

LA NOCIÓN DE OBRA AUDIOVISUAL EN EL DERECHO DE AUTOR

Por Alfonso GONZÁLEZ GOZALO
Doctor en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. 1. LOS ORÍGENES DE LA CINEMATOGRAFÍA. 2. LOS PRIMEROS AÑOS: PROTECCIÓN DE PRODUCCIONES Y REPRODUCCIONES CINEMATOGRAFICAS. 3. DE LOS AÑOS CUARENTA A LOS AÑOS SETENTA: PROTECCIÓN DE OBRAS CINEMATOGRAFICAS. 4. DE LOS AÑOS SETENTA A LA ACTUALIDAD: LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA. III. EL CONCEPTO DE OBRA AUDIOVISUAL. 1. LA OBRA AUDIOVISUAL COMO CATEGORÍA GENÉRICA. 2. EL CARÁCTER COMPLEJO DE LA OBRA AUDIOVISUAL. 3. EL CONCEPTO LEGAL DE OBRA AUDIOVISUAL. IV. LOS RASGOS DISTINTIVOS DE LA OBRA AUDIOVISUAL. 1. LA OBRA AUDIOVISUAL COMO SERIE DE IMÁGENES ASOCIADAS. 2. EL REQUISITO DE LA EXTERIORIZACIÓN INDIRECTA DE LA OBRA AUDIOVISUAL. 3. INDEPENDENCIA DEL SOPORTE MATERIAL AL QUE SE INCORPORAN LAS IMÁGENES. V. LA ORIGINALIDAD DE LA OBRA AUDIOVISUAL. 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ORIGINALIDAD DE LAS OBRAS AUDIOVISUALES EN EL DERECHO COMPARADO. 3. LA ORIGINALIDAD DE LAS OBRAS AUDIOVISUALES EN ESPAÑA. 3.1. *El criterio general de originalidad.* 3.2. *La originalidad de la obra audiovisual.* VI. ESPECIES DE OBRAS AUDIOVISUALES. 1. LA OBRA CINEMATOGRAFICA. 2. LA OBRA VIDEOGRAFICA. 3. LA OBRA TELEVISIVA. 4. EL VIDEOCLIP. 5. DETERMINADAS ESPECIES DE OBRAS MULTIMEDIA. 5.1. *La protección separada de la obra multimedia con respecto al programa de ordenador subyacente.* 5.2. *La calificación jurídica de la obra multimedia como obra audiovisual.* VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Las obras audiovisuales integran una categoría de obras caracterizadas por constituir el resultado al mismo tiempo de una actividad creativa desarrollada por una pluralidad de personas y de la actividad empresarial del productor que promueve y asume la responsabilidad de su realización. En atención a esta multiplicidad de intereses es habitual entre los ordenamientos de nuestro entorno disponer normas específicas a través de las cuales se pretende facilitar la creación y la posterior explotación de este tipo de obras. En España, este régimen jurídico particular se encuentra en el Título VI del Libro I del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. En él se configura la obra audiovisual como una especie de obra en colaboración cuya autoría se otorga conjuntamente al director-realizador y a los autores de las aportaciones literarias y musicales específicamente creadas para la obra común, si bien, con el fin de favorecer al productor, se le presumen cedidas a éste determinadas facultades patrimoniales sobre la obra audiovisual y las obras preexistentes incorporadas a ella, por un lado, y se limitan en alguna medida las facultades morales de los autores, por el otro.

Este trabajo se dedica a la determinación del objeto de esta regulación especial y encuentra su justificación en la proliferación de creaciones intelectuales distintas de las obras cinematográficas que combinan elementos visuales y sonoros, no to-

das las cuales ostentan los rasgos que, de acuerdo con la definición legal establecida en el artículo 86 del TRLPI, caracterizan la obra audiovisual.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. LOS ORÍGENES DE LA CINEMATOGRAFÍA

Los productos audiovisuales actuales son el resultado del interés por los fenómenos ópticos que el hombre ha mostrado desde siempre. Ya con anterioridad al nacimiento de Cristo mencionaba Lucrecio en su *De Rerum Natura* el consistente en la persistencia de las imágenes en la retina, y se dice que Herón había sido capaz de realizar proyecciones sobre un muro del *Museion* de Alejandría¹. No es mi intención, sin embargo, remontarme a años tan remotos en la historia. Nos situamos por ello, si se me permite la elipsis temporal, en el siglo XIX, época en la cual las sombras chinescas y la linterna mágica eran los espectáculos visuales habituales con los que se pretendía maravillar al público. Sus primeras décadas vieron nacer los que después han sido calificados como los más tempranos antecedentes de la cinematografía. Es el caso del *taumatropo*, inventado por el Doctor Paris en 1826², o el *praxinoscopio* de Reynaud³. El invento de la fotografía por Niepce y Daguerre favoreció la aparición de nuevas técnicas visuales que buscaban la asociación dinámica de imágenes directamente captadas de la realidad⁴. Estos ingenios consistían en modelos más o menos rudimentarios de cintas que contenían una serie de imágenes fijas, cada una ligeramente diferente de la anterior, las cuales parecían moverse cuando la banda se deslizaba ante los ojos del espectador⁵.

Más importante como precedente de la cinematografía es el *kinetoscopio* de Edison y su ayudante Dickson, aparato mediante el cual el espectador, tras introducir una moneda, podía ver a través de un ocular una escena de corta duración fijada en una película de celuloide⁶ montada en un bucle en el interior de una caja de madera^{7, 8}.

¹ Cfr. MOIX, T., *La gran historia del cine*, ABC, 1995, p. 42.

² Superpone la imagen de un pájaro a la de una jaula, dibujadas en las dos caras de un disco giratorio.

³ Se trata de una banda a lo largo de la cual se montan imágenes sucesivas que, al ser proyectadas, producen un efecto óptico similar al de los actuales dibujos animados.

⁴ Merecen reseña las fotografías animadas de animales del francés Jules-Étienne Marey o del británico Eadweard J. Muybridge, quien fotografió por medio de veinticuatro cámaras dispuestas a lo largo de una pista la galopada de un caballo, produciéndole al espectador la rápida sucesión de las imágenes a través del *zoótropo* la sensación del movimiento del animal.

⁵ Cfr. STERLING, J. A. L., *Intellectual property rights in sound recordings, film & video*, Sweet and Maxwell, Londres, 1992, p. 24.

⁶ Inventada en 1888 por George Eastman —cfr. MEDINA, F. (coordinador), *Gran historia ilustrada del cine*, vol. I, Sarpe, 1984, p. 11.

⁷ Precisamente fue *El estornudo de Fred Ott* —*Fred Ott's Sneeze*—, grabación cómica de Edison para su *kinetoscopio*, la primera serie de imágenes en movimiento objeto de registro ante la Oficina del *Copyright* de los Estados Unidos, el 7 de enero de 1894. Como es natural, se registraron las imágenes como fotografías. Tal sería la práctica habitual de la Oficina del *Copyright* hasta la modificación de la *Copyright Act* de 1909 que tuvo lugar en 1912, cuando por primera vez la obra cinematográfica —la Ley emplea el más amplio término inglés *motion picture*— tuvo reconocimiento legal en su sección 5.

⁸ La combinación por el mismo inventor de este artilugio con su fonógrafo dio lugar al que llamó

Una de las fechas impresas en la mente de cualquier historiador interesado en el sector audiovisual es la del 19 de marzo de 1895, cuando Louis y Auguste Lumière grabaron unas imágenes de cincuenta segundos de duración de unos obreros saliendo de una fábrica para comer, con un aparato de su invención, basado en el *kinetoscopio* de Edison, que permitía su proyección en una pantalla creando una impresión de movimiento, como si se tratara de la vida real. Era el *cinematógrafo*⁹.

Paralelamente, en los Estados Unidos, Edison se percató de que la explotación de su *kinetoscopio* podía ser más rentable si lograba proyectar las imágenes en una pantalla de tal manera que pudieran ser contempladas por más de una persona al mismo tiempo, como en Francia. Compró y patentó para ello el *vitascopio*, uno de los muchos proyectores que habían surgido simultáneamente en Norteamérica, y se aseguró una posición dominante en el incipiente mercado a través, en primer lugar, de su contrato con Eastman, que le concedía el monopolio en los Estados Unidos sobre la película de celuloide inventada por éste, y en segundo lugar, de comprar y patentar cualquier aparato grabador o reproductor de imágenes en movimiento que pudiera aparecer¹⁰. La sustitución de los aparatos de uso individual por otros de proyección en pantalla de imágenes a tamaño real supuso el comienzo del desarrollo de la cinematografía en los Estados Unidos¹¹.

En estos primeros años, la cinematografía era concebida como una nueva forma de entretenimiento, más que como arte¹². Y, a mayor abundamiento, más que como una obra en el sentido de creación intelectual, como mero proceso técnico que hacía posible la reproducción de imágenes de la vida real en movimiento¹³. Durante sus inicios, que pueden ser cifrados en sus quince primeros años de existencia, su desarrollo en Europa tuvo una doble vertiente. Por

Kinetófono, que permitía al público ver imágenes en movimiento a la vez que escuchaba la narración correspondiente con ayuda de un auricular.

⁹ Cuyo bautizo se produjo el 28 de diciembre de 1895 en el Salón Indien, situado en el subsuelo del Gran Café de París, en el número 14 del *Boulevard des Capucines*, cuando tuvo lugar la primera exhibición pública de películas cinematográficas, ante una audiencia de treinta y tres personas, que habían pagado un franco en concepto de admisión. Alrededor de veinte películas de poco más de un minuto de duración fueron proyectadas. El éxito fue inmediato. Ese mismo día, para la sesión de la tarde, se había formado una cola de considerables dimensiones, y en poco más de dos semanas esos treinta y tres francos de recaudación se habían convertido en aproximadamente dos mil quinientos al día, según nos informa Moix, *La gran historia del cine*, vol. I, *cit.*, p. 44.

¹⁰ Hizo valer sus derechos exclusivos con severidad, entablando hasta quinientos litigios en menos de diez años por uso no autorizado de sus patentes contra unos competidores que no veían la forma de participar también de los beneficios de un negocio que florecía día tras día.

¹¹ Cfr. PÉREZ DE CASTRO, N., «Comentario al artículo 86 de la LPI», en *Comentarios a la LPI*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 1997, 2.ª ed., p. 1206.

¹² Como pone de manifiesto SALOKANNEL, M., *Ownership of rights in audiovisual productions. A comparative Study*, Kluwer Law International, La Haya, 1997, p. 11, esta nueva forma de expresión era considerada, en relación con la censura, un *spectacle de curiosités*.

¹³ Vid. GOTZEN, «From Cinematographic work to audiovisual work. The evolution of a notion in the history of the international texts concerning authors' rights», en *Les œuvres audiovisuelles et la propriété littéraire et artistique*, Association Littéraire et Artistique Internationale, Congrès du Premier siècle du cinéma, París, Unesco, 17-22 de septiembre, 1995, p. 34.

un lado, la documental, representada por los hermanos Lumière y sus colaboradores, que se dedicaron a filmar escenas de la vida real. Por otro, la teatral, que poco a poco fue imponiéndose, de la que Georges Méliès se erigió en abanderado al adaptar al cine representaciones teatrales llevadas a cabo en estudios¹⁴. En los Estados Unidos, por el contrario, la evolución de la cinematografía no está tan ligada al mundo de la escena¹⁵.

2. LOS PRIMEROS AÑOS: PROTECCIÓN DE PRODUCCIONES Y REPRODUCCIONES CINEMATOGRÁFICAS

Fue durante la Conferencia de Berlín de 1908 para la revisión del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas¹⁶ —en lo sucesivo, CB— cuando se discutió por vez primera el problema de la cinematografía desde el punto de vista de los derechos de autor. Con anterioridad pocas naciones habían abordado la cuestión de su protección. Los tribunales franceses fueron, en este sentido, pioneros en mantener que los derechos sobre una obra dramática podían ser vulnerados por su reproducción en una película y por la comunicación pública de ésta¹⁷. Las autoridades de este país, en consecuencia, propusieron en la Conferencia de Berlín una modificación del CB que afirmara el derecho exclusivo de los autores a autorizar tanto la reproducción de sus obras en soportes que permitieran su proyección mediante fotografías o cualquier procedimiento similar, como su comunicación pública por tales medios¹⁸. Al

¹⁴ Existen excepciones a estas dos líneas cinematográficas que se basaban en la simple reproducción ya de la realidad, ya de obras dramáticas, cual es el caso de la Escuela de Brighton en Inglaterra, donde directores como Smith o Williamson comenzaron a explotar todas las posibilidades que ofrece la cámara, tratando de dotar a la cinematografía de una identidad propia frente al teatro: rodajes al aire libre, planos tomados a diferentes distancias en función de las necesidades de la escena, mayor movilidad de la cámara. En el modelo de la escuela inglesa se inspiró Zecca, quien propugnó asimismo la división del trabajo en el mundo del cine.

¹⁵ Cfr. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 86 de la LPI», *cit.*, p. 1206.

¹⁶ Que culminó con el Acta de 13 de noviembre de 1908.

¹⁷ Cfr. RICKETSON, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, Londres, 1987, p. 550. La primera sentencia que tuvo que lidiar con el problema de la calificación jurídica de la obra cinematográfica fue la del Tribunal de Pau de 18 de noviembre de 1904, que negaba su asimilación a las obras dramáticas o musicales, al tiempo que afirmaba su naturaleza puramente mecánica. La consideración de la producción cinematográfica como mero medio mecánico de reproducción o representación de obras preexistentes aparece en las sentencias del Tribunal Civil del Sena de 7 de julio de 1908, del Tribunal de París de 12 de mayo de 1909 y de la *Chambre des Requêtes* de 27 de junio de 1910 —éstas dos últimas resolvían los recursos de apelación y casación, respectivamente, interpuestos contra la primera—, y se reitera a lo largo de la década —*vid.* GÉRARD, P.-D., *Los autores de la obra cinematográfica y sus derechos*, traducción y notas de Derecho español por PARÉS MAICAS, M., Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, pp. 47-52—. En el Reino Unido, por el contrario, sólo podían ser objeto de protección como serie de fotografías de acuerdo con la *Fine Arts Copyright Act* de 1862, y no como obra dramática, pues para su consideración como tal conforme a la regulación establecida por la *Dramatic Copyright Act* de 1833 requería aptitud para ser impresa y publicada —*vid.* sentencia de la *Court of Appeal* en el caso *Tate v. Fullbrook* [1908] 1 KB 821—, sin perjuicio del normal tratamiento dispensado a las obras preexistentes incorporadas a ella, tal y como señalan GARNETT, K., RAINER, J., y DAVIES, G., *Copinger and Skone James on copyright*, 14.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 90.

¹⁸ Cfr. *Actes de la Conférence Réunion a Berlin du 14 octobre au 14 novembre 1908 avec les Actes de Ratification*, Berna, 1910, p. 77.

considerarse la cinematografía como una nueva técnica fotográfica que posibilitaba la proyección de imágenes de la vida real en movimiento, se pensaba que sólo afectaba a los derechos de autor en la medida en que podía reproducir —y, posteriormente, comunicar al público— obras literarias o artísticas preexistentes. Aparecía así más como un medio de explotación de tales obras¹⁹ que como una nueva forma expresiva. Sin embargo, durante la Conferencia, un segundo aspecto de la cinematografía fue puesto de manifiesto: su aspecto creativo²⁰. Pese a la reticencia de los Estados firmantes a conceder al producto cinematográfico la categoría de obra²¹, esta dualidad tuvo un cierto reflejo en el nuevo artículo 14 del Convenio, cuyo párrafo primero concedía a los autores de obras preexistentes el derecho exclusivo de autorizar su reproducción y comunicación pública por medio de la cinematografía, de acuerdo con la propuesta francesa, mientras que los párrafos segundo y tercero dispensaban protección a las producciones y reproducciones cinematográficas en sí mismas consideradas, exigiéndose en relación con las primeras que tuvieran un carácter personal y original por la organización escenográfica o la combinación de los incidentes representados²².

Aunque durante la Conferencia de Roma²³ se planteó la posibilidad de eliminar el especial requisito de originalidad para las producciones cinematográfi-

¹⁹ Cfr. CASAS VALLÉS, R., «Comentario al artículo 86 de la LPI» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., t. V, vol. 4-B, Edersa, Madrid, 1995, p. 107. En el mismo sentido, *vid.* DELGADO PORRAS, A., «La propiedad intelectual y la explotación videográfica de las obras de ingenio», en *RDP*, 1983, p. 1129.

²⁰ A partir del Informe de RENAULT, *Actes de la Conférence Réunie a Berlin du 14 octobre au 14 novembre 1908 avec les Actes de Ratification*, Berna, 1910, p. 265, que incidía en el doble uso que admitía el cinematógrafo: la reproducción o adaptación de obras preexistentes, por un lado, y la creación de una nueva obra, por otro.

²¹ Es por ello que no se aludía a él en el artículo 2 cuando se definía qué debía entenderse por obras literarias o artísticas; que en el artículo 14, en lugar de *obras cinematográficas*, se usaran las expresiones *producciones* y *reproducciones cinematográficas*; o que, por último, se optara por fórmulas ambiguas, como «se protegerán como obras literarias o artísticas» o «es protegida como obra original», en vez de la más determinante «se reputarán obras originales».

²² Esta exigencia del párrafo segundo en relación con las producciones cinematográficas las asimilaba en cierto modo a las obras dramáticas. En efecto, extrayéndose la originalidad de elementos propios del mundo de la escena, se configuraba la producción cinematográfica como una obra dramática expresada en una nueva forma, si no como la mera reproducción de una obra dramática. Si ninguna originalidad podía predicarse de ella, recibía la protección propia de las fotografías. El párrafo tercero concedía protección como obra original a la reproducción cinematográfica de una obra preexistente, de forma similar a la que el artículo 2(2) del Acta de Berlín otorgaba a las traducciones, lo que reflejaba el pensamiento de que las transformaciones exigidas por la adaptación al nuevo medio suponían, en el fondo, una alteración de la obra, creativa en alguna medida, que la hacía merecedora de tutela propia. Nótese, sin embargo, que el término adaptación, que ya se mencionaba en el Informe de RENAULT —*vid. supra* nota n.º—, no fue añadido al texto del artículo 14 hasta la Conferencia de Roma de 1928. Finalmente, el párrafo cuarto del mismo artículo mostraba cómo se era consciente durante la Conferencia de que el desarrollo técnico podría producir en breve obras que tuvieran que ver con la grabación de imágenes, no muy distintas de la cinematografía y obtenidas por procedimientos similares, a las que se debía dar el mismo tratamiento que a las reguladas en los párrafos anteriores. Con ello se pretendía que el Acta de Berlín no quedara desfasada al poco de su entrada en vigor.

²³ Que tuvo lugar del 7 de mayo al 2 de junio de 1928.

cas del artículo 14(2) del CB²⁴, triunfó la propuesta italiana de mantenerlo con la supresión de toda referencia a elementos escénicos, lo cual permitía que se subsumieran en él películas de carácter no dramático, anteriormente excluidas. Sin embargo, se añadió una segunda oración a este apartado, según la cual las producciones que carecieran de originalidad debían protegerse como obras fotográficas, lo que hacía patente el propósito de que no todas las películas fueran tratadas como las obras literarias y artísticas. Las dudas se generaban, entonces, en cuanto a qué debía entenderse por original a los efectos del precepto, cuestión a la que no se dio respuesta hasta 1934, cuando la Oficina Internacional explicó que películas no originales eran aquellas que no contenían ninguna actividad creativa, siendo meras copias de objetos y fenómenos naturales que el cineasta se limitaba a filmar sin mayor influencia sobre ellos. La referencia en los apartados primero y tercero a la adaptación cinematográfica puso de relieve algo que ya dejaba entrever el Acta de Berlín: que los cambios requeridos en una obra preexistente para su reproducción en formato cinematográfico eran de tal magnitud que merecían protección como si de una obra derivada se tratara²⁵.

Centrando la atención en España por unos instantes, hasta el año 1934 no se apreció una preocupación por regular de forma expresa la protección de las creaciones cinematográficas²⁶. Con la intención de corregir el desfase que suponía la Ley de 1879 respecto de las nuevas formas artísticas, el 28 de junio de 1934 se presentó un Proyecto de Ley de reforma de «la vigente Ley de Propiedad Intelectual», cuyo artículo 12 incluía dentro de su ámbito objetivo las obras cinematográficas, que eran objeto de desarrollo en el Título II, Capítulo II, artículos 32 a 37. Estos preceptos, pese a reconocer la protección de la obra cinematográfica como obra original —arts. 12 y 33.1— y adelantarse en este sentido a

²⁴ Como se había sugerido en el primer Congreso Internacional de la Cinematografía y sus Aplicaciones, celebrado en Bruselas en septiembre de 1910, y en los Congresos de Copenhague de 1909 y de París de 1925 de la ALAI, en el último de los cuales se refirió a las producciones cinematográficas como obras por primera vez.

²⁵ El 6 de octubre de 1927 marcó el desarrollo posterior de la cinematografía cuando se estrenó la película *The Jazz Singer*, que tuvo el honor de ser la primera en emplear las nuevas técnicas que permitían la asociación de sonidos a la imagen. Era el nacimiento del cine sonoro, que acabaría imponiéndose en los años sucesivos. Aunque se discutía si las producciones sonoras podían incardinarse en el seno del artículo 14, lo cierto es que nada en éste, según la redacción del Acta de Berlín, impedía que entraran dentro de su ámbito de aplicación, motivo por el cual no hubo ninguna propuesta en relación con ellas en la Conferencia de Roma. Algunos países anglosajones optaron, no obstante, por tutelar de forma separada las imágenes y la banda sonora de la obra audiovisual. Así, se ha venido entendiendo que ésta última se incardinaba en la sección 19(1) de la *Copyright Act* británica de 1911, que protegía «aparatos por medio de los cuales podía reproducirse mecánicamente el sonido, como si esos aparatos fueran obras musicales», como por ejemplo los discos de vinilo. Vid. LADDIE, PRESCOTT y VITORIA, *The modern law of copyright and design*, vol. 1, 2.ª ed., Butterworths, Londres-Dublín-Edimburgo, 1995, p. 372.

²⁶ Bien es cierto que el artículo 1.º de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 podía admitir la tutela de las mismas al incluir dentro de su ámbito todas las obras que fueran susceptibles de «darse a la luz por cualquier medio». Mayor amplitud objetiva si cabe se desprendería del artículo 1.º de su Reglamento de desarrollo, de 3 de septiembre de 1880, que definía qué debía entenderse por obras a los efectos de la Ley, e incluía en el concepto todas aquellas que se produjeran y pudieran publicarse por cualquiera de los «sistemas impresores o reproductores conocidos o que se invent[as]en en lo sucesivo».

su tiempo, mostraban la influencia del CB según la redacción otorgada por el Acta de Roma, al equiparar su artículo 37 la película «estrictamente informativa o documental» a la fotografía, de modo que, de forma indirecta, exigía una especial originalidad a la obra cinematográfica para ser protegida como tal. Sin embargo, el proyecto no se materializó en una nueva Ley, y hubo que esperar hasta el año siguiente para que surgiera la primera norma positiva en materia de obras cinematográficas en España. Se trata de la Orden del Ministerio de Instrucción Pública de 29 de marzo de 1935, por la que se regulaba la inscripción de partituras y argumentos para películas, y que, influida por las Actas de Berlín y Roma, y dando un paso atrás respecto del citado Proyecto de 1934, en lugar de obras cinematográficas, se refería a las producciones cinematográficas.

3. DE LOS AÑOS CUARENTA A LOS AÑOS SETENTA: PROTECCIÓN DE OBRAS CINEMATOGRÁFICAS

De vuelta al plano internacional, entre el 5 y el 26 de junio de 1948 se celebró en Bruselas una nueva Conferencia para la revisión del CB. Su relevancia en relación con las obras cinematográficas se halla en el acuerdo unánime alcanzado para su introducción en la lista de obras protegidas contenida en el artículo 2(1)²⁷, sin restricción alguna y sin especial exigencia de originalidad. El hecho de que también las obras fotográficas se incluyeran en el precepto citado hizo innecesaria la distinción entre obras cinematográficas que constituían una «creación orgánicamente construida»²⁸ y aquellas otras producciones que carecieran de tal carácter, y que serían protegidas como meras fotografías. Unas y otras quedarían abarcadas por la expresión general «obras cinematográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía» del párrafo primero del artículo 2²⁹, siendo unas y otras, además, objeto de idéntica regulación, tal y como el artículo 14.5 establecía.

No se plantearon problemas al respecto hasta el espectacular desarrollo experimentado por la televisión tras la Segunda Guerra Mundial. Las diferencias técnicas entre las obras televisivas y las cinematográficas eran evidentes: aquellas admitían su comunicación pública sin previa fijación, no así éstas; y de fijarse las primeras, el soporte era magnético, en lugar del soporte visual característico de las segundas. Durante los años cincuenta y sesenta tales diferencias fueron analizadas con detalle. Se admitía, en general, que las obras televisivas

²⁷ Ya con anterioridad, en los años treinta, la jurisprudencia francesa había otorgado el carácter de obra artística a la obra cinematográfica —*vid.* sentencias del Tribunal de Burdeos de 11 de febrero de 1930, del Tribunal de Dijon de 9 de julio de 1930 o del Tribunal de Douai de 3 de abril de 1930, todavía en relación con el cine mudo—. También la Ley de derechos de autor italiana de 1941 había considerado obras a las cinematográficas y les había otorgado la protección propia de aquéllas.

²⁸ «*Une création organiquement constituée*», según la propuesta conjunta del Gobierno belga y la Oficina Internacional presentada para la Conferencia de Bruselas, *Documents de la Conférence Réunie a Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*, Berna, 1951, p. 348.

²⁹ La referencia a estas últimas, que trae su origen del artículo 14(4) del Acta de Berlín, según se vio con anterioridad, la fundaba PLAISANT, el *General Rapporteur*, en el deseo de abarcar nuevas formas derivadas que pudieran ser inventadas en el futuro y que no podían ser previstas en aquel momento —*cf.* *Documents de la Conférence Réunie a Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*, Berna, 1951, p. 94.

debían ser tratadas como obras cinematográficas, pero había disparidades entre los diversos ordenamientos en relación con la fijación, al exigirla algunos de ellos como requisito para la protección de las creaciones intelectuales. La cuestión fue resuelta en el artículo 2(1) del CB conforme a la redacción otorgada por el Acta de Estocolmo³⁰ mediante la asimilación a las obras cinematográficas de aquellas otras «*expresadas* por procedimiento análogo a la cinematografía», prescindiendo de la exigencia de fijación³¹. Con la sustitución del término *obtenidas* empleado en el Acta de Bruselas por éste de *expresadas* parecía quererse destacar que lo relevante para llevar a efecto esa asimilación era que el resultado obtenido, los efectos expresados, y no el procedimiento a través del cual éstos se alcanzaban, fueran análogos a los propios de la cinematografía.

El proceso de dotar de autonomía a las obras cinematográficas culminaba con la nueva redacción del artículo 14 *bis* otorgada por el Acta de Estocolmo, cuando su número (1) calificaba la obra cinematográfica como obra original y concedía al titular del derecho de autor sobre ella los mismos derechos que al autor de una obra original. La cinematográfica quedaba así configurada, a todos los efectos, como una obra intelectual más integrante del elenco de obras protegidas que, de forma no exhaustiva, se enumeraban en el artículo 2(1), y no como una mera modalidad de explotación —reproducción y comunicación pública— de otros tipos de obras^{32, 33}.

La concesión de autonomía a las obras cinematográficas tuvo asimismo reflejo en el artículo I de la Convención Universal de Derechos de autor firmada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952, donde eran citadas como uno de los ejemplos de obras literarias, artísticas y científicas protegidas³⁴.

Los diversos ordenamientos nacionales siguieron una evolución paralela a la de las sucesivas revisiones del CB durante las décadas de los cincuenta y los sesenta. Así, en Francia, el artículo 3 de la Ley de derechos de autor de 11 de marzo de 1957 citaba entre las obras objeto de protección las cinematográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía,

³⁰ La cual puso fin a la Conferencia diplomática que tuvo lugar del 11 de junio al 14 de julio de 1967.

³¹ Cfr. *Actes de la Conférence de Stockholm de la Propriété Intellectuelle (1967)*, vol. II, Ginebra, 1971, p. 906.

³² Cfr. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 86 de la LPI», *cit.*, p. 1210.

³³ Desaparecía, sin embargo, el antiguo apartado quinto del artículo 14 del Convenio conforme a la redacción otorgada por el Acta de Bruselas, el cual extendía el régimen de la obra cinematográfica a la «reproducción o producción obtenida por cualquier otro procedimiento análogo a la cinematografía», circunstancia que ha inducido a algunos autores a considerar que la regulación establecida en este precepto no era de aplicación a obras distintas de la cinematográfica en sentido estricto —*vid.* DESBOIS, H., FRANÇON, A., y KEREVER, A., *Les Conventions Internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, París, 1976, p. 223; BALMASEDA ARIAS-DÁVILA, E., «La obra audiovisual en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual», en *AIC*, n.º 28, julio-septiembre, 1986, p. 75; o DELGADO PORRAS, «La propiedad intelectual y la explotación videográfica de las obras de ingenio», *cit.*, p. 1128, nota 42—. En contra, RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, *cit.*, pp. 587-588.

³⁴ Precepto que no fue modificado en la Revisión de París de 24 de julio de 1971.

sin distinción entre aquellas susceptibles de ser calificadas como obras de imaginación y aquellas otras que tuvieran carácter documental. En la misma línea, la Ley británica de 1956 reconocía autonomía propia a la película cinematográfica en su sección 13(10), con independencia de que fuera original o no. Distinción que sí se apreciaba, sin embargo, en la citada Ley italiana, donde las segundas, igual que en el Acta de Roma, eran protegidas como fotografías.

En el caso de España, fue la Orden de 22 de febrero de 1965 la primera, tras el fallido Proyecto de 1934, que abordó la cuestión de la protección de las obras cinematográficas, con el propósito de clarificar su regulación declarando aplicables a éstas las medidas gubernativas relativas a los derechos de autor sobre las obras teatrales y artísticas. Sin embargo, los apartados primero y segundo de la citada Orden fueron anulados por Orden de 14 de abril de 1965, la cual resolvía los recursos de reposición que contra ella se habían interpuesto, por entender que podía conducir al equívoco de que se estaban regulando «los derechos de autor derivados de las obras cinematográficas», materia sobre la que el Ministerio no tenía competencia. No hubo que esperar demasiado, sin embargo, para una más detallada normativa en este ámbito. Me refiero a la Ley de 31 de mayo de 1966, reguladora de los derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, que tenía carácter transitorio, en espera de la aprobación de una nueva Ley de Propiedad Intelectual, hecho que no acaecería hasta 1987. La Ley de 1966 no tenía que proclamar ya la susceptibilidad de protección de las obras cinematográficas, que ni tan siquiera definía, dedicándose a regular su autoría y los derechos de los intervinientes en su realización.

4. DE LOS AÑOS SETENTA A LA ACTUALIDAD: LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Aunque se produjo una última revisión del CB en 1971 en París, ésta no afectó a sus primeros veinte artículos, de modo que la regulación de la obra cinematográfica permaneció inalterada. En algunas de las reuniones de expertos celebradas a instancias de la OMPI desde entonces se ha abordado el tema de las obras cinematográficas, destacando al respecto el cambio de denominación. Es el caso del Comité de Expertos Gubernamentales reunido en Túnez del 23 de febrero al 2 de marzo de 1976, para desarrollar una ley tipo sobre derechos de autor para los países en vías de desarrollo³⁵, que, con vistas a la tutela de los nuevos productos pertenecientes al sector de la imagen y del sonido —la televisión, la película super ocho, el vídeo—, citaba las obras audiovisuales en la lista de obras protegidas junto a las radiofónicas y cinematográficas —art. 1.2, apartado sexto³⁶—. También el del Comité de Expertos de la OMPI reunido en París del 2 al 6 de junio de 1986 con el fin de establecer unos principios básicos en el campo de las obras audiovisuales y fonogramas, donde por primera

³⁵ Vid. RIDA, n.º 88, abril de 1976, pp. 156 y ss.

³⁶ Si bien, ante la falta de una definición adecuada de obra audiovisual, no se atrevió a asimilarla a la obra cinematográfica y a establecer para ellas un régimen jurídico particular.

vez en el contexto internacional se hacía referencia a *obras audiovisuales* como categoría genérica a la que pertenecen las obras cinematográficas³⁷. «Obra audiovisual» ha sido el término empleado desde entonces por estos Comités de Expertos en el ámbito de la OMPI³⁸, así como en el Tratado de Ginebra de 20 de abril de 1989 sobre Registro Internacional de Obras Audiovisuales³⁹.

En el ámbito comunitario se advierte la aparición de una nueva terminología en relación con el tema que nos ocupa. La Directiva 92/100/CEE del Consejo, 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, añadió el término «película» —*film*— al tradicional de obra cinematográfica y al hasta ahora novedoso de obra audiovisual. La definición contenida en su artículo 2.1 es idéntica a la que aparece en el artículo 3.3 de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, englobando la obra cinematográfica o audiovisual⁴⁰, por un lado, y las imágenes en mo-

³⁷ En la documentación preparatoria de la reunión se justificaba esta modificación por la mayor amplitud del nuevo término frente a la estrechez del tradicional. La expresión obra audiovisual incluye, se explica, todas las obras cinematográficas y otras obras —televisivas, videográficas— asimiladas a ellas y expresadas por medio de un procedimiento análogo a la cinematografía, cualquiera que sea la forma de fijación y su contenido —cfr. *Copyright*, 1986, p. 221—. También el *Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos*, OMPI, Ginebra, 1980, tiene una referencia a la obra audiovisual, que define como la perceptible a la vez por el oído y la vista, y que consta de una serie de imágenes relacionadas y de los sonidos que puedan acompañarlas, grabados sobre un material adecuado, con el fin de ser ejecutada por mediación de mecanismos idóneos.

³⁸ Como el Comité de Expertos sobre disposiciones tipo para la legislación en el campo de los derechos de autor que se reunió en Ginebra del 20 de febrero al 3 de marzo de 1989, o el reunido en la misma ciudad del 2 al 13 de julio de 1990.

³⁹ En cambio, el Acuerdo TRIPS, en su artículo 11, al tratar el derecho de arrendamiento alude a las obras cinematográficas en sentido amplio —pues no parece lógico excluir de dicha norma las obras videográficas, pensadas precisamente para su explotación a través de la distribución de ejemplares entre el público, ya sea mediante su venta, ya mediante su alquiler.

⁴⁰ En mi opinión, pese a que de la lectura de los artículos citados parece desprenderse una relación de sinonimia entre los términos «obra cinematográfica» y «obra audiovisual», es más correcto interpretarlos como nociones distintas, a la luz del artículo 3.3 de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. Este precepto se separa de la dicción del artículo 1.5 de la misma Directiva, que reproduce el tenor del artículo 2.2 de la Directiva sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines —estableciendo que el director se considerará autor o uno de los coautores de la *obra cinematográfica o audiovisual*—, cuando excepciona de la regla especial de adquisición de los derechos de emisión contemplada en el artículo 3.2 «las obras cinematográficas, incluidas las obras producidas mediante procedimientos semejantes a los de la cinematografía». Esta diversidad sólo tiene sentido si se entiende que no todas las obras audiovisuales son obras cinematográficas o producidas mediante procedimientos similares a la cinematografía, pues de lo contrario habría bastado la simple alusión a las obras audiovisuales o cinematográficas conjuntamente contempladas en otros lugares de esta Directiva y en las Directivas sobre alquiler y préstamo y sobre el plazo de protección —que se tramitaba simultáneamente—. Obsérvese, a mayor abundamiento, cómo el texto del artículo 3.3 de la Directiva 93/83/CEE difiere del tenor del artículo 2.1 del CB, que asimila a las obras cinematográficas las creaciones intelectuales *expresadas* por procedimiento análogo a la cinematografía. Cuando la Directiva alude a las obras producidas mediante procedimientos semejantes a la cinematografía se está refiriendo no a todas las obras que, al exteriorizarse, resultan similares a las obras cinematográficas, como el CB, sino a las

vimiento, por otro. Éstas últimas son productos audiovisuales excluidos de la categoría de obra por carecer de originalidad⁴¹. La noción de película, en consecuencia, se caracteriza por su amplitud, al abarcar toda forma de expresión audiovisual, constituya obra o no; y por requerir su fijación en un soporte material⁴².

En los ordenamientos nacionales, se ha apreciado en los últimos tiempos una tendencia al uso del término *obra audiovisual* en detrimento del más tradicional de *obra cinematográfica*. Así, la *Copyright Act* de los Estados Unidos de 19 de octubre de 1976 se refiere a obras audiovisuales en su artículo 102, de igual manera que lo hacen los artículos 14 y siguientes de la Ley belga⁴³, el artículo 5.7 de la eslovena⁴⁴, el artículo L. 112-2(6.º) de la francesa⁴⁵, el artículo 2.1 de la griega⁴⁶ o el artículo 2.2.g) de la suiza⁴⁷. Se da la circunstancia de que todas ellas son leyes creadas en la década de los noventa. En general, los ordenamientos que todavía se refieren a *obras cinematográficas* son aquellos cuyas leyes reguladoras de los derechos de autor datan de antes de 1970, aunque hayan podido ser modificadas parcialmente con posterioridad⁴⁸. Es el caso de las

que se realizan de igual forma que aquéllas, lo que no sucede, por ejemplo, con las obras multimedia que, como los videojuegos, pueden ser calificadas como obras audiovisuales. De acuerdo con esta interpretación, la excepción del artículo 3.3 no se aplicará a las obras audiovisuales que no se produzcan como las cinematográficas.

⁴¹ Sobre la inclusión de producciones audiovisuales que carecen del carácter de obra dentro del concepto de película empleado por las Directivas citadas incide REINBOTHÉ, J., «The EC Directive on rental and lending rights and rights related to copyright», en *Audiovisual Media and Copyright in Europe* (editores: JEHRAM, H. C.; KEUCHENIUS, P.; y SEIGNETTE, J.), Kluwer, Deventer, 1994, p. 44.

⁴² Esta última exigencia, que se extrae del propio significado de la palabra película, tiene su plasmación, aunque indirecta, en los textos mencionados. Así, al referirse la Directiva 92/100/CEE a la protección de los derechos de préstamo y alquiler, dado que éstos sólo pueden ejercitarse sobre objetos físicos, la película no puede constituir un mero bien inmateral. En el caso de la Directiva relativa al plazo de protección del derecho de autor y otros derechos afines, el requisito deriva de que la alusión a la película se incardina en el ámbito del derecho conexo del productor sobre la grabación. En uno y otro caso, pues, podría decirse que «película» es sinónimo de «grabación audiovisual». Ninguna de las Directivas mencionadas traza, sin embargo, la distinción entre obras cinematográficas y audiovisuales, ni tampoco las define.

⁴³ Ley de 30 de junio de 1994; última modificación importante por Ley de 31 de agosto de 1998.

⁴⁴ Ley de 30 de marzo de 1995.

⁴⁵ Ley N.º 92-597, de 1 de julio de 1992; últimas modificaciones importantes realizadas por las Leyes de 18 de diciembre de 1996, 27 de marzo de 1997 y 16 de junio de 1998.

⁴⁶ Ley N.º 2121/1993, de 4 de marzo, modificada por las Leyes 2435/1996, 2557/1997 y 2644/1998.

⁴⁷ Ley de 9 de octubre de 1992, modificada por Ley de 16 de diciembre de 1994.

⁴⁸ Un caso excepcional es el del *Código do direito de autor et dos direitos conexos* portugués, de 17 de septiembre de 1985, cuyo artículo 2.1, en la enumeración de obras protegibles, cita en su letra f) la obra cinematográfica, junto a las videográficas, televisivas, fonográficas y radiofónicas, para referirse a las obras audiovisuales en general en su artículo 176.5, junto a las cinematográficas, en la definición del «videograma». El Decreto Ley n.º 350/93, de 7 de octubre, que regula la actividad cinematográfica, contiene, a los efectos de la propia norma, definiciones de la obra audiovisual y la obra cinematográfica, conceptos que presenta como excluyentes. La primera, según el artículo 2.b), es una creación intelectual de imágenes en movimiento, acompañadas o no de sonidos, destinada prioritariamente a ser difundida por la televisión o a través de otros medios de reproducción, siempre que sea para ser vista en domicilios privados. La obra cinematográfica aparece en el apartado a) del mismo artículo y se describe como la creación intelectual de imágenes en movimiento, con o sin sonidos, destinada prioritariamente a su proyección comercial en salas públicas.

leyes alemana⁴⁹, danesa⁵⁰, finlandesa⁵¹, húngara⁵², italiana⁵³, japonesa⁵⁴, noruega⁵⁵ o sueca⁵⁶.

El tercer término en discordia, el de *película*, aparece en los ordenamientos inspirados por el sistema de *copyright* británico. Es el caso, aparte de la *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988 de Reino Unido —en lo sucesivo, CDPA—, de las *Copyright Acts* de Australia y Nueva Zelanda. Se caracterizan todos estos supuestos por proteger la grabación audiovisual, con independencia de que ésta constituya una obra o no. Es por ello que no se exige su originalidad⁵⁷. El concepto es, como vemos, idéntico al que ha adoptado la Unión Europea en las Directivas en materia de propiedad intelectual que se han referido a este tipo de productos. De hecho, es más que probable que la razón sea el intento por parte de ésta de aproximar en alguna medida los sistemas de *copyright* y los de derechos de autor⁵⁸.

En España, aunque la Ley de 1966 aludía a la obra cinematográfica, en la década de los setenta comenzó a introducirse en otras normas el término «audiovisual». Así, el Decreto 233/1971, de 21 de enero, versaba sobre el visado y autorización preceptivos para la producción y difusión de *material audiovisual*⁵⁹, que

⁴⁹ Artículos 2.6 y 88 y siguientes de la Ley de 9 de septiembre de 1965, modificada últimamente por las Leyes de 23 de junio de 1995, 19 de julio de 1996 y 22 de julio de 1997.

⁵⁰ Sección 1(1) de la Ley N.º 395/1995, de 14 de junio, modificada por la Ley N.º 1207/1996, de 27 de diciembre.

⁵¹ Artículo 1 de la Ley N.º 404/1961, de 8 de julio, modificada en los últimos tiempos por la Ley N.º 1654/1995.

⁵² Artículo 41 de la Ley N.º III de 1969, modificada por la Ley N.º LXXII de 1994.

⁵³ Artículo 2.6 de la Ley N.º 633/1941, de 22 de abril, modificada por última vez mediante decreto legislativo N.º 169/1999, de incorporación de la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos. Sin embargo, las transposiciones de las Directivas comunitarias en materia de propiedad intelectual han dado lugar a que otros preceptos de la Ley se refieran conjuntamente a obras cinematográficas, audiovisuales e imágenes en movimiento, haciendo propia la nomenclatura utilizada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea. Es el caso del artículo 18, sobre el derecho de remuneración de los autores por el contrato de alquiler celebrado por el productor con un tercero, del Capítulo I *bis* de la Segunda Parte de la Ley —art. 78 *bis*— en materia de derechos conexos del productor, o los artículos 79, 81, 84 y 171 *ter*.

⁵⁴ Artículo 2.3 de la Ley N.º 48/1970, de 6 de mayo, modificada por la Ley N.º 91/1995, de 12 de mayo.

⁵⁵ Sección 1(5) de la Ley N.º 2/1961, de 12 de mayo, modificada por la Ley N.º 27/1995, de 2 de junio.

⁵⁶ Artículo 1.4 de la Ley N.º 729/1960, de 30 de diciembre, modificada por la Ley N.º 1274/1995, de 7 de diciembre.

⁵⁷ La sección 14(1)(c) de la *Copyright Act* de Nueva Zelanda de 1994 califica la película como una obra original. Ha de entenderse, no obstante, que una película es original cuando no es una reproducción directa de una grabación preexistente. Esto explica que, de acuerdo con la sección 34(1) del mismo cuerpo normativo, la adaptación de una película no infrinja el *copyright* existente sobre ella.

⁵⁸ LAHORE, J., «The notion of audiovisual work: international and comparative Law», en *Les œuvres audiovisuelles et la propriété littéraire et artistique*, Association Littéraire et Artistique Internationale, Congrès du premier siècle du cinéma, París, Unesco, 17-22 de septiembre, 1995, p. 77, considera más verosímil esta hipótesis que la de la convicción de las autoridades comunitarias de que este término es más adecuado que «obra audiovisual» como expresión general en esta materia.

⁵⁹ Desarrollado por la Orden de 27 de febrero de 1973.

era aquel cuyo contenido fuera reproducible en la pantalla de un aparato receptor de televisión de uso privado, así como el destinado a la difusión pública por cualquier medio. De igual manera, el Real Decreto 2332/1983, de 1 de septiembre, regulaba la venta, distribución y exhibición pública de *material audiovisual*, concepto dentro del cual incluía la reproducción de obras cinematográficas, que distinguía de las reproducciones de otros contenidos audiovisuales⁶⁰. Se trataba, en cualquier caso, de regulaciones administrativas que atendían fundamentalmente al soporte en que se fijaba el producto audiovisual, no incidiendo sobre aspectos sustantivos de los derechos de autor sobre la creación intelectual incorporada. Fue preciso esperar hasta la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, para que se acogiera el término «obra audiovisual» en nuestro ordenamiento y se le otorgara una definición legal.

III. EL CONCEPTO DE OBRA AUDIOVISUAL

1. LA OBRA AUDIOVISUAL COMO CATEGORÍA GENÉRICA

El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual —en lo sucesivo TRLPI— dedica su artículo 86 al concepto de obra audiovisual. Consta de dos apartados, el primero de los cuales establece el ámbito objetivo de aplicación del Título VI del Libro I en el que se incardina, para lo cual define obra audiovisual a los efectos de los derechos regulados en la Ley; mientras que el segundo aclara que todas las obras que pueden entenderse subsumidas en el apartado anterior tendrán en lo sucesivo la denominación de obras audiovisuales.

De acuerdo con el artículo 86.1, «[l]as disposiciones contenidas en el presente Título serán de aplicación a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, entendiéndose por tales 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»⁶¹. En la delimitación del ámbito objetivo de aplicación del Título VI del Libro I,

⁶⁰ *Vid.* artículos 2 y 3.2 del Real Decreto, que distinguían en relación con la exhibición pública y el certificado de calificación por edades, respectivamente, la reproducción de una obra cinematográfica de las restantes reproducciones audiovisuales.

⁶¹ Debe su actual redacción al artículo 86 del Anteproyecto de noviembre de 1985. En el Borrador de Anteproyecto de la Ley de Propiedad Intelectual de septiembre de 1984 era el artículo 91 el que, con un distinto y más general tenor, se refería a la obra audiovisual en los siguientes términos: «[l]as disposiciones de este Título son aplicables a las obras expresadas por un procedimiento análogo a la cinematografía, ya sea en razón al formato, sistema o soporte, ya en cuanto al medio de explotación». Es interesante destacar cómo, si bien en el citado precepto, bajo la evidente influencia del CB, se tomaba como referente la obra cinematográfica para delimitar el ámbito objetivo de aplicación de las disposiciones de «este Título», determinándose por analogía los restantes tipos de obras incluidos, se impuso en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual un tenor tendente a establecer una definición autónoma de obra audiovisual, tal y como se había hecho en la sección 101 de la *Copyright Act* de los Estados Unidos de 1976, en la que sin duda se inspiraba aquél.

se refiere a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales. De hecho, «obras cinematográficas y demás obras audiovisuales» es la rúbrica de este Título VI, de donde se extrae, en primer lugar, que la obra audiovisual es el género al que pertenece, como especie, la obra cinematográfica⁶². La categoría «obra audiovisual» engloba diversas obras que tienen en común las características establecidas por el artículo 86.1 del texto legal, pero que se diferencian entre sí por el soporte material en que se fijan, por su modalidad de explotación o por su finalidad. En segundo lugar, hace patente que existe una uniformidad en la regulación de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras audiovisuales⁶³, que se ve exceptuada en este Título VI del Libro I del TRLPI en dos ocasiones: en el párrafo segundo del artículo 88.1, cuando restringe el alcance de la presunción de cesión de los derechos patrimoniales de los autores al productor en relación con la obra cinematográfica; y en el artículo 90.6, que declara inaplicables los apartados 3 y 4 del mismo artículo, en materia de remuneración, a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario.

2. EL CARÁCTER COMPLEJO DE LA OBRA AUDIOVISUAL

De la definición del artículo 86 y, sobre todo, de la determinación de la autoría conforme al artículo 87 es posible colegir el carácter complejo de la obra audiovisual. En primer lugar, conforme a su concepto legal, consiste en una serie de imágenes asociadas, con o sin sonido. Con ello se pretende hacer hincapié en que se trata de la integración de un conjunto de imágenes con los sonidos que puedan acompañarlas, de manera que su banda sonora, por exigencia

⁶² La cual se configura, sin embargo, como el paradigma de la obra audiovisual, girando en torno a ella la regulación contenida en este Título.

⁶³ Ahora bien, no se puede obviar que, cumpliendo los requisitos que permiten su subsunción dentro de la categoría general, son múltiples y diversos, como ya se ha señalado, los concretos tipos de obras audiovisuales, de manera que, a efectos distintos de la protección de los derechos vinculados a la propiedad intelectual, es posible que sean objeto de tratamiento jurídico particular. Así, la Ley 17/1994, de 8 de junio, de Protección y Fomento de la Cinematografía, en su artículo 3, define la obra cinematográfica comunitaria, cuya promoción se pretende a través del establecimiento de cuotas de pantalla —artículo 6— y de distribución cinematográfica —artículo 7—, sin que tales preceptos sean invocables en relación con el resto de obras audiovisuales. En el mismo sentido, el Real Decreto 81/1997, de 24 de enero, que desarrolla parcialmente esta ley y actualiza y refunde normas relativas a la coproducción de películas, salas de exhibición y calificación de las obras, modificado por el Real Decreto 196/2000, de 11 de febrero, para actualizar normas relativas a la producción y difusión cinematográfica y audiovisual, distingue en su artículo 19 las películas cinematográficas de carácter pornográfico o que realicen apología de la violencia —apartado primero—, de las obras audiovisuales, independientemente de su soporte, no destinadas a su proyección en salas cinematográficas, que también tengan carácter pornográfico o realicen apología de la violencia y no hayan sido calificadas conforme al procedimiento establecido para las anteriores —apartado segundo— con el fin de regular de forma diferente su calificación y su publicidad. Otro ejemplo de diversidad de regulación se encuentra en la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio. De acuerdo con ella, las reglas de inserción de publicidad son diferentes según nos encontremos ante largometrajes cinematográficos u otras obras audiovisuales de duración superior a cuarenta y cinco minutos que no sean series, seriales y emisiones de entretenimiento —obras

del legislador, se protege como un componente más de ella⁶⁴, y no como un fonograma⁶⁵. De igual manera, las composiciones musicales que, en su caso, hayan sido creadas para la obra audiovisual formarán parte de ésta y serán objeto de protección conjunta, como un todo unitario.

En segundo lugar, la obra audiovisual es un conglomerado de contribuciones llevadas a cabo por múltiples personas. Algunas de éstas, como el guión, los decorados, el vestuario o las composiciones musicales específicamente creadas para aquélla, pueden tener entidad y originalidad suficientes como para constituir obras independientes —pudiendo incluso ser explotadas separadamente siempre que no se haya pactado lo contrario ni perjudique la explotación común, tal y como establecen los artículos 7.3, 88.2 y 89.2 del TRLPI—. Otras, como las contribuciones del director, del montador o de los cámaras, están tan íntimamente relacionadas con la creación audiovisual que nunca podrían constituir una obra autónoma. Pero todas ellas se integran, por voluntad de los participantes, en la obra única que es la audiovisual. Esas aportaciones que serían obras independientes, caso de no haber sido concebidas para este proyecto conjunto, pierden parcialmente su potencial autonomía y pasan a formar parte integrante de la obra compleja⁶⁶. Así ocurre con el argumento, el guión y los

televisivas—; obras audiovisuales de menos de cuarenta y cinco minutos; programas informativos, documentales, religiosos o infantiles; emisiones deportivas o similares...

⁶⁴ Que la banda sonora forme parte integrante de la obra audiovisual y se proteja como tal no significa que las obras preexistentes y los fonogramas que se incorporan a ella pierdan su individualidad. Así, por ejemplo, la comunicación pública de una película supone asimismo la de los fonogramas y obras independientes contenidas en ella, de modo que es preciso que además del derecho de reproducción sobre todos ellos se haya cedido el de su comunicación pública (*vid.* la sentencia de la *High Court* de Australia de 20 de mayo de 1998, *Phonographic Performance Co. of Australia Ltd. contra Federation of Australian Commercial Television Stations*, reseñada en *IIC*, vol. 30, 1999, n.º 4, pp. 472-473).

⁶⁵ La integración de la banda sonora como parte de la obra audiovisual a la que acompaña no ha sido una cuestión pacífica en el derecho anglosajón. En los Estados Unidos la cuestión fue discutida hasta que la Oficina del *Copyright* primero —37 C.F.R. § 202.15(e) (1975)— y el Tribunal Supremo después (*Trophy Prods., Inc. contra Telebrity, Inc.*, 185 USPQ 830 —Sup. Ct., 1975—) declararon su inclusión como parte integrante de la obra cinematográfica, lo que fue confirmado por la *Copyright Act* de 1976 al hacer mención de los sonidos en la definición de obra audiovisual. En el Reino Unido, se ha llegado a idéntica conclusión tras sucesivos cambios legislativos. La *Copyright Act* de 1956, en sus secciones 12(9) y 13(9), superó la creencia doctrinal imperante en la época e incluyó la banda sonora dentro del concepto de película cinematográfica. Con posterioridad, la redacción originaria de la CDPA de 1988 la excluyó, como se deduce de su sección 5(1) y sus disposiciones transitorias (*schedule 1*, apartado 8). Por último, las *Duration of Copyright and Rights in Performances Regulations* (S.I. 1995 N.º 3297) restablecieron la situación existente bajo la Ley de 1956 al añadir a la CDPA la sección 5B(2), que comprende la banda sonora en la noción de película.

⁶⁶ Así lo pone de manifiesto DELGADO PORRAS, A, «La obra audiovisual. Planteamiento general», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, Madrid, 28-31 de octubre de 1991, pp. 736 y 737, para quien los diálogos, explicaciones y comentarios, son una creación literaria que se integra en la obra audiovisual. Sin embargo, y de ahí que califique la pérdida de autonomía como parcial, a diferencia de la sección 101 de la *Copyright Act* de los Estados Unidos, que en la definición de obra literaria excluye las obras audiovisuales, lo que ha venido siendo interpretado como que los textos que se integran en una obra audiovisual pasan a ser protegidos como parte de ésta, y no como obras independientes, entiendo que en el ordenamiento español, aunque los textos creados específicamente para la obra audiovisual se tutelan conjuntamente con ésta, no dejan por ello de ser obras en sí mismas consideradas, lo que permite su explotación separada y la protección de los derechos morales de su autor incluso frente a atentados que puedan tener lugar durante la realización de la obra común.

diálogos de una película, que serían por naturaleza obras literarias, o las composiciones musicales especialmente creadas para aquélla, las cuales serían obras musicales, por mencionar los supuestos más evidentes. Esto quiere decir que el doblaje, por ejemplo, produce una obra derivada⁶⁷. Más aún, el subtítulo a un idioma distinto del que emplea la obra original, como transformación —por traducción— de los diálogos que componen la obra en colaboración, genera igualmente una obra derivada. De este modo, las composiciones musicales originales especialmente creadas para la obra audiovisual y el argumento, el guión, la adaptación y los diálogos, se protegen como integrantes de la obra audiovisual, y no como meras obras musicales o literarias —lo que no quiere decir que, simultáneamente, no puedan constituir obras en sí mismas.

3. EL CONCEPTO LEGAL DE OBRA AUDIOVISUAL

Nuestro artículo 86 es un claro reflejo de la definición de obra audiovisual que aparece en la sección 101 de la *Copyright Act* estadounidense. En virtud de ésta, una obra audiovisual es una obra consistente en [1] una serie de imágenes relacionadas [2] intrínsecamente destinadas a ser mostradas mediante máquinas o aparatos como proyectores, visores o equipo electrónico, [3] con o sin sonidos, [4] con independencia de la naturaleza de los objetos materiales, tales como películas o cintas, en los que las obras se encuentran incorporadas. La estructura de la definición española es prácticamente idéntica: se trata de «[1] una serie de imágenes asociadas, [3] con o sin sonorización incorporada, [2] que están 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, [4] con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras».

El concepto de obra audiovisual que se desprende de una y otra definición es descriptivo. Ambas enumeran las características de esta categoría de obras o, lo que es lo mismo, establecen los requisitos que una obra ha de cumplir para merecer tal consideración. Tres son las notas propias de la obra audiovisual en el derecho norteamericano. En primer lugar, está compuesta por un conjunto de imágenes presentadas como integrantes de una unidad⁶⁸, sin necesidad de que produzcan una sensación de movimiento⁶⁹ ni de que vayan acompañadas de sonido. En segundo lugar, no puede ser directamente percibida, sino que su

⁶⁷ De la misma opinión es CASAS VALLÉS, «Comentario al artículo 87 de la LPI», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. t. V, vol. 4-B, Edersa, Madrid, 1995, p. 139.

⁶⁸ Tal y como fue declarado en el caso *Midway Mfg. Co. contra Artic International, Inc.*, 704 F.2d 1009 (7th Cir., 1983), en relación con un videojuego.

⁶⁹ Las obras audiovisuales que provocan en el espectador una sensación de movimiento son las que la Ley denomina *motion pictures*, que vienen definidas más adelante en la propia sección 101 como obras audiovisuales consistentes en una serie de imágenes relacionadas que, cuando se muestran en sucesión, producen una impresión de movimiento, junto con los sonidos que las acompañen, si los hay. Este tratamiento de la obra audiovisual como concepto genérico en que se integran las

exteriorización se lleva a cabo a través de aparatos. Por último, como cualquier obra en el derecho estadounidense, ha de cumplir los requisitos de originalidad y fijación —sección 102(a) de la *Copyright Act*—, si bien es irrelevante el tipo de soporte material en que ésta se lleva a cabo. Hasta qué punto el artículo 86 de nuestra Ley reproduce no ya el texto de la definición de la sección 101 de la *Copyright Act* de Estados Unidos, sino también su sentido, será objeto de análisis en las próximas páginas.

IV. LOS RASGOS DISTINTIVOS DE LA OBRA AUDIOVISUAL

Del artículo 86 del TRLPI se extrae el conjunto de notas caracterizadoras de una obra audiovisual. Las que se mencionan en el precepto constituyen los rasgos específicos de esta categoría de obras: su composición de imágenes asociadas, su exteriorización indirecta y la irrelevancia tanto del soporte material al que se pueda incorporar, como de que se encuentre o no sonorizada. A las anteriores hay que añadir el requisito general de la originalidad que ha de cumplir toda obra.

1. LA OBRA AUDIOVISUAL COMO SERIE DE IMÁGENES ASOCIADAS

Sin duda, la característica más sobresaliente de la obra audiovisual es el estar compuesta por una serie de imágenes asociadas. Qué haya de entenderse por tal es una cuestión discutida por nuestra doctrina. El debate se centra en la necesidad o no de que las imágenes generen una impresión de movimiento.

De la diversidad existente en el plano internacional se puede colegir que la obra audiovisual no requiere ni deja de requerir, por naturaleza, causarle al espectador una sensación de movimiento⁷⁰. En efecto, en el Derecho Comparado cabe

motion pictures procede del Proyecto de Reforma de la *Copyright Act* de 1909 del Comité Judicial de 1966. Los proyectos anteriores hacían referencia únicamente a las *motion pictures*. Fueron las pretensiones de los representantes de la industria audiovisual las que lograron la inclusión de las obras audiovisuales junto a aquéllas, al entender que se asemejaban más a ellas que a las obras plásticas, pretensiones que fueron acogidas por el Comité y, con posterioridad, por el Legislador. Vid. *Copyright Law Revision: Hearings on H.R. 4347 et al. Before Subcommittee No. 3 of the House Judiciary Committee*, 89th Congress, 1st Session, 1071-1081; 1184-1193 y 1900-1905 (1965).

⁷⁰ Tanto a favor como en contra de esta exigencia se han manifestado los Comités de Expertos reunidos en el ámbito de la OMPI. Así, en la reunión del Comité de Expertos de la OMPI y la UNESCO que tuvo lugar en París del 2 al 6 de junio de 1986 con el fin de establecer unos principios básicos en el campo de las obras audiovisuales y fonogramas, se incluían dentro de la expresión «obra audiovisual» las obras cinematográficas y las asimiladas a ellas y expresadas a través de un procedimiento análogo a la cinematografía, cualquiera que fuera la forma de fijación y su contenido, definición que, al tomar como referente la obra cinematográfica, parecía optar implícitamente por la necesidad de sensación de movimiento. Sin embargo, el Memorandum preparado por la Oficina Internacional de la OMPI para el Comité de Expertos sobre disposiciones tipo para la legislación en el campo de los derechos de autor que se reunió en Ginebra del 20 de febrero al 3 de marzo de 1989 delimitaba de forma autónoma el concepto de obra audiovisual, que definía como aquella consistente en una serie de imágenes relacionadas y los sonidos que la acompañan, si los hay, que pretende ser mostrada a través de instrumentos adecuados. Desaparecida la referencia a la obra cinematográfica, la definición

distinguir los supuestos en los que se alude a la «obra cinematográfica» de aquellos en los que se opta por «obra audiovisual», así como de los ordenamientos de influencia anglosajona que utilizan el vocablo «película». En el primer caso, la elección del término hace innecesaria alusión alguna a la impresión de movimiento, pues ésta va implícita en la propia denominación⁷¹. En el segundo, por el contrario, la voz «obra audiovisual» no permite deducir si aquella se requiere o no. Por ello los ordenamientos que han acogido esta terminología más moderna contienen normalmente una previsión legal expresa al respecto⁷². Lo mismo sucede en las legislaciones que se han decantado por el término «película», que incide en la fijación sobre un soporte material de una serie de imágenes, más que en la cuestión de la animación⁷³. Ante el silencio legal en los supuestos en que se acoge el término «obra audiovisual», la hete-

quedaba huérfana en relación con la necesidad o no de producir un efecto de movimiento, aunque la amplitud de su tenor inclinaba la balanza hacia el lado de la exclusión de esta exigencia. Más claro resultaba el artículo 2 del Tratado sobre Registro Internacional de Obras Audiovisuales adoptado en Ginebra el 18 de abril de 1989 —el cual no ha sido ratificado por España—, cuyo tenor no mencionaba la impresión de movimiento por expreso rechazo de esta exigencia. Según éste, «[s]e entenderá por «obra audiovisual» toda obra que consista en una serie de imágenes fijadas relacionadas entre sí, acompañadas o no de sonidos, susceptible de hacerse visible y, si va acompañada de sonidos, susceptible de hacerse audible». Con posterioridad, sin embargo, la Oficina Internacional, en la documentación preparatoria para la tercera sesión del Comité de Expertos sobre disposiciones tipo para la legislación en el campo de los derechos de autor que se reunió del 2 al 13 de julio de 1990 en Ginebra, consciente de la falta de acuerdo internacional sobre este requisito, decidió remitir la cuestión a los Estados firmantes, para lo cual utilizó en su definición el sistema de corchetes, que les permitía optar por su inclusión o no. Según ésta, una obra audiovisual es cualquiera «consistente en la fijación de una serie de imágenes relacionadas [que produce una impresión de movimiento], con o sin sonidos, susceptible de ser vista y, cuando va acompañada de sonidos, susceptible de ser oída». La inserción del criterio de movimiento no dejó de ser criticada por alguno de los expertos.

⁷¹ Así, en Alemania, aunque el artículo 2.1.6 UrhG se limita a incluir en la lista de obras protegidas las obras cinematográficas —*Filmwerke*—, incluidas las obras que son creadas de forma similar; doctrina y jurisprudencia han venido comprendiendo en este concepto toda secuencia de imágenes, con o sin sonido, que produce la sensación de movimiento. Vid. LOEWENHEIM, U., «Kommentar zu § 2 UrhG», en *Urheberrecht Kommentar*, coordinados por SCHRICKER, G., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1999, p. 120; o HERTIN, P. W., «Kommentar zu vor § 88 UrhG», en FROMM y NORDEMANN, *Urheberrecht Kommentar*, 9.ª ed., Stuttgart, 1998, p. 597. Este requisito de que las imágenes creen una impresión de movimiento ha sido relativizado, que no eliminado, por algún autor. Así, SCHULZE, G., «Die Tonbildschau-Ein Werk, das «ähnlich wie Filmwerke» geschaffen wird», en *FuR*, 1983, p. 377, califica como obra creada de forma similar a la cinematográfica la compuesta por imágenes estáticas conectadas acompañadas de sonido, como el espectáculo de diapositivas con texto y música.

⁷² Es el caso de los Estados Unidos, donde de la definición de *motion picture* como una especie de obra audiovisual singularizada por producir la impresión de movimiento se infiere que no es éste un requisito indispensable para la categoría general. En Francia, por el contrario, el artículo L. 112-2.6.º del CPI, que reproduce el que fuera artículo 3 de la Ley de 3 de julio de 1985, incluye dentro de la categoría de obra audiovisual las cinematográficas y *otras obras consistentes en secuencias animadas de imágenes*, de igual manera que el artículo 103 de la Ley eslovena se refiere a ella como una *secuencia de imágenes asociadas en movimiento*.

⁷³ Aunque las definiciones legales suelen exigirla expresamente. La sección 5B(1) de la Ley británica define «película» como una grabación sobre cualquier soporte desde el que una *imagen en movimiento* puede ser por cualquier medio producida. Muy similar es la *Copyright Act* australiana de 1968, que alude a la «película cinematográfica», expresión con la que da nombre al agregado de imágenes visuales incorporadas en un objeto de forma que, a través del uso de éste, pueda ser mostrada como una *imagen en movimiento* o ser incorporada a otro objeto mediante cuyo uso pueda ser exhibida de la misma manera —sección 10.

rogeneidad existente en el plano internacional impide adoptar *a priori* el criterio de la animación como esencial para la subsunción de una obra en dicha categoría⁷⁴.

En España, el legislador de 1987 omitió toda alusión a la sensación de movimiento. Pese a inspirarse en la legislación gala para regular la obra audiovisual, no tuvo en cuenta la definición que la Ley de 1985 incorporó a la Ley de Propiedad Intelectual de 1957 y que se ha mantenido en el *Code* vigente hoy⁷⁵. Muy al contrario, lo que hizo fue importar la definición estadounidense, cuyo tratamiento del rasgo de la forma de expresión de la obra audiovisual es opuesto al de la francesa. La *Copyright Act* se centra en la unidad que han de conformar, de manera harto flexible, las imágenes. El vínculo que se requiere es suficientemente amplio como para admitir que una serie de diapositivas quede subsumida en esta categoría. No se exige sensación de movimiento, ni tan siquiera la noción de secuencia de imágenes. En consecuencia, la opción de nuestro legislador por la americana, a primera vista, parece rechazar, de manera implícita, el criterio del movimiento como caracterizador de la obra audiovisual⁷⁶.

Sin embargo, no comparte esta opinión un importante sector doctrinal. Varios argumentos se han esgrimido a favor de la exigencia de la animación. En primer lugar, se ha mantenido que lo que distingue la sucesión de fotografías de la obra audiovisual es el carácter estático de aquéllas frente al dinámico de ésta⁷⁷. Con ello se pretende impedir que lo que no es sino una colección de obras fotográficas o meras fotografías se rija por las normas especiales contempladas por los artículos 86 y siguientes del TRLPI. Esta contraposición entre imágenes estáticas y animadas no se desprende, sin embargo, del texto del artículo 86, que sólo requiere la asociación, que no la animación, de las imágenes

⁷⁴ Más cuando la opción por la «obra audiovisual» se justifica por la mayor amplitud del término, con el fin de que pueda albergar formas de expresión novedosas frutos de las nuevas tecnologías.

⁷⁵ El *Code* francés, como ya lo hacía el artículo 3 de la Ley de 1985, requiere que las imágenes conformen una *secuencia animada*.

⁷⁶ Aunque en forma alguna puede utilizarse este argumento como definitivo. Téngase en cuenta, al respecto, que en nuestra tradición jurídica la expresión utilizada hasta 1987 era «obras cinematográficas», las cuales se caracterizan por etimología y definición, entre otras notas, por el movimiento de las imágenes que las componen, y que el propio TRLPI actual alude a las «obras cinematográficas y demás obras audiovisuales», lo que denota que la obra cinematográfica es el paradigma de la obra audiovisual.

⁷⁷ Cfr. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 86 de la LPI», *cit.*, p. 1219. Esta autora fundamenta también su postura favorable al requisito de la animación de la secuencia de imágenes en el hecho de que las obras audiovisuales están esencialmente destinadas, tal y como la ley establece, a ser mostradas mediante aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido. Ahora bien, en mi opinión, tal destino esencial no implica que haya de tratarse de una secuencia animada. Con el mismo propósito de diferenciar las obras audiovisuales de las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo al de la fotografía del artículo 10.1.h) del TRLPI, recurre al criterio del movimiento VILLAR ARREGUI, M., «Derechos de autor. Especial referencia a las obras audiovisuales. Contenido del derecho, con especial referencia a la comunicación pública», en *La protección jurídica de la obra audiovisual*, publicado por EGEDA (FAP), Madrid, 1995, p. 37.

nes⁷⁸. Si la colección de fotografías no constituye una obra audiovisual no es por no generar la impresión de movimiento, sino por no estar asociadas las imágenes en el sentido legal que en breve se expondrá o por no requerir, por esencia, ningún aparato para su exteriorización.

Un segundo argumento que se ha esgrimido a favor de la exigencia de animación en el concepto de obra audiovisual es la mención de «imágenes en movimiento» en las Directivas 92/100/CEE y 93/98/CEE⁷⁹, denominación que reciben, como ya se indicó, las grabaciones audiovisuales que producen esa sensación cuando no constituyen obras. En contra de este razonamiento puede alegarse, en primer lugar, que las definiciones del TRLPI de obra y grabación audiovisual proceden de la Ley de 1987, anterior a las Directivas. En segundo lugar, el propósito de éstas es armonizar, que no igualar, las regulaciones de los Estados miembros en relación con algunos aspectos pertenecientes al ámbito de la propiedad intelectual, y no apreciándose en las Directivas un interés por unificar la noción de obra audiovisual⁸⁰, los Estados son libres de definirla en términos más amplios en sus ordenamientos internos siempre que a la creación intelectual que merece tal consideración conforme a las Directivas les otorguen el trato previsto por éstas. Por último, no es evidente que las Directivas exijan la sensación de movimiento para las obras audiovisuales, en vista de que no vienen éstas definidas en ningún momento. De su mención conjunta con las obras cinematográficas y las imágenes en movimiento podría inferirse que requieren la impresión a la que aludo, pero también lo contrario: si se contraponen a ambas es porque tal vez no ha de cumplirse dicha exigencia.

El tercer argumento favorable a la exigencia del criterio de movimiento lo encuentran algunos autores en la definición de las grabaciones audiovisuales del artículo 120 del TRLPI —antiguo art. 112 LPI—⁸¹, con la que el artículo 86 ha de mantener una relación sistemática. Al consistir en «grabaciones de planos o secuencias de imágenes», consideran que, aun cuando no se haga mención expresa de la necesidad de que se encuentren animadas, la utilización de los citados términos reconduce a la cinematografía, caracterizada por crear el efecto que aquí se discute⁸². Ciertamente, los artículos 86 y 120 del TRLPI han de

⁷⁸ Aunque siempre que las imágenes conforman una secuencia animada se entiende que están asociadas, no ocurre lo mismo a la inversa. Es decir, no todo conjunto de imágenes asociadas genera una impresión de movimiento. Interpretar que sólo las imágenes animadas se encuentran asociadas supone restringir un concepto cuyo sentido no acotó el legislador, habiendo podido hacerlo.

⁷⁹ Cfr. ORTI VALLEJO, A., «Comentario al artículo 112 de la LPI», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., t. V, vol. 4-B, Edersa, Madrid, 1995, p. 452.

⁸⁰ Todo lo más se señala qué ha de entenderse por película a los efectos de la Directiva.

⁸¹ Cfr. DELGADO PORRAS, A., «Obras audiovisuales». Esquema, mecanografiado y divulgado, de la conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Madrid el 7 de mayo de 1991, en el marco del «Seminario sobre propiedad intelectual», organizado por el Ministerio de Cultura, según citan ROGEL VIDE, «La copia privada de las obras audiovisuales», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, Madrid, 28-31 de octubre de 1991, p. 616, y VILLAR ARREGUI, «Derechos de autor. Especial referencia a las obras audiovisuales. Contenido del derecho, con especial referencia a la comunicación pública», *cit.*, p. 37, quienes suscriben su opinión.

⁸² *Vid.*, en este sentido, ORTI VALLEJO, «Comentario al artículo 112 de la LPI», *cit.*, p. 451, para quien la sensación de movimiento se presupone en la definición de grabación audiovisual.

ser interpretados de manera sistemática, pues el sentido del calificativo «audiovisual» es el mismo en ambos casos. La diferencia entre las obras y las grabaciones audiovisuales reside en los propios conceptos de obra y grabación. Mientras que la obra es una creación intelectual original, se encuentre o no fijada, la grabación es una fijación de imágenes en un soporte material, sea o no original, o lo que es lo mismo, constituya o no una obra audiovisual. Más allá de estos aspectos, obras y grabaciones audiovisuales son esencialmente iguales⁸³. Por ello, entiendo que la «serie de imágenes asociadas» del artículo 86 puede reconducirse al «plano o secuencia de imágenes» del artículo 120 y viceversa, o mejor dicho, que ambas definiciones se complementan mutuamente, de modo que para interpretar la expresión «serie de imágenes asociadas» nos podemos servir de las nociones de «plano» y «secuencia de imágenes».

Los términos «plano» y «secuencia de imágenes» no son sinónimos. Un «plano» es la porción de grabación efectuada ininterrumpidamente, desde que la cámara comienza a filmar hasta que cesa de hacerlo, aludiendo, por lo tanto, a la cinematografía o procedimientos análogos de captación de objetos reales. Una «secuencia de imágenes» es la sucesión ordenada de imágenes que guardan alguna relación entre sí⁸⁴. A diferencia del plano, la mayor amplitud de este segundo concepto permite la subsunción en él de series de imágenes cuya obtención no requiere la filmación del mundo real, como ocurre con los dibujos animados tradicionales o la animación por ordenador.

A partir de las definiciones anteriores, puede apreciarse que, en abstracto, todo plano es una secuencia de imágenes⁸⁵ que normalmente producirá una sensación de movimiento en el espectador⁸⁶. Por el contrario, no toda secuencia de

⁸³ Si la Ley segunda o no esta apreciación es algo que no se desprende con claridad de su tenor literal. La distinta descripción del nexa que une las imágenes realizada por las definiciones de sus artículos 86 y 120 le permite al intérprete optar entre su integración o su diferenciación. COCA y MUNAR se han decantado por esta última, considerando que los preceptos se oponen, entre otras razones, por el contenido de lo grabado: una «serie de imágenes asociadas» en el primero frente a «un plano o secuencia de imágenes» en el segundo. La asociación de las imágenes en la obra audiovisual, entienden, requiere una dirección y un montaje, lo que no se precisa en la grabación, donde basta un operador que fije los planos. Esta circunstancia les permite catalogar la obra cinematográfica como obra audiovisual y excluir de dicho concepto, por ejemplo, la grabación videográfica de una fiesta familiar. Extraer este requisito del término «asociadas» se me antoja, no obstante, excesivo. La inexistencia de una dirección, un montaje o un guión previo no impiden que el producto grabado pueda ser una obra audiovisual, la cual se distingue por ser una creación original, no por ser el producto de la labor de un director, un montador y un guionista. *Vid.*, en la misma línea, ORTI VALLEJO, «Comentario al artículo 112 de la LPI», *cit.*, p. 452.

⁸⁴ «Secuencia», en el ámbito cinematográfico, se utiliza también en sentido impropio para denominar ya la sucesión no interrumpida de planos pertenecientes a una misma línea argumental —las más de las veces—, ya al propio plano —las menos—. Obsérvese, sin embargo, que estos significados impropios se predicen del término «secuencia», no de la expresión «secuencia de imágenes».

⁸⁵ Por ser el resultado de una grabación ininterrumpida una sucesión ordenada de imágenes.

⁸⁶ No obstante, esta sensación no se produce en el supuesto de un plano fijo de un objeto inmóvil, pues en este caso las múltiples imágenes sucesivas son exactamente iguales, de modo que generan una impresión de absoluta quietud.

imágenes constituye un plano ni ha de estar animada, como ocurre cuando se trata de imágenes estáticas simples, individualmente obtenidas, que se disponen de una forma ordenada y rígida.

De las nociones de «plano» y «secuencia de imágenes» se extraen varias consecuencias igualmente importantes. La primera es que la fijación a que hace referencia el concepto de grabación puede ser tanto de imágenes de objetos del mundo real como de imágenes artificialmente creadas, de manera que encuentra acomodo en el artículo 120 no sólo el producto de una filmación realizada mediante una cámara, sino también la fijación de una secuencia de imágenes generadas por un dibujante o un ordenador. La segunda es que, si bien el concepto de grabación audiovisual requiere una estrecha relación secuencial entre las imágenes, no es precisa la creación de una sensación de movimiento⁸⁷. Por último, y aunque el artículo 120 denomina grabación audiovisual a la fijación de un plano o secuencia de imágenes —en singular—, es evidente que una única grabación puede estar formada por uno o varios planos o secuencias⁸⁸. En tal caso podrá consistir en una sucesión de planos lineal⁸⁹ o no lineal⁹⁰, sin que ello altere su calificación. Es decir, la grabación audiovisual está integrada en todo caso por una o varias secuencias de imágenes, pero no es necesario que se sucedan siguiendo un orden rígido.

Las apreciaciones anteriores nos han de ayudar a interpretar la expresión «serie de imágenes asociadas» contenida en el artículo 86 del TRLPI. En los Estados Unidos los tribunales, debido a la amplitud con la que han venido interpretando la definición legal de obra audiovisual, han flexibilizado en una medida considerable la relación preceptiva entre las imágenes⁹¹. En España hay quien aboga por una interpretación extensiva de la expresión «imágenes

⁸⁷ Tan grabación audiovisual puede ser, a los efectos del derecho conexo del productor, la que se hace de un evento deportivo, como el documental que se realiza a partir únicamente de numerosos planos fijos de los siempre magníficos cuadros de Velázquez expuestos en el Museo del Prado de Madrid.

⁸⁸ La interpretación literal nos llevaría al absurdo de tener que considerar cada plano de una obra cinematográfica como una grabación audiovisual independiente, cuando es claro que todos ellos responden a una intención y a una inversión comunes y han de ser objeto de tratamiento unitario.

⁸⁹ Constituyendo una secuencia ordenada y rígida de imágenes.

⁹⁰ En tal caso, se tratará de un conjunto de planos o secuencias de imágenes que se suceden de forma aleatoria o según determine el usuario, sin conformar, en consecuencia, una secuencia única de imágenes.

⁹¹ Como ya se ha indicado, lo relevante es que las imágenes que componen la obra audiovisual conformen una unidad temática —*vid.* 113 CONG. REC. 8587-8588 (1967) y *Atari Games Corp. contra Oman*, 888 F.2d 878 (Columbia Cir., 1989)—, sin necesidad de constituir una secuencia —*cfr.* *WGN Continental Broadcasting Co. contra United Video, Inc.*, 693 F.2d 622 (7th Cir., 1982)—. De esta forma, entran dentro de la consideración de «series of related images» supuestos tales como la unión de un programa televisivo de noticias con un teletexto que lo complementa (*cfr.* *WGN Continental Broadcasting Co. contra United Video, Inc.*, 693 F.2d 622 (7th Cir., 1982)—; un disco compacto que, cuando se conecta a una salida de vídeo, muestra en una pantalla el texto de las canciones —sin otras imágenes— simultáneamente a su reproducción sonora (*cfr.* *ABCKO Music, Inc. contra Stellar Records, Inc.*, 96 F.3d 60 —2nd Cir., 1996—; un oso de peluche animado que habla y canta a la vez que se mueve en consonancia (*cfr.* *Worlds of Wonder, Inc., contra Veritel Learning Systems, Inc.*, 658 F. Supp. 351 (N.D. Texas, 1986) y *Worlds of Wonder, Inc., contra Vector Intercontinental, Inc.*, 635

asociadas», al estilo de la que predomina allende los mares⁹². Entiendo, sin embargo, que, dados el carácter restrictivo para los derechos de los autores de la regulación especial contenida en los artículos 86 y siguientes y la posibilidad de otorgar plena protección conforme a otras normas del TRLPI a la obra que no cumpla los requisitos propios de la obra audiovisual, la definición legal de «obra audiovisual» debe ser objeto de una interpretación estricta. Esto no nos debe conducir, sin embargo, a denegar una calificación razonable recurriendo a supuestas exigencias no contempladas por la definición legal por el mero hecho de la dificultad de aplicarle el estatuto previsto, pues en tal caso nos veríamos obligados a negar el carácter de obra audiovisual a múltiples creaciones intelectuales que cumplen sus rasgos definitorios pero cuya realización difiere de la propia de la obra cinematográfica, en la cual se basa el Título VI del Libro I del TRLPI.

En consonancia con la interpretación rigurosa de la definición de obra audiovisual, hemos de otorgar a sus términos un sentido preciso, lo que no parece hacerse allende los mares. La esencia de este tipo de obras es que se componen de imágenes. «Imagen», con la acepción que aquí nos interesa, es la «re-

F. Supp. 135 —N.D. Ohio, 1986— y, por supuesto, los videojuegos. Para un breve comentario crítico sobre los casos citados, *vid.* PATRY, W. F., *Copyright law and practice*, vol. I, The Bureau of National Affairs, Washington, 1994, pp. 286-291, quien estima que en la mayoría de ellos se ha malinterpretado la definición legal.

⁹² *Vid.* BOUZA LÓPEZ, M. A., *La protección jurídica de los videojuegos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 144. Sin embargo la amplitud de la definición norteamericana viene avalada, en mi opinión, por dos circunstancias que no se dan en nuestro sistema de propiedad intelectual. En primer lugar, la *Copyright Act* no establece ningún régimen especial para las obras audiovisuales —lo cual no quiere decir que no existan especialidades puntuales, como por ejemplo las establecidas por la sección 109(h), en relación con el límite al derecho exclusivo de reproducción, o 110(1), en materia de límites al derecho exclusivo de comunicación pública—, de manera que las consecuencias de la calificación de una obra como tal son más limitadas que en nuestro país. En segundo lugar, y más importante, aunque se entiende que la obra es protegible desde el momento mismo de su creación, su registro se constituye como prerrequisito para el ejercicio de las acciones por infracción del *copyright* conforme a la sección 411(a) de la *Copyright Act*, salvo para las acciones por infracción del *copyright* de obras que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del CB cuyo país de origen no son los Estados Unidos o para las acciones por violación de los derechos a la paternidad e integridad de la obra reconocidos en la sección 106A(a), ninguna acción por infracción del *copyright* puede ser ejercitada hasta que no se haya solicitado el registro del *copyright*; es más, incluso en el supuesto de una obra cuyo país de origen, cuando no sea distinto de los Estados Unidos, pertenezca al CB, su registro es esencial con vistas a una posible acción por vulneración del *copyright*, pues conforme a la sección 411(b) de la Ley estadounidense, sólo en relación con obras inscritas pueden reclamarse los conocidos como daños legales (*statutory damages*) y las costas de abogados (*attorney's fees*), circunstancia esta última nada desdeñable en una nación donde los honorarios a satisfacer a los abogados son verdaderamente millonarios—. El registro, como es lógico, no se lleva a cabo de una manera abstracta, sino que la obra se inscribe como perteneciente a una categoría —la Oficina del *Copyright* registra obras distintas de diversa manera, existiendo por ejemplo impresos para las obras literarias no dramáticas, para los fonogramas, para las obras artísticas de carácter visual, o para las obras de interpretación y escena, entre las que se encuentran las obras dramáticas, musicales y audiovisuales—, lo cual obliga al registrador a flexibilizar los conceptos con el fin de facilitar la calificación jurídica de las creaciones intelectuales cuya inscripción se solicita. En España, por el contrario, el registro de las creaciones intelectuales no tiene sino un carácter probatorio de la existencia de los derechos tal cual están inscritos —art. 145.3 TRLPI—, de manera que la calificación otorgada por el registrador no reviste tanta importancia, por lo que, en principio, no es tan preciso interpretar las categorías de obras del artículo 10 de la Ley extensivamente.

producción de la figura de un objeto por la combinación de los rayos de luz»⁹³, pues éste es el único significado coherente con la posterior exigencia de susceptibilidad de esa imagen de ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido⁹⁴.

Las imágenes, en el sentido mencionado, han de estar asociadas. Es evidente que su grado máximo de vinculación se produce cuando, mostradas en sucesión, producen una impresión de movimiento. Pero podrían estar también relacionadas —por ejemplo temáticamente— imágenes que no producen esta sensación o que ni tan siquiera se integran secuencialmente⁹⁵. Por ello, para establecer qué imágenes relacionadas se encuentran asociadas a los efectos del artículo 86, recurriremos a las apreciaciones realizadas al interpretar el artículo 120. Del artículo 120 es posible colegir que no es preciso que la serie de imágenes asociadas constituya una secuencia animada, pero sí que tenga un cierto carácter secuencial⁹⁶. Tal carácter se traduce en que se compone de una o varias secuencias de imágenes, si bien, en este último caso, con el matiz de que no es necesario que las secuencias se hallen a su vez, y valga la redundancia, secuencialmente ordenadas.

⁹³ Voz «imagen», *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia, vigésima primera edición, Madrid, 1992.

⁹⁴ No cumplen este requisito ni un oso de peluche animado, que sería un objeto, no la reproducción de la figura del objeto; ni un disco compacto que incorpora junto a la grabación sonora el texto de la misma de tal manera que, conectado a una salida de vídeo, puede ser exhibido en un televisor simultáneamente con el sonido, puesto que el texto no es un objeto cuya figura se pueda reproducir. Tampoco es imagen un teletexto que complementa un programa televisivo. Sin embargo, en este caso cabe su integración en la obra audiovisual, dado que el carácter complejo de ésta admite la incorporación de elementos literarios —como pueda ser el guión de una película— o musicales.

⁹⁵ Por ejemplo un salvapantallas que exhibe de manera aleatoria imágenes estáticas representativas de distintas razas de perros en el monitor de un ordenador.

⁹⁶ Si el concepto de obra audiovisual no exige el criterio del movimiento, nos encontramos con el problema de la distinción entre la mera sucesión de fotografías y la obra objeto de esta exposición. Dados los demás rasgos de la obra audiovisual, sobre los que incidiré a continuación, y en especial la necesidad de que esté esencialmente destinada a ser mostrada a través de aparatos de proyección u otros medios de comunicación pública de la imagen y del sonido, la única sucesión de fotografías que puede plantear confusión es la que se lleva a cabo mediante un proyector de diapositivas, un aparato receptor de televisión o la pantalla de un ordenador. No toda exposición de fotografías por tales medios constituye una obra audiovisual —de hecho, muy pocas veces un espectáculo de diapositivas cumplirá todos los requisitos para ser calificado como obra audiovisual—. Cuando estos formatos se utilizan exclusivamente para reproducir y comunicar al público fotografías preexistentes no nos encontramos ante una obra audiovisual, sino ante la explotación de las obras fotográficas o meras fotografías —o de la colección—. Una de las razones es la falta de una suficiente originalidad que permita hablar de una obra derivada. Se trata de la misma obra preexistente explotada de un modo diverso. La cuestión se complica cuando las fotografías no son preexistentes, sino que se toman *ex profeso* para constituir una obra unitaria que sea objeto de proyección —diapositivas— o comunicación pública a través de un televisor o un ordenador —por ejemplo, un salvapantallas—. La solución que propongo, válida igualmente para el supuesto anterior, no se basa tanto, sin embargo, en el requisito de la asociación de las imágenes, forma en la que tradicionalmente se ha abordado la cuestión, como en el de la exteriorización indirecta. Por ello remito su análisis a aquel lugar, no sin antes adelantar que allí mantendré su exclusión del concepto de obra audiovisual.

En conclusión, según la interpretación que sugiero de la expresión «serie de imágenes asociadas», el primer requisito de la obra audiovisual es el de estar constituida por un grupo de imágenes con cierto carácter secuencial que, con independencia de que produzcan o no una sensación de movimiento, se integran en una unidad temática.

2. EL REQUISITO DE LA EXTERIORIZACIÓN INDIRECTA DE LA OBRA AUDIOVISUAL

El segundo requisito de la obra audiovisual, conforme al artículo 86 del TRL-PI, es su vocación de exteriorización indirecta o, como CASAS VALLÉS lo denomina, el rasgo de la mediación técnica. Las imágenes asociadas tienen que estar «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». La obra audiovisual se caracteriza porque no es susceptible de percepción directa; es necesario el auxilio de aparatos que actúen como intermediarios entre la obra y el público.

Según el tenor literal de la Ley, la exteriorización indirecta es esencial en esta categoría de obras. Quiere esto decir que tal rasgo se desprende únicamente de la propia naturaleza de obra audiovisual. En consecuencia, una obra apta para su exteriorización directa, aunque en el supuesto concreto haya sido comunicada por medio de un aparato, no podrá ser calificada como audiovisual, pues, en tal caso, el destino de las imágenes no viene determinado por su esencia, sino por la voluntad de la persona que las captó o que las exhibe. Por esta razón, no cumple el requisito de la mediación técnica la proyección de una serie de diapositivas⁹⁷.

La conjunción de las interpretaciones que propongo de estas dos primeras notas definitorias de la obra audiovisual puede inducir a pensar que todo lo anterior no es sino un circunloquio para llegar al mismo resultado que se hubiera alcanzado con la simple exigencia de la sensación de movimiento. Al requerir la unidad temática y un cierto carácter secuencial de las imágenes para que se consideren asociadas, por un lado, así como que su exteriorización indirecta sea esencial, por otro, parece que sólo las imágenes en movimiento cumplen ambos requisitos. No es éste, sin embargo, el único caso, aunque sí el más frecuente. La mediación técnica ha de ser imprescindible no para apreciar las imágenes, sino su asociación, que es lo que realmente da lugar a la obra. Quiere esto decir que imágenes estáticas, las cuales son por naturaleza susceptibles de percepción directa, pueden ser asociadas de tal manera que el efecto unitario sólo se aprecie a través de una máquina. Es decir, la esencia de las imágenes fijas puede no ser su exteriorización indirecta, pero sí serlo la de su agrupa-

⁹⁷ La proyección de una colección de diapositivas no convierte las fotografías, aunque estén secuencial y temáticamente relacionadas, en una obra audiovisual. El hecho de que su autor tenga la intención de exteriorizarlas mediante aparatos de proyección u otros medios de comunicación pública de la imagen y del sonido no significa que por su propia esencia requieran la mediación técnica.

ción. La modalidad más habitual de asociación de imágenes que exige de medios técnicos para su disfrute es la que pretende causar al espectador una impresión de movimiento. Pero también pueden vincularse imágenes estáticas de forma que no la generen^{98, 99}.

Tal y como ha puesto de manifiesto CASAS VALLÉS, que la obra audiovisual esté esencialmente destinada a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de *comunicación pública* de la imagen y del sonido no significa que haya de estar llamada a comunicarse públicamente¹⁰⁰.

⁹⁸ Con fines de promoción o publicitarios, por ejemplo, se han realizado obras consistentes en la sucesión más o menos rápida de imágenes fijas más o menos inconexas, acompañadas de música o mensajes orales, que merecen la consideración de obras audiovisuales. Imaginemos, por ejemplo, un anuncio publicitario realizado a partir de una decena de imágenes fijas de una mujer en una habitación con tres o cuatro muebles. En cada instantánea, la mujer aparece sentada en un lugar distinto o con una postura diferente. Las imágenes, captadas desde el mismo punto, se muestran de manera individual durante un par de segundos cada una, fundiéndose la anterior con la posterior por un momento antes de desvanecerse, de modo que produce el efecto de que, durante ese instante, la protagonista está en dos lugares a la vez. Al tiempo que vemos las imágenes, se escucha una melodía de fondo así como el mensaje publicitario. Se trata de una obra audiovisual. Otro ejemplo lo constituye el clásico bombardeo de imágenes estáticas, que, inconexas, se suceden a un ritmo vertiginoso. En ambos casos, el efecto que se pretende con la asociación sólo se consigue si las obras se contemplan en una pantalla.

⁹⁹ La combinación del criterio de la asociación de las imágenes con el de la mediación técnica puede ayudarnos a calificar supuestos complicados. Por ejemplo, el del salvapantallas consistente en una sucesión aleatoria de fotografías pertenecientes a un tema común como pueda ser, supongamos, la selva africana. Cada fotografía, si es original, constituye una obra, la cual no está destinada por naturaleza a ser mostrada a través de ningún aparato de comunicación pública, circunstancia que no obsta para que sea digitalizada de manera que sólo pueda ser percibida con la ayuda de un ordenador. La cuestión es si el salvapantallas creado a partir de esas fotografías constituye una obra audiovisual o no. Lo que añade el aparato es la posibilidad de que las imágenes se muestren de forma natural en un orden aleatorio. Podrá cuestionarse si ese efecto se puede conseguir sin necesidad de esta mediación técnica —por ejemplo, se barajan las fotografías como si fueran cartas y se muestran por el orden en que van apareciendo—. Sin embargo, entiendo que no es necesario dicho análisis, puesto que las imágenes, aun pertenecientes a una unidad temática, no están asociadas por carecer del mínimo carácter secuencial exigible, dado que es el azar el que provoca su orden de aparición. En cambio, cuando el orden es el establecido por el autor del salvapantallas, si bien en puridad cabría considerar que las imágenes están asociadas, en general podrá argumentarse que esta composición no requería por naturaleza de mediación técnica de ningún tipo.

¹⁰⁰ Cfr. CASAS VALLÉS, «Comentario al artículo 86 de la LPI», *cit.*, p. 116. Téngase en cuenta que la definición del artículo 86 del TRLPI se inspira en la de la sección 101 de la *Copyright Act* estadounidense, donde no se hace referencia alguna a medios de comunicación pública de la imagen y del sonido, sino a máquinas o aparatos como proyectores, visores o equipo electrónico. En contra, PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 86 de la LPI», *cit.*, p. 1219, para quien el destino esencial de la obra audiovisual es su comunicación pública, según el concepto y la regulación que otorga el artículo 20 del TRLPI. También BALMASEDA ARIAS-DÁVILA, «La obra audiovisual en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual», *cit.*, p. 79, así como COCA PAYERAS y MUNAR BERNAT, «Comentario al artículo 112 de la LPI», en *Comentarios a la LPI*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 1.ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 1535, cuando utilizan el criterio de la comunicación pública para diferenciar la obra de la grabación audiovisual. Estiman estos dos últimos autores que la obra audiovisual se caracteriza por estar destinada a ser exhibida públicamente, no así la grabación audiovisual, siendo ésta la segunda circunstancia que les permite calificar la grabación videográfica de una fiesta familiar como grabación audiovisual que no constituye una obra —la primera es que, en su opinión, las imágenes así captadas no se encuentran asociadas—. Opiniones que no suscribo. El diario personal, por poner un ejemplo, que un adolescente escribe con el único propósito de exteriorizar en un ámbito absolu-

Comunicación pública se emplea en este contexto con un sentido impropio, distinto al técnico que en el artículo 20 del TRLPI sirve como denominación para una de las facultades patrimoniales pertenecientes al autor¹⁰¹. La interpretación contraria conduciría al sinsentido de excluir del concepto de obra audiovisual toda aquella que no se creara con el fin de ser explotada mediante su comunicación pública, como por ejemplo la obra videográfica, destinada a ser distribuida entre el público, cuando es evidente que las facultades de explotación surgen en relación con una obra, y no al revés¹⁰². Es la naturaleza de la obra la que determina los medios a través de los cuales puede ser explotada, y no las formas de explotación las que condicionan la naturaleza de la obra. En consecuencia, es más razonable interpretar que se refiere simplemente a otros medios técnicos distintos de los aparatos de proyección o equivalentes que hacen accesible la obra al público, tales como vídeos, aparatos de televisión, ordenadores con sus correspondientes monitores, vídeo-consolas, etc.¹⁰³.

3. INDEPENDENCIA DEL SOPORTE MATERIAL AL QUE SE INCORPORAN LAS IMÁGENES

La mención que la definición legal hace del soporte material al que la obra audiovisual se incorpora suscita la cuestión de si la fijación es uno de los presupuestos de esta categoría de obras¹⁰⁴. Nuestro TRLPI, a diferencia de los sis-

tamente privado sus intimidades constituye una obra literaria aunque permanezca inédito. Similar consideración merece la grabación audiovisual privada que no va a ser objeto de divulgación, siempre, claro está, que goce de suficiente originalidad como para disfrutar del carácter de obra. Así lo estiman también BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 120 de la LPI», en *Comentarios a la LPI*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 1663; VILLAR ARREGUI, *cit.*, pp. 37 y 38; y ORTI VALLEJO, «Comentario al artículo 112 de la LPI», *cit.* p. 453. Cuestión distinta es que no tenga sentido aplicar a la grabación doméstica original calificable como obra audiovisual algunos de los artículos del Título VI del Libro I del TRLPI por no ser el resultado de un proceso industrial, circunstancia a la que atiende este régimen especial.

¹⁰¹ De hecho, si los autores se deciden a divulgar la obra, podrán hacerla accesible al público no sólo a través de la comunicación pública, sino también, por ejemplo, de la distribución de ejemplares a que hace referencia el artículo 19 de la Ley, que será, por demás, la forma normal de explotación de las obras videográficas y de los videojuegos.

¹⁰² *Vid.*, de la misma opinión, DELGADO PORRAS, «Obras audiovisuales». Esquema, mecanografiado y divulgado, de la conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Madrid el 7 de mayo de 1991, en el marco del «Seminario sobre propiedad intelectual», organizado por el Ministerio de Cultura, según citan ROGEL VIDE, «La copia privada de las obras audiovisuales», *cit.*, p. 616, y VILLAR ARREGUI, «Derechos de autor. Especial referencia a las obras audiovisuales. Contenido del derecho, con especial referencia a la comunicación pública», *cit.*, pp. 37 y 38.

¹⁰³ No cumplen este requisito, y por ende no pueden ser considerados obras audiovisuales, los espectáculos de *son et lumière*, creaciones visuales en vivo consistentes en la combinación de luces y sonidos sobre una obra preexistente, normalmente arquitectónica. La protección del *son et lumière* como creación intelectual autónoma, y no como obra audiovisual, tiene una consecuencia jurídica importante. La filmación del espectáculo por su creador supone el mero ejercicio de su facultad patrimonial de reproducción, de manera que no convierte la grabación en una obra audiovisual, a menos que su realización revista una especial originalidad que la haga digna de la consideración de obra derivada. Surgirá sobre la grabación, eso sí, el derecho conexo de los artículos 120 y siguientes del TRLPI.

¹⁰⁴ En el ámbito convencional internacional, el tema de la exigencia de fijación de la obra cinematográfica y asimiladas se planteó en la Conferencia de Estocolmo para la revisión del CB de 1967, donde al final se optó por la exclusión de este criterio. Tampoco aparece en las documentaciones preparatorias para los Comités de Expertos reunidos en París, del 2 al 6 de junio

temas anglosajones¹⁰⁵, no exige la fijación de las obras para su protección¹⁰⁶. Su artículo 10.1 considera objeto de propiedad intelectual toda creación original literaria, artística o científica «expresada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro». Por medio o soporte intangible se entiende aquel que no se concreta en un objeto material, de lo cual se deduce que el único requisito para la protección de la creación original es su exteriorización. Por ello, y de acuerdo con esta norma general, es admisible una lectura del artículo 86 del TRLPI según la cual la referencia a la irrelevancia del «soporte material de dichas obras» afecta a su propia existencia: la obra que reúna los restantes requisitos del artículo 86 se considerará audiovisual, se encuentre incorporada a un soporte físico o no.

Cabe, sin embargo, una segunda interpretación del precepto, propuesta por un importante sector doctrinal, conforme a la cual el artículo 86 incluye entre los rasgos definitorios de la obra audiovisual su fijación en un objeto material. Esta posición implica que a las creaciones intelectuales originales que cumplen los restantes requisitos de este tipo de obras pero no se encuentran fijadas no se les aplica el régimen específico del Título VI del Libro I del TRLPI, lo que no es lo mismo que afirmar que se encuentran desprotegidas, pues son, en cualquier caso, subsumibles en el artículo 10 del TRLPI¹⁰⁷.

Me decanto por la tesis expuesta en primer lugar. Como ROGEL VIDE señala, una emisión televisiva, por poner un ejemplo, produce el mismo efecto en el espectador esté o no previamente fijada, por lo que la protección ha de ser igual

de 1986, con el fin de establecer unos principios básicos en el campo de las obras audiovisuales y fonogramas, y Ginebra, del 20 de febrero al 3 de marzo de 1989, sobre disposiciones tipo para la legislación en el campo de los derechos de autor. La primera vez que en este contexto se exigió la fijación de la obra audiovisual fue en el Tratado sobre Registro Internacional de Obras Audiovisuales acordado en Ginebra el 18 de abril de 1989. Sin embargo, venía derivado de la propia materia del Convenio, puesto que difícilmente puede registrarse algo que no está previamente grabado en un soporte. En cambio, no se debió a ninguna razón ajena al abstracto concepto de obra audiovisual el que la Oficina Internacional de la OMPI, en la documentación preparatoria para la tercera sesión del Comité de Expertos sobre disposiciones tipo para la legislación en el campo de los derechos de autor, que se reunió del 2 al 13 de julio de 1990 en Ginebra, añadiera el criterio de la fijación, lo que fue objeto de crítica por parte de algunos de los expertos.

¹⁰⁵ Vid. secciones 102 de la *Copyright Act* de los Estados Unidos, 3(2) y 5 de la CDPA inglesa, 15(1) de la *Copyright Act* neocelandesa, 22 en relación con la sección 10(1) de la *Copyright Act* australiana, y 2 de la *Copyright Act* canadiense, según la interpretación tradicional de la doctrina. Todos estos ordenamientos se amparan en la flexibilidad del CB en relación con la exigencia o no de fijación de la obra para su protección, dado que su artículo 2.2 permite a los países firmantes establecer tal requisito.

¹⁰⁶ Como tampoco lo hacen otros ordenamientos nacionales que se limitan a exigir la exteriorización de las obras por cualquier medio, incluida su expresión oral. Vid. artículos L. 112-1 y L. 112-2.2.º del CPI francés, 8 de la Ley belga, 1.1 de la danesa, 1.º de la griega, 1.º y 2.1 de la italiana, y 1.1 y 2.1 de la portuguesa, por ejemplo.

¹⁰⁷ Opinión que mantienen BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 120 de la LPI», *cit.*, p. 1663; COCA PAYERAS y MUNAR BERNAT, «Comentario al artículo 112 de la LPI», *cit.*, p. 1535; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., *La obra cinematográfica reproducida en cintas de video (home video exploitation)*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 40, en nota n.º 77.

en uno y otro caso¹⁰⁸. Ciertamente, no es razonable someter una misma creación intelectual a un régimen distinto en función del dato accesorio —*vid.* art. 10 TRLPI— de que haya sido grabada o no. Además, tal exigencia plantearía dificultades en relación con el derecho de reproducción, teniendo en cuenta que la reproducción es una modalidad de fijación —*vid.* art. 18 TRLPI—. Bastaría que el titular de dicha facultad reprodujera la obra concebida para una emisión en directo mediante un vídeo doméstico para que ésta constituyera una obra audiovisual, pues cumpliría entonces todos los requisitos del artículo 86 del TRLPI. El ejercicio del derecho de reproducción determinaría entonces el sometimiento de la obra a un régimen especial, el cual podría tener influencia incluso sobre la propia titularidad del derecho patrimonial¹⁰⁹.

Además del argumento de la identidad objetiva recién expuesto, se debe tener en cuenta que las razones que justifican el establecimiento de un régimen legal especial para la obra audiovisual se dan con independencia de que se encuentre incorporada a un soporte tangible o no. En efecto, son fundamentalmente dos las características peculiares de la obra audiovisual que recomiendan su sometimiento a normas específicas: la pluralidad de autores que participan en su creación y el singular papel que desempeña el productor, esencial no sólo para su explotación, sino también para su misma realización. A través del Título VI del Libro I del TRLPI el legislador ha pretendido instaurar un régimen jurídico idóneo para alcanzar el adecuado equilibrio entre los intereses de los autores de la obra audiovisual, de los autores de obras preexistentes incorporadas a ella y del productor, ello con independencia de que la obra se encuentre o no grabada¹¹⁰. El criterio de la fijación, no obstante, se tiene en cuenta para otorgarle al productor un derecho conexo sobre la grabación audiovisual.

¹⁰⁸ Cfr. ROGEL VIDE, «La copia privada de las obras audiovisuales», *cit.*, pp. 614 y 615, citando a MASOUYE, C., *Guta del Convenio de Berna*, OMPI, Ginebra, 1978, pp. 15 y ss. Ciertamente es que hoy en día pocas, por no decir ninguna, son las emisiones televisivas que se realizan en directo sin ser objeto de grabación simultánea, por lo que el problema ha pasado a ser secundario.

¹⁰⁹ Entre las especialidades del régimen de la obra audiovisual se encuentra la presunción de cesión al productor de determinados derechos patrimoniales, entre ellos el de reproducción, por lo que, en ocasiones ciertamente excepcionales, la titularidad de esta facultad podrá depender de la calificación jurídica que merezca la obra.

¹¹⁰ Imaginemos el siguiente supuesto de laboratorio. El productor de una serie televisiva de éxito les propone a sus actores, al realizador, al equipo de guionistas y al compositor musical la emisión de un episodio en vivo. Entusiasmados por la idea, se ponen todos ellos manos a la obra. Los guionistas preparan un guión que permite su realización sin necesidad de un posterior montaje, el músico compone una melodía especial para la ocasión, los actores se aprenden el guión y ensayan con el realizador los diálogos y, llegado el gran día, la obra es interpretada ante las cámaras de televisión para su emisión en directo en todo el territorio nacional. El proceso de creación es el mismo se grabe simultáneamente o no la obra, por lo que creo que el régimen legal ha de ser idéntico; la autoría se determinará conforme al artículo 87 del TRLPI; la titularidad de los derechos patrimoniales se registrará por los artículos 88 y 89 del TRLPI; podrá el productor utilizar aportaciones incompletas de algún autor —por ejemplo, si un guionista deja inconclusa su contribución— conforme al artículo 91, por citar algunos ejemplos. Evidentemente, la aplicación de ciertos artículos de este Título VI será difícil cuando una obra no se encuentre fijada. Así ocurre con el artículo 93.2, que establece la prohibición de destruir el soporte original de la versión definitiva de la obra audiovisual, o el artículo 92.1, según el cual la obra audiovisual se considerará terminada cuando se establezca la versión definitiva de acuerdo con lo pactado en el contrato entre el director-realizador y el productor —pues, en este caso, la obra se entenderá terminada cuando se emita.

En consecuencia, es preciso sobreentender que la irrelevancia «de los soportes materiales de dichas obras» a que alude el artículo 86.1 *in fine* comprende incluso la mera existencia del soporte¹¹¹. Lo que en todo caso es necesario, como ocurre en relación con cualquier tipo de obra, es que la obra audiovisual se exteriorice de alguna manera, puesto que los pensamientos y las meras ideas no son objeto de la protección autorral.

En los supuestos en que se encuentra fijada, el soporte material al que la obra se incorpora no tiene relevancia alguna a la hora de calificarla como audiovisual, si bien afectará a sus modalidades de explotación. Básicamente dos son las formas en que la obra audiovisual puede ser grabada¹¹². La primera se basa en la impresión de una serie de imágenes fijas distinguibles individualmente en una película fotosensible. Las imágenes singulares pueden ser objeto de percepción directa¹¹³, pero el efecto asociativo requiere su proyección sucesiva con ayuda de la luz y amplificadores de la imagen. Es el supuesto tradicional de la cinematografía. La segunda se funda en la fijación de una serie de marcas, signos o señales que de alguna manera representan las imágenes captadas, las cuales no pueden ser directamente percibidas en forma alguna, requiriéndose la mediación técnica no ya para apreciar su relación, sino incluso para acceder a cada imagen en particular. A su vez, esta modalidad de grabación admite dos variantes: electromagnética —grabación videográfica— o digital. En la grabación videográfica se transforman las ondas luminosas que componen una imagen en señales eléctricas que se registran en un soporte electromagnético¹¹⁴. Se trata de una grabación analógica. En la grabación digital las imágenes se traducen a código binario, mediante un proceso de escaneado, siendo la correspondiente sucesión de ceros y unos la que es objeto de fijación¹¹⁵. Los soportes materiales a los que la obra se incorpora vienen determinados, en consecuencia, por el tipo de grabación efectuada: rollos de celuloide para la grabación tradicional; cintas y discos de vídeo para la grabación electromagnética; y discos flexibles y duros de ordenador, CD-ROMs, o DVDs, entre otros, para la grabación digital. En un punto intermedio se sitúa el *laser disc*, en el que la grabación sonora es normalmente digital, pero la visual, analógica.

V. LA ORIGINALIDAD DE LA OBRA AUDIOVISUAL

1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de las artes plásticas, donde el mero acto de la ejecución material personal por parte del autor puede otorgar originalidad a la reproducción más fi-

¹¹¹ *Vid.*, en la misma línea, DELGADO PORRAS, «La obra audiovisual. Planteamiento general», *cit.*, p. 735, y CASAS VALLÉS, «Comentario al artículo 86 de la LPI», *cit.*, p. 117, entre otros.

¹¹² *Vid.* STERLING, *Intellectual property rights in sound recordings, film & video*, *cit.*, pp. 17-62, donde puede encontrarse un detallado análisis técnico de las distintas formas de grabación sonora y visual.

¹¹³ Aunque con escaso nivel de detalle, debido a las limitaciones básicamente de tamaño, o de colorido en su caso.

¹¹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, *La obra cinematográfica reproducida en cintas de vídeo (home video exploitation)*, *cit.*, p. 29.

¹¹⁵ Cfr. WINICK, R., «Applying US Law to the digital alteration of visual images», en *CW*, n.º 78, marzo de 1998, p. 20.

dedigna de un objeto del mundo real, la obra cinematográfica, como la obra fotográfica, ha presentado tradicionalmente la dificultad que supone el ser el resultado de una captación fiel y exacta, por medios técnicos, de los objetos que se exponen delante de la cámara. Al tener la operación de ejecución material —en el sentido estricto de su filmación— carácter puramente mecánico, no era evidente que fuera la manifestación de la personalidad de su autor. Las dudas se acrecentaban en los casos en que el autor no tenía influencia sobre las imágenes captadas, lo que se producía en las obras documentales e informativas, en oposición a las obras de ficción. Ésta es la razón por la que la protección de la producción cinematográfica no fue inmediata en sus orígenes y, cuando lo fue, se le exigió un especial nivel de originalidad, que excluyó primero, y asimiló a las fotografías después, las obras que no lo alcanzaban¹¹⁶.

2. LA ORIGINALIDAD DE LAS OBRAS AUDIOVISUALES EN EL DERECHO COMPARADO

Existen tres modelos distintos en el Derecho Comparado de apreciación de la originalidad en las obras cinematográficas o audiovisuales. En algunos ordenamientos se exige una originalidad cualificada para que una obra se subsuma en esta categoría. En otros, el criterio de la originalidad no sirve para distinguir la obra cinematográfica o audiovisual de las creaciones intelectuales que no pertenecen a este género, sino únicamente para determinar si ha de ser protegida por un derecho de autor o no, por lo que el estándar de originalidad que se le aplica es el general. Por último, en la mayoría de los ordenamientos anglosajones se tutela la película como mera grabación audiovisual, con independencia de que sea original.

Entre el primer grupo de legislaciones se encuentra la italiana, donde el artículo 2.6 de la *Legge sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* excluye de la protección concedida a las obras cinematográficas los meros documentales, que se tratan como fotografías¹¹⁷. También el

¹¹⁶ En definitiva, la cuestión que se planteaba era discernir cuándo la obra cinematográfica se limitaba a reproducir bien la simple realidad, bien una obra preexistente —normalmente una obra dramática—, y cuándo era una creación independiente de su autor. El criterio había de ser, necesariamente, la originalidad, por ser el presupuesto de la protección otorgada por el derecho de autor. Las reticencias que suscitaba el cinematógrafo en sus orígenes motivaron que se le exigiera un mayor grado de originalidad, o dicho de manera más precisa, que se valorara su originalidad sólo desde el punto de vista de sus elementos dramáticos. Con posterioridad surgieron nuevas modalidades de creación audiovisual que no hacían sino presentar variaciones del mismo problema. Me refiero a las obras audiovisuales de animación. Las diversas clases de obras de animación no reproducen, por supuesto, imágenes del mundo real. Las formas más tradicionales se basan en la rápida sucesión de imágenes estáticas bien de dibujos bidimensionales, bien de figuras tridimensionales, ligeramente distintos entre sí, con el fin de producir una sensación de movimiento. Estos dibujos y figuras pueden constituir obras plásticas, de modo que una vez más nos enfrentamos ante la cuestión de cómo diferenciar la obra audiovisual de la mera reproducción de obras preexistentes, en este caso artísticas, para lo cual nos servirá de ayuda de nuevo el criterio de la originalidad. Si la animación de esas obras plásticas preexistentes da lugar a un resultado original, distinto de aquéllas, nos encontraremos ante una obra derivada merecedora igualmente de protección.

¹¹⁷ El precepto viene siendo interpretado como que los documentales cinematográficos que tienen caracteres de simple documentación, compuestos por imágenes de personas y otros aspectos, elementos o hechos de la vida social o natural —los llamados meros documentales— se protegen como fo-

Código portugués de 17 de septiembre de 1985, que tutela en la letra f) de su artículo 2 los derechos de los autores de obras cinematográficas, televisivas y videográficas —amén de las fotográficas y radiofónicas—, excluye expresamente de esa protección en el artículo 7.1.a) las noticias del día e informes de acontecimientos que constituyen meras informaciones, cualquiera que sea la forma de su divulgación¹¹⁸.

En otros ordenamientos, sin embargo, la exigencia de una determinada originalidad para la obra cinematográfica o audiovisual ha sido superada. Son los casos de las leyes alemana, francesa, o estadounidense, entre otras, donde el criterio de originalidad es único para todas las obras aunque, eso sí, su aplicación concreta pueda diferir en virtud de las características propias de cada categoría¹¹⁹.

En Francia, el *Code* de 1992 no menciona la originalidad como criterio de protección¹²⁰, pero sí lo han venido haciendo los tribunales. Tradicionalmente se ha tratado de una originalidad subjetiva, predicada de la obra que refleja la personalidad del autor, con independencia de que el resultado sea novedoso¹²¹. Sin embargo, en el ámbito de las producciones tecnológicas, como los programas de ordenador, se ha aceptado un cambio de criterio a favor de la marca de una «aportación intelectual» personal del autor, aplicado también a las ba-

tografías —cfr. FRAGOLA, A., «Aspetti giuridici dell'audiovisivo», décima serie, en *DA*, vol. LXVIII, n.º 3, julio-septiembre de 1997, p. 292—, mientras que aquéllos que, en líneas generales, responden a cierta creatividad y originalidad, cierta complejidad en la realización y cierta dirección y escenografía, sí gozarán del trato que se dispensa a la obra cinematográfica —vid. FABIANI, *Il diritto d'autore nella giurisprudenza*, 2.ª ed., Edizioni Cedam Padova, Perugia, 1972, pp. 179-181, con transcripción de parte de una sentencia del Tribunal de Milán del 7 de abril de 1955 en este sentido—.

¹¹⁸ En Canadá puede entenderse que la *Copyright Act*, tras su reforma de 1993, mantiene con carácter residual una especial exigencia de originalidad en materia audiovisual únicamente en relación con su plazo de protección, que se computará bien desde la muerte de su autor, bien desde su primera publicación, en función de que tenga o no carácter original desde el punto de vista dramático —vid. sección 11.1—. Con anterioridad, la producción cinematográfica podía ser catalogada como obra artística o dramática. Era dramática cuando los arreglos escenográficos o la combinación de incidentes representados dieran a la obra un carácter original. En ausencia de estos elementos, como era el caso de la obra documental —vid. *Canadian Admiral Corp. Contra Rediffusion Inc.*, 20 CPR 75—, se trataba como una fotografía, con sus especialidades en torno a la determinación de la autoría y al plazo de protección. La función del «carácter original» no era, en consecuencia, determinar la susceptibilidad de protección de la obra, sino su calificación. Una vez definida como obra dramática o artística, procedía aplicarle el criterio general de originalidad establecido en la sección 5 —interpretado conforme a la teoría del *skill, labour or talent*— para dilucidar si debía o no ser protegida. Sin embargo, la Ley de 1993 suprimió toda referencia a la fotografía en relación con la producción cinematográfica, por lo que, sobre todo a partir de las modificaciones realizadas en 1997 en la Ley, ya no es posible calificar la producción cinematográfica carente de carácter original de tal manera, mereciendo siempre la consideración de obra dramática —cfr. TAMARO, N., *The 2000 Annotated Copyright Act*, Carswell, Ontario, 2000, pp. 39-40.

¹¹⁹ Como pone de manifiesto DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3.ª ed., Dalloz, París, 1978, pp. 11-15, la naturaleza de la obra incide sobre la manera de apreciar su originalidad, de forma que, aun siendo único el criterio de originalidad, su concreta aplicación a la obra audiovisual difiere respecto de la obra literaria, musical o plástica.

¹²⁰ Aunque sí lo hace en relación con el título de una obra —art. L. 112-4.

¹²¹ Vid. sentencias de la *Cour de cassation* de 1 de julio de 1970, en *D.*, 1970, *Jurisprudence*, p. 734; o de 13 de noviembre de 1973, en *D.*, 1974, *Informations Rapides*, p. 34.

ses de datos¹²², caracterizado por una mayor objetividad¹²³. No parece, sin embargo, que este nuevo giro experimentado por el concepto de originalidad haya alcanzado a la obra audiovisual, de modo que el criterio subjetivo expuesto sigue siendo esencial en su apreciación. En consecuencia, se considera original la obra audiovisual que por su forma de captar y mostrar la realidad lleva la impronta de la personalidad del autor¹²⁴.

En Alemania, aunque partiendo de un similar concepto de originalidad subjetiva, según el cual sólo son obras en el sentido establecido por el artículo 2.2 de la Ley las creaciones intelectuales personales —*persönliche geistige Schöpfungen*¹²⁵— individuales, la exigencia de la doctrina y jurisprudencia de una altura creativa —*Gestaltungshöhe*— ha convertido su estándar de originalidad en el más exigente de Europa. Consiste en un nivel mínimo de novedad en la obra, que puede ser fijado distintamente en función del tipo de creación

¹²² Vid. sentencias de la *Cour de cassation* de 7 de marzo de 1986, en *RIDA*, n.º 129, julio de 1986, p. 130; o de 7 de octubre de 1998, en *RIDA*, n.º 180, abril de 1999, p. 327.

¹²³ Como pone de manifiesto LUCAS, A., *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, París, 1994, p. 16, parece haber en la actualidad dos categorías de obras: las obras de carácter estético y las obras fácticas —principalmente bases de datos— y funcionales —ya pertenecientes a las artes plásticas, ya a las del lenguaje, como los programas de ordenador—. A las primeras es a las que se aplica el criterio de la impronta de la personalidad del autor. Respecto de las segundas, se flexibiliza.

¹²⁴ Cfr. HUGON, C., *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, París, 1993, p. 59. El encadenamiento de las situaciones y las escenas es lo que hace que una obra audiovisual sea original, por ser una actividad creativa personal del autor, aun cuando no revista novedad alguna. Así lo establece en Bélgica la sentencia del *Tribunal de Première Instance de Bruxelles* de 22 de enero de 1988, en *RIDA*, n.º 142, 1989, p. 363, a propósito de dos obras cinematográficas con el mismo tema: el terror causado por un gran tiburón blanco en un pequeña villa costera americana.

En relación con la Ley de 1957 entendía DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3.ª ed., cit., p. 171, que el estatus de obra cinematográfica sólo era aplicable a las obras de ficción, por oposición a las películas documentales y de actualidad, que debían protegerse como simples fotografías. Afirmación que criticaba CARREAU, para quien el que una obra audiovisual se base en hechos reales no es un argumento decisivo a favor de la asimilación de estas películas a las fotografías, dado que no distingue la Ley las creaciones intelectuales en función de que su origen sea imaginario o real. La elección de las imágenes y las escenas, su montaje, el ritmo, los comentarios, por ejemplo, suponen un trabajo de composición que puede ser original. A mayor abundamiento, la distinta esencia de una y otra categoría de obras hace imposible la reconducción del documental cinematográfico a la fotografía —cfr. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1981, p. 75; de la misma opinión GAUDEL-GRUYER, D., «La réalité, source spécifique de la création télévisuelle», en *RIDA*, n.º 64, abril de 1970, p. 105—.

Tanto la aplicación de la teoría subjetiva de la originalidad a la obra audiovisual como la susceptibilidad de protección de los documentales dentro de esta categoría quedó patente en la sentencia de la *Cour d'appel* de París de 12 de diciembre de 1995, *RIDA*, n.º 169, julio de 1996, p. 200, en relación con un documental sobre la historia del transporte público en París realizado a partir de imágenes de archivo. En cambio, no se estima original la restauración de una película deteriorada (sentencia de la *Cour d'appel* de París de 5 de octubre de 1995, *RIDA*, n.º 166, octubre de 1995, p. 302—, ni la labor del realizador que se limita a prestar servicios técnicos —sentencias de la *Cour de cassation* de 29 de marzo de 1989, *RIDA*, n.º 141, julio de 1989, p. 262, y de la *Cour d'appel* de París de 4 de marzo de 1987, *RIDA*, n.º 132, abril de 1987, p. 71.

¹²⁵ Cfr. LOEWENHEIM, U., «Kommentar zu § 2 UrhG», cit., pp. 54-57. La obra ha de representar en alguna medida el espíritu humano —*der menschliche Geist*— y la individualidad de su creador, en el sentido de que el autor ha disfrutado de suficiente libertad de elección en la elaboración de su obra como para dotarla de su propia expresión personal —*ibidem*, p. 58—. Vid. asimismo ULMER, E., *Urheber- und Verlagsrecht*, 3.ª ed., Auflage, Berlín, Heidelberg y Nueva York, 1980, pp. 130-134.

de que se trate y del grado de libertad creativa que tenga su autor¹²⁶. Sin embargo, la aprobación de las Directivas Comunitarias en materia de propiedad intelectual, en las que parece tomarse partido a favor de la novedad subjetiva¹²⁷, ha supuesto un duro revés para esta teoría y una flexibilización de su criterio de originalidad¹²⁸. En el ámbito audiovisual el carácter personal que se exige a toda obra sirve para diferenciar las obras cinematográficas en el sentido legal —incluidas en sexto lugar en la enumeración de obras protegidas del § 2.1 de la Ley— de las imágenes en movimiento del § 95. La originalidad se extrae de las diversas aportaciones que componen la obra cinematográfica o asimilada, como el argumento, la dirección, la fotografía, el montaje o la música y se manifiesta en la particular colección, selección y organización de los materiales, así como en el arte de la disposición de las diferentes imágenes filmadas¹²⁹.

En los Estados Unidos, a diferencia de otros ordenamientos anglosajones, se otorga protección a la obra audiovisual como contenido de la grabación, siempre que sea original. El requisito de la originalidad, tal y como quedó confi-

¹²⁶ Cfr. SCHRICKER, G., «Farewell to the «Level of Creativity» (*Schöpfungshöhe*) in German Copyright Law», en *IIC*, vol. 26, n.º 1, 1995, pp. 41-48; o LOEWENHEIM, «Kommentar zu § 2 UrhG», *cit.*, pp. 60-62. En relación con los programas de ordenador, por ejemplo, el *BGH* alemán llegó a exigir para su protección que «superaran considerablemente la media» —cfr. sentencia de 9 de mayo de 1985, *GRUR*, 1985, p. 1048.

¹²⁷ En efecto, la exigencia de que la obra sea una creación propia de su autor que encontramos en los artículos 1.3 de la Directiva 91/250/CEE, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, y 3.1 de la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos, y, con algún matiz, en el artículo 6 de la Directiva 93/98/CEE, sobre armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines en relación con la obra fotográfica —el matiz proviene del *Considerando* 17, que, con el fin de distinguir las obras fotográficas de las meras fotografías, acoge un criterio absolutamente subjetivo de originalidad, según el cual será original la fotografía que refleje la personalidad de su autor—, se traduce en que basta con que no sea una copia de una obra anterior para que se considere original, lo que es lo mismo que decir que la obra ha de ser nueva para su autor —subjetivamente nueva, aunque no lo sea desde el punto de vista objetivo.

¹²⁸ *Vid.* la sentencia del *BGH* de 14 de julio de 1993, en *GRUR*, 1994, p. 39. Sin embargo, el criterio de la altura creativa no ha sido desterrado en la apreciación de la originalidad y, así, es posible encontrar alguna sentencia reciente que funda su fallo en él. Es el caso de la sentencia del *OLG* de Hamburgo de 5 de noviembre de 1998, *GRUR*, 1999, p. 717, en materia de obras fotográficas.

¹²⁹ Cfr. LOEWENHEIM, «Kommentar zu § 2 UrhG», *cit.*, pp. 122-124. *Vid.* sentencia del *OLG* de Hamburgo de 15 de mayo de 1997, en *GRUR*, 1997, p. 822, señalando que extractos cortos de una obra cinematográfica pueden por la iluminación, el enfoque, el montaje y otros medios artísticos, gozar de un carácter intelectual personal. Carácter personal que se predica normalmente de las obras de ficción, pero que también puede encontrarse en las grabaciones que se refieren a acontecimientos reales, principalmente documentales y películas culturales —*vid.* la sentencia del *BGH* de 24 de noviembre de 1983, en *GRUR*, 1984, p. 730—. Como regla general, sin embargo, no se consideran obras cinematográficas, por no cumplir este requisito de la originalidad subjetiva, los noticiarios diarios o semanales que se limitan a informar de los acontecimientos políticos, económicos o culturales —*vid.* la sentencia del *LG* de Berlín de 12 de diciembre de 1960, *GRUR*, 1962, p. 207—, los meros reportajes visuales, las reproducciones de representaciones teatrales, las grabaciones científicas de procesos técnicos o naturales ni las grabaciones domésticas. Salvo el no muy habitual supuesto de que la personalidad de su autor quede reflejada más allá de la mera actividad técnica de captación de las imágenes, todas ellas se protegen por el § 95 de la *UrhG*.

gurado por el Tribunal Supremo en el caso *Feist*¹³⁰, tiene una doble vertiente. Es necesario, por un lado, que la obra sea el producto de una creación independiente del autor, y no una copia. Se requiere también, por el otro, una mínima dosis de creatividad¹³¹. En consecuencia, bastará para considerar original la obra audiovisual con que sea una creación propia de sus autores dotada en su conjunto de un mínimo nivel creativo¹³².

No es la anterior, sin embargo, la tónica habitual de los sistemas anglosajones. En los ordenamientos británico, australiano o neocelandés, la cuestión de la originalidad de la obra cinematográfica o audiovisual recibe un tratamiento diverso. El objeto de protección no es, en estos supuestos, la obra cinematográfica como una independiente y específica categoría de obras originales, sino la película, entendida como grabación audiovisual, por lo que no es necesario que sea original. Ello con independencia de que las distintas contribuciones realizadas para la misma puedan ser protegidas como obras autónomas en su caso, como ocurre con el guión, susceptible de tutela como obra literaria; la música específicamente compuesta para la película, capaz de constituir una obra mu-

¹³⁰ *Feist Publications, Inc. contra Rural Telephone Service Co.*, 111 S. Ct. 1282 (1991). Se trata, sin duda, de la más importante decisión de la *Supreme Court* norteamericana en materia de propiedad intelectual en la década de los noventa. Estableció, en relación con la posible protección de una guía de teléfonos, que los hechos no son objeto de *copyright*, de manera que las bases de datos fácticos no se infringen por la copia de lo que es mera información. En segundo lugar, y más importante a los efectos que aquí nos interesan, que toda obra debe contener un elemento creativo para cumplir el requisito de originalidad exigido por la legislación estadounidense.

¹³¹ La doctrina ha destacado la ausencia de una definición de «creatividad» en la resolución del caso *Feist* (vid. GOLDSTEIN, P., *Copyright, principles, law and practices*, 2.ª ed., vol. I, Little, Brown & Company, Boston, Toronto y Londres, 1996, p. 2:15; o VERSTEEG, R., «Rethinking originality», en *William and Mary Law Review*, n.º 34, primavera de 1993, p. 822, —donde se hace hincapié, eso sí, en que no es lo mismo que «novedad». Tampoco es equivalente a «mérito artístico» (cfr. *Alfred Bell & Co. contra Catalda Fine Arts, Inc.*, 191 F.2d 99 (2º Cir., 1951)— ni a «esfuerzo». De hecho, el caso *Feist* supuso la superación de la teoría conocida con el nombre de «*sweat of the brow*», usada por los tribunales norteamericanos para otorgar protección a colecciones de datos carentes de la impronta de la personalidad del autor en las que se había llevado a cabo una importante inversión fundamentalmente de tiempo y trabajo. Creatividad es, entonces, un concepto subjetivo, ligado al proceso de creación, que es, por definición, interno. Sin embargo, ha de tener su plasmación en el resultado de ese *iter* creativo para que tenga relevancia. Del texto de la resolución se extrae que no son creativos los productos meramente mecánicos, enteramente típicos u obvios, ni aquellos que constituyen lugares comunes o meras reproducciones del acervo común. Reconduce, en definitiva, a la noción de «variación distinguible» —*distinguishable variation*—, según la cual una obra es original cuando las aportaciones del autor suponen una variación apreciable, y no meramente trivial, con respecto a las obras preexistentes o a la realidad. De aquí se deduce que nos encontramos ante una originalidad matizadamente subjetiva. Con ello quiero decir que, aunque basada en la novedad subjetiva, está salpicada, sobre todo en relación con las obras que se separan menos de la realidad, de esos elementos más objetivos que son las «variaciones», que hacen la obra distinguible del resto, aunque sin llegar nunca a la exigencia de la novedad característica de la propiedad industrial.

¹³² Vid. *Atari Games Corp. Contra Oman*, 979 F.2d 242 (Col. Cir. 1992), afirmando que en la obra audiovisual —en este caso, un videojuego— puede alcanzarse el nivel mínimo de originalidad exigido por el Tribunal Supremo a través simplemente de la selección y disposición de elementos que, en sí mismos, no merecen la protección autoral —exactamente igual que ocurre con las bases de datos.

sical; o incluso el conjunto del contenido grabado, que puede llegar a configurar una obra dramática¹³³.

3. LA ORIGINALIDAD DE LAS OBRAS AUDIOVISUALES EN ESPAÑA

Nuestro TRLPI se suma a las legislaciones que requieren que la obra audiovisual sea original para otorgarle protección como tal sin contemplar un criterio específico para esta categoría de obras. Por un lado, tutela tanto la obra audiovisual original, mediante el derecho que se concede a sus autores, como la grabación audiovisual, con independencia de que sea o no original, a través del derecho conexo de su productor, de modo que se separa en este punto de la mayoría de los sistemas anglosajones. Por otro, no contiene referencia alguna a la originalidad en sede de obras audiovisuales¹³⁴, lo que induce a pensar que

¹³³ En el Reino Unido, es la sección 1.^a de la CDP de 1988 la que enumera las obras sobre las que puede subsistir el *copyright*. La letra a) de su apartado primero hace referencia a obras literarias, dramáticas, musicales y artísticas originales. Relativizado el aforismo de que «aquello que merece la pena ser copiado ha de ser protegido» —«*what is worth copying is worth protecting*», en *University of London Press Ltd. contra University Tutorial Press, Ltd* [1916] 2 Ch 601—, lo que los tribunales británicos vienen exigiendo para proteger una obra es que su autor haya empleado suficiente pericia y trabajo independientes —*independent skill and labour*— en su realización. Así se aprecia en casos como *Ladbroke (Football) Ltd. contra William Hill (Football) Ltd.* [1964] 1 W.L.R. 273 o *Autospin (Oil Seals) contra Beehive Spinning* [1995] R.P.C. 683. La «película», siguiendo la terminología empleada por la ley, aparece en la letra b), junto con los fonogramas o grabaciones sonoras, emisiones y productos transmitidos por cable, para los cuales no se exige originalidad, como tampoco lo hace el artículo 5 cuando describe qué ha de entenderse por película. No se protege como obra audiovisual o cinematográfica, categoría que no existe, sino como mera grabación —cfr. *Norowzian contra Arks Limited*, [1999] EMLR 67—, y por esta razón es irrelevante que sea o no original. De modo que basta para que se otorgue el *copyright* sobre la película con que no sea una mera reproducción de una película anterior. *A sensu contrario*, sólo se vulneran los derechos sobre una película cuando se reproduce, distribuye o comunica públicamente sin la autorización de su titular, lo que no ocurre cuando hay una mera similitud sustancial entre la película primitiva y la nueva. Cuestión distinta es que el objeto de la grabación pueda ser original en el sentido indicado y constituir, en esa medida, una obra dramática —*vid. LADDIE, PRESCOTT y VITORIA, The modern law of copyright and design*, vol. 1, cit., p. 377; LESTER, D. y MITCHELL, P, *Joynson-Hicks on UK Copyright Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 1989, p. 5; o KAMINA, P., «Authorship of films and implementation of the Term Directive: The dramatic tale of two copyrights», en *EIPR*, 1994, vol. 8, pp. 320-321—, como así lo estimó en relación con un anuncio publicitario audiovisual la *Court of Appeal* en el caso *Norowzian contra Arks* —sentencia de 4 de noviembre de 1999, texto íntegro publicado en *The Times*, 14 de noviembre de 1999, resolviendo el recurso contra la sentencia de la *High Court* de 17 de julio de 1998, [1999] EMLR 67—.

De forma similar a como sucede en Reino Unido, la *Copyright Act* australiana de 1968 concibe en su artículo 10 la película cinematográfica como el mero conjunto de imágenes en movimiento incorporadas a un soporte, sea o no original. De manera que, nuevamente, es la grabación, y no la obra cinematográfica como tal, la que es objeto de protección. Por ello sólo se infringe el *copyright* sobre la película cuando se reproducen las mismas imágenes o sonidos contenidos en ella, y no cuando la segunda película es semejante, incluso sustancialmente, a la primera. Si bien quedan a salvo los derechos sobre las otras categorías de obras incorporados a ella —*vid. sentencia de la Federal Court* australiana de 12 de julio de 1985, caso *Telmak Teleproducts Pty. Ltd. y otros contra Bond International Pty. Ltd y otros*, 5 IPR 203—.

¹³⁴ Nuestra legislación positiva nunca acogió de manera expresa la diferenciación entre obras cinematográficas de carácter dramático u original y obras de carácter documental —si lo hacía el artículo 37 del malogrado Proyecto de 1934, según el cual «[l]a película estrictamente informativa o documental será protegida como obra fotográfica»—. Ni la Ley específica provisional de 1966, ni la LPI de 1987, como tampoco el vigente TRLPI, contienen alusión alguna a la originalidad en sede de obras cinematográficas —en la primera— o audiovisuales —posteriormente—.

es el general criterio de originalidad del artículo 10.1, en cuya letra d) se citan las obras audiovisuales, el que determina la susceptibilidad de protección de éstas¹³⁵. Es más, asentada ya la cinematografía y sus derivados entre las formas de creación intelectual humana y superada su inicial visión como medio de reproducción, han desaparecido las razones que motivaron la demanda de una originalidad cualificada para estas obras¹³⁶. En consecuencia, debo detenerme, siquiera brevemente, en describir el criterio de originalidad general imperante en el TRLPI antes de analizar cómo se aprecia en la obra audiovisual.

3.1. *El criterio general de originalidad*

No se ha alcanzado acuerdo doctrinal acerca de qué tipo de originalidad es la exigida por nuestra Ley. Existen básicamente tres posturas. Conforme a la teoría de la originalidad subjetiva reducida, o novedad subjetiva, es original la obra producto de una creación independiente de su autor, es decir, aquella que no es una copia de otra anterior¹³⁷. De acuerdo con la tesis de la originalidad subjetiva, una obra es original cuando refleja la personalidad de su autor¹³⁸.

¹³⁵ Más si cabe cuando, en materia de programas de ordenador, incluidos también en la enumeración del artículo 10.1 en su letra i), el artículo 96.2, en defectuosa e incompleta transposición del artículo 1.3 de la Directiva que regula su protección jurídica, establece expresamente lo que podría entenderse como un criterio específico de originalidad en relación con tales creaciones. La intención de la Directiva era atajar la doctrina alemana de la «altura creativa» que, aplicada con mucha severidad a los programas de ordenador, había conducido a privar de protección a creaciones que no despuntaran sobre el nivel medio. Con este fin, optó por una originalidad subjetiva reducida —o novedad subjetiva—, en el sentido de creación intelectual independiente, es decir, no copiada, como criterio único para otorgar protección al programa. Ahora bien, no es evidente que este criterio específico de originalidad difiera de los criterios generales imperantes en los ordenamientos de cada Estado miembro. En el caso español, entienden DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario al artículo 96 de la LPI», en *Comentarios a la LPI*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 1997, 2.ª ed., p. 1405; y BAYLOS DE CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 534, que el criterio general de originalidad es el de la independencia en la creación —opción que parece preferir VATTIER FUENZALIDA, C., «La propiedad intelectual (Estudio sistemático de la Ley 22/1087)», *ADC*, julio-septiembre de 1993, p. 1058—. Si esto es así, habría que concluir que el artículo 96.2 es innecesario por redundante. Me adhiero, sin embargo, a aquellos que mantienen que la noción de originalidad en nuestro ordenamiento es más estricta que ese simple «no haber copiado». *Vid.*, por ejemplo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 10 de la LPI», en *Comentarios a la LPI*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 159-164; o ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., «El concepto de originalidad en el derecho de autor», *Pe.i.*, n.º 3, septiembre-diciembre de 1999, pp. 55-94. Siendo así, el artículo 96.2 me parece necesario si lo que se pretende es establecer un criterio particular en relación con los programas de ordenador —en otro caso se les aplicaría el más riguroso criterio general—, convirtiéndose en un interesante argumento favorable a la ausencia de criterio específico relativo a las obras audiovisuales.

¹³⁶ Cfr. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 86 de la LPI», *cit.*, pp. 1214-1215. Incluso podría añadir que incrementar las exigencias de originalidad no casa bien con la tendencia contraria manifestada por la Unión Europea en las Directivas sobre la protección jurídica de los programas de ordenador —art. 1.3—, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines —art. 6— y sobre la protección jurídica de las bases de datos —art. 3.1.

¹³⁷ *Vid.* los autores citados en la nota n.º 135.

¹³⁸ *Vid.* BONDÍA ROMÁN, F., *Propiedad Intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, p. 198; ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 10 de la LPI», en *Comentarios*

Por último, para los partidarios de la novedad objetiva, sólo son originales las obras que suponen una aportación al acervo cultural preexistente por ser nuevas en relación con el conjunto de las obras previas y otras formas de expresión integrantes del dominio público^{139, 140}.

al *Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., t. V, vol. 4-A, Edersa, Madrid, 1995, pp. 213-217; PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 86 de la LPI», *cit.*, p. 1218; VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 176-184.

¹³⁹ Entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 10 de la LPI», *cit.*, p. 160; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario a los artículos 428 y 429 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., t. V, vol. 2, Edersa, Madrid, 1985, pp. 756-757; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 118 de la LPI», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., t. V, vol. 4.º B, p. 528; SERRANO ALONSO, E., «Sugerencias para la reforma del derecho de autor», *AC*, n.º 2, 1986, p. 62 —si bien reconociendo que es una interpretación *contra legem*—; VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000, pp. 285 y 317.

¹⁴⁰ La cuestión de la originalidad no ha sido tratada con detenimiento por nuestros tribunales con frecuencia. El Tribunal Supremo pareció decantarse por la originalidad objetiva en la sentencia de 20 de febrero de 1992, *RJA*, n.º de marginal 1329, al declarar que el álbum de cromos del demandado era original por ser distinto —diferenciable— del álbum del demandante. En cambio, en la sentencia de 26 de octubre de 1992, *RJA*, n.º de marginal 8286, negó la originalidad del diseño de joyería que dio lugar al litigio tras analizarlo desde el punto de vista subjetivo y objetivo, dando a entender que basta con que la obra cumpla con uno de los dos criterios para que sea protegible. Disyunción que se reitera en las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 13 de junio de 1997, *ArC*, n.º de marginal 1732 y, más dudosamente, de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de septiembre de 1996, *ARP*, n.º de marginal 1783, donde, en relación con unos anuncios de ofertas de empleo, si bien parece partirse de tal alternatividad, se acaba por afirmar que la ley condiciona la protección a que se muestre la huella del autor, la cual, aunque no necesariamente otorgue novedad, ha de servir para singularizar la obra. En posteriores sentencias en las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la originalidad no ha sido tan claro en relación con el criterio acogido. Así, en la sentencia de 7 de junio de 1995, *RJA*, n.º de marginal 4628, afirmó la originalidad de unos cuadernos pedagógicos en atención a su estructura y la presentación de los conocimientos, pese a que éstos en sí mismos pertenecían al dominio público. Por esta misma razón, no estimó existente el plagio pese a la similitud de los cuadernos del demandado con los del demandante, por referirse ésta a las ideas pedagógicas y otros elementos no protegibles. La sentencia es importante por establecer un criterio de originalidad poco estricto y fácilmente alcanzable, si bien correlativamente reduce la protección de la obra a aquellos elementos que sean realmente creativos. En definitiva, cuanto menos original es una obra, mayor es la proporción de la misma que es libremente apropiable. En la sentencia de 30 de enero de 1996, *RJA*, n.º de marginal 540, declaró original el folleto de instrucciones de uso de una mampara sin más, mientras que en la sentencia de 17 de octubre de 1997, *RJA*, n.º de marginal 7468, consideró que la base de datos supuestamente plagiada no era original por existir una obra anterior de similares características en la que se divulgaban idénticos datos con una misma sistemática, que, a mayor abundamiento, respondía al método usual. Estas resoluciones, entiendo, valoran si la obra objeto del litigio es o no individualizable, aun cuando las variaciones distinguibles con respecto a elementos del dominio público u obras preexistentes puedan ser mínimas, y, en este sentido, me parecen más representativas de las teorías objetivas de la originalidad. Entre las sentencias de las Audiencias Civiles parece imperar el criterio objetivo. *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, *RGD*, n.º 603, 1994, p. 13599, que en relación con la protección de los dibujos de unos naipes identifica los elementos originales con elementos inéditos; la de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril de 1997, *ArC*, n.º de marginal 1194, señalando que el programa deportivo publicado por el demandado infringe los derechos del demandante por no añadir nada en relación con lo creado por éste; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 1998, *ArC*, n.º de marginal 4773, que, acogiendo un similar argumento objetivo, otorgó protección a un juego basado en el sistema de sorteo al entender que la aplicación de

La teoría de la novedad subjetiva asimila la originalidad a la creación independiente, no importa cuál sea el resultado de la actividad creativa: siempre que la obra sea producto de un esfuerzo intelectual propio de su autor, y no una mera copia, se considerará que es original. En teoría, por lo tanto, el autor que crea por sí mismo una obra idéntica a otra anterior es también merecedor de protección¹⁴¹. Ahora bien, no parece lógico que un mismo objeto genere derechos de exclusión a favor de dos titulares distintos¹⁴². La adopción de este criterio de originalidad conduce a una colisión de derechos de difícil solución, al mismo tiempo que dificulta la prueba de que una obra es o deja de ser original, pues implica verificar si se copió o no¹⁴³. La posibilidad de que existan dos obras idénticas es remota, que no imposible, por lo que no hay que desdeñarla, aunque sólo sea por su utilidad como hipótesis.

La teoría de la originalidad subjetiva toma de la anterior el que para que una obra refleje la personalidad de su autor tiene que haber sido objeto de una creación independiente, pues el autor que copia no manifiesta su personalidad, sino la del autor de la obra copiada; como tampoco lo hace el autor que se limita a reproducir elementos del dominio público. No basta, sin embargo, con que el autor no copie una obra anterior, sino que ha de expresar su personalidad a través de su creación. El problema de este criterio es que en determinados tipos de obras no es posible apreciar la impronta de su autor, como ocurre, por ejemplo, con los programas de ordenador o las bases de datos, mientras que no toda actividad intelectual en la que se manifiesta la personalidad de la persona que la lleva a cabo es una obra protegible, cual es el caso de las interpretaciones y ejecuciones de los artistas¹⁴⁴. En mi opinión, el error en el que

la rifa al campo de la promoción editorial supone un *elemento diferenciador* del sorteo respecto de los demás que le dota de originalidad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de noviembre de 1998, *ARP*, n.º de marginal 5709, decantándose también por una originalidad objetiva, en el sentido de que la obra tenga un mínimo de complejidad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de diciembre de 1998, *ArC*, n.º de marginal 2364, que parece identificar, si no confundir, originalidad con novedad.

¹⁴¹ La esencia de esta teoría aparece en el siguiente ejemplo estadounidense contenido en *Sheldon contra Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F.2d 49 (2nd Cir., 1936): «si por arte de magia un hombre compusiera de nuevo la «Oda a una urna griega» de Keat sin nunca antes haberla conocido, podría considerarse autor y, si cumpliera los requisitos para su protección, los demás no podrían copiar el poema, aunque podrían, por supuesto, copiar el de Keat» —traducción propia.

¹⁴² O un derecho de exclusión que convive con el derecho común a explotar la obra que se encuentra en el dominio público: ¿cómo determinar que lo que se copia es la obra preexistente de uso libre y no la obra objeto de derechos de autor y viceversa?

¹⁴³ Obsérvese que, al respecto, en los Estados Unidos se entiende que una obra es copia de otra cuando se prueba que ambas son sustancialmente similares y que el autor de la segunda tuvo acceso —o pudo tenerlo— a la primera.

¹⁴⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 10 de la LPI», *cit.*, pp. 161-163. Curiosamente, la interpretación o ejecución musical o dramática no concede al artista un derecho de autor sobre su actuación —como sí sucede en los Estados Unidos—, sino un derecho conexo sobre la misma, porque no se considera original el resultado. Sin embargo, la ejecución plástica de pintores o escultores sí puede dar lugar a un derecho de autor sobre la obra resultante, aunque en su concepción sea idéntica a otra preexistente, e incluso aunque la haya copiado —sería una obra derivada.

incurren estas teorías es tratar de reconocer al autor en su obra, cuando es la propia obra la que tiene que ser *reconocible*¹⁴⁵ aunque, eso sí, a través de la individualidad de la que es dotada por el autor; lo cual me hace partidario de las teorías de la novedad objetiva.

En mi opinión, el análisis de la novedad desde la perspectiva objetiva en la propiedad intelectual ha de significar constatar, a través de un prisma distinto del característico de la propiedad industrial¹⁴⁶, que una creación es diferente del conjunto de obras preexistentes protegidas y de las formas de expresión libremente apropiables¹⁴⁷. La obra original es, en consecuencia, el resultado de una actividad creativa humana independiente susceptible de ser individualizado. De acuerdo con este criterio, carecen de protección las obras —o partes de ellas— que son iguales a obras preexistentes, hayan sido o no producto de una copia¹⁴⁸; aquellas que se limitan a reproducir elementos del acervo común y, por último, las que no son fruto de una creación personal, al carecer todas ellas de la singularidad exigida. Lógicamente, como no puede constatarse en términos absolutos que una obra sea plenamente identificable —distinta al conjunto de todas las manifestaciones intelectuales, protegibles o no, preexistentes—, se presumirá original salvo que se demuestre que no lo es, bien por consistir en formas y expresiones no apropiables por pertenecer al dominio público —que, en definitiva, no son aptas para individualizar la obra—, bien por ser sustancialmente similares a obras preexistentes protegidas.

¹⁴⁵ Sigo aquí la terminología empleada por ERDOZAIN LÓPEZ, «El concepto de originalidad en el derecho de autor», *cit.*, pp. 72-75.

¹⁴⁶ El análisis objetivo de la novedad es propio de la propiedad industrial. En relación con las patentes y los modelos de utilidad se traduce en la verificación de un adelanto con respecto al estado de la técnica. Al ser necesario que el invento o la nueva forma tengan aplicación o utilidad industrial, y al compararse con conocimientos técnicos o modelos industriales anteriores, existe una limitación de los objetos de la comparación que nos permite hablar de parámetros objetivos de constatación de la novedad. Esto posibilita que su análisis sea *ex ante* y que la inscripción de la innovación sea constitutiva de la patente o del modelo de utilidad. Algo similar ocurre con las marcas, destinadas a hacer identificable en el mercado un producto o servicio como perteneciente a un determinado fabricante o proveedor: al requerirse su registro o su uso notorio para otorgarle protección, el objeto de la comparación está también delimitado. No sucede lo mismo en relación con los derechos de autor. Protegiendo las formas de expresión con independencia de su utilidad, el referente de la comparación es indeterminado, por no decir infinito. Esto condiciona que en el momento del registro de una obra, que en ningún caso es constitutivo, no se analice su originalidad, debido a la ausencia de algo concreto con lo que cotejarla —o, dicho de otra forma, debido a la infinidad de obras preexistentes, muchas de las cuales ni tan siquiera constan en ningún registro, y de formas expresivas integrantes del dominio público, con las que habría que practicar la comparación—. E incluso cuando se puede reducir, temáticamente por ejemplo, el número de elementos susceptibles de haber sido copiados, las innumerables posibilidades de enfrentarse a una misma cuestión de forma diversa siguen imposibilitando el tratamiento puramente objetivo de la originalidad. Un mismo tema puede dar lugar a miles de obras literarias o audiovisuales. Un mismo objeto puede ser pintado o esculpido por varios artistas. Una misma obra puede ser fuente de multitud de obras derivadas. Y todos los resultados podrían considerarse distintos. En definitiva, creo que existe una imposibilidad práctica que impide la constatación de la novedad de una obra en el mismo sentido objetivo que en la propiedad industrial.

¹⁴⁷ *Vid.* SÁNCHEZ ARISTI, R., *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 1999, p. 250.

¹⁴⁸ Cuando una obra, o parte de ella, es igual que otra preexistente, es posible presumir bien que es el resultado de una copia —*vid.* STS de 28 de mayo de 1992, *RJA*, n.º de marginal 4394—, bien que tampoco la obra primitiva era original —*vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Obra plástica y derechos pa-*

las obras de ficción, tanto en las que son un producto absolutamente original como en las que gozan de una originalidad relativa, bien por ser obras derivadas de obras preexistentes, bien por estar basadas en hechos reales¹⁵². El grado intermedio lo representan los documentales, donde la selección del motivo a filmar o las personas a entrevistar se erige en el elemento diferenciador por excelencia, aunque no el único. También la redacción de los comentarios o del texto de las preguntas, la recreación de los hechos que se puedan relatar¹⁵³, o la composición de la música, entre otros, pueden hacer una obra digna de protección. Por último, el nivel mínimo de organización del objeto de la captación se da en los reportajes y documentos audiovisuales informativos y de actualidad, así como en las transmisiones de eventos deportivos, culturales, sociales o políticos¹⁵⁴.

Pero no sólo en la ordenación previa de la realidad a captar puede hallarse la originalidad, sino también en la propia realización —ubicación de la cámara, altura desde la que se filma, encuadre, iluminación, distancia focal— y, posteriormente, en la edición del material grabado mediante el montaje de los diversos planos. A través de todas estas decisiones aparentemente técnicas pueden alcanzarse efectos artísticos o expresivos aptos para singularizar una obra¹⁵⁵. De acuerdo con este aserto, no se cumple el requisito cuando se realiza una mera reproducción de lo que sucede delante del objetivo, ya de forma automática, como pueda ser el caso de las imágenes captadas por cámaras de vigilancia, ya bajo el control de una persona que no toma decisiones de índole creativa, aun cuando haga gala de una gran pericia técnica¹⁵⁶.

El criterio de la originalidad es lo que nos permite distinguir entre la obra audiovisual y la explotación de una obra no audiovisual preexistente¹⁵⁷ o la mera

¹⁵² En ellas, la organización previa se manifiesta, por ejemplo, a través de la trama, la elaboración de los diálogos, la recreación de una época mediante los decorados y el vestuario, la composición de una música que cree la atmósfera requerida o la interpretación de sus papeles por los actores. En el caso de las obras de animación, donde no se registran imágenes del mundo real, sino que se asocian dibujos para otorgarles dinamismo, la ordenación del objeto no incluirá los dibujos en sí, pues se trata de obras plásticas que gozan de una protección independiente, a diferencia de lo que ocurre en el derecho belga, donde el autor de los gráficos de una obra de animación se considera autor de la obra audiovisual, según el artículo 14 de su Ley de 1994.

¹⁵³ Cuando no sean éstos susceptibles de ser filmados *in situ*, como ocurriría, por ejemplo, en un documental que versara sobre los patricios romanos, la leyenda artúrica o la revolución francesa.

¹⁵⁴ La elección del tema viene en general motivada por el interés que el acto o la noticia suscita en la sociedad, siendo ésta la que demanda su grabación, de manera que normalmente carece de originalidad. Sin embargo, aun en estos supuestos pueden hallarse elementos originales de organización previa a la grabación como, una vez más, los comentarios, si los hay, o la música.

¹⁵⁵ Por ejemplo, las distancias focales cortas —gran angular— dan la impresión de dinamismo en los movimientos hacia el fondo, mientras que las largas los ralentizan. En relación con la altura de filmación, los picados —filmación de arriba abajo— parecen oprimir al personaje, mientras que los contrapicados —de abajo arriba— lo ensalzan.

¹⁵⁶ Así lo entienden BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 10 de la LPI», *cit.*, p. 178; PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 86 de la LPI», *cit.*, p. 1215 —con cita de varias sentencias de tribunales italianos—; o, en Alemania, LOEWENHEIM, «Kommentar zu § 2 UrhG», *cit.*, p. 123.

¹⁵⁷ Efectivamente, una obra dramática puede ser objeto de filmación. En este supuesto se está ejercitando la facultad patrimonial de reproducción de aquélla, dado que es subsumible en la definición del artículo 18 del TRLPI. También reproduce una obra preexistente la grabación de un con-

grabación de un evento social, cultural, político o deportivo, cuando su captación no conlleva la elección libre y creativa de los planos por parte del realizador de entre un abanico de posibilidades. Aunque también una obra audiovisual de ficción puede adolecer de falta de originalidad, son las producciones basadas en la realidad las que resultan más problemáticas a la hora de decidir si merecen o no la protección autoral¹⁵⁸. Es el caso de los docudramas y, sobre todo, de los documentales¹⁵⁹, los reportajes audiovisuales y las emisiones de acontecimientos de actualidad¹⁶⁰ o de eventos deportivos¹⁶¹, los programas in-

cierto de música clásica o de un recital de poesía. En todos estos casos, el autor de la grabación se limita a fijar de forma mecánica, sin aportación creativa propia alguna, la ejecución o representación de obras preexistentes. Sería posible también el ejercicio de la facultad de comunicación pública sobre las mismas, ora a partir de la reproducción obtenida, ora de forma independiente, en el caso de la retransmisión en vivo y en directo por televisión de una ópera que está siendo representada, por ejemplo, en el Teatro Real de Madrid, —aunque no esté siendo reproducida simultáneamente—. Ninguno de estos supuestos constituiría una obra audiovisual.

¹⁵⁸ Señala GAUDEL-GRUYER, «La réalité, source spécifique de la création télévisuelle», *cit.*, p. 93, desde una perspectiva subjetiva, que cuando la secuencia de imágenes constituye la narración de un evento donde se manifiesta un esfuerzo por parte del autor para mostrar al público cómo se produjo, a través de una composición propia que adopta una forma personal y refleja su intelecto en la interpretación del acontecimiento, nos encontraremos ante una obra original objeto del derecho de autor. En cambio, si la personalidad del autor queda oculta por el tema, si se limita a reproducir en una secuencia de imágenes los hechos, sin libertad alguna de elección en la composición de su exposición audiovisual, no realiza actividad creativa alguna. En la misma línea, afirma KATKO, P., *Das audiovisuelle Werk im französischen Urheberrecht und das Filmwerk im deutschen Urheberrecht*, VVF, Múnich, 1998, p. 25, que siempre que el autor no se limite a listar cronológicamente los acontecimientos con carácter meramente descriptivo podrá tratarse de una obra audiovisual.

¹⁵⁹ Es necesario, conforme a la doctrina alemana, que no se limite a reproducir la realidad, sino que exista un argumento coherente que sea puesto en escena conforme a un proyecto prediseñado —*vid.* sentencias del BGH de 21 de abril de 1953, en BGHZ, n.º 9, p. 262, y de 10 de enero de 1969, en UFITA, n.º 55, 1970, p. 313—. En Francia, el TGI de París, en sentencia de 28 de abril de 1971, RIDA, n.º 69, julio de 1971, p. 95, afirmó la originalidad de un documental televisivo en atención al montaje de las escenas y a la elección de los paisajes.

¹⁶⁰ En ocasiones parece evidente la insuficiencia de la aportación creativa del realizador para otorgar un carácter individual a su grabación. Así ocurrió en la resolución de la Sección Civil de la Pretura de Roma de 11 de octubre de 1979, *Rassegna di Diritto Civile*, 1980, vol. 2, p. 558, donde se desestimó la pretensión del realizador Paolo Bolano de ser considerado coautor de un documental sobre el proceso de Catanzaro —por no haber colaborado en el importante proceso creativo de selección y edición de las imágenes— y autor único de una obra cinematográfica compuesta por las cuatrocientas horas de grabación que él había realizado y que habían servido de base para el documental. La sentencia consideró carente de suficiente creatividad la labor de Bolano, pese a ser reflejo de una elevada pericia técnica, y, en consecuencia, no apta para recibir protección. Idéntico tratamiento merecen, entiendo, documentos audiovisuales de actualidad, como puedan ser grabaciones de ruedas de prensa o de hechos noticiosos realizadas por reporteros gráficos dotados de una cámara. Se trata de simples reproducciones mecánicas de la realidad que cualquier profesional que hubiera estado presente cuando los hechos acaecieron podría haber llevado a cabo de forma similar. No son, en definitiva, individualizables.

¹⁶¹ La nula originalidad que supone la elección del motivo a grabar y la falta de control del realizador sobre el desarrollo del juego en sí condicionan la originalidad de la grabación a la de los comentarios y la realización. Aquéllos deben constituir algo más que la mera descripción de los lances del juego para ser originales, por carecer en caso contrario de potencial diferenciador. Por idéntico motivo, la realización que se limita a manifestar la habilidad técnica del realizador, resultando insuficiente para dotar a la grabación de un carácter propio y singular, no da lugar a una obra protegible. La selección de planos debe ser creativa, en el sentido de no venir exigida por el propio desarrollo del juego. En definitiva, tanto la realización como los comentarios han de separarse de los lugares comunes para que se consideren originales. El estándar de originalidad en estos tipos de obras es menos exigente en los Estados Unidos. Así, en el *House Report*, p. 52, se afirma que «[c]uando un partido de fútbol americano está siendo cubierto por cuatro cámaras de televisión, con un director guiando las actividades de los cuatro cámaras y eligiendo cuáles de sus imáge-

formativos y los de entrevistas¹⁶², los de variedades¹⁶³ y los concursos televisivos¹⁶⁴. La dificultad estriba en determinar cuándo estas filmaciones alcanzan

nes electrónicas serán enviadas al público y en qué orden, no hay apenas duda de que lo que los cámaras y el director están realizando constituye una autoría» —traducción propia—. Se ha citado en apoyo de esta postura el caso *Time Inc. contra Bernard Geis Associates*, 293 F. Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968), relativo a una grabación del asesinato de Kennedy realizada por un fotógrafo aficionado, donde se mantuvo que se trataba de una obra protegible por contener múltiples elementos creativos, como la elección del tipo de cámara, el tipo de película —color—, el tipo de lente —teleobjetivo—, la zona donde se captaron las imágenes, la hora a la que fueron filmadas —luego coincidió ser el lugar y la hora del atentado— y, después de haber probado diferentes sitios, el lugar donde se situó la cámara. La Corte de Apelación del Séptimo Circuito, en el caso *Baltimore Orioles, Inc. contra Major League Baseball Players Association*, 805 F. 2d 663 (7th Cir., 1986), declaró que las muchas decisiones que han de ser tomadas durante la transmisión de un partido de béisbol relativas a los ángulos de cámara, los tipos y la selección de tomas, el uso de repeticiones instantáneas y pantallas divididas otorgan la creatividad requerida para la protección de la emisión. Similar argumentación le ha servido a la Corte de Apelación del Noveno Circuito en *Los Angeles New Service contra Tullo*, 973 F.2d 791 (9th Cir., 1992), para reputar originales cintas de vídeo que contienen grabaciones de hechos de interés periodístico como una catástrofe aérea o el amasijo de hierros en que quedó convertido un tren tras un accidente ferroviario, al comparar el trabajo del cámara con el que puede realizar un fotógrafo. Con toda probabilidad es determinante para esta relajación del criterio de la originalidad el hecho de que no se reconocen derechos conexos a los productores de meras grabaciones audiovisuales —a diferencia del autor de un fonograma, al que se le concede el *copyright* sobre el mismo con independencia del que pueda ostentar el autor de una composición musical, por ejemplo, fijada sobre aquél; este distinto trato viene determinado porque la obra audiovisual, en un ordenamiento como el estadounidense, donde la fijación es un requisito para la protección, es inseparable de su grabación—, de forma que si la exigencia de originalidad fuera mayor, muchas de ellas quedarían desprotegidas. La situación en España es distinta, y por ello entiendo que la realización de la transmisión de un evento deportivo puede otorgarle carácter original, pero sólo si tiene aptitud para individualizar la obra. Así, siguiendo a LUCAS, A., y LUCAS, H.-J., *Traité de la propriété littéraire & artistique*, Litec, París, 2001, puede decirse que las transmisiones deportivas constituirán obras intelectuales cuando el autor disponga sus parámetros técnicos, genere una tensión a través de la elección del punto de vista y del ritmo, establezca una impresión de competencia en la escena, etc. Cuando las decisiones adoptadas son lugares comunes y vienen determinadas por la mera pericia del realizador —como por ejemplo, en un partido de fútbol, la selección del plano que capta al jugador que lleva el balón o la repetición de los goles y jugadas conflictivas desde diferentes ángulos— carecen de la mínima originalidad exigida para dispensar protección como obra a esa grabación, aunque su productor gozará del derecho conexo de los artículos 120 y siguientes del TRLPI.

¹⁶² En opinión de КАТКО, *Das audiovisuelle Werk im französischen Urheberrecht und das Filmwerk im deutschen Urheberrecht*, cit. pp. 26 y 29, las entrevistas audiovisuales son protegibles por el derecho autoral cuando a través de un estilo propio constituyen una conversación singular, cuando mediante la forma de la conversación o a través de la apreciación crítica del tema se otorga un carácter individual a la entrevista. En Francia se admite que los informativos pueden ser originales en virtud de la elección del tema, su composición, los comentarios y la presentación —*vid.* DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3.^a ed., cit., p. 197, para quien pueden constituir colecciones protegibles por la selección y ordenación de los hechos—, si bien para la doctrina alemana lo normal es que se limiten a reproducir la realidad y carezcan de originalidad —*vid.* sentencia de 12 de diciembre de 1960 del LG de Berlín, en *GRUR*, 1962, p. 207, en relación con un programa televisivo informativo sobre la Feria del 1 de mayo, no protegible como obra cinematográfica sino, en su caso, como fotografías—, aunque esta posibilidad no es en todo caso descartable, pues la originalidad puede desprenderse tanto de la selección del objeto noticiable como de la forma de presentarlo.

¹⁶³ En los programas de variedades la originalidad podrá buscarse en la selección y ordenación de las obras y actuaciones que lo componen. En caso de ser original, constituirá una colección conforme al artículo 12 del TRLPI, lo cual no es obstáculo para que se considere, asimismo, como una obra audiovisual, en la medida en que las categorías contenidas en los artículos 11 y 12 del TRLPI no son incompatibles con la regulada en el Título VI del Libro I, ya que responden a criterios de clasificación distintos.

¹⁶⁴ Habrá que tener en cuenta que las reglas del concurso no son aptas para conferir originalidad a la obra audiovisual, en la medida en que son ideas y éstas, como norma general, no son protegibles por el derecho de autor.

una entidad creativa suficiente como para singularizar la obra y cuándo son meras manifestaciones de la *lex artis* del realizador. En el segundo caso, no nos encontraremos ante una obra audiovisual pero sí, de haberse fijado, ante una grabación audiovisual¹⁶⁵.

VI. ESPECIES DE OBRAS AUDIOVISUALES

1. LA OBRA CINEMATOGRÁFICA

La obra cinematográfica es la obra audiovisual consistente en una secuencia de imágenes, con o sin sonido, destinada esencialmente a ser mostrada en la pantalla de una sala pública. Es el único supuesto de obra audiovisual mencionado por el artículo 86 de la Ley y, en consecuencia, el ejemplo paradigmático de esta categoría, aquel que cumple sin duda con los requisitos del citado precepto y en torno al cual gira el régimen contenido en el Título VI del libro I del TRLPI.

Dos son las características principales que tradicionalmente se han predicado de la obra cinematográfica. En primer lugar, se compone de una serie de imágenes asociadas de tal manera que producen en el espectador una sensación de movimiento¹⁶⁶. En segundo lugar, está destinada a su comunicación pública en una sala de exhibición. En cambio, no es acertado describir la obra cinematográfica en función del soporte material al que se incorpora—los populares rollos de celuloide—, pues no es éste sino un dato accesorio¹⁶⁷. Además, la creciente incidencia de la tecnología digital sobre el sec-

¹⁶⁵ *Vid.* en relación con este tema y en la misma línea PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 86 de la LPI», *cit.*, p. 1218. Decantándose por la teoría subjetiva de la originalidad, considera DELGADO PORRAS, «La obra audiovisual. Planteamiento general», *cit.*, pp. 734-735, que, para ser original, la secuencia de imágenes ha de ser «el resultado, perfectamente individualizado, de un trabajo personal de su realizador, en el sentido de que esa individualización ha de venir dada como una emanación o proyección del particular mundo de ideas, convicciones y sentimientos de aquél». Posición subjetiva que también hace propia BAYLOS DE CORROZA, «Tratado de Derecho Industrial», *cit.*, p. 549, para quien la impronta de la personalidad del autor se refleja en la disposición de la realidad que va a ser objeto de filmación y en la ordenación y realización del medio expresivo conforme a un plan previo.

¹⁶⁶ La cinematografía ha venido siendo definida como el arte de fijar imágenes sucesivas en una película fotosensible de forma tal que su proyección posterior en una pantalla crea la ilusión de que las figuras se mueven. Los avances de la técnica, sin embargo, me hacen ser cauto a la hora de acoger la afirmación anterior. Efectivamente, dado que he defendido que no se exige en nuestro ordenamiento la sensación de movimiento, es posible imaginar una obra audiovisual que esté compuesta a partir de imágenes estáticas combinadas con la ayuda de medios técnicos, sin los cuales no podría lograrse la misma asociación. Cuando esa obra constituye una secuencia única de imágenes y se estrena en una sala pública, ¿puede negársele el carácter de obra cinematográfica? No hay respuesta fácil a esta pregunta. La historia de la cinematografía y su propia etimología me encaminan hacia la contestación afirmativa. Sin embargo, no es descartable que en el futuro deje de prestarse la misma atención a lo que, durante mucho tiempo, ha sido el santo y seña del séptimo arte.

¹⁶⁷ Así, por ejemplo, la obra cinematográfica que se explota videográficamente se incorpora a una cinta magnética.

tor audiovisual hace suponer que el celuloide está disfrutando de sus últimos días de gloria¹⁶⁸.

El estar fundamentalmente destinada a su comunicación en salas públicas de exhibición es, de hecho, la característica más sobresaliente de la obra cinematográfica, por ser la única que la diferencia de las restantes especies de obras audiovisuales. Las obras televisivas y videográficas consisten también, normalmente, en secuencias animadas de imágenes, y sólo su distinto destino esencial las distingue de aquélla. La dificultad en relación con este rasgo de la obra cinematográfica estriba en determinar si basta con que esté destinada a ser exhibida en una sala pública o si es preciso que haya sido ya comunicada públicamente de la citada manera. La cuestión se suscita a partir de una decisión del Consejo de Estado francés de 26 de julio de 1991¹⁶⁹ que confirmó la calificación legal de obra cinematográfica de una obra audiovisual decidida por el Consejo Superior de lo Audiovisual, pese a no haber sido exhibida en salas de cine francesas, por haberlo sido en salas de su país de origen. La resolución parece condicionar la calificación de una obra audiovisual como cinematográfica a su previa explotación en la forma descrita. Me parece inapropiado, sin embargo, calificar la obra una vez iniciada su explotación, más si cabe cuando el alcance de la presunción de cesión de determinados derechos al productor depende de que la obra audiovisual sea o no cinematográfica¹⁷⁰. Por ello

¹⁶⁸ Se han realizado ya proyecciones de obras cinematográficas en formato digital en salas de exhibición, como antesala de la que puede ser la gran revolución en el mundo de la distribución y exhibición cinematográficas. Así, la sala Kinopolis en Bélgica y varias salas en Estados Unidos han proyectado en formato digital la película *Toy Story II* —1999, dirigida por John Lasseter y producida por Walt Disney Pictures—. Lucas Film ha exhibido de igual manera *La amenaza fantasma* —*The Phantom Menace*, 1999, dirigida por George Lucas— la precuela de *La guerra de las galaxias*, y la factoría Disney se ha lanzado a la reproducción digital de sus películas. Aunque de momento se trata de una iniciativa experimental, se prevé que en dos o tres años el cine electrónico se habrá asentado en muchas ciudades. Nos informa ALONSO, L., en artículo periodístico titulado «El cine digital se prepara para estrenarse dentro de unos años», publicado en el *Ciberp@is* —suplemento de *El País*—, n.º 112, 27 de abril de 2000, que en la feria Showest, que se celebra cada año en Las Vegas reuniendo a las principales compañías cinematográficas, se daba por seguro en marzo de 1999 que el cine en formato digital se impondría en todas las salas, centrándose entonces la discusión en cómo se distribuiría la señal codificada. En efecto, se baraja la posibilidad de que en un futuro no lejano los exhibidores, en lugar de adquirir las copias en celuloide y el derecho a comunicarlas públicamente en salas de cine, celebren con el productor que posea una reproducción digital de la película un contrato por el que se les transmita vía satélite o por cable la obra y se les ceda el derecho a su comunicación pública. El funcionamiento es similar al de la modalidad televisiva de *pay per view* —pago por visión o televisión a la carta—. Los exhibidores contratarían con los productores el derecho a proyectar la obra cinematográfica. A continuación recibirían la señal digital codificada que se les transmitiría vía satélite o por cable, la cual sería descodificada y proyectada sobre una pantalla de cine normal mediante un aparato especial basado en dispositivos digitales de microespejos. Cada pase requeriría el previo pago del canon por exhibición previsto. De igual forma, tampoco debe considerarse esencial de la obra cinematográfica el comunicarse al público a través de su proyección, en vista de que no es imprevisible que futuros avances tecnológicos conduzcan también a la supresión de los proyectores.

¹⁶⁹ Vid. *RIDA*, n.º 151, enero de 1992, p. 199.

¹⁷⁰ Si el alcance de la presunción de cesión de derechos es más limitado en la obra cinematográfica que en el resto de obras audiovisuales, de acuerdo con una interpretación *a contrario* del segundo párrafo del apartado primero del artículo 88, es lógico que sepamos de qué tipo de obra se trata antes de que el productor inicie la explotación. En caso contrario, y a salvo lo pactado en el

opto por la alternativa contraria, es decir, por la suficiencia del destino de la obra a su exhibición en una sala pública, admitiendo, eso sí, el riesgo que entraña de poder dar lugar a la calificación como cinematográfica de una obra que nunca acceda a una sala de cine. Cuál sea este destino esencial se extraerá de la valoración de circunstancias tales como el contrato de producción, el soporte material originario de la obra audiovisual en cuestión y su propio proceso de producción y realización.

Que la obra cinematográfica esté esencialmente destinada a su comunicación pública en salas de exhibición no quiere decir que no admita otras modalidades de explotación. Es importante distinguir por ello la obra cinematográfica explotada videográfica o televisivamente de la obra videográfica y la obra televisiva. Como nos enseña FERNÁNDEZ-ALBOR¹⁷¹, la explotación de una obra cinematográfica se desarrolla, de hecho, en tres etapas que se suceden en el tiempo por razones económicas. En primer lugar, se comunica públicamente en salas de exhibición. En segundo lugar, se distribuyen copias de la obra cinematográfica para uso doméstico. Por último, se emite la obra por televisión¹⁷². Estas formas de explotación no alteran la calificación jurídica que mereció en un primer momento¹⁷³.

contrato, quedaría en manos de éste la calificación de la obra y, en consecuencia, la concreción del alcance de una presunción de cesión que le favorece. Si cediera el derecho de comunicación pública a un exhibidor cinematográfico, una vez que la obra hubiera sido mostrada en una sala de cine, no podría sin el consentimiento expreso de los autores poner a disposición del público copias de aquélla para su uso doméstico ni radiodifundirla. En cambio si, por casualidad, ningún exhibidor hubiera estado interesado en comunicar públicamente la obra en sus salas, no adquiriría el *status* de cinematográfica, de forma que podría plantearse la posibilidad de intentar cualquier otra modalidad de explotación. En definitiva, si la obra cinematográfica requiere para tener esta consideración su estreno en una sala de cine, habría que afirmar que ninguna obra audiovisual es cinematográfica hasta que se inicia su explotación, de modo que, en caso de silencio en el contrato de producción, se presumirían en principio cedidos al productor los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública, subtítulo y doblaje, dado que en este momento inicial puede ejercitar cualquiera de ellos. Sin embargo, si comenzara por comunicar la obra en una sala pública, vería cómo se le limitarían por arte de magia —y del párrafo segundo del art. 88.1 TRLPI— los derechos de distribución y comunicación pública, en beneficio de los autores. Lo cual, en mi opinión, no tiene demasiado sentido.

¹⁷¹ Cfr. FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., *La obra cinematográfica reproducida en cintas de vídeo (home video exploitation)*, cit., pp. 43-47.

¹⁷² El porcentaje de ingresos debidos a la explotación cinematográfica se ha ido reduciendo a lo largo del tiempo, a la inversa de lo ocurrido con la explotación videográfica, que hoy en día proporciona los mayores beneficios, y, en menor medida, la televisiva —es probable que la incipiente modalidad de pago por visión incremente en los próximos años las rentas obtenidas por la explotación televisiva—. De hecho, puede afirmarse que el papel fundamental de la exhibición de una película en las salas de cine es hoy en día de promoción, aunque sin desdeñar, como es lógico, la recaudación en taquilla, que puede llegar a alcanzar entre un veinte y un treinta por ciento de los ingresos por explotación directa de la obra —excluido el *merchandising*—.

¹⁷³ Sin embargo, dado que las obras cinematográficas, videográficas y televisivas se diferencian en lo fundamental por la modalidad de explotación a la que están esencialmente destinadas, esta circunstancia puede dificultar la propia calificación de estas creaciones audiovisuales. Lo normal será considerar que es cinematográfica la obra audiovisual cuya primera forma de explotación prevista sea la exhibición en una sala pública, con independencia de que con posterioridad pueda ser distribuida para su uso doméstico o radiodifundida. Será videográfica aquella otra que, de acuerdo con la voluntad de los autores y el productor, va a ser explotada por primera vez mediante la

2. LA OBRA VIDEOGRÁFICA

La obra videográfica es la obra audiovisual fijada en una cinta, disco o cualquier otro soporte material que, reproducida a través de un aparato apropiado, puede ser mostrada en la pantalla de un televisor, y que está destinada esencialmente a ser explotada a través de la puesta a disposición del público de ejemplares para su uso doméstico.

Es preciso distinguir la obra videográfica del videograma. Entiendo por videograma, en sentido estricto y en consonancia con la definición de obra videográfica, no cualquier fijación de imágenes y sonidos en un soporte material —que es la grabación audiovisual¹⁷⁴—, sino aquella que se realiza en objetos físicos susceptibles de ser distribuidos para su uso doméstico mediante aparatos que permitan mostrar su contenido en un televisor¹⁷⁵. Dicho contenido pue-

puesta a disposición del público de ejemplares para su uso doméstico, cualesquiera que sean los usos posteriores que reciba. Por último, se considerará una obra televisiva la que esté destinada a ser radiodifundida, a través de ondas hertzianas o vía satélite, o transmitida por cable, antes de ser distribuida o comunicada públicamente de otras formas.

¹⁷⁴ El videograma fue definido por el Comité de Expertos Gubernamentales en el marco de la OMPI y la UNESCO, en un documento preparatorio sobre los problemas jurídicos derivados de la utilización de videocasetes y discos audiovisuales, como el soporte material de toda secuencia de imágenes y sonidos, así como la fijación misma de esa secuencia —Documento UNESCO/OMPI, Ginebra, 21-25 de febrero de 1977, *RIDA*, n.º 87, abril de 1977, p. 174—. La definición citada, cuyo sentido ha sido acogido por el CPI francés —cuyo artículo L. 215-1, párrafo 1.º, define al productor de videogramas como la persona, física o jurídica, que asume la iniciativa y la responsabilidad de la primera fijación de una secuencia de imágenes con o sin sonido— viene a convertir el videograma en el equivalente en el sector audiovisual al fonograma, y se asemeja a la que el artículo 120 de nuestra Ley realiza en relación con la grabación audiovisual. Sin embargo, desde mi punto de vista, y habiendo optado el legislador español por la más amplia noción de grabación audiovisual, el sentido del término «videograma» debe ser acotado. Como pone de manifiesto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 120 de la LPI», *cit.*, p. 1662, mientras que los artículos 120 a 125 del TRLPI aluden exclusivamente a la grabación audiovisual, sin mencionar ni una sola vez los videogramas, el artículo 25.1 del mismo cuerpo legal, en relación con el derecho de remuneración por copia privada, cita éstos últimos juntamente con «otros soportes visuales y audiovisuales». Circunstancia que, sin embargo, no se da en los artículos 25.4.b) y 25.5.c), donde el término «videograma» se utiliza como sinónimo de grabación audiovisual. El Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la LPI, parcialmente derogado por el Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el TRLPI, reiteraba en su artículo 11.1 el tenor del artículo 25.1 de la Ley. Sin embargo contenía en el párrafo segundo de su artículo 9.1 una definición, según la cual «toda grabación de imágenes asociadas que den sensación de movimiento con o sin sonorización incorporada, se considera videograma», que, no obstante, no casaba del todo bien con aquél. El apartado 3.º de su artículo 25.5, en relación con la deliberación y acuerdos alcanzados en el convenio de remuneración compensatoria, mencionaba también los «videogramas y demás soportes visuales o audiovisuales». Todos ellos fueron derogados. Sin embargo, se mantiene vigente el artículo 36, en materia de distribución de la remuneración compensatoria, cuya letra b) se refiere una vez más a los videogramas y demás soportes visuales o audiovisuales.

¹⁷⁵ Éste es el sentido con que DAVIES, G., «The Acquisition of rights for the production of videograms», en *EIPR*, vol. 12, 1981, p. 354, usa el término videograma, si bien no llega a definirlo. Sobre el concepto de videograma, *vid.* DELGADO PORRAS, «La propiedad intelectual y la explotación videográfica de las obras de ingenio», *cit.*, pp. 1118-1121, quien termina por caracterizarlo como «un simple soporte visual y sonoro, o solamente visual, que puede incorporar obras de ingenio y cuyas características de orden técnico hacen factibles unas formas de explotación de aquéllas, nuevas en el campo audiovisual»; *vid.* asimismo LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., «La obra audiovisual: titularidad en su explotación videográfica», en *La Ley*, 1992-1, pp. 897-898, criticando la definición del

de consistir tanto en simples imágenes en movimiento captadas del mundo real, no constitutivas de una creación intelectual, como en una obra. En el segundo supuesto, puede tratarse ya de una obra de nueva creación destinada especialmente a ser fijada sobre el videograma, en cuyo caso nos encontramos ante una obra videográfica¹⁷⁶, ya de una obra preexistente, bien audiovisual¹⁷⁷ —normalmente cinematográfica, aunque puede ser también televisiva—, bien de otro tipo, por ejemplo dramática. En la primera hipótesis, la calificación jurídica de la obra no varía normalmente, pues se trata del mero ejercicio de la facultad patrimonial de reproducción. Sin embargo, en la segunda, es posible que a la mera reproducción de la obra preexistente se añada también su transformación, por adaptación de la obra al nuevo soporte. Cuando la fijación de la obra en un formato videográfico entraña su transformación, y el resultado es original, nos encontraremos ante una obra videográfica derivada protegible. En cualquier caso, tanto si se filman meros hechos reales, como si se fija por vez primera una creación intelectual, ya de nueva creación, ya preexistente, el resultado será una grabación audiovisual. En definitiva, y por cuanto aquí nos interesa, aunque toda obra videográfica constituye un videograma, no todo videograma es al mismo tiempo una obra videográfica.

3. LA OBRA TELEVISIVA

La obra televisiva es la obra audiovisual esencialmente destinada a su comunicación pública a través de su radiodifusión, hertziana —art. 20.2.c) TRLPI— o vía satélite —art. 20.2.d) TRLPI—, o transmisión por cable —art. 20.2.e) TRLPI—, de tal manera que pueda ser mostrada en aparatos receptores de televisión¹⁷⁸.

anterior por hacer hincapié en el soporte más que en la fijación, hasta el punto de ser apta para acoger en su seno una cinta de vídeo virgen.

¹⁷⁶ Así es precisamente como la define el Documento UNESCO/OMPI, Ginebra, 21-25 de febrero de 1977, *RIDA*, n.º 87, abril de 1977, p. 174. La protección de este tipo de creaciones planteó ciertos problemas en un primer momento. Así, GREEN, M. B., «Copyright in videotapes: Tom Hopkins International Inc. v. Wall & Redekop Realty Ltd.», en *I.P.J.*, n.º 1, 1984-1985, pp. 180-185, se hace eco de la resolución de la *Supreme Court of British Columbia* —Canadá— en el caso mencionado, que evitaba calificar como obra cinematográfica o análoga la obra audiovisual creada para su explotación videográfica, optando por considerarla una obra dramática amparándose en el concepto amplio y dotado de una *vis atractiva* que la jurisprudencia había construido de esta categoría de obras.

¹⁷⁷ Es lo que se conoce como videocopía.

¹⁷⁸ Como ponía de relieve en relación con las obras cinematográficas y videográficas, es preciso distinguir la obra televisiva del ejercicio del derecho de comunicación pública sobre otras especies de obras audiovisuales a través de su radiodifusión o transmisión por cable. El ejemplo más típico es el de la obra cinematográfica que, una vez explotada por medio de su exhibición en salas públicas y la distribución de ejemplares videográficos para su uso doméstico, es emitida por televisión, la cual no pierde por ello su carácter primitivo; pero puede ocurrir lo propio en relación con obras videográficas. Es posible, sin embargo, que una obra cinematográfica o videográfica sufra algún tipo de transformación para su adaptación a la nueva modalidad de explotación, en cuyo caso, de revestir carácter original, el resultado tendrá la consideración de obra televisiva derivada. No es, no obstante, lo normal, ya que las alteraciones realizadas no suelen alcanzar una entidad suficiente como para dar lugar a un resultado digno de protección, si bien sí pueden tener relevancia desde el punto de vista de la protección de las facultades morales de los autores de la obra en concreto, pues con frecuencia son susceptibles de infringir los derechos al reconocimiento de la autoría y al respeto a la integridad de la obra.

La televisión se ha convertido en un medio de masas y en el pasatiempo preferido, o cuando menos el más habitual, de la inmensa mayoría de las personas. Considerada como forma de entretenimiento, ha de satisfacer una demanda ingente de programas por parte del público, lo que conlleva un mayor interés por producir, en el sentido vulgar de la expresión, que por crear. Como medio de información, goza de unos rasgos propios, cuales son la inmediatez y, como es lógico, el predominio de la imagen, que para algo vale más que mil palabras, los cuales determinan un tipo de programas que con frecuencia se limitan a enlazar meras captaciones de hechos y acontecimientos del mundo real. Si a lo anterior se une el propio gusto de los espectadores por productos difícilmente originales, como retransmisiones deportivas o de otros eventos sociales, resulta evidente que es en relación con las producciones televisivas, y sobre todo con las que tienen carácter informativo, divulgativo o documental, donde con mayor dificultad se traza la línea divisoria entre la obra audiovisual y la mera grabación¹⁷⁹.

Un tipo frecuente de obras televisivas son las obras seriadas, en relación con las cuales se plantea si son obras únicas hechas públicas por partes o si, por el contrario, cada programa o episodio merece la consideración de obra singular. Entiendo que cuando se trata de una serie de duración limitada¹⁸⁰, que responde a un proyecto unitario y cerrado llevado a cabo de principio a fin por unos mismos autores y cuyo fraccionamiento no se debe tanto a la relativa independencia de sus episodios como a la imposibilidad de su emisión ininterrumpida, nos encontramos ante una obra única¹⁸¹. Por el contrario, aquellas series de duración normalmente indeterminada, cuyos autores pueden variar de un episodio a otro, con tramas independientes, aunque se mantenga una línea argumental de continuidad común para todas las entregas, no componen una obra global. Cada uno de sus programas constituye una obra audiovisual singular. Evidentemente, el único que puede ser absolutamente original, en su caso, es el primero¹⁸². Los demás son por necesidad obras derivadas^{183, 184}.

¹⁷⁹ Las obras de ficción —telefilms, telenovelas, comedias de situación y otras series televisivas— son aquellas que, aun cuando puedan basarse en hechos reales, muestran una historia creada por los autores a esos efectos, quienes organizan y disponen con antelación el objeto de la grabación. Con frecuencia se trata de obras a las que se confiere un carácter dramático, donde actores interpretan un guión bajo la dirección del director-realizador. En estas obras los autores controlan plenamente no sólo las imágenes fijadas, sino también el objeto que va a ser grabado, siendo más fácil apreciar su originalidad. Los documentales, por el contrario, describen y comentan la realidad. Sus autores seleccionan fragmentos del mundo real, los combinan, los organizan y los explican. Por ello, juzgar la originalidad de un documental requiere un mayor esfuerzo por parte del juzgador, dado que se combinan imágenes que no son más que reproducciones de objetos sobre los que el control del realizador es limitado: se reduce a su elección y, en ocasiones, a establecer un cierto nivel de condicionamiento de la actuación del objeto —por ejemplo, en un documental sobre la adaptación de un animal al medio en el que vive, puede alterarse el escenario donde se desenvuelve para observar cómo reacciona ante las modificaciones de su hábitat.

¹⁸⁰ Las llamadas miniseries, por ejemplo, obras televisivas de ficción cuya duración sobrepasa las cuatro horas, pero no suele ser superior a las doce.

¹⁸¹ El artículo 29 del TRLPI permite esta posibilidad.

¹⁸² Aunque normalmente se basará en lo que se conoce como la *biblia* de la serie, que contiene una descripción de su estilo, su contenido, sus personajes y sus tramas principales, y que puede ser protegible como una obra de lenguaje en caso de ser original, y no una mera sucesión de ideas, equivalente al argumento de una obra audiovisual.

¹⁸³ De forma que han de estar autorizados por los titulares del derecho de transformación sobre la *biblia* de la serie, en caso de ser una obra original, y sobre los programas anteriores de los que se tomen elementos creativos, lo cual no supondrá dificultad alguna en la práctica, pues el productor de cada episodio será el mismo y, sin duda, se habrá asegurado la detentación de todos los derechos de explotación.

4. EL VIDEOCLIP

El videoclip es una obra compuesta que añade una secuencia de imágenes a una obra musical preexistente¹⁸⁵ con el propósito principal de promocionar el fonograma correspondiente¹⁸⁶, lo que no excluye que pueda tener también una finalidad en sí mismo¹⁸⁷.

¹⁸⁴ El proceso de creación de las obras televisivas seriadas de duración indeterminada presenta especificidades determinadas por la necesidad de realizar múltiples programas por temporada. Así, en primer lugar, por ejemplo, es posible, y hasta habitual, que el equipo creativo cambie en alguna medida de un programa a otro. En segundo lugar, hay que destacar el protagonismo que ostenta el productor ejecutivo y que están cobrando los equipos de guionistas, sobre todo en las comedias de situación. En las series de televisión, el productor ejecutivo desempeña un papel esencial de carácter no meramente técnico, que excede el propio de su homónimo en la industria cinematográfica, pues representa la figura que dota de continuidad al conjunto de episodios. En efecto, se trata del máximo responsable de la serie, tanto desde el punto de vista del diseño de la producción como del contenido, trazando, en colaboración con el director de la serie y el coordinador de guiones, la línea argumental a seguir a medio y largo plazo, interviniendo incluso en la fase de edición y montaje de cada episodio, colaborando con el realizador en la dirección y supervisión del trabajo del montador —cfr. ÉCJIA BERNAL, H., «La propiedad intelectual en la empresa audiovisual», en *Comunicación y Estudios Universitarios*, n.º 7, 1997, pp. 35-36—. Sin embargo, conforme a nuestra Ley, no es titular de derecho alguno, ni de autor ni conexo, si bien podría argüirse que su colaboración creativa pertenece al campo de las ideas, que no son protegibles por el derecho de autor. Respecto a los guionistas, en lugar de uno o dos que escriben el guión completo, como ocurría hace algunos años, las series españolas actuales suelen contar con un coordinador de guiones además de dos o tres equipos de guionistas de tres o cuatro miembros cada uno, donde se aportan ideas, se discuten y se desarrollan hasta dar con el guión definitivo de cada episodio. El resultado es que el número de autores de la obra televisiva se incrementa peligrosamente, lo cual dificulta la aplicación del régimen de la obra en colaboración, al que el artículo 87 del TRLPI conduce la obra audiovisual.

¹⁸⁵ La importancia de la consideración del videoclip como obra compuesta reside en la determinación de su autoría. Al preexistir la canción, no puede ser considerada como una composición musical específicamente creada para la obra audiovisual, por lo que su autor no se reputará coautor de ésta. De hecho, la relación es inversa: es la obra audiovisual la que está especialmente creada para la musical, circunstancia que, con frecuencia, encuentra su plasmación en el hecho de que, en la práctica, son los productores de fonogramas los que promueven la creación de videoclips y los que asumen la responsabilidad de su producción audiovisual.

¹⁸⁶ FRAGOLA, A., «Aspetti giuridici dell'audiovisivo (3.ª serie)», en *IDA*, julio-septiembre de 1991, vol. 3, p. 321, señala que en la mayoría de los casos consiste en una sucesión de sonidos, imágenes, palabras, movimientos, escenarios, colores, costumbres, signos gráficos ligados funcionalmente entre sí con el fin de representar una obra perteneciente al mundo musical. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 86 de la LPI», *cit.*, p. 1225, lo define como una secuencia de imágenes y de música asociada a una «finalidad de promoción comercial de fonogramas». Evidentemente, no toda combinación de imágenes y sonidos con el propósito de favorecer la venta de fonogramas es una obra audiovisual. Para su consideración como tal es necesario que cumpla con todos los requisitos de esta categoría que ya conocemos, y en particular, además del de estar compuesto por una serie de imágenes asociadas, los de la mediación técnica y la originalidad. Quiere esto decir que, por ejemplo, no se incardina dentro de esta especie el producto de la integración de una obra musical preexistente con un espectáculo de fuegos artificiales que sigue su ritmo cuyo fin es presentar el fonograma que va a ser lanzado al mercado en breve; como tampoco la unión con idéntico propósito de una canción con la proyección de fotografías del intérprete.

¹⁸⁷ Aunque, como he señalado, el videoclip tiene un importante valor en sí mismo, como obra objeto de explotación independiente —pensemos no ya sólo en la radiodifusión de videoclips, sino incluso en su distribución en formato videográfico para uso doméstico, o su comunicación pública en determinados tipos de locales públicos para amenizar la estancia de los clientes—, no por ello pierde su vocación promocional.

Su principal finalidad de promoción y su carácter derivado, que constituyen las especialidades del videoclip, están interrelacionadas, al ser el fonograma que contiene la obra musical preexistente incorporada a la obra audiovisual lo que se pretende promocionar. Esta característica permite excluir de esta especie otras creaciones audiovisuales en las que la música desempeña un papel principal. Es el caso de los musicales cinematográficos¹⁸⁸, de los programas televisivos de tema musical¹⁸⁹ y de las imágenes que acompañan al texto de las canciones en los karaokes.

La incorporación de la obra musical a la audiovisual característica del videoclip¹⁹⁰, constituye, pese a no suponer alteración expresiva alguna de la primera, el ejercicio de la facultad de transformación, en la medida en que la fusión de música e imágenes les otorga un sentido distinto del que tendrían consideradas aisladamente. La misma canción puede evocar distintas impresiones en el oyente en función de las imágenes que la acompañen, y en ese sentido, puede afirmarse que se transforma cuando se asocia a ella el elemento visual¹⁹¹. Esto le permite a su productor beneficiarse de la presunción de cesión de los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública, subtítulo y doblaje prevista por el artículo 89 del TRLPI —en relación con el artículo 88—. A la vista de lo anterior, resulta evidente que en el videoclip tan importante es el contrato de producción que el productor de la obra derivada firma con sus autores como el de transformación que celebra con los de la composición musical previa¹⁹². Ambos son esenciales con vistas a la concentración en la persona del productor de los derechos de explotación sobre el videoclip.

5. DETERMINADAS ESPECIES DE OBRAS MULTIMEDIA

La obra multimedia es el producto digital interactivo resultante de la combinación, a través de un programa de ordenador, de formas de expresión pertenecientes a medios diversos, como el texto, el sonido, la imagen estática, la animación gráfica o el vídeo¹⁹³. En muchas ocasiones, el elemento audiovisual en

¹⁸⁸ Carentes de ese objetivo publicitario y donde con frecuencia las melodías y canciones integradas han sido realizadas ex profeso para la película.

¹⁸⁹ Cuya finalidad no es promocionar fonogramas —aunque indirectamente tengan también esta utilidad—, sino divertir al público.

¹⁹⁰ No es éste el único caso. De ordinario las obras cinematográficas, videográficas y televisivas incorporan canciones preexistentes sin cambio expresivo alguno, previa la preceptiva autorización de los titulares de sus derechos de explotación.

¹⁹¹ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, cit., pp. 330-332 y 377.

¹⁹² Aunque es frecuente que cualquier obra audiovisual requiera ambos tipos de contratos, pues habitualmente a las aportaciones específicamente creadas para ella se suman obras preexistentes que se adaptan —como pueda ser la novela en que se inspira una obra cinematográfica— o simplemente se incorporan sin alteración material alguna —es el caso típico de las canciones de moda que puedan reproducirse en una película—, la única especie de obra audiovisual que requiere en todo caso un contrato de transformación es el videoclip.

¹⁹³ Vid., en este mismo sentido, el *Libro Verde sobre Derechos de autor y derechos conexos en la Sociedad de la Información* presentado por la Comisión de la Comunidad Europea el 19 de julio de 1995 —COM(95) 382 final—, p. 19; el *Informe Théry* francés de 1994 sobre las superautopistas

este tipo de obras es esencial¹⁹⁴, lo que obliga a plantearse la posibilidad de protegerla conforme al Título VI del Libro I del TRLPI. Para llegar a una conclusión al respecto es necesario realizar un examen de la cuestión que tiene dos fases. En la primera, se determinará si la obra multimedia es una creación intelectual independiente del programa de ordenador subyacente. La respuesta afirmativa a este interrogante nos llevará a la segunda fase de este análisis: si la obra multimedia merece una protección separada del programa informático, hay que concretar en qué categoría de obras se enmarca y, en concreto, si es posible su subsunción dentro del concepto de obra audiovisual.

5.1. *La protección separada de la obra multimedia con respecto al programa de ordenador subyacente*

El programa de ordenador es una obra con una función instrumental. Consiste, en efecto, en un conjunto de instrucciones o indicaciones destinadas a obtener un resultado o realizar una tarea mediante un sistema informático —cfr. art. 96.1 TRLPI—. El resultado pretendido puede ser, por ejemplo, la impresión de un texto, la realización de un cálculo, una melodía o una obra multimedia, cual pueda ser una página *web*¹⁹⁵, un videojuego, una obra virtual, una enciclopedia multimedia... Como productos de la ejecución de un programa informático, podría entenderse que todos estos resultados deben protegerse como partes integrantes de aquél. Esta interpretación, sin embargo, se encuentra con dos obstáculos. En primer lugar, los citados resultados no constituyen una «secuencia de instrucciones o indicaciones», tal y como el artículo 96.1 del TRLPI define el programa de ordenador¹⁹⁶. En segundo lugar, el carácter instrumental del

de la información, p. 14; KIRCHNER, J., «The search for new markets: multimedia and digital television under German broadcasting and copyright Law», *EIPR*, 1995, vol. 6, p. 269; MILLÉ, A., «The legal status of multimedia works», en *Unesco Copyright Bulletin*, n.º 31, vol. 2, 1997, p. 26; ISAAC, B. P., «Intellectual property and multimedia: problems of definition and enforcement», en *CIPR*, n.º 12, octubre de 1995, pp. 47-48; DOUGLAS, J., «Too hot to handle? Copyright protection of multimedia», en *AIPJ*, vol. 8, mayo de 1997, p. 97; ESTEVE PARDO, M.ª A., *La obra multimedia en la legislación española*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 34.

¹⁹⁴ Así ocurre, por ejemplo, con los videojuegos, los simuladores o las obras virtuales.

¹⁹⁵ No todas ellas, pero sí muchas de ellas, son obras multimedia.

¹⁹⁶ La Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, no contiene ninguna definición de este tipo de obras, por el temor a que deviniera obsoleta con el transcurso del tiempo y el desarrollo de nuevas tecnologías. Sin embargo, su artículo 1.1 establece que se protegerán como obras literarias. En el caso de que los resultados pretendidos por el programa no consistan en meros textos, difícilmente podrá aplicárseles esa protección. Entiendo que nuestra Ley ha de interpretarse en el mismo sentido, aun cuando haya creado una categoría específica para la tutela de estas creaciones —art. 10.1.i) del TRLPI— independiente de las obras literarias —art. 10.1.a) del TRLPI—. Alguna sentencia extranjera, sin embargo, ha sostenido que material distinto a las meras instrucciones puede formar parte del programa de ordenador y ser protegido junto con éste —*vid.* sentencia de la *High Court* australiana, *Autodesk Inc. contra Dyason* (n.º 2), 1993 176 CLR 300—. En concreto, la Corte de Apelación del Cuarto Circuito de los Estados Unidos, en el caso *M. Kramer Mfg. Co., Inc. contra Andrews*, 783 F.2d 421 (4th Cir., 1986), sostuvo que el demandado, a través de la copia de elementos visuales de un videojuego, había infringido el *copyright* no sólo sobre la obra audiovisual sino también sobre el programa de ordenador. Esta línea argumental no fue seguida por otros circuitos, pero influyó

programa de ordenador posibilita que en un supuesto concreto no sea sino el medio para la creación de una obra totalmente distinta, en cuyo caso parece más apropiado calificar este resultado como la obra que realmente constituye¹⁹⁷. Es más, es factible que se introduzcan variaciones insustanciales en dicho programa que den lugar a un resultado muy distinto al primitivo, de la misma forma que un idéntico resultado puede lograrse a través de un programa absolutamente diferente¹⁹⁸, lo cual aconseja su protección separada¹⁹⁹.

Por estas razones, entiendo que la protección unitaria del programa de ordenador y sus efectos no es, por regla general, adecuada. Cuando el resultado de la ejecución de un programa de ordenador es independiente de éste por no ser necesario para su funcionamiento y tener entidad propia para constituir una creación intelectual por sí mismo, es preferible protegerlo como la obra a cuya categoría pertenece²⁰⁰. Tal es el caso de la obra multimedia²⁰¹. Procede, en consecuencia, determinar si ésta es protegible como obra audiovisual o pertenece a otra categoría de obras.

en alguna medida en el cambio de orientación de la Oficina del *Copyright* en esta materia, pues bien hasta 1988 había venido admitiendo el registro separado del programa de ordenador y el videojuego, como resultado de aquél, en caso de que ambos cumplieran los requisitos para su inscripción, a partir de tal año comenzó a exigir un registro único, bien como obra audiovisual, bien como programa de ordenador, en función de cuál fuese su carácter más destacable.

¹⁹⁷ Veámoslo con un ejemplo. Supongamos la existencia de un comando en un lenguaje de programación por medio del cual se consigue que el ordenador emita un sonido. Imaginemos que, de acuerdo con dicho lenguaje, a continuación del comando pueden introducirse tres variables numéricas separadas por comas, representando la primera el timbre, la segunda el tono y la tercera la duración del sonido. Figurémonos ahora que un músico decide realizar un programa de ordenador compuesto por cientos de líneas, en cada una de las cuales escribe simplemente este comando y sus tres dígitos descriptores. Una vez realizado, lo ejecuta. El resultado es una melodía original. ¿Nos encontramos ante un programa de ordenador, ante una obra musical o ante ambos?

¹⁹⁸ Cfr. *Stern Electronic, Inc. contra Kaufman*, 669 F.2d 852 (2nd Cir., 1982); *Thrustcode Ltd. contra WW Computing Ltd.*, [1983] FSR 502.

¹⁹⁹ En caso contrario, difícilmente podría justificarse la infracción de la facultad de reproducción cuando lo que se copiara fuera exclusivamente el resultado del programa, pero no su código fuente. Podría alegarse que el resultado no es sino una consecuencia necesaria del programa, por lo que la protección de éste se extiende sobre aquél. Sin embargo, tal argumento es una simplificación. Es evidente que los efectos de un programa vienen determinados por los comandos que lo componen. Empero con frecuencia el programa de ordenador se adapta a un resultado prediseñado, como ocurre, por ejemplo, con la animación por ordenador, donde un equipo creativo diseña sus elementos gráficos y su animación, su trama y sus diálogos en su caso, su música, y sólo con posterioridad se realiza el programa de ordenador que contenga todos esos ingredientes, que los aglutine y que produzca el resultado audiovisual previsto en un primer momento. En este supuesto la relación es circular: el resultado deseado condiciona el programa, el cual, a su vez, determina el resultado, pudiendo ser distintos los autores de uno y otro.

²⁰⁰ En la misma línea, BOUZA LÓPEZ, *La protección jurídica de los videojuegos*, cit., p. 66, nota n.º 142, afirma que en el caso de los videojuegos, el programa de ordenador es la forma de almacenamiento de la obra audiovisual resultado de aquél. Lo es sin duda, aunque constituye también algo más, como él mismo sostiene durante toda su monografía, puesto que es susceptible de protección como tal programa.

²⁰¹ De la misma opinión *vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario al artículo 96 de la LPI», en *Comentarios a la LPI*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997; ROGEL VIDE, «Obras «multimedia» en soporte material y propiedad intelectual», cit., p. 154; ESTEVE PARDO, *La obra multimedia en la legislación española*, cit., pp. 45-48 y los autores que allí se citan; KEREVER, A., «Gestion collective des œuvres audiovisuelles et nou-

5.2. La calificación jurídica de la obra multimedia como obra audiovisual

Existen dos posibilidades a la hora de calificar jurídicamente las obras multimedia: o bien se considera que pertenecen a una categoría de obras novedosa, distinta de las enumeradas *ad exemplum* en el artículo 10.1 del TRLPI, o bien se reconducen a alguna de las categorías contempladas por nuestra Ley. La primera opción se encuentra con dos obstáculos. En primer lugar, la nota esencial que diferencia las obras multimedia de las demás, su interactividad²⁰², no es realmente incompatible con otras categorías de obras²⁰³. En segundo lugar, la existencia de tipos muy diversos de obras multimedia²⁰⁴ dificulta su subsunción en una categoría unitaria²⁰⁵. Por ello es preferible tratar de enmarcar las distintas especies de obras multimedia en las categorías del artículo 10 cuyas características ostenten. Ahora bien, la complejidad de este tipo de creaciones limita en alguna medida sus posibilidades de calificación a aquellas categorías

velles technologies», en *Les œuvres audiovisuelles et la propriété littéraire et artistique*, Association Littéraire et Artistique Internationale, Congrès du Premier siècle du cinéma, Paris, Unesco, 17-22 de septiembre, 1995, p. 410; el *Informe Sirinelli* francés —*Industries Culturelles et Nouvelles Techniques*, Rapport de la commission présidée par Pierre Sirinelli, professeur à l'Université de Paris XI—, Paris, junio de 1994, p. 60; KOCH, F. A., «Rechtsschutz für Benutzeroberflächen von Software», en *GRUR*, n.º 93, 1991, p. 183; SCHROEDER, D. «Recent German Case Law on copyright protection of video games», en *EIPR*, 1989, n.º 1, p. 20. A favor de esta postura opera también el artículo 1.3 de la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos, que distingue con claridad entre la base de datos y el programa de ordenador subyacente, al establecer que no se aplicarán sus preceptos a éste último; así como el artículo 12.3 del TRLPI que lo incorpora. Resulta interesante a estos efectos la sentencia estadounidense del caso *Midway Manufacturing Company contra Strohon*, 564 F.Supp. 741 (N.D.Ill., 1983), en la que tras declararse que el videojuego es una obra audiovisual que se protege de forma independiente del programa de ordenador subyacente, estimaba que se había copiado de forma ilegal únicamente el segundo, pues la presentación visual de las dos obras en cuestión era distinta. También la sentencia del LG de Bochum de 6 de enero de 1995, *CR*, 1995, p. 274, que opta por la tutela separada del videojuego y del programa de ordenador porque proteger aquél únicamente como un programa informático supone desatender a las especialidades de este producto. En contra, *vid.* CORRALES, C., «Computador, multimedia e interactividad», en *Segundo Congreso-Iberoamericano de Direito de Autor e Direitos Conexos*, Lisboa, 1994, t. II, p. 677. La Corte de Apelación de Caen, en sentencia de 19 de diciembre de 1997, mantuvo asimismo que la obra multimedia es un programa de ordenador, mientras que la sentencia del OLG de Karlsruhe de 13 de junio de 1994, *GRUR*, 1994, p. 726, declaró que la presentación visual de un programa de ordenador es protegible, en su caso, como parte de éste.

²⁰² *Vid.* la sentencia del TGI de París de 8 de septiembre de 1998, *RIDA*, n.º 181, julio de 1999, que negó a un CD-ROM multimedia la calificación de obra audiovisual sobre la base de que lo esencial en la obra multimedia es su carácter interactivo, que no encuentra acomodo en la definición del artículo L. 112-2 del Código.

²⁰³ No se duda que el librojuego es una obra literaria, por más que el usuario participe en el desarrollo de la trama a través de sus decisiones personales. Las propias bases de datos son un ejemplo de obra interactiva.

²⁰⁴ MILLÉ, «The legal status of multimedia products», *cit.*, pp. 27-28, distingue hasta seis tipos: videojuegos, obras educativas, obras mixtas educativas-videojuegos, revistas electrónicas, obras publicitarias y simuladores.

²⁰⁵ En efecto, salvo los rasgos que he expuesto como propios de la obra multimedia poco tiene que ver un videojuego con una obra de referencia, como pueda ser una enciclopedia multimedia.

de obras que tienen asimismo un carácter complejo: las colecciones²⁰⁶, las bases de datos²⁰⁷ y las obras audiovisuales^{208, 209}. No es éste, sin embargo, el lugar para analizar cada una de estas opciones, sino únicamente para determinar si una obra multimedia puede ser protegida como una obra audiovisual.

Como es obvio, para que una obra multimedia pueda considerarse una obra audiovisual ha de ser original y cumplir los requisitos del artículo 86 del TRLPI²¹⁰. Al respecto, la dificultad estriba en determinar si las imágenes que conforman una obra multimedia pueden entenderse asociadas en el sentido que

²⁰⁶ Vid. Information Highway Advisory Counsel, *Copyright and the Information Highway*, Ottawa, Canadá, 1995, citado por ISAAC, «Intellectual property and multimedia: problems of definition and enforcement», *cit.*, p. 51.

²⁰⁷ Siempre que esté compuesta por elementos independientes dispuestos sistemática o metódicamente accesibles de forma individual. Ésta parece ser la tendencia de la Comisión Europea —cfr. LOEWENHEIM, «Multimedia and the European Copyright Law», *cit.*, p. 45, quien entiende que, aunque la Directiva sobre la protección jurídica de bases de datos no se aplica directamente a la obra multimedia en todos los casos, la protección de ésta en el futuro se realizará de acuerdo con los principios sentados en ella—.

²⁰⁸ Así, el *Green Paper* norteamericano de 1994 en materia de propiedad intelectual y la infraestructura nacional de información, pp. 27 y 44, señala que los productos multimedia constituirán, por lo general, obras audiovisuales. La Oficina del *Copyright* estadounidense, aunque con fines meramente administrativos, establece en su Circular 55 —*Copyright Registration for Multimedia*—, p. 3, que la creación multimedia se registrará como obra audiovisual en cuanto contenga un elemento audiovisual con o sin sonido. En el Reino Unido, TURNER, «Do the old legal categories fit the new multimedia products? A multimedia CD-Rom as a film», en *EIPR*, marzo de 1995, vol. 3, pp. 108-109, considera la obra multimedia subsumible en la definición de película que realizaba la entonces sección 5(1), actual sección 5B(1), de la CDDA. En Francia, admiten esta calificación BERTRAND, A. R., «Multimedia: Stretching the limits of author's rights in Europe», en *The Journal of Proprietary Rights*, vol. 7, n.º 11, noviembre de 1995, p. 3; o KEREVER, «Gestion collective des œuvres audiovisuelles et nouvelles technologies», *cit.*, pp. 410-411.

²⁰⁹ En atención a su proceso de realización se ha propuesto también su calificación como obra colectiva, lo cual excluiría la posibilidad de que se considerara una obra audiovisual —*vid.* GAUTIER P. Y., «Les œuvres «multimedia» en droit Français», *RIDA*, n.º 160, abril de 1994, pp. 105-109; o la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Nanterre de 26 de noviembre de 1997.

²¹⁰ Se ha mantenido que aunque la obra multimedia pueda subsumirse en la definición legal de obra audiovisual, la dificultad de aplicarle el estatuto jurídico de ésta, debido a las diferencias existentes entre una y otra en cuanto a su realización y producción, debe conducir a negarle en muchos supuestos esta calificación. *Vid.* ESTEVE PARDO, *La obra multimedia en la legislación española*, *cit.*, p. 55; PÉREZ DE CASTRO, N., «Las obras audiovisuales y las nuevas tecnologías», en *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 1999, pp. 101-103. En concreto, se dice, no encajan bien con la obra multimedia el sistema establecido por el artículo 7 para la obra en colaboración, el elenco de autores contenido en el artículo 87, el contrato de producción del artículo 88, ni el derecho de remuneración de los autores tal y como está establecido en el artículo 90, todos ellos del TRLPI. Esta inadecuación del régimen legal de la obra audiovisual a la obra multimedia es producto, sin embargo, de una defectuosa técnica legislativa. El legislador, en previsión del desarrollo de la técnica en el campo de la imagen, escogió un término, obra audiovisual, y un modelo de definición, el estadounidense, suficientemente amplios como para acoger las nuevas formas de expresión que pudieran surgir en el futuro. Sin embargo, mantuvo en el Título VI del Libro Primero una regulación basada en la obra cinematográfica tradicional, cuya extensión no ya sólo a las obras producto de las nuevas tecnologías, sino incluso a formas ya asentadas como la obra televisiva, es problemática. Opino, como PÉREZ DE CASTRO, «Las obras audiovisuales y las nuevas tecnologías», *cit.*, p. 101, que no es útil una calificación en abstracto que no tiene en cuenta las consecuencias jurídicas derivadas de la misma, pero ello no nos debe conducir a restringir la noción legal de obra audiovisual más allá de lo que se desprende del propio tenor del artículo 86, pues la misma interpretación flexible de este Título VI que facilita su aplicación a la obra televisiva —o a otras espe-

con anterioridad expuse²¹¹. La duda se suscita fundamentalmente por el elevado grado de interactividad característico de estas obras, que puede incidir sobre el carácter secuencial que se exige de las imágenes que conforman una obra audiovisual²¹². Si la secuencia de imágenes viene determinada por las decisiones del usuario, se dice, difícilmente puede entenderse que la obra multimedia constituye una serie de imágenes asociadas. En mi opinión, sin embargo, la circunstancia decisiva para excluir una obra multimedia del artículo 86 del TRLPI no es su grado de interactividad²¹³, sino la forma en que ésta se articula, que a su vez depende de su propia finalidad. Cuando la obra está concebida para facilitarle al usuario el acceso individual a los elementos independientes que la componen, como en el caso de las obras multimedia de referencia, difícilmente constituirá una serie de imágenes asociadas²¹⁴. Se tratará, por el contrario, de una base de datos²¹⁵. En cambio, cuando lo que se pretende es

cies de obras multimedia que esta autora considera obras audiovisuales, como los videojuegos— puede servir también para la obra multimedia que cumple los requisitos del artículo 86.

²¹¹ Según se ha explicado, la naturaleza del soporte al que se incorpore la obra audiovisual es irrelevante a la hora de calificar una obra como tal, por lo que el carácter digital de las obras multimedia no supone traba alguna a su consideración como obras audiovisuales. Cumple asimismo el requisito de la mediación técnica, ya que para su exteriorización es imprescindible, en todo caso, un ordenador que ejecute el programa informático subyacente.

²¹² Vid. THORNE, C., «Copyright and multimedia products-fitting a round peg in a square hole», en *CW*, n.º 49, abril de 1995, p. 19.

²¹³ Para KEREVER, «Jurisprudence», en *RIDA*, n.º 181, julio de 1999, pp. 275-277, no hay razón para que la interactividad sirva para descartar la calificación de la obra multimedia como obra audiovisual.

²¹⁴ Cfr. APLIN, T., «Not in our Galaxy: Why «Film» won't rescue multimedia», *EIPR*, vol. 12, diciembre de 1999, p. 637. A idéntica conclusión llega ENCABO VERA, M. A., «Las obras multimedia», *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 1999, pp. 81-82, si bien a partir del carácter complejo de la obra multimedia, más que de su interactividad. Estima forzado considerar que el concepto de obra audiovisual «absorbe» cada una de las obras o aportaciones que la componen, al entender que lo que la obra multimedia pretende es la combinación de «ingredientes diversos, (textos, imagen y sonido), que rompen la linealidad de las obras audiovisuales».

²¹⁵ Vid. arts. 12.2 del TRLPI y 1.2 de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de las bases de datos. El *Considerando* 17 de esta Directiva excluye de su ámbito de aplicación las obras cinematográficas y audiovisuales —como también las literarias y musicales— precisamente porque los elementos que las componen dependen los unos de los otros, como pone de manifiesto BEUTLER, S., «Protection of Multimedia products through the European Community's Directive on the legal protection of databases», *ENT. LR*, 1996, n.º 8, pp. 323-324. Ello no quiere decir que no sea posible incorporar una base de datos a una obra audiovisual —se trataría de una obra audiovisual compuesta, en relación con la cual la base de datos sería una obra preexistente—. Así ocurriría si la selección y organización de los elementos que componen la base de datos del artículo 12.2 se enmarcara en una presentación visual que reuniera los requisitos del artículo 86. Esta calificación permitiría que, en su caso, el fabricante de la base de datos pudiera disfrutar del derecho *sui generis* sobre la misma. De igual manera, es posible que los elementos que componen la base de datos sean, en sí mismos, obras audiovisuales —cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La protección jurídica de las bases de datos», en *pe. i.*, n.º 1, enero-abril de 1999, p. 15—. Lo que impide la definición legal de las bases de datos, con base en este *Considerando* 17, es que una única obra se considere una base de datos y una obra audiovisual al mismo tiempo.

Comienzan a proliferar en Internet series de ficción de carácter audiovisual interpretadas por actores. Estas obras audiovisuales —cumplen los requisitos del artículo 86 del TRLPI—, aunque no televisivas, tienen sus propias características, la más llamativa de las cuales es la corta duración de sus episodios —entre uno y cuatro minutos cada uno—, justificada por la necesidad de facilitar su descarga por parte de los usuarios. En muchos casos, estas series son el eje de páginas *web* en las que se aglutinan en torno a ella diversos elementos multimedia. Lo normal en estos su-

otorgarle al usuario el disfrute interactivo de la totalidad de la obra multimedia, a través de la operación unitaria de sus múltiples elementos, con predominio del audiovisual²¹⁶, dependientes los unos de los otros, nos hallaremos ante una obra del artículo 86. En supuestos como éste es posible apreciar el cierto carácter secuencial necesario para que las imágenes se consideren asociadas. Así ocurre en los videojuegos y las obras virtuales —en sus modalidades de inmersión y *desktop*—, entre otras.

El videojuego es la obra multimedia consistente en un juego caracterizado por la muestra en una pantalla de una serie de imágenes en movimiento influidas por las decisiones del jugador²¹⁷. La incidencia del usuario sobre el desarrollo del juego determina que no haya dos partidas iguales, lo que ha llevado a la doctrina a cuestionarse si no existen tantas obras como partidas. Ello implicaría considerar que cada partida es bien una obra en colaboración realizada por los diseñadores del videojuego y el jugador, bien una obra derivada. La primera alternativa se excluye por la carencia de la colaboración requerida por el artículo 7 del TRLPI²¹⁸. La segunda, por no constituir la actividad del usuario una labor creativa²¹⁹.

Si la intervención del jugador no tiene entidad para constituir una nueva obra, se debe concluir que no hay más obra, aparte del programa de ordenador, que la compuesta por el diseñador de la presentación visual del videojuego. Ahora

puestos es que la página *web*, en caso de ser original, constituya una colección multimedia —cuando no una base de datos— en relación con la cual la serie audiovisual, o cada capítulo de la misma, será una obra preexistente.

²¹⁶ Siendo precisamente éste el que desempeña el papel unificador.

²¹⁷ El juego en sí, como conjunto de reglas, no está protegido por el derecho de autor, como tampoco lo están, en cuanto que juegos, los de mesa o los de cartas. Ahora bien, de igual manera que en éstos últimos pueden considerarse tutelables elementos accesorios al juego, si son originales, como el tablero, las fichas, las instrucciones o los dibujos de los naipes, por ejemplo, en el videojuego puede ser protegible la serie de imágenes y sonidos que contiene, cuya calificación como obra audiovisual es lo que aquí se defiende.

²¹⁸ Vid. FRIGNANI, A., «Il Tribunale di Torino protegge i videogiochi come opera dell'ingegno appartenente alla cinematografia», en *IDA*, 1984, p. 69.

²¹⁹ Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Comentario al artículo 8 de la LPI», en *Comentarios a la LPI*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 1997, 2.^a ed., p. 154. En efecto, todas las secuencias de imágenes y todos los sonidos que aparecen en una concreta partida han sido necesariamente predeterminados y programados con antelación por los autores del videojuego y del programa informático subyacente, limitándose el usuario a elegir las opciones que desee de entre las ofrecidas por aquél, y con las consecuencias preestablecidas —de igual forma que ocurre con el telespectador que zapea con el mando a distancia de su televisor—. El jugador se limita a utilizar la obra creada por otro. De hecho, su posición se asemeja más a la del artista intérprete o ejecutante, a quien no se considera autor de una versión de la obra que interpreta o ejecuta, pues ésta es plenamente identificable más allá de las diferencias derivadas de una u otra actuación. La diferencia entre el usuario de un videojuego y el artista intérprete o ejecutante es que la actuación de éste último es singularizable y distinguible de la ejecución de la misma obra por cualquier otro porque refleja su personalidad, aportando algo a la obra que se encuentra más allá del control de su autor, razón por la cual nuestro ordenamiento le otorga un derecho conexo. En un videojuego, por el contrario, la actuación del jugador se encuentra dentro de la esfera de control de su autor, pues las decisiones de aquél no son sino elecciones entre el limitado número de opciones que éste le ofrece, y carecen, en consecuencia, de aptitud para singularizar la ejecución. Por ello, no merece protección.

bien, a la hora de calificarla como obra audiovisual surge un escollo: las imágenes no se asocian sino por la acción del usuario, no siendo evidente que con anterioridad a este momento gocen de la estrecha relación que determina que nos encontremos ante una obra perteneciente a esta categoría²²⁰. El obstáculo no es insalvable. Los videojuegos contienen una o varias secuencias principales generales que se repiten, sin variaciones sustanciales, cada vez que el jugador concluye una partida con éxito. Existen también secuencias parciales, más breves, que se exhiben en todo caso, sin que el buen o mal hacer del jugador incida sobre ellas, como por ejemplo las que comprenden la fase de atracción, los primeros momentos del juego o las consecuencias de determinadas acciones del jugador. Todas ellas confieren una entidad propia a la obra que la hacen reconocible frente a las demás, con independencia de la actuación del usuario²²¹. Esa *recognoscibilidad* es lo que nos permite concederle al videojuego el *status* de obra original. Y puesto que en su momento afirmé que no se exige que las imágenes compongan una secuencia única para que se consideren asociadas, sino que basta que tengan un cierto carácter secuencial que concurre cuando se ordenan en secuencias preestablecidas por el autor, aunque después puedan sucederse de forma no lineal, no hay razón para excluir al videojuego de la categoría de la obra audiovisual²²².

²²⁰ Una partida concreta satisface claramente el requisito de la asociación de las imágenes. Pero no es esa secuencia de imágenes en que consiste una partida determinada la que se quiere proteger como una obra audiovisual, sino cualquiera que pueda componerse de acuerdo con el diseño del videojuego realizado por su creador.

²²¹ *Vid.*, por ejemplo, las sentencias estadounidenses en los casos *Stern Electronics, Inc. contra Kaufman*, 669 F.2d 852 (1982) y *Midway Mfg. Co. contra Artic International, Inc.*, 704 F.2d 1009 (1983); las sentencias alemanas del OLG de Hamburgo de 31 de marzo de 1983, *GRUR*, n.º 85, 1983, p. 436; del OLG de Colonia de 18 de octubre de 1991 y del OLG bávaro de 12 de mayo de 1992, reseñadas por PILNY, K. H., en *EIPR*, 1992, n.º 9, p. D-176 y *EIPR*, 1992, n.º 11, p. D-238, respectivamente; las dos sentencias de la *Cour de cassation* francesa de 7 de marzo de 1986, en *RIDA*, n.º 129, julio de 1986, pp. 133 y 136; las sentencias italianas del Tribunal de Turín de 17 de octubre de 1983, *IDA*, 1984, p. 57; de la Pretura de Milán de 18 de octubre de 1985, *Dir. Inf.*, 1986, p. 976; y del Tribunal de Milán de 20 de junio de 1988, en RISTUCCIA, R. y ZENO-ZENCOVICH, V., *Il software nella dottrina, nella giurisprudenza en el D.Lgs. 518/1992*, 2.ª ed., Cedam, Padua, 1993, p. 199; la sentencia de la *Federal Court* australiana en el caso *Galaxy Electronics Pty. Ltd. contra Sega Enterprises Ltd.*, de 23 de mayo de 1997 (1997) 37 IPR 462; la decisión de la Corte Suprema de Apelación sudafricana en el caso *Nintendo Co. Ltd. contra Golden China TV-Game Centre y otros* (1993) 28 IPR 313. En contra, *vid.* las sentencias del OLG de Frankfurt de 13 de junio de 1983, *GRUR*, n.º 85, 1983, p. 753; de 21 de julio de 1983, *GRUR*, n.º 85, 1983, p. 757; y de 4 de agosto de 1983, *GRUR*, n.º 86, 1984, p. 509; la sentencia de la *Cour d'appel* de Versalles de 18 de noviembre de 1999, citada por KEREVER, A., «Chronique de jurisprudence», en *RIDA*, n.º 184, abril de 2000, pp. 303-305; y las sentencias de la Pretura de Milán de 1 de junio de 1982, de la Pretura de Padua de 15 de diciembre de 1983 y del Tribunal de Monza de 12 de diciembre de 1984, reproducidas en RISTUCCIA y ZENO-ZENCOVICH, *Il software nella dottrina, nella giurisprudenza en el D. Lgs. 518/1992*, 2.ª ed., *cit.*, pp. 84, 107 y 119 respectivamente.

²²² En la misma línea, CASAS VALLÉS, «Comentario al artículo 86 de la LPI», *cit.*, p. 124; PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 86 de la LPI», *cit.*, p. 1225; VEGA VEGA, J. A., *Derecho de autor*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 102; BOUZA LÓPEZ, *La protección jurídica de los videojuegos*, *cit.*, pp. 143-145; NORDEMANN, W., «Bildschirmspiele — eine neue Werkart im Urheberrecht», en *GRUR*, 1981, p. 893; SCHLATTER, S. «La presentación visual de programas de ordenador», en *Segundo Congreso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos*, t. II, Lisboa, 1994, pp. 682-683; NIMMER, M. B. y NIMMER, D., *Nimmer on Copyright*, Mathew Bender, Nueva York, San Francisco, 1999, p. 2-153; BLOMQUIST, J., «Copyright and software protection as viewed from the «traditional» side of copy-

Similares consideraciones merece la obra virtual, que es la obra multimedia que, a través de la realidad virtual²²³, introduce al usuario, de forma más o menos real²²⁴, en el mundo tridimensional que recrea. El elemento audiovisual es esencial en este tipo de obras multimedia y, en la medida en que viene enteramente predeterminado por el diseño realizado por su autor, no debe sobrevalorarse la incidencia que sobre el mismo tiene el usuario, bastando su cierto carácter secuencial para considerar satisfecho el requisito de la asociación de las imágenes que la componen.

VII. CONCLUSIÓN

El concepto de obra audiovisual ha sufrido una evolución paulatina. Lo que comenzó albergando únicamente las obras cinematográficas en sentido estricto tuvo pronto que acoger, ante el desarrollo de la técnica, una nueva forma de expresión como era la obra televisiva y, posteriormente, la obra videográfica. Se atendía no tanto a la forma de producir estas obras, sin duda diversa, como a la semejanza de sus efectos. La aparición de los videojuegos en los años ochenta planteó un nuevo problema: ¿bajo qué categoría proteger un producto marcadamente audiovisual que, sin embargo, no era lineal, como sí lo eran hasta ese momento las obras enmarcadas en la categoría que aquí se comenta? Se optó entonces, con carácter general, por estirar un poco más su ámbito objetivo para que cubriera estas nuevas creaciones. Efectivamente, las definiciones legales de la obra cinematográfica o audiovisual tienen la ventaja, o el inconveniente, en función del prisma a través del cual se contemplan, de ser tan elásticas como la goma de mascar, de modo que pueden ser expandidas o comprimidas a voluntad, según interese. Reacio como es el legislador a crear nuevas categorías en las que se acomoden las nuevas figuras, tendentes como somos todos a reconducir las formas de expresión inéditas a los viejos géneros, se ha mantenido mayoritariamente que la interactividad que caracteriza el videojuego no obsta para su calificación como obra audiovisual. Esta misma laxitud permite que otras creaciones multimedia, como en ocasiones la página *web* o,

right», en *RIDA*, n.º 151, enero de 1992, p. 31, entre otros muchos. En contra de la consideración del videojuego como obra audiovisual, *vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, *cit.*, p. 55, para quien la fase de juego ha de protegerse como un programa de ordenador y sólo la fase de atracción puede ser calificada como obra audiovisual, si bien declara no exenta de dudas esta última posibilidad.

²²³ La realidad virtual es una tecnología informática que permite la representación de elementos multimedia de forma navegable y organizada en un escenario tridimensional en el que se integra al participante, caracterizándose por introducir al usuario en un mundo creado por ordenador y posibilitarle la interacción con los objetos que allí se encuentran. Aunque su función principal es el entretenimiento, se utiliza también con fines de adiestramiento en el campo médico y militar, y se viene aplicando con frecuencia creciente para la investigación científica y el diseño industrial.

²²⁴ Según se utilice la modalidad de inmersión o no —sistema *desktop*—. En la realidad virtual por inmersión se consigue sumergir al usuario de modo pleno en el escenario creado por ordenador a través de la sustitución de los estímulos externos por los generados por el equipo informático, mediante sensores que detectan los movimientos del usuario y *efectores* que estimulan sus sentidos. Los sistemas *desktop* se limitan a presentar imágenes tridimensionales de alta resolución en el monitor de un ordenador, sin aislar al usuario de los estímulos exteriores.

sobre todo, la obra virtual, puedan llegar a tratarse como nuevas especies de obras audiovisuales.

La dificultad de la extensión del concepto de obra audiovisual reside en que conlleva la del régimen especial previsto por los artículos 86 y siguientes del TRLPI, artículos que no se han adaptado a los tiempos que corren y se basan en la obra cinematográfica tradicional. Por ello, hay que acotar en alguna medida la noción legal de obra audiovisual, en los términos que he señalado en estas páginas, de manera que sólo albergue aquellas creaciones que asocien imágenes con un cierto carácter secuencial —que no lineal—, lo que excluirá las obras multimedia en las que la libertad de navegación del usuario es total y no puede entenderse que exista secuencia alguna de imágenes preestablecida por el autor. En estos casos nos hallaremos ante colecciones de obras o bases de datos. Pero otros supuestos, como el videojuego, la obra virtual y otros tipos de obras multimedia, sí presentan los rasgos propios de la obra audiovisual conforme la describe el artículo 86 y han de regirse por la normativa especial del Título VI del Libro I del TRLPI.