Obra Cinematográfica: divulgadas por cualquier soporte (ej.: película cinematográfica o videograma);
- Documentales (caso de la serie "Expedición" o aquéllos producidos por el "Discovery Channel");
- Producciones dramáticas para televisión (telenovelas, unitarios);
- Videoclips
- Otras producciones televisivas (editoriales, infantiles, reportajes, entre otras).
- Programas de Enseñanza.
- Mensajes Publicitarios.

8.- LAS OBRAS RADIOFONICAS¹² (Francia art. 18, y España art. 94)

Se trata de una categoría de obras del ingenio, las cuales en la práctica, no pasan a ser más que el reconocimiento legislativo a

⁹ En tal sentido, nuevamente concuerdan el legislador patrio y el comunitario andino, respecto de la definición del Productor (art.15 LSDA y 2do. Dec. 351). Incluso, la Decisión andina agrega un elemento que consideramos de significativa importancia ilustrativa, cuando señala que el Productor tiene además la **coordinación** en la producción de la obra, de lo cual se infiere una participación más allá de lo económico.

¹⁰ Importancia inicialmente reconocida al productor de la obra cinematográfica, pero visto el alcance que han alcanzado en el contexto económico la gran mayoría de las obras audiovisuales (caso de las estaciones de televisión, anunciantes y agencias de publicidad), fue genéricamente reconocida en la reforma esta presunción de cesión.

¹¹ Sobre este respecto es importante comentar que los tribunales norteamericanos han debatido constantemente acerca de los alcances de la cesión de derechos y las modalidades de explotación no conocidas al momento de la cesión. Véase Bourne Co. V. Walt Disney (1.992), y Cohen V. Paramount Pictures (1.988), en "Law and Business of the Entertainment Industries", por D. Biederman, E. Pierson, M. Silfen, J. Glasser, R. Berry y L. Sobel, pág 193, 1.996.

¹² figura tomada por el legislador de 1.962 y mantenida en la reforma parcial del '93, de las leyes de Francia (artículo 18) y España (artículo 94).

producciones de sectores industriales por demás poderosos como la radio y la televisión, los cuales exigieron en su momento un tratamiento y una protección individualizada a las creaciones desarrolladas bajo su amparo y para su explotación a través de la radiodifusión.

Sin embargo, el no aclarar de antemano que realmente se trata de una figura legislativa que hoy en día se aplica principalmente a las radionovelas ó a los reportajes radiales, podría conducir al equívoco de pensar que se trata de un género de obras con características propias. Sin embargo, para justificar su permanencia, se mantiene que dentro de ella se les concede especial protección, siendo aplicables toda la normativa válida para las obras audiovisuales (artículo 16 LSDA).

9.- LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA Y LA LEGISLACIÓN AUTORAL

No hay un género de obras publicitarias, así, estarán protegidas en la medida en que la exteriorización de la forma de expresión del pensamiento de los creadores, reúnan las condiciones (características), exigidas por la ley para gozar de la cualidad de obra

del ingenio tutelada por esta disciplina jurídica (que la obra se encuentre dentro del ámbito literario, artístico o científico, que la forma de expresión utilizada, constituya un aporte creativo original, por cuanto la obra está protegida sin importar el género, forma de expresión, mérito o destino).

Para la determinación de la autoría y la titularidad sobre los derechos, deben aplicarse las fórmulas dispuestas por la ley para cada caso, según corresponda, de los artículos 50 al 58 de la LSDA (del alcance general y de las formas de cesión de los derechos de explotación), del artículo 15 de las obras audiovisuales, del o 59 si se tratase de una obra desarrollada bajo relación laboral o por encargo entre los creativos y la agencia.

Sobre este punto debe recordarse que aun operando la cesión ilimitada de derechos, el o los autores mantienen la titularidad y el ejercicio de los derechos morales sobre la obra frente a la agencia de publicidad o el anunciante, quien quiera sea el beneficiario de la cesión absoluta e ilimitada de derechos patrimoniales¹³, sin perjuicio de la defensa del derecho moral que tiene el productor, en los casos de los artículos 16 y 59 de la ley sobre el derecho de autor.

En tal sentido podrá hablarse en publicidad de que la creación objeto de protección será una obra literaria (anuncio en prensa o radio), plástica, musical (jingles) o audiovisual (anuncios para televisión o cine), dependiendo del carácter que tenga la obra en cada caso.

En los casos de los mensajes publicitarios audiovisuales, puede decirse que existe una presunción de cesión de derechos en cadena, vista la multiplicidad de creativos de empresas que participan en el desarrollo del mensaje (productora independiente, autores individualmente considerados, agencias de publicidad y finalmente el anunciante) y al final de ese listado de personas intervinientes lo lógico resultaría que la titularidad de los derechos fruto de la creación pertenezcan a el anunciante por ser quien asume la parte económica de la realización, tiene la última palabra respecto de la aprobación del producto final que será presentado al público consumidor, y más importante aún, haber sido quien encargó la obra¹⁴.

El tema de la utilización de obras preexistentes resulta uno de los problemas que con mayor frecuencia aparecen en el contexto

¹³ al respecto véase la decisión del Tribunal de Apelación de Bruselas del 03 de Mayo de 1979 (en cinq ans de Jurisprudence en matiere de Droit d'Auteur, por J. Corget, Bruselas, 1.988), citado por Rebello Caterina en libro memoria II Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Paraguay, pág. 83.

¹⁴ en tal sentido Antequera Parilli explica como en estos casos "... deben aplicarse las normas legales o contractuales relativas a la titularidad de los derechos en los casos de obras creadas por encomienda, siendo comitente, en definitiva, el anunciante, o sea, la persona por cuenta de quien se realiza la obra y la que asume al fin de cuentas los costos de producción y realización..." en El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela, pág. 197, Ed. Autoralex, 1.994.

de la relación de las personas involucradas en la creación de los mensajes publicitarios y los autores de obras preexistentes, visto el interés cierto en muchos casos de querer asociar determinado producto o servicio con una bien intelectual de prestigio o comercialmente capaz de captar la atención del segmento del mercado consumidor a quién esté dirigido el mensaje publicitario.

Así, resultan comunes los conflictos que surgen cuando determinada agencia desea sincronizar una obra musical preexistente con la imágenes de su corto publicitario, iniciándose con la identificación correcta del autor de la pieza deseada y la posterior tramitación por ante el autor, su derechohabiente (generalmente el editor musical), otro titular del derecho (como los herederos), o la entidad de gestión colectiva la obtención directa de la licencia de uso respectiva, o la información respecto de los datos del titular de los derechos sobre de la obra, procederá a negociar la autorización y luego las condiciones específicas en base a

las cuales se permitirá la utilización de obra.

Lo que debe quedar claro a todo evento, y sin dejar de reconocer las dificultades que pueda suponer en algunos casos para la agencia, el disponer de toda información necesitada para poder obtener el permiso requerido (incluso muchas veces por falta de presencia regional del titular de derecho), que cualquier tipo de utilización de esta naturaleza debe estar condicionada a la obtención previa de la licencia que autorice la sincronización, en base a un contrato que claramente establezca las condiciones -de uso y económicas- que regirán la explotación de la obra insertada dentro del mensaje publicitario de que se trate.

Este llamado derecho de sincronización tiene en su fundamento legal, una doble óptica que lo respalda: por un lado descansa sobre el derecho moral del autor de velar por la **integridad** de su obra (artículo 20 LSDA y 11 ord. c de la Dec. 351), y por el otro en base al derecho patrimonial exclusivo de transformación (art. 21

LSDA), dado que en la gran mayoría de los casos se trata de utilizaciones que suponen la alteración de la obra para ajustarla al sentido del mensaje publicitario en particular, incluyendo supresiones de partes de la creación, cambios en la letra o ritmo, entre muchas otras.

* Declaración de Buenos Aires de la "Asociación Argentina de Agencias de Publicidad", para resumir los fines y los objetivos, los valores y las cualidades de la publicidad:

" La Publicidad es en sí un producto cultural; para crearla se necesita talento y una predisposición especial, es decir se requiere vocación profesional e ingenio ...". "El fin de la publicidad no es artístico, pero su creación y producción requieren de un dominio de las técnicas del arte porque la publicidad es diseño gráfico, es creación y producción literaria, musical, cinematográfica y fotográfica". Es decir, no puede concebirse la publicidad sin autores".