

LAS OBRAS CINEMATOGRAFICAS Y AUDIOVISUALES: EL DERECHO DE AUTOR ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE EXHIBICIÓN, DISTRIBUCIÓN Y PUESTA A DISPOSICIÓN

Por LUCAS MATÍAS LEHTINEN *

Resumen:

El presente estudio tiene por objeto establecer la regulación de las obras cinematográficas a la luz del derecho de autor y cómo mediante las nuevas fronteras que aportan las tecnologías disruptivas es posible construir nuevos incentivos a la producción audiovisual, generando por medio del derecho de puesta a disposición el escenario propicio para el establecimiento de líneas de fomento con destino a plataformas. Por consiguiente, se realiza una caracterización del derecho de puesta a disposición y se analizan los nuevos modelos de negocios y las posibilidades del sistema argentino de incentivos a la producción audiovisual.

Palabras clave:

Derecho de autor, puesta a disposición, fomento, cinematografía, plataformas digitales.

* Abogado graduado en la Universidad Nacional de Córdoba, cuenta con estudios en dirección de negocios empresariales (MBA), realizando una Maestría en Administración de Empresas en la Escuela de Graduados de Ciencias Económicas. Asimismo, obtuvo una Maestría en Propiedad Intelectual en la Universidad Austral de Argentina, recibiendo diploma de honor por su desempeño académico. Actualmente, es Director de la Maestría en Propiedad Intelectual en la Universidad Austral y Gerente de Coordinación y Control en el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales. Anteriormente, ha sido director del Curso de Formación de Innovación, Desarrollo y Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba.

CINEMATOGRAPHIC AND AUDIOVISUAL WORKS: COPYRIGHT IN THE FACE OF NEW FORMS OF EXHIBITION, DISTRIBUTION AND MAKING AVAILABLE

Abstract:

The purpose of this study is to establish the regulation of cinematographic works in light of copyright law and how through the new frontiers that disruptive technologies provide it is possible to build new incentives for audiovisual production, generating through the right to make available the favorable scenario for the establishment of promotion lines destined for platforms. Consequently, a characterization of the right of availability is carried out, the new business models and the possibilities of the Argentine system of incentives for audiovisual production are analyzed.

Keywords:

Copyright, making available, promotion, cinematography, digital platforms.

INTRODUCCIÓN

Vivimos en un mundo completamente audiovisual. Cada vez más nos encontramos rodeados por imágenes que interpelan a nuestra emoción, reflexión y a reflejar nuestra cultura. Un mundo audiovisual que permite visibilizar cada localismo dentro de un federalismo y también dentro de un mundo de creciente innovación y tecnología.

En este contexto, la obra cinematográfica —en sentido estricto— no escapa a la impronta de un mundo digital, como tampoco lo hace su terruño, esto es, el derecho de autor que le da sentido y unidad.

El creciente avance de las tecnologías, el fenómeno —cada vez más expandido— del “prosumidor”¹ y la aparición en el último cuarto de siglo de la convergencia digital de sistemas multiplataforma o plataforma *over the top* (OTT) permiten aprovechar las posibilidades de internet para acercarnos múltiples contenidos autorales.

Todo ello nos lleva a discernir que el cambio es acelerado, dinámico; parece ser un nuevo paradigma y, con ello, la duda acerca del camino regulatorio desandado se plantea como respuesta irreflexiva. Sin embargo, parece que la confluencia de fundamentos, el entender la significación de los derechos auto-

¹ Cfr. TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*, Barcelona, Plaza y Janes, 1998 (traducción de MARTÍN, Adolfo), en cuanto refieren a que no sólo actuamos como consumidores y usuarios, sino también como productores de nuevo contenido, lo que implica que nuestro rol unidireccional, se cambia por un rol bidireccional que contribuye a la generación de contenido o incide en su desarrollo. Incluso, esto se vivencia -ahora- con el rol que tienen los datos recopilados mediante algoritmos que desarrollaremos en la última parte de este artículo.

rales como fundantes del sistema, las complejidades de los compromisos asumidos, encuentran algunas respuestas a los interrogantes y plantean desafíos regulatorios y de gestión.

La actualidad impone analizar los principios que iluminan la materia autorral, entender el modelo de negocio de las nuevas formas de producción, la significancia que tienen para el desarrollo cultural y el respeto de la identidad propia, sin perder de vista la importancia económica que encierra el sector audiovisual en su conjunto para América Latina y la Argentina en particular.

Este artículo intenta desentrañar el rol de la producción audiovisual, el escenario sobre el que se asienta, aportar los caminos que se abren y las posibilidades jurídicas que los nuevos derechos patrimoniales permiten a la explotación de la producción audiovisual, sin descuidar el equilibrio y la armonía entre los intereses públicos culturales y el desarrollo de la producción audiovisual. El Dr. Villalba ² cita a Kartashkin, quien refiere: “la participación significativa en la vida cultural y la utilización de los beneficios del progreso científico solo son posibles si existe una protección efectiva de los derechos de autor y una conservación adecuada de la herencia cultural” ³.

Es así que comprender las dinámicas actuales de los derechos de autor, sus desafíos y sus interacciones con las nuevas tecnologías permitirá garantizar que existan los mecanismos de fomento y desarrollo del sector y dotarlo de nuevas posibilidades de desarrollo y crecimiento, aun cuando los cambios regulatorios se realicen lentamente, puesto que, más allá de los extremos de la letra de la ley, existe la interpretación de un esquema creado por principios que dotan de significado y acción a los derechos en este contexto digital.

1. LAS OBRAS CINEMATOGRAFICAS

La obra cinematográfica es una obra compleja que resume un sinnúmero de aportes; presenta un sistema particular de coautoría y titularidad, sujeto a precisas reglas legales y a una multiplicidad de ordenamientos que lo regulan, en cuanto a su contenido autorral, por su medio de transmisión y en relación con sus mecanismos de fomento y promoción.

Tres ordenamientos la caracterizan y se complementan, como se analizará más adelante. Esto remite a la complejidad de una obra en colaboración, que se desarrolla con un esquema de producción propio y que hoy se ha visto atravesada por las nuevas tecnologías.

² VILLALBA, Carlos, “Cultura, derecho de autor y derechos conexos. Evolución de la legislación nacional. Los tratados internacionales y el orden constitucional” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, UBA, t.: 2014 — I, pp. 3-17.

³ KARTASHKIN, Vladimir., “Las dimensiones internacionales de los derechos humanos”, en VAŠÁK, Karel (dir.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, París, UNESCO, 1948.

En otras palabras, como expresa Satanowsky, en relación con la complejidad de la caracterización de este tipo de obras:

“Ninguna otra actividad del entendimiento comprende y exterioriza tantos campos de la acción humana: el arte, la ciencia, la técnica, la organización industrial, la economía, las finanzas, los problemas sociales, culturales y políticos; en suma, este tipo de obra se caracteriza, entre otras cosas, por la multiplicidad de aportaciones de distinto género que la componen, así como correlativamente por el gran número y variedad de sujetos que participan en su elaboración”⁴.

Conforme a las distintas instancias del quehacer cinematográfico, en la producción de una película intervienen diversas personas, pero es necesario diferenciar sus aportes en esta obra y comprender la correcta caracterización a los fines de entender la complejidad de nuestro sistema autoral.

1.1. Concepto

Nuestra legislación no posee un concepto de obra cinematográfica; por el contrario, existe una suerte de categoría de sinonimia jurídica que la define como película o filme, o como relacionada a diversas características, sea por su duración o su espacio de exhibición, entre otras⁵.

En el derecho comparado existen definiciones y una caracterización jurídica; tan es así que la Ley de Propiedad Intelectual de España establece en su art. 86:

“... 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 na-

⁴ SATANOWSKY, Isidro, *La obra cinematográfica frente al derecho*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1948, t. I, p. 93.

⁵ Cfr. art. 8 de la Ley 17.741 (t.o. 2001), que dispone las condiciones para que una película sea considerada nacional: “A los efectos de la ley son películas nacionales las producidas por personas físicas con domicilio legal en la República o de existencia ideal argentinas, cuando reúnan las siguientes condiciones: a) ser habladas en idioma castellano; b) ser realizadas por equipos artísticos y técnicos integrados por personas de nacionalidad argentina o extranjeros domiciliados en el país; c) haberse rodado y procesado en el país; d) paso de TREINTA Y CINCO (35) milímetros o mayores; e) no contener publicidad comercial. Las posibles excepciones a lo establecido en los incisos a), b) y c), como el uso de material de archivo, sólo podrán ser autorizadas, previo a la iniciación del rodaje por el INSTITUTO NACIONAL DE CINE Y ARTES AUDIOVISUALES, ante exigencias de ambientación o imposibilidad de acceso a un recurso técnico o humano que pueda limitar el nivel de producción y cuando su inclusión contribuya a alcanzar niveles de calidad y jerarquía artística. Tendrán, igualmente, la consideración de películas nacionales las realizadas de acuerdo a las disposiciones relativas a coproducciones. Se considerarán películas de cortometraje las que tengan un tiempo de proyección inferior a SESENTA (60) minutos y de largometraje las que excedan dicha duración.

turalidad de los soportes materiales de dichas obras. Todas las obras enunciadas en el presente artículo se denominarán en lo sucesivo obras audiovisuales”⁶.

Asimismo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual caracteriza a la obra cinematográfica de la siguiente manera:

“Es toda secuencia de imágenes en sucesión fijada sobre un material sensible idóneo, casi siempre sincronizada con sonidos y música, con el objeto de ser proyectada como filme en movimiento”⁷.

Esto la diferencia de la obra fotográfica, por el carácter estático de esta última, pero, por sobre todo, por la multiplicidad de aportes de esta obra compleja. De manera que no solo implica el desarrollo de una dinámica de sucesión de imágenes, sino que estas se dotan de un significado por un argumento que hace de hilo y sirve para amalgamar el sentido narrativo de la historia que se cuenta.

1.1.1. Test de originalidad: ejercicio de la creatividad

En los albores de la cinematografía, el cine se concebía como un mero medio de reproducción de una realidad existente, similar a lo que sucedió con la fotografía; no se valoraba la creatividad humana desplegada en dicha actividad⁸.

Por esta razón, los productos de la técnica cinematográfica, las distintas filmaciones, no se consideraban como creaciones del intelecto humano.

No obstante, la técnica cinematográfica pronto dejó de considerarse como un simple medio de reproducción y se convirtió en un auténtico medio de expresión y de manifestación de la cultura e idiosincrasia; es así que hacia el año 1908 se revisó el Convenio de Berna⁹ y se incluyeron estas obras.

Tan es así, y por la impronta de personalidad que transmiten, por más que sean obras derivadas, los autores de las obras cinematográficas gozarán de los mismos derechos que los autores de las obras originales.

De este modo, desde la creación y su manifestación formal gozan de la protección y el ejercicio de los derechos patrimoniales y morales.

Como veremos, este tipo de obras presentan características diferenciadoras por su complejidad, que se manifiestan en su desarrollo en las distintas ins-

⁶ Cfr. REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁷ OMPI, Glosario de derecho de autor y derechos conexos, citado en: EMERY, Miguel Ángel (dir.), *Propiedad intelectual. Ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 31.

⁸ Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, Sala I, “SADAIC C/ ANDESMAR”, Buenos Aires, La Ley, 2002-C, 8, disponible en: <http://www.dpi.bioetica.org/jurisdpi/jurisprudencia.htm> (consultado el 10/09/2021), en donde se realiza un interesante resumen histórico de la evolución cinematográfica.

⁹ Cfr. art. 14 bis inc. 1, CONVENIO DE BERNA, que expresa: “Sin perjuicio de los derechos del autor de las obras que hayan podido ser adaptadas o reproducidas, la obra cinematográfica se protege como obra original. El titular del derecho de autor sobre la obra cinematográfica gozará de los mismos derechos que el autor de una obra original, comprendidos los derechos a los que se refiere el artículo anterior”.

tancias de la producción y requieren de una labor técnica-creativa que permite dotar de impronta a cada película, de manera que uno puede identificar por ciertas particularidades algunos tipos de producciones cinematográficas, sin necesidad de que le enuncien quién es su director, guionista o productor.

Para resumir las distintas etapas de construcción de una película se debe entender que como etapa previa existe la presentación de una idea, un concepto de lo que se quiere contar. Luego, la realización de tareas de preproducción, que implican un sinnúmero de actividades desplegadas por técnicos, equipos de trabajo para la selección de vestimenta, lugares de grabación, locaciones, logística, selección de elenco, negociación de posibles coproducciones, entre otras actividades. Finalmente, el comienzo de rodaje, que requiere semanas de realización, para culminar en la etapa de posproducción, edición y montaje, llegando al estreno. Son meses o años de trabajo para expresar ese concepto original en una obra de algunas horas.

Ese trabajo tiene como fundamento un entramado jurídico, contractual y de gestión de derechos de propiedad intelectual que debe ser analizado para entender, como señala un autor santafesino ¹⁰, que la hiposuficiencia negocial requiere que se minimicen los riesgos para que pueda garantizarse la mayor distribución y exhibición posibles.

1.2. Caracterización con relación a la obra audiovisual

La precisión en el uso de los términos y las palabras hace a la construcción correcta de las distintas categorías jurídicas de un ordenamiento determinado. En este caso, parece existir una sinonimia entre la obra cinematográfica y la obra audiovisual.

Sin embargo, las obras audiovisuales son un concepto más amplio que el de obras cinematográficas, aunque comparten rasgos comunes.

Estos rasgos se centran en elementos característicos, como ser: la presencia de un guion, el desarrollo de una dinámica de colaboraciones de artistas y músicos, el uso de diversos medios de transmisión y la presencia de distintas formas de exhibición.

No obstante, si se tratara de trazar una perspectiva histórica, se podría decir que la obra cinematográfica es la especie antecedente de este género que son las obras audiovisuales.

¹⁰ En relación a la necesidad de formalización de los derechos autorales para garantizar una adecuada protección y ejercicio de derechos patrimoniales y morales ver GOZALBEZ, Rodrigo, “Elementos de la Directiva (UE) 2019/790 sobre el derecho de autor y derechos afines en el mercado único digital respecto a la brecha de valor en internet” en ORDONEZ, Carlos (dir.), *Derecho y Tecnología Procedimientos electrónicos. Prueba electrónica. Forensia digital. Litigación y nuevas tecnologías. Jurisprudencia. «legaltech» e innovación legal*, Buenos Aires, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 194.

Ahora bien, la obra cinematográfica presenta caracteres que la hacen diferente a otros tipos de colaboraciones, y de allí su complejidad. Por cuanto, si bien algunos autores ¹¹ sostienen que no puede existir una trasposición de reglas entre obras cinematográficas y audiovisuales, existe otro sector de la doctrina ¹² que sí acepta esta aplicación analógica.

El derecho comparado opta por la segunda solución ¹³, extendiendo dichas interpretaciones a las obras no cinematográficas, como define algún ordenamiento.

En particular, pienso que es posible extender la regla por analogía. No obstante, en la actualidad y frente a la inclusión en el análisis de otras obras multimedia, como ser los videojuegos y otras evoluciones tecnológicas, no pueden analizarse de forma simple mediante equiparaciones, sino que se requiere entender las formas de realización para ver si existe una colaboración indivisible, que se traduce en una obra audiovisual, o una colaboración divisible, que implica el agrupamiento de diversas obras individuales.

Para respaldar esta tesis, basta con recurrir al Convenio de Berna, en donde los países de la Unión expresaron y consensuaron en el texto del art. 2º, inc. 1º: "... las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía..." ¹⁴.

En consecuencia, pueden ser equiparadas, siempre y cuando tengan consecuencia en lo creado, esto es, la obra refleje las características propias de la obra cinematográfica, que analizaremos a continuación.

¹¹ Cfr. LIPSZYC, Delia y VILLALBA, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 132.

¹² Cfr. EMERY, Miguel Ángel, op. cit., p. 32.

¹³ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. "Las obras cinematográficas y otras obras audiovisuales", disponible en: <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1528/Las%20obras%20cinematogr%C3%A1ficas%20y%20otras%20obras%20audiovisuales.pdf?sequence=1> (consultado el 20/09/2021). El autor menciona que, bajo el Derecho alemán, la generalidad de las reglas especiales sobre obras cinematográficas se aplica también a las obras consistentes en secuencias de imágenes o secuencias de imágenes y sonidos, que no estén protegidas como obras cinematográficas (art. 95 de la Ley de Derechos de Autor), pero ello no es el caso respecto de las presunciones en materia de la transferencia de derechos de autor al productor.

¹⁴ Cfr. art. 2 inc. 1 del Convenio de Berna, que expresa: "Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias».

1.2.1. *Obra en colaboración*

Conforme se ha mencionado, las obras cinematográficas son obras en colaboración; esto implica que existe un trabajo de dos o más personas que parten de una inspiración común o, en su defecto, cada una de ellas tiene en cuenta sus colaboraciones.

En este sentido, la legislación ha dotado de la presunción de autoría a más de un colaborador de la obra cinematográfica. En particular, en la legislación argentina, gozan de los derechos de coautoría y cotitularidad de la obra: el autor del guion, el director y el productor; si nos encontramos en presencia de una obra musical, también tiene el mismo rango el autor de la música.

Es decir, estamos en presencia de una coautoría perfecta, inescindible, entre los aportes, dado que lo contrario desnaturalizaría la obra.

Al decir de la jurisprudencia:

“Una vez incorporados todos los elementos que la componen, la obra cinematográfica constituye una unidad autónoma, orgánica e indivisible, en la que los diferentes aportes se reúnen, transforman y confunden”¹⁵.

De manera que las obras cinematográficas son una obra en colaboración, que se resume en elementos objetivos y subjetivos para su caracterización, centrados los primeros en la multiplicidad de aportes de diversas expresiones artísticas —obras— y los segundos, en la atribución a una persona —humana o jurídica— de la dirección y coordinación de la actividad creativa para su explotación comercial, independientemente de las posibilidades de explotación de las diversas obras que la componen.

Asimismo, en la colaboración, los coautores disfrutan de los mismos derechos, salvo pacto en contrario¹⁶, y eso permite que se distribuyan el ejercicio de los derechos patrimoniales y sus facultades entre los distintos coautores.

En este sentido, cabe destacar la explicación formulada por el Dr. Villalba Díaz, quien enuncia:

“[L]o cierto es que muchas veces, en distintos géneros de obra, advertimos que las obras son compuestas por el esfuerzo intelectual de dos o más creadores bajo una inspiración común.

”Este régimen se denomina coautoría, y puede distinguirse entre perfecta e imperfecta. El primero de los supuestos aparece cuando los aportes de cada uno de los colaboradores se confunden, y el solo hecho de separar las contribuciones significaría desnaturalizar la obra. Normalmente en las legislaciones de nuestra región se presume que todos los coautores participaron en partes iguales y todos

¹⁵ Cfr. C. Nac. Civ., sala E, 23/11/1995, “SADAYC v. Aries Cinematográfica S.R.L.”, ED 173-37 y LL 1996-D-171; sentencia de la Dra. Inés Weinberg de Roca, confirmada por la C. Nac. Civ., sala M, 12/3/1997, “Agresti v. Warner Music S.A.”, ED 177-523, con nota de Emery, Miguel A., “El video y la obra cinematográfica. Contrato de intérprete. Prescripción de las acciones en materia de propiedad intelectual”.

¹⁶ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO/CERLAC/ Zavalía, 1993, p. 130.

tienen derechos proporcionales sobre la obra completa. De todas maneras, en el caso en que las participaciones hayan sido desiguales, se pueden estipular en contratos de coautoría los porcentajes atribuibles.

”Por otro lado, se llama coautoría imperfecta u obra compuesta a las que, contrariamente al supuesto anterior, los aportes individuales de cada uno de los autores pueden separarse sin desnaturalizar la obra”¹⁷.

De lo enunciado por el Dr. Villalba Díaz se pueden encontrar ejemplos en diversas legislaciones del derecho comparado¹⁸. No obstante, a renglón seguido analizaremos las particularidades de nuestro propio régimen.

1.2.2. Ejercicio de la titularidad

La ley 11.723, en su art. 20¹⁹, estipula:

“Salvo convenios especiales, los colaboradores en una obra cinematográfica tienen iguales derechos, considerándose tales al autor del argumento, al productor y al director de la película.

”Cuando se trate de una obra cinematográfica musical, en que haya colaborado un compositor, este tiene iguales derechos que el autor del argumento, el productor y el director de la película”.

Por consiguiente, los colaboradores mencionados en el título anterior de este trabajo gozan de iguales derechos, salvo que existan convenios especiales, los cuales solo afectarán el ejercicio de los derechos patrimoniales y no los derechos morales de los colaboradores, que de por sí son intransmisibles e irrenunciables.

En este sentido, los distintos colaboradores pueden pactar su retribución, forma de distribución de regalías o pagos de forma libre, sin necesidad de otra imposición.

Ahora bien, el sistema argentino de colaboración cinematográfica ha optado por la realización de una cesión legal o atribución de legitimación para favorecer el desarrollo de la obra y su explotación comercial; es así que el art. 21 de la ley 11.723 estipula:

“Salvo convenios especiales: El productor de la película cinematográfica, tiene facultad para proyectarla, aún sin el consentimiento del autor del argumento o del compositor, sin perjuicio de los derechos que surgen de la colaboración.

”El autor del argumento tiene la facultad exclusiva de publicarlo separadamente y sacar de él una obra literaria o artística de otra especie.

¹⁷ VILLABA DIAZ, Federico, “¿Cómo se adquiere el derecho de autor? Adquisición de la titularidad en distintos tipos de obras”, Inédito, Buenos Aires, Universidad Austral.

¹⁸ Ver: art. 15, inc. 2º de la Ley 9.610 del 19 de febrero de 1998 (Ley sobre Derechos de Autor) de Brasil y art. 36 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos N° 312 de Nicaragua de 1999, entre otras.

¹⁹ Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.847 B.O. 6/1/2004.

”El compositor tiene la facultad exclusiva de publicar y ejecutar separadamente la música”.

En consecuencia, queda en cabeza del productor o productora el pleno ejercicio de los derechos de explotación económica, respetando las reglas de la colaboración y reservando al guionista y musicalizador la posibilidad de gestionar la explotación comercial de su propio aporte artístico a la obra, sin que ello implique escindirla de la principal.

Existe únicamente una previsión para el desarrollo de estos derechos, y esta se encuentra en cabeza del productor, conforme al art. 22 de la ley 11.723:

“El productor de la película cinematográfica, al exhibirla en público, debe mencionar su propio nombre, el del autor de la acción o argumento o aquel de los autores de las obras originales de las cuales se haya tomado el argumento de la obra cinematográfica, el del compositor, el del director artístico o adaptador y el de los intérpretes principales”.

Este artículo es la muestra del resguardo del derecho moral de atribución de origen o paternidad de los distintos colaboradores de la obra cinematográfica y un reconocimiento legal a la existencia de estos en el marco del sistema jurídico argentino y su carácter irrenunciable.

Antes de continuar hacia las dificultades que plantean las nuevas tecnologías y su disrupción, es preciso sentar los fundamentos constitucionales de la protección de las obras autorales y de las cinematográficas en particular.

1.2.3. Raigambre constitucional y caracterización del derecho de autor como derecho humano

Si el federalismo es una forma de Estado que acoge la descentralización política con base territorial para reunir en una unidad política común a varias entidades estadales autónomas, quizá podemos sugerir que, en cierta medida, concilia la unidad y el pluralismo, la fuerza centrípeta y la fuerza centrífuga.

A partir de acá, veamos si en el ámbito cultural argentino hay algo semejante al federalismo, que nos muestre una pluralidad cultural componiendo una cultura común.

De este modo, cuando hablamos de “unidad” cultural no podemos pensar en un monoculturalismo. “Unidad” cultural debe ser “una” cultura (común) de composición e integración pluralista. Es decir, una cultura formada por varias, todas cuantas tengan presencia y existencia en una sociedad políticamente unificada (Estado).

Esto ya permite vislumbrar la idea de que la cohesión que anude esta cultura pluralista con y en una unidad política necesita plasmar tal unidad en un Estado democrático e incorporar con participación activa a las identidades y las diferencias. Nos hallamos, entonces, de cara a una cultura que, multiculturalmente, se inserta con pluralismo político como cultura compleja.

La cultura así entendida toma encarnadura en una diversidad de estilos y de realizaciones concretas en el tiempo y en el espacio, y se manifiesta en

la ciencia, la técnica, el arte, el lenguaje, los hábitos, la ética, las creencias, la filosofía, la economía, las instituciones, el derecho, la política.

Si al conjunto de circunstancias culturales que hacen parte de un entorno social y que influyen en él y en su gente le atribuimos la dimensión peculiar del “ambiente” (o medioambiente), es fácil que hagamos a la cultura formar parte de ese ambiente en el cual convive una sociedad. La cultura dentro del ambiente, como integrante de él, se hace visible —por ejemplo— cuando pensamos en el patrimonio histórico, artístico, natural, etc., de una comunidad. Las personas que componen tal comunidad “comparten” y “tienen parte” en ese patrimonio —cultural— dentro del ambiente donde se hallan situadas e influenciadas.

Así, la cultura del Estado democrático, la cultura democrática, el pluralismo cultural, permiten afinar en la sociedad abierta cada una de las peculiaridades que registra la cultura social.

En este sentido, Bidart Campos señala:

“La libertad cultural —por su lado— da circulación a múltiples bienes culturales, todos unitariamente aunados en la sumatoria que les depara la cultura con su dimensión de bien colectivo. Hablar de la cultura como bien colectivo presupone dos conceptos: uno, que reenvía a bienes y valores; otro, que destaca el protagonismo de los grupos como actores sociales, con una doble participación en la vida cultural: activa, en cuanto crea bienes culturales, y pasiva, en cuanto da recepción a los mismos”²⁰.

La Constitución histórica ya tenía una expresa mención al reconocimiento del derecho de autor y establecía en su art. 17: “... Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley...”.

Comprendiendo estas realidades, la ley nacional 24.309 —declaratoria de la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional, que cristalizó en la modificación de 1994— incluyó como tema habilitado por el Congreso para su debate en la Convención Constituyente la denominada “cláusula del progreso”.

Con la modificación y enumeración del articulado constitucional, a manos de la reforma de 1994, parte de aquel artículo pasó a ser el inc. 19 del art. 75, introduciéndose una cláusula específica en materia de derechos de los pueblos indígenas argentinos, que textualmente expresa:

“[D]ictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

Corresponde recordar que el precepto tuitivo del derecho de autor fue plasmado y ratificado normativamente en la Ley Fundamental, como sustento de la cultura y el desarrollo productivo.

²⁰ BIDART CAMPOS, Germán, “¿Un Federalismo Cultural?”, publicado originariamente en el *Número Especial de Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis, A 10 años de la reforma constitucional, Buenos Aires, agosto de 2004.

Ahora bien, la norma constitucional incluye el expreso reconocimiento de que la participación significativa en la vida cultural y la utilización de los beneficios del progreso científico solo son posibles si existen una protección efectiva de los derechos de autor y una conservación adecuada de la herencia cultural.

Esto guarda correlación con lo dispuesto en diversos tratados internacionales de derechos humanos. Tan es así que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), en su art. XIII ²¹, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 1948), en su art. 27 ²², incluyen el derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor en forma aunada y no subordinada.

Frecuentemente se postula que los derechos de autor tendrían menor preponderancia que los derechos de acceso a la cultura. No obstante, la regulación internacional y nuestro orden constitucional ²³ los colocan en un plano de igualdad.

Ahora bien, frente a un conflicto de derechos fundamentales, cabe analizar cómo deberá realizarse la interpretación de la situación puesta a nuestro análisis y con ella recordar las reglas interpretativas necesarias para que no haya un detrimento o una obstaculización del ejercicio pleno de estos derechos, que representan el ejercicio pleno de bienes básicos, al decir de John Finnis ²⁴, y son el primer motor que permite la garantía de muchos derechos.

En consecuencia, estos derechos son inalterables y no pueden ser menoscabados por el solo hecho de favorecer a uno, quitándole a otro; por el contrario, el ideal del prudencialismo jurídico reside en un juicio de razonabilidad y de armonía que permita la coexistencia jurídica.

Así lo refieren ambas declaraciones. En particular, el sistema interamericano, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en su art. 29:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Con-

²¹ Cfr. artículo XIII, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor”.

²² Cfr. Artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

²³ Ver artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional de la República Argentina.

²⁴ Cfr. FINNIS, John, *Human Rights and Common Good. Collected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

vención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”²⁵.

De este modo, el derecho de autor tiene el mismo peso, y su protección garantiza el acceso a la cultura, lo promueve y permite que se expandan las posibilidades de exhibición y desarrollo del sector audiovisual.

2. LOS DESAFÍOS DE LAS NUEVAS FORMAS DE EXHIBICIÓN: EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN

Existe una profusa literatura en relación con la evolución tecnológica y su incidencia en el derecho de autor y en la propiedad intelectual, alguna de ella postulando que implica un quiebre de los mecanismos de protección.

Lejos de ser una situación cartesiana, la realidad muestra que la perspectiva histórica y económica de la evolución de la tecnología fue acompañada —a distinto tiempo y diferente dinámica— por la regulación del derecho de autor y de los derechos conexos. Encontramos el primer antecedente de esta evolución en la recepción en el ámbito internacional de dos Tratados que se refieren a autores e intérpretes, los conocidos vulgarmente como “Tratados OMPI Internet”, que no son otros que el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones, Ejecuciones y Fonogramas (TOIEF), ambos del año 1996.

El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor, en su art. 8º, estableció: “Sin perjuicio de lo previsto en los arts. 11.1)ii), 11 bis 1)i) y ii), 11 ter 1) ii), 14.1)ii) y 14 bis 1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

Como un ejercicio reglamentario, la Unión Europea incorporó dichos Tratados en su ámbito interno y propició una regulación que, siguiendo a la Dra. Braga de Siqueira²⁶, se tradujo en una intensa labor legislativa que empezó a

²⁵ Cfr. artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁶ BRAGA DE SIQUEIRA, María Rita, “El derecho de puesta a disposición del público: antecedentes normativos y primera jurisprudencia”, en *Revista de Propiedad Intelectual*, Universidad Carlos III de Madrid, ISSN 1576-3366, nro. 34 (enero-abril 2010).

finales del siglo XX, cuando se crearon varios instrumentos normativos que van desde el Libro Verde sobre los “Derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de información”, de 27 de julio de 1995, y la aprobación de distintas Directivas comunitarias en la Unión Europea —como la de protección de los programas de ordenador o la de protección jurídica de las bases de datos—, hasta llegar a la elaboración de la Directiva 2001/29/UE, de 22 de mayo, relativa, precisamente, a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de información, y, por último, a la reciente Directiva Europea de Derechos de Autor, UE 2019/790.

Por consiguiente, con la circulación de las obras e interpretaciones en el entorno digital se ha consolidado una adaptación de tradicionales conceptos del derecho autoral, como ser los derechos patrimoniales de comunicación al público y de reproducción.

Quizás, en una primera etapa, el derecho de reproducción ha sido el más intensamente discutido; sin embargo, hoy la evolución tecnológica hace presente que es preciso definir las nuevas fronteras del derecho de comunicación al público y en particular el nuevo derecho de puesta a disposición en el entorno digital. Esto se debe a que las obras dejaron de ser entendidas por el ecosistema de internet como un producto comercializable, para ser entendidas como la prestación de un servicio, esto es, al arbitrio del usuario y a gusto de cada consumidor.

Cabe remarcar que aquí no se trata de un mero hecho de apreciación de las palabras o de sus definiciones, sino de un cambio en la forma de consumo de las obras, que conlleva e incide de manera decidida en la industria cinematográfica.

2.1. La incidencia del derecho de puesta a disposición en la explotación de este tipo de obras

El consumo en el entorno digital cambió; también se mencionó que hubo un giro en la importancia desde el derecho de reproducción al derecho de comunicación al público. Centrándonos en este, debemos partir de un concepto, y lo podemos definir como sigue:

“[T]odo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares”. Y luego agrega: “... La comunicación se considera pública, cualesquiera que fueren sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no es estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”²⁷.

De esta manera, el derecho de comunicación pública es distinto al de distribución, ya que mientras el primero otorga atribuciones exclusivas al autor o a

²⁷ LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, p. 280.

quien él designe para explotar la obra a través de su representación o ejecución pública, ya sea *directa* (“en vivo”) o *indirecta* (por medio de algún medio de fijación material o de transmisión por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento similar), el derecho de distribución otorga al autor atribuciones exclusivas para explotar la obra por medio de la venta, arriendo, préstamo o cualquier otra forma de transferencia, sea en un entorno físico o digital.

Por consiguiente, en el ámbito digital es importante discernir el rol del derecho de comunicación al público, su incidencia y el rol de las sociedades de gestión, para garantizar la trazabilidad y correcta información a los autores, como también una información clara y precisa de las plataformas que hacen utilización de dichas obras.

Por ello, la puesta a disposición al público de la obra en redes digitales interactivas, que permita acceder a la obra en el momento y lugar que cada miembro del público determine, se ha asimilado a un acto de comunicación pública. No obstante, debemos preguntarnos si tienen los mismos límites o fronteras, por cuanto el derecho de puesta a disposición parece estar determinado por una mayor cantidad de usos de las obras autorales que el derecho de comunicación al público, y estar relacionado de forma cercana con el derecho de reproducción.

Ahora bien, esta demanda a la “carta” y a gusto del consumidor genera un problema adicional, que es la incidencia de la tecnología en la preferencia, sea a través del uso de información y datos o sea por determinación del algoritmo de la plataforma, lo que entraña que el derecho de puesta a disposición sea de mayor alcance que el derecho de comunicación al público o, en su defecto, que tenga una incidencia mayor para incorporar a la dinámica comercial actual.

Más allá de esto, es necesario destacar que la puesta a disposición abarca cada vez mayores atribuciones para el autor en el entorno digital, las que se traducen en la posibilidad de adquisición por el autor de un sinnúmero de facultades con respecto al uso de sus obras.

La puesta a disposición se establece como una facultad que permite incluso introducirse —como se verá más adelante— en el aprovechamiento de los mecanismos administrativos de fomento para desarrollar líneas alternativas para expandir las posibilidades de fomento directo o indirecto del desarrollo de las obras cinematográficas.

2.2. *La nueva Directiva de derecho de autor de la Unión Europea*

Con el advenimiento de la Directiva UE 790/19, se ha puesto en el centro de la escena el rol fundamental que presentan los derechos de autor en el entorno digital y para las obras audiovisuales y cinematográficas en particular.

Tan es así que en las consideraciones previas la Directiva expresa:

“La rápida evolución tecnológica transforma sin cesar la manera en que se crean, producen, distribuyen y explotan las obras y otras prestaciones. Siguen surgiendo nuevos modelos de negocio y nuevos agentes. La legislación aplica-

ble debe mantener un carácter estable frente a futuras innovaciones, de forma que no limite el desarrollo tecnológico. Los objetivos y los principios establecidos por el marco de la Unión en materia de derechos de autor continúan siendo sólidos. Con todo, persiste cierta inseguridad jurídica, tanto para los titulares de derechos como para los usuarios, en lo que se refiere a determinados usos, entre ellos los de carácter transfronterizo, de las obras y otras prestaciones en el entorno digital [...] así como medidas destinadas a facilitar determinadas prácticas de concesión de licencias en lo que respecta en particular, pero no solamente, a la difusión de obras y otras prestaciones que están fuera del circuito comercial y la disponibilidad en línea de obras audiovisuales en plataformas de vídeo a la carta con miras a garantizar un mayor acceso a los contenidos”²⁸.

En la inteligencia de profundizar la regulación del derecho de puesta a disposición, la Directiva tiende a fortalecer el mecanismo precautorio y la definición de las nuevas fronteras de este derecho, ampliando las facultades del autor. Por consiguiente, en su art. 17, parág. 1º, establece:

“Los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público a efectos de la presente Directiva cuando ofrecen al público el acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios. Por consiguiente, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán obtener una autorización de los titulares de derechos a que se refiere el art. 3º, aparts. 1º y 2º, de la Directiva 2001/29/CE, por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público o de poner a su disposición obras u otras prestaciones”.

Establece una sinonimia entre el derecho de comunicación al público o puesta a disposición y la clara obligación para los distintos usuarios de adquirir esos derechos mediante una licencia. Continuando con el artículo, se pueden establecer los mecanismos de responsabilidad para prestadores y servicios en línea y se destaca cuándo no existe violación al derecho de puesta a disposición o comunicación al público, siempre y cuando se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 17, parág. 4º, de la mencionada Directiva, la cual establece:

“... [L]os prestadores de servicios para compartir contenidos en línea serán responsables de los actos no autorizados de comunicación al público, incluida la puesta a disposición de este, de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor, a menos que demuestren que: a) han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, y b) han hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria, y en cualquier caso c) han actuado de modo expeditivo al recibir una notifica-

²⁸ Cfr. Directiva UE 790/19.

ción suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b)”²⁹.

De esto se deduce que la regla es la autorización y la licencia por parte del autor, lo que traducido implica una erogación por ese derecho patrimonial, esto es, un precio como contraprestación de la licencia.

3. EL APARENTE CALLEJÓN SIN SALIDA DE LA PRODUCCIÓN AUDIOVISUAL: LOS PROBLEMAS DE LA DIGITALIZACIÓN Y EL DESAFÍO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Como se ha mencionado, el entrono digital trajo consigo diferencias en la gestión de los contenidos audiovisuales y de las obras cinematográficas en particular. De manera que frente al entorno digital las obras cinematográficas se exponen a nuevos usos, formas y maneras de desarrollo.

En particular, la distribución digital se ha visto unida a nuevos escenarios de exhibición, generando una preponderancia de algunos actores y una integración en la cadena de comercialización de las obras.

Esto importa analizar el modelo de negocio que tienen los distintos formatos de lo audiovisual y, en su caso, qué opciones pueden llevarse adelante para la gestión de los contenidos en línea.

3.1. La confluencia de la distribución y la exhibición: el rol protagónico de las nuevas formas de producción y el desafío de las OTT

Todos los casos de disrupción en la cadena de valor audiovisual dieron como resultado tendencias de integración vertical entre producción y distribución de contenido. Del mismo modo, la entrada de las plataformas OTT se ha traducido en una reconfiguración de la cadena de valor, que lleva a una transformación de la producción de contenido y de los modelos de negocio de distribución, combinada con la aparición de diferentes modos de integración.

De esta forma, encontramos un nuevo actor, las plataformas, que requiere entender el modelo para establecer reglas. Existe un nuevo juego y es necesario conocer la multiplicidad de formas y adaptaciones.

Por un lado, existen, definiciones de sistemas o medios a través de los cuales se transmiten los contenidos audiovisuales difundidos en internet, a saber:

²⁹ *Ibidem.*

Cuadro 1	
Medio o sistema	Definición
Servicio OTT	Es la difusión de contenidos a través de internet sin la participación de servicios de operadores de cable o satélite o de servicios de telecomunicaciones. Los servicios OTT pueden ofrecer diferentes tipos de contenido (como contenido audiovisual y música) y otros servicios (como tiendas de aplicaciones o almacenamiento). Es similar al concepto de “plataforma digital”.
IPTV	Es la difusión de contenidos a través de internet de banda ancha. Este protocolo está organizado y controlado por un operador de cable o satélite y/o (principalmente) un operador de telecomunicaciones. Suele definirse en contraste con los servicios OTT. Los operadores suelen ofrecer contenido gratuito de canales de televisión por aire, así como otros canales que normalmente se pueden encontrar en servicios de cable o satélite. Generalmente requiere un decodificador o una aplicación para permitir que el contenido se vea en la pantalla.

Fuente: Información extraída del estudio “Study on the Audiovisual Legal Framework in Latin America. Part 2: The legal framework of the audiovisual sector in the digital environment”, realizado para la OMPI por Marta García León ³⁰.

Por otro lado, existen términos que definen cómo se explota el contenido audiovisual en uno o más de los sistemas descriptos:

³⁰ GARCÍA LEÓN, Marta, “Study on the audiovisual legal framework in Latin America. Part 2: The legal framework of the audiovisual sector in the digital environment”, estudio parte del *Pilot Project on Copyright and the Distribution of Content in the Digital Environment of the WIPO Committee on Development and Intellectual Property (CDIP)*, OMPI, 2021.

Cuadro 2	
VOD - Video a demanda	Clásico: estos son servicios de pago, el pago suele realizarse en una de dos formas en las que se basan diferentes modelos de explotación audiovisual: pago único para ver el contenido particular (una vez, o permitiendo un número ilimitado de visualizaciones en un período corto de tiempo, típicamente 24 o 48 horas).
	Suscripción: un sistema basado en el pago de una tarifa de suscripción regular, generalmente mensualmente, a cambio de lo cual el consumidor tiene acceso gratuito a diversos contenidos ofrecidos por la plataforma o servicio, para visualización ilimitada.
	Transaccional: un sistema en el que el consumidor realiza un pago único para acceder contenido específico, sin necesidad de pagar una suscripción, ya sea para ver el contenido por un período de tiempo específico (que los OTT generalmente llaman "alquiler") y / o para descargar una copia del contenido con acceso ilimitado.
	Publicitario: el contenido está disponible en línea para el consumidor de forma gratuita, pero difundido con publicidad al principio o incrustado (como en YouTube). La publicidad genera ingresos para la plataforma o servicio, un porcentaje de los cuales generalmente vuelve al productor de la licencia del contenido.

Fuente: Información extraída del estudio “Study on the Audiovisual Legal Framework in Latin America. Part 2: The legal framework of the audiovisual sector in the digital environment”, realizado para la OMPI por Marta García León ³¹.

En virtud de todos estos movimientos a lo largo de la cadena de valor, las posiciones de mercado han ido evolucionando, con una invasión significativa de los servicios OTT en las etapas de distribución y producción de contenido

³¹ *Ibidem.*

audiovisual, combinada con una disminución en la penetración de los servicios tradicionales de televisión por suscripción.

Actualmente, el centro de gravedad del sector audiovisual se ha desplazado hacia la transmisión de video, donde empresas como Netflix, Amazon Prime Video y más recientemente Disney están luchando por el liderazgo.

Por último, estos cambios en el lado de la oferta también se han combinado con nuevos patrones de consumo de video, como “cortar el cable” (es decir, cancelar el servicio de televisión por suscripción), cambios en el modo de visualización (“en cualquier lugar/en cualquier momento”, “atracones de observación”) y la búsqueda permanente del contenido original como patrón de comportamiento dominante ³².

3.2. El aprovechamiento de los derechos patrimoniales de autor en los regímenes de fomento de la producción audiovisual

La producción audiovisual en América Latina ha aumentado significativamente en los últimos años y está generando un interés creciente en otros territorios. Al mismo tiempo, la demanda de contenidos audiovisuales en todos los formatos ha aumentado sustancialmente.

Sin embargo, aunque la explotación *online* de contenidos audiovisuales, a través de plataformas digitales, dispositivos móviles, internet, redes sociales y otros medios, claramente parece ser el modo principal de difusión, todavía plantea grandes desafíos para la difusión de contenidos producidos en la región y en otros lugares.

Además, la expansión de esta forma de difusión está cambiando la forma en que se organizan la producción y la financiación de este contenido, tanto en relación con la creación de nuevas dinámicas y procesos como en relación con su propia estructura y, por supuesto, el consumidor.

Todo ello confluye hacia el aprovechamiento de los derechos autorales para el desarrollo de líneas de fomento de la producción audiovisual que, más allá de los derechos de “antena” o “señal”, presten atención a la adquisición no exclusiva de estos derechos de comunicación al público o puesta a disposición en el entorno digital como una forma de generar nuevas líneas de incentivos a la producción audiovisual.

En el caso particular de la República Argentina, si bien la ley 17.741 (t.o. 2001) centra su regulación en un entorno analógico, ello en nada obsta a que el ejercicio del poder reglamentario por parte de las autoridades del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales establezca mecanismos de fomento que permitan canalizar la adquisición, de manera no exclusiva —mediante subsidio—, de los derechos de exhibición, puesta a disposición,

³² Ver: OMPI, “Audiovisual OTT business models in Latin America: Recent trends and future evolution”, 2021.

comunicación al público y reproducción de la obra cinematográfica nacional, con destino a la puesta a disposición en la plataforma CINE.AR que posee dicho organismo.

Es cierto que la regulación cinematográfica se refiere a las salas de cine como lugar de exhibición; no obstante, la normativa, en su art. 9º, menciona la existencia de otros lugares de exhibición. Esos otros lugares pueden ser otros espacios tangibles o intangibles, es decir, virtuales. Nada obsta a ello, ya que su extensión no se encuentra definida.

Esto implica la adquisición de estos derechos de puesta a disposición con destino digital y a los fines de satisfacer el mecanismo de subsidios que fija la normativa, como medio para garantizar el fomento y la realización de la obra cinematográfica nacional.

De este modo, se genera una línea digital con destino a las plataformas que permite, dentro de las flexibilidades que tienen los conceptos de la ley 17.741 (t.o. 2001), generar los espacios para construir nuevos mecanismos de acceso al desarrollo de la cinematografía nacional y permitir el adecuado uso de los fondos de fomento.

CONCLUSIONES

El entorno digital, lejos de operar en detrimento de los derechos de autor y en particular de los derechos de autor de las obras cinematográficas, crea, por el contrario, las condiciones necesarias para gestionar, propender y fortalecer la producción cinematográfica y audiovisual.

Si bien es cierto que en la actualidad predomina el uso de obras audiovisuales, no es menos cierto que aun la adaptación de la obra cinematográfica a las nuevas formas de producción puede traer aparejada una posibilidad cierta de gestión y desarrollo de nuevas fronteras de la producción.

En particular, los mecanismos de fomento pueden, con la regulación actual, generar los espacios que complementen la regulación que entrecruza al derecho de las comunicaciones con el autoral y los mecanismos de promoción.

Sobre estos últimos, es cierto que debe modernizarse el marco jurídico, pero el derecho administrativo, regulador de los mecanismos de asignación de incentivos, puede aun establecer nuevas líneas destinadas a plataformas que aprovechen las nuevas condiciones que el entorno digital establece para el derecho de autor.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, Germán, “¿Un federalismo cultural?”, JA, Número Especial: “A 10 años de la reforma constitucional”, Buenos Aires, Ed. LexisNexis, agosto de 2004.
- BRAGA DE SIQUEIRA, María Rita, “El derecho de puesta a disposición del público: antecedentes normativos y primera jurisprudencia”, *Revista de Propiedad Intelectual*, nro. 34, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, enero-abril de 2010.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, “Las obras cinematográficas y otras obras audiovisuales”, disponible en <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1528/Las%20obras%20cinematogr%C3%A1ficas%20y%20otras%20obras%20audiovisuales.pdf?sequence=1> (consultado el 20/09/2021).
- EMERY, Miguel Á. (dir.), *Propiedad intelectual. Ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, p. 31.
- FINNIS, John, *Human Rights and Common Good. Collected Essays*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2013.
- GARCÍA LEÓN, Marta, “Study on the Audiovisual Legal Framework in Latin America. Part 2: The legal framework of the audiovisual sector in the digital environment”, en *Pilot Project on Copyright and the Distribution of Content in the Digital Environment of the WIPO Committee on Development and Intellectual Property (CDIP)*, OMPI, 2021.
- GOZALBEZ, Rodrigo, “Elementos de la Directiva (UE) 2019/790 sobre el derecho de autor y derechos afines en el mercado único digital respecto a la brecha de valor en internet”, en ORDÓÑEZ, Carlos (dir.), *Derecho y tecnología. Procedimientos electrónicos. Prueba electrónica. Forensia digital. Litigación y nuevas tecnologías. Jurisprudencia. “Legaltech” e innovación legal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2020.
- KARTASHKIN, Vladimir, “Las dimensiones internacionales de los derechos humanos”, en VAŠÁK, Karel (dir.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, París, Ed. Unesco, 1948.
- LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Ed. Unesco – CERLAC – Zavalía, 1993.
- LIPSZYC, Delia – VILLALBA, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009.
- SATANOWSKY, Isidro, *La obra cinematográfica frente al derecho*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1948.
- TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*, trad. de Adolfo Martín, Barcelona, Ed. Plaza y Janes, 1998.
- VILLALBA, Carlos, “Cultura, derecho de autor y derechos conexos. Evolución de la legislación nacional. Los tratados internacionales y el orden

constitucional”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2014-I, Buenos Aires, Ed. UBA.
VILLALBA DÍAZ, Federico, “¿Cómo se adquiere el derecho de autor? Adquisición de la titularidad en distintos tipos de obras”, inédito, Buenos Aires, Universidad Austral.

Recepción: 06/10/2021

Aceptación: 19/10/2021