

Derechos de Autor y Conexos en el ámbito Audiovisual

Asencio, Gianmarco

Recibido: 15 de marzo de 2012

Aceptado: 28 de marzo de 2012

La Propiedad Intelectual en el Perú - Contexto

Actualmente venimos escuchando en los medios acerca de la posición económica de nuestro país a nivel internacional, así como de las relaciones económicas que mantiene el Perú con otros mercados. A modo de ejemplo, nuestros últimos gobiernos se han encargado de publicitar políticamente los tratados de libre comercio (también conocidos como “TLC”) o acuerdos de promoción comercial que celebramos con otros países o grupo de países.

El tema en este punto es que la gran mayoría de peruanos inmediatamente identificamos “comercio” con “exportaciones o importaciones” de nuestros “trillados” recursos naturales, como por ejemplo la importación de nuestra papa, cacao, café, etc. Los cuales como sabemos son en algunos casos consumidos por el importador o, como sucede en la mayoría de casos, vuelven al país convertidos en otros productos gracias a un valor agregado.

El punto es que como sociedad peruana debemos tener muy claro que los “TLC” son nada menos que puentes comerciales bidireccionales, es decir, así como vendemos también nos venden productos y servicios. Este tema es (o debería ser) muy sensible para nuestra economía, sobre todo cuando la otra parte firmante del TLC es una economía mas desarrollada que la nuestra, y que adicionalmente es soportada o apoyada por muy claras estrategias gubernamentales y privadas.

Lo anterior es importante. El Perú además de tender puentes comerciales, debe estar preparado para mantener dichas relaciones comerciales en beneficio propio, lo cual normalmente implica (entre otros factores) desarrollo de políticas, estrategias, conocimiento, formalidad y organización.

Como es posible advertir, nuestro país actualmente no necesariamente se encuentra en un gran nivel de desarrollo en los factores indicados líneas arriba. A efectos de graficar esta afirmación, vamos a enfocarnos en el tema de la Propiedad Intelectual.

Al respecto, podemos iniciar sosteniendo que la Propiedad Intelectual seguramente es uno de los puntos que con mayor pasión suele ser negociado por otros países dentro de las negociaciones de un TLC. La explicación a esto es muy sencilla. Por ejemplo, para los Estados Unidos de Norteamérica, y para sus negociadores les queda muy claro que la Propiedad Intelectual es uno de sus más importantes bienes o patrimonios, sobre los cuales puede sostenerse una parte importante de su economía. A modo de dato, el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-EEUU le dedica el Capítulo Dieciséis a la Propiedad Intelectual.

Se estima que del Producto Bruto Interno de los Estados Unidos el 40% o más le corresponde a lo generado por su Propiedad Intelectual. En base a esto podemos pensar que la propiedad intelectual es una de las piedras angulares para la economía norteamericana.

En comparación a ello, nuestro país no cuenta con políticas económicas ni con iniciativas privadas que nos permitan tener resultados como las indicadas líneas arriba. A modo de muestra, nuestro país no supera el 0.2 % de inversión del PBI en investigación o tecnología.

Qué debemos hacer

Considerando lo anterior, frente al escenario mostrado es evidente que el sector privado profesional y las instituciones que forman profesionales que se desarrollarán en ámbitos en los cuales generaran o utilizaran propiedad intelectual (y en concreto, Derechos de Autor) debe sensibilizarse en el tema, haciéndose de todo conocimiento posible. Sin conocimiento, difícilmente se podrá lograr un desarrollo profesional individual óptimo. Tampoco será posible articular estrategias de sector.

En ánimo de dar un paso en el tema, a continuación detallaremos algunos conceptos e información que consideramos útiles para un profesional en el campo audiovisual en el Perú.

Iniciaremos indicando que las “Obras Audiovisuales” están comprendidas entre las obras protegidas por el derecho de autor. En particular la norma nacional^[1] entiende por obra audiovisual a

“Toda creación intelectual expresada mediante una serie de imágenes asociadas que den sensación de movimiento, con o sin sonorización incorporada, susceptible de ser proyectada o exhibida a través de aparatos idóneos, o por cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene, sea en películas de celuloide, en videogramas, en

*representaciones digitales o en cualquier otro objeto o mecanismo, conocido o por conocerse. La obra audiovisual **comprende a las cinematográficas** y a las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía... ”.*

La obra audiovisual coexiste con las obras literarias, musicales, dramático-escénicas, de artes plásticas, de arquitectura, fotográficas, ilustraciones, etc. En términos generales, se entiende por obra pasible de protección por el Derecho de Autor a toda **creación intelectual personal y original**. Queda manifiesto que la originalidad es un elemento esencial a efectos de obtener una protección vía derecho de autor. Cabe señalar que solo el intelecto humano podrá dotar de originalidad a sus creaciones, y no una persona jurídica. En nuestro ordenamiento jurídico únicamente las personas naturales pueden ser autores. Solo el hombre mediante su impronta y novedad subjetiva podrá plasmar originalidad en una obra.

La originalidad es fundamental ya que de lo contrario cualquier fotografía o video amateur sin carga de originalidad podría otorgar un derecho de autor. Esto es importante, ya que el derecho de autor es en esencia un derecho de exclusiva, por el cual solo el autor podrá disponer de su obra en los términos que la norma establezca.

En nuestro país, el ordenamiento jurídico dispone que el derecho de autor^[2] otorgue “derechos morales” y “derechos patrimoniales” al autor sobre su obra. **Son derechos morales:** a) el derecho a la **divulgación**, por el cual es derecho del autor decidir si, cuando, dónde y en que forma su obra se divulga.^[3] b) el derecho a la **paternidad** de la obra por el cual el autor tiene el derecho de ser reconocido como tal, y c) el derecho a la **integridad**, por el cual el autor puede prohibir toda deformación, mutilación o modificación de su obra.

Por otro lado, **son derechos patrimoniales** mediante los cuales **el autor tiene el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:**

- La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.
- La comunicación al público de la obra por cualquier medio.
- La distribución al público de la obra.
- La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
- La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio incluyendo mediante transmisión.

Según lo establece nuestra norma, **la reproducción** comprende cualquier forma de fijación u obtención de copias de la obra, permanente o temporal, especialmente por imprenta u otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el registro reprográfico, electrónico, fonográfico, digital o **audiovisual**.

Con relación a la **comunicación pública**, según la norma esta puede efectuarse por ejemplo particularmente mediante:

- las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático musicales, literarias y musicales, por cualquier medio o procedimiento, sea con la participación directa de los intérpretes o ejecutantes, o recibidos o generados por instrumentos o procesos mecánicos, ópticos o electrónicos, o a partir de una **grabación sonora o audiovisual**, de una representación digital u otra fuente.
- La proyección o exhibición pública de **obras cinematográficas y demás audiovisuales**.
- La transmisión analógica o digital de cualesquiera obras por **radiodifusión** u otro medio de difusión inalámbrico, o por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo o digital que sirva para la difusión a distancia de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, sea o no simultánea o mediante suscripción o pago.

De otro lado, **la distribución** “*comprende la puesta a disposición del público, por cualquier medio o procedimiento, del original o copias de la obra, por medio de la venta, canje, permuta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler, préstamo público o cualquier otra modalidad de uso o explotación ...*”.

Finalmente, **la importación** “*comprende el derecho exclusivo de autorizar o no el ingreso al territorio nacional por cualquier medio, incluyendo la transmisión, analógica o digital, de copias de la obra que hayan sido reproducidas sin autorización del titular del derecho...*”.

Como indicamos inicialmente, el profesional audiovisual debe tener en consideración los aspectos y características del Derecho de Autor que acabamos de ver. Lo anterior, en virtud a que en el desarrollo de su profesión es probable que se encuentre creando obras audiovisuales que le interesará proteger, así como utilizará obras (música, fotografía, audiovisuales, de arte, literarias, etc.) protegidas por el Derecho de Autor de un tercero, ya que estas representan los elementos o “*insumos*” usuales en la creación de una obra audiovisual.

En ambos casos, tanto como autor o como “usuario” de otras obras, es primordial que el profesional audiovisual sepa desenvolverse de manera correcta y con las formalidades del caso, sin temor a vulnerar derechos de terceras personas y sin temor a encontrarse en inconvenientes legales. Líneas abajo, precisaremos mayores aspectos.

Particularidades del Derecho de Autor en la Obra Audiovisual

A diferencia de otros tipos de obra, la obra audiovisual presenta consideraciones especiales en atención a su naturaleza. Una de las más relevantes radica en que, con normalidad, la autoría de la obra no recaerá en una sola persona. En este aspecto, nuestra norma sobre Derechos de Autor indica en su artículo 58 que “*Salvo pacto en contrario, se presume coautores de la obra audiovisual:*

- a) El director o realizador.*
- b) El autor del argumento.*
- c) El autor de la adaptación.*
- d) El autor del guión y diálogos.*
- e) El autor de la música especialmente compuesta para la obra.*
- f) El dibujante, en caso de diseños animados...”*

Entendemos que esto no sorprenderá a quienes participan profesionalmente de la creación de este tipo de obras, ya que usualmente en este existirá un trabajo de creación en colaboración y por ende una **coautoría de la obra audiovisual**. Cabe precisar que atendiendo a la coautoría el ejercicio del Derecho de Autor de una determinada obra audiovisual, deberá realizarse de manera conjunta por todos aquellos que intervinieron en su creación.

Asimismo, la norma sobre Derechos de Autor indica en su articulado que “*salvo pacto en contrario, cada uno de los coautores puede disponer libremente de la parte de la obra audiovisual que constituya su contribución personal, cuando se trate de un aporte divisible, para explotarlo en un género diferente, siempre que no perjudique con ello la explotación de la obra común...”*

Con relación a los derechos morales, **salvo pacto en contrario** entre los coautores, **el director o realizador tiene el ejercicio de los derechos morales** sobre la obra audiovisual, sin perjuicio de los que correspondan a los coautores, en relación con sus respectivas contribuciones, ni de los que pueda ejercer el productor.

En el párrafo anterior, hemos mencionado al productor, el cual es una figura importante a considerar. Debemos señalar que el productor no es coautor. No obstante, según la norma se presume, salvo pacto en contrario, que los autores de la obra audiovisual han cedido en forma exclusiva y por toda su duración los **derechos patrimoniales** al productor, y éste queda autorizado para decidir acerca de la divulgación de la obra.

El productor también es importante ya que según la norma, se considera **terminada la obra audiovisual cuando haya sido establecida la versión definitiva, de acuerdo a lo pactado entre el director por una parte, y el productor por la otra.**

Como es posible advertir, **cabe pactar en contra de lo establecido por la norma** en función a la conveniencia de los coautores de la obra audiovisual.

Derecho de Autor, Derechos Conexos y Sociedades de Gestión Colectiva

Como hemos sostenido hasta el momento, se entiende por autor a toda persona natural que realiza una creación intelectual. Gracias a su creación el autor será titular en exclusiva del derecho de autor sobre su obra, la cual como toda propiedad le permitirá al autor percibir una remuneración por el uso de su obra.

No obstante lo anterior, a efectos de la divulgación de la obra a la sociedad es necesaria la intervención de artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. A todos ellos que han participado en la labor de divulgar la obra les asiste el derecho conexo^[4] (al Derecho de Autor). Dichos derechos conexos también son objeto de reconocimiento por la norma de Derecho de Autor^[5].

A modo de ejemplo de la coexistencia de los Derechos de Autor y Conexos fijémonos en un disco compacto de música. Dicho producto final solo es posible gracias a la intervención de por lo menos tres personas: 1) El autor de la obra musical, por ejemplo “Chabuca Granda”/La Flor de la Canela – Derecho de Autor, 2) El interprete o ejecutante de la música – “Juan Diego Flores” – Derecho Conexo, y 3) El productor del fonograma – Universal/ Decca – Derecho Conexo.

De manera evidente que es necesaria la participación de todas las partes intervinientes, mencionadas líneas arriba, para que “La Flor de la Canela” sea escuchada por cualquiera de nosotros. Del mismo

modo, es justo que cada uno de ellos (autor, intérprete y productor fonográfico) reciba una remuneración proporcional a su trabajo.

Analicemos en este punto el tema de la remuneración. Como hemos visto en párrafos anteriores, toda obra producto de la creación intelectual de una persona natural es pasible de ser explotada económicamente por su creador, gracias al Derecho de Autor. No obstante, sería una tarea muy complicada o imposible si el titular de un Derecho de Autor o Conexo tuviera que ingeniárselas para contratar o ir a cobrar directamente a cada una de las personas naturales o jurídicas que hayan hecho uso de su obra.

Tal problemática dio nacimiento a las Sociedad de Gestión Colectiva (SGC), quienes en adelante se desenvolverán en el mercado recaudando por el uso y explotaciones de obras protegidas, en nombre de sus afiliados titulares de derechos de autor o conexos. Lo anterior es posible luego de que el titular del derecho faculte a la SGC en tales prerrogativas.

Las SGC en concreto desempeñan en representación de sus afiliados dos funciones:

- **Función recaudadora.-** *“Esta función de las SGC se desprende de su facultad para autorizar a terceros el uso y explotación de obras intelectuales en nombre de sus representados. La recaudación está muy asociada a un sistema de tarifas eficaz. El precio o tarifa a cobrar por tales autorizaciones de uso de obras son generalmente establecidas por las mismas SGC (previa consulta a sus asociados) y pueden ser negociadas con los usuarios... El nivel de estas tarifas debe ser justo y razonable, ni tan bajo que subvalore el esfuerzo de los autores y creadores de la obra intelectual, ni tan alta que excluya a los usuarios de su empleo. Normalmente, los principios, reglas y criterios usados para la determinación de tarifas son revisados junto con los estatutos de las SGC; asimismo, la publicación en algún medio masivo de la lista de tarifas es parte de las obligaciones de las SGC en algunos países...”*
- **Función Distribuidora.-** *“Una vez recaudados los fondos provenientes de las regalías por los derechos sobre el uso del repertorio, la siguiente gran tarea de las SGC es la distribución (o reparto) 29 de los mismos luego de deducir los costos por administración y los gastos socioculturales. Al igual que en el caso de la determinación de tarifas o regalías, las SGC están generalmente obligadas a presentar con sus estatutos las reglas de distribución a usar, las cuales deben cumplir dos principios generales: la no arbitrariedad y la proporcionalidad en la distribución (Schuster, s/f)...”*[\[6\]](#)

No obstante, si bien en la teoría lo descrito plantea una solución y le permitiría a los titulares de Derechos de Autor o Conexos, recibir una remuneración justa por el uso de sus obras; debemos analizar lo que ocurre en nuestro mercado.

Según lo informado por el INDECOPI[7] en su portal Web[8] actualmente se encuentran autorizadas[9] como SGC las siguientes:

Sociedad de Gestión Colectiva

Asociación Peruana de Autores y Compositores
(**APDAYC**)

Unión Peruana de Productores Fonográficos
(**UNIMPRO**)

Asociación Peruana de Artistas Visuales (**APSAV**)

Asociación Nacional de Artistas, Intérpretes y
Ejecutantes (**ANAIE**)

Entidad de Gestión Colectiva de Derechos
Audiovisuales (**EGEDA PERU**)

Autorización de Funcionamiento

Resolución N° 051-1994/ODA (25 de
marzo de 1994).

Resolución N° 172-2001/ODA (19 de julio
de 2001).

Resolución N° 070-1999/ODA (25 de
marzo de 1999).

Resolución N° 047-2001/ODA (26 de
febrero de 2001).

Resolución N° 072-2002/ODA (21 de junio
de 2002).

Si bien contamos con cinco SGC en nuestro mercado, a título personal consideramos que dichas SGC no se vienen desempeñando de la manera más eficaz. De cara a los usuarios de las obras, estas SGC deberían preparar estrategias que hagan más efectiva y productiva su labor recaudadora. Incluso, dado el gran desconocimiento del tema y la informalidad/ilegalidad en el uso de las obras por parte de los usuarios, estas SGC deberían actuar de manera conjunta en el sentido de encontrar una eficiente recaudación para todas.

Pareciera que actualmente entre ellas las SGC no se desenvuelven en la mejor relación posible. Tal escenario evidentemente no favorece en su labor de lograr una cultura de respecto a la propiedad intelectual. Un escenario favorable podría soportarse en un trabajo de sensibilización y acercamiento por parte de las SGC hacia los usuarios de las obras. Esto permitiría, concientizar de la problemática a los usuarios, y por ende dichos usuarios evitarían usar o explotar obras de manera informal o ilegal.

Uno de los efectos negativos de un escenario en el cual las SGC no actúen de manera eficaz podría radicar en que los usuarios prefieran agenciarse el uso de obras de la manera no correcta. Otro problema, puede ser la burocratización de las autorizaciones de uso por parte de las SGC.

A modo de ejemplo, si un profesional audiovisual en calidad de usuario de obras protegidas, quisiera usar una canción y una fotografía (que sean obras) debería acudir a las SGC correspondientes (que en el caso de la canción es APDAYC, y en el caso de la fotografía es APSAV). En cualquier caso, el usuario debería encontrar una respuesta rápida, eficaz y sencilla que lo incentiven a conducirse por el canal correcto. En ese orden, cuando las SGC no actúan de manera eficiente, los efectos en este mercado no serán los mejores.

De otro lado, en el plano de la creación audiovisual los creadores o autores de deberían encontrar la mejor forma de cautelas colectivamente sus intereses. Si bien actualmente, se encuentra autorizada por el INDECOPI una SGC para los derechos audiovisuales, no queda claro si dicha SGC se encuentra legitimada en la práctica, o es vista por los creadores audiovisuales del Perú como la SGC que podría velar por sus intereses.

Queda en manos del profesional audiovisual, lograr que una SGC represente sus intereses de manera legítima. Lo anterior, implica consenso, organización por parte del profesional audiovisual, así como conciencia de los efectos positivos que podrían capitalizarse. Si bien el Estado debería emitir políticas de fomento a las industrias y mercados que giren en torno a la propiedad audiovisual, la dinámica del sector es dictada por los privados. No esperemos que un ministerio de la pauta, pues nadie mejor que el profesional privado para saber y hacer lo que le más le conviene a la industria nacional.

[1] Decreto Legislativo 822 - Ley Sobre el Derecho de Autor

[2] Al respecto, cabe anotar que el Derecho Anglo no reconoce los derechos morales. En el derecho continental europeo se tiene la teoría monista (derechos patrimoniales + morales como un todo) y dualista (patrimoniales +morales como separados).

[3] Hay divulgación cuando ocurre en un ámbito público, y no cuando estamos en un ámbito privado.

[4] http://www.wipo.int/about-ip/es/about_collective_mngt.html#P51_5794

“A diferencia del derecho de autor, los derechos conexos se otorgan a los titulares que entran en la categoría de intermediarios en la producción, grabación o difusión de las obras. Su conexión con el derecho de autor se justifica habida cuenta de que las tres categorías de titulares de derechos conexos intervienen en el proceso de creación intelectual por cuanto prestan asistencia a los autores en la divulgación de sus obras al público. Los músicos interpretan las obras musicales de los compositores; los actores interpretan papeles en las obras de teatro escritas por los dramaturgos; y los productores de fonogramas o, lo que es lo mismo, "la industria de la grabación", graban y producen canciones y música escrita por autores y compositores, interpretada o cantada por artistas intérpretes o ejecutantes; los organismos de radiodifusión difunden obras y fonogramas en sus emisoras.

En el plano internacional los derechos conexos quedan estipulados en la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, más conocida como "Convención de Roma". Aprobada en 1961, esa Convención no ha sido objeto de revisión en ningún momento. De su administración se encargan en forma conjunta la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la OMPI...”

[5] Ley sobre el Derecho de Autor

Artículo 129º.- La protección reconocida a los derechos conexos al derecho de autor, y a otros derechos intelectuales contemplados en el presente Título, no afectará en modo alguno la tutela del derecho de autor sobre las obras literarias o artísticas. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en el presente título podrá interpretarse en

menoscabo de esa protección, y en caso de conflicto se estará siempre a lo que más favorezca al autor. Sin perjuicio de sus limitaciones específicas, todas las excepciones y límites establecidos en esta ley para el derecho de autor, serán también aplicables a los derechos reconocidos en el presente Título.

Artículo 130°.- Los titulares de los derechos conexos y otros derechos intelectuales, podrán invocar las disposiciones relativas a los autores y sus obras, en tanto se encuentren conformes con la naturaleza de sus respectivos derechos.

[6]

<http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2007/TAVERA-ORE.pdf>

[7] Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

[8] http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=9&JER=113

[9] Ley sobre el Derecho de Autor:

Artículo 146°.- Las sociedades de autores y de derechos conexos, constituidas o por constituirse para defender los derechos patrimoniales reconocidos en la presente Ley, necesitan para los fines de su funcionamiento como sociedades de gestión colectiva, de una autorización de la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi y están sujetas a su fiscalización, inspección y vigilancia en los términos de esta Ley y, en su caso, de lo que disponga el Reglamento.

Dichas entidades serán asociaciones civiles sin fines de lucro, tendrán personería jurídica y patrimonio propio, y no podrán ejercer ninguna actividad de carácter político, religioso o ajena a su propia función.

Artículo 148°.- La Oficina de Derechos de Autor, teniendo en cuenta los requisitos contemplados en el presente título, determinará mediante resolución motivada, las entidades que, a los solos efectos de la gestión colectiva, se encuentran en condiciones de representar a los titulares de derechos sobre las obras, ediciones, producciones, interpretaciones o ejecuciones y emisiones.