

REVISTA IBEROAMERICANA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

N° 15

2021

Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual

DIRECTORES

Guillermo Cabanellas de las Cuevas (Universidad Austral, Argentina)
Gustavo Schötz (Universidad Austral, Argentina)

SECRETARIOS DE REDACCIÓN

Juan Fernando Córdoba Marentes (Universidad de La Sabana, Colombia)
José Manuel Magaña Rufino (Universidad Panamericana, México)

COMITÉ ACADÉMICO

Beatriz Bugallo (Universidad de Montevideo, Uruguay)
Rodrigo Cooper (Universidad Católica de Chile, Chile)
Marcelo Di Pietro (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Suiza)
Jesús Gómez Montero (Universidad Complutense de Madrid, España)
Gabriel Leonardos Kasznar (Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil)
Martín Michaus (Universidad Panamericana, México)
Gemma Minero Alejandre (Universidad Autónoma de Madrid, España)
Carmelo Modica (Paraguay)
Ana María Pacón (Perú)
Miguel Rapela (Universidad Austral, Argentina)
Ernesto Rengifo García (Universidad Externado de Colombia, Colombia)
Andrés Sánchez Herrero (Universidad Austral, Argentina)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Yanina Amoroso Fernández (Universidad de Ciencias Informáticas, Cuba)
María del Carmen Arteaga Alvarado (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Hugo Cuauhtémoc Contreras Lamadrid † (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Gustavo Fischer (Universidad de Montevideo, Uruguay)
Lucas Lehtinen (Universidad Austral, Argentina)
Flavia Mansur Murad (CeU Law School, Brasil)
Juan Miguel Massot (Universidad del Salvador, Argentina)
Graciela Melo Sarmiento (Universidad de La Sabana, Colombia)
Fabrizio Modica Bareiro (Universidad Católica de Asunción, Paraguay)
Juan Francisco Ortega Díaz (Universidad de los Andes, Colombia)
Santiago Ortúzar (Universidad de los Andes, Chile)
Jean Carlos Portillo Viscarra (Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, El Salvador)
Gustavo Rodríguez (Universidad de Lima, Perú)
Silvia Salazar (Universidad de Costa Rica, Costa Rica)
Darío Veltani (Universidad Austral, Argentina)
Claudia Viascán Castillo (Escuela Libre de Derecho, México)
Federico Vibes (Universidad Austral, Argentina)
Federico Villalba Díaz (Universidad Austral, Argentina)
Mónica Witthaus (Universidad Austral, Argentina)

EQUIPO TÉCNICO

Lucila Scibona – Profesional independiente (Marca de agua, servicios editoriales)
Edición – Corrección – Diagramación

* * * * *

Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual

ISSN 2422-569X (online)

<https://ojs.austral.edu.ar/index.php/ripi/index>

ripi@austral.edu.ar

Tel.: 011-5239-8000

Universidad Austral

Facultad de Derecho
Sede Bs. As.: Cerrito 1250 (C1010AAZ), CABA
Sede Pilar: M. Acosta 1611 (B1629WVA), Pilar
Buenos Aires, Argentina

Universidad de La Sabana

Campus del Puente del Común, Km. 7,
Autopista Norte de Bogotá, Chía,
Cundinamarca, Colombia

Universidad Panamericana

Josemaría Escrivá de Balaguer 101,
Rústicos Calpulli, CP 20296 Aguascalientes,
Aguascalientes, México

Índice

Doctrina

La (des)protección del autor extranjero de obra audiovisual

Aurelio López-Tarruella Martínez 7

Desinformación y derechos de autor: una coexistencia difícil

Nicola Lucchi, Enrico Bonadio, Oreste Pollicino 39

Instantáneas sobre el derecho a la propia imagen. Un análisis de la legislación y jurisprudencia actual y el derecho comparado

Santiago Durañona, Mariano Peruzzotti 91

Apuntes sobre la licitud de la copia

Natalia Celena Tobón 127

Una mirada al discurso de la inteligencia artificial y el derecho de autor desde la teoría de la personalidad

Pablo Miguel Páez Chaljub 161

El nuevo régimen jurídico de las marcas en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial de México

Javier Augusto Téllez Navarro 199

Regulación jurídica del secreto empresarial en el ordenamiento jurídico cubano

Dayanis María Rodríguez Hernández, Lorenzo Palmero Martín, Kirenia González Bello, Heidi Donis Vieites 229

Simetrías y asimetrías entre el procedimiento del sistema de oposición de marcas de Argentina y México

Elías Efrain San Miguel Medina 269

Estudios

Nueva Ley de Propiedad Industrial chilena. Principales cambios en patentes

Gustavo Schötz **303**

Normas editoriales **417**

Doctrina

* * * *

La (des)protección del autor extranjero de obra audiovisual

* * * *

Aurelio López-Tarruella Martínez

Universidad de Alicante

aurelio.lopez@ua.es

Recibido: 30 de octubre de 2021

Aceptado: 16 de noviembre de 2021

Resumen

El presente trabajo analiza las causas por las cuales el autor de obra audiovisual no recibe una remuneración equitativa cuando su obra se explota en países extranjeros. Estas razones son la diferencia entre legislaciones derivadas del principio de territorialidad y las prácticas contractuales de los productores audiovisuales. A continuación, se analizan las posibles soluciones a esta desprotección, partiendo, en primer lugar, de explicar las razones que provocan que las normativas de protección del autor en la contratación sean ineficientes cuando los contratos adquieren un carácter internacional. En segundo lugar, se aboga por la adopción de un derecho de simple remuneración por la explotación de la obra audiovisual de carácter irrenunciable y gestionado colectivamente. Por último, se explica el importante papel que las sociedades de gestión colectiva juegan para proteger al autor audiovisual extranjero en América Latina.

Palabras clave: obra audiovisual, autor extranjero, principio de territorialidad, contratos de producción audiovisual, derecho de simple remuneración, sociedades de gestión colectiva.

The (lack of) protection of foreign authors of audiovisual works

Abstract

The work analyses the reasons why authors of audiovisual works do not receive an equitable remuneration when their works are exploited in foreign countries. These reasons are the divergences among legislations deriving from the territoriality principle; and the contractual practices of audiovisual producers. The second part of the paper explains the legislative solutions to these problems. First, an assessment is made of the reasons why provisions to protect authors in their contractual rela-

tionships are inefficient when the contract turns international. Second, arguments are given to those proposals in favor of the establishment of an inalienable simple remuneration right to audiovisual authors administered by collective management organisations. The work closes with an assessment of the relevant role these organisations play on the protection of foreign audiovisual authors in Latin America.

Key words: audiovisual works, foreign author, territoriality principle, audiovisual contracts, simple remuneration right, collective management organisations.

A (des)proteção do autor estrangeiro de obra audiovisual

Resumo

O presente trabalho analisa as causas pelas quais o autor de uma obra audiovisual não recebe uma remuneração equitativa quando a sua obra é explorada em países estrangeiros. Tais razões surgem da diferença entre as legislações derivadas do princípio da territorialidade e as práticas contratuais dos produtores audiovisuais. Em seguida, se analisam as possíveis soluções a essa ausência de proteção partindo, em primeiro lugar, da explicação sobre as razões as quais provocam que as normativas de proteção ao autor na contratação sejam ineficazes quando os contratos adquirem um caráter internacional. Em segundo lugar, se advoga pela adoção de um direito de simples remuneração pela exploração da obra audiovisual de caráter irrenunciável e administrado coletivamente. Por último, explica-se o importante papel que as sociedades de gestão coletiva possuem na proteção ao autor audiovisual estrangeiro na América Latina.

Palavras-chave: obra audiovisual, autor estrangeiro, princípio da territorialidade, contratos de produção audiovisual, direito de simples remuneração, sociedades de gestão coletiva

1. Introducción¹

Resulta generalmente aceptado que aunque los autores de obras audiovisuales tengan reconocidos derechos de exclusividad sobre sus trabajos, raramente obtienen una remuneración proporcional por su entera explotación. Y ello, a pesar de la existencia de un consenso internacional de que los autores merecen ser remunerados equita-

1 El presente trabajo está basado en un trabajo previo que forma parte del *Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en América Latina* publicado por el Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual (CDIP) de la OMPI y que pueden encontrarse en https://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/work_undertaken.html. Se publica con la autorización de la OMPI.

tivamente por la explotación de sus obras (Society of Audiovisual Artist, 2015; Xalabarder, 2018, p. 9).² Este deficiente tratamiento también se observa en América Latina y, con algunas excepciones, en los ordenamientos que son objeto de análisis en el presente trabajo: Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Perú y Uruguay.³

La situación resulta más injusta, si cabe, en aquellos supuestos en los que las obras se explotan en mercados diferentes al del Estado de origen de la obra de manera simultánea o sucesiva. Esta circunstancia no es, ni mucho menos, excepcional. En los últimos años, el mercado audiovisual se está transformando por la llegada de las tecnologías digitales y de los servicios en línea. Si bien las tradicionales ventanas de explotación y calendarios de apertura nacionales siguen vigentes, la disponibilidad inmediata de contenidos audiovisuales a nivel mundial a través de internet no para de crecer (Xalabarder, 2018, p. 10). Las plataformas de video a la carta (Netflix, Amazon o HBO, entre otras) están proliferando y, generalmente, ofrecen sus servicios a nivel internacional. En la actualidad, todo tipo de contenidos pueden ser accedidos gratuitamente, a cambio de publicidad, bajo suscripción o sistemas de pago por visión, lo que ha llevado a

Quiero dar las gracias a las siguientes personas, a las que tuve el gusto de entrevistar en el marco de este trabajo y cuyas opiniones han servido para su elaboración: Germán Gutiérrez (Argentores, Argentina), Eduardo de Freitas (AGADU, Uruguay), Ramiro Rodríguez (SENADI, Ecuador), Federico Durret (UNIARTE, Ecuador), Paula Siqueiros (GEDAR, Brasil), Ana Grettel Coto (Costa Rica), Martín Moscoso (Perú), Fernando Zapata (Colombia), María Mateo (SGAE, España), Leonardo de Terlizzi (CISAC). Cualquier comentario o inexactitud es responsabilidad exclusiva del autor.

- 2 Como se indica en el *Executive Summary* de la Society of Audiovisual Artist (2015), el éxito del sector audiovisual europeo no está derivando en una mayor remuneración de los directores y guionistas europeos. Los miembros de la asociación encargados del informe estiman que solo un 0,37% de las ganancias del sector va a parar a sus miembros. Por su parte, R. Xalabarder (2018, p. 10), en su excelente informe para CISAC (Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores), sostiene que esta situación es similar en el mundo entero.
- 3 Un análisis del marco normativo nacional e internacional aplicable a la explotación de la obra audiovisual en estos países puede encontrarse en García León (2021).

la doctrina a plantearse cuánto más pueden durar los modelos de explotación tradicionales.⁴

Si bien es cierto que las producciones de obras audiovisuales exigen grandes inversiones y conllevan elevados riesgos (Hugenholtz y Poort, 2020), la explotación de contenidos sin límites geográficos conlleva un incremento exponencial de los ingresos que estas plataformas pueden obtener de sus producciones. Lamentablemente, esto no se ve necesariamente reflejado en un aumento de la remuneración de los autores proporcional al incremento de los ingresos que estas plataformas generan. El problema no se limita exclusivamente a la explotación en medios digitales. Los autores tampoco son adecuadamente remunerados por la representación de sus obras en cines, o en canales de televisión por cable o radiodifusión o por el alquiler de sus obras. Generalmente, los autores reciben un pago único por la cesión de todos sus derechos y, en la mayoría de casos, no participan en los ingresos generados por la posterior explotación de la obra (Xalabarder, 2018, p. 10).

El objetivo del presente trabajo es, por un lado, analizar las causas de esta desprotección de los autores cuando la obra audiovisual es objeto de explotación a nivel internacional, y, por otro, explicar las medidas adoptadas o que se pueden adoptar para eliminar o reducir el problema.

A mi modo de ver, como se expone en el siguiente epígrafe, las principales causas son dos: las divergencias existentes entre las legislaciones nacionales de propiedad intelectual y las facilidades que encuentran las plataformas para eludir las normativas de protección de los autores en la contratación cuando el contrato adquiere un carácter internacional.

Las medidas implementadas en los ordenamientos objeto de análisis para favorecer la protección de los autores de obra audiovisual serán tratadas en el epígrafe 3. Como se explicará, las sociedades o entidades de gestión colectiva (en adelante, SGC) están jugando un papel importante en este sentido, aunque no están presentes en to-

4 La pregunta ahora es en qué momento estos servicios dominarán el mercado audiovisual en detrimento de los modelos de negocio de retransmisión audiovisual tradicionales.

dos los Estados de América Latina. Además, una solución completa al problema solo puede conseguirse a partir de una actuación normativa armonizada a nivel internacional destinada a generalizar la adopción en las legislaciones nacionales de un derecho irrenunciable de simple remuneración por la reproducción y comunicación pública de las obras audiovisuales de gestión colectiva obligatoria.

Antes de empezar a explicar las causas, debe advertirse que el presente trabajo se centra en la figura del autor de obra audiovisual, aunque muchas de las conclusiones a las que se llegan podrían ser aplicables analógicamente a otros titulares de derechos como, por ejemplo, los intérpretes.

2. Las divergencias entre legislaciones y la explotación internacional de la obra audiovisual

Las legislaciones sobre propiedad intelectual presentan diferencias, por cuanto cada una de ellas responde a objetivos de política legislativa propios de cada país y a circunstancias socioeconómicas y tradiciones culturales especiales. Con carácter general, es habitual distinguir entre los ordenamientos del sistema de derecho continental (o *droit d'auteur*) y los de sistema anglosajón (o *copyright*).

Estas diferencias legislativas se acentúan todavía más en lo que se refiere a la regulación de la obra audiovisual. La razón de ello reside en la complejidad que reviste la producción y explotación de esta categoría de obras como consecuencia de una serie de factores:

a) Su producción exige la participación de una pluralidad de personas que llevan a cabo diversas contribuciones de carácter creativo, técnico, comercial o empresarial. El resultado es que una producción audiovisual da lugar a una pluralidad de objetos de protección (obra audiovisual, las interpretaciones, la grabación audiovisual) y titulares de derechos (autores, intérpretes y productores).

b) La producción de una obra audiovisual requiere de una fuerte inversión que lleva a cabo el productor y está sujeta a elevados riesgos, por cuanto puede ser difícil prever si la obra tendrá o no éxito comercial y, por lo tanto, si generará ingresos (Hugenholtz y Poort, 2020, p. 169).

c) Asu vez, la producción audiovisual y sus diferentes elementos

(banda sonora, guiones, etc.) son susceptibles de ser explotados en diversas modalidades y, al contrario de lo que ocurre con otras categorías de obras, en una pluralidad de mercados.

Dependiendo de la ponderación que cada Estado le otorgue a los intereses de las diferentes personas involucradas en la producción y explotación de la obra audiovisual, la regulación varía, dando lugar a importantes diferencias en las legislaciones nacionales (Saiz García, 2002, p. 26). A efectos expositivos, estas diferencias pueden dividirse en dos grupos: las referidas a la autoría y titularidad originaria de la obra y las relativas al contenido de los derechos del autor de obra audiovisual, y cómo estos pueden resultar afectados por los contratos.⁵

Los convenios internacionales garantizan un cierto grado de armonización de dichas legislaciones y un ámbito de protección básico de los autores más allá de su país de origen. No obstante, no son útiles para superar los obstáculos que se derivan de estas divergencias legislativas para la explotación de las obras audiovisuales y la protección de los autores en el extranjero (Saiz García, 2002, pp. 111 y ss.). Ello es debido a la dificultad para superar el principio de

5 En relación con el objeto de protección, con base en el concepto amplio de “obra cinematográfica” acogida en el Convenio de Berna (artículo 2.1: “Las obras cinematográficas a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía”), todos los ordenamientos objeto de estudio garantizan la protección de todas las categorías de obras audiovisuales. También existe una regulación armonizada en lo que respecta al término de protección (70 años), aunque el sistema de cómputo de dicho plazo varía: en algunos casos, desde el fallecimiento del último autor (Costa Rica, Uruguay), en otros, desde la publicación de la obra (Brasil, Ecuador, Perú). Argentina es la excepción a la regla, por cuanto el plazo de protección alcanza los 50 años tras el fallecimiento del último autor. Tampoco se aprecian diferencias importantes que puedan afectar la explotación internacional de la obra audiovisual por lo que respecta al régimen de excepciones. Salvo Perú, ninguno de los países recoge la copia de la obra para uso privado (en Perú existe incluso la excepción para comunicación pública dentro de un ámbito privado). El Código Ingenios de Ecuador (en adelante, COESC) recoge, junto a una larga lista de excepciones, otra genérica de “usos justos” que, en cualquier caso, deben respetar la regla de los tres pasos. También cabe mencionar en la legislación de este país la existencia de licencias obligatorias (legales) que se pueden solicitar a la autoridad nacional sobre obras audiovisuales que no estén disponibles en el mercado nacional (en este sentido, ver García León, 2021).

territorialidad que impregna la regulación de la materia y justifica la adopción de la norma de conflicto *lex loci protectionis* (ley del lugar de protección) para determinar la ley aplicable en supuestos de explotación internacional de las obras (Fawcett y Torremans, 2011).

2.1. La autoría y titularidad originaria de la obra audiovisual

Las regulaciones nacionales sobre la autoridad y titularidad originaria de la obra audiovisual pueden dividirse en dos grupos (González Gozalo, 2001, pp. 102-123). El primero, habitual de los sistemas de *copyright*, en los que todos los derechos de explotación se concentran en la persona física o jurídica que actúa como productor. Bajo la doctrina del *work made for hire*, dicha persona es considerada autor y titular originario. Es el sistema adoptado, por ejemplo, en Estados Unidos, Australia o China. De esta manera, se facilita enormemente la explotación de la obra, pues todos los derechos se concentran en una misma persona.

Un segundo grupo de países, correspondiente a los de tradición *droit d'auteur*, califica las obras audiovisuales como obras colectivas o en colaboración, y todas las personas que contribuyen creativamente a la obra son considerados coautores. Estas legislaciones contienen una lista de personas que pueden ser consideradas autores: generalmente, el director, el guionista y el compositor de la música creada especialmente para la producción audiovisual. No obstante, estas listas pueden incluir a otras personas, que varían de una legislación a otra. Dichas regulaciones vienen acompañadas de una presunción *iuris tantum*, según la cual estos autores le otorgan al productor la cesión en exclusiva de los derechos de explotación sobre la obra. Con ello se pretende facilitar la explotación de la obra, concentrando todos los derechos en una sola persona.

Las legislaciones de propiedad intelectual de América Latina, y en particular las de los países objeto del presente estudio, pertenecen al segundo grupo. En principio, esta circunstancia facilita la explotación de la obra en varios países de la región. No obstante, pueden aparecer dos tipos de problemas.

Por un lado, debido a que las listas de personas que pueden ser consideradas autores son taxativas, puede ocurrir que una persona que es reconocida como autor en un país no lo sea en otro. Así, por ejemplo,

en Argentina, el compositor únicamente es considerado autor si se trata de una película de género musical. En este país y en Costa Rica, el productor es considerado coautor y, por lo tanto, recibe el mismo tratamiento que el autor de obra audiovisual.⁶ En cambio, en estos países no se reconoce esta condición al diseñador de los dibujos de una obra audiovisual animada. Es decir, esta persona es considerada autor, pero no de obra audiovisual, reconocimiento que sí recibe en las legislaciones de los otros países objeto de estudio. En Perú, Ecuador y Uruguay se considera autor de obra audiovisual al autor de la obra preexistente, cosa que no ocurre en el resto de ordenamientos.⁷

Por poner un ejemplo hipotético, un diseñador uruguayo de dibujos de una obra audiovisual animada es considerado autor audiovisual en su país y, por lo tanto, tiene un derecho de remuneración simple. No obstante, no recibirá esta calificación en Argentina, por lo que sus derechos no son de gestión colectiva obligatoria. A su vez, un productor argentino, en la medida en que no es reconocido como autor en Uruguay, no tiene derecho de remuneración simple por la explotación de sus obras en este país.

Por otro lado, también resulta problemática la relación de estas legislaciones con los ordenamientos del sistema *copyright*. Los problemas aparecen cuando autores de países latinoamericanos celebran contratos con productores estadounidenses o de otros países de sistemas *copyright*. Generalmente, dichos contratos, que suelen presentar un contenido estándar, establecen que la autoría y titularidad originaria de los derechos sobre las obras le corresponden al productor. Asimismo, estos contratos pueden incluir una cláusula de elección de ley del país de domicilio del productor para garantizar la aplicación de la normativa contractual de ese país y, en particular, la doctrina del *work made for hire*.

En estos supuestos cabe plantearse si las personas que tienen la condición de autores de acuerdo con la legislación de su país de ori-

6 En ambos casos, se interpreta que únicamente puede ser considerado coautor el productor persona física. En este sentido, véanse las tablas de legislación de Argentina y de Costa Rica en García León (2021).

7 Se puede encontrar una comparación de estas legislaciones en García León (2021).

gen (del sistema *droit d'auteur*) pierden esa condición por el hecho de haber renunciado a la autoría de acuerdo con una ley extranjera (de sistema *copyright*) que lo permite.

La doctrina se decanta por ofrecer una respuesta negativa a esta cuestión (Desbois et al., 1976, p. 152; Goldstein y Hugenholtz, 2010, p. 130). Las partes del contrato de producción audiovisual tienen libertad contractual para regular los aspectos contractuales de la relación, pero no los aspectos de propiedad intelectual. Es decir, el contrato no puede determinar quién puede ser considerado autor o titular originario de la obra. Se trata de una cuestión que debe determinar la ley que rige el derecho de propiedad intelectual, es decir, la *lex loci protectionis*. Así lo establece expresamente el artículo 14 bis, 2 a) del Convenio de Berna (CB), al que nos referiremos más adelante (González Gozalo, 2013, p. 1180; Rycketsen y Ginsburg, 2005, párr. 7.32.).⁸ Esto implica que cuando la obra es explotada en varios países, será la normativa de cada uno de ellos la que determine quién es considerado autor o titular originario de la obra audiovisual. Lo mismo ocurre con la determinación de las creaciones que son susceptibles de protección o del contenido del derecho de exclusividad: todas son cuestiones a determinar por la *lex loci protectionis*, no por la *lex contractus*.

Por lo tanto, con independencia de lo que diga el contrato, la persona que ha contribuido a la creación de obra será considerada autor en todos aquellos países en los que la obra se explotada, si es que recibe dicha consideración en la ley de ese país.

2.2. El contenido de los derechos sobre la obra audiovisual y su afectación por el contrato

Con carácter general, todas las legislaciones de países de América Latina, y en particular las analizadas para el presente estudio, reco-

8 Como explica A. González Gozalo (2013), en la medida en que constituía una cuestión conflictiva, en la Conferencia de Estocolmo se decidió evitar una regulación material de la cuestión y optar por esta norma de conflicto que otorga plena libertad a los Estados miembros para atribuirle la titularidad de la obra audiovisual a quien estimen oportuno.

nocen al autor o titular originario de obra audiovisual todos los derechos patrimoniales, incluido el de puesta a disposición en internet.⁹ No obstante, a partir de aquí se aprecian algunas diferencias que es importante señalar.

En primer lugar, en Argentina, la gestión de los derechos de exclusividad sobre la obra audiovisual es de gestión colectiva obligatoria (García León, 2021, p. 48). Las SGC correspondientes (Argentores para los guionistas, Directores Argentinos Cinematográficos [DAC] para los directores y la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música [SADAIC] para compositores de bandas sonoras)¹⁰ tienen el monopolio legal sobre la explotación de los derechos. Gracias a ello, los autores salen fortalecidos, por cuanto no se ven obligados a negociar en condiciones de inferioridad con los productores y tienen asegurada una adecuada remuneración. Del mismo modo, los usuarios también deben abonar una remuneración por la explotación de las obras a estas entidades a partir de tarifas establecidas por el Gobierno.

El carácter irrenunciable de estos derechos y su gestión colectiva obligatoria son dos aspectos importantes de esta regulación. Al contrario que en Argentina, en Brasil se ha introducido la gestión colectiva de los derechos de exclusividad, pero se considera que los autores pueden renunciar por contrato a todos sus derechos.¹¹ De confirmarse esta interpretación, la efectividad de la medida disminuiría, por cuanto las SGC, para solicitar una remuneración por la explotación de la obra, se verían obligadas a probar que el autor se reservó dichos derechos en el contrato con el productor. En tal caso, la posición del autor no mejoraría, pues los productores podrían seguir obligándolo a renunciar a todos sus derechos y la gestión colectiva perdería su efectividad. Del mismo modo, la medida no benefi-

9 Y ello aunque Brasil todavía no haya ratificado el Tratado OMPI de Derechos de autor (TODA).

10 Desde 2004, SADAIC dejó de percibir el derecho de comunicación pública por la música incluida en obras audiovisuales, por una decisión judicial (*Sociedad Argentina de Autores y Compositores c/Andesmar S.A.*, CSJN, S. 129. XXXVII, 23 de marzo de 2004).

11 Véase la Tabla sobre la legislación brasileña incorporada al estudio de García León (2021).

ciaría a los autores de obras cuya explotación se rige por contratos ya vigentes en los que el productor se quedó con todos los derechos. La gestión de los derechos sobre estas obras no podría ser cedida a una SGC, salvo que se modificara el contrato.

A pesar de los beneficios de la legislación argentina, esta presenta una limitación: la obligación de gestión colectiva está referida únicamente a la explotación de los derechos en territorio argentino. Es decir, los autores están protegidos en lo que respecta a la reproducción, distribución y comunicación pública de la obra audiovisual en Argentina. Pero para la cesión de los derechos sobre la obra para otros países rige la libertad contractual, por lo que los productores pueden imponer sus condiciones y solicitar, por ejemplo, la cesión de la totalidad de los derechos.

A su vez, estas divergencias legislativas resultan perjudiciales para los productores, por cuanto deben tener en cuenta que, aunque el autor les haya cedido todos los derechos, la explotación de la obra en Argentina debe ser autorizada por las SGC correspondientes, circunstancia que puede conllevar conflictos entre productores y usuarios, dado que estos últimos pueden entender que una vez pagado al productor, ya no deben realizar más pagos para explotar la obra.

En segundo lugar, además de los derechos de exclusividad, algunas legislaciones nacionales le otorgan al autor un derecho de remuneración simple por la comunicación pública de la obra de carácter irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria. Es el caso de Uruguay,¹² que introdujo este derecho para guionistas y directores en diciembre de 2019, aunque todavía no se ha empezado a cobrar.¹³ En Ecuador también se recoge este derecho de remuneración simple, pero únicamente por el alquiler de la obra y por su exhibición en lugares públicos con precio de entrada.¹⁴ La ley peruana reconoce un derecho de simple remuneración por la transferencia de la interpre-

12 También se establece en otros países de la región, como Colombia y Chile.

13 Dado lo reciente de la ley, por el momento AGADU (Asociación General de Autores de Uruguay) solo administra este derecho en relación con los autores de obra musical.

14 Artículo 154, incisos 5 y 6 del COESC. De acuerdo con García León (2021), en Ecuador, al igual que otros países como Perú, Costa Rica o Brasil, sí se establece este derecho para productores y artistas audiovisuales.

tación a un medio distinto, pero no parece que esté implementada (García León, 2021, p. 42).

El carácter irrenunciable y de gestión obligatoria de este derecho implica que la cesión de derechos hecha por el autor al productor no alcanza, en ningún caso, al derecho de remuneración simple. Al igual que en el caso anterior, si bien es un derecho que no está obligado a pagar el productor, se pueden producir situaciones conflictivas en las relaciones con los usuarios de la obra: el contrato celebrado con el productor por la explotación de la obra no les exime de pagar el derecho de remuneración en aquellos países que lo establezcan.

También se debe tener presente que el derecho de simple remuneración presenta una limitación: se calcula, exclusivamente, a partir de la explotación de las obras en el territorio del Estado cuyo ordenamiento lo establece, no en relación con la explotación de la obra a nivel mundial.

En tercer lugar, el alcance de las presunciones de cesión de derechos al productor varía de un ordenamiento a otro. Así, en Uruguay, Costa Rica o Perú, la cesión se refiere a la totalidad de los derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica, mientras que en Ecuador la cesión está referida a algunos de esos derechos (en particular, los de reproducción, distribución y comunicación pública), por lo que la explotación de la obra en cualquier otra modalidad (por ejemplo, transformación) exigiría la autorización de los autores. Esta situación se presenta también en Brasil, de cuya legislación se interpreta que la cesión tiene carácter no exclusivo y se concede para la explotación de obras audiovisuales en su medio principal de explotación (circunstancia que conlleva la necesidad de estar al caso concreto).¹⁵ Debe recordarse que estas presunciones solo entran en juego en defecto de contrato, circunstancia que hace más necesaria, si cabe, la utilización de contratos modelo unificados por parte de los productores para establecer un régimen uniforme de la explotación internacional de la obra.

En cuarto lugar, todos los países objeto de estudio reconocen, en mayor o menor medida, derechos morales a todas las categorías de autores de obra audiovisual y establecen su carácter inalienable,

15 Artículo 81 de la ley brasileña, citada en García León (2021).

irrenunciable e intransferible. La excepción sería Costa Rica, que solo le reconoce estos derechos al director.¹⁶ La legitimación para hacer valer estos derechos varía de un ordenamiento a otro: en algunos países, su ejercicio se le atribuye en exclusividad al director (Brasil) o conjuntamente con el productor (Brasil, Perú y Uruguay, salvo disposición en contrario).¹⁷ Esta circunstancia puede suponer un obstáculo insalvable en el supuesto caso de que un productor y los autores que no son directores quisieran hacer valer judicialmente los derechos morales sobre la obra audiovisual de manera unitaria —es decir, no en relación con cada una de sus aportaciones— en una pluralidad de Estados. Podrían estar legitimados en unos países, pero no en otros.

2.3. Explotación internacional de las obras audiovisuales y la *lex loci protectionis*

Las diferencias legislativas anteriormente expuestas no generan problemas en aquellos supuestos (excepcionales) en los que la obra se explota exclusivamente en el país de origen. Los conflictos aparecen cuando la obra es objeto de exportación a otros países. En estos casos, como es conocido, la protección de los autores se articula a partir de cuatro principios previstos en los tratados internacionales:

a) Estándar mínimo de protección (artículo 5.1 y artículo 19 del CB, artículo 1.1 del Acuerdo sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, ADPIC), aunque, como se ha visto, la armonización de mínimos que establecen los tratados internacionales no es suficiente para evitar los problemas que derivan de las divergencias legislativas.

b) Principio de territorialidad (artículo 5.2 del CB), según el cual las leyes de propiedad intelectual de un país determinado se aplican únicamente a la protección y explotación de la obra intelectual en el territorio de dicho país.

16 El productor tiene la obligación de citar en los créditos a todos los autores de la obra audiovisual, lo que, aunque defectuoso, constituye un reconocimiento del derecho de paternidad de estos.

17 La comparación la obtengo de García León (2021).

c) Principio de trato nacional (artículo 5.1 del CB y artículo 3.1 del ADPIC), que obliga a los Estados contratantes de los convenios internacionales a ofrecer a los autores de obras originarias de otros Estados contratantes el mismo trato que a sus nacionales.

d) Principio de independencia (artículo 5.2 del CB), que garantiza que la protección de una obra no se hace depender de la protección que esta pueda tener en su país de origen.

Todos estos principios conllevan que la norma de conflicto aplicable en supuestos de explotación internacional de las obras sea la *lex loci protectionis* o la ley del lugar para el que se reclama la protección. Así viene establecida en el artículo 5.2 del CB (“[...] la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”) y en los sistemas nacionales y supranacionales de derecho internacional privado.¹⁸ Esta norma de conflicto conlleva, además, que cuando la obra se explota en una pluralidad de Estados, la ley de cada uno de ellos resulta aplicable para la explotación de la obra en su territorio (Carrascosa González, 2004).¹⁹

Algunos Estados han ofrecido soluciones conflictuales diferentes para regular cuestiones particulares de esta explotación. Así, por ejemplo, en Bélgica, la determinación del titular originario del derecho de propiedad intelectual se rige por la ley más estrechamente vinculada,²⁰ solución que evita la aplicación de una pluralidad de

18 En la Unión Europea, artículo 8.1 Reglamento 864/2007 (R. Roma II).

19 La posibilidad que ofrecen algunos sistemas de derecho internacional privado de presentar una demanda en defensa de los derechos de autor en un Estado diferente a aquel donde se explota la obra o se produce la información debe llevar a sostener que el artículo 5.2 señala como aplicable la ley del Estado *para cuyo territorio* se reclama la protección, y no la ley del Estado *en el que* se reclama la protección.

20 Artículo 93 del Código de Derecho internacional privado belga: “Les droits de propriété intellectuelle sont régis par le droit de l’Etat pour le territoire duquel la protection de la propriété est demandée. Toutefois, la détermination du titulaire originaire d’un droit de propriété industrielle est régie par le droit de l’Etat avec lequel l’activité intellectuelle présente les liens les plus étroits. Lorsque l’activité a lieu dans le cadre de relations contractuelles, il est présumé, sauf preuve contraire, que cet Etat est celui dont le droit est appli-

leyes cuando la demanda se presenta ante sus tribunales. Del mismo modo, en más de una ocasión, la jurisprudencia francesa²¹ y la estadounidense²² se han decantado por la aplicación de la ley de origen de la obra para la determinación de esta misma cuestión. Asimismo, el artículo 67 de la ley griega de derechos de autor establece la aplicación de la ley del Estado de primera publicación de la obra para todas las cuestiones, excepto la protección de la obra.²³

Estas soluciones favorecen la explotación internacional de las obras en la medida en que la persona que es considerada autor en el Estado de origen no pierde esta condición cuando la obra es explotada en otros países. No obstante, se pueden generar problemas de coherencia normativa derivados del hecho de que cuestiones íntimamente relacionadas con la titularidad de un derecho y su protección estén reguladas por leyes diferentes. Del mismo modo, estas normas de conflicto generan inseguridad jurídica e incrementan los costes de información de los usuarios, por cuanto la autoría y la titularidad de las obras explotadas en un mercado vendrían establecidas por la ley de origen de cada una de ellas (Fawcett y Torremans, 2011, pp. 345 y ss.).

Estas razones conllevan que la solución generalmente aceptada a nivel internacional sea la *lex loci protectionis*. Ello, a pesar de los problemas que genera. Es más, como se ha indicado anteriormente, el artículo 14.2 (a) del CB rechaza cualquier otra solución que no sea esta a la hora de determinar la ley aplicable a la titularidad originaria de la obra audiovisual: “La determinación de los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica queda reservada a la legislación del país en que la protección se reclame” (González Gozalo, 2013, p. 1196).²⁴

cable à ces relations”.

21 Sentencia de la Corte de Casación, 7 de abril de 1998, *SAAB Scania c/Soc. Diesel Tecnic*, RIDA, N° 177, p. 255.

22 *Itar-Tass News Agency vs. Russian Kurier Inc.*, 153 F.3d 82.

23 El texto puede consultarse en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gr/gr001en.pdf>.

24 En este sentido, como explica A. González Gozalo (2013), los Estados de la Unión de Berna pueden adoptar la *lex originis* en sus legislaciones nacionales para determinar cualquier tipo de obra, excepto las audiovisuales. En este último caso, prevalece el artículo 14.2. (a) del CB.

En definitiva, las divergencias legislativas y la aplicación de la *lex loci protectionis* deviene en una desprotección de los autores cuando la obra es objeto de explotación en un país diferente al de su origen. Piénsese, por ejemplo, en un guionista uruguayo de una película que tiene un gran éxito comercial en toda América Latina. Aunque sea reconocido como autor en todos los países objeto de estudio, obtendrá una remuneración simple por la explotación de la obra en su país de origen, pero no por la explotación en países como Perú o Ecuador, donde no se reconoce este mismo derecho.

También puede producirse el supuesto inverso, es decir, que un autor esté protegido o reciba un trato más beneficioso en el extranjero que en el Estado de origen de la obra. Esta circunstancia es consecuencia del principio de independencia: aunque un director peruano no obtenga una remuneración proporcional por la explotación de la obra en su país, tendrá derecho a recibir una compensación por la explotación en Uruguay o en Argentina. Del mismo modo, una persona que otorga la autoría de la obra al productor en un contrato regulado por la ley de California (Estados Unidos) seguirá siendo considerado autor (y, por lo tanto, estará protegido) en, por ejemplo, Perú, Brasil o Argentina, es decir, en aquellos Estados en los que la autoría es intransferible. En estos casos, el principio de trato nacional viene al auxilio de la regla *lex loci protectionis*.

Ahora bien, el reconocimiento legal de protección del autor extranjero en estos supuestos no garantiza, por sí solo, su efectividad práctica. Para que el autor reciba una cantidad dineraria en concepto de remuneración proporcional por la explotación de su obra, es preciso habilitar mecanismos de cooperación que pasan necesariamente por la intervención de las SGC. A estos mecanismos nos referiremos en el último apartado del estudio.

3. La ineficiencia de la normativa de protección del autor en los contratos internacionales de producción audiovisual

Las divergencias legislativas derivadas del principio de territorialidad no solo afectan a los autores, sino también a los productores, porque la producción audiovisual puede involucrar autores residentes en diferentes Estados y porque, generalmente, el objetivo plasmado

en el contrato será explotar la obra resultante en una pluralidad de Estados. Para superar los obstáculos derivados de las divergencias legislativas, los productores recurren a contratos modelo, en los que se unifican los términos de la producción y explotación de la obra con independencia de los mercados en los que se lleve a cabo (Xalabarder, 2018, p. 20).

En principio, el recurso a contratos modelo por parte de los productores no es criticable. De hecho, debe ser bienvenido, por cuanto hasta cierto punto unifica el régimen jurídico aplicable a la explotación internacional de la obra, favoreciendo así la aparición de un mercado audiovisual regional del que pueden resultar beneficiados muchos colectivos (los propios autores, las cadenas de televisión nacionales, los consumidores finales, todas aquellas personas que trabajan para productoras audiovisuales, etc.) y que puede enriquecer culturalmente a la región (García León, 2021, p. 51).

Pero estos contratos devienen problemáticos cuando en ellos se introducen cláusulas que perjudican los intereses de los autores y no garantizan una remuneración proporcional a la explotación real de la obra. Tal es el caso, por ejemplo, cuando a cambio de una remuneración a tanto alzado, el autor le cede al productor los derechos de explotación sobre la obra para cualquier modalidad conocida o por conocer, para el mundo entero y por el espacio de tiempo que dure la protección. Son las llamadas *buy-out clauses*. Con ellas, como hemos dicho, el productor unifica contractualmente el régimen de protección de la obra para facilitar su explotación con una pluralidad de titulares de derechos, en diferentes mercados y a lo largo del tiempo. No obstante, es una situación injusta para los autores: si la obra se convierte en un éxito, los autores no resultan beneficiados. Esta circunstancia es especialmente dañina cuando, como ocurre actualmente, los medios digitales ofrecen la posibilidad de explotar internacionalmente la obra, incrementando las posibilidades de éxito con escasos costes añadidos.

La negociación colectiva mediante sindicatos o entidades de gestión puede ayudar a aliviar estos problemas. Pero, para ello, se necesitan sindicatos poderosos de representación de los autores, cosa que solo sucede en un puñado de países del *Common Law* como Estados Unidos (Xalabarder, 2018, p. 13). Las SGC pueden jugar un papel importante en este sentido, ya sea negociando con los productores

en representación de los autores o apoyando a los autores en dicha negociación a partir de la promoción de cláusulas modelo que garanticen una adecuada protección de sus intereses. Así, por ejemplo, se podrían promocionar cláusulas por las cuales los autores se reserven ciertos derechos de exclusividad cuya gestión puede posteriormente ser cedida a SGC (las cláusulas *carve-out*). No obstante, no parece que en la región existan sindicatos, asociaciones de autor o SGC con un poder negociador suficiente como para imponer estas cláusulas a los productores.

La excepción es Argentina. En este caso, en la medida en que los derechos de exclusividad de los autores audiovisuales son de gestión colectiva obligatoria, los autores resultan adecuadamente protegidos en sus relaciones contractuales con las productoras. No obstante, como se ha advertido anteriormente, incluso en este caso se presentan limitaciones cuando el contrato prevé la explotación de la obra en el extranjero.

Una segunda vía para evitar que el autor resulte perjudicado consiste en el establecimiento de normas relativas a las cesiones de derechos destinadas a proteger al autor como parte débil de estas transacciones. Estas normas son habituales en los ordenamientos pertenecientes al sistema de *droit d'auteur*, pero no en los del sistema de *copyright*, en los que se considera que las cesiones de derechos se rigen por la normativa general de la contratación (Von Lewinsky, 2008, párrs. 3.70-3.72).

Todos los ordenamientos objeto del presente estudio pertenecen al sistema de *droit d'auteur*, aunque sus normativas presentan ciertas diferencias. Así, existen leyes que obligan a que el contrato mencione expresamente cada una de las modalidades de explotación transferidas²⁵ (reservando para el autor aquellas que no lo son) o que prohíben la transmisión de los derechos sobre obras futuras²⁶ o sobre modalidades de explotación no existentes en el momento de celebrar

25 Artículo 89 del Decreto Legislativo 822 de Perú; artículos 167 y 168 del COESC de Ecuador.

26 Artículo 167 del COESC. El artículo 51 de la Ley 9610/1998 de Brasil determina que “[l]a cesión de derechos de autor *sobre obras futuras* abarcará un máximo de cinco años [...]”.

el contrato.²⁷ En el caso de la Ley uruguaya, el artículo 32 indica que si el productor no explota la obra, el autor o sus causahabientes pueden requerirle que lo haga, y si pasado un año este no cumple, el autor recupera sus derechos.²⁸ Otras leyes establecen que la duración de la cesión de derechos está limitada en el tiempo: 10 años en la ley brasileña²⁹ o 15 tras la muerte del autor en la uruguaya.³⁰

El problema de estas normas es que la protección que dispensan al autor se desmorona desde el momento en que el contrato de producción audiovisual adquiere carácter internacional. Efectivamente, incluso si estas normas poseen un carácter imperativo (es decir, que no son derogables por contrato), la introducción de una cláusula de elección de ley extranjera conllevará la inaplicación de dichas normas. En su lugar, se aplicarán, si es que existen, las normas de protección del autor establecidas en la ley elegida. Si esta pertenece al sistema de *copyright*, dicha protección sencillamente desaparece.

Para garantizar que la normativa de protección del autor no pueda ser burlada mediante la elección de una ley extranjera, los Estados pueden optar por dotar a esa normativa de un carácter internacionalmente imperativo. Es decir, debe establecer expresamente que las normas de protección de los autores protegen un interés fundamental para el ordenamiento jurídico en cuestión y, por lo tanto, resultan aplicables si las partes han elegido una ley extranjera.³¹

Un ejemplo de lo que decimos lo encontramos en el ya citado artículo 32 de la Ley 9739 de derechos de autor de Uruguay, que declara el carácter de orden público de la disposición.³² No obstante,

27 Artículo 167. II del COESC.

28 Artículo 32.

29 Artículo 81.1.

30 Artículo 33.

31 Se puede encontrar un concepto de norma internacional en el artículo 9.1 del Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I): “Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato [...]”. También se puede consultar el artículo 2543 Código Civil y Comercial de Argentina.

32 “Esta disposición es de orden público, y el adquirente sólo podrá eludirla por

la disposición no establece su ámbito espacial de aplicación, es decir, a qué contratos internacionales se aplica. Si bien ese ámbito puede extraerse implícitamente de su finalidad y contenido, resulta preferible establecerlo expresamente para evitar la inseguridad jurídica que se deriva de la dificultad de determinar la aplicación de la norma en casos concretos (Hernández Rodríguez, 2002, pp. 101 y ss.).³³

Así, por ejemplo, el artículo 32.a de la ley alemana de propiedad intelectual regula el derecho del autor para solicitar judicialmente la revisión de la remuneración a tanto alzado prevista en el contrato cuando no resulte ajustada a la explotación real de la obra. El artículo 32.b establece la aplicación internacionalmente imperativa de esta disposición si, en defecto de elección de ley, el derecho aplicable al contrato fuera el alemán o, en caso contrario, cuando el contrato estuviera referido a actos de explotación a llevar a cabo en el territorio de Alemania.

En cualquier caso, la atribución de un carácter internacionalmente imperativo a las normas de protección del autor no garantiza por sí sola su eficiencia. En primer lugar, porque obliga al autor a reclamar sus derechos ante un órgano jurisdiccional, lo cual implica importantes costes que, por lo general, los autores por sí solos no se pueden permitir. Para ello, deberían contar con la ayuda de las SGC o de asociaciones profesionales.

En segundo lugar, porque ese órgano jurisdiccional será, generalmente, extranjero. Efectivamente, además de la cláusula de elección de ley, estos contratos suelen incluir un acuerdo de elección de tribunales que habitualmente atribuye la jurisdicción a los del Estado de domicilio del productor. En tal caso, debe recordarse que las normas de protección del autor son consideradas leyes de policía por el Estado que las promulga, pero pueden no serlo para el Estado

causa de fuerza mayor o caso fortuito que no le sea imputable”.

33 Este podría ser el caso, por ejemplo, del artículo 47 de la Ley de propiedad intelectual española (LPI), en el que se regula la acción de revisión por regulación no equitativa. En atención a la finalidad de la norma (proteger los intereses de los autores) y del hecho de que el artículo 55 establezca el carácter irrenunciable de esta facultad, se puede inferir que constituye una ley de policía que resulta de aplicación imperativa incluso cuando la ley aplicable al contrato fuera extranjera.

ante cuyos tribunales hay que presentar la demanda. Como es lógico pensar, si los tribunales designados son los de un Estado del sistema de *copyright*, difícilmente dichos tribunales harán prevalecer las normas internacionalmente imperativas de un tercer Estado sobre la regulación prevista en la ley designada por el contrato.

Lo mismo ocurrirá, en principio, en aquellos supuestos en los que el contrato modelo incluya una cláusula arbitral: por lo general, los árbitros harán primar la autonomía de la voluntad de las partes expresada en el contrato. Únicamente en aquellos supuestos en los que se corra el riesgo de adoptar un laudo que resulte anulable o irreconocible en el Estado donde debe de ser ejecutado, los árbitros podrían tomar en consideración lo que dicen las normas internacionalmente imperativas de ese Estado.³⁴

La única manera de garantizar el cumplimiento de esta normativa es estableciendo una norma de jurisdicción inderogable mediante contrato por la que se le atribuya al autor la facultad de presentar la demanda ante los tribunales del país de origen de la obra. Hasta donde conocemos, dicha norma no existe en ningún sistema de derecho internacional privado y no parece una solución acertada por cuanto podría ser visto por los productores como una sobreprotección de los autores nacionales y podría desincentivar la realización de proyectos audiovisuales en los países que las establezcan.

Una última razón por la que no se considera adecuado el recurso a normas internacionalmente imperativas reside en que su proliferación dificultaría la explotación internacional de las obras. Al no ser derogables mediante contrato, el productor audiovisual que quisiera explotar la obra a nivel internacional no podría unificar el régimen de explotación mediante contrato, por cuanto debería tomar en consideración las leyes de policía existentes en cada uno de los Estados en los que se va a explotar la obra. El aumento en costes de información y la inseguridad jurídica que ello conlleva podría

34 Y ello porque, de llegar a considerarse que las normas de protección de autor forman parte del contenido del orden público de un ordenamiento, el laudo arbitral podría resultar anulable en atención a la causa de anulación relativa a la contrariedad con el orden público; además, podría no ser ejecutable en un país extranjero por incurrir en la causa de denegación de contrariedad con el orden público prevista en el artículo VII del Convenio de Nueva York de 1958.

desincentivar a los productores a explotar sus producciones en un mercado regional. Se perderían, así, los beneficios que la creación de ese mercado conlleva.

4. Medidas que favorecen la protección del autor extranjero de obra audiovisual

Analizadas las razones que explican la desprotección del autor cuando la obra es explotada a nivel internacional, en este último epígrafe se pretende analizar las medidas que se están implementando a nivel nacional o que se pueden adoptar para garantizarles a los autores una remuneración equitativa. Dichas medidas consisten en la cooperación entre SGC de diferentes países y en el refrendo legislativo del derecho de simple remuneración por explotación de la obra audiovisual.

4.1. El papel de las sociedades de gestión colectiva

Con carácter general, las entidades o sociedades de gestión colectiva juegan un papel fundamental para garantizar la protección de los autores (Xalabarder, 2020, p. 498). En particular, resultan esenciales para asegurarle al autor una remuneración por la explotación de la obra audiovisual en el extranjero.

En América Latina, estas instituciones tienen un fuerte arraigo en el sector musical, no así en el audiovisual. Con la excepción de Argentina, donde Argentores (guionistas) y DAC (directores) están consolidadas desde hace tiempo, las entidades de gestión de los autores de obra audiovisual son de aparición reciente. Es el caso de AGADU en Uruguay; UNIARTE en Ecuador; y GEDAR (guionistas), MUSIMAGEM (compositores), DBCA (directores) y ABCA (cine de animación) en Brasil. Solo en dos de los países objeto de análisis para el presente trabajo (Perú y Costa Rica) no existen todavía SGC para los autores de obras audiovisuales, aunque no se descarta que puedan establecerse en el futuro.

La experiencia demuestra que la aparición de estas SGC depende, en buena medida, de la evolución del mercado audiovisual nacional y de la generación de una masa crítica de personas que deciden asociarse para defender sus derechos. Las particularidades de cada

mercado nacional también conllevan que dichas SGC puedan representar exclusivamente a autores o que incluyan a otros titulares de derechos. Es el caso, por ejemplo, de Ecuador, donde UNIARTE representa a autores e intérpretes audiovisuales, y podría ser el caso de otros países.³⁵

La creación de estas SGC no solo está promovida por esa masa crítica conformada por los autores audiovisuales nacionales, sino que también resulta de interés para las SGC extranjeras, pues de esta manera se facilita la protección de los intereses de sus representados cuando la obra audiovisual es explotada en el extranjero. Por ello no es de extrañar que sean las SGC extranjeras las que impulsen la creación de estas entidades en otros Estados. Así ha ocurrido en el pasado en relación con la gestión de otros derechos con EGEDA o SGAE.

La existencia de intereses comunes también explica la aparición de asociaciones supranacionales, como la Federación de Sociedades de Autores Audiovisuales Latinoamericanos (FESAAL),³⁶ que impulsa la creación de estas SGC en aquellos países donde todavía no existen. La formación de estos organismos internacionales debe ser bienvenida, pues favorece la cooperación entre SGC, beneficiando, en última instancia, a los autores.

La colaboración entre SGC se articula de manera muy sencilla a través de acuerdos de representación recíproca. Hasta donde hemos podido conocer, dichos acuerdos presentan una estructura similar, por cuanto están basados en un contrato modelo de CISAC, que si bien actualmente ya no está auspiciado por esta entidad, en la práctica se sigue utilizando en la región.

La creación de una SGC en un Estado beneficia a los autores de ese país incluso si la legislación nacional no les otorga una protección adecuada. Ello es así porque la cooperación entre SGC permitirá que

35 Un ejemplo de cómo el mercado afecta la constitución o no de SGC lo ofrece Perú. La regla general por mucho tiempo ha sido que los directores creaban sus propias productoras para producir sus películas. Por lo tanto, ambas titularidades de derechos recaían en las mismas personas, lo que hacía innecesario crear dos SGC. Por un tiempo se intentó que EGEDA (productores) aglutinara también a autores audiovisuales, aunque finalmente quedó sin efecto.

36 Información disponible en <https://www.fesaal.org>.

estos autores reciban una remuneración por la explotación de la obra en países extranjeros. Así, por ejemplo, los guionistas representados por GEDAR todavía no reciben una remuneración por la explotación de sus obras en Brasil. No obstante, gracias al acuerdo de representación recíproca con DAC, sí obtienen una remuneración por la explotación de sus obras en Argentina. Del mismo modo, los autores ecuatorianos representados por UNIARTE pueden beneficiarse del derecho de simple remuneración previsto en la legislación uruguaya gracias al acuerdo entre esta sociedad y AGADU.

Estos ejemplos permiten constatar el respeto que los Estados y las SGC otorgan al principio de trato nacional, en la medida en que estas reparten regalías a autores nacionales de países extranjeros que no conceden a los autores de la nacionalidad de la SGC, y la eficiencia del principio de independencia contemplado en el Convenio de Berna, pues, gracias a la cooperación entre estas entidades, un autor audiovisual puede resultar más protegido en un país extranjero que en su propio país.

Los acuerdos de representación recíproca permiten identificar a los autores representados por cada SGC, pero la manera de calcular la tasa de uso de las obras de cada uno de ellos en el territorio de cada Estado le corresponde determinarla a cada SGC.

Esta tarea resulta complicada en relación con las modalidades tradicionales de explotación (televisión, exposición en cines), por cuanto se debe confiar en las declaraciones ofrecidas por los operadores, aunque no existan muchos mecanismos para comprobar la veracidad de los números ofrecidos. No obstante, la digitalización de las obras audiovisuales y la generalización de su explotación por medios electrónicos facilita este cálculo y su control por las SGC y las autoridades competentes (Schötz, 2021). En última instancia, esta circunstancia favorece a los autores porque recibirán remuneraciones más ajustadas a la explotación real de sus obras y con mayor celeridad.

Esta mayor facilidad para calcular el uso de las obras en el entorno digital, unido al incremento en la explotación multiterritorial de las obras audiovisuales, son dos argumentos de peso para que las SGC profundicen en sus esquemas de colaboración, habilitando sistemas que permitan centralizar la gestión colectiva de los derechos a nivel regional. En este sentido, resulta aconsejable estudiar la posibilidad

de implementar un sistema similar al existente en el sector musical, como es Latinautor (De Freitas, 2020), mediante el cual: a) a modo de ventanilla única, los usuarios pudieran negociar de manera unitaria la explotación de las obras para varios países, si así lo desearan; y b) se pudiera calcular, de manera eficiente y haciendo uso de sistemas informáticos sofisticados, el uso que se hace de la obra por cada usuario en cada Estado y calcular la regalía que le corresponde regionalmente a cada autor. El sistema, como puede observarse, está basado en la centralización de la negociación, pero las licencias a otorgar pueden seguir siendo nacionales y emitidas por cada SGC. La idea no es adoptar un sistema de licencias multiterritoriales como el existente en la Unión Europea.³⁷

La adopción de este tipo de sistema de gestión centralizada favorecería la aparición de un mercado audiovisual regional, pues aquellos usuarios que lo desearan podrían negociar en un solo sitio las licencias que necesitan para la explotación de la obra en varios mercados nacionales. A su vez, se beneficiaría a los autores por cuanto las SGC podrían utilizar sistemas informáticos, a los que muchas de ellas difícilmente podrían tener acceso de manera individual, para calcular de manera eficiente cuál ha sido el uso de sus obras y la remuneración proporcional que le correspondería a cada autor por cada país.

4.2. Los beneficios del derecho de simple remuneración

Los beneficios que la cooperación entre SGC conlleva no pueden esconder que muchos Estados siguen sin garantizar una remuneración equitativa a los autores audiovisuales nacionales o extranjeros por la explotación de la obra audiovisual en sus territorios.

Para ello, es necesario que estos Estados acometan reformas legislativas, las cuales deben ser impulsadas por los propios autores audiovisuales, las SGC y sus asociaciones. Según se ha explicado en el apartado anterior, no creemos que esas reformas legislativas deban tener como objetivo la reforma de la normativa sobre protección del autor en sus relaciones contractuales. Estamos de acuerdo con

37 En relación con la adaptación del sistema europeo a la realidad de América Latina puede consultarse Olarte Collazos (2020).

la doctrina que ha estudiado la cuestión en que la mejor manera de garantizarles a los autores una remuneración proporcional a la explotación real de su obra pasa por la introducción de un derecho de simple remuneración en las leyes nacionales de propiedad intelectual (Mateo Orobia, 2015; Xalabarder, 2018).

Son muchos los Estados que han optado por la adopción de este derecho. El último ejemplo es Uruguay, que, como ya se ha mencionado, lo introdujo en 2019. De los ordenamientos objeto del presente trabajo, es el único en el que se regula con carácter general. También existe en otras legislaciones de la región, como la colombiana³⁸, la mexicana³⁹ y la chilena,⁴⁰ o de Europa, como la española.⁴¹ Asimismo, en otros países objeto del presente trabajo, como Perú o Ecuador, está previsto para artistas e intérpretes.

No puede descartarse que, en los próximos años, la maduración de los mercados audiovisuales nacionales, unido al impulso de los autores nacionales de obra audiovisual, sus asociaciones de representación y las SGC, conlleven la introducción de este derecho en otras legislaciones de la región.

Con carácter general, este derecho tiene las siguientes características: se trata de un derecho de simple remuneración (no de exclusividad) que el autor de obra audiovisual disfruta durante el plazo de protección de la obra audiovisual por cualquier acto de explotación de esta; es un derecho de carácter irrenunciable e intransferible y de gestión colectiva obligatoria; las personas obligadas a subsanarlo son los usuarios de las obras.

La introducción de este derecho tiene varias ventajas puestas de manifiesto, en parte, por Xalabarder (2020, p. 494):

a) El autor disfruta de este derecho con independencia del contenido del contrato con el productor (es irrenunciable) e independientemente de la remuneración a tanto alzado o proporcional que haya podido acordar con él. En este sentido, la posición negocial de inferioridad del autor deja de ser un problema.

38 Artículo 98 de la Ley 23 de 1982.

39 Artículo 26 bis Ley Federal del Derecho de Autor.

40 Ley 20959 de 2016.

41 Artículo 90 de la LPI.

b) La gestión por las SGC facilita enormemente las cosas a los autores, por cuanto son estas entidades las que se encargan de su gestión. Además, el derecho asegura un flujo constante y directo de remuneración para los autores a lo largo de la vida de la obra, siempre y cuando se generen ingresos por su explotación.

c) Se trata de un derecho que disfrutan los autores de obras audiovisuales creadas con posterioridad a su introducción legislativa y también los de obras ya existentes. No resulta necesario modificar los contratos ya existentes que rigen la explotación de estas últimas obras para que sus autores disfruten del derecho.

En principio, el refrendo legal de este derecho de remuneración simple también tiene la ventaja de que no obliga a modificar los contratos de producción audiovisual ya existentes ni los futuros. Es decir, su introducción reglamentaria no obliga a los productores a modificar sus contratos ni al autor a pactar la reserva de derechos. La remuneración de los autores queda garantizada sin necesidad de revisar ni renegociar los contratos de producción.

Ahora bien, en la medida en que el derecho debe ser pagado por los usuarios de las obras, es lógico pensar que se produzcan cambios en las licencias de explotación celebradas entre estos y los productores. Es igualmente lógico entender que estos intentarán negociar una rebaja en el precio de la licencia justificada en la necesidad que tienen de hacer frente a esta remuneración simple.⁴² Las modificaciones que pudieran introducirse en las licencias de explotación podrían, en última instancia, repercutir en los autores, los cuales podría ver reducidas las cantidades que los productores se obligan a pagarles a tanto alzado antes de la producción de la obra en la medida en que van a participar en los ingresos que se deriven de su explotación comercial.

La introducción de este derecho de manera dispar de unos orde-

42 No resulta convincente la explicación de Xalabarder, según la cual la introducción del derecho de simple remuneración también beneficia a los licenciarios. La remuneración de los autores no supone un coste añadido para el licenciario, sino una remuneración parcial por la licencia de derechos exclusivos obtenido del productor. Como indica Xalabarder (2020), “si se deducen o no las cantidades de la licencia de derechos exclusivos depende de la elasticidad del mercado, así como del acuerdo entre el productor y el operador” (p. 499).

namientos u otros puede generar obstáculos en la explotación internacional de las obras audiovisuales y, por consiguiente, dificultar la aparición de un mercado audiovisual regional, con los beneficios que ello conllevaría.

Este último problema podría salvarse si el derecho de simple remuneración se introdujera mediante una norma de carácter internacional (como ha ocurrido en el Tratado de Beijing para los intérpretes audiovisuales⁴³) o regional (como se intenta en la Unión Europea):⁴⁴ como el derecho vendría establecido por todos los países de la región, el régimen jurídico de la explotación de la obra no variaría de un Estado a otro.⁴⁵ Pero para crear esa norma supranacional hace falta el apoyo de la comunidad de autores audiovisuales⁴⁶ y voluntad política. En este sentido, llama la atención que la Decisión CAN 351 no haya sufrido cambios desde su adopción y que los países miembros de la Comunidad Andina hayan desarrollado esta normativa básica de maneras divergentes: mientras Colombia ha reconocido este derecho, Ecuador lo ha hecho de manera muy reducida y nada se establece en las legislaciones nacionales de Perú y Bolivia. También es significativo que a pesar de la proliferación de acuerdos bilaterales celebrados por países de América Latina, en ninguno de ellos se haya abordado la cuestión. Todo ello parece indicar que esa norma internacional o regional que garantice una regulación armonizada de un derecho de simple remuneración resulta, por ahora, de difícil alcance.

43 Artículo 12.3.

44 En Europa, el artículo 18 de la Directiva 2019/790 obliga a los Estados a garantizar que “cuando los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes concedan licencias o cedan sus derechos exclusivos para la explotación de sus obras u otras prestaciones, tengan derecho a recibir una remuneración adecuada y proporcionada”. No obstante, el apartado 2 otorga libertad a los Estados miembros para alcanzar este objetivo. Sobre el particular, ver Saiz García (2020, pp. 367-411).

45 Parte 2: Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en el entorno audiovisual.

46 En este sentido, debe citarse el Manifiesto de México auspiciado por Writers & Directors WorldWide. Disponible en <http://www.writersanddirectorworldwide.org/mexico-manifesto/>.

5. Conclusiones

Las divergencias en las regulaciones nacionales de derechos de autor provocan que el autor de obra audiovisual no resulte adecuadamente remunerado por la explotación de la obra en países diferentes al de origen.

Este problema se está acrecentando como consecuencia de la llegada de las plataformas digitales, por cuanto el ámbito de explotación de las obras es regional o, incluso, mundial. Es lógico que estas plataformas utilicen contratos estándar para unificar el régimen jurídico de la producción y explotación de las obras audiovisuales y, así, eludir los problemas que se derivan de esas divergencias legislativas. No obstante, dichos contratos pueden incluir cláusulas que acrecienten la deficiente protección de los autores cuando la obra es objeto de explotación internacional.

Resulta difícil encontrar soluciones regulatorias a este problema que satisfagan todos los intereses en presencia. Por un lado, se constata que las normativas nacionales sobre protección de los autores en la contratación son ineficaces cuando la producción y explotación de la obra audiovisual adquiere carácter internacional.

Por otro, la introducción de un derecho de simple remuneración en las legislaciones nacionales puede beneficiar a los autores, pero puede obligar a los productores a replantear las relaciones con los licenciarios y dificultar la explotación internacional de las obras al acrecentarse las divergencias legislativas. Esto supondría un obstáculo a la aparición de un mercado regional audiovisual. Una posible solución a este problema podría venir de la mano de la adopción de una normativa armonizada a nivel regional o internacional, la cual, en el momento actual, no parece muy probable.

Por último, debe señalarse la importante labor que juegan las SGC en este escenario de divergencias legislativas e intereses contrapuestos, para asegurar, hasta donde les resulte posible, que los autores tengan acceso a una remuneración equitativa por la explotación de sus obras audiovisuales a nivel internacional.

Bibliografía

- Carrascosa González, J. (2004). Conflicts of Laws in a Centenary Convention: Berne Convention 9th September 1886 for the Protection of Literary and Artistic Works. En Mansel, H. P., Pfeiffer, T., Kronke, H., Kohler, C. y Hausmann, R., *Festschrift für Erik Jayme* (pp. 105-120). Sellier European Law Publishers.
- De Freitas, E. (2020). Latinautor. Los licenciamientos regionales. El rol de las entidades de gestión colectiva manteniendo su jurisdicción en el territorial nacional. En Díez Alfonso, A. (Dir.), *Cuadernos jurídicos: Instituto de Derecho de Autor 15º aniversario* (pp. 223-227), Instituto Autor.
- Desbois, H., Françon, A. y Kéréver, A. (1976). *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*. Dalloz.
- Fawcett, J. y Torremans, J. (2011). *Intellectual Property and Private International Law*. Oxford University Press.
- García León, M (2021). Part 2: The Legal Framework of the Audiovisual Sector in the Digital Environment. En Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en América Latina*. https://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/work_undertaken.html.
- Goldstein, P. y Hugenholtz, P. B. (2010). *International Copyright: Principles, Law and Practice*, Oxford University Press.
- González Gozalo, A. (2001). *La propiedad intelectual de la obra audiovisual*. Comares.
- González Gozalo, A. (2013). Arts. 14 y 14 bis. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Convenio de Berna* (pp. 1137-1213). Tecnos.
- Hernández Rodríguez, A (2002). *Los contratos de edición en Derecho internacional privado español*. Comares.
- Hugenholtz, P. B. y Poort, J. (2020). Film Financing in the Digital Single Market: Challenges to Territoriality. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 51, 167-186.
- López-Tarruella Martínez, A. (2013). Art. 5. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Convenio de Berna* (pp. 393-453). Tecnos.
- Mateo Orobia, M. (2015). *Derecho de remuneración de autor para la explotación en línea de obras audiovisuales y el sistema español como la mejor alternativa*. Comares.
- Olarte Collazos, J. (2020). *Licencias multiterritoriales en la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos: Perspectiva desde la Unión Europea y la Comunidad Andina de las Naciones*. Instituto Autor.
- Rycketsen, S. y Ginsburg, J. (2005). *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*. Oxford University Press.
- Society of Audiovisual Artist. (2015). *SAA White Paper: Audiovisual Authors' Rights and Remuneration in Europe*. <https://www.saa-authors.eu/en/publications/55-saa-white-paper-2nd-edition>.
- Saiz García, C. (2002). *Obras audiovisuales y derechos de autor*. Thomson Aranzadi.
- Saiz García, C. (2020). El principio de remuneración adecuada y proporcionada en la Directiva 2019/790/UE. En Saiz García, C. y Evangelio Llorca, R.

- (Dirs), *Propiedad intelectual y mercado único digital* (pp. 367-411). Tirant lo Blanch.
- Schötz, G. (2021). Part. 5. The Identification and Use of Metadata in Audiovisual Works. En Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en América Latina*. https://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/work_undertaken.html.
- Von Lewinsky, S. (2008). *International Copyright and Policy*, Oxford University Press.
- Xalabarder, R. (2018). *International legal study on implementing an unwaivable right of audiovisual authors to obtain equitable remuneration for the exploitation of their works*. CISAC. <https://es.cisac.org/Universidad-CISAC/Biblioteca/Estudios-y-guias/Estudio-de-remuneracion-audiovisual>.
- Xalabarder, R. (2020). La remuneración equitativa de los autores audiovisuales mediante un derecho de remuneración irrenunciable de gestión colectiva. En Saiz García, C. y Evangelio Llorca, R. (Dirs.), *Propiedad intelectual y mercado único digital* (pp. 475-510). Tirant lo Blanch.

Desinformación y derechos de autor: una coexistencia difícil

* * * *

Nicola Lucchi

Universidad Pompeu Fabra

nicola.lucchi@upf.edu

Enrico Bonadio

City University of London

Enrico.Bonadio.1@city.ac.uk

Oreste Pollicino

Università Bocconi

oreste.pollicino@unibocconi.it

Recibido: 28 de octubre de 2021

Aceptado: 30 de noviembre de 2021

Resumen

Como es bien sabido, las nuevas tecnologías han cambiado profundamente la forma en que se elabora, comparte y difunden contenidos. Uno de los cambios más recientes (y preocupantes) es el fenómeno de las “noticias falsas”, especialmente desde que la desinformación y la tergiversación intencional de información real han comenzado a afectar la toma de decisiones individuales en la esfera política. Es un fenómeno preocupante debido a que la difusión de noticias falsas puede poner en riesgo los valores democráticos y socavar la seguridad nacional.

En este contexto cabe preguntarse: ¿pueden los derechos de autor desempeñar un rol en la lucha contra las noticias falsas? Y, preliminarmente, ¿cuál es la relación entre esas noticias y los derechos de autor?

En teoría, las noticias falsas caen dentro del objeto de protección de los derechos de autor y, a menudo, pueden cumplir con sus requisitos de protección. El presente artículo analiza tres noticias falsas recientes que se han difundido ampliamente en línea, poniendo de relieve que los derechos de autor pueden subsistir en tales

noticias. El primer ejemplo es un breve artículo, mientras que los otros dos ejemplos se refieren a una fotografía modificada digitalmente y un video. No obstante que estas noticias sean potencialmente susceptibles de protección por derechos autorales, proponemos eliminar cualquier derecho de este tipo que pueda surgir, y ello por motivos de interés público. De hecho, cuando una obra goza de protección de derechos de autor, sus titulares tienen un incentivo para explotarla, ya que el monopolio que se les otorga les permite obtener beneficios de la obra, por ejemplo, mediante licencias. Esto puede contribuir a alentar a los creadores de noticias falsas a difundirlas de manera exponencial a través de múltiples canales para llegar a un público amplio. Por lo tanto, excluir los derechos de autor podría contribuir a que las noticias falsas sean menos atractivas. En este artículo también se hará una breve referencia a las defensas de los derechos de autor que las entidades e individuos que verifican la veracidad de las noticias (verificadores de hechos) pueden hacer valer, es decir, la doctrina del uso justo según la ley de los Estados Unidos y varias excepciones disponibles en la legislación de la Unión Europea (y el Reino Unido), a saber, el uso transitorio, la extracción de textos y datos, la excepción de crítica y revisión y de seguridad pública.

Palabras clave: derecho de autor, propiedad intelectual, *fake news*, desinformación, libertad de expresión.

Disinformation and Copyright: A Difficult Coexistence

Abstract

As is well known, new technologies have fundamentally changed the way content is produced, shared and distributed. One of the most recent (and worrying) changes is the phenomenon of “fake news”, especially since misinformation and the deliberate misrepresentation of genuine information have begun to influence individual decision-making in the political sphere. It is a worrying phenomenon because the spread of fake news can endanger democratic values and undermine national security.

In this context, it is worth asking whether copyright law can play a role in the fight against fake news? And most importantly, what is the relationship between such news and copyright law?

In theory, fake news falls within the scope of copyright protection and can often meet your protection requirements. This article looks at three recent fake news stories that have become widespread on the internet and demonstrates that such news can be protected by copyright. The first example is a short article, while the other two examples relate to a digitally altered photograph and a video. Although [these messages] are potentially copyrightable, we suggest that any rights of this nature that might arise should be removed, on public interest grounds. This is because when a work enjoys copyright protection, its owners have an incentive

to exploit it, as the monopoly granted to them allows them to take advantage of the work, for example through licensing. This may encourage the creators of fake news to disseminate it exponentially through multiple channels in order to reach a large audience. Copyright exclusion could therefore make fake news less attractive. The article also briefly discusses the copyright defenses that entities and individuals who check the truth of news (fact-checkers) can assert, namely the doctrine of fair use under US law and various exceptions available under EU (and UK) law, namely transient use, data and text extraction, the criticism and review exception and public safety.

Key words: copyright, intellectual property, fake news, disinformation, free speech.

Desinformação e direitos autorais: uma difícil convivência

Resumo

Como é sabido, as novas tecnologias mudaram fundamentalmente a forma como o conteúdo é produzido, compartilhado e distribuído. Uma das mudanças mais recentes (e preocupantes) é o fenômeno das “notícias falsas”, especialmente porque a desinformação e a deturpação deliberada de informações genuínas começaram a influenciar a tomada de decisão individual na esfera política. É um fenômeno preocupante porque a disseminação de notícias falsas pode colocar em risco os valores democráticos e minar a segurança nacional.

Nesse contexto, vale a pena perguntar se a lei de direitos autorais pode desempenhar um papel na luta contra as notícias falsas. E o mais importante, qual é a relação entre essas notícias e a lei de direitos autorais?

Em teoria, o fake news se enquadra no escopo da proteção de direitos autorais e muitas vezes pode atender aos seus requisitos de proteção. Este artigo analisa três histórias recentes do fake news que se espalharam pela internet e demonstra que tais notícias podem ser protegidas por direitos autorais. O primeiro exemplo é um pequeno artigo, enquanto os outros dois exemplos se referem a uma fotografia alterada digitalmente e a um vídeo. Embora [essas mensagens] sejam potencialmente protegidas por direitos autorais, sugerimos que quaisquer direitos dessa natureza que possam surgir sejam removidos, por motivos de interesse público. Isso porque, quando uma obra goza de proteção de direitos autorais, seus proprietários têm um incentivo para explorá-la, pois o monopólio que lhes é concedido permite o aproveitamento da obra, por exemplo, por meio de licenciamento. Isso pode encorajar os criadores do fake news a divulgá-lo exponencialmente por meio de vários canais para atingir um grande público. A exclusão de direitos autorais pode, portanto, tornar as Notícias Falsas menos atraentes. O artigo também discute resumidamente as defesas de direitos autorais que entidades e indivíduos que verificam a verdade das notícias (verificadores de fatos) podem afirmar, nomeadamente a doutrina do uso justo ao abrigo da lei dos EUA e várias exceções disponíveis ao abrigo da lei

da UE (e do Reino Unido), nomeadamente o uso transitório , extração de dados e texto, exceção de crítica e revisão e segurança pública.

Palavras-chave: direitos autorais, propriedade intelectual, notícias falsas, desinformação, liberdade de expressão.

1. Introducción

Como es bien sabido, las nuevas tecnologías han cambiado profundamente la forma en que se produce, comparte y difunde el contenido. Uno de los cambios más recientes (y preocupantes) es el fenómeno de las “noticias falsas”. El argumento ha atraído una gran atención, especialmente desde que la desinformación y la tergiversación intencional de información real han comenzado a afectar la toma de decisiones individuales en la esfera política (Timmer, 2017, p. 670). De hecho, la desinformación puede explotarse como un poderoso instrumento para manipular la opinión pública y socavar el proceso democrático, ya que puede utilizarse incluso para influir en el resultado de las elecciones. Existe la creencia generalizada de que las noticias falsas podrían haber alterado el resultado de importantes eventos democráticos, como el referéndum del Brexit en el Reino Unido y las elecciones presidenciales de Estados Unidos (EE. UU.) de 2016 (Allcott y Gentzkow, 2017, p. 211). Además, la reciente pandemia de COVID-19 ha provocado desinformación sobre su origen, propagación y prevención: en tal sentido, la “infodemia” y la desinformación en la lucha contra la COVID-19 pueden ser tan perjudiciales para la salud humana y la seguridad pública como la misma pandemia (Lewis, 2020).

La motivación para la elaboración de noticias falsas no es solo sociopolítica o ideológica (Gu et al., 2017). La realización de este tipo de contenido se ha industrializado, mecanizado e incluso orientado de alguna manera por empresarios que “engañan a los usuarios de internet con información falsa mientras ganan importantes sumas de dinero” (Sanders y Jones, 2018). Existe una creciente evidencia que señala el surgimiento de ecosistemas de publicidad digital que facilitan e incentivan la creación de noticias falsas, especialmente dentro de las redes sociales (Braun y Ecklund, 2019; Chiou y Tucker, 2018; Haenschen y Ellenbogen, 2016; Ohlheiser, 2016; Pickard, 2020, p.

123; Schulte, 2020, p. 133; Size, 2020, p. 40; Tynan 2016). Por lo tanto, los usuarios de la información pueden quedar sujetos al impacto negativo del (creciente) poder que “las empresas de redes sociales, como Google, Apple, Facebook y Amazon han ganado para controlar quién publica, qué, a quién y cómo se monetizan las publicaciones” (Figueira y Oliveira, 2017, p. 818). Del mismo modo, se ha permitido que una industria realmente disruptiva de noticias falsas florezca como una criatura comercial independiente en el mercado de las noticias (Figueira y Oliveira, 2017, p. 819).

El debate sobre cómo deberían responder los reguladores a este fenómeno es candente. Existe una larga historia de intervenciones gubernamentales en los mercados de noticias a través de herramientas de política de competencia, ayudas estatales y regulación. Los Gobiernos han intentado recientemente responsabilizar a las plataformas en línea de mantener y/o difundir contenido intencionalmente engañoso, promulgando leyes contra las noticias falsas (Pitruzzella y Pollicino, 2020);¹ sin embargo, queda por ver si estos métodos son realmente efectivos para reducir la desinformación en línea (Alemanno, 2018). Parece necesario diseñar e implementar medidas dirigidas a los modelos de negocio de las *fake news* para oponerse al círculo vicioso que lleva a su creación y evitar que dichas noticias se conviertan en “una opción económica atractiva” (Kshetri y Voas, 2017, p. 10). Sin embargo, estas medidas pueden ser difíciles de introducir en jurisdicciones como Estados Unidos, que protegen fuertemente la libertad de expresión.

1 Ver e.g. las leyes contra las noticias falsas recientemente adoptadas o discutidas en diferentes países, incluida la Ley de Aplicación de la Red alemana “NetzDG”; la Ley Orgánica francesa núm. 2018-1201, de 22 de diciembre de 2018, relativa a la lucha contra la manipulación de la información (Loi organique n° 2018-1201 del 22 de diciembre de 2018 relative a la lutte contre la manipulation de l’information); la Ley Federal de Rusia sobre Enmiendas al Artículo 153 de la Ley Federal de Información, Tecnología de la Información y Protección de la Información, de 18 de marzo de 2019; el proyecto de ley de Singapur No. 10/2019 (Deliberate Online Falsehoods Bill); the Malaysia’s Anti-Fake News Act of 2018. Ver también: Austria-based International Press Institute, que ha publicado una lista de países que han aprobado regulaciones de “noticias falsas” durante la pandemia de COVID-19. Ver la tabla en: <https://ipi.media/covid19-media-freedom-monitoring/>.

Dicho esto, ¿pueden los derechos de autor jugar un rol en la lucha contra las noticias falsas? y ¿cuál es la relación entre esas noticias y los derechos de autor? Algunas de estas noticias, en teoría, quedan comprendidas en el objeto del derecho de autor y podrían satisfacer con los requisitos de protección. No obstante ello, proponemos eliminar cualquier protección por derecho de autor que pueda surgir por motivos de interés público. Como es sabido, cuando una obra está protegida por derechos de autor, los titulares de dichos derechos tienen un incentivo para explotarla, ya que el monopolio que se les otorga a menudo permite maximizar los beneficios de la obra, por ejemplo, mediante la concesión de licencias.

Esto podría alentar a los creadores de noticias falsas a difundirlas de manera exponencial a través de múltiples canales para llegar a un público amplio, especialmente a través de internet y/o redes sociales. Por lo tanto, excluir los derechos de autor podría contribuir a que las noticias falsas sean menos atractivas. La razón de peso para negar la tutela autoral es que las noticias falsas no contribuyen al bienestar de la sociedad y, por lo tanto, no deben incentivarse ofreciendo un monopolio que ayude a los creadores a aumentar las ganancias. De hecho, las noticias falsas pueden poner seriamente en riesgo los valores democráticos y socavar la seguridad nacional, lo que también genera temores por el derecho a la privacidad y a la autonomía de los usuarios, que están a la base del derecho a la dignidad de las personas. Si, en cambio, asumimos que los derechos de autor subsisten en este tipo de contenido y su titular optara por ejercerlos, también es importante aclarar qué defensas pueden oponer los verificadores de hechos, es decir, las organizaciones y las personas que verifican la veracidad de las noticias falsas, es decir, quiénes podrían verse implicados en litigios iniciados por los creadores de tales noticias.

El artículo está estructurado de la siguiente manera. El apartado 2 proporciona una definición y taxonomía de las noticias falsas y destaca el modelo de negocio rentable en el que se basa. El apartado 3 se centra en los diferentes enfoques seguidos en los EE. UU. y en Europa cuando se trata de regular la libertad de expresión y/o de abordar la desinformación. Luego, el análisis pasa a las cuestiones que emergen en relación con los derechos de autor. El apartado 4 señala que varias formas de noticias falsas, a saber, un artículo corto,

una fotografía o un video modificado digitalmente pueden considerarse una obra protegida por derechos de autor y que pueden satisfacer los requisitos de protección. El apartado 5 se centra en algunas excepciones que podrían ser invocadas por los verificadores de hechos para eludir la responsabilidad por infracción de los derechos de autor, es decir, la doctrina del uso justo según la ley de los EE. UU. y varias excepciones disponibles en la legislación de la UE (y el Reino Unido), a saber: el uso transitorio, la extracción de texto y datos, la excepción de críticas y/o revisión y de seguridad pública. En el apartado 6, el artículo argumenta que este tipo de noticias podría y debería ser despojado de los derechos de autor por motivos de interés público. Finalmente, se exponen las conclusiones en el apartado 7. Al considerar las cuestiones legales y políticas que se plantean en este artículo, se tendrán en cuenta diferentes jurisdicciones, especialmente los EE. UU., El Reino Unido y la Unión Europea (UE).

2. El concepto y la naturaleza de las noticias falsas

Las noticias falsas se pueden crear y compartir de formas muy diferentes. Pueden tomar la forma de obras literarias (por ejemplo, artículos de periódicos, *twits*, publicaciones de blogs, etc.), imágenes o videos. Pero ¿se puede dar una definición precisa? ¿Existe un criterio que pueda guiar a abogados, académicos, legisladores y plataformas para determinar de manera consistente en qué consiste este fenómeno?

Según el Grupo de Expertos de Alto Nivel de la UE sobre noticias falsas y desinformación en línea (HLEG), el término “desinformación” es más adecuado que el de “noticias falsas” por al menos dos razones: (1) el problema no se limita específicamente a las noticias, sino que cubre la difusión de información falsa o engañosa de manera más general, incluso a través de cuentas falsas, videos y otros medios de publicidad u otras operaciones de información organizada; y (2) los políticos han adoptado el término “noticias falsas” para criticar la información que va en contra de sus intereses (European Commission, 2018, p. 10). El HLEG define la desinformación como “información falsa, inexacta o engañosa diseñada, presentada y promovida para causar intencionalmente daño público o con fines de lucro” y agrega que el riesgo de daño incluye “amenazas a los pro-

cesos y valores políticos democráticos, que pueden dirigirse específicamente a una variedad de sectores, como salud, ciencia, educación, finanzas y más” (European Commission, 2018). El HLEG también distingue la noción de desinformación de la de *misinformation*, es decir, “información engañosa o inexacta compartida por personas que no la reconocen como tal” (European Commission, 2018), y excluye de la noción de “desinformación” todas las cuestiones relacionadas con formas ilegales de expresión, como la incitación al odio o a la violencia, etc., así como la parodia. Si bien concordamos con que la noción de “desinformación” es un término más preciso que “noticias falsas”, usaremos predominantemente este último a lo largo de este artículo.

Una forma posible de conceptualizar algunas distinciones importantes entre los diferentes tipos de información manipuladora y problemática es adoptar un enfoque analítico de las noticias falsas y la desinformación, centrándose en tres parámetros: (i) la veracidad fáctica del contenido; (ii) la intención y los objetivos estratégicos asociados con la generación y el intercambio inicial del contenido; y (iii) el daño causado por la divulgación del contenido a la esfera pública. Si bien cada uno de estos factores es difícil de determinar en la práctica y depender demasiado de cualquiera de ellos puede proporcionar una base poco sólida, es posible desarrollar una taxonomía amplia a través de estos tres factores. La presencia de algún daño junto con cierto nivel de inexactitud fáctica plantea problemas regulatorios, que a veces pueden abordarse satisfactoriamente a través de las leyes existentes (por ejemplo, leyes de difamación). Sin embargo, existe la necesidad de recursos legales y reglamentarios *ad hoc* efectivos en los que la inexactitud de los hechos y el daño se combinen con el objetivo preordenado de manipular, elaborar/generar y propagar información falsa o engañosa. Como se mencionó, se han introducido algunas leyes recientemente a nivel nacional para contrarrestar este fenómeno y queda por ver si estas cumplen el objetivo para el que fueron diseñadas.

Recientemente se ha propuesto una taxonomía autorizada de noticias falsas, con varias categorías identificadas que incluyen: (a) sátira; (b) fabricación; (c) manipulación; (d) propaganda; y (e) contenido falso de conexión (Tandoc et al., 2018; Zannettou et al., 2019;).

La característica común de estas categorías es la determinación de los creadores de representar estas formas de noticias falsas como reales y, en última instancia, engañar al público. (a) La sátira se utiliza para presentar contenido falso bajo una perspectiva humorística. Si bien generalmente lo realizan comediantes con el propósito real de entretener a la opinión pública, existe el riesgo de que la gente pueda confundir la sátira con noticias reales (Tandoc et al., 2018, p. 141). (b) La producción/elaboración de noticias se refiere a contenidos “que no tienen una base fáctica, pero que se publican al estilo de los artículos de noticias para crear legitimidad” (Tandoc et al., 2018, p. 143) y con la intención específica de engañar a la audiencia. Este tipo de contenido suele ser creado por grupos partidistas y publicado en sitios web, blogs o plataformas de redes sociales, intentando imitar medios creíbles a través de la “aparición de objetividad y reportajes equilibrados” (Tandoc et al., 2018, p. 143). Esta categoría generalmente se refiere a elementos basados en el texto. (c) El contenido manipulado se define como la “manipulación de imágenes o videos reales para crear una narrativa falsa” (Tandoc et al., 2018, p. 144) o para tergiversar la realidad. Existen varias técnicas y métodos de manipulación de noticias visuales: con la llegada de las fotos digitales y el poderoso *software* de manipulación de imágenes, es posible agregar, eliminar o alterar las características originales para llamar la atención de la audiencia. (d) La propaganda incluye historias inventadas “que tienen como objetivo dañar los intereses de un partido en particular y generalmente tienen un contexto político” (Zannettou et al., 2019, pp. 10-14). (e) Por último, se produce un contexto falso de conexión cuando el contenido válido se combina con contenido falso; un ejemplo de ello es el título de una noticia que no refleja el contenido proporcionado en el artículo (House of Commons, 2018, p. 7). En el apartado de este artículo que se centra en el análisis de los derechos de autor, proporcionaremos ejemplos de noticias falsas que pueden considerarse producción/elaboración, contenido manipulado y propaganda.

Las noticias falsas se canalizan predominantemente a través de plataformas web, mostrando deliberadamente contenido falso con el fin de imitar noticias ordinarias de importancia generalizada. Pueden publicarse por motivos políticos o simplemente para *trolling*.

Sin embargo, como se mencionó, a menudo existe también un propósito de lucro (Braun y Ecklund, 2019). Los editores de estas noticias pueden ganar mucho dinero con campañas publicitarias y de marketing que generan una gran cantidad de tráfico. El modelo de negocio de noticias falsas utiliza con frecuencia Facebook y otras plataformas de redes sociales (así como cientos de otras redes publicitarias) para aumentar el tiempo que las audiencias pasan leyendo esas noticias. El sistema frecuentemente crea una estructura de incentivos lucrativa tanto para los creadores como para los editores (Braun y Ecklund, 2019, pp. 7-8). Esto también significa que “cuanto más ampliamente se pueda difundir una desinformación, mayores serán las posibilidades de que capture la imaginación del público y logre su objetivo, ya sea desacreditar a un oponente, sembrar discordia o generar ganancias” (Digital Shadows, 2017, s.p.).

El sistema suele funcionar de la siguiente manera (Haenschen y Ellenbogen, 2016). Una persona publica información falsa en un sitio web y luego le paga a una red publicitaria para anunciar un enlace a la publicación. Por tanto, la red se beneficia de la publicidad en su plataforma, generando lucro en función del número de personas que hacen clic en el enlace y/o ven los anuncios. Los usuarios de las redes sociales hacen clic en los enlaces anunciados y visitan el sitio web de noticias falsas, lo que genera una impresión para cada anuncio gráfico en el sitio. El sitio web obtiene ingresos de las impresiones publicitarias resultantes, que pueden ascender a millones de páginas vistas y decenas de miles de dólares por mes (Haenschen y Ellenbogen, 2016). El modelo de negocio de las redes sociales se basa esencialmente en el compromiso, la interacción, la creación y el consumo de contenido por parte de los usuarios (Kshetri y Voas, 2017, p. 10), lo que significa que cuantos más usuarios lean, hagan clic, compartan e interactúen con el contenido, más beneficios obtendrá la plataforma (Kshetri y Voas, 2017). Como resultado, las plataformas de redes sociales a menudo no prestan mucha atención a la fuente o veracidad de la información (Solon, 2016).

3. Lucha contra la desinformación: enfoques divergentes entre la UE y los EE. UU.

Como se mencionó anteriormente, las noticias falsas han sido un desafío serio para muchos países, llegando a convertirse en problemas de seguridad nacional. Es también por ello que varios países comenzaron a establecer reglas destinadas a frenar este fenómeno. Sin embargo, regular las noticias falsas, especialmente en línea, no es una tarea fácil. En general, en casi todos los sistemas democráticos el uso de formas nuevas y tradicionales de medios de información no solo ha planteado problemas de definición de límites, sino que a menudo también ha dado lugar a intentos de contener y controlar el flujo de información (Castells, 2010, p. 320; Couch, 1990, p. 111). La experiencia de los países democráticos con disposiciones diseñadas para monitorear y controlar el flujo de información revela que restringir la libertad de los medios de comunicación puede no resistir el escrutinio constitucional. Muchos instrumentos regulatorios implementados en varios países durante la última década para vigilar los medios digitales han sido con frecuencia criticados por su incapacidad para conciliar el progreso tecnológico, la protección de los intereses económicos y otros intereses en conflicto.² Los problemas regulatorios y los posibles planes de acción contra las noticias falsas se vuelven aún más complejos por las diferencias nacionales en las garantías constitucionales, las inmunidades de las plataformas y las obligaciones de monitoreo. Estos aspectos también han contribuido a la divergencia de enfoques entre países, especialmente entre Europa y los Estados Unidos.

Cabe recordar de manera preliminar que en los últimos sesenta

2 Los ejemplos incluyen: la controversia sobre la constitucionalidad de la Ley de Decencia de las Comunicaciones de los Estados Unidos de 1996 en *Renov. v. American Civil Liberties Union* (que invalida ciertas disposiciones de una propuesta de ley diseñada para regular el discurso indecente y obsceno en internet), ver 521 US 844 (1997); y el caso francés *Loi Fillon*: véase la decisión núm. 96-378 DC, 23 de julio de 1996, Journal Officiel de la République Française [JO] [Gaceta Oficial de Francia], 27 de julio de 1996, en 11400 (Fr.) (censurando la mayoría de las disposiciones de la enmienda Fillon sobre la regulación de internet y el poder otorgado al Conseil Supérieur de l'Audiovisuel [Autoridad Reguladora Audiovisual]).

años las leyes que regulan la libertad de expresión en Europa han evolucionado de manera diferente a como se han desarrollado en los Estados Unidos. Mientras que en este país los tribunales a menudo han suavizado las restricciones sobre la capacidad de los medios de publicar información inexacta, en Europa los tribunales han seguido un enfoque más cauteloso que se centra en el valor de la dignidad humana y el pluralismo. Como resultado, la regulación de la libertad de expresión en línea y las noticias falsas puede encontrar más resistencia en los Estados Unidos que en Europa. De hecho, el derecho de la prensa y de los oradores a comunicarse libremente está tan fuertemente protegido en Estados Unidos que hace que la desinformación sea difícil de contrarrestar. El modelo de protección de “libre mercado de ideas” estadounidense no encaja fácilmente en el contexto europeo. Esto queda claro al comparar la redacción de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos con el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH),³ que pone énfasis en los límites de la libertad de expresión y rechaza la visión de esta como un derecho absoluto.⁴ Por lo tanto, puede ser más fácil luchar contra las noticias falsas en Europa que en los EE. UU.

Además, mientras que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos aborda principalmente la dimensión activa del discurso, es decir, el derecho del orador a impartir información libremente, el CEDH (artículo 10) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (artículo 11) enfatizan su dimensión pasiva, es decir, el dere-

3 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, opened for signature Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221, Europ. T.S. No. 5.

4 Para un comentario sobre el arte. 10 ECHR, ver Flauss (2009). Como es sabido, la estructura del artículo 10 del CEDH es doble: el artículo 10 (1) otorga a la libertad de expresión un estatuto de derecho humano, mientras que el artículo 10 (2) justifica las interferencias en la libertad de expresión que son necesarias, en una sociedad democrática, para cumplir ciertas necesidades sociales urgentes. En otras palabras, los Estados contratantes del CEDH pueden imponer legítimamente restricciones a la libertad de expresión, siempre que los criterios establecidos en el artículo se respeten 10 (2). Solo en un número limitado de casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que no se cumplía la condición “prescrita por la ley”. Esta condición requiere previsibilidad, precisión, publicidad o accesibilidad de la restricción (ver Voorhoof, 2009).

cho de la audiencia a estar informada y a recibir información de forma pluralista. A este respecto, se podría argumentar que las noticias falsas y la información engañosa o falsa no entran en el ámbito de la protección europea de la libertad de expresión. Los tribunales europeos, por ejemplo, nunca seguirían el enfoque adoptado por la Corte Suprema de Estados Unidos en *Gertz*, donde se sostuvo que “[bajo] la Primera Enmienda no existen las ideas falsas. Por perniciosa que pueda parecer una opinión, dependemos para su corrección [...] de la competencia de otras ideas”.⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el guardián del TEDH, sigue un enfoque diferente, especialmente cuando se trata de información canalizada a través de internet. La premisa detrás de su razonamiento es que la web plantea nuevos desafíos para la protección de los derechos fundamentales y que las medidas que regulan los medios tradicionales no funcionan de manera efectiva en el entorno digital; por ello es que debe buscarse un nuevo equilibrio entre la libertad de expresión y otros derechos humanos en conflicto, que con frecuencia se inclina a favor de más restricciones a la libertad de expresión. Por lo tanto, el enfoque del TEDH se opone al seguido por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En *Reno v. ACLU*,⁶ se sostuvo que [como] una cuestión de tradición constitucional, en ausencia de evidencia en sentido contrario, presumimos que la regulación gubernamental del contenido del discurso tiene más probabilidades de interferir con el libre intercambio de ideas que de alentarlos. El interés en promover la libertad de expresión en una sociedad democrática supera cualquier beneficio teórico –pero no demostrado– de la censura.⁷

Otro elemento complejo en el marco regulatorio para abordar la desinformación radica en los diferentes tipos de inmunidad de los intermediarios de internet adoptados en los EE. UU. y en Europa. En los Estados Unidos, estos intermediarios tienen una gran libertad. La Ley de Decencia en las Comunicaciones (CDA)⁸ confiere total inmunidad a los “servicios informáticos interactivos” para distribuir cualquier contenido compartido utilizando sus servicios,

5 *Gertz*, 418 U.S. 323 (1974), pp. 339-340.

6 521 US 844, 885.

7 521 US 844, 885.

8 47 U.S.C. § 230.

estableciendo que “ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo será tratado como editor o relator de ninguna información proporcionada por otro proveedor de contenido de información”.⁹ En otras palabras, los “servicios informáticos interactivos” no deben ser tratados como editores responsables del contenido que se publica, sino como intermediarios pasivos que canalizan las comunicaciones y, en consecuencia, no tienen responsabilidad por el contenido que se comunica. Esta inmunidad es particularmente fuerte, ya que se aplica incluso si el intermediario conoce el contenido difamatorio de su servicio y, a sabiendas, no lo elimina (Lavi, 2017, p. 164). Por lo tanto, considerar a los intermediarios de internet responsables de las noticias falsas canalizadas a través de sus plataformas puede ser difícil en EE. UU.

Por el contrario, en la UE los intermediarios se benefician de la inmunidad solo mientras sigan siendo facilitadores pasivos e inconscientes. Se les exige que eliminen el contenido ilegal una vez que sepan de su presencia en su servicio, por ejemplo, cuando un usuario les notifica. Además, en *Google France v. Louis Vuitton*,¹⁰ un caso sobre responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracción de marca, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) declaró que la Directiva de comercio electrónico, que otorga inmunidad a los proveedores de alojamiento, solo se aplica si el almacenamiento de contenido es “de carácter meramente técnico, automático y pasivo”¹¹ y si la entidad no desempeña “un papel activo de tal naturaleza que le otorgue conocimiento o control sobre los datos almacenados”.¹² Sin embargo, el hecho de que los intermediarios de internet puedan ser inmunes a la responsabilidad del contenido en estas circunstancias no significa que no tengan obligaciones con respecto al contenido que ponen a disposición. Surge una variedad

9 Vale la pena señalar que en § 230 (f) (3) “proveedor de contenido de información” se define como “cualquier persona o entidad que sea responsable, total o parcialmente, de la creación o desarrollo de información proporcionada a través de Internet o cualquier otro servicio informático”.

10 C-236/08, C-237/08 y C-238/08 *Google France Sarl v. Louis Vuitton Malletier SA* [2010] ECR I-2417.

11 Ídem, § 113-114.

12 Ídem, § 120.

de obligaciones con el fin de monitorear y controlar el contenido, por ejemplo, bajo el Reglamento General de Protección de Datos de la UE (GDPR),¹³ que introduce ciertas obligaciones de los intermediarios en relación con contenido policial. Por tanto, no se puede descartar que en un entorno tan regulatorio se materialice pronto en un escenario en el que los intermediarios de internet sean responsables de las *fake news* que se difunden a través de sus plataformas.¹⁴

Si bien en los EE. UU. cualquier regulación de la libertad de expresión, como hemos visto, es difícil de implementar debido a las limitaciones derivadas de la Primera Enmienda, la UE lanzó una serie de acciones para verificar la viabilidad de una intervención legislativa destinada a limitar la difusión de contenido falso,¹⁵ y Alemania y Francia ya han introducido leyes específicas (Pitruzzella y Pollicino, 2020, pp. 97-130). Entre las medidas adoptadas por la UE cabe mencionar: la creación en enero de 2018 del Grupo de Expertos de Alto Nivel, antes mencionado, para desarrollar una estrategia de la UE; incluye cuarenta representantes de plataformas de redes sociales y organizaciones de medios, del mundo académico y del periodismo, así como miembros de la sociedad civil (European Commission, 2018); el Código de Práctica sobre Desinformación, acordado por representantes de plataformas *online*, redes sociales líderes e industria de la publicidad, todos comprometidos de forma voluntaria a adoptar un conjunto de estándares para contrarrestar las prácticas de desinformación en diferentes ámbitos;¹⁶ la implementación de un Plan de Acción para intensificar los esfuerzos para contrarrestar la

13 Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento general de protección de datos) OJ L 119, 04.05.2016.

14 A nivel de la UE ya existen normas sectoriales, vease e.g. la Directiva 2010/13 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativos a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).

15 Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión de la UE, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para abordar eficazmente los contenidos ilícitos en línea C/2018/1177, OJ L 63, 6.3.2018.

16 El Código va acompañado de un anexo que establece un conjunto de mejores prácticas. Véase la página web <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>.

desinformación en Europa (European Commission & High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, 2018).

4. Noticias falsas: contenido protegido por derechos de autor y originalidad

En este apartado nos centraremos en la cuestión de si las noticias falsas serían protegibles en virtud de los derechos de autor y si cumplirían con los requisitos pertinentes, especialmente el de la originalidad. El análisis no comprende las cuestiones relacionadas con la naturaleza ilegal de este tema, que se abordarán en el siguiente apartado. Con este fin, consideraremos el enfoque de diferentes jurisdicciones, especialmente los EE. UU., El Reino Unido y la Unión Europea (UE). En particular, se intentará identificar temas que sean capaces de estimular la discusión académica y la contaminación de enfoques jurídicos entre los diferentes ordenamientos jurídicos, con el objetivo de promover intercambios y diálogos entre legisladores, jueces y estudiosos del derecho.

Como observación general, las noticias (y los hechos) *per se* quedan excluidos de la tutela del derecho de autor.¹⁷ El principio está consagrado en la legislación internacional, ya que en particular el Convenio de Berna no ofrece protección a las “noticias del día” o a los “hechos que constituyan mera información de prensa” (Slauter, 2019, p. 170).¹⁸ Esto significa que, por ejemplo, la mera noticia en noviembre de 2020 de que Joe Biden fue elegido como el 46° presidente de los Estados Unidos y que Donald Trump no admitió tal derrota debido a alegaciones –sin fundamento– de supuesto fraude no puede ser protegida por derechos de autor. La razón de esto es clara: se trata de un simple hecho. Es necesario evitar la monopolización de meros hechos y la atribución de derechos exclusivos sobre estos a una sola entidad. Esto no significa que los artículos de revistas que han dado ese anuncio o comentario sobre tales noticias no

17 En lo que respecta a la legislación estadounidense, véase *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282 (1991).

18 Artículo 2 (8) del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas.

sean susceptibles de derechos de autor: de hecho, dichos artículos constituyen una forma de expresar (y comentar) esos hechos y, por lo tanto, pueden protegerse como obras literarias. Este principio fue confirmado, además, en el antiguo caso del Reino Unido *Walter v. Steinkopff*,¹⁹ una disputa sobre la copia periodística en la que North J. reconoció la subsistencia de derechos de autor en artículos de noticias, señalando, además, que los derechos de autor no protegen la sustancia de las noticias, sino su forma (Slauter, 2019, p. 176). Para facilitar nuestra referencia en este documento, seguiremos denominando a estos artículos “noticias”, aunque técnicamente son “narraciones de noticias”.

La cuestión de si las noticias deben estar protegidas por derechos de autor se ha revitalizado más recientemente por la proliferación de agregadores de noticias, es decir, entidades que recopilan artículos de periódicos en línea en un lugar para que las personas puedan verlos fácilmente.²⁰

Si bien es posible argumentar que considerar las noticias como protegidas por derechos de autor y permitir que los editores hagan valer este derecho puede, en algunas circunstancias, ser similar a monopolizar la información básica, el movimiento reciente de la legislación de la UE parece ir en la dirección opuesta. Como es sabido, la Directiva de 2019 sobre derechos de autor en el mercado único digital (DSM) ha introducido el ampliamente discutido “derecho de los editores” (Bently, 2016), el cual ha sido fuertemente cabildeado por la industria editorial y le permite a la prensa beneficiarse durante dos años de parte de las ganancias que perciben los agregadores de noticias y las redes sociales cuando recuperan y/o ponen a disposición de los consumidores sus publicaciones (es básicamente un derecho de regalía ofrecido a editores).²¹ Si bien la Directiva DSM especifica que el nuevo derecho no se aplica al uso de “extractos muy breves”,

19 *Walter v. Steinkopff* [1892] 3 Ch 489 (con North J. encontrando que los periódicos no tenían licencia implícita para copiar los informes textuales que se publicaron en otros periódicos).

20 Sobre el éxito de los agregadores de noticias, véase https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/wp/2018/wp_tse_912.pdf.

21 Art. 15 Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado

el significado y el alcance exacto de dicha exención están lejos de ser claros (¿qué tan corto debe ser exentado?). Es por este motivo que tal protección ha dado lugar a críticas (Karapapa, 2018, p. 316). En particular, si la expresión “extractos muy breves” se interpretara de manera demasiado restringida, se teme que el derecho pueda constituir un obstáculo para la difusión de meros hechos, contraviniendo así el principio (antes mencionado y) fundamental del derecho de autor, es decir, que lo que se protege no es un hecho, sino la forma en que se expresa.²²

La introducción de este nuevo derecho no es una gran sorpresa. Por ejemplo, que los titulares y los extractos de noticias puedan estar amparados por derechos de autor ya había sido confirmado en el Reino Unido por el Tribunal Superior y el Tribunal de Apelación en *Newspaper Licensing Agency v. Meltwater Holding*, en el que se declaró que los extractos de periódicos son susceptibles de derechos de autor y que los usuarios de los servicios de monitoreo de medios en línea violan los derechos de autor de los editores a menos que obtengan una licencia.²³ También debe recordarse que en algunos países, especialmente en los Estados Unidos, los editores históricamente han presionado y obtenido alguna forma de protección de los hechos en los que se basan sus artículos de noticias. En un asunto ilustrador de 1918,

único digital y que modifica las Directivas 96/9/ CE y 2001/29/CE.

22 Sin embargo, este principio no ha impedido la introducción de reglas que protejan los hechos a través de un régimen (cuasi) de derechos de autor. La Directiva sobre bases de datos de la UE de 1996 hace exactamente eso, ya que ofrece a las bases de datos no creativas un derecho *sui generis* que protege principalmente las inversiones en la obtención, verificación y presentación de datos. La introducción de este derecho ha sido criticada, también fuera de la UE (Boyle, 2008, pp. 208-220).

23 *Newspaper Licensing Agency Ltd. and others v. Meltwater Holding BV and others* [2010] EWHC 3099 (Ch); *The Newspaper Licensing Agency and others v. Meltwater Holding BV and others* [2011] EWCA Civ 890. El TJUE también confirmó en *Infopaq* que las obras literarias muy breves pueden estar protegidas por derechos de autor, en el que se sostuvo que la reproducción de un extracto de una obra protegida de 11 palabras equivale a una infracción de los derechos de autor (Case C-5/08, *Infopaq Int'l A/S v. Danske Dagblades Forening*, 2009 E.C.R I-6569).

International News Service v. Associated Press,²⁴ la Corte Suprema de los Estados Unidos afirmó la aplicación de apropiación indebida para brindar protección a los recolectores de noticias respecto a los competidores que se aprovechaban libremente de sus esfuerzos e inversiones en activos intangibles, incluida la información. Más específicamente, el Tribunal reconoció ciertos derechos exclusivos sobre los detalles fácticos (comercialmente valiosos) de las noticias después de su publicación con el objetivo de contrarrestar la competencia desleal. Después de que esta doctrina cayera en desuso, varias jurisdicciones de leyes estatales de EE. UU. restablecieron, desarrollaron y reposicionaron sus leyes de competencia desleal (Balganesh, 2011).

Dicho esto, ¿qué ocurre con el tema que se aborda en este artículo, es decir, noticias falsas difundidas a través de internet y las redes sociales? Aquí se podría argumentar que debido a que tales noticias están “producidas y elaboradas creativamente”, no solo caerían dentro del alcance de la materia sujeta del derecho de autor, sino que también cumplirían con el requisito de originalidad. De hecho, la protección o no de las formas de creatividad depende de si la obra alcanza un nivel suficiente de originalidad. Aunque el Convenio de Berna no establece explícitamente que las obras protegidas por derechos de autor deban ser “originales”, la mayoría de los países sí lo establecen. La prueba de originalidad varía de una jurisdicción a otra: en la prueba de originalidad, según la ley de EE. UU. (como se afirmó en *Feist v. Rural*);²⁵ el criterio de “creación intelectual” de la UE, según *Infopaq*;²⁶ u otros requisitos de originalidad, como el estándar de “habilidad, trabajo y juicio” del Reino Unido.²⁷ De hecho,

24 *International News Service v. Associated Press* (248 U.S. 215).

25 Véase nuevamente *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282 (1991). En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos explicó que el requisito de originalidad se compone de dos elementos: que la obra sea creada de forma independiente por el autor (a diferencia de la copia de otras obras) y que posea al menos algún grado mínimo de creatividad.

26 Véase el Caso C-5/08, *Infopaq Int'l A / S contra Danske Dagblades Forening*, 2009 E.C.R I-6569 (que establece el estándar de originalidad de la UE para la protección de los derechos de autor).

27 Véase, por ejemplo, *Ladbroke v. William Hill* [1964] 1 All E.R. 465, 469

las noticias falsas equivalen a una historia inventada y no basada en hechos (Humphrey, 2017, p. 141) y, por lo tanto, son tan creativas y originales como la ficción, aunque no se presenten como tales al público (Smith, 2019, p. 213).

Se podría hacer una analogía con el caso *Nash v. CBS* de 1990 en los Estados Unidos,²⁸ que trató la cuestión de si un libro basado en hechos falsos puede estar protegido por derechos de autor. Jay Robert Nash escribió dos libros sobre John Dillinger, un gánster estadounidense de la época de la Gran Depresión, argumentando que no había sido asesinado por el FBI como todos pensaban, sino que estaba vivo y que había sobrevivido a una operación de esa agencia gubernamental. Después de que el acusado –CBS– transmitiera un programa que incorporaba las afirmaciones de Nash sobre Dillinger, el primero presentó una demanda por infracción de derechos de autor. Aunque la corte (el Séptimo Circuito) declaró que los derechos de autor no se extendían a los eventos históricos en sí mismos, concluyó que sí subsistían en la presentación y exposición de Nash de esos eventos. Si bien el tipo de obra en *Nash v. CBS* es diferente del tema en el que nos enfocamos aquí (es decir, noticias falsas difundidas predominantemente a través de internet y las redes sociales), la cuestión planteada por el tribunal puede usarse para respaldar el argumento de que la falsificación moderna de noticias, en particular la forma en que se narran (creativamente) los eventos subyacentes, están protegidas contra la copia, especialmente la copia literal (Copyright Alliance, 2017).

En este contexto, en el presente apartado se analizan tres noticias falsas relativamente recientes que se han difundido ampliamente en línea y que han atraído la atención de los medios internacionales, como así también del público, ello a los fines de verificar si dichas

(Eng.). Esta es la forma en la que tradicionalmente se ha interpretado el requisito de originalidad en el Reino Unido. Se ha observado que, incluso después de *Infopaq*, la prueba de “habilidad, trabajo y juicio” puede sobrevivir y coexistir con la prueba de “creación intelectual” desarrollada bajo la ley de la UE (Rahmatian, 2013). Queda por ver si el antiguo estándar del Reino Unido volverá a predominar en la era posterior al Brexit (Bently et al., 2018, p. 102).

28 *Nash v. CBS, Inc.*, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit 899 F.2d 1537 (1990).

noticias pueden ser susceptibles de derechos de autor. El primer ejemplo es un artículo breve, mientras que los otros dos ejemplos se refieren a una fotografía modificada digitalmente y a un video manipulado. Dichos casos han sido seleccionados con el propósito de identificar tendencias, resaltar posibles puntos en común y/o diferencias en la expansión sin restricciones de las noticias falsas y/o de la desinformación. Nos hemos centrado en escenarios que consideramos (personifican) materializan/ilustran ampliamente los principales problemas de derechos de autor que plantean las diversas categorías de desinformación. Como se mencionó, las fotos y videos se incluyen dentro del perímetro de análisis de este apartado, aunque en rigor muchas veces deben ser considerados como contenidos adicionales que prestan emoción y aparente legitimidad a la parte escrita de las historias falsas, contribuyendo a impulsar su crecimiento (Mallonee, 2016). Las imágenes son también importantes, ya que a menudo se combinan con el texto de las noticias para engañar a los lectores y sus creadores son conscientes de que las personas tienden a aceptar imágenes o videos como veraz, porque “la gente cree lo que ve y ve lo que cree” (Mallonee, 2016). De esta forma, las imágenes pueden reforzar los prejuicios existentes (Mallonee, 2016).

4.1 Las noticias sobre el apoyo del papa Francisco a la presidencia de Donald Trump

En el período previo a las elecciones presidenciales de EE. UU. de 2016, un breve artículo titulado “El Papa Francisco conmociona al mundo, respalda a Donald Trump como presidente” hace pública una declaración que se difundió ampliamente en internet y en las redes sociales.²⁹ El artículo comienza afirmando que los medios de comunicación de todo el mundo informaban sobre la noticia de que el papa Francisco había tomado la decisión de apoyar a Donald Trump en la carrera hacia la presidencia, incorporando también una declaración (falsa) del Vaticano que incluía las siguientes oraciones:

I have been hesitant to offer any kind of support for either candidate

29 La noticia se puede leer en <https://web.archive.org/web/20161115024211/>

in the US presidential election but I now feel that to not voice my concern would be a dereliction of my duty as the Holy See. [...] The FBI, in refusing to recommend prosecution after admitting that the law had been broken on multiple occasions by Secretary Clinton, has exposed itself as corrupted by political forces that have become far too powerful. Though I don't agree with Mr. Trump on some issues, I feel that voting against the powerful political forces that have corrupted the entire American federal government is the only option for a nation that desires a government that is truly for the people and by the people. For this primary reason I ask, not as the Holy Father, but as a concerned citizen of the world that Americans vote for Donald Trump for President of the United States.

El breve artículo también hace referencia a que fuentes dentro del Vaticano sabían que el papa había tenido en cuenta la idea de hacer pública su preocupación por las elecciones estadounidenses, pero que estas fuentes aparentemente habían quedado totalmente en la oscuridad hasta que se publicó la declaración anterior.

Este es un ejemplo típico y de manual de noticias falsas. Entonces ¿qué sucede con los derechos de autor? ¿Se podría proteger esta noticia como obra literaria?, una obra dramática o musical, que esté escrita, hablada o cantada (esta es la definición dada por la Ley de Derechos de Autor del Reino Unido).³⁰ La Oficina de Derechos de Autor de EE. UU. aclara que una obra literaria es “una obra que explica, describe o narra un tema, idea en particular mediante el uso de texto narrativo, descriptivo o explicativo [...] En general, las obras literarias están destinadas a ser leídas”. La historia del papa Francisco se inscribe claramente en estas definiciones. La noticia también se fija en un medio tangible (como es sabido, la fijación es un requisito de protección en varias jurisdicciones, incluidos el Reino Unido y los EE. UU.) y pareciera satisfacer el requisito de originalidad. Incluso se puede decir: ¡es muy original, ya que la historia es totalmente ficticia!

<http://wtoe5news.com/us-election/pope-francis-shocks-world-endorses-donald-trump-for-president-release-statement>.

30 Sec. 3(1) of the UK Copyright, Designs, Patents Act (CDPA).

4.2 La fotografía modificada digitalmente de Angela Merkel en Arabia Saudita

En mayo de 2017, la canciller alemana estuvo en el centro de las noticias por ser una de las mujeres políticas que había optado por no llevar pañuelo en la cabeza cuando visitaba un país árabe. Una foto que la muestra durante su visita de Estado a Arabia Saudita se difundió ampliamente en internet y en las redes sociales. La foto fue modificada digitalmente (sus cabellos estaban borrosos) para enviar el mensaje de que la televisión estatal de ese país (la foto fue tomada de ese metraje de televisión) no quería mostrar la cabeza de Merkel sin el pañuelo en la cabeza.

La fotografía modificada es claramente falsa (Bartlett, 2020). ¿Podría estar protegida por derechos de autor? Se puede argumentar que la intervención digital ha transformado la fotografía en sí, convirtiéndola en una obra derivada original (y fija), que atrae un nuevo derecho de autor, una nueva obra que es independiente de los derechos que protegen la fotografía original. Considerando, por ejemplo, en el hipotético caso de que un sujeto sea acusado de haber copiado y de haberse beneficiado de la foto falsa, este intentaría alegar que la modificación digital, es decir, difuminar los cabellos de Angela Merkel, es una alteración menor que no cambia sustancialmente la imagen original y que, por lo tanto, la imagen falsa no es una obra original que merezca protección de derechos de autor; por lo tanto, la reproducción y explotación de la foto modificada no constituiría una infracción de un derecho de autor “no existente”. Es difícil predecir cómo se resolvería esta disputa imaginaria, ya que la decisión final también depende de varios factores, como la valoración subjetiva que realizan los jueces en diferentes países. Según la legislación de la UE, por ejemplo, la cuestión dependería de si el juez considera que la modificación digital de la imagen en cuestión constituye una “creación intelectual” según el criterio adoptado en la decisión *Infopaq* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,³¹

31 *Infopaq Int'l A/S v. Danske Dagblades Forening*, 2009 E.C.R I-6569 (según esta decisión, se consideran originales las creaciones que sean propias de su autor por reflejar su personalidad, siendo este reflejo de la personalidad verificado de conformidad con el criterio estándar del test de la libre elección del autor).

mientras que en el Reino Unido es probable que el tribunal deba convencerse de que la alteración implica suficiente “habilidad, trabajo y juicio”.³² En Estados Unidos, la atención se centraría en si la alteración de la fotografía implica un mínimo de creatividad.³³

También debemos tener en cuenta que el creador de la imagen falsa de Angela Merkel usó y modificó una imagen creada previamente (tomada de la televisión estatal de Arabia Saudita). Esto plantea la cuestión de si se infringen los derechos de autor sobre dicha imagen. Sin embargo, la transformación digital de la imagen podría eximir al creador de la fotografía falsa de responsabilidad, especialmente en países como los EE. UU., donde los tribunales a menudo han avalado el “uso justo/legítimo transformador” (en Europa, las posibilidades de prevalecer en un caso de uso transformador serían más reducidas). En *Cariou v. Prince*,³⁴ por ejemplo, la Corte de Apelaciones de EE. UU. sostuvo que la apropiación del artista Richard Prince (y una ligera modificación digital) de las fotografías de Patrick Cariou de los rastafaris jamaicanos era un uso legítimo y que varias de sus obras eran usos legítimos transformadores de imágenes de Cariou. Por lo tanto, la decisión de si el uso y adaptación de una fotografía falsa que se apropia de una imagen anterior constituye una infracción de derechos de autor dependerá de la jurisdicción donde se instaure la acción judicial y, en particular, de los hechos de cada caso, como también del análisis subjetivo que realicen los jueces de dichos hechos. En tal sentido, es bien sabido que los casos de *fair use* y *fair dealing* son a menudo impredecibles, específicos de hechos y con frecuencia dan lugar a decisiones contradictorias.

4.3 El video de los delfines de Venecia

A principios de marzo de 2020, Italia fue el primer país que entró en confinamiento total debido al brote de COVID-19. Un video (apa-

32 Véase el Caso C-5/08, *Infopaq Int'l A / S contra Danske Dagblades Forening*, 2009 E.C.R I-6569.

33 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282 (1991).

34 *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013).

rentemente realizado con un teléfono inteligente o *tablet*) que mostraba no solo peces pequeños, sino también delfines que aparecían en los canales de Venecia como resultado del confinamiento comenzó a compartirse masivamente en internet y en las redes sociales.³⁵ La noticia fue recogida por varios medios de comunicación internacionales, incluidos MSN News (Christian, 2020), Gulf News (Gulzar, 2020) y Go News India (Alvi, 2020), algunos de los cuales habían incluido las imágenes. Sin embargo, la parte del video que mostraba los delfines no se había tomado en Venecia (Holroyd, 2020), sino en la isla italiana de Cerdeña, a cientos de miles de millas, y luego se había reunido con imágenes que mostraban los peces pequeños en un canal de Venecia (Daly, 2020).

¿Sería un video manipulado susceptible de ser protegido por derechos de autor o por derecho afín? En general, los videos caen dentro del objeto de los derechos de autor o de contenido protegido en la mayoría de las jurisdicciones. El CDDPA del Reino Unido, por ejemplo, protege las películas, incluidas no solo las producidas por grandes cineastas, sino también grabaciones “en cualquier medio a partir del cual se pueda producir una imagen en movimiento por cualquier medio”.³⁶ Por lo tanto, una grabación como el video de delfines en principio está protegida por derechos de autor en el Reino Unido (así como en otras jurisdicciones de derecho consuetudinario, incluido EE. UU.),³⁷ mientras que en otros países –por ejemplo, de la UE– este tipo de videos están protegidos mediante un derecho afín³⁸ (la diferencia entre “derechos de autor” y “derechos conexos”

35 Véase el video en <https://www.youtube.com/watch?v=7Msyjxn-7GM>.

36 Sec. 5B(1) CDDPA.

37 Título 17 USC, Capítulo 1, que define “películas cinematográficas” como “... obras que consisten en una serie de imágenes relacionadas que, cuando se muestran en sucesión, transmiten una impresión de movimiento...”. Además, la Oficina de derechos de autor de EE. UU. señala que “[m]otión de imágenes son obras que contienen una serie o imágenes relacionadas que están destinadas a mostrarse con un proyector, pantalla digital u otro dispositivo. Cuando las imágenes se muestran en orden sucesivo, crean una impresión de movimiento que es perceptible a la vista” (véase el sitio web de la Oficina de derechos de autor de EE. UU.: <https://www.copyright.gov/registration/motion-pictures>).

38 Artículo 3, apartado 1, letra c), y artículo 9, apartado 1, letra c) de la Di-

es predominantemente terminológica, ya que ambos les ofrecen a sus propietarios derechos exclusivos similares). También debe recordarse que, en la mayoría de los países, incluidos los de la UE, el Reino Unido y los EE. UU., los videos no necesitan ser originales para ser protegidos por derechos de autor o por un derecho afín, ya que estos no se consideran derechos de autor típicos.³⁹ Por lo tanto, los videos de aficionados tomados con teléfonos inteligentes y tabletas, como se destaca aquí en el video de delfines, también están protegidos.

Aquí también pueden surgir problemas de infracción de derechos de autor. Esto sucedería si el video incorporara elementos con derechos de autor de filmaciones anteriores producidas por terceros, como pareciera haber sucedido con el video de delfines analizado en este apartado. De hecho, se descubrió que las imágenes de los delfines incorporadas en el video habían sido tomadas de otro video realizado por miembros del equipo de vela Luna Rossa durante su entrenamiento para la Copa América de 2021 en Cerdeña (Holroyd, 2020). Como observación general, debe tenerse en cuenta que el análisis sobre si un video infringe los derechos que posee el creador de un video anterior dependerá (nuevamente) de varios factores, incluido cuánto se ha tomado del video anterior (prueba de sustancia-

rectiva 2006/115 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre el derecho de alquiler y el derecho de préstamo y sobre determinados derechos relacionados con los derechos de autor en este ámbito de propiedad intelectual (versión codificada).

- 39 En el Reino Unido, este tema se discutió en *Hyde Park Residence Ltd. v. Yelland* [2000] EWCA Civ., Un caso sobre la propiedad de los derechos de autor en cintas de video tomadas por la princesa Diana antes de su muerte: el tribunal señaló que “la propiedad y la subsistencia de los derechos de autor no estaban en disputa”, porque “como aclara el artículo 1 de la Ley de 1988, el derecho de autor es un derecho de propiedad”, que era propiedad de la empresa de seguridad. El tema también se debatió en Estados Unidos. En el caso de 2008 *Southwest Casino and Hotel Corp. v. Flyingman*, Case Number CIV-07-949-C, US District Court, W.D. Oklahoma, un casino inició una demanda por infracción de derechos de autor por el uso de su video de vigilancia. El acusado señaló que el video no era lo suficientemente creativo como para ser protegido por los derechos de autor. La cuestión nunca se decidió porque la disputa terminó cuando un tribunal tribal sostuvo que el video era propiedad de tribus y no de la compañía del casino.

lidad), la forma en que los jueces interpretan dicha prueba y otras reglas, como las *de minimis*.

Estos tres ejemplos de noticias falsas demuestran que las formas expresivas multiformes que adoptan tales noticias (artículos de revistas, fotografías y videos) en principio caen dentro del objeto de protección del derecho de autor y que dichas formas pueden satisfacer los requisitos de protección, a saber: originalidad y fijación (cuando se requiera). Si bien las imágenes modificadas pueden a veces no alcanzar el umbral de originalidad, particularmente cuando la obra anterior que se apropia no se modifica suficientemente, los artículos de revistas que incorporan noticias falsas a menudo se crean integralmente y, por lo tanto, pueden ser muy originales. En lo que respecta a los videos, debido a que no es necesario satisfacer un requisito de originalidad,⁴⁰ la obtención de la protección de derechos de autor es más sencilla. Como se mencionó, con respecto a todos estos tipos de noticias falsas pueden surgir problemas de infracción en algunas circunstancias.

5. ¿Se puede eximir la verificación de datos de la responsabilidad por infracción de derechos de autor?

Vale la pena profundizar la cuestión de si el uso de noticias falsas por parte de los verificadores de hechos puede considerarse exento de responsabilidad por violación de derechos de autor, suponiendo que los derechos de autor subsistan en este tipo de obras y que los titulares de los derechos decidan hacerlos valer. La verificación de hechos se lleva a cabo no solo por organizaciones *ad hoc*, sino también por la prensa, los grupos de vigilancia de la gobernanza, las redes sociales, académicos y activistas.⁴¹

¿Cómo funciona la verificación de datos? Básicamente hay dos

40 Sin embargo, esto no significa que ningún video estará protegido. De hecho, no se ofrecerá protección a videos y películas que se copien de una película o video anterior. Véase, por ejemplo, la Sec. 5 (b) (4) CDPA, que establece que “los derechos de autor no subsisten en una película que es, o en la medida en que lo es, una copia tomada de una película anterior”.

41 Para un análisis detallado sobre cómo funciona la verificación de datos, véase e.g. Al-Ash y Wibowo (2018), Chen et al. (2015), Conroy et al. (2015), Sharma et al. (2019), Shu et al. (2017).

formas de detectar noticias falsas (Figueira y Oliveira, 2017, p. 820). La primera es confiar en la capacidad humana para distinguir entre hechos verdaderos y hechos falsos. Los periodistas y otros comunicadores suelen seguir este método. El segundo enfoque se basa en el uso de programas electrónicos automatizados y algorítmicos que verifican las fuentes de noticias (Figueira y Oliveira, 2017). Por lo general, la verificación automatizada de datos se basa en un sistema de monitoreo que examina periódicamente las principales revistas y periódicos, así como las noticias transmitidas, “utilizando fuentes de subtítulos y conversión de texto a voz” (Graves, 2018, s.p.), buscando elementos comunes, palabras clave, signos y símbolos que normalmente se encuentran en noticias falsas para poder detectar palabras o frases semánticamente similares (Karadzhov, 2017; Kertysova, 2019; Thorne y Vlacos, 2018). Este enfoque a menudo se basa en una combinación de características estilométricas y de vector de palabras basadas en el texto, ambas utilizadas para categorizar el contenido de una noticia,⁴² lo que hace posible analizar los elementos del texto y verificar “la autenticidad o autoría del mismo basado en el estilo lingüístico de la escritura” (Reddy et al., 2020, p. 212) (como el uso léxico, las estructuras sintácticas y el análisis de la fraseología).

Sin embargo, la verificación de datos automatizada y basada en el aprendizaje automático plantea dificultades, especialmente en las redes sociales. De hecho, algunos contenidos pueden ser tan hiperrealistas que es posible que los algoritmos no puedan percibir con un grado de suficiente certeza lo que ha sido manipulado y lo que no (Cao et al., 2017, p. 141; Shu et al., 2017, p. 22). Después de todo, cualquier proceso de verificación de hechos requiere con frecuencia una intervención humana manual preliminar o posterior para obtener estadísticas e investigación primaria a los fines de evaluar si las

42 Por ejemplo, la detección de noticias falsas en las redes sociales a menudo presenta una lista de atributos de contenido de noticias representativos, que incluyen: fuente (autor o editor del artículo de noticias); título (texto de título corto que tiene como objetivo captar la atención de los lectores que describen el tema del artículo); *body text* (texto principal de la noticia); imagen/video (parte del contenido del cuerpo de un artículo de noticias que proporciona elementos visuales de la historia). Ver Shu et al. (2017, p. 26).

fuentes son confiables y si las afirmaciones son veraces (Vlachos y Riedel, 2014, p. 18). A pesar del rápido desarrollo de herramientas de verificación sofisticadas y automatizadas, es aún difícil imitar las evaluaciones contextuales sensibles requeridas en las actividades de verificación de hechos realizadas por humanos (Graves, 2018). Algunas herramientas automáticas de verificación de hechos pueden detectar una serie de afirmaciones fácticas simples cuando se dispone de datos claros, pero solo bajo la guía humana. Por ejemplo, la detección de noticias falsas en las plataformas de redes sociales a menudo se basa en un modelo híbrido doble que incluye la clasificación humana y el aprendizaje automático, que es capaz de filtrar cualquier tipo de contenido (foto, video o texto), así como la dinámica de propagación de noticias (como medios vinculados, reacciones de los usuarios y relaciones entre usuarios) (Figueira y Oliveira, 2017, p. 820). Por lo tanto, las plataformas de redes sociales generalmente usan y se basan en una combinación de sistemas automáticos para verificar el contenido más repetitivo y en la revisión humana para los casos multifacéticos (Kertysova, 2019).

En este contexto, Facebook ha adoptado un modelo interesante que se basa en una combinación entre los comentarios de los usuarios que señalan contenido potencialmente falso y el uso de múltiples modelos de aprendizaje automático para verificar continuamente el contenido de la plataforma (Figueira y Oliveira, 2017, p. 820).⁴³ Cuando se identifica contenido falso, alterado, parcialmente falso o faltante, Facebook toma medidas. Si una imagen o información que circula en la plataforma parece dudosa, especialmente si no cita una fuente, una de las primeras actividades que realiza es estudiar los comentarios; de tal proceso puede eventualmente detectar información inconsistente o dar lugar a dudas sobre la autenticidad de un contenido (Gillespie, 2020). Otro modelo es utilizado por Full Fact, una organización benéfica británica que verifica y corrige los hechos contenidos en las noticias. Lo que hace esta organización es recopilar información de sitios de noticias, televisión en vivo o plataformas de redes sociales que pueden incluir afirmaciones que

43 Ver también *Cómo funciona el programa de verificación...* (2021).

deben verificarse.⁴⁴ Una vez que se recopila toda la información de entrada disponible como texto, se divide en oraciones individuales que constituyen su unidad atómica para las verificaciones de hechos. Luego, estas oraciones se pasan a través de una serie de pasos para que sean útiles en el proceso de verificación de datos.

Si bien el proceso para verificar la veracidad de noticias de solo texto puede ser relativamente estándar, verificar si las imágenes y los videos son veraces es más engorroso: aquí surge la necesidad de verificar si la imagen coincide con otros elementos, tales como la fecha en la que fue capturada y distribuida, varios detalles comprendidos en la imagen, condiciones climáticas, etc. Los verificadores de datos también intentan adquirir los archivos originales que incorporan la imagen para verificar si han sido alterados.

Dicho esto, en ese apartado se evalúa si ciertas excepciones a los derechos de autor pueden aplicarse a la verificación de hechos, a saber: (i) la doctrina general de uso legítimo según la ley de EE. UU. y varias defensas disponibles en la UE (y el Reino Unido); (ii) uso transitorio; (iii) minería de texto y datos; (iii) crítica y revisión; y (iv) seguridad pública. Poder contar con estas excepciones sería importante, ya que podría permitirles a los verificadores de hechos, incluidos aquellos que utilizan procesos automatizados ejecutados por plataformas, hacer su trabajo sin infringir los derechos de autor sobre las noticias cuya veracidad se evalúa, así como otras noticias que pueden usarse para fines de comparación.

Como es sabido, la doctrina de uso legítimo de los Estados Unidos permite el uso limitado de material protegido por derechos de autor sin necesidad de obtener la autorización del propietario del derecho. Un análisis preciso de uso legítimo debe basarse en la distinción entre uso expresivo y no expresivo del material protegido por derechos de autor. Si bien es posible que el primero no esté exento de la infracción de los derechos de autor, a menudo se considera que el segundo es suficiente para eludir la responsabilidad (Lim, 2019; Sobel, 2017). La jurisprudencia estadounidense existente en relación con ciertas empresas de tecnología ayuda a comprender dicha distinción, y tales principios podrían aplicarse *mutatis mutandis* a escena-

44 Véase la página web <https://fullfact.org/automated>.

rios de verificación de hechos de noticias falsas. Dos casos relevantes son *Kelly contra Arriba*⁴⁵ y *Perfect10 contra Amazon*.⁴⁶ En ambos, los acusados proporcionaban servicios de motores de búsqueda de imágenes. Los demandantes *Kelly* y *Perfect10* poseían derechos de autor que cubrían ciertas imágenes que habían sido reproducidas en forma de miniaturas, almacenadas en los servidores de los demandados y mostradas a los usuarios de internet que usaban los servicios de Arriba y Amazon. Los tribunales sostuvieron que las actividades del acusado eran usos legítimos transformadores y consideraron a los motores de búsqueda de imágenes administrados por los acusados como simples herramientas. Los tribunales estimaron que no se trataba de instrumentos utilizados para transmitir expresión y que el uso del material protegido por derechos de autor por parte de Arriba y Amazon había sido meramente instrumental, sin ningún propósito artístico o estético.⁴⁷

Los tribunales de EE. UU. llegaron a conclusiones similares en otros dos casos: *Authors Guild v. Google*⁴⁸ y *AV ex rel. Vanderhye contra iParadigms*.⁴⁹ La primera disputa se centró en el Proyecto de bibliotecas de Google Books, que consiste en escanear y hacer disponible las colecciones de libros de las principales bibliotecas de investigación. El tribunal determinó que hacer copias de obras protegidas con el objetivo de facilitar y permitir la búsqueda e identificación de libros que contienen una palabra de interés de los buscadores es un uso transformador y, por lo tanto, justo. Dicho servicio, agregó el tribunal, no desplaza ni sustituye a los libros porque no es un instrumento que la gente use para leer los libros, sino que simplemente facilita su búsqueda. El segundo caso se centró en el servicio de detección de plagio Turnitin (el programa consiste en comparar los documentos

45 *Kelly v. Arriba and Perfect10 v. Amazon (Kelly v. Arriba Soft Corp)*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

46 *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

47 Para el primer reconocimiento judicial de uso justo no expresivo en los EE. UU., véase *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).

48 *Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.*, 954 F. Supp. 2d 282 (S.D.N.Y. 2013); *Authors Guild v. Google Inc.*, 804 F (3d) 202 (2nd Cir 2015).

49 *A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, L.L.C.*, 562 F.3d 630 (4th Cir. 2009).

presentados con su base de datos compuesta por grandes cantidades de papeles y material). Tampoco en este caso el juez encontró ninguna infracción de derechos de autor, habiendo considerado que el uso de copias digitales de obras con derechos de autor por parte del programa era totalmente ajeno al contenido expresivo, transformador y, por lo tanto, incapaz de producir un sustituto del mercado. Más precisamente, el tribunal estimó que Turnitin no usaba los documentos por su significado creativo y, aunque almacenara el documento completo, no había publicado una copia completa para que otras personas pudieran acceder a él y verlo.

En este contexto se podría argumentar que las actividades llevadas a cabo por los verificadores de hechos, es decir, la recopilación y el seguimiento de noticias falsas destinadas a controlar su veracidad (lo que podría implicar su reproducción), pueden en principio interferir con los derechos de autor de los creadores de esas noticias. Sin embargo, dichos usos podrían considerarse usos no expresivos ni creativos, pero transformadores de obras con derechos de autor y, por lo tanto, un uso justo según la ley de los EE. UU. De hecho, quien realiza la verificación de datos no usa noticias falsas con fines creativos, sino que dicho uso es más bien mecánico y se centra en un propósito específico, es decir, controlar si las noticias que se están verificando son veraces o falsas.

En cuanto a Europa, una excepción que potencialmente podría eximir ciertos usos mecánicos y no expresivos de las obras con derechos de autor por parte de los verificadores de hechos es la excepción de copia transitoria bajo la Directiva de la sociedad de la información.⁵⁰ Esta disposición exime los actos de reproducción temporales siempre que sean transitorios o incidentales, parte esencial de un proceso tecnológico, permitan el uso lícito de una obra y no tengan un significado independiente. Se permite, entonces, la reproducción de una obra protegida por derechos de autor si la copia es necesaria para realizar tareas tecnológicas y mecánicas sin valor autónomo, siendo el ejemplo clásico la copia temporal de una página web almacenada en la caché del navegador. Por lo tanto, se puede observar que esta excepción podría cubrir escenarios en los que las entida-

50 Véase el artículo 5, apartado 1 de la Directiva 2001/29/CE sobre la armoni-

des de verificación de hechos recopilan y monitorean noticias falsas, siempre que las copias de dicho material sean transitorias y no permanentes. Sin embargo, es dudoso que los verificadores de hechos hagan solo copias transitorias de noticias falsas, ya que la necesidad de monitorearlas y evaluarlas puede requerir un período de tiempo relativamente largo.

La excepción de extracción de texto y minería de datos en virtud de la Directiva de la UE de 2019 sobre derechos de autor en el mercado único digital también podría ser relevante en este caso.⁵¹ La actividad de extracción de texto y de minería de datos permite la captación y el uso de cantidades significativas de información disponible digitalmente;⁵² se considera una defensa útil en varios ámbitos, por ejemplo, para que resulte más fácil encontrar oportunidades comerciales y de investigación científica en documentos corporativos, *feeds* de redes sociales, registros médicos, artículos académicos y muchas otras fuentes de datos basados en texto. Según la literatura reciente (Reddy et al., 2020; Shu et al., 2017), la minería de texto y de datos también puede ser útil a la hora de detectar noticias falsas. Dicho esto, ¿podrían los verificadores de hechos que llevan a cabo tales actividades mineras invocar esta excepción? En teoría sí, pero debe tenerse en cuenta que la excepción de minería de datos según la Directiva de la UE es limitada. En primer lugar, esta actividad solo puede ser realizada libremente por organizaciones de investigación e instituciones de patrimonio cultural con fines de investigación científica.⁵³ Por lo tanto, solo los verificadores de hechos que pertenecen a estas categorías –por ejemplo, aca-

zación de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.

- 51 Véanse los artículos 3 y 4 de la Directiva (UE) 2019/790 sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital. El artículo 3, en particular, exime de la infracción de derechos de autor a la reproducción de material protegido por derechos de autor.
- 52 Véase el artículo 2 (2) de la Directiva (UE) 2019/790, que define la minería de datos y texto como “toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones”.
- 53 Véase el artículo 3 de la Directiva 2019/790. La CDPA del Reino Unido también proporciona una excepción de extracción de texto y datos, que se limita a la copia de trabajos con el único propósito de investigación para un

démicos involucrados en proyectos de investigación— podrían oponer esta defensa. Otra disposición de la Directiva permite, en principio, las actividades de extracción de texto y datos por parte de empresas y entidades con ánimo de lucro.⁵⁴ Sin embargo, dicha excepción no se aplica si los titulares de los derechos de autor se han reservado el derecho, lo que significa que la excepción podría ser excluida con la mera declaración por parte de los titulares de los derechos de autor de no permitir tal actividad (Rosati, 2019). Por lo tanto, es posible que los verificadores de datos que detectan noticias falsas con fines de lucro (y varios lo hacen) no puedan utilizar esta excepción.

Existe otra defensa bajo la ley de la UE que los verificadores de hechos podrían tener en cuenta, es decir, la excepción de la crítica y revisión bajo la Directiva de la sociedad de la información. Esta defensa permite usos de una obra protegida por derechos de autor con la finalidad de criticarla y revisarla, siempre que dicha obra ya haya sido legalmente puesta a disposición del público, que se cite la fuente—incluido el nombre del autor—, que dichos usos se ajusten a las prácticas leales y en la medida requerida por el propósito específico.⁵⁵ El CDPA del Reino Unido también contiene una excepción similar.⁵⁶ La verificación de hechos de noticias falsas a menudo satisface los requisitos establecidos en estas disposiciones. Primero, la historia falsa que se verifica obviamente se ha puesto a disposición del público. De hecho, la razón misma por la que se utiliza la noticia es para verificar que sea veraz y, si no lo es, para informar al público (que ya ha estado expuesto a tales noticias) sobre la actividad de control y quién creó el contenido y lo difundió. En este sentido, se podría señalar que la copia de las *fake news* está dirigida a respaldar o ilustrar la crítica y revisión. El uso de noticias falsas con fines de verificación de hechos también parece un uso legítimo. La Directiva de la sociedad de la información y la CDPA del Reino Unido no proporcionan una definición legal de lo que es justo o injusto bajo

propósito no comercial: véase la Sección 29A de la CDPA.

54 Véase el artículo 4 de la Directiva 2019/790.

55 Artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 / CE sobre la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.

56 Section 30(1).

esta excepción. Los tribunales tienen aquí discreción basada en los hechos específicos del caso y el objetivo para el cual se utiliza la obra protegida por derechos de autor. Dicho esto, se puede argumentar que la verificación de hechos de noticias que no se haga con fines meramente comerciales es justa, ya que su único propósito es verificar si la noticia es veraz, brindando así algunos beneficios sociales, culturales o informativos, sin interés económico directo o indirecto. Además, el hecho de que los verificadores puedan reproducir y mostrar las noticias falsas en su totalidad no hace que el uso de la obra protegida por derechos de autor sea injusto, ya que dicho uso es realmente necesario para tal fin. En general, se acepta que, en determinadas circunstancias, es justo reproducir y/o poner a disposición todo el trabajo protegido por derechos de autor a los fines de revisión o de crítica (este suele ser el caso de trabajos visuales, como fotografías o videos) (Bently et al., 2018, p. 247).

La excepción de seguridad pública bajo la Directiva de la sociedad de la información también podría asumir relevancia.⁵⁷ Tal disposición exime el uso de obras protegidas por derechos de autor “con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desempeño o la presentación de informes de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales”. Por lo tanto, se puede notar que los verificadores de hechos usan y reproducen la información en cuestión para perseguir un interés público, es decir, para averiguar si tales hechos son verdaderos o falsos y que, por lo tanto, están exentos de responsabilidad por derechos de autor en virtud de esta excepción. El hecho de que las actividades que tienen como objetivo verificar si una noticia es falsa protejan un interés público está confirmado por una vieja disputa extrajudicial inglesa de 1733, destacada por Will Slauter (2019) en su libro *Who Owns the News? A History of Copyright*. Este autor nos recuerda que en ese momento un periódico satírico de Londres llamado *Grub-Street Journal*, que se burlaba de políticos y redactores de noticias, fue acusado de copiar contenidos de terceros. De hecho, esta revista incorporaba regularmente noticias tomadas de otros periódicos de Londres y el editor buscaba diferentes informes sobre el mismo hecho y luego reproducía breves

57 Véase el artículo 5 (3) (e).

extractos uno al lado del otro, reconociendo la fuente. Al poner lado a lado diferentes versiones de las mismas historias, el *Grub-Street Journal* sacó a la luz las inexactitudes y discrepancias que caracterizaban a la prensa de la época. Al ser acusado de prácticas injustas, el editor de la revista justificó tal comportamiento por motivos de utilidad pública, aclarando que “[nuestro] método de comparar los artículos con los de otro no solo no es pirata, sino extremadamente útil e incluso necesario para acabar con el negocio de las noticias falsas” (Slauter, 2019).⁵⁸

Dicho esto, la jurisprudencia actual de la UE sobre la excepción de seguridad pública puede hacer difícil la aplicación de dicha defensa a los verificadores de hechos. En tal sentido, en *Eva-Maria Painer*⁵⁹ la excepción fue interpretada de manera restrictiva por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En particular, el Tribunal sostuvo que no se puede permitir que las organizaciones privadas (en ese caso, un editor de periódicos) se arroguen la protección de la seguridad pública. Solo las autoridades públicas competentes pueden considerarse adecuadas y responsables de perseguir ese objetivo de interés general, lo que implica que ninguna otra entidad puede decidir de forma autónoma utilizar obras protegidas por derechos de autor invocando la excepción de seguridad pública.⁶⁰ El TJUE reconoció que una entidad privada podría, en ciertos casos, contribuir al cumplimiento de un objetivo de seguridad pública. Sin embargo, dicha iniciativa —explicó el Tribunal— debe tomarse en el marco de una decisión o actuación de las autoridades nacionales competentes para garantizar la seguridad pública, así como a través de un convenio y en coordinación con dichas autoridades, aunque no es necesario basarse en un llamado a la acción específico, actual y expreso por parte de dichas autoridades.⁶¹ De ello se desprende que, a menos que los verificadores de datos operen en cooperación con las autoridades pertinentes (por ejemplo, el poder judicial), como se mencionó, no es posible aplicar esta excepción.

58 *Ibidem*.

59 Case C-145/10 *Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH and Others*, para 88.

60 Párrafos 111 a 112 de la decisión.

61 Párrafo 113 de la decisión.

6. ¿Excluir la elegibilidad de derechos de autor en noticias falsas por motivos de interés público?

Hemos visto que las noticias falsas son, en principio, susceptibles de protección de los derechos de autor y pueden satisfacer los requisitos pertinentes, pero también que ciertos usuarios de noticias falsas, a saber, los verificadores de hechos, pueden eludir la responsabilidad por infracción de derechos de autor basándose en excepciones específicas.

En este apartado se abordará la cuestión de si se pueden negar los derechos de autor a noticias falsas en función de su naturaleza ilegal. El debate sobre si las obras cuyo contenido es ilegal o éticamente inaceptable deben ser protegidas por los derechos de autor no es nuevo. Algunos comentaristas creen que los regímenes de derechos de autor no deberían preocuparse por la naturaleza ilegal/inmoral de las obras, por lo tanto, permanecer “neutrales” (Bonadio y Lucchi, 2018a, p. 418). La principal justificación de este enfoque basado en la neutralidad subyace en la creencia de que actuar como censor excede el mandato de la ley de derechos de autor, además de que no proteger las obras en función de su contenido podría producir un efecto paralizador en la creatividad, sobretodo porque impondría una carga excesiva para quienes deciden qué obras deben obtener protección (Haber, 2018, p. 409).

De hecho, los jueces de varios países han confirmado a menudo que las obras que muestran contenidos ilegales o inmorales merecen protección de los derechos de autor. Por ejemplo, en Italia, un himno fascista,⁶² el libro de Adolf Hitler *Mein Kampf*⁶³ y una parodia obscena⁶⁴ se han considerado sujetos a derechos de autor. Las obras relacionadas con la pornografía, especialmente las películas, también son relevantes ya que tribunales de muchos países, inclui-

62 *Ponti DeLaurentis S.p.A. v. Pellegrino*, Court of Appeal of Rome, 10 October 1957.

63 Court of Bologna (Pretura), 20 April 1971, Civil Justice 1971, 694.

64 *Susanna Tamaro and Soc. Baldini e Castoldi v. Soc. Comix and Soc. P.D.E.*, Court of Milan, 29 January 1996.

dos EE. UU.,⁶⁵ Francia,⁶⁶ Taiwán⁶⁷ e Italia,⁶⁸ han confirmado que tales obras son protegidas por derechos de autor. En cuanto al Reino Unido, la CDPA no excluye explícitamente la protección de obras escandalosas o indecentes. En un caso anterior a la CDPA de 1916, es decir, *Glyn v. Weston Feature Film Company*,⁶⁹ el tribunal se negó a otorgar una orden judicial por infracción de los derechos de autor de la obra dramática del demandante porque el episodio descrito en su

-
- 65 Hay dos asuntos importantes relacionados con la pornografía en EE. UU. que respaldan esta opinión. El primero es *Mitchell Bros. Film Group v. Cinema Adult Theatre* (604 F.2d 852 (5th Cir. 1979), certificado denegado, 445 U.S. 917 (1980)); y el otro es *Jartech v. Clancy*, 666 F.2d 403 (9th Cir. 1982). Ambos asuntos rechazaron la idea de que la obscenidad puede ser una defensa contra la infracción de los derechos de autor. El Quinto Circuito en *Mitchell Bros.* en particular estimó que “aquí ni siquiera hay un indicio en el lenguaje [de la Ley de Derechos de Autor] de que la naturaleza obscena de una obra la convierte en un ‘escrito’ menos protegido por derechos de autor. No existe otro lenguaje legal del que se pueda inferir que el Congreso tenía la intención de que los materiales obscenos no tuvieran derechos de autor. [...] La historia de las restricciones de los derechos de autor basadas en el contenido [...] sugiere que la ausencia de tales limitaciones en la Ley de Derechos de Autor [...] es el resultado de una elección política intencional y no simplemente una omisión”. Sin embargo, en un caso posterior, *Devils Films Inc. V. Nectar Video*, 29 F. Supp. 2d 174 (S.D.N.Y.1998), el tribunal se negó a seguir a *Mitchell Bros.* y no otorgó una orden judicial o una orden de embargo en relación con películas consideradas obscenas. Lo hizo apoyándose en la doctrina de las “manos inmundas” (sobre la cual ver también más abajo nota 147). Este hallazgo probablemente se deba al hecho de que el acusado había distribuido ilegalmente las películas obscenas a través del comercio interestatal, haciendo que todo el comportamiento no solo fuera inmoral, sino también ilegal (lo que lo distingue de *Mitchell*). El principio de *Mitchell Bros* se restableció posteriormente en *Nova Prods., Inc. v. Kisma Video, Inc.*, Nos. 02 Civ. 3850 (HB), 02 de lo civil. 6277 (HB), 03 de lo civil. 3379 (HB), 2004 WL 2754685, en * 3 (S.D.N.Y. 1 de diciembre de 2004).
- 66 *Dauphin Pirate* case (TGI de Lyon, ch. 10 cab. 10 J, decision of 7 February 2017).
- 67 Sentencia penal 101 Xing-Zhi-Shang-Yi-Zi No. 74 (2012) del Tribunal de Propiedad Intelectual de Taiwán. Para un análisis del caso, véase Ping-Hsun (2014).
- 68 *Imp. Valerio Basaglia*, Italian Supreme Court, 2 June 1995 n. 908.
- 69 *Glyn v. Weston Feature Film* [1916] 1 Ch. 261, 261.

novela que había sido supuestamente pirateada por los acusados era, en opinión del Tribunal, tremendamente inmoral en su esencia, en su tratamiento y en su tendencia. Sin embargo, el tribunal también reconoció incidentalmente que las obras potencialmente obscenas podrían estar amparadas bajo ciertas circunstancias. Por otra parte, podría decirse que desde entonces las normas sociales han cambiado sustancialmente y la inmoralidad a través de actos sexuales no se considera del todo buena o mala, particularmente en un medio más basado en el entretenimiento, como la pornografía.

Que los derechos de autor deban ser neutrales con respecto al contenido de la obra también fue confirmado por la decisión de un Panel de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en la disputa entre Estados Unidos y China sobre la aplicación de los derechos de la propiedad intelectual (PI),⁷⁰ que concluyó que la denegación de la protección de derechos de autor por parte de China en relación con obras que no cumplen con lo establecido en las normas de “revisión del contenido” de dicho país no se ajustan al Acuerdo sobre los ADPIC. El Panel, en particular, sostuvo que los derechos de autor y la censura del Gobierno abordan diferentes derechos e intereses, y que mientras que los derechos de autor protegen los derechos privados, la censura del Gobierno se ocupa del interés público. Por lo tanto, las disposiciones sobre la censura –señaló además el Panel– no pueden eliminar los derechos que son inherentes a una obra protegida por derechos de autor.

Entonces ¿qué ocurre con las noticias falsas? Si seguimos plenamente el enfoque de “neutralidad” de los derechos de autor, llegaríamos a la conclusión de que dichas noticias deberían considerarse protegidas por derechos de autor a pesar de que tienen el objetivo (y son capaces) de engañar a muchas personas. ¿Es así? ¿Debería la ley de derechos de autor hacer la vista gorda ante los riesgos que plantea este fenómeno y permitir que los creadores de este tipo de contenido recurran a sus derechos sustantivos y de ejecución para maximizar las ganancias? Creemos que esto no debería ser de este modo, ya que los peligros que surgen de las noticias falsas son mayores que los derivados, por

70 WTO case DS362 China — Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, report of 26 January 2009.

ejemplo, de un libro que se basa en hechos falsos (como en *Nash v. CBS*) o una película pornográfica (Snow, 2015). En tal sentido, como hemos visto, las *fake news* se producen a menudo con el propósito de alterar el discurso político y social, por ejemplo, desacreditando a una figura pública o a un movimiento político. Es suficiente considerar la información falsa sobre la fotografía modificada digitalmente de Angela Merkel: millones de usuarios de las redes sociales creyeron que Arabia Saudita TV había efectivamente censurado la imagen de la líder alemana con la cabeza descubierta, contribuyendo así a dar lugar o a fortalecer un sentimiento antiárabe y antimusulmán. Esto es más peligroso que publicar y distribuir libros que se basan en hechos falsos, ya que en este último caso los lectores de dichos libros optan por comprar el producto como tal, que, por lo tanto, no se les impone. Lo mismo ocurre con el contenido escandaloso o éticamente controvertido, como las obras pornográficas, que son solicitadas activamente por lectores y espectadores. Las noticias falsas modernas son diferentes. Los artículos falsos, así como las imágenes y los videos falsos, manipulados o engañosos pueden llegar fácil y rápidamente a millones de personas a través de las redes sociales, exponiéndolas de manera pasiva a hechos falsos y/o distorsionados con consecuencias y repercusiones que son potencialmente de amplio alcance y extremadamente dañinas. La alarma social de las noticias falsas tiene sus raíces en su naturaleza inherente: es decir, que se muestra y se presenta no ya como una ficción, sino como hechos verdaderos con el objetivo de engañar a las personas e impulsarlas a confiar en dicha información falsa. Los efectos negativos de esta distorsión de la verdad pueden verse amplificados por los medios tradicionales que recogen las noticias falsas. Esto sucedió con el video que afirmaba que habían aparecido delfines en las aguas de Venecia: el video manipulado fue recogido por varios medios de comunicación, magnificando así su impacto.

La académica estadounidense Cathay Smith (2019) sugirió que a las noticias falsas se les debe negar los derechos de autor por estos motivos. Asimismo, señala que “los hechos que engañan son dañinos para la sociedad porque distorsionan la historia, dan forma falsa a nuestra visión de la sociedad y proporcionan información errónea para la posteridad” (p. 237).

Por lo tanto, la protección de los derechos de autor debe recha-

zarse —argumenta Smith (2019, p. 242)—, ya que en estos casos prevalece el interés público en promover la eficiencia, la equidad y la realización de obras socialmente valiosas. Más específicamente propone aplicar la doctrina de impedimento fáctico con el fin de excluir la protección de hechos falsos, y lo hace poniendo de relieve una serie de casos jurisprudenciales estadounidenses que se han basado explícita o implícitamente en esa doctrina⁷¹ (en las jurisdicciones de derecho común, el *estoppel* es una doctrina que se invoca en algunas circunstancias para evitar que una persona se base en ciertos derechos o algunos hechos que son diferentes de los hechos anteriores). Smith (2019) también plantea cuestiones económicas, señalando que “los autores de hechos falsos no deberían poder beneficiarse de su engaño” (p. 227). De hecho, como hemos visto, las noticias falsas se crean a menudo para atraer clics y así aumentar las ganancias, incluso cuando no hay intención de contaminar el discurso político (el video de los delfines de Venecia pertenece a esta categoría).

Una de las decisiones anteriormente citadas relacionada con las

71 Véase, entre otros, *Oxford Book Co. v. Coll. Entrance Book Co.*, 98 F.2d 688, 691 (2d Cir. 1938) (sostiene que “los hechos históricos no son derechos de autor per se ni son errores de hecho”); *Mosley contra Follett*, núm. 80 de lo civil. 5628, 1980 WL 1171, en 1, 3 (SDNY, 5 de noviembre de 1980) (concluyendo que el acusado se había basado razonablemente en las declaraciones del autor de que la obra no era ficticia, y se centró en tal confianza y finalmente considerándola razonable debido a la categorización del trabajo del autor por la Biblioteca del Congreso como no ficción y al tratamiento del trabajo por parte de los revisores como no ficción); *Marshall v. Yates*, No. CV-81-1850-MML, 1983 WL 1148, en 2 (C.D. Cal. 26 de octubre de 1983) (adoptando nuevamente el requisito de confianza razonable para el impedimento fáctico). Smith (2019) también cita casos que rechazaron explícitamente el requisito de que el acusado debe demostrar confianza, sosteniendo en cambio que dicha confianza no es concluyente cuando se trata de aplicar la doctrina de impedimento fáctico: ver *Arica Inst., Inc. v. Palmer*, 970 F.2d 1067, 1069 (2ª Cir. 1992); *Houts contra Universal City Studios, Inc.*, 603 F. Supp. 26, 31 (C.D. Cal. 1984); y casos que se han negado a aplicar o rechazado esta doctrina: *De Acosta v. Brown*, 146 F.2d 408, 409 (2d Cir. 1944); *Penguin Books U.S.A., Inc. contra New Christian Church of Full Endeavour, Ltd.*, No. 96 CIV. 4126 (RWS), 2000 WL 1028634, en 3 (S.D.N.Y. 25 de julio de 2000); *Gerald Brittle contra Warner Bros. Entm't, Inc.*, No. 3: 16-cv-00908-JAG (E.D. Va., 28 de agosto de 2017).

noticias que ha recurrido a la doctrina de *estoppel* fáctico, es decir, *Davies v. Bowes* (1913),⁷² también enfatizó el elemento económico dentro del análisis de la injusticia. En esa antigua disputa, un escritor del periódico neoyorquino *The Sun* había publicado una historia ficticia sobre la escena de un tribunal que pretendía ser un “drama de la vida real” en un pequeño pueblo de Massachusetts. Sin embargo, la historia se había presentado como si fuera un informe periodístico de un hecho real. Otro autor creyó que el relato era cierto y lo utilizó como base para una obra de teatro llamada *Kindling*. El primer escritor lo demandó, argumentando que la obra constituía una violación de su derecho a dramatizar la obra. El juez Hough no concedió la orden judicial porque consideró que presentar una ficción como noticia y beneficiarse de la adaptación de su historia por parte del acusado era inmoral. En particular, en la sentencia señaló:

es una cuestión de moral que quien presente una cosa como verdad no será escuchado alegar con fines de lucro que es ficción. [...] Porque la historia se difundió como noticia; se presentó al público como un hecho y no como una ficción; los lectores de *The Sun* fueron invitados a creerla. (Slauter, 2019, p. 243)

La inmoralidad inherente a la explotación de las noticias falsas también podría ser útil a los fines de invocar la doctrina de las “manos inmundas”. Se trata de una defensa equitativa típica de jurisdicciones de *common law* –como la estadounidense–, en la que el demandado alega que el demandante no debe obtener reparación y/o beneficio cuando este último ha actuado de forma poco ética, de mala fe o de todos modos ha llevado a cabo una actividad ilegal.⁷³ Esta podría ser

72 *Davies v. Bowes*, 209 F.53, 55 (SDNY 1913) (señalando también que el periodista que había realizado la noticia falsa publicó su artículo como tal y los acusados se basaron en dicho artículo en su carácter de noticia; y concluyó que el periodista fue excluido de hecho argumentando que sus noticias merecían el tipo de *copyright* que la ficción generalmente atrae).

73 La doctrina tiene sus raíces en la historia. En el antiguo asunto *Reino Unido Holman v. Johnson* (1775) 1 Cowp 341, un caso de derecho contractual inglés que se centra en los principios subyacentes a las transacciones ilegales, lord Mansfield señaló: “Ningún tribunal prestará su ayuda a un hombre que

otra vía legal para evitar que los creadores de noticias falsas se beneficien efectivamente de los derechos de autor y, en primer lugar, gocen de un incentivo para elaborarlas y/o distribuirlas. Del mismo modo, la CDPa del Reino Unido podría servir en caso de que una disputa sobre la protección de los derechos de autor de las noticias falsas llegara a un tribunal británico: la sección 171 (3) establece que ninguna disposición de derechos de autor en ese estatuto afectará “cualquier estado de derecho que impida o restrinja la aplicación de los derechos de autor, por motivos de interés público”.⁷⁴ Por lo tanto, esta disposición no establece que la materia controvertida no sea susceptible de derechos de autor por motivos de política pública (Laddie et al., 2018, § 21-20). En cambio, contiene un *saving* con respecto a cualquier estado de derecho que impida o restrinja el cumplimiento de los derechos de autor si esto es necesario para proteger un interés público. En el asunto *Reino Unido Hyde Park Residence Ltd. v. Yelland* se sostuvo que el objetivo de esta disposición es permitir que los tribunales no hagan cumplir ningún derecho de autor cuando la obra sea perjudicial para la vida pública.⁷⁵ Entonces se puede cuestionar: ¿qué es más “perjudicial” que contaminar el discurso político mediante la difusión de noticias falsas y/o la extracción de beneficios de dicha actividad?

funda su causa en un acto inmoral o ilegal. Si de la propia declaración del demandante o de otra forma, la causa de la acción parece surgir *ex turpi causa*, o de la transgresión de una ley positiva de este país, en tal caso el tribunal sostiene que el demandante no tiene derecho a ser asistido”. En esta dirección va el tribunal; no por el bien del demandado, sino porque no prestarán su ayuda a tal demandante. Además, en otro asunto más reciente, *Euro-Diam Ltd. v. Bathurst* [1988] 2 All ER 23, 27-28, un caso inglés relacionado con la indemnización derivada de un contrato de seguro, señaló que el principio *ex turpi causa* “se aplica si, en todas las circunstancias, sería una afrenta a la conciencia pública otorgar al demandante la reparación solicitada/demandada porque implicaría que el tribunal favorece o alienta al demandante en su conducta ilegal o bien alentaría otros a cometer actos similares”.

74 Sec. 171(3) CDPa. La excepción a la infracción de derechos de autor por interés público se aceptó en *Ashdown v. Telegraph Group Ltd.* [2001] EWCA Civ 1142. Si bien tal defensa no ha sobrevivido a las decisiones del TJUE en *Spiegel Online* (C-516/17) y *Funko Medien* (C-469/17), después del Brexit podría volver a asumir relevancia.

75 *Hyde Park Residence Ltd. v. Yelland* [2000] 3 W.L.R. 215 [2001] Ch. 143.

Los argumentos anteriores parecen sólidos. Después de todo, muchos estarían de acuerdo con que ninguna ley debería proteger los intereses de los creadores de obras que unánimemente se consideren perjudiciales para la sociedad. Los actos ilegales que son particularmente graves y/u odiosos (no solo noticias falsas, sino también pornografía infantil, por ejemplo) no deben ser recompensados por los regímenes de derechos de autor.⁷⁶ Como se ha señalado, estas obras son (socialmente) indeseables, por lo que otorgarles protección contribuiría a crear una injusticia social y podría percibirse como una especie de aprobación gubernamental de un acto ilegal y/o aborrecible en su esencia (Haber, 2018, p. 410). Un modo en el que estos actos ilegales o inaceptables podrían desalentarse es exactamente bloquear cualquier posible incentivo legal dado por la ley de derechos de autor, particularmente la perspectiva de maximizar las ganancias.

La principal objeción a este punto consiste en que negarse a otorgar derechos de autor a las noticias falsas o dejar sin efecto dichos derechos aumentaría potencialmente su difusión. En ausencia de derechos de autor, sostiene este argumento, la noticia podría ser reproducida libremente, incluso textualmente, y puesta a disposición del público por los medios de comunicación y/o por cualquier otra persona interesada en difundirla sin temor a incurrir en responsabilidad por infracción de derechos de autor, lo que en definitiva amplificaría en vez de neutralizar los efectos negativos producidos por este fenómeno.

Sin embargo, existen respuestas válidas a esta objeción. Como se mencionó anteriormente, debido a que los creadores de noticias falsas a menudo pueden verse incentivados por la perspectiva de lucro (que los derechos de autor les permiten maximizar), sustrayendo la protección autoral a las noticias falsas, puede –simétricamente– contribuir a desalentar su elaboración y/o difusión. Si bien aún no hay constancia de casos en los que los creadores de noticias falsas hayan

76 No se trata de actividades ilegales menos graves como el arte callejero o el grafiti no autorizado. En otras publicaciones, uno de los autores del presente artículo argumentó que el hecho de que tales obras de arte se creen sin la autorización del propietario del soporte tangible (por ejemplo, un muro) no debería ser concluyente cuando se trata de la subsistencia de los derechos de autor (Bonadio, 2019).

invocado explícitamente los derechos de autor para maximizar sus ganancias (por ejemplo, a través de licencias), no se puede descartar que una de las razones que conducen a estos creadores a elaborar tales noticias provenga de ser conscientes de que los derechos de autor subsisten y que podrían ser explotados si surgiera la necesidad. Por tanto, excluir la protección de derechos de autor puede favorecer la lucha contra la difusión de noticias falsas. También se podría argumentar que negar los derechos de autor no tendría el efecto de aumentar la circulación de noticias falsas; esto se debe a que pueden aplicarse otras restricciones (como las que surgen de las recientes leyes contra las noticias falsas) que también tienen como objetivo desalentar dicha difusión. Esto no implica asumir que no garantizar los derechos de autor sería inútil, sino más bien todo lo contrario. Un régimen que combine la ausencia de derechos de autor y la presencia de reglas que combatan las noticias falsas tendría más posibilidades de reducir la cantidad de información falsa que inunda regularmente la web y llega a las redes sociales.

7. Observaciones finales

Las *fake news* son un fenómeno preocupante y su impacto negativo en la sociedad es innegable. Los Gobiernos están comenzando a reaccionar, pero es posible que sean necesarias medidas adicionales para abordar y finalmente derrotar este fenómeno, incluso cuando tales medidas puedan interferir con el derecho a la libre expresión. Como se ha podido observar, es más probable que tales medidas/iniciativas se materialicen en Europa que en los EE. UU.

Las formas expresivas que toman las noticias falsas, incluidos artículos de revistas, fotografías y videos, constituyen en principio un contenido sujeto a derechos de autor y, con frecuencia, pueden satisfacer los requisitos de protección, es decir, originalidad y fijación (cuando sea relevante). Los tres ejemplos analizados, es decir, el artículo que afirma que el papa Francisco apoyó a Donald Trump, la fotografía modificada digitalmente de Angela Merkel y el video manipulado que muestra delfines en Venecia son solo algunos ejemplos de los muchos tipos de noticias falsas que pueden ser susceptibles de derechos de autor y que cumplen con los requisitos de protección pertinentes.

Si bien no existen constancias de casos en los que el creador de una noticia falsa se haya basado en los derechos de autor, por ejemplo, para oponerse a su explotación, no se puede descartar que ya haya habido objeciones basadas en derechos de autor (que no han llegado a los tribunales y, por lo tanto, han permanecido confidenciales), posiblemente con el objetivo de salvaguardar los beneficios económicos que tales noticias pueden generar. Por ello es que la ardua discusión esbozada en este artículo no es meramente académica y de allí que la decisión de no proteger las noticias falsas a través de los derechos de autor, que podrían tomar la legislatura o incluso los tribunales mientras desarrollan su jurisprudencia (especialmente en las jurisdicciones de derecho anglosajón), puede tener un efecto disuasorio. Si quien elabora noticias falsas es consciente de que no puede invocar el derecho de autor de ninguna manera, es posible que esté menos inclinado a realizarlas y/o difundirlas. Cabe recordar que los realizadores de contenido falso suelen estar motivados por incentivos económicos (Kshetri y Voas, 2017). El contenido que se vuelve viral en las plataformas de redes sociales puede generar ingresos significativos de publicidad cuando los usuarios hacen clic y acceden a dicho contenido. En un esfuerzo por mitigar eficazmente este fenómeno, la negación de los derechos de autor puede contribuir a romper el círculo de transmisión de este tipo de información y el modelo de negocio en el que se basa. En otras palabras, la ausencia de exclusividad de derechos de autor puede tener el efecto de desalentar la creación y difusión de noticias falsas, ya que erosionaría el incentivo financiero subyacente (Snow 2015). Como se ha señalado, “si la obra no goza de protección es más difícil cosechar recompensas por su distribución, lo que significa que es probable que se distribuya menos” (Siebrasse, 2001).

Rechazar la protección de los derechos de autor con respecto a noticias falsas también estaría en sintonía con la teoría utilitaria de la propiedad intelectual, que, como es sabido, es popular en los EE. UU. y está consagrada en su Constitución: la sección 1 (8) dice que la protección de la propiedad intelectual es necesaria para “*Promover el progreso de la ciencia y las artes útiles*”.⁷⁷ Este principio también ha

77 Énfasis agregado.

caracterizado la ley de derechos de autor del Reino Unido durante siglos. El Estatuto de Ana de 1710 (la primera ley de derechos de autor en el mundo) se tituló “*Una ley para el fomento del aprendizaje*”.⁷⁸ Pero ¿“promover” y “alentar” las noticias falsas es a lo que deberían aspirar las leyes de derechos de autor? La respuesta es ciertamente “no”. Las jurisdicciones que no adoptan explícitamente las teorías utilitarias de la propiedad intelectual, pero que siguen predominantemente un enfoque basado en los derechos naturales (como los países de Europa continental), también podrían justificar la decisión de excluir la protección de los derechos de autor en relación con noticias falsas. En estos casos, la exclusión podría fundarse en los motivos relacionados con la equidad. Después de todo, ¿cómo podría uno razonablemente afirmar que las leyes de derechos de autor deberían proteger el derecho “natural” a engañar a la gente y beneficiarse económicamente de tal engaño?

Las noticias falsas no benefician a la sociedad. La dañan y la perjudican, socavando el tejido social y político que une a las personas o a las organizaciones que estas forman. Negar explícitamente los derechos de autor en noticias falsas contribuiría a desalentar comportamientos que, a pesar de ser creativos y a veces muy originales, son dañinos y no contribuyen a la sociedad. Esto se lograría eliminando cualquier incentivo económico y/o reafirmando principios de equidad y de sentido común. En caso de que se reconozca la existencia de derechos de autor con respecto a noticias falsas, las excepciones, incluidas algunas de las defensas destacadas en este artículo, podrían (y deberían) estar disponibles para entidades e individuos que realicen tareas de verificación de hechos.

Bibliografía

Al-Ash, H. S. y Wibowo, W. C. (2018). *Fake News Identification Characteristics Using Named Entity Recognition and Phrase Detection*. 10th International Conference on Information Technology and Electrical Engineering (ICITEE). pp. 12-17

78 Énfasis agregado.

- Alemanno, A. (2018). How to Counter Fake News? A Taxonomy of Anti-fake News Approaches. *European Journal of Risk Regulation*, 9(01), 1-5.
- Allcott, H. y Gentzkow, M. (2017). Social Media and Fake News in the 2016 Election. *Journal of Economic Perspectives*, 31(2), 211-236.
- Alvi, R (2020). Dolphins Return To Venice Canal As Pollution Drops Amid Lockdown. *Gonewsindia*. <https://www.gonewsindia.com/latest-videos/international/swans-dolphins-return-to-venice-canal-as-pollution-drops-amid-lockdown-10772>.
- Balganesh, S. (2011). “Hot News”: The Enduring Myth of Property in NewsColumbia. *Law Review*, (111), 419-497.
- Bartlett, E. (16 de julio de 2020). No, Saudi State Television Did Not Blur out Angela Merkel’s Hair. *Inews.co.uk*. <https://inews.co.uk/news/world/angela-merkel-hair-saudi-arabia-6306>.
- Bently, L. (2016). Response to Article 11 of the Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Modernising the European Copyright Framework. <https://www.cipil.law.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.cipil.law.cam.ac.uk/documents/ipomodernisingipprofresponsepresspublishers.pdf>.
- Bently, L., Sherman, B., Gangjee, D. y Johnson, P. (2018). *Intellectual property law*. Oxford University Press.
- Bonadio, E. (2019). *The Cambridge Handbook of Copyright in Street Art and Graffiti (Cambridge Law Handbooks)*. Cambridge University Press.
- Bonadio, E. y Lucchi, N. (2018a). Copyright and Pornography. En Bonadio, E. y Lucchi, N. (Eds.), *Non-conventional copyright: do new and atypical works deserve protection?* (pp. 418-431). Edward Elgar Publishing.
- Bonadio, E. y Lucchi, N. (2018b). *Non-conventional copyright: do new and atypical works deserve protection?* Edward Elgar Publishing.
- Boyle, J. (2008). *The public domain : enclosing the commons of the mind*. Yale University Press.
- Braun, J. A. y Eklund, J. L. (2019). Fake News, Real Money: Ad Tech Platforms, Profit-Driven Hoaxes, and the Business of Journalism. *Digital Journalism*, 7(1), 1-21.
- Cao, J., Qi, P., Sheng, Q., Yang, T., Guo, J. y Li, J. (2020). Exploring the Role of Visual Content in Fake News Detection. En Shu, K., Wang, S., Lee, D. y Liu, H. (Eds.), *Disinformation, misinformation, and fake news in social media: emerging research challenges and opportunities*. Springer.
- Castells, M. (2010). *The Power of Identity* (2ª ed.). Wiley-Blackwell.
- Chen, Y., Rubin, V. L. y Conroy, N. (2015). *Towards News Verification: Deception Detection Methods for News Discourse*. HICSS2015. <https://ir.lib.uwo.ca/fimsPRES/46>
- Chiou, L. y Tucker, C. E. (2018). Fake News and Advertising on Social Media: A Study of the Anti-Vaccination Movement. SSRN Electronic Journal.
- Christian, B. (2020). Dolphins and Swans Appear in Venice Canals a Week after City Locks Down to Prevent Coronavirus Spread. *MSN News*. <https://>

- www.msn.com/en-nz/news/coronavirus/dolphins-and-swans-appear-in-venice-canals-a-week-after-city-locks-down-to-prevent-coronavirus-spread/ar-BB11oWGo?li=BBqdg4K.
- Cómo funciona el programa de verificación de datos independiente de Facebook.* (1 de junio de 2021). Meta Journalism Project. <https://www.facebook.com/journalismproject/programs/third-party-fact-checking/how-it-works>.
- Conroy, N. J., Rubin, V. L. y Chen, Y. (2015). Automatic deception detection: Methods for finding fake news. *Proceedings of the Association for Information Science and Technology*, 52(1), 1-4.
- Copyright Alliance (2017). Is Fake News Protected By Copyright. <https://copyrightalliance.org/education/qa-headlines/is-fake-news-protected-by-copyright/>.
- Couch, C. J. (1990). Mass communications and state structures. *The Social Science Journal*, 27(2), 111-128.
- Daly, N. (20 de marzo de 2020). Bogus stories of wild animals flourishing in quarantined cities gives false hope—and viral fame. *National Geographic*. <https://www.nationalgeographic.co.uk/animals/2020/03/fake-animal-news-abounds-social-media-coronavirus-upends-life>.
- Digital Shadows (2017). *The Business of Disinformation: A Taxonomy*. <http://info.digitalshadows.com/rs/457-XEY-671/images/DigitalShadows-TheBusinessof-DisinformationFakeNews.pdf>.
- European Commission (2018). *A multi-dimensional approach to disinformation. Report of the independent High Level Group on fake news and online disinformation.* <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6ef4df8b-4cea-11e8-be1d-01aa75ed71a1>.
- European Commission & High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy. (2018). *Joint Communication to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Action Plan against Disinformation.* Brussels, 5.12.2018 JOIN(2018). 36 final.
- Figueira, L. y Oliveira, L. (2017). The current state of fake news: challenges and opportunities. *Procedia Computer Science*, 121, 817-825.
- Flauss, J. F. (2009). The European Court of Human Rights and the freedom of expression. *Indiana Law Journal*, (84), 809-849.
- Gillespie, T. (2020). Platforms Throw Content Moderation at Every Problem. En Zimdars, M. y McLeod, K. (Eds), *Fake News: Mis/Disinformation in a Digital Age* (pp. 329-339). MIT Press.
- Graves, L. (2018). Understanding the Promise and Limits of Automated Fact-Checking. <https://agency.reuters.com/content/dam/openweb/documents/pdf/news-agency/report/reuters-institute-graves-factsheet-180228.pdf>.
- Gu, L., Kropotov, V., Yarochkin, F., Leopando, J. y Estialbo, J. (2017). *Fake News and Cyber Propaganda: The Use and Abuse of Social Media*. Trendmicro. <https://www.trendmicro.com/vinfo/us/security/news/cybercrime-and-digital-threats/fake-news-cyber-propaganda-the-abuse-of-social-media>.

- Gulzar, F. (19 de marzo de 2020). *Italy: Dolphins return to Venice's canals as public under coronavirus lockdown*. Gulf News. <https://gulfnews.com/world/europe/italy-dolphins-return-to-venices-canals-as-public-under-coronavirus-lockdown-1.1584624481080>.
- Haber, E. (2018). Copyright Protection of Illegal Works. En Bonadio, E. y Lucchi, N. (Eds.), *Non-conventional copyright: do new and atypical workers deserve protection?* (pp. 401-417). Edward Elgar Publishing.
- Haenschen, K. y Ellenbogen, P. (14 de diciembre de 2016). *Disrupting The Business Model of the Fake News Industry*. Freedom to Tinker. <https://freedom-to-tinker.com/2016/12/14/disrupting-the-business-model-of-the-fake-news-industry/>.
- Holroyd, M. (7 de septiembre de 2020). Debunked: Video does NOT show dolphins in Venice's canals. *Euronews*. <https://www.euronews.com/2020/03/20/debunked-video-does-not-show-dolphins-in-venice-s-canals-thecube>
- House of Commons. (2018). *Disinformation and "fake news": Interim Report*. Fifth Report of Session 2017-19. Report, together with formal minutes relating to the report. <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/363/363.pdf>.
- Humphrey, J. (2017). The Plague of Fake News and the Intersection with Trademark Law. *Cybaris An Intellectual Property Law Review*, (8), 127-154.
- Karadzhev, G. (1 de octubre de 2017). *Fully Automated Fact Checking Using External Sources*. ArXiv.Org. <https://arxiv.org/abs/1710.00341>.
- Karapapa, S. (2018). The Press Publishers' Right in the European Union: An Overreaching Proposal and the Future of News Online. En Bonadio, E. y Lucchi, N. (Eds.), *Non-conventional copyright: do new and atypical works deserve protection?* (pp. 316-339). Edward Elgar Publishing.
- Kertysova, K. (2019). Artificial Intelligence and Disinformation. *Security and Human Rights*, 29(1-4), 55-81.
- Kshetri, N. y Voas, J. (2017). The Economics of "Fake News." *IT Professional*, 19(6), 8-12. <https://doi.org/10.1109/mitp.2017.4241459>.
- Laddie, Prescott y Vitoria. (2018). *The modern law of copyright*. Lexisnexis.
- Lavi, M. (2017). Taking Out of Context. *Harvard Journal of Law and Technology*, (31), 146-190.
- Lewis, T. (2020). Nine COVID-19 Myths That Just Won't Go Away. *Scientific American*. <https://www.scientificamerican.com/article/nine-covid-19-myths-that-just-wont-go-away>.
- Lim, D. (2019). AI & IP: Innovation & Creativity in an Age of Accelerated Change. *Akron Law Review*, (52), 814-872.
- Mallonee, L. (12 de diciembre de 2016). *How Photos Fuel the Spread of Fake News*. Wired. <https://www.wired.com/2016/12/photos-fuel-spread-fake-news/>.
- Ohlheiser, A. (18 de noviembre de 2016). This is how Facebook's fake-news writers make money. *Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2016/11/18/this-is-how-the-internets-fake-news-writers-make-money/>.

- Pickard, V. (2020). Confronting the Misinformation Society: Facebook's "Fake News" is a Symptom of Unaccountable Monopoly Power. En McLeod, K. y Zimdars, M. (Eds.), *Fake News: Understanding Media and Misinformation in the Digital Age* (pp. 123-132). The MIT Press.
- Ping-Hsun, C. (2014). Choice of law—An Unresolved Question in the First Adult Video Copyright Case of the Taiwan Intellectual Property Court, NTUT. *Journal of Intellectual Property Law & Management*, 3(1), 56-71.
- Pitruzzella, G. y Pollicino, O. (2020). *Disinformation and Hate Speech: A European Constitutional Perspective*. EGEA Spa - Bocconi University Press.
- Rahmatian, A. (2013). Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine Under Pressure. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 44(1), 4-34.
- Reddy, H., Raj, N., Gala, M. y Basava, A. (2020). Text-mining-based Fake News Detection Using Ensemble Methods. *International Journal of Automation and Computing*, (17), 210-221.
- Rosati, E. (2019). Copyright as an obstacle or an enabler? A European perspective on text and data mining and its role in the development of AI creativity. *Asia Pacific Law Review*, 27(2), 198-217.
- Sanders, A. K. y Jones, R. L. (2018). Clicks at Any Cost: Why Regulation Won't Upend the Economics of Fake News. *Business, Entrepreneurship & Tax Law Review*, 2(2), 339-358.
- Schulte, S. R. (2020). Fixing Fake News: Self-Regulation and Technological Solutionism. En McLeod, K. y Zimdars, M. (Eds.), *Fake News: Understanding Media and Misinformation in the Digital Age* (pp. 133-144). The MIT Press.
- Scott, M (27 de marzo de 2018). *Cambridge Analytica helped "cheat" Brexit vote and US election, claims whistleblower*. POLITICO. <https://www.politico.eu/article/cambridge-analytica-chris-wylie-brexit-trump-britain-data-protection-privacy-facebook>.
- Sharma, K., Qian, F., Jiang, H., Ruchansky, N., Zhang, M. y Liu, Y. (2019). Combating Fake News. *ACM Transactions on Intelligent Systems and Technology*, 10(3), 1-42.
- Shu, K., Sliva, A., Wang, S., Tang, J. y Liu, H. (2017). Fake News Detection on Social Media. *ACM SIGKDD Explorations Newsletter*, 19(1), 22-36.
- Shu, K., Wang, S., Lee, D. y Liu, H. (Eds.). (2020). *Disinformation, misinformation, and fake news in social media: emerging research challenges and opportunities*. Springer.
- Siebrasse, N. (2001). A Property Rights Theory of the Limits of Copyright. *The University Of Toronto Law Journal*, (51), 1-61.
- Size, R. (2020). Publishing Fake News For Profit Should Be Prosecuted As Wire Fraud. *Santa Clara Law Review*, (60), 30-99.
- Slauter, W. (2019). *Who Owns the News?: A History of Copyright* (1ª ed.). Stanford University Press.
- Smith, C. Y. N. (2019). Truth, Lies, and Copyright. *Nevada Law Journal*, (20), 202-222.

- Snow, N. (2015). Content-Based Copyright Denial. *Indiana Law Journal*, (90), 1474-1523.
- Sobel, B. (2017). Artificial Intelligence's Fair Use Crisis. *Columbia Journal of Law and the Arts*, 41, 45-97.
- Solon, O. (12 de febrero de 2016). Facebook won't block fake news posts because it has no incentive, experts say. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/technology/2016/nov/15/facebook-fake-news-us-election-trump-clinton>.
- Tandoc (Jr.), E. C., Lim, Z. W. y Ling, R. (2018). Defining "fake news" A typology of scholarly definitions. *Digital Journalism*, 6(2), 137-153.
- Thorne J. y Vlacos A. (2018). Automated Fact Checking: Task formulations, methods and future direction. *Proceedings of the 27th International Conference on Computational Linguistics* (pp. 3346-3359).
- Timmer, J. (2017). Fighting falsity: Fake news, Facebook, and the first amendment. *Cardozo Arts & Entertainment*, (35), 669-705.
- Tynan, D. (24 de agosto de 2016). How Facebook powers money machines for obscure political "news" sites. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/technology/2016/aug/24/facebook-clickbait-political-news-sites-us-election-trump>.
- Vlachos A. y Riedel, S. (2014). Fact checking: Task definition and dataset construction. *Proceedings of the ACL 2014 Workshop on Language Technologies and Computational Social Science* (pp. 18-22).
- Voorhoof, D. (2009). Freedom of Expression under the European Human Rights System. *Inter-American and European Human Rights Journal*, (2), 3-48.
- Zannettou, S., Sirivianos, M., Blackburn, J. y Kourtellis, N. (2019). The Web of False Information. *Journal of Data and Information Quality*, 11(3), 1-37.

Instantáneas sobre el derecho a la propia imagen. Un análisis de la legislación y jurisprudencia actual y el derecho comparado

* * * *

Santiago Durañona

Profesional independiente en Estudio Ojam Bullrich Flanzbaum

sduranona@ojambf.com

Mariano Peruzzotti

Profesional independiente en Estudio Ojam Bullrich Flanzbaum

mperuzzotti@ojambf.com

Recibido: 29 de octubre de 2021

Aceptado: 23 de noviembre de 2021

Resumen

En el presente artículo se aborda el análisis del derecho a la imagen, considerando a tal efecto su evolución en diversos sistemas jurídicos para llegar a su actual concepción. Para ello, se toman en cuenta los caracteres, la legislación y la jurisprudencia. Principalmente, se toma como referencia el caso en la Argentina y luego se desarrolla su tutela en el derecho comparado, específicamente Estados Unidos, España y Portugal. Como se podrá observar a lo largo del trabajo, dependiendo del territorio en cuestión, el derecho a la imagen cuenta con diferente alcance y protección. A pesar de ello, corresponde destacar que ciertos elementos son comunes y se reiteran en una gran cantidad de jurisdicciones. En este sentido, las definiciones del derecho bajo estudio se fueron modernizando a lo largo del tiempo, adaptándose a los escenarios cambiantes que se han ido presentando. Vale señalar que el desarrollo de la tecnología ha tenido un impacto sustancial en este derecho, en especial por la proliferación de dispositivos accesibles al público que permiten la captación instantánea de imágenes que, a su vez, pueden ser reprodu-

cidas inmediatamente y difundidas en forma masiva a cualquier parte del mundo. Ello ha dado surgimiento a un derecho que, como tantos otros, requiere de una regulación dinámica y adaptable a cada época.

Palabras clave: derecho a la imagen, derechos personalísimos, Argentina, derecho comparado, Estados Unidos, España, Portugal.

Snapshots on the Right to One's Own Image. An Analysis of Current Legislation, Caselaw and Comparative Law

Abstract

This article deals with the analysis of the right to the image, considering for this purpose its evolution in different legal systems to reach its current conception. To this end, the characters, legislation and jurisprudence are taken into account. Mainly, the case of Argentina is taken as a reference and then its protection in comparative law is developed, specifically in the USA, Spain and Portugal. As it will be exposed throughout the work, depending on the territory in question, the right to the image has different scope and protection. Nevertheless, it should be noted that certain elements are common and are reiterated in a large number of jurisdictions. In this sense, the definitions of the right under study have been modernized over time, adapting to the changing scenarios that have arisen. It is worth noting that the development of technology has had a substantial impact on this right, especially due to the proliferation of devices accessible to the public that allow the instantaneous capture of images that, in turn, can be immediately reproduced and massively disseminated to any part of the world. This has given rise to a right that, like so many others, requires a dynamic regulation that can be adapted to each era.

Key words: right to privacy, right of publicity, personal rights, Argentina, comparative law, United States, Spain, Portugal.

Instantâneas à direito da própria imagem. Uma análise da legislação atual, jurisprudência e direito comparado

Resumo

Este artigo analisa o direito à imagem, considerando sua evolução em diferentes sistemas legais para chegar à sua concepção actual. Para este fim, são tidos em conta os caracteres, a legislação e a jurisprudência. O caso da Argentina é tomado como referência e depois é desenvolvida a sua protecção em direito comparado, especificamente nos EUA, Espanha e Portugal. Como se verá ao longo deste do-

cumento, dependiendo do território em questão, o direito a uma imagem tem um âmbito e uma protecção diferentes. No entanto, vale a pena notar que certos elementos são comuns e são reiterados num grande número de jurisdições. Neste sentido, as definições do direito em estudo foram sendo modernizadas ao longo do tempo, adaptando-se aos cenários de mudança que surgiram. Vale a pena notar que o desenvolvimento da tecnologia teve um impacto substancial neste direito, especialmente devido à proliferação de dispositivos acessíveis ao público que permitem a captura instantânea de imagens que, por sua vez, podem ser imediatamente reproduzidas e massivamente difundidas em qualquer parte do mundo. Isto deu origem a um direito que, como tantos outros, requer uma regulação dinâmica e adaptável aos tempos.

Palavras-chave: direito à imagem, direitos pessoais, Argentina, direito comparado, Estados Unidos, Espanha, Portugal.

1. Introducción

Se cree que los primeros razonamientos jurídicos en torno al derecho a la propia imagen se dieron con lo que fue la invención de la fotografía en el año 1824, cuando el químico francés Nicéforo Niepce realizó el primer procedimiento fotográfico o heliográfico, técnica que después fue perfeccionada por Luis Jacobo Mandé Daguerre (creador del daguerrotipo en 1839) (Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009).

Esto se debe a que, con la invención de la fotografía y la posterior posibilidad de reproducir las copias, se permitió la multiplicación de las imágenes de las personas y, por consiguiente, su exposición de forma más reiterada y manifiesta. Esto generó la existencia de un riesgo de daño a la personalidad por medio del abuso de la representación gráfica de la imagen humana, siendo necesario razonar jurídicamente en torno al derecho a la propia imagen (Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009).

Fue así que comenzaron a surgir diversas concepciones del derecho a la imagen, que, conforme se desarrollará en el presente artículo, cuenta con diferente alcance y protección dependiendo del territorio en cuestión. A pesar de ello, corresponde destacar que ciertos elementos son comunes y se repiten en una gran cantidad de jurisdicciones.

En línea con lo anterior, las definiciones del derecho bajo estudio se fueron modernizando a lo largo del tiempo, adaptándose a los escenarios cambiantes que se han ido presentando. En tal sentido, el

desarrollo de la tecnología ha tenido un impacto sustancial en este derecho, en especial por la proliferación de dispositivos accesibles al público que permiten la captación instantánea de imágenes que, a su vez, pueden ser reproducidas inmediatamente y difundidas en forma masiva a cualquier parte del mundo. Ello ha dado surgimiento a un derecho que, como tantos otros, requiere de una regulación dinámica y adaptable a cada época.

2. Aproximación al concepto del derecho a la propia imagen

A fin de llegar a una aproximación a la comprensión y alcance del derecho a la propia imagen, seguidamente haremos referencia a sus principales características. En primer lugar, podemos decir que surge del hecho mismo de considerar que el ser humano se encuentra en el mundo de forma corpórea o física. Esta realidad propia de la persona propicia una de las fuentes de datos e información más importante sobre los individuos, en tanto la figura humana como cara externa de la persona es susceptible de ser captada a través de distintos medios e instrumentos (Nogueira Alcalá, 2007).

Es importante señalar que solo se puede hablar de imagen, como objeto de protección jurídica, cuando se consigue percibir los rasgos particulares individualizadores de una persona humana, los que posibilitan la representación gráfica visible del aspecto físico externo de su figura. Por tanto, y a *contrario sensu*, la representación de una imagen no reconocible es lícita (Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009) y, en principio, no se encuentra limitada por ninguna condición o autorización previa para su uso o reproducción. En este sentido, la toma de una foto difuminada por efecto de la mano del fotógrafo o producto de las herramientas técnicas –como el “blureo”– que den como resultado una imagen que de modo alguno permita la identificación del sujeto no estaría en principio alcanzada por este derecho. Sin embargo, es importante señalar que la existencia de algún elemento o acción que permita la asociación del retrato difuminado con la persona, aun cuando este no alcance un grado considerable de nitidez o precisión, podría ser objeto de protección.

Este derecho no se circunscribe al aspecto fisionómico de una persona, sino que el concepto abarca otros aspectos de la persona,

como la voz, un gesto particular, una forma de vestir o actuar, un tic, una acción característica, etc. Se trata de cualquier aspecto exteriorizable de la persona que la haga reconocible ante terceros (Ceballos Delgado, 2011). Por ello, la protección comprende la imagen de la persona, sus rasgos, características, así como el contexto y las circunstancias que habilitan la identificación.

Seguidamente, los autores hacen referencia a la faceta dual del derecho a la imagen, la que incide en su definición. A tal efecto, para Manuel da Costa Andrade, el sentido de la propia individualidad crea dos perspectivas en la configuración jurídica de tal derecho: por un lado, una exigencia de circunspección, de reserva, de exclusión, que garantiza la inviolabilidad personal y, por el otro, establece la autonomía jurídica individual y la autodeterminación del individuo para proyectarse socialmente. Al titular le asiste, con exclusividad, el derecho de determinar quién puede representar, grabar, registrar, utilizar o divulgar su imagen (Andrade, 1996, como se citó en Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009). A raíz de ello, se considera que existen dos facetas vinculadas a la imagen personal: una positiva, esto es, el derecho a que cada sujeto pueda captar y reproducir su propia imagen conforme a la autonomía de su voluntad, y otra negativa, que determina que pueda impedirse la difusión de la imagen de una persona sin su consentimiento expreso (Barbieri, 2014).

La faceta dual del derecho a la imagen ha sido reconocida en precedentes jurisprudenciales de nuestro país. En efecto, los jueces han dicho que

el derecho a la imagen es la facultad de cada persona de disponer exclusivamente de ella a través de la fotografía divulgada por los medios de comunicación masiva, como la prensa y la televisión, así como por el cinematográfico, y como consecuencia de ello, también consiste en el derecho a oponerse a que otro la utilice con cualquier fin.¹

Dicho lo anterior, en los próximos apartados describiremos el régimen legal aplicable en Argentina, comentando la jurisprudencia

1 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, *Maradona, Diego Armando c/Telecom Personal SA y otros s/daños y perjuicios*, 26/06/2014.

más reciente sobre este derecho para luego detenernos en el análisis de la regulación respectiva en otras jurisdicciones, tal como Estados Unidos (EE. UU.), España y Portugal.

3. Régimen legal en Argentina

En primer lugar, es importante destacar que, a diferencia de lo que ocurre con las constituciones de otros países como España,² Portugal,³ Brasil⁴ y Perú,⁵ el derecho a la imagen no se encuentra mencionado de forma expresa en el texto de la Constitución Nacional Argentina. Sin embargo, dado que este derecho se encuentra comprendido dentro de aquellos derechos personalísimos que son manifestaciones espirituales de la persona de manera semejante al derecho al honor y a la intimidad, cierta parte de la doctrina considera que está contemplado de forma genérica en los artículos 19⁶ y 33 de la carta magna (Cabello, 2018).

En esta línea, cuando mediante la violación del derecho a la imagen se lesiona simultáneamente la intimidad de la persona retratada, entra en juego la garantía de reserva receptada en el artículo 19, parte primera, de la Constitución Nacional (1994), en cuanto se transgrede la inviolabilidad de la vida privada. En tal sentido, cabe recordar que la disposición establece que “[l]as acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.”

2 Constitución Española, artículos 18.1 y 20.4. Disponible en: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

3 Constitución de la República Portuguesa, artículo 26.1. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=es.

4 Constitución Política de la República Federativa del Brasil de 1988, artículos 5 V y X. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf>.

5 Artículo 2, numeral 7º de la Constitución Política del Perú. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf.

6 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, *Alzugaray, Mirna Fernanda c/Taraborelli Automobile SA s/daños y perjuicios*, 16/07/2021. AR/JUR/106167/2021.

Sumado a ello, también se entiende que el derecho a la propia imagen se encuentra comprendido en el artículo 33 de la Constitución Nacional, ya que este hace referencia a los denominados “derechos implícitos” o “derechos no enumerados”, los cuales son consagrados en los siguientes términos: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Por ello, aun cuando el texto de la Constitución Nacional no lo haya consagrado expresamente, lo cierto es que el reconocimiento del derecho deviene de los principios e instituciones que son el espíritu del orden constitucional y democrático.

Por otro lado, el derecho a la imagen se encuentra regulado expresamente en otros cuerpos legales, como es la Ley 11723 de Propiedad Intelectual (LPI). En este sentido, este derecho fue reconocido en el artículo 31 cuando se sancionó la LPI en el año 1933 en los siguientes términos:

El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre.

La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios.

Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.

Posteriormente, y como consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho privado (Cabello, 2018), el derecho a la imagen fue también reconocido por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), el cual fue promulgado en octubre de 2014 y que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. Específicamente, el artículo 53, que se encuentra dentro del capítulo referido a los

“Derechos y actos personalísimos”, adaptó las previsiones de la LPI como base y fuente. Tal disposición establece lo siguiente:

Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos:

- a) que la persona participe en actos públicos;
- b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;
- c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

Particularmente, corresponde aclarar que la norma del CCyC no deroga lo dispuesto por la LPI, sino que, a través del artículo 53, complementa aquella actualizando el texto legal.⁷ Consecuentemente, en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos, el núcleo duro que conforma la LPI y el CCyC conducirá a una interpretación tendiente a garantizar una mayor protección al derecho e integral (Cabello, 2018).

Conforme se desprende de la redacción de los dos textos legales citados, existen notables diferencias entre ambos regímenes, siendo algunas de ellas sustanciales y de gran trascendencia. Por ello, a continuación las exponemos brevemente:

1. En primer lugar, debemos resaltar que el CCyC amplía el

⁷ Por su parte, el artículo 1770 del CCyC fortalece la protección al establecer que aquella persona que arbitrariamente se entrometa en la vida ajena y publique debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

contenido del derecho tutelado, ya que para dicha norma no solo comprende el aspecto físico de una persona, sino también la voz. Esto resulta adecuado y refleja la opinión casi unánime en la doctrina especializada, que sostenía que la protección de la LPI debía ser extendida a la voz, en cuanto constituye el reflejo sonoro de la imagen y configura, junto con esta, la identidad externa de una persona (Barbieri, 2014).

2. Otra diferencia es la que versa sobre el alcance del consentimiento otorgado por el sujeto para la difusión de su imagen. Anteriormente, conforme a una lectura textual de la LPI, la prohibición de reproducir la imagen del titular sin su consentimiento abarcaba únicamente aquellas que tenían fines comerciales. Este aspecto es omitido en la nueva norma, ya que ahora es necesario su consentimiento para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, excepto en los casos especialmente previstos. Por ello, la protección que brinda el derecho a la imagen según el artículo 53 del CCyC es más amplia que la protección que brinda el artículo 31 de la LPI. El primero protege el derecho personalísimo tanto desde la captación como en la reproducción, sea o no para puesta en el comercio. Por su parte, el artículo 31 expresamente se limita a la protección del retrato (imagen en sentido amplio) en los casos de puesta en el comercio, indicando cuándo es libre la publicación y quién debe prestar el consentimiento en los casos en los que no es libre (Garsco, 2015).

3. El artículo 53 del CCyC no califica el consentimiento para la captación y reproducción de la imagen, de modo que puede ser expreso o tácito, es decir, se puede inferir de las acciones de la persona. Por el contrario, el artículo 31 de la LPI califica el consentimiento al establecer que deberá ser otorgado en forma expresa. Por ende, siguiendo la línea de la LPI, que es más restrictiva, un consentimiento tácito no sería suficiente para validar la captación y/o reproducción del retrato de una persona. Más allá de eso, para que el consentimiento tácito sea válido, debe reflejar la voluntad inequívoca del titular y resultar de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre, conforme el artículo 264 del CCyC.

4. Producto de los avances tecnológicos, el artículo 53 del CCyC aporta una visión más comprehensiva de los distintos mecanismos de

captación de imágenes, lo cual se encuentra alineado con el principio de neutralidad tecnológica. Al utilizar la expresión “de cualquier modo” para calificar la captación o reproducción del retrato y la voz, el CCyC alude a diferentes maneras de reproducir indebidamente la imagen personal sin limitarlo a determinados casos concretos. De esta forma, se amplía la aplicación de la norma a toda reproducción ilegítima de la imagen que pueda hacerse por cualquier medio. Cabe señalar que la propia jurisprudencia anterior a la sanción del CCyC ya había considerado la expresión “retrato fotográfico”. Dado que la LPI no contempla dicha especificación, no contradice en absoluto al Código Civil y Comercial al respecto.

5. En el CCyC se detallan de forma más precisa los supuestos de reproducción libre de la imagen personal, es decir, aquellos casos no requieren el consentimiento expreso de su titular. Estos son: (i) cuando la persona participe en actos públicos; (ii) cuando exista un interés científico, cultural o educacional prioritario y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; y (iii) cuando se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

6. Respecto a la autorización para reproducir la imagen una vez fallecido el titular, el CCyC confiere el poder de otorgar dicha autorización a los herederos sin establecer los límites que prevé el primer párrafo del artículo 31 LPI. Además, indica que, en caso de discrepancia entre estos, la cuestión se resolverá judicialmente y se incorpora la posibilidad de que el fallecido haya designado a una persona específica para prestar este consentimiento mediante una disposición de última voluntad.

7. Finalmente, en su último párrafo, el CCyC agrega que, transcurridos los veinte años desde la muerte del titular de la imagen, la reproducción es libre siempre y cuando se trate de una reproducción no ofensiva.

Por lo expuesto, queda claro que actualmente en Argentina la norma del CCyC es la que tiene un alcance más actual del derecho a la imagen. Las diferencias existentes entre ambas normas deben ser interpretadas en forma armoniosa para su mejor comprensión y tutela de los intereses de los sujetos titulares de este derecho.

4. Protección de la imagen bajo la normativa de protección de datos

Además de la tutela legal mencionada en los apartados anteriores, es preciso destacar que la normativa argentina referida a la protección de datos personales también debe considerarse como parte del régimen jurídico que protege el derecho a la propia imagen.

En primer lugar, señalamos que el régimen general de la protección de datos está dado por la Ley 25326 (LPDP), sancionada el 4 de octubre de 2000, su Decreto Reglamentario 1558/2001 y las disposiciones y resoluciones emitidas por la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP), autoridad de control de la LPDP.

Específicamente, el artículo 2 de la LPDP define al dato personal como “información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables”.⁸

Teniendo en consideración la definición amplia del término, se considera que la imagen es también un dato personal. Al respecto, la doctrina ha dicho que la obtención, almacenamiento, conservación y tratamiento de imágenes y sonidos se encuentran sometidos a las disposiciones de la LPDP y su reglamentación y, en consecuencia, dichas operaciones deben satisfacer los principios generales relativos a la protección de los datos personales y las obligaciones allí impuestas (Masciotra, 2004).

Además, en ejercicio de su función de autoridad de contralor de la LPDP, la AAIP ha dictado la Resolución 4/2019,⁹ mediante la cual establece que los registros de imágenes captados por sistemas de video vigilancia constituyen una base de datos en los términos del artículo 2° de la LPDP. Esta Resolución sigue los lineamientos de la Disposición 10/2015 (texto conforme a la Resolución 15/2018 de la AAIP) emitida por la anterior Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, organismo que fue sustituido por la actual AAIP como autoridad de control de la LPDP. En sus considerandos, la Disposición 10/2015 indica que “una imagen o registro fílmico

8 Ley 25326 de Protección de los Datos Personales. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm>.

9 Resolución 4/2019 AAIP. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/318874/norma.htm>.

constituyen, a los efectos de la LPDP, un dato de carácter personal, en tanto que una persona pueda ser determinada o determinable”. Esta norma aprobó las condiciones de licitud para las actividades de recolección y posterior tratamiento de imágenes digitales de personas con fines de seguridad.

De esta forma, se incluyen a las imágenes como datos personales pasibles de ser objeto de tratamiento o procesamiento, contando así los individuos titulares de la imagen con todos los derechos consagrados en la normativa aplicable. Adicionalmente, considerando las particularidades que tiene la captación de imágenes, no debe pasar por alto que el retrato o video de una persona puede reflejar aspectos que determinen rasgos o cuestiones tuteladas en forma acentuada por la normativa vigente considerando su sensibilidad y/o potencialidad de ser objeto de actos de discriminación. En tal sentido, en la medida en que la imagen pueda constituir un dato sensible, gozará de una protección acentuada conforme el régimen que reconoce la propia LPDP. Tal podría ser el caso de un retrato que permita identificar la raza o etnia de la persona. Cabe recordar que el artículo 2 de la LPDP define a los datos sensibles como aquellos “datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”.

De acuerdo con todo lo mencionado, cabe concluir que el retrato tendría una doble protección: tanto por el lado del derecho a la propia imagen como por el lado del derecho a la protección de los datos personales. Por esto último, estaría sujeto a la protección concedida por el marco legal de la LPDP.

5. La jurisprudencia reciente en Argentina

Existe una prolífera actividad judicial que ha analizado y establecido los parámetros y contornos del derecho a la propia imagen. Una voluminosa sucesión de casos han sido resueltos por nuestros tribunales y han permitido sentar una valiosa y fructífera doctrina judicial en la materia.

En cuanto al criterio que ha prevalecido en la jurisprudencia nacional, los magistrados han interpretado las normas referidas al

asunto bajo estudio en el sentido de solo habilitar la captación y reproducción de las imágenes cuando media consentimiento, salvo que exista una excepción aplicable al caso. Al respecto, la procedencia de alguna de las excepciones a la regla del consentimiento ha sido generalmente interpretada en forma restrictiva, considerando que se encuentra en juego un derecho personalísimo. Por ende, en caso de duda, la interpretación suele ser favorable a la necesidad de obtener la autorización del titular para la captación y reproducción del retrato en pos de garantizar una efectiva tutela al derecho a la propia imagen. Esta línea es la que se ha mantenido a lo largo de los años, inclusive con anterioridad a la sanción del CCyC.

Adicionalmente, los jueces han consensuado que la protección del derecho a la propia imagen es independiente de la tutela al honor y a la intimidad, teniendo toda persona un derecho exclusivo sobre ella que se extiende a su utilización, de modo de poder oponerse a su difusión sin su autorización.

En los siguientes párrafos nos abocaremos a analizar cómo la reciente jurisprudencia ha interpretado las normas analizadas en el apartado anterior.

5.1. Caso *S. V. T. c/Google Inc. s/acción preventiva de daños*¹⁰

En este caso, la demandante había enviado fotografías suyas a una agencia de modelos. Años más tarde, ingresó a trabajar al Senado de la Nación. Fue ahí donde, por comentarios de una compañera, tomó conocimiento de que sus retratos aparecían en varios sitios de internet que eran referidos por el buscador Google. En consecuencia, decidió iniciar una acción de prevención del daño contra Google a fin de que eliminaran las asociaciones de su nombre con los resultados de las búsquedas vinculadas con determinados sitios.

Tanto el juez de Primera Instancia como la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal accedieron al pedido de la actora, por lo que establecieron que debía procederse a la eliminación y bloqueo de sus fotografías y su vinculación con

10 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Comercial, Sala II, *S. V. T. c/Google Inc. s/acción preventiva de daños*, 03/05/2019, AR/JUR/17970/2019.

los sitios denunciados. Esto se debió principalmente a que la propia interesada había manifestado que actualmente no existía vigencia en su consentimiento para la difusión de las mencionadas imágenes. De ello se desprende que la autorización para captar la imagen no abarca el uso posterior que no estuviese relacionado directamente con aquella captación originaria, por ende, un nuevo consentimiento del titular es necesario.

Adicionalmente, la Cámara definió al consentimiento como al acto jurídico de naturaleza extrapatrimonial mediante el cual el titular de un derecho autoriza a un tercero para hacer uso de él. De este modo, la regla general sentada en el artículo 55 del CCyC prevé que “[...] este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”.

5.2. Caso *Mazza, Valeria Raquel c/Yahoo SRL Argentina y otro*¹¹

En relación con la actividad de los buscadores y el derecho a la imagen, es importante traer a colación este caso, en el que el voto mayoritario de la Corte Suprema de Justicia (CSJN) mantuvo su criterio vertido en los *leading cases* *Rodríguez, María Belén c/Google Inc.*¹² y *Gimbutas, Carolina Valeria c/Google Inc.*¹³

En cuanto al primer caso, en el fallo *Rodríguez* la CSJN decidió dejar sin efecto la condena a Google Inc., que había operado en instancias inferiores por la utilización de la imagen de la actora (una modelo), al considerar el voto mayoritario que el artículo 31 de la Ley 11723 no es aplicable ante los *thumbnails*, toda vez que en la cuestión debatida no se trata de determinar la responsabilidad que podría atribuírsele a una página de internet, sino a un mero intermediario cuya única función es servir de enlace (buscadores) (Vaninetti, 2020).

Agregado a ello, destacamos que en este precedente la CSJN determinó que el derecho a la imagen integra el derecho a la privacidad

11 CSJN, *Mazza, Valeria Raquel c/Yahoo SRL Argentina y otro s/daños y perjuicios*, 24/06/2021.

12 CSJN, *Rodríguez, María Belén el Google Inc. s/daños y perjuicios*, 28/10/2014, Fallos: 337:1174.

13 CSJN, *Gimbutas, Carolina Valeria c/Google Inc. s/daños y perjuicios*, 12/09/2017, Fallos: 340:1236.

protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional, estableciendo que dicha norma le otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros.

Posteriormente, en la sentencia *Gimbutas*, la CSJN volvió a reforzar la posición mayoritaria que se había plasmado en la causa *Rodríguez* al sostener que:

En virtud del modo de funcionamiento de los buscadores de imágenes como el de Google no puede concluirse que la demandada sea responsable de reparar daños como los reclamados. La pretensión de la actora se sustenta en que sus imágenes han sido “captadas” o “reproducidas” por el buscador (art. 53, CCCN) o “puestas en el comercio” (art. 31, ley 11.723) sin su consentimiento, lo que violaría el derecho a la propia imagen tutelado por normas constitucionales y convencionales. Ello no es así: los buscadores de imágenes como el de la demandada no “captan”, “reproducen” ni “ponen en el comercio” imágenes en el sentido empleado por los arts. 31 de la ley 11.723 y 53 del CCCN, sino que simplemente facilitan al público usuario de Internet, mediante la indexación y la provisión de un modo de enlace, el acceso a las imágenes “captadas”, “reproducidas” o “puestas en el comercio” por otros. (Vaninetti, 2020, p. 166)

Teniendo en consideración el criterio expuesto en los precedentes citados, en el fallo *Mazza* el máximo tribunal resolvió nuevamente sobre la responsabilidad civil de los buscadores de internet. En este caso, la actora alegaba que se estaban lesionando sus derechos personalísimos, tales como el honor, la dignidad, la intimidad, la imagen y el buen nombre y reclamó, en primer término, el cese definitivo del uso antijurídico de su imagen por parte de los buscadores y la eliminación de las vinculaciones de su nombre con determinados sitios de internet, y, en segundo lugar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que ese hecho le provocó. En su presentación manifestó que al incluir su nombre en el campo de búsqueda de los buscadores

Google¹⁴ y Yahoo¹⁵ se mostraban como resultados sitios de internet con contenido sexual, pornográfico y actividades vinculadas al tráfico de sexo, todo lo cual resulta incompatible con los sentimientos espirituales, el pensamiento y la línea de conducta de Mazza. Por otra parte, la actora expresó que los resultados de la búsqueda de imágenes suponían, además, un uso no autorizado de su retrato, porque aparecían fotografías con su nombre asociadas a las referidas páginas web de pornografía y de oferta de sexo.

Fue así que, mediante una sentencia dividida, la CSJN decidió seguir los lineamientos de los *leading cases*. En este sentido, consideró que los buscadores no son responsables del contenido publicado por terceros al que se indexa a través de los motores de búsqueda, ya que ello constituye el ejercicio lícito del derecho a la libre expresión y a la difusión de información. De esta forma, el tribunal volvió a aplicar el criterio de atribución de responsabilidad subjetiva en lugar de factores de atribución objetivos.

Con respecto al uso de los *thumbnails*, la mayoría de los miembros del máximo tribunal también siguieron los lineamientos de lo resuelto en los casos *Rodríguez y Gimbutas*, entendiendo que su uso no constituye una violación a disposición legal alguna. Por su parte, la minoría, la cual está reflejada en los votos de los Dres. Maqueda y Lorenzetti, consideró que el derecho a la propia imagen incluye la voluntad del titular de decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. Según estos dos magistrados, el derecho a la privacidad implica que nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas sin su consentimiento. En tal sentido, consideraron que ha quedado acreditado que se utilizaron fotografías de la actora sin su consentimiento expreso o tácito, circunstancia que configura una invasión ilegítima a su esfera íntima que debe ser reparada. En consecuencia, propusieron declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada.

14 www.google.com.ar.

15 www.yahoo.com.ar.

5.3. Caso *De la Fuente, Rodrigo Fernando c/Artear SA s/daños y perjuicios*¹⁶

El reclamante, Rodrigo Fernando de la Fuente, promovió una demanda de daños y perjuicios contra una productora de contenidos que realizaba un programa informativo, a raíz de la publicación de una fotografía suya sin autorización. En el marco de un informe televisivo en el que se difundía una investigación periodística sobre la empresa en la que él era empleado, se había incluido su imagen. Dicha compañía y su dueño habían recibido graves acusaciones vinculadas con lavado de dinero, estafas y defraudaciones millonarias.

En esta decisión de marzo de 2021, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (CNCivil) determinó que la simple exhibición no consentida de la imagen afectaba el derecho que se intentaba proteger por medio del artículo 53 del CCyC. Además, esto generaba por sí un daño moral representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad. Ello, sin perjuicio de que, en ciertos casos, pueda importar al mismo tiempo una ofensa a su honor o intimidad. De este modo, se entendió que toda captación de la imagen es ilícita en la medida en que no se cuente con el consentimiento expreso de la persona o se trate de uno de los supuestos excepcionales de reproducción autorizados por el artículo mencionado.

Por otra parte, en el fallo bajo análisis los jueces consideraron que la imagen refería a un evento privado y –la circunstancia de que el accionante se hubiese prestado a fotografiarse– no implicaba autorización para su divulgación. Además, sentenciaron que como no se trataba de una personalidad pública, y aunque hubiese mediado un interés general en la investigación efectuada, el hecho resultaba antijurídico en tanto la reproducción de la imagen era superflua para el fin general invocado.

Finalmente, la CNCivil dispuso que el artículo 53, inciso “b” del CCyC (caso de un interés científico, cultural o educacional prioritario) exige que el medio tome las precauciones suficientes para evitar daños innecesarios. En ese orden, la demandada ni siquiera había

16 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, *De la Fuente, Rodrigo Fernando c/Artear SA s/daños y perjuicios*, 16/03/2021, SJA 28/07/2021, 11 con nota de Fernando E. AR/JUR/11830/2021.

“pixelado” o esfumado el rostro del actor y procedió a propagar su imagen en un primer plano, facilitando su reconocimiento sin mayores inconvenientes.

5.4. Caso Montaña Ortiz, Lisa María c/Editorial Perfil SA s/daños y perjuicios¹⁷

En este, la accionante inició un reclamo contra Editorial Perfil S.A. por daños y perjuicios en relación con la publicación no autorizada de su imagen en el sitio web de la demandada.

En el año 2014, la actora había realizado un álbum fotográfico, ya que en esa época se desempeñaba como modelo gráfica y publicitaria. Posteriormente, la demandada consiguió esas fotografías a través de una fotógrafa que manifestó que las imágenes le pertenecían a una modelo que necesitaba publicidad, pues estaba dando los primeros pasos en esa profesión. Fue así que la editorial las publicó en su sitio web. Como consecuencia de ello, la actora solicitó la eliminación de dicha publicación y una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Esto se debía a que las imágenes le dificultaban conseguir trabajo como docente y periodista dado que la publicación generaba una imagen que le restaba seriedad a su persona y a su perfil profesional.

La demandada opuso excepción de prescripción argumentando que la accionante decidió quejarse y reclamar recién cuatro años después de que las imágenes fueran publicadas.

Finalmente, la CNCivil admitió la excepción de prescripción y, en consecuencia, rechazó la demanda de daños y perjuicios deducida por Lisa María Montaña Ortiz. Para así decidir, entendió que, por tratarse de una única publicación, aunque permaneciera durante un buen tiempo alojada en el web de la accionada, desde que la imagen fue colgada el daño se exteriorizó y, como consecuencia de ello, la acción quedó expedita. Por ende, la actora podría haber reclamado oportunamente, lo cual no hizo sino años más tarde.

Precisamente, sobre el plazo de prescripción en cuestiones de res-

17 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, *Montaña Ortiz, Lisa María c/Editorial Perfil SA s/daños y perjuicios*, 30/04/2021.

ponsabilidad extracontractual, los jueces sentenciaron que se computa desde la producción del hecho, porque, al menos como regla, es el momento a partir del cual la responsabilidad existe y da nacimiento a la consiguiente acción para hacerla valer. Por el contrario, si la actora pretendiera sostener que arribó al conocimiento real y efectivo del perjuicio en un momento posterior, y que el cálculo del lapso debía posponerse para esa oportunidad por el lógico juego de las reglas que gobiernan la carga de la prueba, sobre ella recae la acreditación de dicha circunstancia, extremo que ni siquiera fue invocado en este caso.

Además, el tribunal entendió que resulta lógico suponer que la demandante conocía o debía conocer la publicación de la nota y de sus imágenes desde el momento en el que fueron subidas a la página web de la accionada o en tiempo cercano. Resulta inverosímil que alguien que es modelo gráfica y publicitaria se desentienda de la producción fotográfica en la que participó y no realice un seguimiento del uso de las fotografías que la tienen como protagonista, dada la trascendencia que la publicidad y difusión de la propia imagen en los medios y en las redes ostentan en el acceso a una actividad como la mencionada y en su más exitoso desarrollo.

5.5. Caso *N., M. G. c/Kapow SA s/Daños y perjuicios*¹⁸

En este fallo de mayo de 2021, la CNCivil se refirió al artículo 31 de la LPI por un hecho ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia del CCyC. Concretamente, en este caso se trataba de imágenes en las que se podía visualizar al accionante y a su hijo en un paneo general de varias personas comiendo en un restaurante, imágenes que fueron tomadas libremente sin que trascendiera la identidad del menor, ya que se lo veía de espaldas y cuyo rostro apenas se visualizaba en una toma de perfil, que además se veía en la parte inferior derecha de la pantalla, con escasa nitidez debido al zócalo del programa, y permanecía en pantalla escasísimos segundos, lo que hacía dificultosa la individualización del niño, al menos por terceros.

18 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, *N., M. G. c/Kapow SA s/ Daños y perjuicios*, 13/05/2021, AR/JUR/30797/2021.

Teniendo en consideración lo anterior, los jueces resolvieron que la imagen en análisis debe ser encuadrada dentro de las disposiciones del último párrafo del artículo 31 de la LPI, que dispone que es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público. Sumado a ello, determinaron que se trata de una toma efectuada a fin de ilustrar una nota de interés general relativa a la alimentación saludable, sin que de ningún modo pueda colegirse un propósito tendiente a malinterpretar las circunstancias que determinaron el registro de la imagen. En consecuencia, manifestaron que la imagen de personas alimentándose en un restaurante no tiene por sí misma ninguna connotación negativa y que la finalidad de esta solo tendía a hacer hincapié sobre el tema a tratar.

5.6. Caso *Alzugaray, Mirna Fernanda c/Taraborelli Automobile SA s/daños y perjuicios*¹⁹

La concesionaria Taraborelli Automobile S.A. realizó una filmación de carácter institucional con el objeto de mostrar a los clientes la forma en la que se trabajaba dentro de la compañía. La actora participó de esta iniciativa. Luego de que terminara su vínculo laboral por renuncia de la empleada en el año 2017, la empresa continuó utilizando públicamente el video con su imagen.

A raíz de ello, la actora inició demanda solicitando el cese inmediato de la utilización de su imagen y la indemnización por su uso no autorizado e indebido a través de las redes sociales. La actora manifestó que jamás autorizó la utilización de su imagen para uso público. A su vez, invocó que la situación le generaba un perjuicio laboral, ya que se encontraba trabajando para una empresa competidora.

Al contestar la demanda, la accionada alegó que había convocado a sus empleados a realizar dos videos institucionales para ser utilizados dentro de la empresa y publicados en redes sociales y que la acto-

19 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, *Alzugaray, Mirna Fernanda c/Taraborelli Automobile SA s/daños y perjuicios*, 16/07/2021. AR/JUR/106167/2021.

ra había sido una de las personas que habían aceptado la propuesta. Asimismo, la empresa manifestó que en todo momento se les hizo saber que los videos iban a ser utilizados tanto dentro como fuera de la empresa. Adicionalmente, Taraborelli Automobile sostuvo que no bien tomó conocimiento de la disconformidad de la actora, procedió a retirar los videos de las redes sociales.

La CNCivil rechazó la demanda de daños originada por la supuesta utilización indebida de imagen, ya que consideró que dado el análisis de los elementos probatorios –intercambio de correos electrónicos–, no cabía más que concluir que la accionante había prestado su consentimiento para participar en los videos institucionales de su empleadora. Al respecto, la Cámara agregó que no existe derecho positivo que disponga que el consentimiento deba ser prestado de forma escrita, si no, por el contrario, se admite que la autorización pueda ser de manera escrita, verbal y mediante signos inequívocos, es decir que predomina la libertad de formas.

Sumado a lo anterior, la CNCivil argumentó que toda captación de la imagen es ilícita en la medida en que no se cuente con el consentimiento expreso de la persona o no se trate de uno de los supuestos excepcionales de reproducción autorizados. Además, estableció que la autorización para captar imágenes de una determinada persona no implica necesariamente la autorización para reproducirlas, ya que se trata de dos acciones diferentes que suponen consentimientos independientes.

Sin perjuicio de lo expuesto, la Cámara reconoce que la falta de autorización de parte del retratado generará la responsabilidad de quien difunda la imagen sin su debido consentimiento (artículo 1770 del Código Civil y Comercial), el cual conforme lo dispone el artículo 55 del ordenamiento de fondo “no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable”. Sin embargo, en este caso existían “serios indicios de que la Sra. Alzugaray prestó su consentimiento a la realización de los videos”. Por su parte, según el tribunal, la actora tenía conocimiento de que el vídeo del cual fue partícipe sería exhibido en las diferentes agencias pertenecientes a la emplazada, como así también que sería difundido en sus redes sociales.

En este caso, resultó también importante la actitud desplegada por la demandada, quien dio de baja el contenido al momento de

tomar conocimiento de la intención de la actora de revocar el consentimiento. En efecto, la CNCivil considera que

la manifestación de la actora al momento de celebrarse la mediación implicó la revocación de su consentimiento para la difusión del video, por lo que la conducta desplegada por la emplazada fue ajustada a la ley, pues de lo contrario hubiese generado algún tipo de daño por el que hubiese estado obligada a responder.

6. Derecho comparado

6.1. Regulación en EE. UU.

6.1.1. Primeras aproximaciones

En primer lugar, el derecho a la imagen fue concebido en los EE. UU. como un derecho ligado íntimamente a la vida privada de los individuos. Esta concepción abarcaba tanto la esfera moral como la patrimonial del derecho a la imagen. En este sentido, se hacía alusión al *right of privacy*, figura en la que se encasilló la facultad de explotar comercialmente la imagen (Ceballos Delgado, 2011).

Ni la Constitución Federal de 1787 ni sus enmiendas reconocen expresamente ese derecho, sin embargo, la Corte Suprema, a lo largo de una extensa y gradual jurisprudencia, lo ha considerado implícito en diversas enmiendas, como por ejemplo la libertad de asociación incorporada en la Primera Enmienda o la garantía de la Cuarta Enmienda frente a registros y requisas arbitrarias, que limita la intrusión del Gobierno en las personas, domicilios, documentos y efectos personales, incluyéndose no solo los supuestos de invasión material, sino también de vigilancia electrónica (Saldaña, 2011).

No obstante, resulta necesario destacar que Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis fueron los primeros en hacer referencia a este derecho cuando en 1890 escribieron y publicaron un artículo en la *Harvard Law Review* titulado “The Right to Privacy”, en el que abogaban por el “derecho a ser dejado en paz” (Warren y Brandeis, 1890). Dicho artículo surgió como reacción frente a la divulgación indiscriminada de información privada por parte de la prensa. En ese artículo, los autores afirmaban que impedir su publicación es solo un ejemplo del derecho más general del individuo a no ser molestado, defendiendo

un derecho a la privacidad que le otorga a toda persona plena disponibilidad para decidir en qué medida pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones (Saldaña, 2011).

El primer pronunciamiento judicial en hacerse eco del trabajo de Warren y Brandeis fue el caso *Schuyler v. Curtis*,²⁰ que se originó en ocasión del conflicto suscitado en torno a si era legítimo o no desde el punto de vista del *right to privacy* que la Woman's Memorial Fund Association erigiera unas estatuas de la fallecida Mary Hamilton Schuyler, sin el consentimiento de su familia, en conmemoración por sus labores altruistas y de beneficencia. El juez Gray, en su voto en disidencia, sostuvo que Philip Schuyler, en su condición de representante de la familia, estaba totalmente legitimado para preservar que se levantaran estatuas de la señora Schuyler, pues la conducta de la asociación suponía exhibirla públicamente, una inmoralidad y una flagrante vulneración del derecho a la intimidad, cuyo manto no podía solo cubrir a la propia persona, sino que debía extenderse a todos los intereses personales, entre los que se encontraba el que sus allegados pudieran preservar la intimidad que en vida había profesado (De las Heras Vives, 2018).

Otro de los incipientes pronunciamientos que recogió expresamente los postulados de Warren y Brandeis fue el de *Marks v. Jaffa* en 1893, en el que el juez McAdam resolvió que ningún periódico o institución tiene derecho a utilizar el nombre o la imagen de una persona sin su consentimiento, pues todas tienen derecho a disfrutar de la vida sin invasiones en su esfera más personal, de manera que los tribunales debían garantizar el derecho a no ser molestado (De las Heras Vives, 2018).

Contrariamente a lo expuesto y aun cuando en primera y segunda instancia los jueces habían reconocido la existencia de un derecho a la intimidad, en el caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co*, en 1902, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York votó por mayoría (cuatro votos a tres) a favor de la inexistencia del derecho a la intimidad. Este caso versaba sobre Abigail M. Roberson, que, en ese entonces, era una adolescente de la ciudad de Rochester que se había

20 Corte de Apelaciones del estado de Nueva York, *Schuyler v. Curtis*, 42 N.E. 22 (N.Y. 1895).

retratado en un estudio fotográfico local. Sin saber cómo, su imagen terminó siendo publicada sin su consentimiento en más de veinticinco mil litografías publicitarias tituladas *Flour of the Family* con su rostro de perfil en primer plano y con el logotipo de la empresa Franklin Mills Flour en la parte inferior (Figura 1). Mucha gente la reconoció y esto le provocó una gran humillación y un severo shock nervioso (Harvard University Press Blog, 2011).



Figura 1. *Flour of the Family* (fuente: Harvard University Press Blog, 2011).

En primer lugar, los jueces del Tribunal consideraron que el *right to privacy* no se encontraba reconocido en el *common law*, puesto que no había sido mencionado por ninguno de los grandes comentaristas ni sostenido en ningún precedente anterior; y, en segundo lugar, que dicho reconocimiento supondría una avalancha de litigios, muchos de ellos absurdos (De las Heras Vives, 2018).

Este fallo trajo arduas discusiones y polémicas entre miembros de la prensa, lo cual arrojó como resultado que en 1903, en la sesión legislativa de la cámara del estado de Nueva York, se adoptaran medidas que regularan la protección del uso del nombre e imagen personal con fines publicitarios. Las normas que fueron aprobadas en la mencionada sesión legislativa de Nueva York se plasmaron en las secciones 50 y 51 de la Ley de Derechos Civiles del Estado de Nueva York (Ceballos Delgado, 2011).

Teniendo en cuenta los antecedentes citados y otros que fueron ocurriendo, *el right to privacy* fue reconocido por primera vez por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1965 en el caso *Griswold v. Connecticut*,²¹ cuando se declaró la inconstitucionalidad de una norma estatal que prohibía la venta y utilización de anticonceptivos por considerarla lesiva del “derecho fundamental a la privacidad”. Para la Corte, este derecho derivó de las llamadas “zonas de penumbras” emanadas por específicas garantías reconocidas en la Carta de Derechos de los Estados Unidos (Saldaña, 2011). De esta forma, consideró al derecho a la intimidad como un derecho constitucional autónomo e independiente que deriva de la propia normativa norteamericana.

6.1.2. Aparición del *right of publicity*

Como hemos visto, la protección de la intimidad llegó por vía jurisprudencial y doctrinal, considerando que esta podía verse vulnerada por actos de divulgación de la imagen o vida privada de una persona determinada. De igual forma fue que nació el *right of publicity*, cuya expresión y teoría aparecieron por primera vez en el caso *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum*²² del 16 de febrero de 1953, en el que un jugador de béisbol había firmado un contrato con la demandante que le otorgaba el derecho exclusivo a utilizar su fotografía en relación con una goma chicle fabricada por la demandada. El jugador se había comprometido a no ceder el derecho de uso de su fotografía a ningún otro fabricante de golosinas. La demandada, conociendo el contrato de Haelan, convenció al jugador para que firmara un contrato que le permitiera a Topps utilizar la fotografía del jugador en relación con su chicle. Se planteó la validez del contrato firmado con Haelan ante la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito.

El tribunal decidió que, además del derecho de privacidad, una persona tiene un derecho sobre el valor de publicidad de su fotogra-

21 Corte Suprema de los Estados Unidos, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

22 Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo circuito, *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

fía, derecho que es válido independientemente de que implique o no la transferencia de este a través de un negocio. Este derecho fue llamado *right of publicity*, el cual fue considerado de carácter patrimonial y, por tanto, transmisible (Ceballos Delgado, 2011).

Fue así que, a mediados del siglo XX, se desarrolló el derecho en cuestión como una rama separada y como contracara del *right to privacy*. El *right of publicity* fue concebido como la facultad exclusiva de explotación comercial del nombre o de la imagen comercial de la persona, en la que lo que se buscaba no era reparar un daño por intromisión en la privacidad por la difusión de la imagen de la persona, sino una indemnización por el aprovechamiento comercial de la imagen susceptible de valorarse en el mercado (Nogueira Alcalá, 2007).

Actualmente, no existe un *right of publicity* federal en EE. UU., sin embargo, el tribunal supremo ha determinado que la Primera Enmienda (libertad de expresión) no impide que la legislación estatal contemple la posibilidad del afectado de entablar una reclamación por la apropiación comercial de la identidad. En diversos estados se ha reconocido y admitido este derecho. En consecuencia, el uso del nombre o la imagen de una persona, al menos en la publicidad, puede ser objeto de un reclamo (Kurnit, 2019).

Respecto a los aspectos de la identidad de una persona que se encuentran protegidos por este derecho, encontramos los siguientes: el nombre, la imagen, el retrato, la semejanza, la voz, la firma y los gestos (Kurnit, 2019).

En vista de todo lo expuesto, podría decirse que la protección y el resguardo al derecho a la imagen en EE. UU. se configuran con y por la complementación de una doble vía que comprende tanto el *right to privacy* como el *right of publicity*. De esta forma, por un lado se resguarda el derecho a gozar de una esfera privada y, por el otro, se consagra el derecho a la libertad de decisión sobre la explotación económica de la imagen.

6.2. Regulación en Europa. El caso de Portugal y España

Primeramente, debe decirse que a nivel comunitario el derecho a la imagen no se encuentra previsto en una normativa concreta. En este sentido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 no

recoge el derecho en cuestión, pero sí prevé el derecho al respecto a la vida privada y familiar en su artículo 8. No obstante, en su jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha situado como parte de dicho artículo, ya que lo entiende como una manifestación a la protección a la vida privada, adquiriendo así el carácter de derecho humano (Moraleda Gómez, 2020).

No obstante, corresponde destacar que este derecho sí fue recibido por diversos países europeos en sus ordenamientos internos. Particularmente, respecto a sus orígenes en el derecho positivo del continente en cuestión, debemos remontarnos a la ley alemana de fotografía de enero de 1876, a la normativa sobre propiedad intelectual y artística de Austria de 1885, seguida por la ley belga sobre el derecho de autor del 22 de marzo de 1886 (artículo 20). Dentro de este contexto, se ha afirmado que es un derecho que se fortaleció en la década de 1950, cuando empezó la concreción jurídico-constitucional de los derechos humanos de la Declaración Universal de 1948 (Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009).

6.2.1. España

La Constitución española de 1978 (CE) inaugura la protección constitucional expresa del derecho a la propia imagen con la inserción de la palabra “imagen” en la redacción del artículo 18.1. Además, fue la primera en configurarlo como un derecho autónomo (Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009).

Agregado a ello, el derecho se encuentra contemplado en la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.²³ Concretamente, según el artículo 1.3, junto con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, se trata de un derecho “irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley”.

Seguidamente, el artículo 7.5 establece que se constituyen intro-

23 Ley Orgánica 1/1982. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196>.

misiones ilegítimas “la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2”.

Por su parte, el artículo 7.6 dispone que se considerará intromisión ilegítima “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”.

El artículo 8.2 determina que, en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá

- a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público; b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social; c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

Al igual que en otras jurisdicciones, en España este derecho se vincula con la esfera personal del individuo, ya que se entiende que le es inherente por el mero hecho de ser persona. Es así que se encuentra ineludiblemente unido a la dignidad personal, la que también está recogida en su texto constitucional, concretamente en el artículo 10. Esto demuestra que estamos ante un derecho de los denominados “personalísimos” (Villanueva-Turnes, 2016).

La característica más notable y relevante del estudio del derecho en cuestión en España es su bipartición en dos contextos bien distintos: el moral y el patrimonial. Tanto la jurisprudencia como la doctrina española hacen una clara diferencia entre el ámbito constitucional del derecho a la propia imagen y el ámbito patrimonial-civil que el derecho a la propia imagen puede tener (Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009).

En tal sentido, el derecho constitucional a la propia imagen es de carácter moral y comprende el derecho que se tiene a que los rasgos

físicos que distinguen al individuo de los demás no sean divulgados sin su consentimiento, mientras que el derecho patrimonial a la propia imagen es la proyección estrictamente económica, material, simplemente pecuniaria. Es el derecho subjetivo patrimonial que tiene protección infraconstitucional; se trataría de la dimensión legal, supuestamente un derecho de propiedad intelectual más (López Mingo Tolmo, 2005, como se citó en Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009).

En cuanto a su finalidad, ciertos autores entienden que es proteger la dimensión pública de las personas, impidiendo tanto la obtención de imágenes del titular del derecho como su reproducción o publicación. A efectos de su vulneración, este derecho va a actuar con independencia de la finalidad que tenga la conducta infractora. Esto se debe a que, en caso de exigirse que la imagen se hiciese pública o se reprodujese en cualquier lugar para que se configure la vulneración, supondría que el simple hecho de obtenerla no sería una vulneración del derecho en sí, cuando es posible que la imagen se quiera para un uso personal no deseado por el titular del derecho. Por lo tanto, la finalidad de la conducta infractora debe resultar totalmente irrelevante a los efectos de determinar si hubo infracción o no (Villanueva-Turnes, 2016).

En la Sentencia 81/2001 de 26 de marzo de 2001²⁴ del Tribunal Constitucional de España, se delimita el ámbito de protección constitucional de tal derecho; puntualmente los jueces han dicho que

lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas.²⁵

Adicionalmente, en la sentencia citada *ut supra*, el Tribunal Constitucional ha dicho que la protección de los valores económicos, pa-

24 Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4377>.

25 Doctrina que se sigue en la STC 156/2001, de 2 de julio, FJ6, y STC 83/2002, de 22 de abril, FJ4 (Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009, p. 36).

trimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y, por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE (Nogueira Alcalá, 2007).

Dicho lo anterior, se entiende que la especial garantía constitucional frente a sus posibles vulneraciones se sustancia, por un lado, en la existencia de un específico procedimiento de protección civil, basado en los principios de sumariedad y preferencia, y, por otro, en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Las vías de protección señaladas permitirán diferenciar entre las dimensiones patrimonial y moral del derecho, de forma que, correspondiendo a la jurisdicción ordinaria la defensa de ambas, la segunda resultaría propia del ámbito de competencias del Tribunal Constitucional (De Lamo Merlini, s.f.). Sin embargo, la clasificación expuesta no impedirá que, como el propio Tribunal Constitucional español advierte, la utilización comercial de la imagen de una persona sin su consentimiento siga constituyendo una vulneración del derecho fundamental. La captación, reproducción o publicación sin consentimiento de la imagen de una persona, con independencia de su finalidad, constituye, en principio, una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, ya que con ello se está interfiriendo en el ámbito de libre determinación individual amparado por este (Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009).

Dicho todo lo anterior, cabe mencionar que esta diferenciación existente en España se hace necesaria para fines teóricos y prácticos. Teóricos, porque delimita el campo conceptual de cada aspecto del derecho a la propia imagen, en tanto que en el terreno procesal, el Tribunal Constitucional español únicamente se manifiesta respecto al derecho a la propia imagen en su vertiente constitucional/negativa, no siendo susceptible de amparo la dimensión patrimonial ante el mencionado tribunal y situándose por fuera de la protección constitucional del artículo 18.1 de la CE (Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009).

En cuanto al ámbito penal, el Código en cuestión tipifica los “Delitos contra la Intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio” en el Título X del Libro II, artículos 197 a 204. No obstante la autonomía dada al derecho a la propia imagen,

lo que esta norma tutela es, en realidad, la intimidad de la persona a fin de que no sean conocidos determinados hechos que solo son conocidos por ella o por un círculo reducido.

Más allá de lo desarrollado anteriormente, es preciso mencionar que la legislación española, en materia de protección de datos personales, también tutela el derecho a la imagen. Esto se debe a que, para la normativa en cuestión, se va a considerar dato personal toda información sobre una persona física identificada o identificable; es por ello que la imagen de una persona es considerada un dato personal.

Específicamente, el derecho a la protección de los datos personales se encuentra reconocido en el artículo 18.4 de la CE y en la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de datos de Carácter Personal y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), que tiene por objeto adaptar y regular en su ordenamiento jurídico interno lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD). Inclusive, dentro del catálogo de definiciones que contempla el RGPD en su artículo 2, se define a los “datos biométricos” como datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales. Al respecto, los datos biométricos son considerados como una categoría especial de datos personales y sujeto a un régimen más estricto.

6.2.2. Portugal

El derecho a la propia imagen se encuentra previsto en la Constitución de la República Portuguesa (CRP) de 1976. Su protección formal expresa apareció en la primera revisión constitucional de 1982, concretamente, en la nueva redacción que se le dio al entonces artículo 33 de la CRP (actual artículo 26.1) (Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009). La norma dispone que

Todos tienen el derecho a la identidad personal, al desarrollo de su personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, a su buen nombre y reputación, a su imagen, a su expresión, a proteger la privacidad de su vida personal y familiar y a la protección legal contra cualquier forma de discriminación.

Sumado a lo anterior, el Código Civil²⁶ regula esta materia en su artículo 79 y establece que

El retrato de una persona no podrá ser expuesto, reproducido o lanzado al comercio sin el consentimiento de ésta; después de la muerte del retratado, la autorización se concederá a las personas designadas en el número 2 del artículo 71, en el orden indicado en el mismo.

A su vez,

No será necesario el consentimiento de la persona retratada cuando lo justifique su notoriedad, el cargo que ostente, las exigencias policiales o judiciales, los fines científicos, educativos o culturales, o cuando la reproducción de la imagen se enmarque en la de lugares públicos, o en la de hechos de interés público o que hayan tenido lugar en público.

Por último, “el retrato [no obstante] no podrá ser reproducido, expuesto o lanzado al comercio cuando el hecho cause un perjuicio al honor, a la reputación o al simple decoro de la persona retratada”.

Al mismo tiempo, para la doctrina, el derecho a la imagen se configura como un bien jurídico-penal autónomo, tutelado en sí mismo y por sí mismo, independientemente de su valor desde el punto de vista de la privacidad/intimidad. La imagen es un elemento/bien jurídico eminentemente personal con la estructura de una libertad fundamental y que le reconoce a la persona el dominio exclusivo de su propia imagen (Pereira et al., s.f.).

26 Código Civil de Portugal. Disponible en: http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=366531.

En línea con ello, el Código Penal²⁷ castiga como delito las grabaciones y fotografías ilícitas, es decir, aquellas cuya divulgación es en contra de la voluntad de su titular. Por consiguiente, cada persona tiene la facultad de prestar su consentimiento y decidir cuándo será fotografiada o filmada y cuándo podrán utilizarse esas fotografías o filmaciones. El derecho constitucional portugués entiende que para ser protegida la imagen humana debe ser configurada a través de tres criterios que se interrelacionan: la individualidad, la visibilidad y la reconocibilidad. En este sentido, la imagen debe ser entendida como la proyección del aspecto físico externo de la persona y el mensaje visual de su contenido se realiza a través de la representación gráfica material de los aspectos inmateriales de la personalidad (Trabuco, 2001, como se citó en Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009).

En línea con lo anterior, el derecho portugués pretende proteger un bien jurídico eminentemente personal, que tiene estructura de libertad fundamental y que le otorga al titular el dominio sobre la propia imagen, de modo que es el titular del derecho el que determina quién y en qué medida puede registrarla o divulgarla (Andrade, 1996, como se citó en Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009).

Por último, destacamos que la doctrina de Portugal no está en desacuerdo con la opinión general de que el derecho a la propia imagen se desarrolla en sus dos vertientes: la positiva (patrimonial) y la negativa (material). Al respecto, estiman que la potencia patrimonial del derecho a la propia imagen sí está dentro del concepto constitucional puesto de manifiesto por el constituyente de 1976. Esto se debe, entre otras causas, a que el propio contexto progresista interpretativo de la CRP se inclina en este sentido, pues existe una clara preocupación constitucional de proteger al derecho como un todo, abarcando todas las posibilidades de lesión que puedan surgir (Rebelo, 1998, como se citó en Rodrigues da Cunha e Cruz, 2009). Al igual que en el caso de España, debemos decir que la normativa relativa a la protección de datos de las personas también ampara el

27 Código Penal de Portugal. Disponible en: https://europam.eu/data/mechanisms/PF/PF%20Laws/Portugal/Portugal_criminal%20code_1982_amended2015_por.pdf.

derecho a la imagen. En el caso de Portugal, la Ley 58/2019 garantiza la aplicación en la legislación nacional del RGPD y, así, la protección de la imagen de los individuos como dato personal.

7. Conclusión

Conforme con lo que se ha analizado a lo largo de todo este trabajo, el derecho a la imagen se encuentra íntimamente vinculado con los derechos personalísimos de los individuos. Tal es así que, más allá de ciertas diferencias en las legislaciones de cada territorio, los cuerpos normativos de los países coinciden en sus principales aspectos y caracteres; estos lo consagran y reconocen otorgándole, en ciertos casos, un reconocimiento expreso en su texto constitucional.

En el caso de Argentina, y a diferencia de lo que sucede en España y Portugal, no se ha incorporado en forma expresa una referencia al derecho a la propia imagen. Sin perjuicio de ello, la tutela estaría garantizada a través de los principios constitucionales que amparan la privacidad e intimidad de las personas, así como las leyes sancionadas a la fecha que le dan protección a la imagen de las personas.

A lo largo del tiempo, la concepción de este derecho se ha ido adaptando y modificando, de forma tal que pueda comprender los escenarios que fueron surgiendo, como, por ejemplo, con la irrupción de las nuevas tecnologías y las últimas formas de captar imágenes. En este sentido, consideramos que este derecho debe entenderse e interpretarse como un derecho dinámico y en constante actualización. Para ello, una visión tecnológicamente neutral es la vía adecuada para regular el instituto.

Adicionalmente, concluimos que, como tantos otros, el derecho a la propia imagen debe evaluarse haciendo una correcta ponderación de las circunstancias de cada caso concreto y teniendo en consideración otros derechos de especial importancia, como el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información.

Siguiendo estos parámetros es que podemos contar con un sistema de derecho más justo, en el que prima el equilibrio entre los distintos intereses y derechos de los individuos que lo componen.

Bibliografía

- Barbieri, P. C. (2014). *Derecho a la imagen personal en el nuevo Código Civil y Comercial: un paso adelante*. <http://www.saij.gov.ar/pablo-carlos-barbieri-derecho-imagen-personal-nuevo-codigo-civil-comercial-paso-adelante-dacf140721-2014-10-02/123456789-0abc-defg1270-41fcanirtcod>.
- Cabello, M. (2018). El derecho a la imagen y el contrato de trabajo actoral. *Anales de Legislación Argentina*, (10), 111-116. AR/DOC/1228/2018.
- Ceballos Delgado, J. M. (2011). Aspectos generales del derecho a la propia imagen. *Revista La propiedad inmaterial*, (15), 61-83. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3785211>.
- De las Heras Vives, L. (2018). La intimidación en crisis: repensando su finalidad. *Rev. Boliv. de Derecho*, (26), 78-107. <http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/08/78-107.pdf>.
- De Lamo Merlini, O. (s.f.). *Consideraciones sobre la configuración del derecho a la propia imagen en el ordenamiento español*. Universidad Complutense de Madrid. https://eprints.ucm.es/id/eprint/10972/1/Lamo_Merlini_derecho_a_la_propia_imagen.pdf.
- Garsco, M. A. (2015). El nuevo Código Civil y Comercial, respecto del micro-sistema de la propiedad intelectual. *Revista Código Civil y Comercial*, AR/DOC/3259/2015.
- Harvard University Press Blog. (2 de agosto de 2011). *Who Owns Your Face?* https://harvardpress.typepad.com/hup_publicity/2011/08/who-owns-your-face.html.
- Kurnit, R. (2019). *Right of Publicity in the USA*. Lexology. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8b163135-9c21-4448-9a65-e25382113139>.
- Lamm, E. (2017). *Derecho a la imagen*. Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación. <https://salud.gob.ar/dels/entradas/derecho-la-imagen>.
- Masciotra, M. (28 de abril de 2004). *La voz y la imagen y el ámbito de aplicación de la ley de protección de datos personales*. Sistema Argentino de Información Jurídica. <http://www.saij.gov.ar/mario-masciotra-voz-imagen-ambito-aplicacion-ley-proteccion-datos-personales-dacf040044-2004-04-28/123456789-0abc-defg4400-40fcanirtcod>.
- Moraleda Gómez, M. (2020). *El derecho al honor, a la intimidación personal y familiar y a la propia imagen en el s. XXI* (Tesis de maestría). Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid. https://biblioteca.cunef.edu/files/documentos/TFM_Mercedes_Moraleda_Gomez.pdf.
- Nogueira Alcalá, H. (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. *Revista Ius Et Praxis*, 13(2), 245-285. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v13n2/art11.pdf>.
- Pereira, D. Silva, Paulino Alves, C. y Ferreira, T. (s.f.). *O direito à imagem: toda a imagem tem o seu preço*. http://carlospintodeabreu.com/wp-content/uploads/2018/10/35_societario_direito_imagem.pdf.
- Rodrigues da Cunha e Cruz, M. A. (2009). El concepto constitucional del dere-

- cho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 11(22), 17-50. <https://idus.us.es/handle/11441/46051>.
- Saldaña, M N. (2011). El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego. *Teoría y Realidad Constitucional*, (28), 279-312.
- Vaninetti, H. A. (2020). *Derecho a la intimidad en la era digital* (1ª ed., Vol. 1). Hammurabi. <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/derecho-a-la-intimidad-en-la-era-digital-vol-1?location=166>.
- Villanueva-Turnes, A. (2016). El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y su choque con el derecho a la libertad de expresión y de información en el ordenamiento jurídico español. *Dikaion*, 25(2), 190-215. <https://www.redalyc.org/journal/720/72048894003/html/>.
- Warren, S. D. y Brandeis, L. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, IV(5). http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html.

Apuntes sobre la licitud de la copia

* * * *

Natalia Celena Tobón

Profesional independiente

nataliatobon@hotmail.com

Recibido: 2 de noviembre de 2021

Aceptado: 28 de noviembre de 2021

Resumen

Los autores defienden la licitud de la copia de una obra –literaria, artística, arquitectónica, fotográfica, de bellas artes- cuando la obra que se duplica no es original; cuando la obra que se reproduce está en el dominio público -y se honra el derecho de paternidad-; y cuando la copia se hace sin incurrir en competencia desleal o enriquecimiento ilícito.

Palabras clave: copia, plagio, derecho de autor, competencia desleal, enriquecimiento ilícito.

Notes on the Legality of Plagiarism

Abstract

The authors defend the legality of the copy of a work - literary, artistic, architectural, photographic, of fine arts - when the work that is duplicated is not original, when the work that is reproduced is in the public domain and the right is respected of paternity, and when the copy is made without incurring in unfair competition or illicit enrichment.

Key words: copy, plagiarism, copyright, unfair competition, illicit enrichment.

Notas sobre a legalidade do plágio

Resumo

Os autores defendem a legalidade da cópia de uma obra - literária, artística, arquitetônica, fotográfica, de artes plásticas - quando a obra duplicada não é origi-

nal, quando a obra reproduzida é do domínio público e o direito é respeitado de paternidade, e quando a cópia for feita sem incorrer em concorrência desleal ou enriquecimiento ilícito.

Palavras-chave: cópia, plágio, direitos autorais, concorrência desleal, enriquecimiento ilícito.

Nada es original, todo es un remix.

Marco Velasco¹

1. Introducción

Dicen que Picasso sostenía que “los grandes artistas copian, los genios roban”, pero a los abogados especialistas en propiedad intelectual se nos dilata la pupila cuando leemos esto. Olvidamos que casi nada es original y que todo, incluso esto que está leyendo, es fruto de una cabeza en la cual han intervenido una multitud de factores –educación, lecturas, formación jurídica y hasta gustos artísticos– que influyen en el resultado, en el ánimo y en la creatividad.

Y es que si lo pensamos bien, casi ninguna creación es original. La mayoría son el resultado de la imitación –consciente o inconsciente– de algo anterior y ello, salvo que se haga violando la ley, como veremos más adelante, es lícito e incluso benéfico. Nada más recordemos que Albert Einstein advertía que “el juego combinatorio parece ser la característica esencial en el pensamiento productivo” y Mark Twain comentaba que “sustancialmente todas las ideas son de segunda mano, consciente e inconscientemente extraídas de un millón de fuentes externas”.

Es más, no todas las copias están en la misma categoría. Ya lo decía T. S. Elliot, un poeta famoso: “Los poetas inmaduros imitan; los poetas maduros roban; los malos estropean lo que roban, y los buenos lo convierten en algo mejor” (como se citó en Molina, 2016, párr. 1).

En este artículo no se trata de hacer una apología de la copia, sino

1 Blog de Marco Velasco. <https://macoaconico.medium.com/nada-es-original-todo-es-un-remix-tercera-parte-7629abc95071>. El autor agrega: “Y dijo Dios: ‘Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza’ Génesis 1:26”.

de reconocer que legalmente es posible construir sobre lo construido teniendo ciertas precauciones relacionadas con temas como la originalidad, la competencia desleal y el enriquecimiento sin causa.

2. Algo de historia

Desde el año 700 a. C. existen pruebas del interés de la humanidad por la protección de la autoría de las obras del intelecto humano. En efecto, hay evidencias de que en la colonia griega de Síbari –región de Calabria, Italia– los cocineros tenían derecho a patentar temporalmente los platos de comida que inventaban (Ateneo. *Deipnosophist.*, 349). Esta protección se aplicaba a la técnica real de preparar un plato y al texto de una receta (Fabiani, 1987).

Sin embargo, para las civilizaciones de la antigüedad el concepto de “autoría” era totalmente diferente al que existe actualmente. Por ejemplo, en las culturas aborígenes de África las técnicas artísticas apenas se heredaban mediante el parentesco o a través de la tradición de sus clanes (Brain, 1980).

Para los autores de la antigua Grecia, particularmente en ciudades como Atenas, Esparta y Siracusa, las ideas se presumían regalos de los dioses; los griegos siempre invocaban a las musas como su principal fuente de inspiración y, en consecuencia, no podían ser objeto de venta o apropiación individual (Bappert et al., 1962).

Platón criticaba, con toda razón, la inspiración divina de los griegos. De los poetas, por ejemplo, el filósofo decía que solo podían escribir poemas gracias a los dioses y por eso no eran capaces de interpretar sus propias obras (Ion. 533c-536d). Sócrates, por el contrario, era de los que pensaba que las ideas y el conocimiento no se podían apropiarse ni vender porque tenían un valor superior al dinero.

Pese a lo anterior, los griegos entendían que se debía respetar el trabajo intelectual. Algunos autores narran que cuando Hermodoro de Siracusa anotó las lecciones de Platón para luego venderlas en Sicilia, dio lugar a tal desprecio en Grecia que la frase “con los diálogos de Platón, Hermodoro hace negocios” se volvió típica en la región (Zenobio. v. 6; Cic. *ad. Att.* xiii. 21, 4).

El pueblo judío fue uno de los pocos de la antigüedad en tener una legislación expresamente referida a un derecho de autor. La ley

judía prohibía la reclamación falsa de autoría sobre libros y manuscritos, al tiempo que desalentaba el robo de las ideas. Cuando los pescadores judíos utilizaban peces muertos en sus redes como carnada para pescar, la selección, disposición y forma de colocar el cebo eran propias de cada pescador, lo que implicaba un valor intelectual que se protegía bajo ley judía. La regla era que las redes debían mantenerse alejadas unas de otras, para así evitar que los pescadores más flojos se aprovecharan del ingenio y la técnica de los más hábiles (Kahaner, 2003, p. 179).

Al comienzo del primer milenio d. C. florecía en Roma un importante comercio de libros y de otras obras artísticas, pero no existían leyes que les reconocieran a escritores y artistas un derecho de dominio sobre las obras intelectuales (Rengifo, 2003). Solo las fuentes no jurídicas que se tienen de la época parecen demostrar que entonces se procuraba respetar la paternidad sobre las obras artísticas y literarias.

Durante los siguientes 400 años, Europa entendió lentamente el concepto de “obra intelectual”. La expresión de las ideas empezó a reconocerse y escritores, escultores, pintores y músicos recibieron el privilegio de ser llamados “autores” ante la sociedad (Woodmansee, 1984, p. 429).

Gutenberg inventó la imprenta en Europa a mediados del siglo XV. A partir de ese instante, los Gobiernos de Italia, Francia e Inglaterra comenzaron a otorgar privilegios exclusivos para la explotación económica de las obras literarias.

Toda esta historia se cita para introducir la idea de que la copia siempre ha existido. ¿Será cierto que la inspiración viene de los dioses? ¿Será suficiente sancionar al copista con el escarnio público sin necesidad de tipificar tal acción como un delito? ¿Debe sancionarse todo plagio o solo el de obras que puedan calificarse como originales? En este estudio exponen algunas de las respuestas a estas preguntas.

3. El derecho de propiedad intelectual no es absoluto

El derecho de propiedad intelectual que nos rige actualmente otorga una protección relativa, no absoluta, por lo menos en Colombia. En efecto, en este país el derecho de propiedad en general es objeto de limitaciones tal y como lo dispuso la Corte Constitucional, al ana-

lizar el texto del artículo 669 del Código Civil de 1886, cuyo texto original disponía:

El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella *arbitrariamente*, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.²

Cabe aclarar que la palabra *arbitrariamente* fue declarada inexecutable –contraria a la Constitución–, “pues todo derecho tiene que armonizarse con los demás que con él coexisten”.³

Con anterioridad a este pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia ya se había referido a la función social y a los límites del derecho de propiedad:

El sentido netamente individual de la propiedad, heredado del derecho romano, que la concibió como concentración de poderes o atribuciones del dueño sobre sus bienes en cuya virtud éstos quedan sometidos directa y totalmente a su señorío con el fin de satisfacer únicamente sus egoístas intereses, ha venido cediendo el paso a una concepción marcadamente solidarista o funcionalista que, sin desconocerle al titular la facultad de utilizar, usufructuar y disponer libremente de los bienes en su provecho, le impone el deber de enrumbar el ejercicio de ese derecho por los cauces del bien común para que las ventajas que de él fluyan, se extiendan a la comunidad, en cuya representación actúa el propietario en función social.⁴

Estas limitaciones también se extienden a la propiedad intelectual, pues la Corte Constitucional sentenció expresamente que esta, como cualquier derecho de propiedad, está sujeta “a las restricciones y obligaciones que implican la función social, aplicable a todas las formas y expresiones del dominio (art. 58 *ejusdem*), y la prevalencia del interés general (Constitución Política, art. 1º)”.⁵

2 Cursiva agregada.

3 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-595, agosto 18/99.

4 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, agosto 11/88.

5 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-381, septiembre 14/93.

La temporalidad de la protección contemplada en el artículo 61 de la Constitución, norma según la cual “el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”, es tal vez la demostración más clara de una limitación, pues con posterioridad al vencimiento de una patente o un derecho patrimonial de autor –por ejemplo, la invención y la obra– pasan a enriquecer el dominio público, en el que cualquier persona puede usarlas sin pagar contraprestación. Existen otras situaciones que permiten pensar que existen más limitaciones a la propiedad intelectual en nuestro país, aunque en otras latitudes la situación es similar. Tenemos la exigencia de conceder licencias obligatorias sobre patentes si no se han explotado al cabo de un tiempo (Decisión 486 de 2000, artículo 61), la posibilidad de solicitar la cancelación de marcas que no hayan sido usadas en los tres años anteriores a la fecha de solicitud de cancelación (Decisión 486 de 2000, artículo 165) y las limitaciones al derecho de autor conocidas como “uso justo” o *fair use* (como el derecho de cita y el derecho de reproducción de partes de una obra para la ilustración y enseñanza, por ejemplo).

4. La importancia del dominio público

Generalmente se aducen tres principios para justificar la existencia de las distintas figuras de la propiedad intelectual: el principio de la recompensa, el de la recuperación y el del conocimiento público difundido o de beneficio general.

El primero sostiene que se debe incentivar económicamente a un inventor o artista por el tiempo y esfuerzo que invierte en el trabajo que realiza. Aunque se trata de una explicación lógica, algunos estudios demuestran que la mayoría de los inventores y artistas no crean pensando en una recompensa económica, sino que actúan por curiosidad, por el deseo de resolver un problema y por la pasión por algo que les gusta (Savitsky, 2004).

El segundo, el principio de la recuperación, busca que el inventor o el artista recupere lo que invirtió en el desarrollo del invento o la creación artística y se sienta motivado para iniciar nuevas indagaciones. Sin embargo, en este punto se presentan varios interrogan-

tes: ¿cómo valorar las inversiones en investigación y desarrollo?, ¿se debe recuperar la inversión en promoción y publicidad?, ¿y si las invenciones las hacen universidades o entidades públicas con fondos públicos?

El tercer principio, el del conocimiento público difundido, es tal vez el más importante de los tres porque le hace contrapeso a los dos anteriores. Con él se persigue que después de recompensar al creador de una obra protegida por la PI durante un tiempo, otorgándole la facultad de excluir a otros de la explotación de su creación, esta pase al dominio público para que la sociedad en general se beneficie. Este principio se origina en el siguiente razonamiento: nada nace por generación espontánea. Todas las creaciones del espíritu son fruto del esfuerzo de un ser humano que obtiene la inspiración en el marco de una sociedad específica que le proporciona la materia prima:

Tanto a nivel tecnológico como artístico, un nuevo aporte nunca es un fenómeno individual. De allí que el derecho de propiedad sobre dichos aportes no sea intemporal sino que, por un fenómeno convencional de transacción entre el mínimo que exige el goce exclusivo y el máximo de difusión que la comunidad exige, se fija discrecionalmente por el legislador un término razonable al cabo del cual el derecho individual de propiedad se extingue. La temporalidad del derecho intelectual busca finalmente resolver la tensión que existe entre el interés privado y el interés público.⁶

Una obra que está en el dominio público puede ser reproducida libremente.

El dominio público en materia de derechos de autor implica que nadie tiene un derecho de exclusiva para gozar de las facultades patrimoniales sobre la obra, y, en consecuencia, la obra puede ser explotada por cualquier persona, por lo cual no hay en sentido estricto, un dominio como no lo hay sobre el aire o la luz solar. (Pachón, 1988, p. 75)

En Colombia están en el dominio público las obras cuyo período

6 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-334, agosto 12/93.

de protección esté agotado; las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos; las obras cuyos autores hayan renunciado a sus derechos;⁷ las ideas que no han sido expresadas en un medio que permita su divulgación o reproducción, es decir, las ideas que no se han convertido en una obra; las obras que carecen de originalidad; los procedimientos, los métodos de operación y los conceptos matemáticos; las noticias del día o los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa,⁸ en contraposición a lo que sería una crónica, un artículo de periodismo investigativo e incluso un artículo de periodismo de opinión. Las simples informaciones de prensa o los sucesos y acontecimientos noticiosos en sí mismos no le pertenecen a nadie, ni siquiera a quien obtuvo la información.⁹

También los juegos están en el dominio público.

Un juego es una actividad que no constituye una obra jurídicamente hablando, ya que el juego entendido como tal, es una idea no materializada, y por lo tanto no es objeto de protección por vía del derecho de autor. Es simplemente una actividad más no una obra.¹⁰

Un rompecabezas, por ejemplo, no está protegido por el derecho de autor. La Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia explicó que

no todos los trabajos o creaciones (obras) de la inteligencia pueden ser objeto de protección por el derecho de autor, así sean creativos y originales, toda vez que unos cuantos rasgos, unas palabras, aun

7 El artículo 188 de la Ley 23 colombiana señala que la renuncia por los autores o herederos a los derechos patrimoniales de la obra deberá presentarse por escrito y publicarse y será válida siempre y cuando no sea contraria a las obligaciones contraídas anteriormente.

8 Convenio de Berna, artículo 2º, número 8º.

9 Sin embargo, algunas legislaciones expresamente establecen que cuando se reproduzcan las noticias del día y las simples informaciones de prensa en su versión original será necesario expresar la fuente. Al respecto, véase el artículo 28 de la Ley 1123 de 1933 de Argentina.

10 Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto 2-2005-329 del 14 de enero de 2005.

cuando provoquen placer estético no son obras y por ende no son protegibles por la disciplina autoral.¹¹

No obstante lo anterior, los escritos que describen los juegos sí podrían estar protegidos por el derecho de autor, siempre que cumplan con todos los requisitos correspondientes. Sin embargo, la protección de tales documentos solo servirá para impedir la reproducción, comunicación pública, difusión y transformación de tal escrito, pero no impide que alguien lleve a cabo el procedimiento, cumpla o incumpla las reglas y lleve a cabo el juego.

En resumen, las ideas, los métodos, los sistemas, las noticias presentadas como simple información de prensa, los conceptos matemáticos y la teoría que permite desarrollar un juego no se consideran obras y, por ende, su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellos propiedad alguna, aun cuando sean novedosos. De permitirse exclusividad, se estaría obstaculizando la difusión y el desenvolvimiento de toda la creatividad humana.

El juez norteamericano Alex Kosinki explica estas exclusiones a la protección del derecho de autor en los siguientes términos:

¿Dónde estaríamos si Charles Lindbergh tuviera el derecho exclusivo sobre el concepto de aviador independiente? ¿Si Albert Einstein hubiera patentado la teoría de la relatividad? ¿Si cada autor o celebridad tuviera el derecho de evitar que los demás comenten su trabajo o se burlen de él? Seguramente esto haría el mundo más pobre y no más rico, cultural y económicamente. He ahí el por qué es necesario hacer balances cada que se aplican las normas de propiedad intelectual entre lo que se le otorga a su titular y lo que se le deja al dominio público, es decir, a todos nosotros.¹²

Ahora bien, una obra en el dominio público se puede copiar sin

11 Ibid.

12 *White v. Samsung Electronics América, Inc.*, U.S. 951, 113 S. Ct. 2443, 124 L. Ed. 2 Ed. 660 (1993). Salvamento de voto del juez Alex Kozinski. En el caso objeto del pronunciamiento en mención se trataba de resolver si un personaje público (Vanna White) podía demandar a una empresa por usar en su

pagar contraprestación, pero es necesario respetar la autoría porque el derecho de paternidad sobre una obra es un derecho inalienable, inembargable e imprescriptible.¹³

5. Escasez de originalidad

¿Cómo encontrar la originalidad? ¿Por qué es importante que una obra sea original para que la ampare el derecho de autor? La Decisión 351 de 1993 aplicable en los países de la Comunidad Andina (Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia) define a la obra protegible por el derecho de autor de la siguiente manera: “Toda creación intelectual *original* de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”.¹⁴

Como se observa, la originalidad es un requisito *sine qua non* para la protección autorral.¹⁵ Se trata de una exigencia tan importante que hay quienes sostienen que “derecho de autor” es sinónimo de “originalidad”. El problema es que el término “originalidad” no ha sido definido por ninguna legislación –y es conveniente que así sea, pues

publicidad un robot que la imitaba. White ganó el proceso contra Samsung, pero Kozinski salvó el voto.

13 “De la autoría se desprenden dos tipos de derechos: los morales y los patrimoniales. Los derechos morales facultan al autor para reivindicar en todo tiempo la paternidad de la obra, oponerse a toda deformación que demerite su creación, publicarla o conservarla inédita, modificarla y a retirarla de circulación. Los derechos morales se caracterizan por ser intransferibles, irrenunciables e imprescriptibles” (Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto: 1-2013-31778, Plagio.doc).

14 Decisión Andina 351, artículo 3º. Cursiva agregada.

15 “El *sine qua non* del derecho de autor es que exista originalidad” (*Mannion v. Coors Brewing Co.*, 2005 U.S. Dist. Memorandum Opinion. Lewis A. Kaplan. District Judge, citando *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991)). *Feist* es un caso clásico de derechos de autor en el que el propietario de unos directorios telefónicos demandó a otro por plagio. La Corte sentenció que, al menos en lo que respecta al derecho de autor, no había plagio pues lo que este derecho protege es la originalidad, y organizar los nombres, direcciones y teléfonos de distintas personas en orden alfabético en un directorio telefónico, si bien es una tarea que exige mucho trabajo –“sudor de la frente”, mencionó la Corte–, ello no necesariamente conduce a que el resultado sea original (como se citó Tobón Franco y Varela Pezzano, 2010, p. 263).

cualquier definición sería incompleta—, por lo que hay que acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para desentrañar su significado.

Para algunos autores, la originalidad es una característica que puede apreciarse tanto en términos objetivos (novedad) como en términos subjetivos (reflejo de la personalidad del autor). “Basta con que la obra sea original desde uno de esos puntos de vista para que se proteja, y ello con independencia de su calidad o mérito artístico” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2015, s.p.).

En Estados Unidos, la jurisprudencia ha dispuesto algunos parámetros para determinar si una obra es o no original:¹⁶

- Un trabajo es original cuando no es copiado de otro.
- Una obra es original cuando tiene una chispa de creatividad.
- La originalidad no tiene que ver con la belleza ni con la estética.
- La originalidad no depende de la cantidad de trabajo –sudor de la frente—¹⁷ ni del tiempo invertido.

El Tribunal Andino de Justicia, por su parte, ha hecho énfasis en la individualidad como requisito de la originalidad. Para este, una obra original es aquella que se puede “[d]iferenciar claramente de obras de terceros [...]. Aunque haya dos obras parecidas, se podrían considerar las originales si: 1) una no es una reproducción de la otra, y 2) tienen elementos que logran diferenciarlas o individualizarlas claramente”.¹⁸

Esa individualidad mencionada por este tribunal parece aludir

16 *Estados Unidos, Atari Games Corp. v. Oman*, 888 F.2d 878 (D.C. Cir. 1989).

17 En *Miller v. Universal City Studios, Inc.*, un periodista dedicó 2500 horas de investigación para escribir un libro sobre un secuestro. Universal Studios, por su parte, produjo la película en la que recreó la historia, pero no le pagó las regalías al periodista. El autor del libro demandó al estudio cinematográfico, pero la Corte favoreció a Universal Studios, pues consideró que lo que estaba protegido por los derechos de autor era la obra escrita de Miller y no los hechos ni la investigación, mucho menos cuando todos ellos habían sido públicos y revelados en los medios de comunicación. La Corte insistió en que “es la originalidad y no el tiempo, el esfuerzo, la dedicación y sudor de la frente que se gasta en la investigación” lo que permitía la protección de los derechos de autor *Miller v. Universal City Studios, Inc.*, 650 F. 2d 1365 (5th Cir. 1981).

18 Tribunal Andino de Justicia, Proceso 121–IP–2013. “Lo que se protege es la individualidad, originalidad y estilo propio del autor para manifestar sus ideas”.

a la personalidad única de su autor,¹⁹ ya que, en sus palabras, “la originalidad exige que la obra presente una individualidad muy característica, que plasme la impronta de su autor de manera clara y evidente. La originalidad supone un aporte individual y creativo, es decir, producto de un pensamiento independiente”.²⁰

Por consiguiente, habría que dejar de ser tan sensibles y ofendernos cuando alguien reproduce una frase, oración, definición o idea genérica, pues allí no hay plagio:

Por ejemplo, si al interior de un párrafo un autor dice que ‘Lima es la capital del Perú’, no puede acusársele de plagio simplemente por el hecho de que otros autores, también al interior de determinados párrafos, han escrito previamente que ‘Lima es la capital del Perú’. No hay nada de original en esta oración. Cualquier persona podría escribirlo a partir de su propio pensamiento.²¹

De cualquier forma, hay que decir que la originalidad se presume y quien la niegue debe probarlo, “de manera que la prueba de que la obra del actor no tiene ninguna originalidad incumbe a la parte demandada” (Kerever, 2003, p. 206).²²

Tal vez, la mejor forma de entender la originalidad es estudiando la forma en la que se ha tratado en los diversos ámbitos de la creación artística.

5.1. Originalidad en las novelas

Muchos consideran que Gabriel García Márquez, al escribir *Memoria de mis putas tristes* reescribió la novela *La casa de las bellas dur-*

19 Tribunal Andino de Justicia, Proceso 295-IP-2019.

20 Tribunal Andino de Justicia, Proceso 295-IP-2019.

21 *Ibidem*.

22 En palabras del Tribunal Andino de Justicia : “El que alega un hecho tiene la carga de probarlo. En consecuencia, quien imputa a un tercero haber plagiado un texto suyo tiene la carga de probar esta circunstancia; es decir, tiene la carga de probar que su texto es original y que el texto del tercero es una copia del suyo. El tercero no tiene la carga de probar que el texto materia de debate no es original, pero nada impide que lo haga” (Proceso 295-IP-2019).

mientes del japonés Yasunari Kawabata. ¿Será cierto que el Nobel colombiano “copió” su última novela? Al fin y al cabo, ambas obras tienen muchas similitudes: las dos son novelas y tienen cinco capítulos cada una; el personaje de Gabo es un viejo de 90 años y el de Kawabata tiene 67; la atmósfera del insoportable calor del trópico de la obra del colombiano contrasta con las estaciones del otoño y el invierno del japonés; y, en ambos casos, el personaje principal busca a una prostituta joven y virgen. Si observamos con detenimiento, ambas historias se parecen y son distintas al mismo tiempo.

Si aplicamos el principio del derecho de autor según el cual las ideas no tienen dueño y lo que es susceptible de ser protegido con este derecho es la originalidad de su forma de expresión, es decir, la selección y arreglo de las palabras en el caso de las novelas, podemos llegar a una primera conclusión: en la literatura, la originalidad no está en los temas ni en los argumentos, sino en cómo son narrados una y otra vez. Si esto es así, entonces *Memoria de mis putas tristes*, con su atmósfera tropical, tiene suficientes méritos para ser original.

Ahora bien, ¿será que la originalidad la da quien inspira la novela? Para empezar, hay que dejar claro que la persona que sirve de musa no es dueña de nada. Es más, ni ella ni la que tiene una idea para una historia son titulares de ningún derecho por una razón muy sencilla: las ideas o el contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de protección por el derecho de autor. Este derecho protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, cómo las ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en obras literarias, artísticas y científicas.²³

El caso de Luis Alejandro Velasco contra Gabriel García Márquez ilustra este punto. Velasco, un marinero que en una ocasión naufragó en el mar y permaneció más de una semana perdido en una balsa sin alimento, fue el protagonista de una de las novelas de García Márquez, titulada *Relato de un naufrago*. Una vez publicada, Velasco solicitó que se le reconociera que él era coautor de la obra, puesto que le había contado su historia al autor, quien primero escribió una crónica para el periódico *El Espectador* y, unos años después, la aclamada novela.²⁴

23 Art. 6, L. 23/1982.

24 Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 27 de enero de 1994.

Velasco también argumentaba que el mismo García Márquez (2020) había escrito en el preámbulo de su libro: “Los derechos de autor, en consecuencia serán para quien los merece: el compatriota anónimo que debió padecer diez días sin comer ni beber en una balsa [...]” (p. 11). Sin embargo, Velasco perdió el proceso ante las autoridades colombianas, pues estas, luego de analizar los hechos, determinaron que no había coautoría en la obra toda vez que el marino simplemente le dio la idea al escritor y le contó verbalmente su historia, pero no participó en la selección de las palabras, en el orden de los capítulos ni, en general, en la redacción del relato.

5.2. Originalidad en las fotografías

Otro caso de estudio son las fotografías. ¿Qué tan original puede ser una fotografía? Algunos consideran que no son originales, puesto que son una copia de la realidad. Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana dijo, hace más de un siglo, que hay derechos de autor sobre la forma personal, intelectual y original que escoge el fotógrafo al capturar la imagen, la luz, la decoración y los ángulos.²⁵ Específicamente, la jurisprudencia norteamericana ha señalado que una fotografía puede ser original porque ha plasmado la realidad de manera única, fue tomada en el momento perfecto o porque recrea una escena muy especial.²⁶ Pero no hay que exagerar. En el país del norte también encontramos un fallo que dice que la sola selección del lente, la luz, la posición, el filtro e incluso la clase de rollo no necesariamente determinan que la foto sea original.²⁷ Al fin y al cabo, el derecho de autor no protege el esfuerzo, el tiempo o “el sudor de la frente” que una persona –en este caso, un fotógrafo– pone en su obra, sino la creatividad que se observa en el resultado. Un fotógrafo puede haber dedicado mucho interés y tiempo a realizar una obra, pero el resultado puede no ser original. Para ilustrar esta última afirmación, el juez citó el caso *Bridgeman Art Library, Ltd. v.*

Rad. 11985.

25 *Burrow-Giles Lithographic v. Sarony*, 1884.

26 *Mannion v. Coors Brewing Co.*, cit., *supra*.

27 Ídem.

Corel Corp. Aquí se estableció que unas fotografías de unas obras de la pintura clásica carecían de derechos de autor porque el fotógrafo había creado unas obras idénticas a las pinturas originales. Si bien es cierto que para lograr ese resultado el fotógrafo requirió mucho esfuerzo y pericia y tuvo que escoger muy bien el ángulo, el rollo y la luz, el resultado no fue original debido a que en las fotografías no quedó nada de su personalidad.²⁸

5.3. Originalidad en las compilaciones de información

Una compilación puede ser protegida mediante derechos de autor si y solo si la selección, arreglo y disposición de sus elementos tiene un mínimo de originalidad o, por lo menos, una chispa de creatividad personal. La jurisprudencia estadounidense ha aceptado que mientras algunas enciclopedias y libros de cocina son protegibles a través de los derechos de autor porque la información ha sido dispuesta de una manera personal y original, los directorios telefónicos en los que aparece la información organizada en orden alfabético no, aunque hayan requerido muchos trabajos: los derechos de autor no protegen el sudor de la frente (*sweat of the brow*), sino la originalidad.²⁹

Tratándose de compilaciones de normas o jurisprudencia, al menos en Colombia no se puede hablar de derechos de autor sobre la información en sí misma, puesto que la Ley 23 de 1982, en su artículo 41, señala que les es permitido a todos reproducir la Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, reglamentos, demás actos administrativos y decisiones judiciales bajo la obligación de conformarse puntualmente con la edición oficial.

Si esto es así y el texto de la Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, reglamentos, demás actos administrativos y decisiones judiciales se pueden reproducir libremente, entonces en las compilaciones de legislación y jurisprudencia lo que está protegido mediante derechos de autor es solo la originalidad en el sistema de

28 *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d 191 (S.D.N.Y. 1999).

29 *Feist Publications, Inc v. Rural telephone Service Co.*, 499 U.S 240, 245-246 (1991).

selección o de organización de la información. En este sentido, consideramos que no existen derechos de autor sobre las compilaciones de legislación o jurisprudencia cuando la selección y organización de la información se hace utilizando uno o varios de los siguientes criterios: la fecha de la ley o la sentencia, los nombres de las partes, el juzgado o tribunal de procedencia, las normas o casos concordantes y los temas o descriptores. Ello, porque se trata de los criterios obvios que se utilizan para compilar este tipo de información y que excluyen de plano la calificación de tales obras como compilaciones personales, originales o con una chispa de creatividad.

Esto no significa que las editoriales deban desarrollar su objeto social sin ninguna protección, sino que pueden optar por proteger sus compilaciones legales mediante otras herramientas jurídicas, como son las marcas o los contratos. De hecho, las más grandes editoriales jurídicas americanas, como Lexis Nexis y Westlaw, tienen centenares de marcas en uso y registradas para identificar sus productos. Por ejemplo, el hecho de organizar y mostrarle al usuario la información jurídica con notas de vigencia está protegido por Reed Elsevier, nuevo dueño de Lexis Nexis, a través de las marcas Shepards, Shepards.com, Shepard's Alert y Sheparize. Otra opción puede ser proteger la propiedad sobre las compilaciones a través de contratos que amparen en forma supletoria lo que no ampara el derecho de autor. Es el típico caso de los "términos y condiciones" de los sitios de internet y de las licencias que suscribe el usuario de bases de datos, en las cuales este se obliga a no divulgar ni dar a conocer a terceros su contenido.

5.4. Obras de arquitectura

En las obras arquitectónicas se ha dicho que la "originalidad aparece en aquellas creaciones del arte de la construcción cuya forma difiere de las obras cotidianas o habituales" (Ruipérez de Azcárate, 2012, p. 168). Esto significa que la originalidad aparece cuando el autor le imprime su sello personal a la obra independientemente de las limitaciones que impone el presupuesto, de las reglamentaciones locales y zonales de construcción, de la tecnología y de los materiales disponibles en el área.³⁰

30 "Architecture is not much more than a tree. Trees grow in line with its sur-

Es difícil encontrar la originalidad en las obras arquitectónicas porque un gran porcentaje de los arquitectos se dedica a lo que los americanos llaman *bread and butter architecture* para referirse a la elaboración y construcción de casas sencillas y edificios comerciales estándar, los cuales no están protegidos por el derecho de autor pues carecen de originalidad.

Al referirse específicamente a obra arquitectónica, el Tribunal Andino de Justicia ha insistido en que la originalidad debe buscarse fuera de los elementos necesarios para darle funcionalidad al edificio y para cumplir con las normas técnicas y urbanísticas.

Piénsese en una figura de un edificio elaborado con especificaciones técnicas de construcción antisísmica que se basen en elementos externos; todos los edificios que se hagan con esas especificaciones comparten ciertas características comunes. También piénsese en esquemas funcionales de construcción: pasos obligados, espacios para que el aire fluya, techos en forma de V invertida, entre otros; todos las construcciones que se hagan tendrán dichos rasgos característicos de funcionalidad. Por lo tanto, al determinar la originalidad se debe tener en cuenta estos elementos necesarios. Si el arquitecto le imprime ciertos rasgos personales, diferenciadores, que reflejen su espíritu creativo, como sería el caso de una fachada que diferencie totalmente una obra de las otras del mismo género, estaríamos ante una obra arquitectónica.³¹

En resumen, si combinamos los mencionados criterios legales y jurisprudenciales aplicables, podemos decir que al analizar la originalidad de una obra arquitectónica, hay que trabajar caso por caso,³² separar los elementos esenciales para darle funcionalidad al edificio – como son los “pasos obligados, espacios para que el aire fluya, techos

roundings. But some architects without consideration for the environment, creating a particular order. I do not, because I think we do the job only when it settled the environment”. Luis Sánchez Blasco (2015, párr. 2) le adjudica esta frase al arquitecto Toyo Ito.

31 Tribunal Andino de Justicia, Proceso 121–IP–2013.

32 Tribunal Andino de Justicia, Proceso 121–IP–2013.

en forma de V invertida”³³ y separar toda creación que se haga para dar cumplimiento de normas legales.

En arquitectura, la originalidad es una cualidad que no tiene que aparecer aislada, sino que puede encontrarse en la combinación de varios elementos. La originalidad “puede derivar tanto de sus concretos elementos individuales (por ejemplo, su fachada) como de la combinación de esos elementos, aun cuando individualmente considerados carezcan de originalidad (por ejemplo, de la forma de distribuir los espacios)”.³⁴

5.5. La paradoja de la moda

En teoría, a los diseños de prendas de vestir y a los accesorios se les puede aplicar cualquiera de las figuras de la propiedad intelectual –derecho de autor o propiedad industrial– si cumplen con los requisitos legales establecidos en la ley para cada una de ellas. Sin embargo, en la práctica, se complica acceder a estas figuras porque la moda es cambiante por naturaleza y una prenda de vestir que resulta valiosa para su diseñador y para sus competidores en una temporada específica puede perder su valor en la siguiente (precisamente porque “ha pasado de moda”).³⁵

33 En España, al comparar dos proyectos, un Tribunal encontró que ambos compartían el esquema primario que es origen “del 95% de las ideas proyectuales de los Arquitectos [...]”. SAP de Granada, número 510/1997, de 30 de junio de 1997.

34 *Ibíd.* También lo considera así la jurisprudencia argentina: “Aparece [...] de una dificultad absoluta el pensar siquiera que se pueda prescindir de los principios y leyes físicas en la realización de una obra cualquiera de arquitectura”, pero “existe originalidad en ella a partir de la combinación absolutamente personal que es reflejada en la obra en su conjunto. La originalidad está acentuada en la diferente combinación que de los conocidos presupuestos son realizados por el autor”. Argentina, provincia de Córdoba, Cámara 5ta. Civil y Comercial, Sentencia del 30 diciembre 1996 (Disponible en: <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=386>).

35 Hay modas que no caducan y algunos objetos se convierten en piezas clásicas. En la casa francesa de moda Hermès hay una lista de espera de un año para obtener el clásico bolso Kelly, que se hizo famoso en 1956 cuando la princesa Grace de Mónaco apareció con él en la portada de la revista *LIFE*. El

Es más, para algunos, la moda desafía la idea según la cual cuando existen “más derechos” se asegura “más creatividad”, pues en esta industria parece ser que la ausencia de derechos alimenta el proceso creativo, toda vez que los diseñadores de moda son libres de pedir prestado, imitar, revivir, recombinar, transformar y compartir todo tipo de elementos de diseño sin tener que pagar regalías o preocuparse por infringir derechos de propiedad intelectual (Cox y Jenkins, 2005).

5.6. ¿Son originales las creaciones procedentes de la inteligencia artificial?

La inteligencia artificial supone varios retos para los derechos de autor. El primero es el referido a la propiedad de los *inputs*, es decir, los datos con los que se alimenta la máquina con la finalidad de desarrollar algoritmos que ofrezcan creaciones de inteligencia artificial. Tales datos con frecuencia están protegidos por derechos de autor, con lo cual surge la necesidad de determinar en qué medida es necesaria la autorización del titular para utilizar esos contenidos y si sería conveniente establecer alguna excepción para que esa autorización no sea necesaria. El segundo tiene que ver con los *outputs*, es decir, los resultados que se derivan de la introducción de datos en ese modelo de inteligencia artificial, resultados que pueden ser una simple decisión, más datos o bien una creación artística nueva, cosa que ocurrirá sobre todo si el sistema se alimenta con creaciones intelectuales anteriores. El caso típico es el del proyecto *The Next Rembrandt*,³⁶ en el cual Microsoft combinó datos y algoritmos para remplazar el pincel del famoso pintor y crear nuevas obras: arte artificial.

¿En qué medida se podría decir que el resultado del algoritmo es una creación original? ¿Quién debería ser considerado titular de los derechos sobre esa obra: las personas que hay detrás de la máquina, la máquina como tal, el modelo de inteligencia artificial? ¿Debería pensarse que se trata de una obra en el dominio público?

clásico traje de Chanel –diseñado por Coco Chanel en la década de 1930– se sigue vendiendo actualmente a 5000 dólares estadounidenses.

36 Disponible en: <https://www.nextrembrandt.com/>.

6. Plagio

No existe una definición legal de esta figura, pero el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980, voz 188) ofrece las siguientes directrices:

- “Plagio es el acto de ofrecer o presentar como propia la totalidad o parte de la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados”.
- “No ha de confundirse el plagio con la libre utilización de las meras ideas o métodos de creación tomados de otra obra al crear una obra original”.

De cualquier forma, para que se produzca el plagio deben concurrir los siguientes factores:³⁷

1) La utilización no autorizada de la obra ajena, en todo o en parte, reproduciéndola de manera literal (caso en el cual se denomina “plagio servil”) o simulada (en cuyo caso la doctrina le denomina “plagio inteligente”), es decir, introduciéndole a la obra algunas modificaciones que buscan disimular la copia realizada. En este sentido, el plagio constituye una copia o reproducción no autorizada de la obra, sin detrimento de que también se puedan vulnerar otros derechos patrimoniales e, inclusive, el derecho moral de integridad.

2) La suplantación del autor, al presentar la obra a nombre de persona distinta del autor verdadero, lo que constituye una vulneración del derecho moral de paternidad.³⁸

En resumen, existen tres tipos de plagio: el servil, que es la copia literal, el inteligente, que es la copia simulada, y la suplantación del autor. Así lo expuso la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia al resolver una consulta de un ciudadano.³⁹ Como el plagio servil y la suplantación de autor son bastante evidentes, nos

37 Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, Concepto: 1-2013-31778, Plagio.doc

38 *Ibíd.*

39 *Ibíd.*

vamos a referir al plagio inteligente, es decir, a aquella copia simulada que requiere demostrar la coincidencia o similitud de una parte suficientemente significativa de una obra con los elementos originales de una creación intelectual. Esta comparación debe hacerse teniendo en cuenta el tipo de obra de que se trate y atendiendo más a las semejanzas que a las diferencias.⁴⁰

Precisamente, lo más difícil para establecer el plagio inteligente es determinar qué tan significativas o no son las similitudes y entre los elementos originales de una y otra obra. La jurisprudencia norteamericana, la española y la de la Comunidad Andina han ideado varios criterios para responder esta cuestión. Uno de ellos es el Test Hand, nombrado así en honor al juez norteamericano Learned Hand:⁴¹

- Para determinar si una obra es idéntica a otra lo primero que hay que hacer es verificar si hay identidad “literal”.
- Si no hay identidad “literal”, hay que proceder a determinar si hay similitud sustancial, o *substantial similarity*, entre las obras que se comparan. Para el efecto, hay que seguir los siguientes pasos:
 - » Sustraer todos los elementos no protegibles por el derecho de autor, como serían las *scènes à faire* americanas, las *banalités* francesas o los lugares comunes en castellano.
 - » Buscar si hay similitud sustancial en lo que queda de la obra aplicando el Test Resumen, o Abstraction Test, que se explica de la siguiente forma: no hay plagio entre dos obras cuando, a pesar de que se puede resumir su argumento de la misma forma, entre una y otra hay detalles, personajes, escenas y sucesos que les dan personalidad propia.

Siguiendo la doctrina del juez Learned Hand, se puede decir que entre más detallado sea el formato, mayor protección otorgará el derecho de autor. Así fue como en Brasil se protegió el formato del célebre *reality Big Brother*. En *Endemol v. TV SBT*, la productora holandesa había entrado en negociaciones con la cadena brasilera para transmitir el programa en televisión en ese país. TV SBT y Endemol no llegaron a un acuerdo y la primera tomó la decisión de transmitir

40 Ibid.

41 *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

su propia versión del *reality*: *Casa Dos Artistas*. Endemol, por supuesto, demandó. TV STB alegó en su defensa que la idea de encerrar a un grupo de personas en una casa para observar su conducta no era una idea novedosa, pues, en su sentir, a manera de ilustración, “la obra *1984* de George Orwell trata[ba] con este tema [...]”. La Corte, sin embargo, estimó lo siguiente con respecto a *Big Brother*:⁴²

[Big Brother] no se limita a espiar [a] personas encerradas en una casa durante un cierto período de tiempo; [...] contempla un programa con principio, mitad y fin, y con una descripción minuciosa, no sólo de la atmósfera en la que las personas vivirán durante un cierto período de tiempo, sino también de los lugares donde estarán las cámaras. El formato se compone de detalles tales como el uso de micrófonos atados a los cuerpos de los participantes durante las 24 horas del día, los estilos de la música, la forma a través de la cual los participantes tendrán contacto con el mundo exterior, las actividades, entre otros. Las situaciones de imagen y audio capturadas para cientos de miles de personas a través de las inserciones diarias en la programación de los servicios de televisión y a través de Internet con la consiguiente explotación comercial es también una característica única del formato.

TV STB fue condenada a pagar perjuicios a Endemol por su infracción al derecho de autor sobre el formato de *Big Brother*.⁴³

El Test Resumen se puede explicar gráficamente de la siguiente forma: se dibuja una línea recta en cuyo extremo izquierdo se encuentra un resumen sencillo de la obra y, en el extremo derecho, su puesta en escena. Mientras más a la derecha, es decir, mientras más parecidos sean los detalles, más posibilidades habrá de que se configure plagio por similitud sustancial (Tobón Franco y Varela Pezzano, 2010).

Tratándose de obras arquitectónicas, por ejemplo, no solo habría que extraer los lugares comunes, sino también los elementos

42 Extracto en: www.swanturton.com/ebulletins/archive/JKCBigBrotherFormat.aspx. La traducción es de los autores.

43 Corte Suprema de La Haya, *Castaway Television Productions Ltd. & Planet 24 Productions Ltd. v. Endemol*, Sentencia del 16 de abril de 2004.

esenciales para darle funcionalidad al edificio y toda creación que se haga para dar cumplimiento a normas técnicas y de urbanismo.⁴⁴ Al comparar obras de arte se han expuesto varios criterios. Uno de los casos emblemáticos es el de *Steinberg v. Columbia Pictures* en Estados Unidos⁴⁵. Steinberg, un famoso ilustrador, creó el póster clásico de Nueva York que utiliza la revista *The New Yorker*. Posteriormente, Columbia Pictures utilizó un póster “similar” al de Steinberg para promocionar la película *Moscow on the Hudson*, sobre las aventuras de un inmigrante ruso en Nueva York personificado por el actor Robin Williams. Steinberg demandó a Columbia Pictures y la Corte hizo el siguiente análisis:

- * Nadie es dueño de la idea de usar un mapa para ilustrar algo.
- * Está claro que un mapa de la ciudad de Nueva York debe incluir edificios, calles y vehículos (lugares comunes), pero el demandante no alega la copia de lugares comunes que tiene cualquier mapa de una ciudad, sino del estilo mediante el cual él, como ilustrador, expresó esos elementos.
- * El estilo de cada artista es algo individual que se observa en la forma como expresa sus ideas. El estilo imaginativo y exagerado del mapa de la ciudad de Nueva York de Steinberg es original hasta el punto en que se considera la firma del artista o su *hallmark*.
- * A primera vista se observa que el estilo utilizado en las dos ilustraciones es similar.
- * La puesta en escena de las dos ilustraciones es similar, pues ambas escogieron una avenida con varias intersecciones.
- * Ni siquiera la exhibición de la ciudad de Moscú al fondo ni el uso de algunos sitios emblemáticos de la ciudad de Nueva York, como el Empire State Building, son susceptibles de eliminar la similitud sustancial entre las dos ilustraciones. Al fin y al cabo, dice la sentencia, “como escribió el juez Learned Hand, ningún plagiarista puede excusar sus malas acciones mostrando la proporción de la obra que no copió”.⁴⁶

44 Tribunal Andino de Justicia, Proceso 121-IP-2013.

45 *Steinberg v. Columbia Pictures Industries*, 663 F. Supp. 706 (S.D.N.Y. 1987) (como se citó en Tobón Franco y Varela Pezzano, 2010, p. 192).

46 “No plagiarist can excuse the wrong by showing how much of his work he



Figuras sobre plagio en obras de arte (fuente: publicada en *Steinberg v. Columbia Pictures Industries*).

En los años recientes se ha aplicado otro test para determinar la identidad sustancial entre dos obras, sobre todo si son obras de arte, por cuanto ellas, a diferencia de las obras literarias, se pueden apreciar como un todo con una sola mirada. Se trata del test del *concepto general y del sentimiento que expresan (concept and feel, tone and mood)*.

En la música es común encontrar casos de plagio entre los artistas. Algunas veces, los músicos copian inconscientemente; y otras, adrede. En el primer caso, los jueces hablan de copia inconsciente cuando encuentran probado que el autor del plagio tuvo acceso a la obra original, pero no es claro que su intención fuera plagiarla, como sucedió en *Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd.*, ocurrido en Estados Unidos en 1976. El juez estadounidense falló que George Harrison (exintegrante de Los Beatles) seguramente conocía la melo-

did no pirate" (*Sheldon v. Metro Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F. (2d. Cir), disponible en: <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1499/Dos%20problemas%20jur%C3%ADdicos%20alrededor%20de%20las%20fotograf%C3%ADas.pdf?sequence=1>).

día de *He is so fine* porque había sido un gran éxito (*top-hit status* en 1963) cuando grabó su obra *My sweet lord* (1970) y la había copiado o adaptado sin intención porque las notas musicales combinaban a la perfección con las palabras, que eran el motivo de su inspiración para componer en ese momento: *Hallelujah* y *Hare Krishna*.

¿Copió Harrison intencionalmente la melodía de ‘He is so fine’? No, no creo que lo haya hecho deliberadamente. Sin embargo, es claro que ‘My Sweet Lord’ (la obra de Harrison de 1970) es sustancialmente similar a ‘He is so fine’ (compuesta por Ronald Mack y convertida en un éxito por el grupo denominado ‘The Chiffons’ en 1963), solo que con diferente letra. Esto, bajo la ley es una infracción a los derechos de autor y no lo es menos porque el plagio haya sido cometido de manera inconsciente. (Como se citó en Tobón Franco y Varela Pezzano, 2010, p. 229⁴⁷)

¿Cuántas notas musicales de una obra deben aparecer en otra para poder afirmar que hay plagio? ¿Puede esto determinarse de manera numérica o, incluso, por porcentajes? No parece probable. Algunos autores señalan que una obra musical solamente puede plagiar a otra cuando la audiencia (quien escucha) confunde ambas melodías dadas las similitudes del sonido (Sherman, 1977, p. 145). No obstante, esta regla debe tener excepciones, pues hay casos en los que, aun cuando el público no se confunde, sí puede existir plagio. Ocurre, por ejemplo, cuando una canción de rap copia una canción pop.⁴⁸

7. Las obras derivadas

Puede suceder que la obra se copie para transformarla. Una obra derivada es la que resulta de la transformación de otra preexistente. Los

47 *Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd.*, 420 F. Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976). La Corte de Apelaciones confirmó este fallo en su totalidad en 1983, pero los procesos judiciales por el monto de los daños y perjuicios solo terminaron en 1991, en un acuerdo por 5.4 millones de dólares.

48 Así lo falló una Corte del Distrito de Nueva York en el caso *Grand Upright Music, Ltd. v. Warner Brothers Records, Inc.*, 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991).

ejemplos clásicos de este tipo de creaciones son las traducciones, las adaptaciones, las parodias y las compilaciones.⁴⁹

Una obra derivada no es una copia, sino una variación –en mayor o menor medida– de una obra anterior.⁵⁰ El problema consiste en determinar qué tan original es esa variación para poder predicar un derecho de autor sobre esta. Algunas obras derivadas, a pesar de tomar como base otras anteriores, presentan un grado de creatividad que les permite ser consideradas “originales” y obtener la protección ofrecida por el derecho de autor, claro está, sin perjuicio de los derechos del titular sobre la obra preexistente.

En general, la mayoría de las legislaciones prevé que quien pretenda realizar una obra derivada debe pedirle autorización al titular de la obra original, a menos que esta se encuentre en el dominio público.⁵¹ Cuando la autorización para realizar la obra derivada es negada, el autor de esta, aunque haya añadido elementos originales, no adquiere ningún derecho. Esto le ocurrió a un niño de 16 años en Aix-en-Provence (Francia), que, inocentemente, decidió traducir el libro *Harry Potter and the Deathly Hollows* del idioma inglés al francés sin la autorización de los editores del libro. El joven adolescente tuvo que pasar una noche en la cárcel y ofrecer una disculpa a J. K. Rowling, autora del libro, por la obra derivada no autorizada que había publicado y compartido en internet.⁵²

Ahora bien, si la obra traducida está en el dominio público, el traductor es autor de su propia versión, pero no podrá oponerse a que otros hagan traducciones distintas de la misma obra y obtengan, si su obra así lo amerita, la protección del derecho de autor.⁵³

Atención especial amerita el tema del derecho moral a la integridad de la obra que tiene el autor original. Los franceses han sostenido que en la obra derivada tal derecho se viola de dos formas:

49 La profesora Delia Lipszyc (1993, p. 111) también menciona las actualizaciones, las antologías, los resúmenes y los extractos.

50 Véase Goldstein (1983).

51 Véase, además, una opinión sobre este tema en Landes y Posner (2003, p. 109).

52 Véase la noticia en Doctorow (2007).

53 Art. 14, Ley 23/1982 de Colombia.

- Cuando el “espíritu” de la obra original se distorsiona.⁵⁴ Esta particular situación es extremadamente subjetiva, pues siempre existirá la dificultad de definir qué es “espíritu” y qué no lo es.
- Cuando la “dignidad” del autor se distorsiona.⁵⁵

Para solucionar estas dificultades se recomienda que el autor original y el autor derivado suscriban un acuerdo por escrito en el que determinen claramente la intención y alcance de la autorización y el espíritu de la obra original. Una vez autorizada la adaptación, el autor deberá “sufrir” todos los cambios que el autor de la obra derivada realice y que posiblemente puedan afectar su derecho moral.⁵⁶

Finalmente, el autor derivado tiene la obligación de abstenerse de utilizar su nombre como si fuera el autor de la obra preexistente (Dittrich y Kucsko, 1981, p. 21), ya que esto daría una impresión equivocada acerca de la naturaleza originaria de su creación.

8. Competencia desleal y enriquecimiento sin causa

La competencia desleal y el enriquecimiento sin causa serían los dos últimos escollos a sortear para que una copia sea lícita.

El término “competencia desleal” está compuesto por dos nociones: “competencia” y “deslealtad”. Por consiguiente, debe quedar claro que las normas sobre competencia desleal no castigan la competencia *per se*, sino las prácticas competitivas desleales.

La Ley 256 de 1996, que es la ley que sanciona la competencia desleal en Colombia, califica los siguientes actos como prácticas competitivas desleales:⁵⁷

- Actos o hechos que resulten contrarios a las sanas costumbres mercantiles.

54 *Molinard v. Société Les Fromagers Savoyards*, Tribunal de Grande Instance de Annecy, Sentencia del 10 de septiembre de 1998.

55 Tribunal de Grande Instance de París, Sentencia del 7 de enero de 1969.

56 Sobre este tema, véase una explicación aún más detallada en Strowel (1993, pp. 356-357).

57 Están previstos en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996 y en el Convenio de París, aprobado en Colombia mediante la Ley 178 de 1994, artículo 10 bis, numeral 2°.

- Actos o hechos que resulten contrarios al principio de la buena fe comercial.
- Actos o hechos contrarios a los usos honestos en materia industrial o comercial.
- Actos o hechos encaminados a afectar la libre decisión del consumidor.
- Actos o hechos que afecten el funcionamiento concurrencial del mercado.

Podría pensarse que para detectar si hay competencia desleal habría que cambiar en todos los casos la expresión “actos y hechos” por “copia” y así determinar si ha habido o no competencia desleal con tal comportamiento. En todo caso, hay que tener claro que lo censurable no es que un comerciante intente quitarle a otro la clientela, pues ese es un fin legítimo en el mercado. Lo que se reprocha es que lo haga utilizando medios indebidos, tales como actos de desorganización, de confusión, de engaño, de descrédito, de imitación, explotación de reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual y violación de normas y pactos de exclusividad, entre otros. Así lo explicó la Superintendencia de Industria y Comercio al fallar un caso de competencia desleal.⁵⁸

Quien desee iniciar un proceso por competencia desleal debe verificar la presencia de las siguientes situaciones:

1. Una conducta que sea desleal.	<p>El concepto “lealtad” fue definido por la Corte Suprema de Justicia de Colombia de la siguiente manera: Obrar lealmente es actuar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado <i>standard</i> de usos sociales y buenas prácticas mercantiles.⁵⁹ La doctrina ha dispuesto que se compite lealmente cuando existe “claridad y diferenciación de las ofertas; actuación de los oferentes en el mercado basada en su propio esfuerzo; respeto de la legalidad; prohibición de la arbitrariedad, y libertad de decisión de los consumidores”.⁶⁰</p>
----------------------------------	---

58 Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 11090, abril 29/03.

<p>2. Que la conducta haya sido realizada en el mercado.</p>	<p>La conducta desleal debe haber sido realizada en el mercado con fines concursionales. La jurisprudencia ha definido el mercado como el escenario en el que tanto oferentes como consumidores buscan satisfacer necesidades propias y ajenas. El artículo 2° de la Ley 256 de 1996 dispone que la finalidad concursional de un acto se presume cuando este, por las circunstancias en que se realiza, sirve para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.</p>
<p>3. Que la conducta haya sido realizada por cualquier persona, independientemente de su calidad de comerciante.</p>	<p>En Colombia, las normas sobre competencia desleal se aplican a todos los participantes en el mercado, sean o no comerciantes, sean o no competidores.⁶¹ Según la doctrina, en el mercado <i>participa</i> todo aquel cuya actividad tiene que ver con el intercambio comercial de productos o servicios.⁶²</p>
<p>4. Que la conducta tenga una finalidad concursional.</p>	<p>La expresión “que tenga una finalidad concursional” quiere decir que la conducta haya sido realizada con el fin de mantener o incrementar la participación en el mercado del actor o de un tercero.⁶³ Al respecto, la Ley 256 de 1996 explica que tal finalidad se presume cuando el acto resulta idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.</p>
<p>5. Que la conducta produzca o esté llamada a producir efectos en el mercado colombiano,⁶⁴ independientemente del lugar donde haya sido desarrollada (Velandia, 2001).</p>	

De esta manera, quien considere que su obra fue copiada puede demandar al copista en una acción por competencia desleal si el plagio se hizo con fines comerciales, violando las buenas prácticas mercantiles o con el ánimo de mantener o incrementar la participación en el mercado. Esta conducta tiene efectos en Colombia.

59 Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 005, abril 3/06.

60 Bercovitz (1992).

61 De hecho, la Ley 256 de 1996 establece en el artículo 3° que su aplicación no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y pasivo en el acto de competencia desleal.

62 Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 11090, abril 29/03.

63 *Ibíd.*

64 Colombia, Ley 256 de 1996, artículo 4°: “Esta ley se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano”.

Otra de las opciones que tiene aquel que siente que otro se ha aprovechado de su trabajo es acudir a la justicia solicitando la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa. Para ello, debe probar que concurren los siguientes elementos:⁶⁵

- Un enriquecimiento positivo –aumento de un patrimonio– o negativo –se evita el menoscabo– del patrimonio de una persona.
- Un empobrecimiento correlativo de otra persona.
- Que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico.

En Colombia, el enriquecimiento sin causa está contemplado en el artículo 831 del Código de Comercio en los siguientes términos: “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”. En principio se podría pensar que su inclusión en el Código de Comercio hace que solo sea aplicable a comerciantes, es decir, a personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley califica como “mercantiles”, pero existe jurisprudencia consolidada que permite suponer que también se aplica a relaciones civiles, eso sí, siempre que se cumplan los requisitos antes mencionados.⁶⁶

Las demandas por enriquecimiento sin causa se tramitan mediante un proceso civil ordinario, un trámite que, al menos en Colombia, puede resultar muy demorado. Esta puede ser una de las razones por las cuales en la vida real se acude muy poco a esta figura.

La acción de tutela generalmente no es procedente, ni siquiera cuando la parte demandada ha aceptado su responsabilidad mediante una confesión, porque la mayoría de las veces “el derecho a la propiedad afectado por la no devolución del dinero no exhibe naturaleza fundamental”.⁶⁷

Adicionalmente, es importante precisar que para que proceda el enriquecimiento sin causa en Colombia es menester, como su nombre lo dice, que no haya causa, es decir, que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido ge-

65 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-219/95

66 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, diciembre 19/12. Ref.: 54001-3103-006-1999-00280-01.

67 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-219/95.

nerada por un contrato o un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito o una disposición expresa de la ley.⁶⁸

De hecho, cuando el empobrecimiento se produce por la propia voluntad de la víctima, hay enriquecimiento o, mejor, empobrecimiento *con* causa. En efecto, en Colombia la jurisprudencia administrativa ha señalado que existe un elemento adicional para que se configure el enriquecimiento sin causa, que consiste en que

la causa del empobrecimiento, no haya sido provocada por el mismo empobrecido, toda vez que en dicho evento no se estaría ante un “enriquecimiento sin justa causa”, sino ante la tentativa del afectado de sacar provecho de su propia culpa.⁶⁹

La acción para reclamar por el enriquecimiento sin causa es la acción *in rem verso*, que es subsidiaria. Esto quiere decir que solo se puede acudir a ella cuando no existen otras opciones. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia recientemente, señaló que

[l]a más notable de las características de la acción de enriquecimiento incausado, cual es la de la subsidiariedad. Todo el mundo conoce que dicha acción se abre paso solo en la medida en que no haya otro remedio que venga en pos del empobrecido. En otros términos, la vida de esta acción depende por entero de la ausencia de toda otra alternativa.⁷⁰

9. Conclusión

Es posible, lícito e incluso recomendable copiar, crear sobre lo construido, siempre que al hacerlo se respete el derecho de autor, se abstenga de incurrir en actos de competencia desleal y se evite que se produzca un enriquecimiento sin causa.

68 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC10113-2014, julio 31/14 citando a Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 040/40.

69 Colombia, Consejo de Estado, Sentencia, marzo 30/06 (radicado 25000-23-26-000-1999-01968-01(25662)).

70 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia julio 31/14 (radicado SC10113-2014) citando Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia, enero 11/2000.Ref.: Expediente 5208.

La originalidad es el *sine qua non* del derecho de autor, por lo que una obra que no es original no está protegida por la PI.

El que una obra se encuentre en el dominio público hace que se pueda reproducir sin pagar contraprestación, pero es necesario citar el nombre de su autor, es decir, respetar el derecho moral de paternidad.

En ocasiones, los problemas de la copia no son solo consecuencia de la violación del derecho de autor, sino de otras normas, como las relacionadas con competencia desleal, el enriquecimiento sin causa o la violación de previsiones contractuales.

Las creaciones innovadoras es lo ideal, pero es bastante difícil que se presenten. Como dice la *Biblia*: “There is nothing new under the sun”,⁷¹ por eso hay quien dice que la innovación está sobrevalorada. Steve Jobs decía: “La creatividad es el acto de conectar cosas”.

Bibliografía

- Bappert W. (1962). *Wege zum Urheberrecht. Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechts Gedankens*. Verkäufer kontaktieren.
- Bercovitz, R. (1992). *Competencia desleal, Código de Comercio, evaluación y perspectivas*. Cámara de Comercio de Bogotá.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2015). *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*. Numeral 11. <https://es.scribd.com/document/78246711/Dictamen-Sobre-Los-Derechos-de-Propiedad-Intelectual-Sobre-Las>.
- Brain, R. (1980). *Art and society in Africa*. Longman.
- Cox, C. y Jenkins, J. (29 de enero de 2005). *Between the Seams, A Fertile Commons: An Overview of the Relationship Between Fashion and Intellectual Property*. A Norman Leare Center Conference. Annenberg Auditorium, USC Annenberg School for Communication. <https://learcenter.org/pdf/RTSJenkinsCox.pdf>.
- Dittrich, R. y Kucsko, G. (1981). *Urheberrecht*. Manz.
- Doctorow, C. (10 de agosto de 2007). *French kid who translated Potter 7 faces charges*. Boingboing. <http://www.boingboing.net/2007/08/10/french-kid-who-trans.html>.
- Fabiani, M. (1987). Diritto di autore gastronomico. *Diritto di Autore*, (58).
- García Márquez, G. (2020). *Relato de un naufrago*. Editorial Debolsillo.

71 Biblia: Eclesiastes 1:9.

- Goldstein, P. (1983). Derivative rights and derivative works in copyright. *Journal of the Copyright Society*, 30, 209-229.
- Kahaner, L. (2003). *Values, prosperity, and the Talmud. Business lessons from the ancient Rabbis*. John Wiley and Sons.
- Kerever, A. (2003). Crónica de jurisprudencia. *Revue Internationale du Droit D'Auteur*, (197).
- Landes, E. M. y Posner, R. (2003). *The economic structure of intellectual property law*, Harvard University Press.
- Lipzysc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO.
- Molina, D. (11 de diciembre de 2016). El arte de la copia. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/cultura/el-criticoel-arte-de-la-copia-daniel-molina-pa-ra-la-nacion-nid1965906>.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1980). *Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. https://www.wipo.int/edocs/pub-docs/es/wipo_pub_816.pdf.
- Pachón Muñoz, M. (1988). *Manual de derecho de autor*. Temis. p. 75
- Ruipérez de Azcárate, C. (2012). *Las obras del espíritu y su originalidad*. Editorial Reus.
- Sánchez Blasco, L. (31 de mayo de 2015). La arquitectura no es mucho más que un árbol – Toyo Ito. *Cosas de arquitectos. Revista digital de arquitectura online desde 2009*. <https://www.cosasdearquitectos.com/2015/05/la-arquitectura-no-es-mucho-mas-que-un-arbol-toyo-ito/>.
- Savitsky, T. (2004). Eastman Chemical Company. October 1990. Tomado de los materiales de clase del profesor Karl Jorda para el curso de “Intellectual Property Management” en Franklin Pierce Law Center.
- Sherman, J. (1977). Musical copyright infringement: The requirement of substantial similarity. *ASCAP Common Law Symposium*, (92).
- Strowel, A. (1993). *Droit d'auteur et copyright, convergences ou divergences*. Bruylant.
- Tobón Franco, N. y Varela Pezzano, E. (2010). *Derecho de autor para creativos*. Editorial Gustavo Ibáñez.
- Velandia, M. (2001). Competencia desleal por uso de signos distintivos. *La propiedad inmaterial*, (2), 101-116
- Woodmansee, M. (1984). The genius and the copyright: Economic and legal conditions of the emergence of the ‘author’. *Eighteenth Century Studies*, 17(4), 425-448.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-381, septiembre 14/93.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-334, agosto 12/93.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-595, agosto 18/99.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, agosto 11/88.
- Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, Concepto 2-2005-329 del 14 de enero de 2005.

- Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, Concepto: 1-2013-31778, Plagio.doc
- Suprema Corte de los Estados Unidos, *Atari Games Corp. v. Oman*, 888 F.2d 878 (D.C. Cir. 1989).
- Suprema Corte de los Estados Unidos, *Burrow-Giles Lithographic v. Sarony*, 1884.
- Suprema Corte de los Estados Unidos, *Sheldon v. Metro Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F. (2d. Cir),
- Suprema Corte de los Estados Unidos, *White v. Samsung Electronics América, Inc.* U.S. 951, 113 S. Ct. 2443, 124 L. Ed. 2 Ed. 660 (1993). Salvamento de voto del juez Alex Kozinski.
- Tribunal Andino de Justicia, Proceso 121-IP-2013.
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 27 de enero de 1994. Rad. 11985.

Una mirada al discurso de la inteligencia artificial y el derecho de autor desde la teoría de la personalidad

* * * *

Pablo Miguel Páez Chaljub

Universidad de La Sabana

pablo.paez011@gmail.com

Recibido: 30 de octubre de 2021

Aceptado: 19 de noviembre de 2021

Resumen

La inteligencia artificial es un fenómeno que ha evolucionado y se ha hecho cada vez más notable en nuestra sociedad, especialmente desde lo que se ha denominado como la “cuarta revolución industrial”, un periodo caracterizado por el gran aumento en la creación de invenciones tecnológicas. Debido a este desarrollo exponencial, la inteligencia artificial ha tomado un papel especialmente relevante en nuestro día a día. Una de las formas en las que estas tecnologías se han hecho presentes en nuestra sociedad ha sido mediante la creación de obras literarias, artísticas y científicas, lo cual ha significado que vuelvan a debatirse figuras clásicas que se creían ya cerradas dentro del derecho de autor; entre estas figuras se destaca la de la autoría, la originalidad y, consecuentemente, la titularidad de derechos.

El interrogante sobre esto último ha tenido diferentes respuestas que es común encontrar en distintos textos académicos, pero el objetivo de este artículo es presentar una propuesta desde los fundamentos filosóficos del derecho de autor a partir del estudio de la teoría de la personalidad, definiéndola como una de las principales teorías que pueden justificar la existencia de sistemas normativos del derecho de autor. Lo anterior, con el fin de determinar si las obras producidas por este tipo de tecnología pueden ser susceptibles de reconocimiento de derechos dentro de nuestro sistema jurídico.

Palabras clave: inteligencia artificial (IA), derecho de autor, originalidad, personalidad, arte, apropiación, representación, cultura.

A Glance to the Speech of the Artificial Intelligence and the Author's Rights, Analyzed from the Theory of the Personality

Abstract

Artificial intelligence is a phenomenon that has evolved becoming increasingly notable in our society, especially since what has been called the “fourth industrial revolution”, a period in which there has been a great increase of technological inventions. Due to this exponential development, artificial intelligence has taken a relevant role in daily life. One of the ways in which these technologies have become present in our society has been through literary, artistic and scientific creations, which has reopened debates, that had already been closed within the author's rights law, over classical figures on this matter. Among these figures, the authorship, originality and, consequently, the ownership of rights stands out.

The answer about the latter has different approaches, which are commonly found in many academic texts, but the purpose of this article is to present a proposal from the philosophical foundations of the author's rights perspective, especially from the study of the theory of personality, defining it as one of the main theories that justify the existence of normative systems of author's rights, in order to determine if the creations produced by this type of technology can be susceptible for a special recognition of rights within our legal system.

Key words: artificial intelligence (AI), author's rights, originality, personality, art, appropriation, representation, culture.

Um olhar para o discurso de inteligência artificial e direitos autorais da teoria da personalidade

Resumo

A inteligência artificial é um fenômeno que tem evoluído e se tornado cada vez mais notável em nossa sociedade, principalmente a partir do que se chamou de “quarta revolução industrial”, período em que houve um grande aumento na criação de invenções tecnológicas. Devido a esse desenvolvimento exponencial, a inteligência artificial tem assumido um papel relevante no nosso dia a dia. Uma das formas pelas quais essas tecnologias se tornaram presentes em nossa sociedade tem sido por meio da criação de obras literárias, artísticas e científicas, o que faz com que voltem a ser debatidas figuras clássicas que se acreditava já encerradas

no direito autoral. nessas figuras, destaca-se a da autoria, da originalidade e, conseqüentemente, da titularidade dos direitos.

A resposta a esta última teve diferentes soluções clássicas, o que é comum encontrar em diferentes textos acadêmicos, mas o objetivo deste artigo é apresentar uma proposta a partir dos fundamentos filosóficos do copyright a partir do estudo da teoria da personalidade, definindo-a como uma das principais teorias que podem justificar a existência de sistemas normativos de copyright, a fim de determinar se as obras produzidas por esse tipo de tecnologia podem ser suscetíveis ao reconhecimento de direitos em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: inteligência artificial (IA), direitos autorais, originalidade, personalidade, arte, apropriação, representação, cultura.

*La Inteligencia genuina debe, cuando menos,
lidiar con el ruido y la furia del mundo.*

(Espejo, 2020)

1. Introducción

La inteligencia artificial (en adelante, IA) ha pasado a integrar nuestro día a día sin darnos cuenta e incluso sin conocer con certeza de qué se trata. La publicidad y el contenido que vemos en nuestras redes sociales son la respuesta de complejos sistemas diseñados para operar de forma automática y tomar decisiones con base en los datos que suministramos, al igual que sucede con la sugerencia de palabras en los chats o el enfoque automático de la cámara de celulares y tabletas. Sin embargo, cuando preguntamos ¿qué es la inteligencia artificial? las respuestas suelen contemplar opciones que van desde un *software* hasta complejas y muy elaboradas máquinas humanoides, a Terminator y a David (el personaje principal de la aclamada película de Hollywood *A.I. Inteligencia Artificial*). Sin embargo, si algo tienen en común estas alternativas es que, en cualquier caso, una definición precisa parece distante.

La falta de conceptos claros con los que pueda existir un compromiso ha creado un marco de incertidumbre frente a las decisiones que se deben tomar para abordar una realidad que ya está desplegando sus efectos. La IA nos muestra sus virtudes en diversas áreas,

entre las que se encuentran la medicina, la psicología y las artes. Sin embargo, hasta hace muy poco se empezaron a discutir con rigor los retos éticos, filosóficos y jurídicos que también incluye este tipo de tecnología.

La seguridad de los datos personales, la divulgación de noticias falsas y la inclusión de sesgos de distintos tipos relacionados con sexo, raza, religión, política, etc. son algunos de los puntos controversiales que han dado lugar a la necesidad de contar con sistemas de IA humanista, en los que se incluya el sentido ético que de antaño se ha predicado como necesario en la ciencia. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos que se han hecho hasta el momento, el recorrido en búsqueda de respuestas es tan amplio como los usos que se puedan encontrar para la IA y que se hacen más numerosos día a día.

Es usual encontrar en los textos académicos distintos argumentos que no son desarrollados en profundidad por la naturaleza de las preguntas que suscitan cuando se refieren a este tipo de sistemas artificiales. El reconocimiento de derechos sobre la posible incursión en el sector de las industrias creativas no ha sido la excepción. A partir de los sistemas de IA, ha surgido un nuevo tipo de obras literarias, artísticas y científicas que constituyen uno de los temas que ha sufrido por la interdisciplinariedad y que requiere el estudio de este fenómeno; allí radican la importancia y el valor del presente estudio en el que la filosofía y el derecho se hacen uno en búsqueda de respuestas.

Cuando se estudian textos jurídicos, las preguntas filosóficas no son objeto de profundos estudios por exceder el marco de acción del derecho, y si se trata de un texto filosófico, los detalles técnicos de la actividad jurídica hacen difícil un compromiso con la realidad fáctica. Por ello, la estructura de este estudio pretende explorar con algún grado de profundidad la inteligencia artificial desde la perspectiva de la filosofía del derecho de autor. Esto, con el fin de responder a las preguntas tradicionales por la titularidad de derechos desde una perspectiva que no dependa del dinamismo del derecho, sino que dé un paso atrás para responder desde sus fundamentos.

Dicho lo anterior, el plan a seguir en el presente texto consta de cuatro puntos fundamentales. En primer lugar, se hará un breve estudio del fenómeno que vamos a estudiar, la IA, en el que el punto de partida será la definición misma de este tipo de tecnología hasta

llegar a la forma en la que estos sistemas operan y producen obras que podrían llegar a ser protegidas por el derecho de autor.

Es así como, luego de la aproximación al fenómeno y teniendo en cuenta que la filosofía del derecho de autor no puede ser entendida de manera independiente a su historia, se dará paso al estudio de las herramientas con las que analizaremos el reconocimiento de derechos sobre las obras que surgen como resultado de un sistema de IA. Por ende, se expondrán brevemente las cuatro teorías a partir de las cuales el profesor William Fisher, de la Universidad de Harvard, afirma que puede ser justificada la existencia de sistemas protectores del derecho de autor (Fisher, 2001); la teoría de la labor, la teoría utilitarista, la teoría de la personalidad y la teoría cultural.

De las cuatro teorías mencionadas anteriormente, es posible hallar varias referencias en las que se afirman que la teoría de la personalidad es la más cercana a los sistemas de derecho de autor de los países de tradición civil por la fundamentación y defensa de los derechos morales que puede implicar. Es por ello que el tercer punto se centrará en explicar más a fondo la referida teoría de la personalidad con el fin de lograr definir la protección o no protección de obras creadas por la IA. Para esto, se desarrollarán superficialmente los argumentos de la versión clásica de esta teoría a partir de los planteamientos de Kant y Hegel, así como la versión contemporánea expuesta principalmente por la profesora Margaret Radin, de la Universidad de Michigan.

Finalmente, y con base en lo anterior, se hará un breve resumen de los argumentos principales expuestos en este escrito, para así poder ofrecer una posible propuesta o al menos abrir las puertas a la discusión sobre el reconocimiento más justo de los derechos sobre las obras creadas por IA.

2. La inteligencia artificial y la producción de obras

Como se mencionó, el primer interrogante a solucionar gira en torno a la necesidad de dar una definición de lo que es la inteligencia artificial, un concepto que ha sido objeto de numerosos debates desde sus primeros desarrollos. Se ha evidenciado claramente una falta de unanimidad respecto a la definición de la IA por parte de

la academia y la doctrina, sin embargo, al estudiar los argumentos desarrollados en la literatura de este tema, es posible encontrar dos posturas respecto a lo que puede considerarse o no como un sistema de IA, a partir de lo que se ha denominado como un “sentido fuerte” o un “sentido débil” (Bringsjord y Govindarajulu, 2018).

En primer lugar, al hablar desde la perspectiva del “sentido fuerte” se hace referencia a que la IA solo puede considerarse como tal si se trata de un sistema con la capacidad de emular, replicar o incluso superar todos los procesos mentales que se desarrollan en la mente humana y/o animal. Es por lo anterior que cuando se habla de IA adoptando esta postura, es posible pensar que se trata de una “súper inteligencia” a la cual, desde un aspecto técnico, aún no hemos llegado, pero que podría considerarse como el objetivo final del desarrollo de estas tecnologías.

A diferencia de la postura anterior, desde el “sentido débil” solo podemos considerar como IA a los sistemas artificiales capaces de realizar algunos de los procesos mentales animales y/o humanos, entendiendo que la IA se limita al desarrollo de determinadas actividades con base en un sistema de estímulos y respuestas programadas.

Si bien la IA es un sistema capaz de recopilar, analizar y procesar información, independientemente de la postura en la que nos enfoquemos, se puede afirmar que el desarrollo de estas actividades trae consigo ciertas limitaciones o fallos de una u otra índole al momento de relacionarlas con el mundo exterior. Para ilustrar lo anterior, podemos pensar en un sistema de IA capaz de crear una obra de arte; si bien se puede desarrollar una tecnología que genere esta actividad de manera precisa, dicho sistema encontraría su límite en cuanto a su imposibilidad de expresar las emociones que buscaba generar en el observador al elaborar esa obra.

Ahora bien, es común pensar en el término de IA como una ciencia que genera sistemas capaces de actuar de forma independiente al ser humano, sin embargo, para Turing, el “padre de la computación moderna”, al crear el sistema binario tuvo como objetivo la capacidad resolver problemas mediante algoritmos, teniendo como base la necesidad de relacionarse de forma natural con la intervención del ser humano.

Conforme al paso del tiempo, se ha logrado un gran aumento

de capacidad de procesamiento en este tipo de tecnologías, esto es, la creación de sistemas de IA con la capacidad de procesar grandes bases de información en un tiempo considerablemente inferior al que le tomaría a un ser humano el realizar esta acción. A raíz de este progreso, surgieron varias características esenciales con el fin de seguir aumentando la eficacia y eficiencia de estas tecnologías. Las características mencionadas se pueden observar en la siguiente imagen:

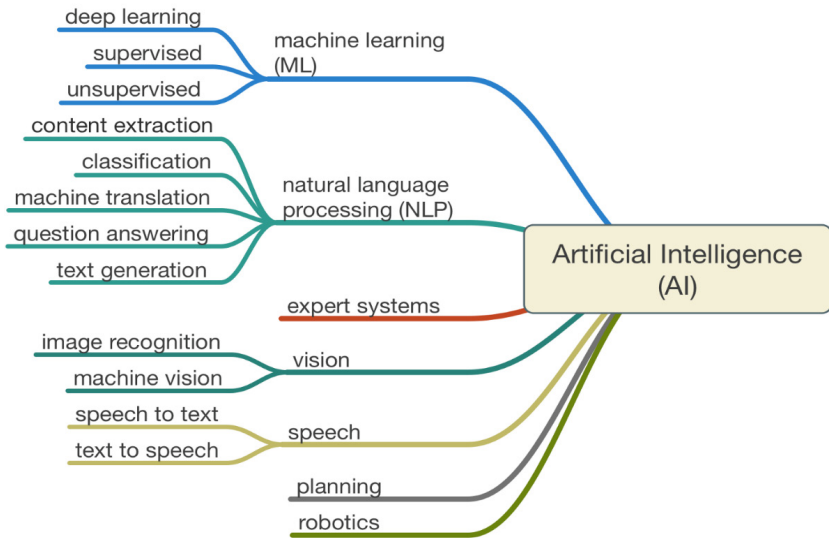


Figura 1. Características de la IA (fuente: Mills, 2016).

Ahora bien, dicho aumento de capacidad de procesamiento no ha sido la única característica que fue objeto de progreso, junto con ella encontramos el mejoramiento de la capacidad de extraer información mediante análisis estadísticos y la capacidad que han desarrollado estas tecnologías para la toma de decisiones por medio del planteamiento de predicciones, las cuales pueden ser perfeccionadas dentro de las redes neuronales profundas a través del entrenamiento automatizado, también conocido como *deep learning*.

Es así como la creación de sistemas de IA cada vez más complejos y especializados ha alcanzado procesos de entrenamiento autónomo, en otras palabras, el aumento de la capacidad de procesamiento ha permitido que los sistemas artificiales sean capaces de procesar,

predecir y decidir de forma autónoma, así como de aprender de la experiencia de este tipo de actividades en búsqueda de un funcionamiento cada vez más óptimo.

Así, al analizar las decisiones de la IA desde un punto de vista técnico, muchas veces cuesta, incluso para los ojos más expertos, entender de dónde provienen los resultados del procesamiento de información. Cuando estos sistemas tan complejos vinculan de forma automática unos datos con otros, trazando rutas que, en ocasiones, podrían incluso no haber sido consideradas por el diseñador del sistema de IA, se crea un marco en el que la trazabilidad de cada uno de los elementos que dieron lugar a que el sistema tomara una decisión se vuelve imposible. A esto se lo ha denominado *black box theory*. En otras palabras, debido a la extrema complejidad de los procesos llevados a cabo en las redes neuronales profundas del sistema y a su capacidad de entrenamiento autónomo, muchas veces resulta imposible para el ser humano acceder a la totalidad de la cadena causal detrás de las decisiones que toma un sistema de IA y esto, como es de esperarse, genera un elemento de impredecibilidad sobre las creaciones de estas tecnologías; ¿supone esto que debemos hablar en términos de originalidad cuando el resultado del procesamiento de información es una obra artística?

Es importante recalcar que la definición de la IA, junto con sus características, puede ser objeto de un análisis mucho más extenso debido a la gran complejidad de estos sistemas y a todo el desarrollo que se ha generado en torno a estas tecnologías. Sin embargo, para los fines de este artículo, el propósito no es otro que el de construir una imagen mental de la IA que se desprenda de las ideas cliché sobre un sistema robótico humanoide. La IA es mucho más que eso, es procesamiento de información a gran escala con unas complejidades técnicas que hoy ya sobrepasan nuestra capacidad de comprensión cuando buscamos responder a los porqués que pueden surgir frente a los resultados que nos arrojan estos sistemas.

The Next Rembrandt, el ejemplo más citado cuando hablamos de la creación de obras artísticas por sistemas de IA, es una muestra de lo lejos que han llegado este tipo de desarrollos tecnológicos y de la brecha de conocimiento que parece crecer cada vez más cuando buscamos entender el porqué de las decisiones que hemos ido dejando

a merced de la IA. ING y Microsoft, con colaboración de la Universidad Técnica de Delft, del Museo Mauritshuis de La Haya y del Museo Casa de Rembrandt de Ámsterdam, se unieron para diseñar un sistema capaz de crear, si es que este es el término correcto, un nuevo cuadro de Rembrandt. El resultado, casi 350 años después de la muerte del pintor neerlandés, es un nuevo cuadro digno del estilo, técnica y capacidad artística de uno de los artistas más renombrados en la historia del arte.



Figura 2. The Next Rembrandt, creado en colaboración por ING, Microsoft, la Universidad Técnica de Delft, el Museo Mauritshuis de La Haya y el Museo Casa de Rembrandt de Ámsterdam (fuente: The Next Rembrandt).¹

Es de aquí de donde se desprende nuestro interrogante principal: ¿cuál es la forma más justa de reconocer derechos sobre este tipo de creaciones? Para responder, o al menos para intentar acercarnos a una respuesta, veamos los elementos a partir de los cuales debería fundamentarse cualquier tipo de respuesta con la que podamos generar algún tipo de compromiso.

3. El fundamento filosófico del derecho de autor

Como habíamos anunciado al inicio del texto, la segunda parte del

1 Disponible en: www.nextrembrandt.com.

escrito tiene el propósito de profundizar en la justificación filosófica para dar fundamento a la necesidad de contar con sistemas protectores del derecho de autor. Para cumplir con este fin, se explicará cada una de las cuatro teorías recopiladas por el profesor William Fisher, de Harvard, en su artículo “Theories of Intellectual Property” (Fisher, 2001): la teoría de la labor o del trabajo, la teoría utilitarista, la teoría de la personalidad y la teoría cultural.

Llegados a este punto, es preciso aclarar que este apartado en ocasiones puede resultar difuso. Sin embargo, es importante que recordemos que su lectura es necesaria para comprender de una mejor manera el alcance y las fronteras de la teoría de la personalidad para el posterior estudio de la creación de obras generadas por IA desde sus planteamientos principales.

3.1. Teoría de la labor o del trabajo

Esta teoría ha tenido un gran desarrollo a lo largo de la historia, encontrando sus argumentos iniciales en la obra de Locke, uno de los primeros autores en aplicar los principios del derecho natural al reconocimiento de la propiedad privada. Esta teoría puede resumirse en que la titularidad de la propiedad privada recae sobre la persona que realizó el esfuerzo o el trabajo en cuestión para transformar elementos de la naturaleza. Según Fisher (2001), la justificación de la teoría de que un objeto puede pasar de ser considerado como propiedad común a pertenecerle a un individuo, de acuerdo con Locke, encuentra sus bases teóricas en los seis puntos, los cuales se han resumido de la siguiente manera (Páez, 2021):

- i. La existencia de la “razón natural”, según la cual el hombre tiene el derecho a buscar su preservación y esto solo puede lograrlo mediante la individualización y apropiación de distintos elementos que le permiten hacerse con comida y abrigo.
- ii. El factor religioso dentro de esta teoría propone, según Fisher (2001), que existe una concordancia entre la existencia de la “razón natural” y la condición de vivir dentro del mundo. Esto, debido a que si bien Dios creó el mundo para que los seres humanos viviéramos en él en comunidad, también lo hizo mediante una instrucción de dominarlo para mejorar la vida, algo que solo

- puede lograrse mediante la inversión del trabajo y la apropiación de los frutos que surgen de este.
- iii. as intuiciones sobre el ser dueño de sí mismo apunta a que los frutos del trabajo también deben entenderse como una cierta “extensión” de esta propiedad. Si cada quien “es dueño de su cuerpo y del trabajo de sus manos”, consecuentemente todo aquello que mezcle con ese trabajo, debería ser suyo también.
 - iv. Dios les dio el mundo a los trabajadores y a los racionales, no a la fantasía y la codicia de los contenciosos. Por esta razón, se entiende como un complemento al punto anterior que quien invierte su trabajo debe ser reconocido como dueño.
 - v. Un sentido de proporcionalidad y de justicia que surge al entender que el valor de las cosas que son útiles a los hombres está determinado principalmente por el trabajo que se ha invertido en ellas y no por el valor de la materia de la cual están hechas.
 - vi. El criterio de transformación productiva que se deriva del trabajo. Cuando hay un esfuerzo que se aplica a una materia prima, no puede hablarse únicamente de la existencia del producto como consecuencia de la existencia de los materiales que lo componen en el mundo, sino como el fruto de un proceso de transformación gracias al cual se da un orden, o se dota de un propósito a lo que en principio era caótico e inútil.

Analizando lo anterior, Fisher (2001) concluye que si bien puede justificarse la propiedad sobre un objeto material, esta línea argumentativa se queda corta al intentar aplicarla a creaciones del intelecto. Pues al intentar identificar los argumentos principales de los puntos anteriores se pueden tomar dos caminos: el primero sería entender como primordiales los argumentos i y ii expuestos anteriormente, lo cual genera un sustento débil respecto a la propiedad intelectual. A diferencia de esto, si se escogen como esenciales los puntos iv y v, sí podría hablarse de una correlación entre el trabajo y las creaciones materiales o inmateriales.

El problema anterior deriva de que Locke (1998) desarrolló su teoría basándose en el concepto general de “propiedad”, mas no en la propiedad intelectual específicamente, lo cual es importante tener en mente para poder entender por qué han surgido diversas críticas

hacia esta teoría, como por ejemplo el problema lógico que plantea Moore (2015), evidenciando la dificultad de correlacionar una acción proveniente del ser humano frente a un objeto ajeno a este.

Por otro lado, Fisher (2001) va más allá y plantea otro reto a esta teoría: el interrogante sobre qué se entiende por “trabajo intelectual”, respondiéndose a sí mismo con cuatro posibles respuestas, pero, a su vez, planteando los problemas de estas de la siguiente forma:

1. Se entiende como la relación entre el esfuerzo y el tiempo invertidos en la creación: esta respuesta es la más parecida a la teoría de Locke (1998), pero debe tenerse en cuenta que no fue desarrollada para aplicarse a la propiedad intelectual, sino a la propiedad en general.
2. Es aquel que hace referencia a una actividad con la cual el productor no está comprometido: sostener este punto es problemático ya que no se podría proteger a aquellas personas que se dedican por completo a estas actividades.
3. Se refiere a la actividad que tenga por objeto alcanzar un beneficio social (Hugues, 1998): este punto sostiene que es necesario el elemento de utilidad de las creaciones, lo cual también limitaría en gran forma la protección que puede brindarse.
4. Que sea una actividad creativa: se hace referencia a que la creación no sea obvia, lo cual también es debatible frente a las obras artísticas.

Resumiendo lo anterior, las críticas tienen un punto en común y es el debate sobre la limitación de la protección que se generaría al adoptar esta teoría, pues al asumir el reconocimiento de un derecho natural y exclusivo sobre las creaciones, conlleva la limitación de acceso a estos por parte de terceros y, en el caso específico de la propiedad intelectual, ocasionaría el aumento de monopolios, restringiendo el acceso a determinadas creaciones que, en principio, deberían ser de uso o conocimiento común.

Finalmente, aunque resulta claro que la teoría de la labor cuenta con varios puntos, matices y oportunidades para el debate respecto a su aplicación sobre la propiedad intelectual, es importante resaltar la importancia de su existencia, pues sentó las bases de las demás teorías que irían apareciendo con el paso del tiempo.

3.2. Teoría utilitarista

Esta teoría, en resumidas cuentas, busca como elemento esencial la obtención de beneficios y riqueza para la comunidad a través de cualquier tipo de conducta en la que se pueda incurrir, o cualquier medida que se pueda tomar para regular las relaciones entre los miembros de una comunidad. En otras palabras, que las personas encargadas de redactar normas y/o políticas públicas lo hagan con base en la máxima de “el mayor bien para el mayor número” y los planteamientos principales en las obras de Jeremy Bentham y John Stuart Mill.

Fisher (2001), para explicar esta teoría, expone como elemento esencial un criterio similar al llamado *kaldor-hicks*, según el cual, para escoger entre un sistema y otro, se debe evaluar y señalar como la mejor opción aquel que, al mover el estado de cosas en cuestión, otorgue mayores beneficios y compense las pérdidas que puedan ocasionarse por dicho cambio de sistemas.

Si bien esta teoría se preocupa fuertemente por la obtención de un beneficio monetario, no se reduce solo a esto. Es correcto afirmar que, en el ámbito de la propiedad intelectual, se han desarrollado varios argumentos que conllevan o no como criterio relevante la retribución material, siendo algunos de estos los siguientes:

Perspectiva de la recompensa o *reward theory*: esta perspectiva se centra en la recompensa obtenida por la inversión de recursos y esfuerzos durante el proceso creativo en beneficio de la comunidad. Esta premisa podría ser comprendida con mayor facilidad si consideramos el límite de tiempo que se le otorga a la protección de los derechos patrimoniales del autor, ya que los derechos de exclusividad encuentran su razón en la justa recompensa por los esfuerzos invertidos para crear la obra, pero que, en último término, pretenden que el conocimiento allí contenido se convierta en un canal de transmisión de dominio público.

Este mismo fin se encuentra en los sistemas de patentes y diseños industriales, por ejemplo, en virtud de que existe un agente que lleva a cabo un proceso creativo a cuyo término obtiene como resultado un producto sobre el cual el sistema normativo le reconoce unas facultades y prerrogativas exclusivas, siempre y cuando sea a cambio de ofrecer a la sociedad el avance que representa su producto, de allí que esta serie de derechos sean temporales; y su registro, no renovable.

Lo anterior conlleva un flujo de información en la sociedad, entendiendo que la comunidad, en un primer momento, actúa como un sujeto pasivo frente al producto en cuestión, pero una que vez dicha creación entre al conocimiento común, puede llegar a actuar como sujeto activo al producir nuevos productos con base en este conocimiento adquirido de la primera. Es por ello que desde esta teoría puede entenderse por qué la propiedad intelectual puede ser considerada como un medio de desarrollo.

Por otro lado, es importante señalar que dentro de esta perspectiva se encuentran varias posturas intermedias, como la llamada *desert-labour theory*, la cual integra la teoría de la labor y el reconocimiento de una recompensa que surge a raíz del esfuerzo implementado por el autor para la creación de determinado producto.

Perspectiva del incentivo: esta teoría tiene como objetivo principal promover la creación de productos a partir de ciertos privilegios otorgados a quienes desarrollan dichas creaciones; esto, con el fin de aumentar la actividad de creación e innovación, lo cual repercute directamente en la sociedad aumentando el conocimiento científico, tecnológico y cultural, dándole una importancia primordial al desarrollo y avance de la propiedad intelectual.

Es por lo anterior que puede considerarse la existencia de dos tipos de incentivos: en primer lugar, se le otorga un reconocimiento de derechos en cabeza del autor, lo cual genera una propuesta económica para sobrellevar o para equilibrar el alto costo de producción y el bajo costo de distribución de esa creación. En otras palabras, el modelo de incentivos ayuda en gran manera a compensar dichos costos. En segundo lugar, se encuentra un incentivo que tiene como fin conocer el mercado en el que se está actuando, esto es para que los desarrolladores puedan crear nuevos productos conforme a las expectativas de los futuros usuarios, asegurando lo que Fisher (2001) llama la “optimización de patrones de productividad”.

Perspectiva de las invenciones rivales: dentro de la teoría utilitarista se encuentra una vertiente que tiene como elemento esencial la competencia entre rivales, con el fin de fomentar el progreso innovador en la sociedad, según lo explican Fisher (2001) y Menell (2000).

Esto se materializa en la rama empresarial en tres etapas. La primera surge en el momento en el que un productor genera una in-

vención susceptible de protección por el sistema de propiedad intelectual, logrando así una clase de “monopolio” temporal sobre la explotación exclusiva de la creación; con esto se da paso a la segunda etapa, en la que se inicia una competencia entre otros productores con el fin de alcanzar una ventaja mediante la creación de otra obra que supere a la creada por el primer productor; y, finalmente, dichos productores utilizan sus nuevas creaciones, susceptibles de protección, para obtener ganancias en el mercado.

Teniendo en cuenta la definición de la teoría utilitarista y las perspectivas que se encuentran dentro de esta, se da paso a exponer brevemente ciertas críticas que ha recibido esta teoría. La primera a la que se hará referencia es aquella que argumenta la incertidumbre que hay en torno a los medios adecuados para lograr el objetivo de esta teoría, lo cual presenta un gran reto junto al ideal de aplicar medidas proteccionistas con el fin de aumentar o de incentivar la producción nacional. La segunda crítica se posa sobre la posible limitación del acceso a los productos creados dentro del mercado; dicha limitación surge debido a la concesión de derechos para la explotación exclusiva. Se critica que, en caso de que el aumento de obstáculos impuestos por el sistema de propiedad intelectual sea mayor que el objetivo de promover dicha actividad inventiva, se afectaría negativamente a la sociedad al impedir “el mayor bien para un mayor número”, pues no se lograría una producción que alcance estas expectativas.

3.3. Teoría de la personalidad

Esta teoría, en su desarrollo desde un punto de vista clásico, se deriva principalmente de Kant (1887) y Hegel (1991) y, desde su desarrollo contemporáneo, por otros autores, dentro de los cuales se resalta a la profesora Margaret Radin (1982). Si bien antes de explicar esta teoría se debe tener en cuenta que existen diversos enfoques que la definen, los cuales serán explicados más adelante, se rescatan dos elementos que priman sobre los otros: el objetivo de lograr un desarrollo de la naturaleza humana y la importancia de la personalidad y de la autonomía.

En primer lugar, la búsqueda de alcanzar un desarrollo mayor de la naturaleza humana encuentra su fundamento en la afirmación de

que el ser humano siempre ha buscado dominar su entorno, adaptarlo a sus necesidades. Dicha dominación surge de la necesidad de asegurar su supervivencia satisfaciendo sus necesidades, buscando así una vida más digna (Dworkin, 1978) y, como postula Menell (2000), en ser propietarios de los objetos para alcanzar este fin.

Se debe poner en conocimiento que, a diferencia de los autores anteriores, existen otros que no fijan su atención en la propiedad como protección únicamente de la dignidad humana; según expone Drahos (2016), el concepto de “propiedad” también puede ser entendido como un medio para la soberanía. Estos planteos son recogidos por Radin (1982), que los incluye en su teoría contemporánea como recursos externos, afirmando que, para ser persona, es necesario tener el control de estos elementos externos del entorno en el que se habita.

Teniendo presente este primer elemento en común, es preciso destacar la importancia de la personalidad y de la autonomía dentro de esta teoría. De los planteamientos de Radin, Du Bois (2018) afirma que existen formas de propiedad con mayor valor y otras con un valor menor, lo cual se distingue entre la propiedad material y la propiedad inherente a la personalidad del propietario.

Radin (1982) argumenta que la propiedad intelectual debe asegurar una mayor protección, pues esta se deriva de la cercanía de la creación con la personalidad de quien la creó. Para ilustrar lo anterior, esta autora utiliza dos ejemplos. El primero hace alusión a un anillo de compromiso, el cual sería un bien fungible,² pero encuentra un valor mayor por el vínculo y el significado que este genera en la persona que lo usa. El segundo ejemplo se refiere al valor de una casa, la cual, según Radin (1982), debe contar con una mayor protección por estar ligada a la privacidad y a la libertad.

Ahora bien, Hughes (1998) considera que “la propiedad provee un mecanismo único o especialmente adecuado para la autorrealización,

2 Aquellos objetos comerciables que “suelen determinarse según su número, medida o peso, y que, por regla general, son sustituibles; esto es, se toman en cuenta solo su medida y calidad, pero no individualmente como el dinero, los granos, el vino, los libros en rústica, y con frecuencia, aunque no siempre, los títulos de valor” (Carrión, 1982, como se citó en Velázquez, 2004).

la expresión personal, y para la dignidad y el reconocimiento como una persona individual”. Respecto a la propiedad intelectual, centrándonos en el derecho de autor, este postulado solo puede aplicarse al afirmar que la propiedad tiene un carácter personal, adquiriendo un mayor valor al ser relacionada con la personalidad del creador.

Desarrollando lo anterior y tomando el postulado de Locke (1988) de que la propiedad está al servicio de la comunidad, Treiger-Bar-Am (2008) expone que el reconocimiento de la propiedad sobre determinada persona puede derivarse de la huella que esta le deja, la cual no solo contiene el elemento de la personalidad, sino que también incluye los elementos de individualización y originalidad que emergen de la autonomía del creador. Este autor, para sustentar lo anterior, se refiere a la teoría de la personalidad de Kant,³ la cual, desde su análisis, también encontraba su sustento en la individualidad y originalidad de la creación protegida.

Lo anterior es un resumen de los puntos principales de esta teoría, pero vale la pena recordar que se explicará de forma detallada más adelante. En el apartado dedicado específicamente a ella se adentrará en los planteamientos de Kant y de Hegel como exponentes principales de la noción clásica y, a su vez, se expondrá en detalle la noción contemporánea desde la teoría de Margaret Radin como su máxima exponente.

3.4. Teoría cultural

Esta teoría, si bien es la menos conocida, es con la que Fisher (2001) encuentra una mayor afinidad. Para definirla, este autor expone los tres argumentos principales que tiene en común esta teoría con las explicadas anteriormente. El primer punto se refiere a la importancia que se le da al bienestar de la sociedad (teoría utilitarista). La teoría cultural retoma esto añadiéndole la necesidad de la creación, por parte de los individuos, de todo un sistema cultural, en cuanto a que el beneficio no puede ser buscado de manera individual, sino que debe ser alcanzado como una colectividad. En segundo lugar, se encuentra la importancia que esta teoría le da a la satisfacción de

3 Que será explicada en mayor detalle el siguiente apartado.

las necesidades humanas (teoría de la personalidad), con el fin de fomentar la actividad creativa en la sociedad construyendo así un sistema integral.

Lo anterior, teniendo en cuenta que estos desarrollos inventivos responden al entorno del autor de dichas invenciones, pues se entiende que este es un individuo perteneciente a una sociedad y que su proceso creativo es influenciado en mayor o menor medida por la cultura que lo rodea. En consecuencia, el deber de las instituciones es el de garantizar el entorno adecuado para que las personas puedan tener una vida buena (Fisher, 2001) y que exista una justicia distributiva con el fin de influir en estos procesos creativos individuales que terminan haciendo parte de la construcción de un bien mayor en la sociedad.

Según Fisher (2001), el elemento de la vida buena puede ser definido dentro de los siguientes componentes básicos: vida, salud, autonomía, compromiso, expresión personal, competencia, conexión y privacidad. Por otro lado, la justicia distributiva se entiende como la capacidad de acceder a aquellas condiciones necesarias para el desarrollo pleno de cada persona.

El problema de esta teoría surge al momento de intentar aplicar los elementos de la naturaleza humana, la vida buena y la justicia distributiva a la realidad de la sociedad; surge la incógnita de cómo materializar de forma adecuada y práctica dichos conceptos con el fin de que no se queden solo como un “deber ser”. Para dar respuesta a lo anterior, la teoría de la cultura integra un cuarto elemento en la fórmula: la correlación entre la educación, el arte, la diversidad y la democracia⁴ (Fisher, 2001) en una sociedad, llamándose “cultura”.

Este elemento se entiende dentro del contexto en el que los autores producen determinada invención, si bien en primera instancia se puede afirmar que el proceso creativo es individual, no se puede negar que este ha sido influido por el entorno en el que está inmerso,

4 Sobre esto, Fisher (2001) explica que al hablar de la democracia no se hace solo bajo el entendido de la participación en la vida política, sino de una democracia en sentido semiótico. En otras palabras, hace referencia a un sistema en el que todos los individuos pueden ser partícipes en la construcción de una tradición cultural de forma activa.

tomando como beneficio e inspiración otras invenciones anteriormente creadas. La influencia de este conjunto de bienes y valores se denomina como el “acervo común”, en otras palabras, se puede afirmar que el autor, en su proceso inventivo, es influenciado y utiliza en su beneficio el acervo común y, en consecuencia, dicha innovación pasa a construir y a ser parte del acervo común de esa sociedad.

Concluyendo lo anterior, se puede afirmar que el derecho de autor cuenta con un respaldo filosófico que ha atendido a distintas necesidades que han ido apareciendo con el paso del tiempo. En atención a esto, existen al menos las cuatro teorías que han buscado responder esas cuestiones fundamentales para el desarrollo y avance de los sistemas de protección de propiedad intelectual y derecho de autor. Muchas veces olvidamos que el derecho es dinámico, pero este dinamismo debe estar justificado desde unos principios filosóficos que aseguren el encuentro de las soluciones más justas.

4. La teoría de la personalidad

Ahora bien, la tercera parte de este escrito se centrará en el estudio detallado de la teoría de la personalidad, entendiéndola como la teoría que más se acerca a los sistemas de tradición civil. Se expondrá desde sus tres puntos de vista: dos desde la visión clásica, desde los postulados de Kant y Hegel, y el último desde la visión contemporánea, deteniéndonos especialmente en esta perspectiva desarrollada principalmente por la profesora Margaret Radin. Lo anterior, con el fin de poder concluir en el apartado final del texto de qué manera esta teoría puede dar luz sobre el reconocimiento de derechos en la protección de las obras creadas a través de la IA.

4.1. Teoría kantiana del derecho de autor

Antes de iniciar con la exposición de esta perspectiva, es preciso tener en cuenta que la teoría de Kant, aunque recaiga sobre la propiedad y el derecho de autor, no alcanza a englobar por completo lo expuesto en la teoría de la personalidad. Debido a lo anterior, el estudio a esta justificación de la existencia de sistemas protectores de derecho de autor y de propiedad intelectual debe realizarse bajo

un análisis doctrinal integrativo entre la teoría kantiana y la versión hegeliana, con el propósito de alcanzar una definición más robusta de la concepción clásica de esta teoría.

Con respecto a la versión kantiana, se puede afirmar que encuentra su fundamento en la teoría moral de este mismo autor, especialmente por los elementos de libertad, autonomía (Treiger-Bar-Am, 2008)⁵ y personalidad (Stengel, 2004), incluidos por el pensador en sus obras.

Con respecto a lo anterior, en su obra titulada la *Filosofía del derecho*, Kant (1887) explica el vínculo entre la libertad y la propiedad, justificándolo desde una doble visión de la libertad: como acción y omisión, entendiendo esta última como la no interferencia con el ejercicio pleno del derecho de propiedad en cabeza de otros.⁶ La libertad, en relación con la propiedad, se entiende como una acción, ya que es la capacidad de apropiarse de determinado objeto, siempre y cuando sea el primero en poseerlo; esto, debido a que el reconocimiento de la propiedad se relaciona directamente con la existencia y de la disponibilidad de dicho objeto.

Continuando con esta línea argumentativa, Kant (1887) define el concepto de “posesión” en dos facetas: en primer lugar, desde un punto de vista empírico, entendido como el vínculo entre el objeto situado en un lugar externo al sujeto, también llamada “posesión sensible”; en segundo lugar, nos encontramos con la llamada “posesión racional”, la cual se refiere al proceso mental que ocurre al interior del individuo al distinguir su vínculo con dicho objeto como algo externo a él. Esta justificación tiene gran relevancia en el desarrollo de Kant en cuanto a que es la primera vez que el autor incluye un aspecto que sobrepasa lo material, dejando en evidencia la necesidad de distinguir entre la obra meramente material y el contenido de esta.

5 Treiger-Bar-Am (2008) afirma que la protección de los sistemas de *copyright* es una consecuencia del modelo kantiano de libertad. La libertad de expresión, por las implicaciones de su ejercicio, se relaciona con la autonomía, conforme la cual el autor afirma que es posible hablar de una influencia kantiana no solo en los sistemas de derecho de autor de tradición civil, sino también en los sistemas de *copyright*.

6 Stengel (2004) afirma que se trata de una regla aceptada *a priori* por la sociedad.

Como ejemplo, Kant (1973) expone el caso en concreto de un libro, afirmando que el autor de este sería el que profirió determinado discurso mediante signos del habla. Lo anterior genera ciertos privilegios sobre el autor de dicha obra, el cual puede decidir si autoriza o no a un tercero, entendido como editor, para que plasme ese discurso en un bien material dirigido al público. Esta autorización es la que le otorga cierto derecho al editor, esto es, dicho derecho depende, en primer lugar, del derecho del autor para autorizar o no la edición de su discurso.

No obstante lo anterior, Treiger-Bar-Am (2008), citando a Geller (2000), llega a la conclusión de que Kant se limitó a explicar la propiedad respecto a un discurso, dejando fuera otras formas de arte que también merecen este tipo de protección frente a reproducciones no autorizadas. Frente a esto, Kant (1973) argumenta que las obras literarias son las únicas susceptibles de este tipo de protección, dándole un papel de suma importancia a la expresión personal del autor literario.

Dentro de este marco, se entiende que el derecho a la propiedad no hace referencia únicamente al *corpus mechanicum*, pues también se le reconoce dicho derecho a los autores respecto a la parte de ellos mismos que plasman en determinada obra. Este argumento crea diversos retos, que Kant (1973) también reconoce, pues suena contradictorio que la autorización para enajenar la parte material de la obra conlleve al mismo tiempo cierta posesión sobre una parte del autor mismo. Problemática que no llega a ser resuelta hasta la aparición de Hegel.

Continuando con la teoría kantiana, si bien es evidente que da una mayor relevancia a las obras literarias, se debe resaltar que dicho papel no se justificaba en el argumento de que la literatura fuera jerárquicamente superior a otras artes; Kant (1973) defendía esta distinción en cuando a que la literatura, a diferencia de las otras artes, no tiene como elemento esencial su representación inmediata.

Ahora bien, Kant (1973), en la *Crítica del juicio*, señala que el arte nace a raíz de un hacer productivo, entendiendo el arte como “la producción por medio de la libertad, es decir, mediante una voluntad que pone razón a la base de su actividad” (Kant, 1973). Lo cual puede resumirse en el planteamiento de que una obra puede ser

considerada como artística siempre y cuando sea producto del ser humano, en cuanto a que en el autor ya existía una representación preconcebida antes del desarrollo de la obra misma (Kant, 1973).

Para evitar que lo anterior amplíe el concepto del arte de tal manera que cualquier oficio o rama de la ciencia pueda encuadrarse dentro de él, Kant justifica la distinción del arte con otras ciencias en cuanto a que: (i) la cantidad de conocimiento que se llegue a tener de este no garantiza la capacidad de producir una obra artística; y (ii) la creación artística se deriva de la libertad, a diferencia de un oficio que usualmente se realiza por necesidad, mas no por libertad (Kant, 1973).

Es importante resaltar que en su obra le da una mención especial al tema del “arte bello como arte del genio”, lo cual podría ser contradictorio en el intento de explicar el derecho de autor, debido a que este busca proteger las obras independientemente de su nivel de “belleza”.⁷ En todo caso, el análisis del término expuesto por Kant debe ser interpretado a la luz de lo postulado por Treiger-Bar-Am (2008), en el sentido de que esta categorización no responde a una belleza estética, sino a ciertos elementos que pueden encontrarse en la teoría kantiana y en el sistema de derecho de autor actual.⁸

Desarrollando lo anterior, en primer lugar Kant distingue el “arte mecánico” del “arte estético”, refiriéndose al primero como el conocimiento adquirido del artista y la acción para materializar dicho conocimiento. Por otro lado, al incluir el elemento de un sentimiento de placer por parte del autor, se deja de lado la fase inicial mecánica para entrar al plano del denominado “arte estético”. Con esto se deja claro que el concepto del “arte bello” no genera un obstáculo para aplicar esta teoría al derecho de autor, pues este elemento surge internamente en el creador de la obra, mas no se predica de la obra en sí misma.

7 Muestra de ello es que, durante la fase de internacionalización del derecho de autor, el Convenio de Berna y los distintos tratados posteriores cuentan con artículos que establecen expresamente esta salvedad.

8 Treiger-Bar-Am (2008) le da claridad a este término al establecer que no se trata de las artes bellas en sentido estético, sino de las bellas artes en relación con la forma de “obras artísticas”, desconociendo que el arte se puede predicar incluso en otro tipo de esferas según la forma en la que una persona ejecuta una labor.

Respecto al papel del “genio” (Treiger-Bar-Am, 2008), no puede afirmarse que va en contradicción del derecho de autor, en cuanto a que Kant (1973) define este término como “la capacidad espiritual innata mediante la cual la naturaleza da la regla del arte”. Dicha capacidad de producción no está limitada a determinadas reglas, por lo cual está directamente relacionado con el factor de originalidad de las obras. En otras palabras, la genialidad significa originalidad, el genio no puede producir arte siguiendo un procedimiento establecido, diferenciándose de la ciencia, ejerciendo así una libertad que se plasma en la capacidad del autor de usar su conocimiento con el fin de crear una obra original a través de la imaginación y el entendimiento que ha adquirido (Kant, 1973). Lo anterior, con el fin último de que el conocimiento generado a través de las bellas artes se transmita y perdure en el tiempo (Kant, 1973).

4.2. Teoría hegeliana

En segundo lugar, dentro de la perspectiva clásica, se expone la teoría del derecho de autor, específicamente la de la personalidad, desarrollada por Hegel. Resulta claro, al estudiar los textos de Drahos (2016) o Hughes (1998), que la teoría de la personalidad encuentra su fundamento, en gran medida, gracias a la obra de Hegel.

Retomando las interrogantes que deja la teoría kantiana, nos enfocaremos en el caso en que el autor le otorgue a un tercero la autorización para enajenar su obra (corpus); la problemática surge debido a que dicha autorización no solo incluiría la enajenación del corpus, sino también, en cierto modo, de una parte del mismo autor (*ius personalissimum*), al entender la obra como una extensión de su creador, lo cual resulta inmoral y contradictorio al sistema de derecho de autor.

Para dar respuesta a lo anterior, Hegel se centró en entender cómo funcionan los sistemas de protección de estos derechos en la actualidad, apartándose de la teoría kantiana al afirmar que el valor de la propiedad no se deriva de la relación con el autor; por el contrario, dicho valor se encuentra en el concepto mismo de propiedad como regulador de las relaciones entre el propietario y los terceros (Stengel, 2004). Este enfoque permite afirmar que la teoría hegeliana tiene

como propósito garantizar una protección mayor de la propiedad intelectual en el sentido de que el derecho reconocido va más allá de la capacidad del autor de disponer del objeto material.

Esta teoría le da gran valor a la voluntad y a la libertad, coincidiendo con Kant; sin embargo, Hegel (1991) se detiene a mencionar que la voluntad, en la medida en que es universal y autoconsciente, carece de contenido, por esto es necesario que se encuentre un objetivo determinado que guíe la voluntad, desarrollando así el yo en la personalidad. En resumen, el lograr salir de esa indeterminación y el desarrollo de la personalidad del individuo en su entorno depende de que este anteponga la voluntad sobre cualquier cosa, apropiándose de ella (Hegel, 1991), convirtiendo la propiedad en la encarnación de la personalidad (Stengel, 2004).

Conforme a esto, los objetos terminan siendo la materialización de la personalidad individual y la esencia universal de la autoconciencia (Yoo, 2019), logrando a través de ellos la existencia de la voluntad desde la libertad; por ende, la libertad es esencial para la apropiación de determinados bienes con el fin de la subsistencia de la persona (Stengel, 2004).

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, se analizará esta teoría aplicada a las creaciones intelectuales. Hegel da a conocer en su obra *Lineamientos de la filosofía del derecho* su interés en incluir las obras del intelecto como susceptibles de protección en cuanto al elemento de la personalidad encontrado en estas creaciones.

Hegel se detiene para preguntarse cómo es posible que una creación del intelecto pueda ser vista como objeto de un contrato, y se responde a sí mismo afirmando que el artista inicia su proceso de creación de manera interna (inmaterial y espiritual) conforme a las características del espíritu libre, el cual, a su vez, tiene la capacidad de superar dichas barreras con el fin de materializar en forma de expresión los conocimientos del autor (corporeidad y existencia material). De tal forma, Hegel elude el problema ético planteado desde la teoría de Kant, al diferenciar el objeto del espíritu de su mera materialización, lo cual permite la enajenación de estas obras en cuanto a que se entienden como un objeto externo a su autor (Hegel, 1991).

En relación con la idea anterior, tampoco se puede ir al otro extremo de argumentar una inexistencia de vínculo entre el autor y la

obra material. Al respecto, Hegel deja claro que los autores de las obras susceptibles de enajenación siguen manteniendo ciertos derechos sobre estas. Esto significa que una vez que se haya enajenado la obra material, el autor sigue siendo propietario de su forma de expresión original y distintiva. Se distingue la compra del objeto (derecho real) del contenido inmaterial de la creación, pues el derecho real adquirido mediante la compra de un objeto no significa que el comprador también obtenga el derecho que se predica sobre la forma de expresión del contenido, sustentando la necesidad de ampliar la protección de la propiedad intelectual prohibiendo la realización de copias no autorizadas por el autor de la obra.

Siendo así las cosas, Hegel (1991) procede a desarrollar el término de las obras derivadas y del plagio. En *Lineamientos de la filosofía del derecho*, el autor afirma que si bien el objetivo de las creaciones es lograr que sean puestas en conocimiento de la sociedad con el propósito de incentivar un aprendizaje colectivo sobre estas obras, esto puede malinterpretarse para justificar la creación de otra obra que termine infringiendo el derecho de autor del primero, incurriendo así en plagio, acción contraria a derecho que supone en la imitación de la obra original. En busca de evitar dicha problemática, Hegel plantea el honor como un elemento esencial.

4.3. Perspectiva contemporánea: Margaret Radin

El desarrollo de la versión contemporánea de la teoría de la personalidad se atribuye en gran medida a los aportes de la profesora Margaret Radin, quien ha defendido la gran relevancia de la propiedad como elemento esencial en el desarrollo personal en su artículo llamado “Property and Personhood” (1982). En el texto, esta autora se centra en definir la teoría de la personalidad desde dos componentes básicos: la justificación de la existencia de los derechos de propiedad y su delimitación, demostrando un punto de vista en el que se crea y se construye el desarrollo personal en términos de “cosas” (Radin, 1982).

Un aspecto para resaltar es el uso de la expresión *property rights*, refiriéndose a los privilegios obtenidos del reconocimiento de la propiedad privada; este concepto se señala porque la profesora hace uso de dicha expresión en plural. Lo anterior puede tener dos signifi-

cados: en primer lugar, el uso del plural puede entenderse desde la visión de que si bien la propiedad privada se entiende como una sola, al reconocerse se deriva la titularidad de varios derechos subjetivos. Pero, en segundo lugar, dicho uso de la expresión puede tener como objetivo definir el término de propiedad privada como un género del que emanan numerosas vertientes. Por motivos prácticos, el presente texto tomará como referencia el último significado en cuanto al desarrollo que la profesora Radin le da en su teoría.

Es necesario comprender el reto que significó traducir esta teoría del inglés al español, especialmente por la traducción de la expresión *personhood perspective* y *personality theory*, en cuanto a que ambas terminan siendo traducidas con la palabra “personalidad”, lo cual no es adecuado con la terminología de estas expresiones, pues son distintas en el idioma inglés.

Respecto a la *personhood perspective*, Radin (1982) regresa al inicio de la teoría de la personalidad desde una perspectiva liberal, reafirmando la esencialidad de los conceptos de “voluntad” y “auto-determinación”, elementos que también fueron desarrollados desde la perspectiva clásica de la teoría. No obstante, se resalta que si bien esta autora estudia a Kant y a Hegel, llega a una conclusión diferente, a la que nos referimos anteriormente como *personhood perspective*, argumentando que la personalidad surge en el momento en que lo personal, lo intangible, toma cuerpo o se construye a partir de objetos (Radin, 1982).

Al desarrollar la versión contemporánea planteada por Radin (1982), es necesario poner en conocimiento los seis pasos necesarios expuestos por la profesora, siendo el primero el desarrollo de la propiedad y de la personalidad desde un punto de vista intuitivo; en segundo lugar, expone las opciones que existen para abordar el concepto de “persona” con base en esto; el tercer punto es el desarrollo de un plan argumentativo; el cuarto paso muestra la justificación que le otorga a la protección de la propiedad desde un punto de vista moral y centrándose en la personalidad del individuo. Por otro lado, el quinto punto se encarga de determinar los retos que nacen en relación con figuras jurídicas; finalmente, demuestra la importancia de reconocer los derechos de propiedad desde la personalidad. Estos pasos se explican con más detalle a continuación:

Perspectiva intuitiva de la propiedad y la personalidad: el punto clave de esta perspectiva es entender que la propiedad no se predica de igual manera sobre todos los objetos, debido a que existen otros a los que se les otorga un gran sentido de propiedad respecto a su propietario, fundamentado en un vínculo especial de valoración personal sobre ese objeto. Lo anterior, por la construcción que realiza el ser humano de su personalidad y que le atribuye a determinado objeto.

Dicho esto, Margaret Radin (1982) sostiene la relevancia de la autonomía, pues al afirmar que existe un vínculo constitutivo entre determinada persona y un objeto, se entiende que el sujeto tiene la libertad de ejercer dominio sobre este. En conclusión, la profesora resalta de esta perspectiva tres afirmaciones: la primera plantea la existencia de una importante relación entre la persona y los objetos que la rodean, llegando al punto en que afirma la imposibilidad del desarrollo de la personalidad sin antes crear este tipo de vínculo, entendiendo que dichos objetos hacen parte del entorno en el que se desenvuelve la persona; el segundo punto le encuentra fundamento al primero, pues afirma que dicho vínculo surge del ejercicio de la libertad del sujeto que lo une al objeto, partiendo desde el término de la personalidad, ya que esa relación trasciende el plano meramente material para pasar a la constitución de la personalidad a través del objeto; en tercer lugar, es necesario resaltar que esta perspectiva no logra dar una justificación completa respecto a la forma en que la personalidad otorga un reconocimiento o protección moral y jurídica sobre la propiedad.

Noción de “persona”: dentro de esta teoría surge la necesidad de definir un criterio objetivo que tenga la capacidad de establecer qué es susceptible de protección y qué no lo es. Para esto, Radin (1982) propone definir el concepto de “persona” desde el estudio de las teorías libertarias, de tal manera que se pueda cumplir con lo anterior.

Para esta autora, a diferencia de lo planteado por Kant (1887), el vínculo que surge entre la persona y la propiedad no es un elemento esencial para el desarrollo de su teoría. En este argumento, la profesora parece encontrar un punto en común con Locke (1888), en cuanto a que este autor sostiene que el entorno que rodea a la persona necesariamente es parte de ella, debido a que la relación con los factores externos termina conformando la memoria del individuo. Sin embargo, Radin se separa de Locke, argumentando que

este no incluyó taxativamente la premisa de que los objetos terminan siendo parte de la constitución de la persona. Lo anterior lleva a la profesora a desarrollar una nueva definición del concepto de “persona”, entendiéndola como una organización o estructura continua de carácter que integra los planes futuros, generando cierta expectativa con los sentimientos y eventos pasados, retomando lo expuesto por Bentham en cuanto a que “la idea de propiedad consiste en una expectativa establecida” (Radin, 1982).

Enfoque hegeliano: en este punto, Radin (1982) estudia la teoría hegeliana de la propiedad, otorgando varios argumentos novedosos dentro de este estudio. La profesora inicia señalando que tanto para Hegel como para Kant, el término “persona” hace referencia a la capacidad de ser titular de derechos, lo cual se queda atrás para su teoría, puesto que ella supone que el concepto solo se materializa en el momento en que, mediante la voluntad y la libertad, se genera una actuación en el entorno del individuo.

Aun así, las obras de Hegel influyen en gran medida a la teoría de la personalidad desarrollada por Radin (1982). La teoría hegeliana parte de la premisa de que el concepto de “propiedad” va ligado a la voluntad, generando el reconocimiento de un derecho sobre el objeto. En cuanto a esto, se debe entender que la voluntad debe materializarse en el objeto, pero que dicha materialización no puede ser reducida a una única vez, sino que debe contar con el elemento de la continuidad para poder reconocer el derecho a la propiedad sobre aquel objeto.

Finalmente, lo anterior puede resumirse en tres puntos clave que rescata Radin (1982) de la teoría hegeliana con el fin de aplicarlos a su *personhood perspective*: en primer lugar, resalta que el término “persona” va ligado con el entorno que lo rodea, pues su voluntad es materializada en objetos externos; esto significa que no puede existir por sí solo sin tener algún vínculo con su exterior. En segundo lugar, el concepto de “libertad” hegeliano debe ser interpretado a la luz de una libertad en grupo, mas no individual, en cuanto a que no solo implica la acción de dominio sobre el objeto, sino que también conlleva la capacidad de oponerse a interferencias de terceros. En último punto, sostiene la existencia de ciertos tipos de propiedad, los cuales conllevan una relación esencial con la personalidad.

Protección de la propiedad desde la personalidad: en este paso se analizará la justificación que Radin (1982) le otorga a la propiedad en el desarrollo de su denominada *personhood perspective*. Plantea que dicha justificación sostiene la capacidad de ubicar a los derechos en un punto de continuidad entre lo personal y lo fungible. A simple vista, se podría afirmar que esa situación es contradictoria a ambas figuras de propiedad, pero la profesora no se queda en el simple planteamiento, sino que le da respuesta esclareciendo que al hablar de algo fungible, no siempre nos referimos a algo antagónico a lo personal. Dicha distinción surge debido a la naturaleza o gracias al vínculo entre los objetos con la personalidad, entendiendo que entre más cercano sea este vínculo, mayor protección de la propiedad se va a generar.

Continuando con el desarrollo del *personhood perspective*, Radin (1982) tiene como objetivo principal entender cuál es el propósito de un reconocimiento mayor de la propiedad sobre ciertos bienes, siendo la respuesta el elemento de la calidad o de la fuerza del vínculo entre la persona y el objeto, generando una categoría objetiva para entender el nivel de reconocimiento sobre los objetos. Con esto, la teoría contemporánea de la autora busca salir de un criterio meramente subjetivo para demostrar la necesidad de entender dichas relaciones subjetivas desde un plano objetivo.

Para dar fin a lo anterior, es necesario recapitular la importancia del alcance de la *personhood perspective*, puesto que incluyó en la teoría de la personalidad el novedoso planteamiento de que no todos los objetos tienen el mismo valor, ya que este depende de la fuerza del vínculo que se genere con una persona o de ser un objeto esencial para alcanzar un propósito establecido. Por otro lado, la *personhood perspective* tiene como fin plantear un criterio objetivo para entender las relaciones subjetivas entre sujeto-objeto, entendiendo que el ser persona va intrínsecamente ligado con los objetos encontrados en su entorno sobre los que ejerce su voluntad, centrándose en establecer si el objeto puede ser constitutivo de la personalidad en vez de en el interés personal que se busca alcanzar con dicho objeto (Radin, 1982). Finalmente, Radin (1982) se pronuncia acerca del derecho de autor en específico dando un breve bosquejo al argumentar que, en este caso, la propiedad de objetos comerciales no deriva necesari-

riamente de la personalidad de su dueño, a diferencia de lo que pasa con un discurso público.

5. La teoría de la personalidad y la creación de obras por medio de la IA

Desde la versión kantiana de la teoría de la personalidad, la IA no podría ser considerada como titular de ningún tipo de derechos sobre las obras que crea. El ejercicio de la libertad, para Kant (1887), se entiende desde un plano objetivo y un plano subjetivo. El primero hace referencia a la posesión sensible del bien, algo que difícilmente podría lograrse si hablamos de sistemas que se ubican en un plano completamente distinto al exclusivamente físico o tangible. Además, frente al plano subjetivo del ejercicio de la libertad, debería tratarse de sistemas que pudieran dar muestras de una posesión racional, es decir, de experimentar algún tipo de sentido de pertenencia por un vínculo con la obra. En otras palabras, la IA puede dar lugar a obras, pero sobre ellas la falta de conciencia sobre un vínculo directo con un “ego trascendental” (aunque sea este un término de Hegel) imposibilita que podamos hablar de una propiedad derivada del ejercicio de la libertad, entendida como posibilidad de autodeterminación frente a fines existenciales.

Si analizamos lo anterior a partir de los planteamientos hegelianos, la noción misma de IA supone la imposibilidad de pensar en algún tipo de propiedad. Teniendo en cuenta que para este filósofo la propiedad proviene de la encarnación de un yo abstracto a través del contenido que se le da desde el mundo exterior, la IA (asumiendo incluso que podría tener autoconciencia) se encuentra determinada por naturaleza. Si el proceso creativo detrás de las obras creadas por IA responde a un algoritmo predeterminado y diseñado por otro que elimina la posibilidad de un desarrollo personal libre, tampoco existiría propiedad alguna. No es este el caso del ser humano, incluso para aquellos que somos creyentes; si bien contamos con una naturaleza de ser criaturas, podemos cultivar los gustos a nuestro antojo. En el caso de la IA, el diseñador del programa que actúa desde la posición que podría pensarse de forma análoga a la de Dios no lo hace de la misma manera, desde el diseño mismo le impone a la IA

la creación de una obra a partir de datos suministrados y la información que es extraída por el sistema.

En el caso de la versión de Radin (1982) de la teoría de la personalidad, el panorama es aún más limitado para los defensores de un reconocimiento tradicional de derechos para las obras creadas por IA. Si lo que define una teoría de la propiedad basada en la personalidad, además del ejercicio de la libertad, es la noción misma de persona ligada a la memoria, el presente y las expectativas futuras, la IA está lejos de ser considerada como persona y aún más distante de poder dar lugar a algún tipo de derecho de propiedad. En este sentido, si realmente existen bienes que cuentan con un reconocimiento de la propiedad diferenciado por su vínculo con el dueño, en la medida en que no podemos hablar de una persona humana libre y autónoma frente a su proyecto de vida, no podríamos hablar de algún tipo de reconocimiento de derechos.

Sin embargo, como se mostró en el texto, la filosofía del derecho de autor suele ser flexible con el fin de dar respuesta a los retos que van surgiendo en nuestras sociedades. Y es que, en este punto del análisis, resulta un poco confuso llegar a una conclusión sin lugar a duda sobre la protección o no de dichas obras. Para poder dilucidar esto, es necesario remitirnos al elemento de la impredecibilidad que se encuentra en dichas tecnologías –elemento que puede verse como la originalidad de las obras creadas por estos sistemas– y al estudio realizado de las relaciones que surgen entre el autor, la creación y la sociedad, conectando la teoría de la personalidad con la teoría cultural y la importancia de construir un acervo común con el conocimiento adquirido de las nuevas creaciones.

6. Conclusiones

De lo anterior concluimos que si bien no se puede afirmar que la IA es susceptible de recibir el reconocimiento de protección desde una visión tradicional, resulta de especial relevancia el aseguramiento del conocimiento y la construcción de canales de información que surgen producto de este tipo de desarrollos tecnológicos. Así, resulta necesario que el sistema de derecho de autor otorgue algún tipo de protección a las creaciones desarrolladas por la IA. Una propuesta

para ello se encuentra en *La teoría de la personalidad y la inteligencia artificial: una respuesta desde lo clásico con la mirada contemporánea del acervo común* (Páez, 2021), en el cual se asume un compromiso con tres factores fundamentales: i) el reconocimiento de este tipo de obras creadas por IA y la posibilidad de su protección como una necesidad práctica para salvaguardar el desarrollo, la inversión y la asunción de esfuerzos detrás de los procesos de investigación y desarrollo en pos de la sociedad; ii) la carencia de un conocimiento común sobre el alcance y las implicaciones de la IA; y iii) la insuficiencia de las posturas adoptadas en la actualidad en la mayoría de países del mundo respecto a la IA.

De lo anterior se desprende que el sistema de derecho de autor, como cualquier otro sistema normativo, debe ser capaz de adaptarse a las necesidades prácticas que surgen con el paso del tiempo. Usualmente, la respuesta a este tipo de planteamientos es la aparición de nuevas fuentes normativas que busquen aclarar cuál es la forma correcta de aplicación de la ley frente a la nueva necesidad. Sin embargo, la propuesta que se intentó exponer en este escrito fue diferente, en el sentido de que procuró una exposición de elementos esenciales de los sistemas de derecho de autor, un regreso a sus aspectos fundamentales para que el espíritu de los sistemas normativos de derecho de autor pudiera ofrecer una respuesta que no altere las figuras jurídicas existentes, dada la extrema complejidad que eso supondría.

Por estas razones, si es necesario formular una propuesta frente a la protección o no protección de obras creadas por medio de la IA, lo cierto es que dicha alternativa debe ser respetuosa de los esfuerzos y recursos invertidos para que este tipo de obras sean creadas, la apertura a nuevos canales y fuentes de información valiosa para la construcción de un acervo común que se nutra tanto de lo clásico como de las formas contemporáneas de producción, y respetuosa del derecho de autor mismo. Es por esto último que la búsqueda de la respuesta frente a la protección de obras protegidas por IA se inició desde una de las teorías más cercanas al sistema de derecho de autor contemporáneo, la teoría de la personalidad, que, como se expuso anteriormente, logra poner en evidencia la necesidad de contar con sistemas protectores de ese vínculo inmaterial del autor y la obra. Al intentar establecer un paralelo con la IA, resulta difícil aplicar esta

teoría de forma análoga a como se aplica sobre la creación de obras del ser humano, por eso es preciso incluir elementos adicionales que refuercen la justificación de la protección de este tipo de obras para no desatender esos factores determinantes relacionados con la necesidad práctica que supone encontrar una respuesta que, a su vez, no desincentive el interés y la inversión en este tipo de desarrollos tecnológicos.

Así, encontramos que si bien una aplicación rígida de la teoría de la personalidad no es posible, lo cierto es que el alcance de la personalidad, como se expuso en el apartado cuatro, también tiene un componente esencial de protección del ejercicio de la libertad que solo es posible desde la relación de los autores con el medio exterior y la cultura que los rodea. La construcción de la propia personalidad⁹ es posible, en gran medida, gracias a la existencia de un acervo desde el cual es posible hablar en términos de desarrollo. Así como en los sistemas de patentes, al hablar de la novedad como requisito de patentabilidad, se hace referencia al estado de la técnica para conocer dónde se ubica el objeto de protección y en qué consiste el desarrollo que ofrece, en términos culturales, el conjunto de saberes, prácticas, conocimientos e información representa ese punto de partida del que se nutre la producción literaria, artística y científica.

Ese conjunto al que se hizo referencia es el lugar a donde llegan las obras protegidas por medio de IA. De allí que la aplicación de la teoría de la personalidad, si bien no se puede dar de forma rígida por la incongruencia que representa buscar en un sistema artificial elementos subjetivos que trascienden el mero relacionamiento de datos, sí podemos buscar una respuesta desde una teoría de la personalidad por sus implicaciones sobre la sociedad y no fundamentada de manera exclusiva en el sujeto. Esto podría representar de alguna manera que se estuviera buscando forzosamente la aplicación de la mencionada teoría a la problemática que supone la creación de obras por medio de IA, pero no debemos olvidar que es este un problema del hoy que necesita respuesta y la teoría de la personalidad cuenta con elementos que nos pueden acercar a ella.

9 Como puede encontrarse en las obras de Amartya Sen y de Martha Nussbaum al estudiar la figura de la vida plena.

La protección de la personalidad de un autor y su vínculo con las obras que crea parten del ejercicio de su libertad y de la capacidad creativa que plasma en su trabajo. Sin embargo, esa personalidad ligada de forma esencial al producto final, e incluso la obra en sí misma, no son creaciones *ex nihilo*, provienen de esa subjetividad y esfera personal que el autor ha forjado desde su contacto y proceso nutritivo desde el acervo común. Si la IA supone que ese acervo común continúe engrandeciéndose, el derecho de autor no puede ser un obstáculo para ello. El sinsentido que supone pensar en que se reconozca autoría en un sistema artificial¹⁰ debe convertirse en una pregunta para encontrar la forma más idónea y justa de incentivar —como vimos que proponía la teoría utilitarista— la producción a partir de procesos creativos.

Teniendo en cuenta lo anterior, desde la teoría de la personalidad es posible pensar que es necesaria la protección de las obras protegidas por medio de la IA como una forma de velar por el ejercicio de la libertad y la autonomía de los autores, sin que ellos ni la sociedad vean limitado su acceso al conocimiento. Esa protección se traduce en la salvaguarda del acervo común como un elemento propio de la teoría cultural, pero que nos es útil para darle nombre a la necesidad que supone el no desatender la inversión de recursos de toda índole detrás de la IA. De allí que nuestra propuesta, como pudo intuirse a lo largo del texto y como parece aceptarse actualmente, consiste en el reconocimiento de derechos en cabeza de aquel que asume los esfuerzos necesarios para que la IA exista.

Así como en el caso de las presunciones de transferencia de derechos de las obras por encargo a favor del encargante, o de la presunción de titularidad en cabeza de los productores de obras audiovisuales —por ser aquellos “por cuya cuenta y riesgo” es posible la obra—, la IA podría recibir un tratamiento análogo en el que exista una debida protección de los intereses de los que se ha venido hablando, así como un debido respeto a las figuras jurídicas que componen los sistemas de derecho de autor. Pese a que parece una solución fácil y podría existir quien la tildara de evidente, lo cierto es que hay un

10 Ya que muchos de nuestros sistemas actuales establecen que la autoría debe ser necesariamente humana.

sustento filosófico para demostrar su viabilidad; a esta justificación es a la que se espera que el lector haya podido llegar con la lectura de este texto. Después de todo, si algo nos ha demostrado la tecnología es que pulsar un botón artificial en una pantalla es, en igual medida, tan sencillo como compleja es la estructura y el funcionamiento que lleva detrás, en ese terreno desconocido para el usuario, pero que se esconde siempre detrás de las imágenes que ve. Que sea este el caso para que la justificación y el fundamento muchas veces ocultos y poco abordados por la preocupación práctica del momento reciban al menos un leve haz de luz que nos lleve a indagar por respuestas sólidas que tengan una base desde la que podamos responder, en último término, de una forma justa.

Bibliografía

- Antequera Parilli, R. (2007). *Estudio de Derecho de Autor y Derechos Afines*. Reus.
- Arendt, H. (2015). *La condición Humana. Vida activa y condición humana* (2ª ed.). Paidós.
- Attas, D. (2008). Lockean Justification of Intellectual Property. En Gosseries, A. Marciano, A. y Strowel, A., *Intellectual Property and Theories of Justice*. Palgrave Macmillan.
- Bécourt, D. (1990). La Revolución Francesa y el Derecho de Autor: Por un Nuevo Universalismo. *Boletín de Derecho de Autor*, XXIV(4).
- Boden, M. (1998). Computer Models of Creativity. En Sternberg, R., *Handbook of Creativity* (pp. 351-372). Cambridge University Press.
- Bringsjord, S. y Govindarajulu, N. S. (2018). *Artificial Intelligence*. Stanford Encyclopedia of Philosophy.
- Carbonell, C. (2015). Platón visita una exposición de Malévich. El arte en la ampliación de la experiencia filosófica. En Llano, A., *El arte más allá de sí mismo. Aproximaciones a la cultura artística contemporánea* (pp. 91-109). Siglo XXI.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de Interpretación Jurídica*. Marcial Pons.
- Cohen, J. (2007). Creativity and Culture in Copyright Theory. *UC Davis Law Review*, 40, 1151-1205.
- Comisión de la Unión Europea. (2018). Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *Artificial Intelligence for Europe* SWD(2018) 137 final.
- Córdoba, J. F. (2015). *El Derecho de Autor y sus Límites* (1ª ed.). Temis.

- Dock, M. C. (1974). Génesis y evolución de la noción de propiedad literaria. *Revue Internationale du Droit D'Auteur* (RIDA).
- Drahos, P. (2016). *A Philosophy of Intellectual Property*. Australian National University eText.
- Draper, J. W. (1921). Queen Anne's Act: A Note on English Copyright. *Modern Language Notes*, 36(3), 146-154.
- Du Bois, M. (2018). Justificatory Theories for Intellectual Property Viewed through the Constitutional Prism. University of South Africa: PER/PELJ.
- Durante, M. (2019). *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere* (Italian edition). Meltemi.
- Dworkin, R. (1978). Liberalism. En Hampshire, S., *Public and Private Morality* (pp. 113- 143). Cambridge University Press.
- Espejo, J. C. (2020). ¿Cuáles son las fronteras en los Procesos de Desarrollo de la IA? En *Inteligencia Artificial. Transformaciones y retos en el sector editorial* (pp. 18-32). CERALC/UNESCO.
- Fariñas, J. R. (2020). Inteligencia Artificial y derecho de autor: consideraciones sobre la autoría y la titularidad. En *Inteligencia Artificial. Transformaciones y retos en el sector editorial* (pp. 33-50). CERALC/UNESCO.
- Fisher, W. (2001). Theories of Intellectual Property. En *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* (pp. 168-199). Cambridge University Press.
- Geller, P. E. (1994). Must Copyright be Forever Caught between Marketplace and Authorship Norms? En Sherman, B. y Strowel, A., *Of authors and origins*. Oxford University Press.
- Gervais, D. J. (2008). *Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together*. Kluwer.
- Gervais, D. J. (2019). The Machine As Author. *Iowa Law Review*, 105, 2053-2106.
- Ginsburg, J. (1997). Author and Users in Copyright. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 45(1), 1-20.
- Ginsburg, J. (2019). Informe General, Justificación del los Derechos de Autor. En Blomqvist, J., *Copyright to Be or not to Be*. ALAI. Ex Tuto.
- Ginsburg, J. C. y Budiardjo, L. A. (2019). Authors and Machines. *Berkeley Technology Law Journal*, 3, 343-456.
- Gordon, W. (1993). A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property. *Yale Law Journal*, 102, 1533-1609.
- Hamet, P. y Trembaly, J. (2017). *Artificial Intelligence in Medicine*. Metabolism.
- Hegel, G. (1966). *Fenomenología del Espíritu*. Fondo de Cultura Económica.
- Hegel, G. (1991). *Elements of the Philosophy of Right*. Cambridge University Press.
- Hervada, J. (2002). ¿Qué es el Derecho? Eunsa.
- Hettinger, E. (1989). Justifying Intellectual Property. *Philosophy and Public Affairs*, 18(1), 31-52.
- Holzinger, A., Langs, G., Denk, H., Zatioukal, K. y Müller, H. (2019). *Causability and Explainability of Artificial Intelligence in Medicine*. WIREs.

- Huges, J. (1998). *The Philosophy of Intellectual Property*. Georgetown University.
- Kant, I. (1887). *The Philosophy of Law*. T. & T. Clark.
- Kant, I. (1973). *Crítica del juicio*. Porrúa.
- Kateb, G. (1992). *The inner Ocean: Individualism and Democratic Culture*. Cornell University Press.
- Landes, W. M. y Posner, R. A. (2003). *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Harvard University Press.
- Lipszyc, D. (2017). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. CERLALC.
- Litman, J. (1990). The Public domain. *Emory Law Journal*, (39), 965-1023.
- Locke, J. (1988). *Two Treatises of Government*. Cambridge University Press.
- Menell, P. (2000). Intellectual Property: General Theories. En Bouckaert, B. y De Geest, G., *Encyclopedia of Law & Economics* (Vol. II, pp. 129-188). Cheltenham.
- Merges, R. P. (2011). *Justifying Intellectual Property*. Harvard University Press .
- Mills, M. (23 de febrero de 2016). *Artificial Intelligence in Law: The State of Play 2016*. Thomson Reuters Legal Executive Institute blog. <https://www.legal-executiveinstitute.com/artificial-intelligence-in-law-the-state-of-play-2016-part-1/>.
- Moore, A. (2015). Lockean Foundations of Intellectual Property. *The WIPO Journal - Analysis of Intellectual Property Issue*, 7(1), 29-40.
- Munzer, S. R. (1993). Kant and Property Rights in Body Parts. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 6, 319-342.
- Netanel, N. (1992). Copyright alienability restrictions and the enhancement of author autonomy: normative evaluation. *Rutgers Law Journal*, 24(2), 347-442.
- Nozick, R. (1974). *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books.
- Nussbaum, M. (2000). *Women and Human-Development: The Capabilities Approach*. Cambridge University Press.
- Nussbaum, M. (2003). Capabilities as Fundamental Entitlements. *Feminist Economics*, 9(2-3), 33-59.
- OCDE. (s.f.). *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. OECD/LEGAL/0449.
- Páez, P. (2021). *La teoría de la personalidad y la inteligencia artificial: una respuesta desde lo clásico con la mirada contemporánea del acervo común*. Universidad de La Sabana.
- Poole, D., Mackworth, A. y Goebel, R. (1998). *Computational Intelligence. A logical approach*. Oxford University Press.
- Radin, M. J. (1982). Property and Personhood. *Stanford Law Review*, 34(5), 957-1015.
- Robinson, D. L. (1991). On the Neurology of Intelligence and Intelligence Factors. En Rowe, H., *Intelligence Reconceptualization and measurement*. Australian Council for Educational Research.
- Sancho Caparrini, F. (2018). Breve Historia de la Inteligencia Artificial. *Revista de Occidente*, (446-447), 19-33.
- Schwab, K. (2016). *La Cuarta Revolución Industrial*. Debate.

- Shiffrin, S. (2001). Lockean Arguments for Private Intellectual Property. En *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge Studies in Philosophy and Law.
- Steiner, C. (1998). *Intellectual Property and the Right to Culture. Panel Discussion on Intellectual Property and Human Rights*. World Intellectual Property Organization. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_unhchr_ip_pnl_98/wipo_unhchr_ip_pnl_98_2.pdf.
- Stengel, D. (2004). La propiedad intelectual en la filosofía. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 8, 71-106.
- Sternberg, R. J. (2013). Intelligence. En Freedheim, D. K. y Weiner, I. B., *Handbook of psychology: History of psychology* (pp. 155-176). John Wiley & Sons, Inc.
- Tatarkiewicz, W. (1992). *Historia de seis ideas. Arte, belleza, forma, creatividad, mimesis, experiencia estética* (Presentación B. Dziemidok, Trad. F Rodríguez Martín). Tecnos.
- Treiger-Bar-Am, K. (2008). Kant on Copyright: Rights on Transformative Authorship. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 25(3), 1059-1104.
- Treiger-Bar-Am, K. (2016). Copyright and Positive Freedom: Kantian and Jewish Thought on Authorial Rights and Duties. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 63(4), 551-572.
- Velázquez, L. (2004). *Bienes* (9ª ed.). Temis.
- Woodmanse, M. (1984). The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the 'Author'. *Eighteenth-Century Studies*, 17(4). 425-448.
- Yoo, C. S. (2019). Rethinking Copyright and Personhood. *Faculty Scholarship at Penn Law*, (423), 1039-1077.

El nuevo régimen jurídico de las marcas en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial de México

* * * *

Javier Augusto Téllez Navarro

Universidad Panamericana

javier.augusto.tellez.n@gmail.com

Recibido: 19 de octubre de 2021

Aceptado: 10 de noviembre de 2021

Resumen

El presente artículo es un análisis sobre los aspectos que, bajo la opinión del autor, son relevantes sobre el procedimiento de registro de signos distintivos en México, al tenor de la nueva Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, entendiendo dichos signos distintivos como: marcas, avisos y nombres comerciales. Se hace una descripción de las nuevas figuras jurídicas de protección, como las marcas no tradicionales: olfativas, sonoras, de certificación, imagen comercial, holográficas. Asimismo, se describe, se analiza y se concluye sobre la eficacia del procedimiento de oposición. De igual forma se hace una crítica sobre la constitucionalidad del artículo 221 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, ya que pone en tela juicio cuestiones sobre la aportación de pruebas en un procedimiento diverso y con efectos jurídicos distintos. Se da a conocer sobre los cambios que hay en cuanto a la vigencia del registro de los signos distintivos y de la declaración de uso, así como los distintos periodos que se deben tomar en cuenta para tramitar correctamente dicha declaración ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Se conceptualiza el término “mala fe” ante la solicitud de un registro de marca cuyo propósito sea obtener un beneficio o ventaja competitiva indebida en perjuicio de quien tenga mejor derecho a ello, lo que traerá como consecuencia un impedimento legal y la probable negativa del registro. En suma, se plantea el procedimiento del registro de un signo distintivo en México, desde el ingreso de una solicitud hasta su posible concesión por parte de la autoridad administrativa.

Palabras clave: marcas, avisos, nombres comerciales, propiedad industrial, registro, procedimiento, oposición, mala fe.

The New Legal Regime for Trademarks in Mexico's Federal Law for the Protection of Industrial Property

Abstract

The article is an analysis of the aspects that, in the opinion of the author, are relevant to the procedure for registering distinctive signs in Mexico, under the new Federal Law for the Protection of Industrial Property, understanding such distinctive signs such as: Trademarks, Notices and Trade Names. A description is made of the new legal protection figures such as non-traditional marks: olfactory, sound, certification, commercial image, holographic. Likewise, it describes, analyzes and concludes on the effectiveness of the opposition procedure. Similarly, a criticism is made of the constitutionality of article 221 of the Federal Law for the Protection of Industrial Property, since they put into question questions about the provision of evidence in a diverse procedure and with different legal effects. It is announced about the changes that exist regarding the validity of the registration of distinctive signs, as well as the Declaration of Use; as well as the different date periods that must be considered to correctly process said declaration before the Mexican Institute of Industrial Property. The term "bad faith" is conceptualized when applying for a trademark registration whose purpose is to obtain an undue competitive benefit or advantage to the detriment of whoever has the best right to do so, which will result in a legal impediment and the probable refusal of the Registration. In short, the procedure for registering a distinctive sign in Mexico is proposed, from the filing of an application to its possible concession by the Administrative Authority.

Key words: trademarks, slogan, trade names, industrial property, registration, procedure, opposition, bad faith.

O novo regime jurídico para marcas na Lei Federal de Proteção à Propriedade Industrial do México

Resumo

O artigo é uma análise dos aspectos que, na opinião do autor, são relevantes para o procedimento de registro de sinais distintivos no México, nos termos da nova Lei Federal de Proteção à Propriedade Industrial, entendendo esses sinais distintivos como: Marcas, Avisos e nomes comerciais. É feita uma descrição das novas figuras

de proteção jurídica como marcas não tradicionais: olfativa, sonora, certificação, imagem comercial, holográfica. Da mesma forma, descreve, analisa e conclui sobre a eficácia do procedimento de oposição. Do mesmo modo, critica-se a constitucionalidade do artigo 221 da Lei Federal de Proteção da Propriedade Industrial, uma vez que questiona a prestação de provas em procedimento diverso e com efeitos jurídicos diversos. Divulga-se sobre as alterações existentes quanto à validade do registro dos sinais distintivos, bem como da Declaração de Uso; bem como, os diferentes prazos que devem ser levados em consideração para o correto processamento da referida declaração perante o Instituto Mexicano de Propriedade Industrial. O termo “má-fé” é conceituado quando do pedido de registro de marca cujo objetivo é a obtenção de benefício ou vantagem competitiva indevida em detrimento de quem tem o direito de fazê-lo, o que resultará em impedimento legal e provável recusa de o registro. Em suma, propõe-se o procedimento para o registro de um sinal distintivo no México, desde a apresentação de um pedido até sua possível concessão pela Autoridade Administrativa.

Palavras-chave: Marcas, Slogan, Nomes comerciais, Propriedade Industrial, Registro, Procedimento, Oposição, Má-fé.

1. Introducción

El título cuarto de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (LFPI) es, en mi particular punto de vista, uno de los que más aportaciones significativas confieren al sistema de propiedad industrial en México. Si bien es cierto que las reformas que contiene son pertinentes y oportunas, también lo es que, en mi opinión, tardamos por lo menos unos diez años en dar cabida y conformar los avances jurídicos, así como las tendencias de innovación mercadológicas en materia de signos distintivos que se estaban desarrollando en el mundo en la primera década de este milenio.

El Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos y Canadá, como también la transformación de la Ronda de Uruguay y del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), a lo que ahora es la Organización Mundial del Comercio, al traer a escena el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), conformaron, por más de tres lustros, los principios rectores de la propiedad industrial en nuestro país, dando como resultado una Ley de Propiedad Industrial (LPI) más por presiones internacionales y a destiempo –por estos acontecimientos jurídicos, económicos y co-

merciales en nuestra región y principalmente en Europa— que por un análisis económico-comercial y de comportamiento del mercado nacional con los mercados internacionales.

Algunas presiones para concebir los cambios esperados en la LFPPI se sucedieron por el atraso que en materia de marcas teníamos con respecto a legislaciones de otros países, por lo que las reformas a la Ley de la Propiedad Industrial, del 13 de marzo de 2018 y 18 de mayo de 2018, trajeron como consecuencia, además de una evolución, adoptar las nuevas disposiciones del capítulo 20 del Protocolo que sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá (T-MEC), así como el capítulo 18 del Tratado Integral Progresista de Asociación Transpacífico (TPP-11).

Aunado a lo anterior, la LFPPI es en principio una ley mejor estructurada, técnicamente hablando. En materia de signos distintivos, el concepto de *marca* evoluciona y trae consigo la inclusión de conceptos nuevos, como *percepción de los sentidos*, y deja de lado solo la percepción visual, incluyendo marcas de las denominadas *no tradicionales*, como las marcas *sonoras y olfativas*; en el rango tradicional incluye las *holográficas*, así como los *elementos operativos* o de *imagen*, de decoración y los *nombres propios* de personas físicas.

Mantiene, en su artículo 170, a las personas que pueden adquirir derechos de propiedad industrial, en este caso, derechos marcarios, como lo son las personas físicas y personas morales, sin tener una condición, como lo establecía la LPI en cuanto a que hacía referencia a industriales, comerciantes o prestadores de servicios, dando fin a controversias no incluyentes en cuanto a que solo agentes económicos podían solicitar, obtener y beneficiarse de los derechos marcarios que confería la ley. Hoy en día, cualquier persona puede solicitar y disfrutar de estos derechos.

Con la eliminación de estas características se incluyeron agentes políticos, sociales, entes jurídicos, dependencias gubernamentales, etcétera.

2. Prohibiciones relevantes para la obtención de marcas

2.1. Indicaciones geográficas y denominaciones de origen

En lo referente a las prohibiciones para la obtención de marcas, exis-

ten varios cambios sustanciales. En algunas fracciones se mejora la redacción, haciéndolas más comprensibles. Con los conceptos de *indicaciones geográficas* y *denominaciones de origen* se determina que la similitud en grado de confusión que pudiera tener el signo propuesto a registro se considera como afectación directa al consumidor, por lo que es causa de competencia desleal, ya que ese grado de confusión hace que el público consumidor establezca una relación con esta.

Anteriormente, la LPI establecía la prohibición de que el signo propuesto a registro no fuera similar en grado de confusión a las *denominaciones de poblaciones*; ahora, en la LFPPI, suprime el término *poblaciones* y solo constriñe a proteger los *lugares de propiedad particular* cuando sean *especiales e inconfundibles* y que se caractericen por la producción de productos u ofrecimiento de servicios determinados, los cuales podríamos considerar notorios de una región o, inclusive, famosos en el país.

2.2. Derechos de imagen

Existe prohibición en el registro de marca cuando esta sea similar en grado de confusión a un nombre propio, apellidos, apelativos, seudónimos de personas prestigiosas o famosas en el caso de su imagen, retrato o su firma, así como en el caso de marcas sonoras, refiriéndonos a personas prestigiosas cuando es evidente o se puede atribuir su voz identificable.

2.3. Obras artísticas o literarias (derechos de autor)

De igual forma, anteriormente con la LPI solo se prohibía como marca el uso de títulos de obras intelectuales o artísticas, ahora, con la LFPPI se prohíbe incluso la reproducción o imitación de elementos contenidos en dicha obra, pero solo cuando tenga *relevancia o reconocimiento*, elementos muy subjetivos. ¿Quién determina que esa obra sea relevante o reconocida? Por ejemplo, podríamos hablar de la obra más reciente del escritor Juan Villoro: ¿usted conoce la última obra de este escritor?, ¿llegará a ser relevante o reconocida?, ¿o por el simple hecho de que la escribió Juan Villoro ya cobra relevancia? Ahora bien, eso en cuanto al título de la obra. Imaginemos algún o

algunos elementos contenidos en ella: el nombre de un personaje, una frase, el nombre de un lugar ficticio, ¿podría ser que se vuelvan reconocidos!, sin embargo, considero que son elementos muy subjetivos y, por lo tanto, debatibles ante la autoridad que corresponda.

Asimismo, la LPI que se deroga prohibía expresamente los títulos de “publicaciones y difusiones periódicas, los personajes simbólicos o ficticios, los personajes humanos de caracterización, los nombres artísticos y las denominaciones de grupos artísticos”, es decir, enumeraba todos los géneros comprendidos en el artículo 173 de la Ley Federal del Derecho de Autor¹ respecto a las “Reservas de Derechos al Uso Exclusivo”. Ahora, con la nueva LFPPI, solo menciona que no serán registrables como marcas las reservas de derechos vigentes. Considero que la redacción anterior es más comprensible en razón de que el usuario no familiarizado con los términos legales particulares a nuestro sistema de propiedad intelectual podría confundirse al no saber qué significan dichos términos. Si acaso el legislador quería simplificar la redacción del último párrafo de la fracción XIV del artículo 173 de la LFPPI, tal vez debería haber procedido a mencionar el artículo 173 de la Ley Federal del Derecho de Autor antes citado.

2.4. Prohibición referente a variedades vegetales

Antes de la reforma del 18 de mayo de 2018 no se contemplaba, en

1 “Artículo 173.- La reserva de derechos es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicados, de acuerdo con su naturaleza, a alguno de los siguientes géneros:

I. Publicaciones periódicas: Editadas en partes sucesivas con variedad de contenido y que pretenden continuarse indefinidamente;

II. Difusiones periódicas: Emitidas en partes sucesivas, con variedad de contenido y susceptibles de transmitirse;

III. Personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos;

IV. Personas o grupos dedicados a actividades artísticas, y

V. Promociones publicitarias: Contemplan un mecanismo novedoso y sin protección tendiente a promover y ofertar un bien o un servicio, con el incentivo adicional de brindar la posibilidad al público en general de obtener otro bien o servicio, en condiciones más favorables que en las que normalmente se encuentra en el comercio; se exceptúa el caso de los anuncios comerciales”.

ninguna fracción del artículo 90 de la LPI, prohibiciones al registro de una marca con respecto a signos que reprodujeran o imitasen denominaciones o elementos que hicieran referencia a una variedad vegetal protegida y razas animales que pudiera causar confusión en el público consumidor respecto a los productos o servicios que se desean distinguir. Con la LFPPI se incorpora en la fracción XXI del artículo 173 esta prohibición, dando congruencia al sistema de propiedad industrial y mejor protección a los usuarios de este, ya que conforme al artículo 9 de la Ley Federal de Variedades Vegetales, a la solicitud de título de obtentor se propondrá una denominación de la variedad, la cual, para ser aprobada, deberá ser diferente a cualquier otra existente en el país o en el extranjero, además de no ser idéntica o similar a una previamente protegida conforme a la LPI.² Anteriormente, si había una denominación que, por desconocimiento del examinador, se concedía, la persona que tenía algún interés jurídico debía solicitar la declaración administrativa de nulidad, alegando que dicho registro se había otorgado en contravención a disposiciones de la LPI (fracción I del artículo 151),³ en correlación con la última hipótesis del anterior artículo 4⁴ del mismo ordenamiento ya derogado, que disponía que no se otorgará registro a ninguna

2 “Artículo 9o.- En la solicitud del título de obtentor se propondrá una denominación de la variedad, la cual para ser aprobada, deberá ser diferente a cualquiera otra existente en el país o en el extranjero, cumplir con los demás requisitos establecidos en el reglamento de esta ley, y no ser idéntica o similar en grado de confusión a una previamente protegida conforme a la Ley de Propiedad Industrial. En la solicitud se deberá especificar la genealogía y el origen de la variedad vegetal.

En caso de que la denominación propuesta no cumpla los requisitos anteriores, la Secretaría la rechazará y exigirá al solicitante que proponga otra en un plazo perentorio de 30 días naturales”.

3 “Artículo 151.- El registro de una marca será nulo cuando:

I.- Se haya otorgado en contravención de las disposiciones de esta Ley o la que hubiese estado vigente en la época de su registro [...]”.

4 “Artículo 4o.- No se otorgará patente, registro o autorización, ni se dará publicidad en la Gaceta, a ninguna de las figuras o instituciones jurídicas que regula esta Ley, cuando sus contenidos o forma sean contrarios al orden público, a la moral y a las buenas costumbres o contravengan cualquier disposición legal”.

de las instituciones o figuras jurídicas que regula la LPI cuando sus contenidos sean contrarios, en este caso particular, o contravengan cualquier disposición legal.

2.5. Solicitud de registro por mala fe

El aporte más significativo de la reforma del 18 de mayo de 2018 a la LPI, y que continúa en la nueva LFPPI, es la prohibición de no otorgar el registro a aquellos signos que se hayan solicitado de mala fe, conceptualizando en el segundo párrafo de la fracción XXII del artículo 173 de la LFPPI lo que es *mala fe*, estableciendo, entre otros casos, “el haber solicitado el registro con el propósito de obtener un beneficio o ventaja indebida en perjuicio de su legítimo titular”, relacionándose esta fracción con la fracción V del artículo 258 de la LFPPI, que establece una de las causales para declarar nulo un registro de marca, teniendo como referencia la siguiente tesis de jurisprudencia:

NULIDAD DE UN REGISTRO MARCARIO. LA CAUSAL RELATIVA, PREVISTA EN LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 151 DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, RIGE PARA LOS DIRECTIVOS, REPRESENTANTES O ACCIONISTAS DE LAS PERSONAS MORALES QUE SEAN AGENTE, REPRESENTANTE, USUARIO O DISTRIBUIDOR DE UNA MARCA EXTRANJERA Y OBTENGAN, EN NOMBRE PROPIO, EL REGISTRO DE OTRA SEMEJANTE EN GRADO DE CONFUSIÓN EN MÉXICO. En la porción normativa citada se prevé como motivo de nulidad del registro de una marca, el que lo obtenga el agente, representante, usuario o distribuidor del titular de otra marca semejante en grado de confusión registrada en el extranjero, sin el consentimiento expreso de éste, caso en el cual, se considerará adquirido de mala fe. Así, la finalidad de esa causal es evitar la competencia desleal e impedir los registros marcarios realizados de mala fe en perjuicio de las marcas registradas en el extranjero, cuyo uso se reconoce y tutela en México, frente a quienes, por cualquiera de dichos nexos, puedan aprovechar la falta de registro nacional para obtenerlo en su beneficio. Para lograr esa

finalidad, tratándose de personas morales que sean agente, representante, usuario o distribuidor de la marca extranjera, la restricción indicada se extiende a las personas físicas que las conforman (directivos, representantes o accionistas), ya que pueden valerse del conocimiento que tienen de la falta de registro de la marca extranjera para solicitar y obtener, en nombre propio, uno local de una marca igual o similar a aquélla. De no entenderlo así, se cometería un fraude a la ley y se generarían registros obtenidos de mala fe, con la consecuente afectación al derecho del titular de la marca extranjera y al público consumidor local. (Tesis I.18°.A.107 A (10a.))

Esta causal será considerada como base de la acción para interponer la solicitud de declaración administrativa de nulidad conforme a la fracción VI del artículo 258 de la LFPPI.⁵

3. Productos o servicios específicos

Otro cambio significativo es en cuanto a la descripción de los productos o servicios a proteger con el signo que se propone a registro. La diferencia estriba, con respecto a la LPI, en que en el artículo 176 de la LFPPI se agrega la palabra “específicos”, para quedar: “Las marcas se registrarán en relación con productos o servicios específicos determinados conforme a la clasificación y reglas que establezca el Reglamento de esta Ley”. Con base en esto, se da pie a la posibilidad de solicitar que se declaren administrativamente nulidades y caducidades parciales, es decir que, como lo veremos más adelante con la *declaración de uso real y efectivo de la marca*, si el titular del registro de marca en principio declaró la totalidad de los productos o servicios que protege el encabezado de una clase del Clasificador Internacional de Niza, pero solo declaró, por ejemplo, que real y efectivamente usa en el comercio tres productos o servicios en específico, un tercero que desee obtener el registro de una marca en la misma clase protegiendo otros productos o servicios que, en prin-

5 “Artículo 258.- Se declarará la nulidad del registro de una marca cuando:
[...]
VI.- Se haya obtenido de mala fe”.

cipio, el titular del registro anterior dijo que protegía a la fecha del ingreso de su solicitud, podrá solicitar al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) que declare administrativamente la caducidad o nulidad parcial, según corresponda, de aquellos productos o servicios que no declaró ni demostró que usa. Por lo que el IMPI, siempre y cuando considere que el signo es totalmente distintivo y no hay similitud en grado de confusión, podría otorgarle el registro al tercero con base en una resolución de nulidad o caducidad parcial que haya quedado firme.

Siendo que al cierre de este artículo no tenemos ningún antecedente sobre un procedimiento como el que se comentó en el párrafo anterior, sírvase como ejemplo la resolución de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo con sede en Madrid, España.⁶

4. Marcas colectivas y de certificación

La nueva LFPI determina las diferencias entre las *marcas colectivas y de certificación*, siendo incluyente y congruente con el cambio significativo en su artículo 170 al reconocer no solo como titulares de marcas a los agentes económicos, sino también a aquellos agentes cuyos servicios sirven para la correcta vigilancia y aplicación de las llamadas *Normas Oficiales Mexicanas*,⁷ o bien, aquellos a agentes que tengan que obtener una autorización o legitimación, refrendo u autorización de que se observan los procesos indicados para obtener cierta calidad en sus productos o en los servicios brindados.

En ambos casos se deben de redactar y presentar, junto con la solicitud de registro, un documento denominado “Reglas de Uso” del signo correspondiente y siempre tener en cuenta que ninguna de estas figuras es susceptible de convenir su uso mediante un contrato de licencia.

6 Disponible en: https://app-vlex-com.upmx.idm.oclc.org/#search*/caducidad+y+nulidad+parcial+de+marcas/p2/WW/vid/561307802.

7 Regulaciones técnicas que contienen información, especificaciones, procedimientos, instrumentos de medición y metodologías que deben de cumplir los bienes y servicios para comercializarse en México. Disponible en: <http://www.2006-2012.economia.gob.mx/economia-para-todos/tema-del-dia/7903-sabes-que-son-las-nom>.

5. Marca notoria y famosa

Otro aspecto importante a destacar es que tanto en el concepto legal de *marca notoria* y de *marca famosa*. Respecto a ley que se deroga, la nueva LFPPI elimina el término “estimación”, con lo cual se descarta el aspecto subjetivo que conlleva esta palabra, lo aleja de una simple apreciación por parte del IMPI y lo constriñe al requisito de solicitar su declaración con las aportaciones que hagan los titulares de las marcas; por lo tanto, establece los datos y documentos que deben aportar para obtener la declaratoria correspondiente, definiéndolas como actos administrativos, consecuentemente, susceptibles de ser nulos o anulables, así como revocables, conforme al Capítulo Segundo de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

No obstante, el cambio en el artículo 190 de la LFPPI en cuanto a la palabra *estimación* o el verbo *estimar* persiste en las fracciones XVI y XVII del artículo 173, lo cual es incongruente y considero que debió suprimirse de ambas fracciones también.

Debemos tener cuidado en cuanto a lo que buscamos con los documentos comprobatorios para que el IMPI tenga a bien otorgar la declaratoria respectiva, en el entendido de que es cierto que el artículo 190 de la LFPPI considera para la marca notoria que será reconocida en México

cuando un sector determinado del público o de los círculos comerciales del país, conoce la marca como consecuencia de las actividades comerciales desarrolladas en México o en el extranjero por una persona que emplea esa marca en relación con sus productos o servicios o bien, como consecuencia de la promoción o publicidad de la misma.

Es decir, como bien lo establece el Dr. José Manuel Magaña Rufino (2011, pp. 187-210), el conocimiento de la marca notoria en México puede ser consecuencia del uso o promoción del signo distintivo tanto en México como en el extranjero, por lo que la marca notoria en México no precisa del uso o registro en territorio mexicano, solo de su conocimiento, que por lo general proviene de intensas campañas de publicidad.

Ahora bien, un aporte significativo es que el IMPI considerará,

después de cinco años contados a partir de la fecha en la que se expidió la declaratoria correspondiente, que las condiciones que dieron origen a la declaratoria persisten, por lo que será obligatorio observar lo dispuesto en las fracciones XVI y XVII, en las que el titular de las marcas famosas o notorias puede actualizar, en cualquier tiempo, la declaratoria, pero no debe variar las condiciones que dieron lugar a esta, de lo contrario, el carácter distintivo correrá el riesgo de diluirse. Por tal motivo, el titular deberá cuidar que su marca, al evolucionar —mercadológicamente hablando—, vigile mucho su carácter distintivo, esto por un lado, aunque puede ser que estos cambios sean debido a transformaciones sociales o legales. Esto es de suma importancia para que, con la variación o evolución de la marca, el público consumidor siga identificando el nuevo signo, tanto con el que le dio origen a la marca famosa o notoria como al titular de estos.

Otro aspecto distinguido es la posibilidad de solicitar que se declare administrativamente la nulidad de la declaratoria de marca famosa o de marca notoria, cuestión que no existía antes de las reformas a la LPI del 18 de mayo de 2018, sin embargo, atinadamente, persiste con la actual LFPPI, como se puede observar en el artículo 198 de dicho ordenamiento.

6. Avisos y nombres comerciales

En materia de *avisos y nombres comerciales*, no hubo ningún cambio con respecto a la Ley de la Propiedad Industrial abrogada que pudiésemos considerar significativo o relevante, de hecho, no ha habido ninguna modificación desde el 2 de agosto de 1994, fecha en la que se publicó en el *Diario Oficial* las reformas a la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial, cambiando de nombre a Ley de la Propiedad Industrial. En cuanto a la *especificación* de los productos o servicios, podemos mencionar que el único cambio es en la redacción de la descripción de estos en la solicitud respectiva a la hora de su presentación ante el IMPI, dado que tanto los avisos como los nombres comerciales se rigen, en lo que no haya disposición especial, por lo establecido en la ley de marcas.

7. Algunas consideraciones del procedimiento de registro de marca

En cuanto al procedimiento o trámite administrativo para obtener el registro de una marca, se agregan y especifican nuevos requisitos de conformidad con las nuevas figuras jurídicas que se regulan en esta nueva ley. De igual forma, se establece que deberán especificar los productos y servicios que real y efectivamente son usados y aplicados por la marca.

Tratándose de marcas de certificación que contengan una indicación geográfica, se deberá incluir su manifestación expresa, es decir, el nombre de la región geográfica en específico.

7.1. Elementos no reservables

Por primera vez se establece qué son los *elementos no reservables*:

[son aquellos] que carezcan de poder distintivo al referirse a aspectos generales, tales como elementos descriptivos o indicativos de la especie, calidad, cantidad, composición, destino, valor, lugar de origen de los productos, época o fecha de elaboración o características comunes de los productos o servicios que ampara la marca. Los elementos gráficos que no forman parte de la marca deberán señalarse por líneas discontinuas o punteadas en su representación. (Artículo 216 de la LFPPPI)

7.2. Reglas de uso

Dispone como requisito para las marcas en cotitularidad las reglas convenidas entre las partes para el uso del registro, suprimiendo el termino *Reglas de uso* por *Reglas convenidas*, siendo este último concepto más adecuado, ya que las partes realmente convienen o acuerdan en cómo usarán la marca y cómo conferirán el derecho constituido por el registro de marca. Tenemos que hacer énfasis en este documento, ya que, aunque el término es el mismo al aplicado en las marcas de certificación y colectivas, la diferencia estriba principalmente en que en la marca en cotitularidad no se establecen condiciones de elaboración de los productos o del ofrecimiento de servicios en cuanto a normas de calidad o normas oficiales mexicanas.

En cuanto al *derecho de prioridad*, prácticamente no existen cambios significativos, simplificando los requisitos de su petición solamente.

8. Procedimiento de oposición

Sobre la oposición, en el procedimiento se considera un periodo de alegatos más amplio (cinco días); posterior a este, el IMPI tendrá que resolver sobre las oposiciones recibidas, lo cual podría retrasar el procedimiento del trámite para el otorgamiento de un registro de marca, aunado a que el IMPI, al emitir una resolución por las oposiciones recibidas (artículo 230, último párrafo), esta podrá ser recurrida conforme al artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo,⁸ debido a que le pondría fin a una instancia, ya sea mediante la interposición del recurso de revisión ante el mismo IMPI o bien ante la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Del procedimiento de oposición podemos decir que, desde que se instauró con las reformas a la LPI del 1 de junio de 2016 –que entraron en vigor el 30 de agosto del mismo año– hasta las reformas del 18 de mayo de 2018 –que entraron en vigor el 10 de agosto de 2018–, hubo cambios, sobre todo para tratar que este procedimiento realmente cumpla en coadyuvar a los examinadores del IMPI, específicamente a los de la Dirección Divisional de Marcas, para identificar las solicitudes que sean contrarias a los actuales artículos 12 y 173 de la LFPPI, principalmente para no engrosar los procedimientos contenciosos, sobre todo en lo concerniente a las declaraciones

8 “Artículo 83.- Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer el recurso de revisión o, cuando proceda, intentar la vía jurisdiccional que corresponda. En los casos de actos de autoridad de los organismos descentralizados federales, de los servicios que el Estado presta de manera exclusiva a través de dichos organismos y de los contratos que los particulares sólo pueden celebrar con aquéllos, que no se refieran a las materias excluidas de la aplicación de esta Ley, el recurso de revisión previsto en el párrafo anterior también podrá interponerse en contra de actos y resoluciones que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente”.

administrativas de nulidad. Del establecimiento del procedimiento de oposición en 2016 a la fecha podemos decir que ha evolucionado y se ha perfeccionado en cuanto a la constitución de las etapas que deben conformarlo, como un microproceso dentro del trámite de concesión del registro de marca, el cual no interrumpe dicho procedimiento, pero aporta elementos que pueden alertar al examinador en la decisión de la concesión o no del registro.

El procedimiento se inicia obviamente con la presentación ante el IMPI de una solicitud de registro de marca, la cual se publicará en la *Gaceta de la Propiedad Industrial* a los 10 días hábiles contados a partir de la fecha de presentación. Justo al día siguiente de haber sido publicada la solicitud en la *Gaceta...*, se abre el periodo de un mes para que cualquier tercero que tenga interés se oponga a la solicitud de registro por considerar que esta incurre en lo previsto por los artículos 12 y 173 de la ley de la materia. La oposición debe presentarse por escrito junto con las pruebas. Se admitirá toda clase de pruebas, con excepción de la testimonial y confesional, salvo que estas estén contenidas en documental, y las que sean contrarias al orden público o al derecho.

Una vez presentado el escrito de oposición, el IMPI deberá emitir y notificar al titular de la solicitud de registro un oficio en el que sí existen requisitos de forma, o de fondo, como lo es un impedimento legal, así como indicarle que se ha presentado una oposición formal a la solicitud de registro, en cuyo caso, el solicitante tendrá dos meses para contestar y otro plazo adicional de dos meses para contestar dicho oficio.

El solicitante, en su caso, dará contestación tanto a los requisitos de forma –expresará sus argumentos en cuanto al impedimento legal o a lo que el examinador del IMPI haya considerado en el examen de fondo– como a la oposición interpuesta en su contra, ofreciendo las pruebas que estime pertinentes.

Ahora bien, si el solicitante considera que, de acuerdo con el examen de fondo, el impedimento legal, o inclusive la oposición, versa sobre la existencia de una marca que es similar en grado de confusión con la marca del solicitante, este podrá solicitar que se deje en suspenso el trámite de su solicitud, toda vez que ha presentado ante el IMPI, en la Dirección Divisional de Protección a la Propiedad

Intelectual, una solicitud de declaración administrativa de nulidad o caducidad, que, de acuerdo con las nuevas disposiciones de la ley en cuanto a la especificación de productos y servicios, tanto la nulidad o caducidad podrían ser parciales. Es decir que dicha unidad administrativa puede resolver declarando administrativamente la nulidad del registro, base del impedimento legal para ciertos productos o servicios que efectivamente no tengan uso en el mercado nacional, de iguales resultados para el caso de un caducidad parcial.

En lo concerniente a los alegatos, se incrementa el plazo para ofrecerlos: de dos a cinco días hábiles a partir de la fecha en que surta efecto la notificación por parte del IMPI de que se abre ese periodo. Transcurrido ese plazo, se procederá a dictar la resolución que corresponda.

8.1. Inconstitucionalidad del artículo 259 de la LFPPI

Sin duda, otro aspecto por demás sobresaliente en cuanto al procedimiento de oposición no es, en mi consideración, muy afortunado: la redacción del artículo 259 de la LFPPI, que a la letra dice:

No se admitirá la solicitud de declaración administrativa de nulidad, cuando se haya presentado la oposición prevista en el artículo 221 de esta Ley, siempre que los argumentos hechos valer en la nulidad, así como el material probatorio, sean los mismos que los presentados en la oposición y el Instituto ya se hubiere pronunciado sobre éstos.

Realmente opino que este artículo es anticonstitucional, debido a que viola las garantías de audiencia, debido proceso y acceso a la justicia consagrados en los artículos 14 y 17 de nuestra Constitución Política.

Al reflexionar sobre lo anterior, se observa que si la resolución al procedimiento de oposición es desfavorable para el oponente, conforme a la redacción del artículo 259, entonces el signo propuesto a registro sería concedido por la Dirección Divisional de Marcas, es decir, se estaría concluyendo el procedimiento administrativo de *registro* de marca y, de acuerdo a los exámenes de forma y de fondo

realizados por esta unidad administrativa, bajo el análisis de posibles nulidades absolutas o relativas inherentes a las características del signo propuesto, este sería aprobado, por lo que se considera –por quienes hicieron todas estas ponderaciones– que es legal la concesión de dicho signo, otorgando el registro respectivo.

Sin embargo, suponiendo que el oponente no interponga ningún recurso a la resolución desfavorable a su oposición, no queda más alternativa que la de presentar la solicitud de declaración administrativa de nulidad, pero está el inconveniente legal de que la mayoría de las pruebas ofrecidas en el procedimiento de oposición son las presentadas en dicho procedimiento, por lo que el IMPI, a través de su Dirección Divisional de Protección a la Propiedad Intelectual, conforme a lo que establece el artículo 259, no admitirá la solicitud de declaración administrativa de nulidad, contraria, a mi forma de ver, a los artículos 14 y 17 de nuestra carta magna. Según lo que puedo observar, una circunstancia es analizar el signo propuesto a registro conforme a lo dispuesto en los artículos 12 y 173 de la LFPPI, es decir, que los examinadores, supervisores, coordinadores, subdirectores y, por último, el director Divisional de Marcas verifiquen que el signo no contravenga estos artículos. Otra distinta es que otra unidad administrativa del IMPI tenga que analizar si lo realizado por la primera estuvo conforme a derecho (fracción IV del artículo 258 de la LFPPI) en correlación con cualquier otra fracción del artículo 258, 173 o el mismo artículo 12 del ordenamiento de la materia.

Considero que el artículo 259 es inconstitucional porque restringe el derecho de probar bajo otra pretensión. En la primera (concesión de marca), existe la posibilidad de oponerse al registro de la marca, es decir, a una expectativa de derecho; en la segunda, ya otorgado el derecho, es anular los efectos de este por estimar que el registro tiene algún vicio en su concesión; por lo tanto, en este nuevo procedimiento (solicitud de declaración administrativa de nulidad), el accionante tiene el derecho de ofrecer pruebas, ya que de la interpretación del artículo 14 constitucional surge que toda persona que es parte sustancial en un procedimiento jurisdiccional, así como en los procedimientos seguidos en forma de juicio, pretenden obtener, por parte de una autoridad administrativa, una resolución cuyo procedimiento se rija por las mismas etapas procesales que en un proce-

dimiento ante autoridad judicial. Asimismo, contraviene el artículo 17 de nuestra Constitución Política, ya que no le permite al titular oponente tener acceso a la justicia por el simple hecho de que la condición es no aportar las mismas probanzas ni argumentos, cuando es obvio que gran parte de estos –o, inclusive, todos– serán la base para probar su acción.

Bajo tal premisa, sirve de apoyo el criterio de la tesis de jurisprudencia TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO. CUALIDADES DE LOS JUECES CONFORME A ESOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Tesis I.3o.C.79 K (10a.), la cual menciona que el Estado debe velar el derecho fundamental de ofrecer a sus gobernados un debido proceso que comprenda las denominadas formalidades esenciales del procedimiento, que permiten una defensa previa a la afectación o modificación jurídica que puede provocar el acto de autoridad y que son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas; y (v) la posibilidad de impugnar dicha resolución.

Ahora bien, independientemente de que debe otorgarse la oportunidad del desahogo de pruebas, máxime que es un procedimiento diverso con efectos jurídicos particulares, el legislador indica que el IMPI no admitirá la solicitud de declaración administrativa de nulidad, toda vez que es este organismo quien ya se pronunció sobre estos; argumento por demás falso, ya que sí se pronunció, pero en un procedimiento administrativo cuyo efecto es el otorgamiento de un registro de marca, es decir, el de constituir un derecho. En cambio, en la solicitud de declaración administrativa de nulidad, el peticionario de esta, si bien es cierto que probará y argumentará con los mismos medios, estos versarán para motivar su acción en cuanto a si dicha concesión fue otorgada conforme a la ley, o que no haya sido en contravención a otra disposición, o por una falta de apreciación o bien por mala fe, por similitud, etcétera.

Tenemos entonces que si bien es cierto que dentro de los objetivos del IMPI están, entre otros, los de proteger la propiedad industrial y otorgar marcas, así como dentro de sus facultades están, entre otras, las de tramitar y, en su caso, otorgar marcas, substanciar los procedi-

mientos de nulidad, formular las resoluciones y emitir las declaraciones administrativas correspondientes —esto de conformidad con los artículos 2 y 5 de la LFPPI—, dichas encomiendas las realiza a través de sus unidades administrativas, las cuales están facultadas, conforme al reglamento interno y el estatuto orgánico del IMPI, para cumplir con sus objetivos y facultades derivadas de la misma LFPPI, ya que si no fuera así, los actos administrativos expedidos por un órgano que no es competente, a través del servidor público que no tiene facultades para emitirlo, serían nulos; los primeros, conforme al artículo 3º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; y los segundos, a lo dispuesto en el artículo 5º del mismo ordenamiento.

Sirven de apoyo, por analogía, las siguientes tesis aisladas:

LITIS ABIERTA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. DICHO PRINCIPIO NO IMPLICA UNA NUEVA OPORTUNIDAD PARA DEMOSTRAR SITUACIONES RESPECTO DE LAS CUALES LA LEY ESTABLECE EXPRESAMENTE, DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ORIGEN, EL MOMENTO PROCESAL, LAS PRUEBAS Y LA FORMA PARA ELLO. Del artículo 1o., segundo párrafo, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, así como de la jurisprudencia 2a./J. 69/2001, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 223 del Tomo XIV, diciembre de 2001, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LAS PRUEBAS DEBEN ADMITIRSE EN EL JUICIO Y VALORARSE EN LA SENTENCIA, AUN CUANDO NO SE HUBIERAN OFRECIDO EN EL PROCEDIMIENTO.”, se advierte que con base en el principio de litis abierta, la parte actora en el juicio contencioso administrativo federal puede impugnar tanto la resolución recaída a un procedimiento administrativo como la dictada en el recurso que contra ésta haga valer, y podrá hacerlo a través de argumentos y pruebas que no se hayan expuesto en el recurso de revocación o que incluso reiteren lo propuesto en él para combatir la resolución de origen en la parte que continúe afectándola, o bien, mediante argumentos que controviertan directamente la resolución recaída al

recurso mismo; todo esto en virtud del cambio de situación jurídica que tiene la autoridad, pues primero funge como emisora del acto, luego como Juez y parte al resolver el recurso en sede administrativa y después como demandada en el juicio; sin embargo, conviene precisar que el mencionado principio no implica una nueva oportunidad para demostrar situaciones respecto de las cuales la ley establece expresamente, dentro del procedimiento de origen, el momento procesal, las pruebas y la forma para ello, de modo que el actor no podrá lograr que la Sala Fiscal analice pruebas que no hayan sido aportadas en el momento procesal señalado por la ley, cuando en ésta se regula su ofrecimiento, preparación y desahogo, así como el plazo para proponerlas dentro del propio procedimiento administrativo, pues considerarlo así implicaría dar al indicado principio un alcance jurídico que no le corresponde ni encuentra justificación alguna en los motivos que el legislador dejó plasmados en el citado artículo 1o. (Tesis IV.2o.A.254 A)

Del análisis de las tesis anteriores podemos establecer el hecho de que no se admite la solicitud de declaración administrativa de nulidad cuando se haya presentado oposición, por la razón de que “los argumentos hechos valer en la nulidad, así como el material probatorio, sean los mismos que los presentados en la oposición y el Instituto ya se hubiere pronunciado sobre éstos”. Lo cierto es que la unidad administrativa competente, en este caso, la Dirección Divisional de Protección a la Propiedad Intelectual, no se ha pronunciado sobre estos. Por decirlo de algún modo y con el debido respeto para los servidores públicos que honrosa, loable y profesionalmente realizan su trabajo en el IMPI, la Dirección Divisional de Marcas, previo a los trámites de ley, otorga, concede o niega el registro. La Dirección Divisional de Protección a la Propiedad Intelectual, de alguna manera, convalida, sobre todo, el o los registros concedidos.

Entendiendo que el IMPI, a través de una de sus unidades administrativas, realmente no se ha pronunciado sobre los mismos argumentos y material probatorio, podemos determinar que, con base en las facultades que tiene este organismo a través de la Dirección Divisional de Protección a la Propiedad Intelectual, es un derecho fundamental el poder otorgar la tutela de debido proceso al oponen-

te-solicitante de la declaración administrativa de nulidad que considere que existe una pretensión legal para iniciar un procedimiento contencioso y determinar la legalidad de, en este caso, la concesión de un registro de marca.

9. Concesión del registro de marca

Por otra parte, siendo el caso de que no se presente oposición por parte de un tercero a la solicitud de registro y que no existan impedimentos legales, o que bien existiendo estos hayan sido subsanados, se procederá a conceder el registro y expedir el título respectivo, el cual que deberá contener los siguientes datos de conformidad con el artículo 231 de la LFPPI:

I.- El número de registro de la marca; II.- El signo que constituye la marca; III.- Los productos o servicios a los que se aplicará la marca, indicando la clase a la que corresponden; IV.- El nombre y domicilio del titular; V.- La ubicación del establecimiento, en su caso; VI.- Las fechas de presentación de la solicitud; de prioridad reconocida, y de primer uso, en su caso, así como la de expedición; VII.- Su vigencia; y VIII.- La circunstancia de que la marca se otorgó por distintividad adquirida, en su caso. Solo podrán permitirse cambios en el título de una marca para corregir errores evidentes o de forma. Los cambios autorizados deberán ser publicados en la Gaceta.

Las resoluciones de registros de marca y sus renovaciones deberán publicarse en la *Gaceta de la Propiedad Industrial*. Una vez otorgado el registro, el titular de la marca deberá incorporar a los productos o servicios de los cuales realmente tiene un uso efectivo en el comercio las leyendas “Marca Registrada”, “Marca Colectiva Registrada” (según sea el caso) o “Marca de Certificación Registrada”, las siglas “M.R.” o el símbolo ®, esto de acuerdo con el artículo 236 de la LFPPI. En correlación con esta disposición, se establece en el artículo 233 que la marca debe usarse en territorio nacional, tal como fue registrada o con modificaciones que no alteren su carácter distintivo. Desafortunadamente, para el término *modificaciones* no hay un parámetro objetivo o listado de características que permitan establecer

los límites o qué podemos entender con *modificaciones que no alteren su carácter distintivo*, es decir, un cambio en una tonalidad de color, el ensanchamiento de las letras en una tipografía específica, incorporar un fondo blanco o negro que resalte la denominación de la marca, incorporar un marco, la separación con guiones, diagonales, etcétera. Es importante dilucidar esto, ya que al tratarse de determinar el uso real y efectivo de la marca, resulta ser complicado encontrar objetivamente una resolución que analice esa modificación, es decir, que la describa para indicar que, con ella, el signo perdió su carácter distintivo.

10. Uso de la marca (declaración de uso)

Es muy común que los titulares de los registros marcarios, después de un tiempo determinado y por razones generalmente de carácter mercadológico, varíen sus marcas, y es muy común la pregunta: ¿debo solicitar el registro de otra marca? Ante la disyuntiva de caer en una contradicción con la autoridad, para brindar una mejor protección a los clientes lo mejor es optar por el registro de una nueva marca e ir, por decirlo de alguna manera, migrando paulatinamente de una marca a otra en el mercado para que el público consumidor vaya identificando esa variante, aunque esta, subjetivamente hablando, sea a nuestra apreciación mínima y no atenta al carácter distintivo original de la marca. Al respecto, existen dos tesis de jurisprudencia, una del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y otra del Pleno de la sala Superior del Tribunal Federal de Justicia fiscal y Administrativa (hoy, Tribunal Federal de Justicia Administrativa), las cuales se transcriben a continuación:

USO DE UNA MARCA. LA SUPRESIÓN EN EL TRÁFICO COMERCIAL DE AQUELLOS ELEMENTOS QUE SE ADICIONAN A LA PREVIAMENTE INSCRITA, A EFECTO DE OBTENER EL REGISTRO DE UNA DERIVADA, CONSTITUYE UNA MODIFICACIÓN QUE ALTERA EL CARÁCTER DISTINTIVO DE ÉSTA, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 128 DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. La disposición citada establece que una marca deberá

emplearse en el país tal como fue registrada o, en su defecto, con modificaciones que no alteren su carácter distintivo. Ahora bien, es una práctica regular en el comercio que las empresas construyan, a partir de alguno de sus signos distintivos previamente inscritos, marcas derivadas con el objeto de identificar, de forma específica, alguno de los bienes o servicios que, en particular, la propia empresa produce o provee para su público consumidor. En esos casos, es indudable que la supresión en el tráfico comercial de aquellos componentes que se adicionan a la marca “principal”, tiene el alcance de modificar el carácter distintivo de la marca derivada inscrita, ya que es precisamente el elemento que se adiciona a la marca “principal” o de “casa” el que individualiza en el mercado al producto que, en forma específica, ampara el registro marcario derivado, ya que de razonar en sentido contrario, no tendría justificación alguna estimar vigente la inscripción de un signo distintivo que, en realidad, no cumple con su función esencial. (Tesis: I.1o.A.88 A (10a.))

REGISTRO MARCARIO. DEBE DECLARARSE CADUCA UNA MARCA, CUANDO SE USA CON MODIFICACIONES QUE ALTERAN SU CARÁCTER DISTINTIVO. Los artículos 128 y 139 de la Ley de la Propiedad Industrial, prevén substancialmente que la marca debe usarse en territorio nacional, tal como fue registrada o con modificaciones que no alteren su carácter distintivo y que si una marca no es usada durante tres años consecutivos en los productos o servicios para los que fue registrada, procederá la caducidad de su registro. De ahí que en el juicio contencioso administrativo en que se haga valer la violación a dichos dispositivos legales, aduciendo que la autoridad demandada al emitir la resolución impugnada no los tomó en consideración, la Sala del conocimiento a fin de establecer si una marca se usa tal como fue registrada, deberá primeramente atender a los cuatro tipos de marcas reconocidos por el artículo 89 de la Ley citada, esto es, si la marca cuya caducidad se solicita es nominativa, innominada, mixta o tridimensional, y conforme a ello analizar posteriormente de forma exhaustiva si las modificaciones que en su caso hayan sido introducidas en la misma, alteran o no su carácter distintivo, y por último si existe o no medio de convicción alguno que lleve a de-

terminar que ha sido usada en los términos, plazos y productos o servicios para los que fue registrada, conforme a los preceptos legales en comento, pues de lo contrario lo procedente será declarar la nulidad de la resolución impugnada en términos de lo dispuesto por los artículos 238, fracción IV y 239, fracción III y último párrafo del Código Fiscal de la Federación, para el efecto de que la autoridad deje constancia en el expediente del registro marcario correspondiente, precisando que el mismo caducó por no haberse usado en territorio nacional durante los tres años consecutivos en los productos o servicios para los que se otorgó, tal como fue registrada, o bien, con modificaciones que alteraron substancialmente su carácter distintivo. (22)

Juicio No. 18449/01-17-08-4/756/02-PL-07-04.- Resuelto por el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 4 de junio de 2003, por mayoría de 7 votos a favor y 1 en contra.- Magistrada Ponente: Silvia Eugenia Díaz Vega.- Secretaria: Lic. Rosa Guadalupe Olivares Castilla. (Tesis aprobada en sesión de 4 de junio de 2003).

R.T.F.J.F.A. Quinta Época. Año III. Tomo I. No. 36. Diciembre (sic) 2003. p. 225.

En cuanto a la *declaración de uso real y efectivo de la marca*, se establecen ciertos requisitos e imposiciones al titular del registro de marca; sin embargo, al ser una mera declaración, el IMPI se reserva las facultades de comprobación del uso real y efectivo de la marca en el comercio y, al ser una manifestación *bajo protesta de decir verdad* por parte del titular del derecho marcario, solo se toma nota de la buena fe de lo expresado en un escrito declaratorio y deja, salvo prueba en contrario, la comprobación fehaciente de su dicho, en el caso de surgir un procedimiento contencioso, mediante la instauración de este.

Tenemos que recordar que la marca se constituye para que sea usada por su titular, sin embargo, tal como lo determina el artículo 235 de la nueva ley de la materia, si

es usada durante tres años consecutivos en los productos o servicios para los que fue registrada, procederá la caducidad del registro, o en su caso, la caducidad parcial relativa a los productos o servicios que no se encuentren en uso, salvo que su titular o el usuario que tenga concedida licencia, la hubiese usado durante los tres años consecutivos inmediatos anteriores a la presentación de la solicitud de declaración administrativa de caducidad, o que existan circunstancias surgidas independientemente de la voluntad del titular de la marca que constituyan un obstáculo para el uso de la misma, tales como restricciones a la importación u otros requisitos gubernamentales aplicables a los bienes o servicios a los que se aplique la marca.

Por lo anterior, tenemos que ser cuidadosos con lo que establece el artículo décimo primero transitorio de la LFPPI, el cual indica lo siguiente:

Los registros de marca o de aviso comercial y los efectos de publicación de nombre comercial otorgados conforme al presente Decreto, deberán presentar la declaración de uso real y efectivo en los términos de su artículo 233 y, en su oportunidad, renovar el título conforme a lo dispuesto en su artículo 237. Los registros de marcas o de avisos comerciales y los efectos de publicación de los nombres comerciales, otorgados a partir del 10 de agosto de 2018, conservarán su vigencia, quedando sujetos en todo lo demás a esta Ley. Dichos registros y publicaciones deberán presentar, en su oportunidad, la declaración de uso real y efectivo y, en su caso, la renovación correspondiente, de conformidad con los artículos 233 y 237 del presente Decreto. Los registros de marcas o avisos comerciales y los efectos de publicación de los nombres comerciales, otorgados con anterioridad al 10 de agosto de 2018, conservarán su vigencia y, en su oportunidad, deberán renovar el título conforme a lo dispuesto en su artículo 237. Dichos registros y publicaciones quedarán sujetos en todo lo demás al presente Decreto, exceptuando la obligación de presentar la declaración de uso real y efectivo, prevista en su artículo 233.⁹

9 “Artículo 233.- La marca deberá usarse en territorio nacional, tal como fue

Sobre la renovación del registro marcario, se les impone a los titulares de estos, que, en la misma solicitud de renovación, se debe declarar el uso real y efectivo de la marca en territorio nacional, tratando de unificar la comprobación de uso a las marcas solicitadas y concedidas antes de las reformas a la LPI del 18 de mayo de 2018 (*Diario Oficial*, 18-05-2018), mismas que entraron en vigor el 10 de agosto del mismo año.

Como consecuencia del tercer párrafo del artículo 233, así como para estar acorde con su redacción, en esta nueva LFPPI se establece que la vigencia del registro de marca comenzará a partir de la fecha de su concesión. Anteriormente, la LPI establecía que la vigencia del registro se contaba a partir de la fecha de presentación de la solicitud de registro en el IMPI. Considero que esta disposición es más

registrada o con modificaciones que no alteren su carácter distintivo.

El titular de una marca deberá declarar su uso real y efectivo, indicando los productos o servicios específicos a los que ésta se aplica, acompañando el pago de la tarifa correspondiente.

La declaración se presentará ante el Instituto durante los tres meses posteriores, contados a partir de que se cumpla el tercer año de haberse otorgado el registro. El alcance de la protección del registro continuará sólo en aquellos productos o servicios sobre los cuales se haya declarado el uso.

Si el titular no declara el uso, el registro caducará de pleno derecho, sin que se requiera de declaración por parte del Instituto”.

“Artículo 237.- La renovación del registro de una marca deberá solicitarse por el titular, dentro de los seis meses anteriores al vencimiento de su vigencia. Sin embargo, el Instituto dará trámite a aquellas solicitudes que se presenten dentro de un plazo de seis meses posteriores a la terminación de la vigencia del registro.

Al presentar la solicitud de renovación, el titular deberá declarar el uso real y efectivo de la marca, indicando los productos o servicios específicos a los que ésta se aplica, acompañando el pago de la tarifa correspondiente.

El alcance de la protección del registro continuará sólo en aquellos productos o servicios sobre los cuales se haya declarado el uso.

Cuando no se declare el uso de la marca, el Instituto requerirá al solicitante para que dentro del plazo de dos meses subsane la omisión. En caso de no cumplir con el requerimiento dentro del plazo señalado el registro caducará de pleno derecho, sin que se requiera de declaración por parte del Instituto.

Cuando la renovación sea presentada por el beneficiario de un gravamen inscrito ante el Instituto no será necesario declarar el uso real y efectivo de la marca”.

lógica, jurídicamente hablando, en razón de que anteriormente se retrotraían los efectos bajo la premisa de que la solicitud aún era una expectativa de derecho. La fecha de presentación o, como comúnmente se lo llama, fecha legal, debe determinar la ley de aplicación que determina el procedimiento respectivo, en cambio, la fecha de concesión determina el inicio del derecho constitutivo del registro de marca, el cual tendrá una vigencia de 10 años, prorrogables por los mismos años y cumpliendo con los requisitos de la declaración de uso real y efectivo de la marca.

11. Conclusión

A manera de conclusión, me permito hablar de las marcas no tradicionales y del reto que el IMPI tiene como autoridad de velar por la pertinente concesión de estos signos.

De las marcas no tradicionales, uno de los grandes retos será “la objetividad” y, como siempre lo ha sido, la capacitación de los examinadores del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Recuerdo con gratitud y afecto que, cuando era examinador y asesor jurídico de la Dirección de Marcas en el año 2000, tuve la oportunidad de atender un curso de capacitación en la otrora Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), hoy Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO, por sus siglas en inglés), en Alicante, España. Fue ahí donde empezamos a escuchar sobre estos tópicos y la problemática que tenían los examinadores de la OAMI para determinar la distintividad de la marca y si esta incurría en alguna nulidad, es decir, que el signo perceptible por el sentido respectivo no describa o evoque al producto en sí mismo o al servicio. Aquí es precisamente donde la objetividad puede perder su esencia, ya que, en el caso de las marcas olfativas y en correlación con la definición de “marca” de la Ley vigente en la materia, la representación clara y precisa de un olor, para determinar que este no es el aroma en sí mismo del producto, cae invariablemente en manos de la subjetividad. Tal como se lo ha planteado la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ¿cómo representamos visualmente un olor?, no con una fórmula química, ya que estaríamos representando la sustancia que da origen al aroma, mas no a este; una

descripción verbal tendría que ser muy exacta para que el público consumidor, al escucharla, pudiera recordar e identificar el producto que protege la marca olfativa, esto resulta altamente subjetivo, poco demostrable y, de conseguirse, una protección muy endeble.

Tenemos que recordar que el bien a proteger jurídicamente con la concesión de un registro marcario, además de los beneficios que le da al titular de la marca, protege al público consumidor y promueve la sana competencia entre los diferentes agentes concurrentes en el mercado. La marca olfativa debe tener un efecto en el consumidor para que este, sin otro medio identificador (el producto en sí con el signo distintivo identificable en el envase o empaque), pueda, con el simple aroma, recordar e identificar el producto y, más aún, al titular o empresa que lo comercializa, para así poder diferenciarlo de otro de su misma especie o clase en el mercado.

Existen aparatos que pueden identificar olores, como presencia de gases tóxicos, y representarlos en un cromatógrafo. Tal vez, en caso de un procedimiento de oposición, nulidad o infracción, podría ser una prueba idónea, sin embargo, el grado de certeza y la infraestructura tecnológica dista de los deseos de obtener una verdadera y eficaz protección.

Respecto a marcas sonoras, tenemos la ventaja de la representación gráfica de estas por medio de oscilogramas, sonogramas o a través del pentagrama común, en donde la exactitud de estos aparatos o su ejecución acorde al pentagrama es de precisión matemática. Obviamente, el sonido no debe ser en sí mismo la representación del producto, como por ejemplo el sonido de un instrumento musical para proteger instrumentos musicales, pero sí puede concederse un sonido para distinguir, por ejemplo, servicios jurídicos.¹⁰

Con las marcas gustativas se presenta el problema de la distinción real del producto con respecto al público consumidor, es decir, el consumidor únicamente podrá degustar, conocer y determinar el sabor de un producto determinado cuando lo adquiera y, por ende, lo saboree, pero antes no, por lo que la distinción tendrá que estar supeditada a una marca tradicional, en la que el consumidor podrá

10 Disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/01/article_0003.html.

distinguir y diferenciar el producto que compra de otro de su misma especie o clase en el mercado.

El reto es grande para el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Primero, afrontar las políticas de austeridad que el Gobierno federal está imponiéndole a todo el Poder Ejecutivo; segundo, observar que los funcionarios públicos que permanezcan en el instituto lleven a cabo sus funciones, obligaciones y facultades, las cuales tienen designadas en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial; y tercero, adquirir la infraestructura tecnológica necesaria para poder analizar, estudiar y determinar objetivamente la principal característica de una marca: su carácter distintivo.

Bibliografía

- Diario Oficial de la Federación. (18 de mayo de 2018). *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de la Propiedad industrial*. Primera sección, p. 32-40.
- Magaña Rufino, J. M. (2011). La protección de las marcas notoria y famosa en el derecho mexicano. *Revista De Jure*, 10(7), 187-210.

Regulación jurídica del secreto empresarial en el ordenamiento jurídico cubano

* * * *

Dayanis María Rodríguez Hernández

Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez

rodriguezhernandezdayanismaria@gmail.com

Lorenzo Palmero Martín

Registrador del Estado Civil, Dirección Municipal de Justicia, Santa Clara, Cuba

palmero97m@gmail.com

Kirenia González Bello

Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez

gonzalezkirenia25@gmail.com

Heidy Donis Vieites

Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez

heidyd90@gmail.com

Recibido: 22 de octubre de 2021

Aceptado: 16 de noviembre de 2021

Resumen

La presente investigación abarca un análisis doctrinal del secreto empresarial como institución jurídica. El secreto empresarial constituye una institución legal de gran relevancia, en la medida que impulsa el desarrollo de la industria y los negocios mediante la protección de las informaciones y conocimientos que no resultan accesibles al público y constituyen un resultado ventajoso en el mercado. El marcado valor de índole económico-comercial que trasluce el secreto empresarial forja la implementación de medidas para su protección legal. Pese a las transformaciones

realizadas en Cuba en materia de propiedad intelectual, aún se observan insuficiencias en cuanto a la regulación jurídica del secreto empresarial que merecen especial atención. La implementación de una normativa que regule sustantivamente la institución con remisión a normas desarrolladoras constituye una necesidad en cuanto a la protección de los empresarios y sus intereses. El tema en cuestión posee gran importancia en el proceso de actualización del modelo económico cubano, así como la protección de los derechos dentro de la industria nacional. Atendiendo a ello, se traza como objetivo general fundamentar la necesidad de la adecuada regulación del secreto empresarial en el ordenamiento jurídico cubano.

Palabras clave: secreto, empresarios, ventajas, información, competencia.

Legal Regulation of the Business Secret in the Cuban Legal Order

Abstract

The research entitled: Legal regulation of business secrecy in the Cuban legal system, covers a doctrinal analysis of business secrecy as a legal institution. Business secrecy constitutes a highly relevant legal institution insofar as it promotes the development of industry and business by protecting information and knowledge that is not accessible to the public and constitutes an advantageous result in the market. The marked value of an economic-commercial nature that transpires the business secret forges the implementation of legal protection measures. Despite the transformations carried out in Cuba in the area of Intellectual Property, there are still shortcomings in terms of the legal regulation of business secrecy that deserve special attention. The implementation of a norm that substantively regulates the institution with reference to developing norms constitutes a necessity regarding the protection of entrepreneurs and their interests. The issue in question is of great importance in the process of updating the Cuban economic model, as well as the protection of rights within the national industry. In view of this, the general objective is: To substantiate the need for the adequate regulation of business secrecy in the Cuban legal system.

Key words: secret, entrepreneurs, advantages, information, competition.

Regulamento legal do segredo comercial na ordem jurídica cubana

Resumo

A pesquisa intitulada: Regulação jurídica do sigilo comercial no ordenamento jurídico cubano, aborda uma análise doutrinária do sigilo comercial como instituição jurídica. O sigilo comercial constitui uma instituição jurídica de grande relevância na medida em que promove o desenvolvimento da indústria e dos negó-

cios, protegiendo informações e conhecimentos que não são acessíveis ao público e constituem um resultado vantajoso para o mercado. O valor marcado de natureza econômico-comercial que transpira o segredo do negócio, forja a implementação de medidas judiciais de proteção. Apesar das transformações ocorridas em Cuba na área da Propriedade Intelectual, ainda existem lacunas em termos de regulamentação jurídica do sigilo comercial que merecem atenção especial. A implementação de uma norma que regula substantivamente a instituição no que se refere às normas de desenvolvimento, constitui uma necessidade no que diz respeito à proteção dos empresários e de seus interesses. O tema em questão é de grande importância no processo de atualização do modelo econômico cubano, bem como na proteção de direitos na indústria nacional. Em vista disso, o objetivo geral é: Consubstanciar a necessidade de uma regulamentação adequada do sigilo comercial no ordenamento jurídico cubano.

Palavras-chave: segredo, empreendedores, vantagens, informação, competição.

1. Introducción

El surgimiento del secreto empresarial como institución jurídica tiene sus bases en el Estado moderno. Este estuvo marcado por el florecimiento de la Revolución Industrial y los avances generados en las más diversas industrias y economía internacional. El desarrollo de las investigaciones tecnológicas y su aplicación al sector comercial y de los servicios determinó que se transformara la situación existente hasta el momento: lo importante no era ya la manufacturación a gran escala, sino estudiar el mercado a fondo e identificar el producto que se deseaba (Aguilar, 2008, p. 3).

El secreto empresarial se encuentra integrado por las informaciones y conocimientos de carácter oculto que, por el valor que poseen, constituyen una ventaja comercial para la libre competencia de las empresas en el mercado. Se debe resguardar en lugares seguros y de forma compartimentada, evitando que, en caso de una apropiación indebida, no se apoderen de su contenido completo, sino de una parte de él.

El secreto empresarial es el mecanismo adecuado y pertinente para proteger la información que, dadas sus características económicas y comerciales, le genera una ventaja competitiva a su poseedor legítimo. Por ende, permite proteger de forma general y no limitada un abanico más amplio de información que la patente (Peñaranda Martes, 2017, párr. 20).

Sanín Restrepo (2013) señala que el secreto empresarial no solamente es una forma de protección autónoma dentro de la propiedad industrial, sino que la violación de secretos empresariales es considerada una violación a las normas de competencia (p. 16). Comprende toda la información relativa a cualquier ámbito o esfera de la empresa, cuyo mantenimiento en reserva le proporciona a su titular una mejora o una ventaja competitiva. De esta manera, se liga el concepto del secreto empresarial al desarrollo de la empresa, ya que comprende información y conocimientos que hacen parte de la actividad empresarial (Díaz Pérez, 2015, p. 42).

La protección legal de la propiedad intelectual en Cuba se encuentra de manera general en un proceso de reajuste a las experiencias internacionales que, en su ámbito, resultan de carácter novedoso. El Decreto Ley 336 De las disposiciones contractuales de Propiedad Industrial en los Negocios Jurídicos comprende la figura desde una nueva perspectiva, denominándolo “información no divulgada”. El propio cuerpo legal solo regula algunos aspectos relacionados con la licencia de utilización de la información no divulgada, dejando de lado elementos de importancia para la regulación de dicha institución jurídica, como la conceptualización de la información no divulgada, los requisitos, las consecuencias de su divulgación no autorizada, las obligaciones y derechos de las partes intervinientes.

En lo concerniente al secreto empresarial como institución jurídica, la normativa cubana resulta insuficiente, en tanto da solución a algunas cuestiones relacionadas con este por vía penal, civil y laboral, sin la existencia de una norma sustantiva que regule de manera especial la figura. La deficiente regulación provoca riesgos en el ámbito empresarial de manera general ante la posible vulneración de los derechos derivados de su protección jurídica frente a terceros, por lo que urge instituir las pautas doctrinales para el estudio del secreto empresarial, estableciendo un análisis crítico desde una perspectiva positiva para su adecuada aplicación en el ordenamiento jurídico cubano.

2. Evolución histórica del secreto empresarial en cuba

Desde que se comenzó con la comercialización de bienes y servicios que han sido demandados por los consumidores, las compañías han

buscado formas para hacer que sus productos sean siempre los primeros en ser escogidos por sobre otros que ofrecen los competidores. Los elementos que caracterizan a cada uno de los productos los hacen únicos en el mercado a los efectos de su comercialización.

La referencia como secreto industrial se corresponde con la influencia de la Revolución Industrial en la economía internacional. El desarrollo de las investigaciones tecnológicas y su aplicación al sector comercial y de los servicios determinó que se transformara la situación existente hasta el momento; lo importante no era ya la manufacturación a gran escala, sino estudiar el mercado a fondo e identificar el producto que se deseaba.

En esta realidad se comienza a emplear el término “secretos comerciales”, asociado no solo al campo técnico, sino también al comercial. La evolución actual de la actividad empresarial, la influencia de factores no solo tecnológicos y comerciales, sino también de organización, gestión y conocimientos cada vez más especializados han determinado que la doctrina más reciente se refiera a los secretos empresariales como categoría más general que incluye los antes empleados, considerándolo como una categoría de mayor alcance y, por tanto, más adecuada al tratamiento de la institución.

En el Decreto Ley 199 del año 1999 Sobre la Seguridad y Protección de la Información Oficial se evidencia la figura de los secretos estatales, cuya naturaleza no se identifica con la de los secretos empresariales. De la clasificación de estas informaciones se encarga la Comisión Estatal para la Clasificación y Desclasificación de la Información Oficial, la cual elabora y somete a la aprobación del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros su Lista General para la clasificación de las informaciones oficiales, en la que se enumera una relación de aquellas que se pretende sean consideradas como secretos estatales.¹

Históricamente, el tratamiento de los secretos empresariales en Cuba, tanto desde el punto de vista teórico como jurídico, no ha tenido gran auge. En 1936 se encontraban algunos aspectos relacionados con el tema en la regulación del Código de Defensa Social, promulgado por el Decreto Ley 802 del 4 de abril de 1936.

1 Decreto Ley 199 Sobre la Seguridad y Protección de la Información Oficial, 2 de diciembre de 1999, Gaceta Oficial Ordinaria, número 78.

En el título VIII sobre los Delitos contra los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos se preveía la revelación de secretos, bien por parte de un funcionario público, empleado, abogado o por cualquier otra persona.² Para esa fecha también existía el Decreto Ley 805 de 1936 de Propiedad Industrial, que establecía determinados elementos vinculados con la defraudación de los derechos de propiedad industrial para todo aquel que con medios engañosos lesionara derechos legítimos adquiridos por terceros.

La información oficial clasificada considerada secreto implica la protección de un conocimiento cuya revelación no autorizada puede causar perjuicios en las esferas política, militar, económica, científica, técnica, cultural, social o cualquier otra de importancia para el funcionamiento del Estado. Asimismo, queda centrado el objeto de protección en la seguridad estatal y los intereses de la colectividad.

Los secretos empresariales, por su parte, son en su mayoría informaciones o conocimientos con un valor económico significativo, por lo que en determinados momentos pueden llegar a tener significación como información oficial clasificada. Este carácter permite cobrar un interés general para la colectividad, ya sea en la defensa, en la salud o en la economía del país, pero ello solo ocurre en escasas ocasiones.

Los secretos estatales cuentan con una protección específica y encuentran respaldo en la vía penal. De esta manera, la connotación estatal y pública no se identifica con el tipo de protección que se le debe conferir a los secretos empresariales, pues se debe señalar sobre este particular la insuficiencia de regulación

La Resolución No. 21 de 2002 del Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), Sistema Nacional de Propiedad Industrial, en su segundo epígrafe referido a los principios generales del sistema nacional, hace alusión indistintamente a los términos “secreto”, *know how*, “información oficial”, “información no divulgada”, “informaciones técnicas, de producción”, “informaciones secretas”, “secretos” y “tecnologías secretas”.³ La norma jurídica en cuestión,

2 Título VIII, Código de Defensa Social, 10 de febrero de 1936, Imprenta de la Dirección política de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, La Habana, 1969.

3 Resolución 21 del Sistema Nacional de Propiedad Industrial, 7 de enero de 2003, Gaceta Oficial Ordinaria, número 10.

pese a realizar una distinción entre los diferentes tipos de información, no resultó lo suficientemente clara al determinar el ámbito de protección de los secretos empresariales como institución jurídica.

Por su parte, el Decreto Ley 290 de las Invenciones Dibujos y Modelos Industriales no resolvió el asunto de la regulación de la información secreta susceptible de protección. Uno de los principales beneficios legales que aportó estuvo sobre la base de que respecto a la titularidad en ocasión de la relación jurídico-laboral señala que los derechos y obligaciones previstos subsisten, aun finalizada la relación contractual entre el inventor o autor y la entidad, respecto a la información no divulgada relacionada con la patente o registro.⁴

El Decreto Ley 336⁵ De las disposiciones contractuales de Propiedad Industrial en los Negocios Jurídicos, del 10 de agosto de 2018, brinda un nuevo enfoque de lo que se conoce como “secreto industrial”, al denominarlo información no divulgada. Solo encierra su círculo de protección en la definición de dicha figura y de la información no divulgada complementaria, además de regular lo relacionado con el contrato de licencia para la utilización de la información no divulgada.

Por su parte, el Decreto Ley 337⁶ De la Protección contra las prácticas desleales en materia de Propiedad Industrial, del 10 de agosto de 2018, regula, entre otras cuestiones, lo referente a la protección de la información no divulgada de los actos deshonestos en el mercado. La presente norma jurídica le permite al poseedor de una determinada información no divulgada tener una protección legal en tanto define los actos que constituyen competencia desleal y que se encuentran estrechamente relacionados con dicha institución.

3. El secreto empresarial. Conceptos

En el tratamiento normativo de los secretos empresariales es imprescindible establecer un marco de protección y seguridad de la información, es por ello que resulta necesario llegar a una aproximación

4 Decreto Ley 290.

5 Decreto Ley 336.

6 Decreto Ley 337.

conceptual. Para una mayor comprensión, se precisa dejar por sentado el significado de los dos vocablos que lo forman: “secreto” y “empresarial”.

Se entiende por “secreto” el conocimiento que algunas personas poseen exclusivamente de algo y que cuidadosamente debe ser reservado y oculto. Por tanto, su esencia se basa en no contar ni difundir su contenido, permaneciendo oculto, el cual solo puede ser compartido a aquellas personas que, por su condición, son consideradas apropiadas, es decir, pocas y de absoluta confianza.

El vocablo “empresarial” se encuentra estrechamente vinculado al término “empresa”, integrado por un conjunto de componentes que le sirven de base para el logro de un correcto funcionamiento. Cada uno de estos componentes o partes integrantes juegan un rol dentro de esta. Si bien es cierto que existe independencia entre los componentes, estos funcionan como un todo indisoluble en la realización de la actividad empresarial.

El secreto empresarial se usa para referirse a toda aquella información contenida en recetas, fórmulas, prácticas, diseños e investigaciones que no es generalmente conocida ni fácilmente obtenida por el común de las personas, que tiene una utilidad práctica en los negocios y que le otorga a su titular una ventaja sobre la competencia (Tobón Franco, 2009, p. 19).

Los secretos empresariales son todos aquellos conocimientos, informaciones comerciales valiosas, soluciones técnicas y experiencias del saber especializado que no han sido divulgadas, que poseen un valor económico determinado o determinable y que tiene aplicación en el ámbito industrial, comercial y de gestión, por lo que se toman medidas adecuadas para su protección (Aguilar, 2008, p. 7).

Es por ello que se deduce que el secreto empresarial posee un marcado valor económico, puesto que no es conocida dicha información. Por lo general, no se conoce en la actividad empresarial en la que se utiliza, de ahí la categoría de secreto. Puede ser utilizado como actividad empresarial de tipo industrial o comercial. Asimismo, está sometido a un régimen especial a fin de preservar su carácter secreto.

El secreto empresarial puede entenderse que nace de la concepción de una idea, en alguna forma concreta y continua en tanto conserve su carácter de reservado, la cual puede consistir en solucio-

nes técnicas de índole comercial o ser simplemente conocimiento y experiencia del saber especializado que un industrial o comerciante utiliza en la práctica, sin revelarlo, para la obtención de un producto o un resultado ventajoso (Cruz y Sánchez, 2017, párr. 4).

Un secreto empresarial (también conocido como “secreto industrial”) es toda información o conocimiento reservado o confidencial (no divulgado) que posee valor comercial para una empresa (persona o institución). El valor comercial implica que dicha información puede ser susceptible de uso y aprovechamiento o para obtener ventaja competitiva en el contexto de alguna actividad productiva, industrial o comercial (CMS, 2020, párr. 2).

Requiere de una protección especial por ser estos fáciles de copiar, lo cual se entendería como robo de ideas, aspecto este que se regula en las normas que reprimen la competencia desleal. Es de fácil obsolescencia, así como lo es también mantenerlo en secreto. Este secretismo no es extremo, puesto que puede que algunos de sus aspectos sean conocidos por terceros, lo cual no implica que este se haya hecho público.

El secreto empresarial está considerado como un elemento de la propiedad intelectual, en concreto de la propiedad industrial. Sin embargo, a diferencia de las patentes, no se trata de un derecho de exclusividad que deba ser concedido por alguna institución gubernamental para que tenga validez, sino que más bien funciona como un monopolio de facto que perdurará por el tiempo en que la información confidencial o el secreto se mantenga a salvo (CMS, 2020, párr. 3).

Tomando en consideración las conceptualizaciones ofrecidas por los diferentes autores, se define “secreto empresarial” como aquel conjunto de conocimientos e informaciones no accesibles al público en general y que resultan fundamentales para la obtención de un resultado ventajoso, por lo cual constituye una de las formas primordiales que tienen las empresas para proteger dichos conocimientos. Esa información posee un marcado valor económico, lo que hace que sea de gran importancia su protección.

4. Tipos de secretos empresariales

Vázquez de Alvaré (2017) afirma que “a los secretos de carácter eco-

nómico se les han atribuido diferentes denominaciones: secretos comerciales, secretos industriales, *know-how*, entendiéndose mejor identificarlos como secretos empresariales, por ser un término más abarcador” (p. 13).

Díaz Pérez (2015) sugiere que “el *know how* y el secreto empresarial son figuras jurídicas que suelen confundirse dentro del tráfico jurídico. Esta confusión se debe principalmente a la ausencia de normas nacionales e internacionales que lo regulen de manera suficiente y sistemática” (párr. 1).

Precisamente por el hecho de que tanto el secreto industrial como el comercial constituyen tipos de secretos empresariales, se hace necesario abordarlos desde las disímiles conceptualizaciones ofrecidas por algunos tratadistas de la materia y de otras afines. En algunas ocasiones se regulan ambas figuras como parte del secreto empresarial.

Cuando lo más relevante era la producción, se estimó que el *know how* solo estaba referido al secreto sobre conocimientos aplicados a la industria que proporciona una ventaja competitiva. Sin embargo, en la actualidad, la denominación del *know how* abarca tanto los secretos industriales como los comerciales (Massaguer Fuentes, 1989, p. 20).

Metke Méndez (2001) refiere que “la denominación de secreto empresarial es más acertada que la de secreto industrial, por cuanto abarca no sólo los conocimientos técnico industrial de la empresa sino también los de carácter comercial y financiero” (p. 20).

Una definición tan amplia del secreto comercial busca dar cobijo a los conocimientos técnicos, a la información empresarial y a la información tecnológica, siempre que respecto a estos concurren los requisitos necesarios para su configuración. Dentro de los principales se encuentra el carácter secreto, difícilmente accesible para quienes se dedican a ese sector de actividad tanto a nivel profesional como académico. El carácter reservado le confiera un valor comercial y, por este motivo, se han adoptado medidas para mantenerlo así (Erdozain López, 2016, párr. 8).

Martínez Salcedo (2016) estima que

cuando se hace referencia a los secretos industriales, se señala el conjunto de conocimientos, procedimientos, insumos de producción, técnicas de almacenamiento y preservación, entre otros, que

un empresario desea mantener oculto por el valor o ventaja competitiva que le significan. (párr. 2)

En sentido amplio, se considera secreto industrial a todo conocimiento relativo a un proceso de fabricación, estrategia de negocio, desarrollo técnico, producto o servicio creado por una empresa, siempre y cuando esta haya tomado las medidas concretas para ocultarlo a sus competidores, por ser garantía de la obtención de una ventaja competitiva frente a ellos. Entre ellas cabe destacar el acceso restringido a dicho secreto a personas que mantengan una relación contractual con la empresa. La fórmula habitual para garantizarlo es el establecimiento de cláusulas de confidencialidad que, por contrato, les obliguen a mantener lo que saben en secreto (CEVIPYME, 2016, párr. 12).

Esta información que debe salvaguardarse en secreto por determinadas cuestiones y que obliga a la persona encargada de mantenerla como tal mediante el contrato de confidencialidad, una vez terminada la relación laboral, podría hacerse pública al no contemplarse en los contratos de trabajo la obligación y el deber del trabajador de mantenerla en silencio. Por esta razón, deben preverse medidas de seguridad una vez que el trabajador decida cambiar de centro laboral, garantizando su resguardo y reserva.

Estos secretos industriales pueden ser principalmente de dos tipos: los concernientes a invenciones o procesos de fabricación que no satisfagan los criterios de patentabilidad (novedad, actividad inventiva y aplicación industrial) y, por consiguiente, puedan protegerse únicamente como secretos industriales, siendo este el caso de las listas de clientes o de procesos de fabricación; y los relativos a invenciones que satisfagan los criterios de patentabilidad y que, a su vez, puedan ser protegidos por patentes. En este caso, la empresa deberá decidir si patenta la invención o si, por el contrario, le da el tratamiento de secreto industrial (Peñaranda Martes, 2017, párr. 11).

El secreto empresarial, como institución jurídica, ofrece disímiles garantías, ya que posibilita la protección de información y conocimientos, así como creaciones que, dado sus características, la ley no regula. Se recomienda proteger a través de secreto industrial cuando la información secreta no es patentable, cuando sea factible mante-

ner dicha información en secreto durante un período mayor a veinte años (período de validez de la patente), cuando el secreto no se considere de valor tal que amerite ser patentado y cuando se refiera a un proceso de fabricación.

En algunas ocasiones suele emplearse el término “secreto comercial” de forma genérica para referirse al campo de los secretos empresariales. En realidad, el secreto comercial constituye otro tipo de secreto empresarial, el cual comprende todo tipo de información que afecta la vida y naturaleza de la empresa, que tiene valor para esta y que sus competidores querrían conocer (Pomares Carrales, 2017, párr. 4).

Para que sea considerado como tal, la información no puede ser divulgada ni difundida en el círculo donde se manifiesta. Si se hiciera pública, entonces perdería su carácter de secreto y dejaría de ser considerado como tal, a la vez que disiparía su evidente valor.

Sobre la idea de que los secretos comerciales constituyen una forma de propiedad intelectual, se establece que generarían incentivos para la revelación de información en dos formas distintas: en tanto que actúa como sustituto de las inversiones en medidas físicas de preservación de secretos (ocultar una planta de nueva y alta tecnología podría ser físicamente costoso, por lo que el derecho sustituye esa necesidad) y que la existencia del derecho le permita a su titular revelarla para negociar con relación a ella (Rodríguez García, 2016, párr. 30).

Para vender una idea de forma eficiente es esperable que se necesite revelarla, pero esa revelación haría perder la condición de secreto que, precisamente, le da el valor especial. Sin la existencia de una protección legal a esta titularidad, el valor del secreto se pierde; en cambio, con la protección se puede impedir que terceros usen la idea en contravención a la confidencialidad de la relación existente. Ello demuestra la necesidad de protección bajo normas de seguridad de las informaciones que resultan de vital importancia en el funcionamiento de determinada empresa y que generan, para esta última, una ventaja competitiva en el mercado.

La definición y regulación del secreto empresarial es pacífica, uniforme e incluso internacional, pues muchas legislaciones nacionales y tratados internacionales coinciden en la manera de entender este concepto. Sin embargo, no sucede lo mismo en la práctica. Si bien

los requisitos están delimitados claramente, al alegar la violación de los secretos empresariales se destaca una serie de falencias por parte de los litigantes y empresarios (Sanín Restrepo, 2013, p. 16).

El estudio y análisis de estas categorías conceptuales hace posible considerar que el secreto empresarial posee dos subcategorías: el secreto industrial y el *secreto comercial* o *know how*, que regulan la aplicación de dicha información a la industria y lo relacionado con su valor e importancia para el comercio, respectivamente. La denominación de secreto empresarial resulta más acertada respecto a los tipos o subcategorías que lo integran. Dicha institución abarca no solo los conocimientos técnicos industriales de la empresa regulada bajo la tutela del secreto industrial, sino también los de carácter comercial y financiero, los cuales son objeto del secreto comercial.

5. Requisitos del secreto empresarial

Para que un conocimiento o información sea considerado secreto empresarial ha de reunir determinados requisitos. Estos deben ser parte de la estrategia que posean las empresas para proteger el capital intelectual, los cuales se resumen a continuación.

El estatus reservado de la información es, de hecho, el pilar básico sobre el que se constituye el sistema de protección de los secretos empresariales, pues su valor se condensa precisamente en ese elemento. El hecho de que esta no sea generalmente conocida origina dos gravísimos inconvenientes: el primero es su indeterminación, ya que quienes sostienen esa aproximación se ven obligados a defender que una información pierde su carácter secreto en un punto intermedio, un tanto difuso, entre el secreto absoluto y su extremo opuesto –esto es, que sea universalmente conocido– y ese extremo, evidentemente, es de difícil determinación (Suñol Buské, 2016, párr. 21).

La regulación del carácter secreto constituye un elemento indispensable, pues en la medida en que sea considerado como tal va a recibir una determinada protección legal, no siendo así cuando se trata de una información conocida por todos o puesta a disposición del público. En este caso, de no poseer tal condición, no sería posible hacer mención del resto de los requisitos que integran dicha institución atendiendo al carácter *sine qua non* que este posee.

El segundo elemento que ha de encontrarse presente, estrechamente vinculado al anterior, es que hace reposar el carácter secreto de un conocimiento atendiendo a un juicio numérico que no resulta nada fácil sostener. Lo determinante a estos efectos no es que sea desconocida por un número más o menos reducido de sujetos interesados, sino que sea ignorada y, por tanto, valiosa para alguno de ellos.

El conocimiento de dicha información por un mayor número de persona pone en riesgo el carácter secreto de esta al ser más susceptible de apropiación o actos derivados de la competencia desleal en el mercado. Son varias las razones que confirman esta conclusión, las cuales sostienen que el régimen del secreto empresarial no exige que exista un único titular de la información, sino que, como ocurre con cierta frecuencia, es perfectamente posible que varios empresarios hayan creado independientemente la misma información que, al mantenerse por todos ellos en reserva, permite atribuirle la condición de secreta (Suñol Buské, 2016, párr. 8).

Para el cumplimiento de este requisito no es necesario que la información sea conocida únicamente por su titular, basta con que sea conocida por un número limitado de personas. En ese sentido, Cabanellas de las Cuevas (1984) señala que “no cabe exigir [...] que los conocimientos secretos sólo sean accesibles a su titular, pues ello no sólo va en contravía de la acepción corriente de secreto, sino que impediría la utilización económica de esos conocimientos” (p. 55).

El tercero de los requerimientos del secreto empresarial hace referencia a que esa información debe ser comercialmente valiosa por ser secreta; mantener una determinada información o conocimiento en su ámbito privado le confiere al poseedor una ventaja con respecto a la competencia, siendo un elemento esencialmente subjetivo y que debe valorarse en función del tipo de información en cuestión (Cruz y Sánchez, 2017, párr. 8).

Según Cabanellas de las Cuevas (1984), “el secreto sólo puede recaer sobre información que tenga un verdadero interés para el empresario, en la medida que le da una ventaja competitiva frente a otros empresarios por ser desconocida para éstos” (p. 55).

Dicha ventaja, a decir de Morón Lerma (2012), “puede consistir, en algunas ocasiones, en mejorar el producto o la presentación del mismo, en agilizar los canales de distribución para ofertar el produc-

to en el mercado lo antes posible o en perfeccionar la planificación interna de la empresa” (párr. 726). Esta se encuentra relacionada de manera directa con la actividad profesional en la que se desarrolla, lo que constituye un elemento fundamental para que este requisito se cumpla.

Por tanto, no basta con que una información sea secreta para que pueda ser protegida por el secreto empresarial, pues es necesario que también sea valiosa para la empresa y otorgue una ventaja a su titular frente a los demás competidores. Dicha ventaja, en algunas ocasiones, puede estar constituida en mejorar el producto o su presentación, como también en agilizar las vías de distribución para ofertar el producto en el mercado lo antes posible o en perfeccionar la organización interna de la empresa.

Como último de los requisitos a tener en cuenta en la configuración del secreto empresarial se encuentra el establecimiento de medidas para mantener la condición de secreta de la información. Para que una información pueda ostentar dicha calificación no es suficiente que sea secreta, sino que también es preciso que su titular haya adoptado medidas que, según las circunstancias del caso, sean razonables para conservar su naturaleza reservada.

Se considera que la apreciación de este requisito exige reconocer ante todo la siguiente idea: existen dos esferas de protección del secreto, una protege el carácter secreto de la información frente a sujetos a los que les ha sido voluntariamente comunicada por su titular o que, en todo caso, la han conocido con la debida autorización; y la otra, la esfera externa, la cual resguarda frente a ataques de terceros que ignoran la información, es decir: frente a espías y otras situaciones similares (Suñol Buské, 2016, párr. 48).

Esta distinción posee una gran importancia en la medida en que muestra que las medidas que se requieren para conservar el secreto han de ser diferentes. Sus titulares deberán limitar el acceso a la información a quienes precisan conocerla, siendo estos los trabajadores, asociados y directivos, quienes se mantendrán bajo el deber de no divulgarla y no utilizarla para un fin diferente de aquel para el que se les comunicó, constituyendo la obligación legal de conservar la información.

Tobón Franco (2009) apunta que “se toman medidas razonables

cuando se adoptan, de manera consciente, políticas y prácticas suficientes en términos cualitativos o cuantitativos, según las circunstancias, para mantener en secreto la información de que se trate” (p. 19). Estas medidas son de naturaleza diversa y van desde cláusulas de confidencialidad en los contratos laborales hasta sanciones ante la violación o vulneración del secreto.

Se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero que reúna los siguientes requisitos: ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en los que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión ni fácilmente accesible para ellas; tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto; haber sido objeto de medidas razonable por parte de su titular para mantenerlo en secreto (Sistemius, 2020, párr. 12).

El estudio realizado permite aseverar como principales requisitos del secreto empresarial la configuración de este como reunión precisa de sus componentes, siendo desconocida para personas introducidas en los círculos en los que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión. Otro de los elementos es que posea el carácter secreto de un conocimiento, sea comercialmente valioso por ser secreto así como el establecimiento de medidas para mantener la condición de secreta de la información.

6. Importancia de la protección del secreto empresarial

El secreto empresarial constituye una institución cada vez más importante en el ámbito industrial, pues mediante su utilización posibilita a las empresas la protección de determinadas informaciones en las formas antes mencionadas. La preservación del carácter secreto de estos genera *per se* ventajas competitivas en el mercado para los empresarios, dada la exclusividad de su contenido así como el valor que posee.

Los operadores del derecho, de manera general, conceden especial importancia a la información secreta relativa a cualquiera de los

ámbitos de la empresa, pues constituye una pieza clave para el éxito empresarial. Esta cuestión, como es evidente, se encuentra íntimamente ligada a la consideración de la propiedad intelectual y, por tanto, también de la información secreta como uno de los motores del desarrollo económico y social (Suñol Busqué, 2016, párr. 68).

La protección de estos es un instrumento necesario para el logro de un incentivo general en torno a la actividad científica e investigativa, así como la vía para fomentar la creación de información de valor social y comercial relativa a la empresa. Salvaguardar la información por la vía del secreto empresarial ofrece determinadas ventajas, pues no se precisa que los conocimientos sean totalmente divulgados, exceptuando algunos elementos en el marco de determinadas negociaciones.

Estos carecen de un período limitado de validez legal, pudiendo protegerse indefinidamente mientras permanezca en secreto. No es preciso la solicitud de su registro ni hacer trámite alguno, por lo que tampoco requiere del pago de tasas para mantenerlos vigentes ni se le exige como presupuesto la explotación por parte del titular.

El gran valor que posee el secreto empresarial es que un número muy reducido de personas conocen todos los aspectos de la información de los secretos empresariales de una empresa y que dichos individuos están obligados a mantener una reserva absoluta. En algunos países que se rigen por el derecho consuetudinario o que han aprobado leyes al respecto se puede obtener indemnización por daños y perjuicios por la parte que haya divulgado ilegalmente o que haya obtenido ilegalmente tales secretos empresariales. No obstante, normalmente esas indemnizaciones son mínimas, ya que es imposible obtener una indemnización multimillonaria para estos casos (Moreno Cruz y Horta Herrera, 2007, p. 262).

Resulta de gran importancia la correcta confidencialidad en el momento de conservar un secreto, no solo empresarial, sino de cualquier otro tipo, ya que sin importar el contenido ni el ámbito en el que esté enmarcado todos poseen un gran valor para sus correspondientes titulares. En este sentido, surte el mismo efecto perjudicial al ser divulgado sin la debida autorización, es decir, de forma ilegal.

Otra de las formas y vías en las que se puede hacer valer el secreto empresarial ante su ilegítima divulgación es en el caso de que la tota-

lidad o la mayoría de las indemnizaciones que se podrían obtener se lograran a través de un arreglo de propiedad. Ello puede efectuarse en forma de embargo de una fábrica o devolución de una propiedad que ha sido obtenida mediante la utilización de la información secreta, comercial e ilegal. Esta propiedad puede ser un bien inmueble, minas o algún otro recurso natural que no hubiera sido descubierto sin el beneficio de la información del secreto empresarial (Moreno Cruz y Horta Herrera, 2007, p. 263).

En cuanto a aquellas informaciones del secreto empresarial que abarcan aspectos de procedimientos biológicos y técnicas de diagnósticos biológicos, entre otros, se pueden prever recompensas por conservar su confidencialidad debido a su carácter valioso, lo cual puede estar enmarcado durante mucho años prediciendo más allá del lapso de vida de cualquier otra forma de protección por patente prevista.

Un secreto empresarial es un elemento esencial que todas las compañías tienen, elemento que le da a esta una ventaja competitiva por sobre cualquier otra, al punto de que esta característica le otorga un valor agregado al producto o servicio que la empresa ofrece. Tal es esa ventaja que el secreto empresarial debe ser resguardado y además amparado jurídicamente para evitar actos que afecten a la competencia de un mercado (Ruiz Fernández, 2015, p. 86).

Los empresarios deben adaptarse a un entorno cada vez más avanzado tecnológicamente, por lo que las medidas de seguridad han de encontrarse estrechamente vinculadas al desarrollo tecnológico. La importancia de que estos se informen sobre la figura del secreto empresarial y lo integren en una estrategia compleja de protección del capital intelectual de la empresa juega un rol fundamental en el mantenimiento del carácter secreto de la información de que se trate.

La elaboración de la estrategia debe ser una amalgama de distintas figuras, como las patentes y los secretos empresariales, que, lejos de ser contradictorias, deben ser vistas como complementarias. La utilización simultánea de varias formas de protección posibilita el sostenimiento del secretismo de dicha institución jurídica, ofreciéndole una mayor protección a la información o conocimiento de que se trate.

7. Ventajas y desventajas del secreto empresarial

La realización de toda actividad en el orden socio-jurídico trae consigo la percepción de un determinado riesgo, que puede ser ventajoso o no. El secreto empresarial como institución jurídica posee rasgos que constituyen verdaderas ventajas en el mercado, sin embargo, en la práctica se generan una serie de situaciones de hecho que lo hacen quedar en desventaja respecto a otras instituciones.

La protección de determinada información por medio de la regulación jurídica que ofrece la figura del secreto empresarial constituye una garantía para los empresarios en el ámbito de desarrollo alcanzado por la industria. La existencia del bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por Estados Unidos ha traído como consecuencia que en Cuba se tomen medidas encaminadas a la sustitución de importaciones, elevando el papel del desarrollo de la industria nacional.

El perfeccionamiento del comercio y la industria en Cuba, principalmente la biotecnológica, ha permitido el logro de disímiles resultados en los últimos años, dada la labor de destacados investigadores, los cuales, guiados por la elevación de la producción agrícola y la calidad de vida, desarrollan un sinnúmero de productos y procedimientos útiles a tales efectos. La protección de estos por medio de dicha institución legal hace posible la distinción de los productos cubanos del resto de los que existen a nivel internacional, logrando que ingredientes, fórmulas, productos y procedimientos queden protegidos.

La protección de la información por la vía del secreto empresarial ofrece determinadas ventajas, pues no se precisa que los conocimientos sean totalmente divulgados, exceptuando algunos elementos en el marco de determinadas negociaciones. Estos carecen de un período limitado de validez legal, pudiendo protegerse indefinidamente mientras permanezca en secreto. Su configuración no trae consigo la obligación de mantener dicha información o conocimiento en posesión de una determinada persona natural o jurídica durante cierto tiempo.

En el campo de las invenciones, si una de estas no se ha divulgado al público, es considerada secreto empresarial. Una divulgación de ciertos actos que se hallen ocultos puede considerarse ilegal. Estos ejemplos, tomados en cuenta por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, fundamentan el eficaz complemento a los de-

rechos de propiedad industrial en los casos de invenciones o signos que no estén protegidos por tal vía (Vázquez de Alvaré, 2017, p. 52).

En cuanto a su registro, este no es necesario, dado que la inscripción registral como requerimiento de forma disipa el carácter secreto de dicha información. Su realización conllevaría a su utilización durante un tiempo determinado, perdiendo de esta manera una de las principales bondades que ofrece la regulación jurídica de dicha institución. La no inscripción genera, a su vez, otra de las ventajas que ofrece su protección y está sobre la base de la no realización del pago de tasas para mantenerlos vigentes.

La identificación de una ventaja específica lleva a la determinación del resto; al no ser objeto de registro y ser protegida dicha información mientras ostente el carácter de secreto, no entraña para el titular la obligación derivada de su explotación. El poseedor, o quien en su lugar designe, es quien decide poner o no a disposición del público determinada información.

La principal desventaja de la protección del conocimiento mediante secreto es que este llegue a divulgarse o que un tercero, de forma legítima, llegue a los mismos resultados y que, cumpliendo con los requisitos establecidos, decida protegerlo por la vía de patente o sencillamente lo haga de conocimiento público, sin que exista un título legal que lo respalde o proteja, ya que el poseedor no cuenta con el *ius prohibendi* frente a terceros (Cruz y Sánchez, 2017, párr. 65).

Esta constituye una de las principales vías para que los empresarios pierdan esa valiosa información que les generaba una ventaja competitiva en el mercado.

Es por ello que, en estos casos, quien venía explotando el conocimiento como secreto no tendrá medios legales para impedir la explotación legítima y verá afectada su propia explotación. Ante la ocurrencia de tal problemática, podrá realizarla limitadamente con base en su derecho de uso preexistente cuando este derecho esté legalmente establecido.

La patente es un arma mucho más potente que el secreto empresarial en la solución de conflictos, pudiendo resultar difícil probar que el tercero está usando el secreto, dado que este último puede no encontrarse claramente delimitado, y ello sin revelar el propio secreto. A los efectos de la competencia, resulta más conveniente

que la protección de los elementos más generales del producto se trate como patente, debido a la posible vulneración de derechos y a la posibilidad de reclamación por parte de su titular. Sin embargo, aquellas informaciones que distinguen un determinado producto o procedimiento del resto en el mercado han de permanecer en secreto bajo la protección de la institución legal en cuestión.

La cuestión de alcanzar el equilibrio entre el secreto empresarial y la patente resulta un elemento difícil en la protección de determinada información. La revelación de más de la información debida en el procedimiento para la concesión de la patente puede provocar la pérdida del carácter secreto; sin embargo, su escasa descripción trae consigo la no aprobación de la patente, dado la insuficiencia de la descripción realizada en la solicitud. Es importante el logro de ese punto intermedio en el que quede protegido el conocimiento secreto y no pierda tal carácter, a la vez que permita el enfrentamiento del titular de la patente ante terceros infractores.

8. El secreto empresarial en el ámbito digital

Internacionalmente se reconoce la importancia cada vez mayor de la propiedad intelectual en las economías del nuevo milenio, de carácter digital y basadas en el conocimiento y, muy particularmente, en la disciplina denominada “gestión del conocimiento”. La necesidad que se observa cada día de lograr un modelo de desarrollo de base científica y tecnológica resulta más inminente para los países en desarrollo y los menos adelantados, mucho más cuando queda evidenciado el crecimiento exponencial de la brecha tecnológica que separa a los países en vías de desarrollo de los desarrollados (Santos Rivera, 2016, párr. 2).

La propiedad industrial tiene una significación y trascendencia multifacética y multidisciplinaria en el acontecer económico nacional. Involucra todo el quehacer tecnológico, de servicios, de promoción, de publicidad y de comercio por el amplio espectro de categorías o modalidades en las que es susceptible la adquisición de estos derechos, así como por los requisitos que determinan su concesión y por la naturaleza y alcance de estos derechos (Santos Rivera, 2016, párr. 161).

El registro digital de las informaciones en el ámbito empresarial juega un rol fundamental en el almacenamiento a los efectos de su posterior análisis e identificación de los logros y dificultades de la unidad de que se trate. El archivo de estos conocimientos se realizó en un primer momento sobre medios físicos y, con el desarrollo tecnológico, pasó a ser objeto de los más avanzados medios informáticos, los cuales, pese a su rápido procesamiento de la información, poseen un mayor riesgo de vulneración del contenido recogido en ellos.

Con el internet su empresa puede llegar a nuevos y más amplios mercados en su propio país y en el mundo, cubriendo distancias que sin el Internet tendría que invertir mucho más tiempo y dinero, agilización de las relaciones comerciales con sus clientes en cualquier lugar, disminuyendo los costos en comunicación, promoción permanente de sus productos, servicios e imagen corporativa, 24 horas, 7 días a la semana, 365 días al año. (Patzí Villagrán, 2009, párr. 18)

El paulatino desarrollo de internet podría generar problemáticas respecto al óptimo amparo del secreto empresarial, debido a la gran variedad de prácticas desleales que han salido a la luz en este escenario. Esta red informática progresa a un ritmo acelerado y, con ella, avanza el uso que la sociedad le da, por lo que, en el caso de los secretos empresariales y su presencia en las nuevas tecnologías, las personas involucradas deben mantenerse alertas para poner en práctica sistemas de protección y seguridad que garanticen el correcto desenvolvimiento de la información secreta.

En un principio, el almacenamiento de la información fue dado por sus copias físicas. Normalmente, las compañías reservaban grandes espacios físicos para almacenar toda la información que consideraban importante y debía mantenerse en reserva por un cierto tiempo. Con el advenimiento de las nuevas tecnologías y el computador personal, esta situación no se modificó drásticamente, debido a que solo se permitió la digitalización de esa información (Payan Rodríguez, 2013, párr. 9).

Fue tan solo con el surgimiento de la red mundial de información –internet– que la filtración de la información sometida a reserva co-

menzó a volverse un real y potencial problema. Las compañías comenzaron a digitalizar toda su información, creando bases de datos digitales y codificados, lo cual a todas luces permitió y posibilitó que las personas o empleados que tuvieran acceso a ellas pudiesen filtrarlas a través de diferentes medios de comunicación. Por ello, las compañías comenzaron a preocuparse por la protección de dicha información (Payan Rodríguez, 2013, párr. 9).

Las empresas, en su mayoría, son portadoras de informaciones, conocimientos, fórmulas y procedimientos que hacen que sus productos y servicios sean únicos en el mercado. La protección del secreto empresarial constituye un elemento fundamental dentro de la empresa, por lo que se recomienda el no almacenamiento de aquellas informaciones o contenido que lo integran en medios informáticos, por el riesgo que posee dicho medio.

Hoy en día, las empresas gastan la mayor parte de su presupuesto en tecnología basada en sistemas de almacenamiento, en los que se registran el flujo de capital, productos y personas de la compañía, lo que posibilita de una forma más rápida y voluminosa la filtración de la información. Los dispositivos móviles de última tecnología permiten la comunicación instantánea, que es otro de los mecanismos a partir de los cuales se puede filtrar la información (Payan Rodríguez, 2013, párr. 10).

Estudios demoscópicos recientes apuntan a que los empresarios consideran sus secretos empresariales importantes para el crecimiento, la competitividad y el comportamiento de su negocio en materia de innovación. Los sectores de actividad que otorgarían mayor importancia a la protección de sus secretos empresariales son aquellos que realizan una fuerte inversión. Estos mismos sectores considerarían que, a menudo, el régimen jurídico de protección del secreto empresarial es un mecanismo de recuperación de la inversión más efectivo que la patente de invención u otros mecanismos legales de protección (Estrada Cuadras, 2017, p. 36).

En cuanto al almacenamiento de informaciones que resulten de carácter secreto, han de tomarse las medidas de seguridad y protección para evitar que puedan ser obtenidas por medios ilícitos, afectando de esta manera tal carácter. Entre las principales medidas se observan: el establecimiento de contraseñas y protección de correos

electrónicos y activación de antivirus, así como la realización de copias de seguridad protegidas de igual modo.

Cuba, al encontrarse inmersa en el proceso de perfeccionamiento del sistema empresarial de conjunto con la informatización de la sociedad, debe extremar las medidas en aras de proteger los secretos empresariales que son guardados en medios digitales. El proceso de informatización trasluce la necesidad objetiva de la creación de una norma que proteja la institución en sus más amplias dimensiones, con un alcance general dirigido no solo a los medios físicos, sino también a los digitales, que ganan cada vez un mayor espacio en el sector empresarial.

9. Regulación jurídica del secreto empresarial en América Central

La figura del secreto empresarial ha sido legalmente reconocida por la mayoría de los Estados a nivel internacional, dada la importancia que posee la protección de determinadas informaciones en el ámbito empresarial y comercial. América Central no ha sido la excepción, dado que en las legislaciones de la mayoría de los países que la integran se le brinda especial protección.

En Guatemala, la Ley 57 de 2000, en su artículo 147, reconoce la existencia del secreto empresarial como aquella información que tiene un valor comercial por el hecho de que su propietario la mantiene reservada, siempre que no sea una reunión precisa de sus componentes ni de fácil acceso para personas que se encuentran en los círculos en los que normalmente se utiliza ese tipo de información.⁷ Esta definición se asemeja a los aspectos doctrinales analizados anteriormente y, desde su propia conceptualización, señala el valor comercial que ha de estar presente, dando lugar en este sentido a la denominación “secreto comercial”.

Uno de los países que no regula legalmente la protección de los secretos empresariales y comerciales es Belice, donde la incipiente legislación en materia de derecho de autor y derechos conexos no se pronuncia sobre la protección de la información de valor, por lo que

7 Ley número 57 de 2000, Guatemala, artículo 147. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/gt/gt001es.pdf>.

en ese sentido existe una ausencia de regulación en su normativa. Los empresarios quedan en un estado de total desprotección en la medida en que este país no posea normas que repriman los actos deshonestos en el mercado en relación con dicha institución jurídica.

En Honduras, la ley previene un capítulo único para normar lo relativo a los secretos industriales, estableciendo en primer término una definición: “Se considerará como secreto industrial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero” (Font Acuña, 2014, p. 203).

Un elemento que distingue la regulación jurídica de esta institución en Honduras del resto de los países de la región es precisamente la posibilidad de transmisión de la información no divulgada. En su conceptualización solo hace referencia a la utilidad de esta en la realización de una determinada actividad sin narrar el necesario valor y la ventaja que debe representar dicho secreto.

En El Salvador, el Decreto 604 Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 177, considera secreto industrial o comercial toda información que tenga valor comercial de aplicación industrial o comercial, incluyendo la agricultura, la ganadería, la pesca y las industrias de extracción, transformación y construcción, así como toda clase de servicios que guarde una persona con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros, en la realización de actividades económicas y respecto a la cual haya adoptado los medios o sistemas razonables para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a ella.⁸

En Nicaragua, el Decreto 88 de 2001, Reglamento de la Ley de Patentes de Invención, Modelos de Utilidad y Diseños Industriales, en su artículo 55 regula que los secretos empresariales se protegen indefinidamente y deberán reunir los siguientes elementos: ser secretos en el sentido de que no sean como cuerpo o en la configuración o reunión precisa de sus componentes, generalmente conocidos, ni fá-

8 Decreto 604, Ley de Propiedad Intelectual, artículo 177. http://www.transparenciafiscal.gob.sv/downloads/pdf/DC5111_30_Ley_de_Propiedad_Intelectual.pdf.

cilmente accesibles para personas introducidas en los círculos en los que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; tener un valor comercial por ser secretos y haber sido objeto de medidas razonables tomadas por la persona que legítimamente la controla para mantener el secreto.

Costa Rica regula en el Reglamento a la Ley de Información no divulgada elementos de especial interés en cuanto a la protección legal de dicha institución jurídica que fundamentan o dan un mayor tratamiento a las figuras que la legislación sustantiva establece. En el artículo 2 reglamenta el ámbito de protección de la información no divulgada referente a los secretos comerciales e industriales o a los secretos empresariales de carácter comercial.⁹ Tal definición trasluce la necesidad de existencia de un marcado valor para el comercio de la información que ha de permanecer secreta.

En Panamá se encuentra regulado jurídicamente el secreto empresarial en la Ley 35 de Disposiciones sobre la Propiedad Industrial. En el artículo 83 del propio cuerpo legal queda definido como “secreto industrial o comercial” toda información de aplicación industrial o comercial que, con carácter confidencial, guarde una persona natural o jurídica, que le signifique obtener o mantener ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto a la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y su acceso restringido.¹⁰

El estudio y análisis del secreto empresarial como institución jurídica en la región permite conocer que en la mayoría de los países que la integran existe una legislación sustantiva en materia de protección de la propiedad industrial. Belice constituye una excepción, en la medida en que no se encuentra regulada la protección de este, lo que deviene en perjuicio de los empresarios que decidan mantener los conocimientos de valor bajo la tutela jurídica, no encontrando protección a tales efectos.

9 Reglamento a la Ley de Información no Divulgada, 2000. http://www.pgr-web.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41810&nValor3=74709&strTipM=TC.

10 Ley 35 de Disposiciones sobre la Propiedad Industrial (LPI), artículo 83, 2008. http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Panama/D7a.asp.

El desarrollo de la ciencia, la técnica y, con ello, la industria ha sido el escenario propicio para la gestación de normas que protejan las instituciones que integran la propiedad intelectual de manera general y el secreto empresarial de forma particular. La protección de los derechos derivados del intelecto humano hoy juegan un rol fundamental en el desarrollo de la humanidad y requieren cada vez más del amparo de normas que salvaguarden las creaciones de los titulares ante terceros.

La regulación jurídica de los derechos derivados del secreto empresarial en los países anteriormente mencionados divisa la necesaria implementación de una normativa en Cuba que regule de forma especial la institución. Los productos y procedimientos cubanos ganan cada vez un mayor espacio en el mercado debido a las características que poseen, motivo que los convierte en únicos, por lo que resulta necesaria una norma que salvaguarde la información secreta que hace posible dicha peculiaridad y valor en el mercado.

10. Regulación del secreto empresarial en el ordenamiento jurídico cubano

En el ámbito de la propiedad industrial, el ordenamiento jurídico cubano se encuentra ante importantes desafíos en aras de ajustar la legislación interna a las experiencias internacionales más novedosas. En cuanto a materia de secretos empresariales, deberán preverse estrategias de protección y seguridad de la información en todos los niveles de la empresa, ya que la mayoría de las entidades nacionales desconocen la utilidad de esta institución.

Existe una figura cuya naturaleza no se identifica con la de los secretos empresariales, instituida como “informaciones oficiales”. Estas informaciones, en ciertas ocasiones, son consideradas secretos, lo cual implica la protección de un conocimiento cuya revelación no autorizada puede causar perjuicios en la esfera política, militar, científica, económica, técnica, cultural, social o cualquier otra de importancia para el funcionamiento del Estado.

Los secretos empresariales son, en su mayoría, informaciones o conocimientos con un valor económico significativo, por lo que en determinados momentos pueden llegar a tener significación como

información oficial clasificada. Los secretos estatales, vinculados directamente con las informaciones clasificadas, cuentan con una protección específica y encuentran respaldo en la vía penal, por lo que por su connotación no se identifican con el tipo de protección que se le debe conferir a los secretos empresariales.

A partir de la década de 1990, han sido muchos los cambios llevados a cabo en la economía cubana que han propiciado la aparición de nuevos operadores económicos, la creación de espacios de competencia comercial y de determinados actos de competencia desleal. Entre esos cambios cabe mencionar las reformas constitucionales en cuanto al régimen de propiedad y a la descentralización del comercio exterior; la despenalización de la tenencia de divisas por parte de la población; las transformaciones estructurales en la agricultura, así como el espacio concedido a la inversión extranjera con la actividad comercial autorizada por la Ley 118, Ley de la Inversión Extranjera.¹¹

Con respecto a la protección que se les debe brindar, se estipula en los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) que tanto los secretos empresariales como la protección contra la competencia desleal se deben proteger por la misma vía. En Cuba existen deficiencias en cuanto a la protección del secreto empresarial, por lo cual es necesario remitirse a la ley civil o penal con el fin de ofrecer cierto amparo frente a sus posibles divulgaciones.

En cuanto al ámbito del derecho penal, en el Título V Delitos contra la Economía Nacional se halla el Capítulo VII, el cual regula en el artículo 226 el delito de difusión ilegal y de uso no autorizado de inventos,¹² en el que el bien jurídico protegido es la economía nacional y no la propiedad industrial. Se emplea el término “invento”, pero no se dice qué es lo que se entiende por tal o bien si está asociado a las informaciones secretas; cierto es que excluye de la protección a un grupo importante de conocimientos o informaciones que pueden tener valor económico o comercial para la empresa sin ser considerados como tal.

11 Ley 118 De la Inversión Extranjera, 16 de abril de 2014, Gaceta Oficial Extraordinaria, número 20.

12 Ley 62.

Según Valdéz Díaz (2006),

en el caso de la vía civil resultan de aplicación los preceptos del Código referentes a la responsabilidad civil por actos ilícitos, en función del carácter supletorio del Código Civil establecido en la Disposición Final Primera y el Artículo 8 del propio cuerpo legal. (p. 189)

Se pone de manifiesto la existencia de un daño o perjuicio ilícitamente causado al poseedor del secreto empresarial por un tercero, el cual quedará obligado a resarcir al primero mediante la indemnización, siendo esta la única forma de resarcimiento de las que regula que resultará aplicable en dicho caso.

El hecho de provocarle a una determinada persona un daño genera *per se* la obligación de resarcirlo en correspondencia con las diferentes reglas que la ley prevé para hacer efectiva dicha indemnización ante el daño ocasionado por un tercero. Gracias a la definición tan general dada en el artículo 81,¹³ puede aplicarse a la figura en cuestión, puesto que al existir una infracción al deber de confidencialidad sobre determinados conocimientos, informaciones o experiencias secretas se le ocasiona a su poseedor legítimo o titular un grave perjuicio.

El secreto empresarial, por sus características y necesidad de protección, constituye una institución jurídica que no solo queda regulada en el ámbito civil y penal, sino que encuentra su tutela legal en otras ramas del derecho, como lo es derecho laboral. Su regulación en este ámbito se considera un elemento de vital importancia en la medida en que permite mantener oculta dicha información, evitando que las personas que la manejan o de algún modo tienen contacto directo con ella no puedan hacerla de uso público, ni ponerla a disposición de un tercero no vinculado a la actividad en torno al secreto ni apto para conocer su existencia.

Los contratos de confidencialidad deben ser aplicados para salvaguardar los intereses actuales y perspectivas de las entidades. Medidas adecuadas y oportunas deben ser introducidas para garantizar

13 Ley 59.

que las actividades que conlleven la divulgación y promoción comercial, la exhibición en ferias, exposiciones y eventos, contactos e intercambios personales, comunicaciones orales, transferencia de documentos y visitas o el traslado de trabajadores provoquen la pérdida del carácter secreto de la información no divulgada (Santos Rivera, 2016, p. 30).

Lo analizado hasta el momento indica que son muy diversos los caminos que hay para proteger los secretos empresariales, sin embargo, no puede existir conformidad respecto al hecho de no contar con un cuerpo legal debidamente estructurado que regule lo concerniente a esta cuestión. Por la importancia del tema, es necesario establecer mecanismos que garanticen la plena protección de los secretos empresariales valiosos. En referencia a lo antes expuesto, se considera que es necesaria la existencia de una norma sustantiva en materia de secreto empresarial como parte de la propiedad industrial mediante normas de remisión a la legislación civil, penal y laboral.

11. Propuesta de *lege ferenda* sobre el secreto empresarial en el ordenamiento jurídico cubano

El desarrollo socioeconómico acrecentado en las últimas décadas en Cuba y el surgimiento de nuevas formas de propiedad, así como el perfeccionamiento alcanzado por el sector empresarial, han puesto de relieve la ineludible protección de la Propiedad Industrial. La necesidad de sustitución de importaciones en el país ha incidido favorablemente en la elevación del papel de la investigación científica como elemento trascendental en las ramas del desarrollo sobre la base del perfeccionamiento empresarial.

El proceso de actualización del modelo económico en el país tiene como uno de sus ejes transversales el desarrollo de la empresa en la producción de bienes y servicios, en los que esta constituye la mayor fuente generadora de creaciones industriales. Estas creaciones pueden ser protegidas por las diferentes modalidades de la propiedad industrial, entre ellas, invenciones por medio de patentes así como secreto empresarial.

Como resultado de la implementación de nuevas políticas puestas en práctica por el Gobierno, es promulgado el Decreto Ley 336

De las disposiciones contractuales de Propiedad Industrial en los negocios jurídicos.¹⁴ Este cuerpo legal *per se* trasluce el logro de un desarrollo industrial sostenible, el cual requiere de capacidades tecnológicas propias, como también la adquisición de tecnología en el proceso de inversión nacional y extranjera, mediante la concertación de contratos que incluyan disposiciones sobre propiedad industrial que aseguren el pleno acceso a la tecnología así como el desarrollo comercial que se atempere a la realidad existente.

Este decreto ley ofrece un nuevo enfoque del secreto empresarial al definirlo en su artículo 3¹⁵ como “información no divulgada”, término que, a consideración del autor, abarca mucho más que esa determinada información o fórmula de carácter secreto, dejando abierto el diapasón a la interpretación del operador del derecho. La idea que se persigue se sienta sobre la base de la unificación de los diferentes tipos que integran el secreto empresarial. En este no se logra definir claramente la integración tanto del secreto industrial como del comercial en una sola figura.

Cuando se hace referencia a esa información que no se ha divulgado, podría confundirse con el período de vigencia de cualquiera de las formas en las que se manifiestan las creaciones industriales. Durante esa etapa, las invenciones no se encuentran a disposición del público, por ende, están secretas o no divulgadas, llegando a la conclusión de que la nueva denominación da lugar a posibles confusiones a la hora de definir correctamente dicha institución legal.

El concepto de “secreto comercial” sigue la estela que respecto a la definición de “información no divulgada” hace el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados

14 Decreto Ley 336.

15 Información no divulgada: información que, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocida ni fácilmente accesible al público y es objeto de medidas razonables para mantenerla en esas condiciones, lo que hace que tenga un valor comercial. Esta comprende el conjunto de conocimientos, saberes, instrucciones, planos, esquemas, especificaciones, entre otros, que han sido creados, desarrollados o se poseen legítimamente por la persona natural o jurídica que los controla y que se conservan en régimen de confidencialidad, Decreto Ley 336, artículo 3 inciso a).

con el Comercio, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994. Según este texto internacional, los Estados firmantes deberán proteger toda información no divulgada de las empresas y organismos, entendiendo por esta aquella que es secreta, en el sentido de que no sea conocida ni de fácil acceso por quienes se mueven en los círculos en los que normalmente se utiliza la información no divulgada (Molins Fernández, 2017, párr. 8).

Aparece una nueva figura accesoria a la anteriormente mencionada, la cual queda definida en el propio cuerpo legal como información no divulgada complementaria,¹⁶ quedando separada de manera especial de la anterior institución, la cual se ciñe a normar de manera expresa los requisitos que ha de tener el secreto empresarial en sí. Por su parte, la existencia de esta resulta necesaria para el desarrollo y explotación productiva y comercial del producto o procedimiento objeto de protección.

El Decreto 343 del Consejo de Ministros¹⁷ hace referencia a la Organización Mundial del Comercio, de la cual Cuba es parte y, por ende, adhiere al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio. A partir de la ratificación por parte del Estado cubano del acuerdo antes mencionado, incorpora disposiciones que permiten asegurar una protección eficaz contra las prácticas desleales en la industria y el comercio en materia de propiedad industrial.

Otro de los elementos referidos a la protección de las informaciones y conocimientos de carácter oculto está dado por su denominación de información no divulgada tal y como lo define el propio cuerpo legal. Esta información debe encontrarse legítimamente bajo el control de personas naturales y jurídicas y determinados los datos de prueba depositados en las autoridades reguladoras que aprueban la comercialización de productos, fundamentalmente en las esferas referidas en dicho texto, entre ellas, la farmacéutica o de químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas.

El propio decreto resulta lo suficientemente claro al definir como uno de los principios fundamentales del sistema de propiedad in-

16 Inciso a) del Decreto Ley 336, artículo 3.

17 Decreto 343.

dustrial asegurar la protección, gestión y comercialización de los derechos de propiedad industrial y de la información no divulgada.¹⁸ De la regulación jurídica de la información divulgada como principio elemental de la propiedad intelectual se abre una brecha hacia la necesidad de regulación de la institución jurídica en una norma independiente, en la que se reglamenten los aspectos generales en torno a su tutela legal.

En lo referente a los actos deshonestos que puedan generarse en la obtención de información no divulgada, aparece una nueva norma que regula de manera especial lo concerniente al tema. El Decreto Ley 337 De la Protección contra las prácticas desleales en materia de Propiedad Industrial¹⁹ aborda desde una nueva óptica la regulación de la competencia desleal en el ordenamiento jurídico cubano. La norma en cuestión resulta garante de los derechos exigidos por aquellos individuos que les son vulnerados ilícitamente sus derechos derivados de creaciones del intelecto.

La inclusión de la denominación de información no divulgada como sujeto pasivo en los distintos actos o conductas desleales que pueden tener lugar en el mercado constituye un paso de avance en cuanto a la protección jurídica de la figura. Si bien la protección de la competencia desleal como institución jurídica se halla estrechamente vinculada a la información no divulgada, requiere de una normativa que la regule en todas sus dimensiones y no como parte de la primera.

El artículo 3.1²⁰ del propio cuerpo legal se refiere a las condiciones que han de estar presentes en determinada información para que sea considerada información no divulgada. En primer lugar, es aquella en la que como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión.

La segunda cuestión a tener en cuenta es la referida a la existencia de un valor comercial por no haber sido accesible al público por

18 Decreto 343, artículo 2.

19 Decreto Ley 337.

20 Decreto Ley 337, artículo 3.1.

cualquier medio, siendo objeto de medidas razonables tomadas por la persona que legítimamente la controla. Este elemento hace referencia de manera tácita al necesario control sobre dicha información referida a las cláusulas de confidencialidad u otras medidas en torno a su protección.

El último de los elementos o requerimientos a los que se refiere la propia norma es que exista constancia de estos conocimientos e informaciones en documentos, medios electrónicos, magnéticos y otros. Al establecer el precepto planteado anteriormente, resulta esencial la toma de medidas extremas en aras de mantener el carácter oculto de la información.

Un aspecto novedoso que se incorpora en el texto de la propia norma está relacionado con la revelación o uso no autorizado de la información no divulgada. En lo referente a la ocurrencia de tales situaciones de hecho, queda sujeto a la reclamación por parte de las personas debidamente legitimadas en defensa de sus derechos.

En el artículo 4 se define como “práctica desleal” en materia de propiedad industrial la divulgación a terceros o la adquisición o utilización por terceros de información no divulgada sin el consentimiento de las personas naturales y jurídicas que la tienen legítimamente bajo su control, siempre que sea de manera contraria a los usos comerciales honestos.²¹ La inclusión de la figura como acto deshonesto constituye un elemento fundamental en la protección legal de esta ante vulneraciones o afectaciones por parte de terceros.

En la realidad cubana actual predomina la orfandad normativa del secreto empresarial en cuanto a la Propiedad Intelectual, lo que entorpece el funcionamiento y la calidad de las leyes nacionales en esta materia. Frente a la posible ocurrencia de infracciones relacionadas con la exposición de los secretos empresariales, los tribunales competentes sancionan leyes adjetivas en dependencia del delito cometido, con la repercusión que trae consigo en las distintas áreas del derecho ante la insuficiente reglamentación legislativa que vive el país y frente a la inexistencia de respuestas legales específicas y eficaces.

El análisis de las regulaciones para la implementación del sistema

21 Decreto Ley 337, artículo 4.

interno de la propiedad industrial en relación con los secretos empresariales asevera que existen imprecisiones en la tutela legal que se le ofrece a esta. Se puede señalar el empleo de más de una terminología, cuestión que conlleva la presencia de dilemas y propicia dudas lamentables. La inclusión de artículos que contengan aspectos específicos del secreto empresarial en el ordenamiento jurídico cubano, en el que se regulen de manera clara y precisa en qué consiste, cuáles son los objetos de protección, los requisitos para su constitución y los tipos de secretos empresariales, así como los derechos que ostentan el o los titulares del secreto empresarial, permitiendo la comprensión de aspectos distintivos ausentes en el ordenamiento jurídico cubano, es una exigencia que traerá consigo cambios sustanciales en el mercado.

Por la ineludible inclusión de la normativa en materia de derechos de propiedad industrial referente al secreto empresarial, y a raíz de la deficiente protección existente en la legislación nacional, se propone la redacción de la siguiente normativa.

CAPÍTULO---: Del secreto empresarial.

Disposiciones Generales

ARTÍCULO---: el secreto empresarial es aquel conjunto de conocimientos e informaciones no accesibles al público en general y que resulta fundamental para la obtención de un resultado ventajoso, por lo cual constituye una de las formas primordiales que tienen las empresas para proteger dichos conocimientos. Esta información posee un marcado valor económico, lo que hace que sea de gran importancia su protección.

ARTÍCULO---: deberán ser objeto de protección por parte del secreto empresarial las invenciones, los modelos industriales y dibujos, con especial mención de los artículos de moda, singularmente los vestidos, las prácticas manuales, las innovaciones que sirven para obtener el máximo rendimiento de procesos y objetos industriales, sean o no patentables, así como los secretos comerciales relativos al sector puramente comercial de la empresa, como las listas de clientes, listas de proveedores y cálculos de precios.

ARTÍCULO---: los requisitos que deberán estar presentes para la conformación del secreto empresarial serán:

- a) Ser secretos en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, totalmente desconocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en los que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión.
- b) Poseer carácter secreto.
- c) Ser comercialmente valioso.
- d) Ostentar medidas para mantener la condición de secreta de la información.

ARTÍCULO---: los secretos empresariales, al constituir aspectos reservados del empresario, engloban dos especies: el secreto industrial y el secreto comercial.

ARTÍCULO---: el titular del secreto empresarial puede prohibir los actos ilícitos de obtención y de utilización o revelación del secreto.

a) La obtención ilícita tendrá lugar cuando se haga sin consentimiento del titular mediante el acceso, apropiación o copia no autorizadas de documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos u otros soportes que contengan el secreto empresarial o a partir de los cuales este se pueda deducir o por cualquier otra actuación que, en las circunstancias del caso, se considere contraria a las prácticas comerciales leales.

b) A su vez, la utilización o revelación ilícita del secreto tendrá lugar cuando se haga sin el consentimiento del titular y la lleve a cabo quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial.

El hecho de mantener una determinada información bajo la tutela del secreto empresarial genera para los empresarios un gran número de ventajas, como también desventajas. La incursión empresarial en el ámbito digital ha dado lugar a una mayor vulnerabilidad de apropiación de las informaciones no conocidas, lo cual requiere de soluciones técnicas que posibiliten su máxima protección. Es preciso conformar un adecuado marco teórico de la figura de los secretos empresariales y generar esfuerzos encaminados a establecer su correcta protección.

12. Conclusiones

El secreto empresarial es aquel conjunto de conocimientos e informaciones no accesibles al público en general y que resulta fundamental para la obtención de un resultado ventajoso, por lo cual constituye una de las formas primordiales que tienen las empresas para proteger dichos conocimientos. Esa información posee un marcado valor económico, lo que hace que sea de gran importancia su protección.

El hecho de mantener una determinada información bajo la tutela del secreto empresarial genera para los empresarios un gran número de ventajas y desventajas. La incursión empresarial en el ámbito digital ha dado lugar a una mayor vulnerabilidad de apropiación de las informaciones no conocidas, lo cual requiere de soluciones técnicas que posibiliten su máxima protección. Es preciso conformar un adecuado marco teórico de la figura de los secretos empresariales y generar esfuerzos encaminados a establecer su correcta protección.

En Cuba, la protección legal del secreto empresarial es insuficiente, quedando desprotegidos los derechos de los empresarios poseedores de informaciones secretas. Esto genera problemáticas y desmotivación entre ellos, ya que aún no existe una legislación que regule de forma amplia el contenido referente al tema.

Resulta necesaria la inclusión de los principales presupuestos teórico-doctrinales del secreto empresarial en el ordenamiento jurídico cubano, como su concepto, objetos de protección, requisitos, clasificaciones y derechos de sus titulares, lo cual propiciaría su adecuado tratamiento jurídico y sería un gran avance en la protección legal del sector empresarial.

Bibliografía

- Aguilar Villán, A. (2008). *Los Secretos Empresariales en la Propiedad Industrial. Valoración en el contexto cubano* (Tesis presentada en opción del grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas). Universidad de La Habana, Ciudad de la Habana.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (1984). *Régimen jurídico de los conocimientos técnicos. Know How y secretos comerciales e industriales*. Editorial Heliasta.
- CEVIPYME. (2016). *Qué es, cómo usar y para qué sirve el secreto industrial*. ht-

- tps://cevipyme-wordpress-com.cdn.ampproject.org/v/s/cevipyme.wordpress.com/2016/06/14/que-es-como-usar-y-para-que-sirve-el-secreto-industrial/amp/?amp_js_v=a6&_gsa=1&usqp=mq331AQKKAFArABIIA-CAw%3D%3D#aoH=16393382588970&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&_tf=De%20%251%24s&share=https%3A%2F%2Fcevipyme.wordpress.com%2F2016%2F06%2F14%2Fque-es-como-usar-y-para-que-sirve-el-secreto-industrial%2Famp%2F%23aoH%3D16393382588970%26referrer%3Dhttps%253A%252F%252Fwww.google.com%26amp_tf%3DDe%2520%25251%2524s.
- CMS (2020). *Guía de Secretos Empresariales o Industriales*. CMS Law. <https://cms.law/es/per/sobre-cms/about-us>.
- Cruz Labrada, O. y Sánchez Merino F. (2017). *El Secreto Comercial en Cuba, un breve acercamiento*. <https://www.monografias.com/trabajos96/secreto-comercial-cuba-breve-acercamiento/secreto-comercial-cuba-breve-acercamiento.shtml>.
- Díaz Pérez, G. (2015). *La protección jurídica del know how y el secreto industrial en el Derecho Español* (Tesis presentada en opción a la Titulación de Máster en Propiedad Intelectual y Derecho de las nuevas tecnologías). Universidad Internacional de la Rioja, Bogotá. <https://reunir.unir.net/handle/123456789/4469>.
- Erdozain López, J. (2016). *Comentario a la nueva Directiva (UE) 2017/943, sobre Secretos Comerciales*. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11313-comentario-a-la-nueva-directiva-ue-2016-943-sobre-secretos-comerciales/>.
- Estrada Cuadras, A. (2017). *El secreto empresarial. Una perspectiva juridico-penal*. Editorial Bosch.
- Font Acuña, T. (2015). *Requisitos que determinan la protección jurídica del secreto empresarial*. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc37/art08.pdf>.
- Martínez Salcedo, J. (2016). *Qué es un secreto empresarial*. <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/el-secreto-empresarial-2386466>.
- Massaguer Fuentes, J. (1989). *El contrato de licencia de know-how*. Editorial Bosch.
- Metke Méndez, R. (2001). *Lecciones de Propiedad Industrial* (Tomo I). Editorial Diké.
- Molins Fernández, F. (2017). *La protección del Secreto Comercial*. Lleytons. *International Private Law*. https://www.lleytons.com/wp-content/uploads/2017/07/La-proteccion%CC%81n-del-secreto-comercial_FM.pdf.
- Moreno Cruz, M. y Horta Herrera, E. (2007). *Selección de lecturas de Propiedad Industrial*. Editorial Félix Varela.
- Morón Lerma, E. (2012). *La tutela penal del secreto de empresarial, desde una teoría general del bien jurídico*. <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/5066/eml4de5.pdf?sequence=4>.
- Patzi Villagrán, E. (2009). *Hablemos de Internet, su alcance y su desarrollo*. <http://edgarpatzi.blogspot.com/2009/02/hablemos-de-internet-su-alcance-y-su.html?m=1>.

- Payan Rodríguez, C. (2013). *Secreto empresarial, vigencia como mecanismo de protección en la Propiedad Intelectual*. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3006/3656>.
- Peñaranda Martes, A. (2017). El secreto industrial como mecanismo de protección de la Propiedad Intelectual. *Asuntos Legales*. <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/el-secreto-industrial-como-mecanismo-de-proteccion-de-la-Propiedad-Intelectual-2006914>.
- Pomares Carrales, M. (2017). *El secreto empresarial: concepto, tipos y protección*. <https://www.euroresidentes.com/empresa/derecho-mercantil/el-secreto-empresarial-concepto-tipos-y-proteccion>.
- Rodríguez García, G. (2016). *Dueño de tus silencios, esclavo de tus palabras: Reflexiones sobre la protección legal de los secretos comerciales*. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/13773/14397>.
- Ruiz Fernández, M. (2015). *La protección jurídica del secreto empresarial como elemento constitutivo de la libre competencia en el Ecuador*. <https://rraaecedia.edu.ec/Author/Home?author=Ruiz+Fern%C3%A1ndez%2C+Mario>.
- Sánchez Merino, F. (2017). *El Secreto Comercial en Cuba, un breve acercamiento*. <https://www.monografias.com/trabajos96/secreto-comercial-cuba-breve-acercamiento/secreto-comercial-cuba-breve-acercamiento.shtml>.
- Sanín Restrepo, J. (2013). El secreto empresarial: Concepto teórico y fallas a la hora de alegar su violación ante la superintendencia de industria y comercio. *Revista de Derecho Privado*, 49, 1-34.
- Santos Rivera, A. (2000). *La Propiedad Industrial como mecanismo de contrainteligencia empresarial*. Taller Internacional de Inteligencia empresarial y Gestión del Conocimiento en la Empresa (IntEmpres '2000). Instituto de Información Científica y Tecnológica (IDICT), Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, República de Cuba.
- Sistemius. (2020). *La protección jurídica del secreto empresarial*. <https://www.sistemius.com/la-proteccion-juridica-del-secreto-empresarial/>.
- Suñol Busqué, A. (2016). *Los secretos empresariales: Concepto y fundamento de su protección*. <https://almacenederecho.org/los-secretos-empresariales-concepto-y-fundamento-de-su-proteccion-i/>.
- Tobón Franco, N. (2009). *Secretos industriales, empresariales y know how*. Editorial Diké.
- Valdéz Díaz, C. (2006). *El objeto de la relación jurídica civil*. Editorial Félix Varela.
- Vázquez de Alvaré D. (2017). *La competencia desleal en el mercado cubano*. Editorial UNI IURIS.

Legislación citada

- Decreto 343 del Consejo de Ministros, 10 de agosto de 2018, Gaceta Oficial Extraordinaria, número 40
- Decreto 604, Ley de Propiedad Intelectual, artículo 177. http://www.transparenciafiscal.gob.sv/downloads/pdf/DC5111_30_Ley_de_Propiedad_Intelectual.pdf.

- Decreto Ley 199 Sobre la Seguridad y Protección de la Información Oficial, 2 de diciembre de 1999, Gaceta Oficial Ordinaria, número 78.
- Decreto Ley 290 De las Invencciones Dibujos y Modelos Industriales, 1 de febrero de 2012, Gaceta Oficial Ordinaria, número 2.
- Decreto Ley 336 De las disposiciones contractuales de Propiedad Industrial en los Negocios Jurídicos, 10 de agosto de 2018, Gaceta Oficial Extraordinaria, número 40.
- Decreto Ley 337 De la Protección contra las prácticas desleales en materia de Propiedad Industrial, 10 de agosto de 2018, Gaceta Oficial Extraordinaria, número 40.
- Ley 35 de Disposiciones sobre la Propiedad Industrial (LPI), artículo 83, 2008. http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Panamá/L35b.asp#titIVt.
- Ley 57/2000.
- Ley 59, Código Civil de la República de Cuba, 17 de julio de 1987, Divulgación MINJUS, La Habana, 1988, artículo 81.
- Ley 62, Código Penal, 30 de diciembre de 1987, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Especial, número 3, La Habana, 1987, artículo 226.
- Ley 116 /2014.
- Ley 118 De la Inversión Extranjera, 16 de abril de 2014, Gaceta Oficial Extraordinaria, número 20.
- Reglamento de la Ley de Información no Divulgada/2000, <https://www.tra.go.cr/NormativaRegistral/Reglamento%20a%20la%20Ley%20de%20informaci%C3%B3n%20no%20divulgada.pdf>.
- Resolución 21 del Sistema Nacional de Propiedad Industrial, 7 de enero de 2003, Gaceta Oficial Ordinaria, número 10.

Simetrías y asimetrías entre el procedimiento del sistema de oposición de marcas de Argentina y México

* * * *

Elías Efrain San Miguel Medina

Universidad Nacional Autónoma de México

napoli.marado63@gmail.com

Recibido: 29 de octubre de 2021

Aceptado: 16 de diciembre de 2021

Resumen

El objetivo del presente trabajo es realizar un análisis comparativo que dimensione la importancia de la implementación del Sistema de Oposición de Marcas que proporciona la legislación de la República Argentina (Ley 22362 de Marcas y Designaciones) y su análoga de los Estados Unidos Mexicanos (Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial). Para llegar a las conclusiones se realizará un análisis comparativo de los sistemas de oposición que se implementan en Argentina y México. En este último, hay un sistema gris, mórbido, principalmente porque la autoridad en ningún momento plasma una manifestación respecto a la solicitud y a la contestación de la oposición debido a que no cumple el objetivo planteado en el decreto de la reforma implementada en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, pues el oponente no puede tener respuesta a su oposición sino una vez que concluya el trámite de registro, por ende, lo coloca en un estado de incertidumbre jurídica, pues al ser la oposición parte del procedimiento administrativo de registro de marca, la autoridad debería dar una respuesta o comentarios después de la solicitud de la oposición y no solo cuando llegue al examen de fondo, lo que sí realiza son intervenciones de forma en el sentido de que si el usuario que promueve la solicitud de oposición se encuentra autorizado en el expediente para gestionar dicha petición, pero como tal no realiza algún comentario en relación a que si la oposición es admitida o no, en el mismo supuesto se encuentra el usuario solicitante si en el momento oportuno realiza la contestación a la

oposición, la autoridad tampoco expresa alguna respuesta o declaración de fondo. En Argentina es un proceso más complejo, en el que en cada una de sus etapas se emiten comentarios.

Palabras clave: marcas, oposición.

Symmetries and Asymmetries Between the Procedure of the Trademark Opposition System of Argentina and Mexico

Abstract

The objective of this work is to carry out a comparative analysis that measures the importance of the implementation of the Trademark Opposition System provided by the legislation of the Republic of Argentina (Law 22362 on Trademarks and Designations) and its analogue in the United Mexican States (Federal Law for the Protection of Industrial Property). To reach the conclusions, a comparative analysis of the opposition systems implemented in Argentina and Mexico will be carried out. In Mexico there is a gray system, morbid mainly because the authority at no time expresses a manifestation regarding the request and the opposition's response, as a result of not fulfilling the objective set out in the decree of the reform implemented in the Federal Law of Protection of Industrial Property, since the opponent cannot have an answer to his opposition but once the registration process is concluded, therefore, it places him in a state of legal uncertainty, since the opposition is part of the administrative procedure for registration of trademark, the authority should give a response or comments after the opposition request, not only when it reaches the substantive examination, which if it performs are formal interventions in the sense that if the user who promotes the opposition request is authorized in the file to manage said request, but as such does not make any comment in relation to whether the opposition is admitted year or not, in the same case the requesting user is found if at the appropriate moment the requesting party responds to the opposition, the authority does not express any response or substantive statement, while in Argentina it is a more complex process, where in each one of its stages will issue comments.

Key words: trademarks, opposition.

Simetrias e assimetrias entre o procedimento do sistema de oposição de marcas da Argentina e do México.

Resumo

O objetivo deste trabalho é realizar uma análise comparativa que mede a importância da implementação do Sistema de Oposição de Marcas previsto na legislação

da República da Argentina (Lei 22.362 sobre Marcas e Designações) e seu análogo nos Estados Unidos Mexicanos (Lei Federal de Proteção à Propriedade Industrial). Para chegar às conclusões, será realizada uma análise comparativa dos sistemas de oposição implantados na Argentina e no México. No México existe um sistema cinzento, mórbido principalmente porque a autoridade em nenhum momento se manifesta a respeito do pedido e da resposta da oposição, em decorrência do não cumprimento do objetivo previsto no decreto de reforma implementado na Lei Federal de Proteção da Propriedade Industrial, uma vez que o oponente não pode ter resposta à sua oposição, mas uma vez concluído o processo de registro, coloca-o, portanto, em estado de insegurança jurídica, uma vez que a oposição faz parte do procedimento administrativo de registro de marca, a autoridade deve dar resposta ou comentários após o pedido de oposição, não apenas quando chega ao exame substantivo, que se realizar são intervenções formais no sentido de que se o utilizador que promove o pedido de oposição está autorizado no processo a gerir o referido pedido, mas, como tal, não faz qualquer comentário em relação ao fato de a oposição ser admitida ano ou não, no mesmo caso o usuário solicitante é encontrado se no momento apropriado o solicitante responde à oposição, a autoridade não expressa qualquer resposta ou declaração substantiva, enquanto na Argentina é um processo mais complexo, onde em cada uma de suas etapas emitirá comentários.

Palavras-chave: marca registrada, oposição.

Una marca es el conjunto de expectativas, recuerdos, historias y relaciones que, en conjunto, representan la decisión de un consumidor a elegir un producto o servicio a través de otro.

Seth Godin

1. Nota introductoria

La mayoría de la gente cree que el diseño es algo decorativo. Para mí, nada es más importante en el futuro que el diseño. El diseño es el alma de todo lo creado por el hombre.

Steve Jobs

El objetivo del presente trabajo es realizar un análisis comparativo que dimensione la importancia de la protección de las marcas, así como la utilidad de las diferentes herramientas legales que concede la legislación de la República Argentina (Ley 22362 de Marcas y De-

signaciones) y su análoga en los Estados Unidos Mexicanos (Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial), en particular la implementación del Sistema de Oposición de Marcas para ambos países.

Para comprender la importancia de las marcas en el mercado global y, por ende, su protección, sería fundamental hacer referencia a la alegoría que ejecuta el maestro Otero,¹ en la que cita:

Las marcas son en algún aspecto como las personas físicas, como los ciudadanos. Dependen de su propia fortaleza física, y del entorno en el que habitan.

Es así como un musculoso Rambo tendría más posibilidades relativas de sobrevivir en la jungla, en comparación con un delgado operador de computadora que usa anteojos y tiene alergia a las picaduras de insectos. Pero ese mismo técnico habilidoso se las ingeniaría mejor en un medio urbano, manejando aparatos e instrumentos, mientras Rambo se golpea contra los archivos y los escritorios transportando pilas de biblioratos.

Las marcas son fuertes o débiles en sí mismas, y lo son también en función en función del ámbito en el que les toca vivir (o sobrevivir) defendiéndose del embate de la competencia, o desafiando para provocarlo.

Así los comerciantes o los industriales son fuertes o débiles dueños de una marca deben protegerla y vigilarla en su origen y crianza, defenderla y promoverla en su desarrollo, consolidar su prestigio con la consistente calidad y reputación del producto o servicio al cual la aplican. (Otero Muñoz, 2011, pp. 422-423)

De lo anterior se puede entender la trascendencia que tienen las marcas para las empresas, ya sean emprendedores o gigantes transnacionales. En efecto, es su herramienta fundamental, ya que es su imagen la que representa ante el público consumidor los productos y servicios que ofrecen en el mercado y, por ende, personifica la calidad o inclusive el estatus social que proporcionan dichos productos o servicios para el público consumidor en general. Por lo tanto,

1 Ignacio Otero Muñoz. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

una empresa puede invertir millones de dólares en crear la imagen corporativa que simbolizara su producto o servicios ante los consumidores primarios. En la actualidad, el valor de una empresa no solo se determina por la notoriedad que llegarán a tener ante los consumidores los bienes inmuebles o muebles que estén a su nombre o si se encuentran cotizando en el mercado de valores, sino también el valor que constituye su marca comercial como activo intangible.

Del ranking realizado por WPP y Kantar Millward Brown en 2021,² en el que dan un listado del *top 100 most* de las marcas más valiosas del mundo, de manera enunciativa figuran en el *top 10* las siguientes:

Denominación	Categoría	País de origen	Valor en millones de dólares
Amazon	Comercio minorista	Estados Unidos de América	\$415,855 M
Apple	Tecnología	Estados Unidos de América	\$352,206 M
Microsoft	Tecnología	Estados Unidos de América	\$326,544 M
Google	Tecnología	Estados Unidos de América	\$323,601 M
Visa	Pagos	Estados Unidos de América	\$186,809 M
Alibaba Group	Comercio minorista	República Popular China	\$152,525 M
Tencent	Tecnología	República Popular China	\$150,978 M
Facebook	Tecnología	Estados Unidos de América	\$147,190 M
McDonald's	Comida rápida	Estados Unidos de América	\$129,321 M
MasterCard	Pagos	Estados Unidos de América	\$108,129 M
AT&T	Proveedores de telecomunicaciones	Estados Unidos de América	\$105,833 M

En el listado en referencia es notable que resalta el campo de la tecnología sobre el resto, como también el aumento en la utilización de uso de datos y las tecnologías de *intelligence-lead marketing* como inteligencia artificial (IA) o realidad aumentada (AR), mezcladas con

2 Última revisión: 22 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.kantar.com/campaigns/brandz/global>.

orientación de marketing creativo. Aunado a lo anterior, la calidad en su producto y/o servicio ha permitido que varias marcas construyan un vínculo fuerte entre sus consumidores y brinden una relación más personalizada con experiencias gratificantes.

Por ende, las marcas tienen una principal relevancia no solo para los titulares de tales derechos, sino también para el consumidor primario que satisface sus necesidades básicas o secundarias al adquirir los productos y/o servicios que representan. Es así que, derivado del crecimiento industrial a niveles globales, resulta indispensable adecuar la legislación nacional e internacional para la correcta protección de estos valores intangibles que son las marcas. Es por ello que es fundamental la protección no solo en su proceso de registro (concesión/otorgamiento), sino también en los ordenamientos legales correspondientes para la defensa de dichos derechos inmateriales.³ Tal es el caso de una adecuada implementación del procedimiento de oposición de registro marcario, que no solo facilitaría la protección de las marcas debidamente inscritas ante las autoridades administrativas competen-

3 Enneccerus (1935) señala que los bienes denominados “derechos sobre los bienes inmateriales” son: “Los productos del espíritu humano tienen en nuestra vida económica una significación autónoma, independiente de las cosas, en las cuales cobran su manifestación sensible. Una obra literaria o musical, un invento, una marca o un modelo, en virtud de las ideas o sentimientos a ella incorporados, se nos representan como algo independiente, que encierra un valor en sí mismo, dicho con otras palabras: es un bien adecuado para servir a los intereses humanos. A estos bienes los llamamos Bienes Inmateriales. El derecho moderno ha reconocido derechos a la exclusiva disposición sobre las obras del espíritu, principalmente a su aprovechamiento económico mediante su multiplicación, reproducción, ejecución, etc. Estos derechos se denominan derechos sobre bienes inmateriales, o bien, toda vez que pertenecen por de pronto al autor, derechos de autor. No cabe dudar de su naturaleza de derechos subjetivos privados dentro del margen de las disposiciones de las leyes especiales como lo demuestran entre otros atributos, su transmisibilidad inter vivos y mortis causa y su protección por acción privada. Además, son derechos patrimoniales. Pero tienen de común con otros derechos patrimoniales la circunstancia de no poder ser reducidos en todos los casos a un valor pecuniario. Mas no son derechos reales, pues el producto del espíritu, por ejemplo, la poesía, el invento, la sinfonía, no es una cosa. Constituyen más bien una clase independiente dentro de los derechos patrimoniales” (p. 1373).

tes,⁴ sino que también brindaría un apoyo al sistema jurídico, ya que facilitaría que a las solicitudes de marcas que no son objeto de protección de acuerdo con la legislación aplicable les llegue la información y documentación necesarias para que estas no obtengan la concesión del Estado. Por esa razón, a futuro se evitaría el gasto económico y el desgaste humano que conlleva iniciar procedimientos de defensa, como son: acción declarativa de nulidad, acción declarativa de caducidad, acción declarativa de cancelación, juicio contencioso o inclusive una instancia constitucional, como es el juicio de amparo directo. De esta manera, se puede entender que si contamos con un sistema de oposición eficiente, se cumpliría de manera apropiada con el principio de economía procesal, ya que dicho punto acata el criterio indisoluble al que se refiere con la subsanación eficiente de la duración del debido proceso y el costo de la actividad jurisdiccional que recae en accionar este tipo medidas legales. Es por ello que es de tal importancia implementar de manera correcta un sistema de oposición al registro de marcas, recursos legales que son propios del sistema en México.

2. Proceso de oposición para el registro de marcas ante el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (Argentina)

*Construir una buena marca puede llevar 30 años;
destruirla, apenas 30 días.⁵*

David D'Alessandro⁶

El término *oposición* fue acuñado por la Real Academia Española a partir de su origen en latín *oppositio*:

-
- 4 Instituto Nacional para la Propiedad Industrial, para Argentina, y el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, para México.
 - 5 El valor de una marca puede representar entre el 30% y el 90% del valor de una compañía. Por eso, la construcción exitosa de la marcas es crucial. Y no solo eso, sino también conservarla, es decir, mantener la misma línea de calidad y de innovación por la cual los consumidores la eligen en lugar de a su competidor.
 - 6 Presidente de John Hancock Mutual Life, Insurance, 6 de enero de 1999 (como se citó en Klein, 2002, p. 399).

Del lat. *oppositio*, *-ōnis*.

1. f. Acción y efecto de oponer u oponerse.
2. f. Disposición de algunas cosas, de modo que estén unas enfrente de otras.
3. f. Contrariedad o antagonismo entre dos cosas. La oposición campo-ciudad.
4. f. Conjunto de pruebas selectivas en que los aspirantes a un puesto de trabajo, generalmente en la Administración pública, muestran su competencia, que es juzgada por un tribunal. U. m. en pl. con el mismo significado que en sing. Hizo oposiciones. Ganó las oposiciones.
5. f. Conjunto de grupos o partidos que en un país se oponen a la política del Gobierno o al poder establecido.
6. f. En los cuerpos legislativos, minoría que habitualmente impugna las actuaciones y propuestas del Gobierno.
7. f. Astron. Situación relativa de dos o más cuerpos celestes cuando tienen longitudes que difieren en dos ángulos rectos.
8. f. Ling. Relación distintiva que existe entre dos unidades del mismo nivel pertenecientes al mismo sistema lingüístico.⁷

Es decir que la etimología de la palabra *oposición* debe entenderse como una propuesta o forma de contraargumentar una situación o cosa en particular preexistente. Proponer una razón contra lo que otra persona dice, poner algo contra otra cosa para impedir su efecto, colocar algo frente a otra cosa, contradecir un designio.

Ahora bien, al referirnos directamente al ámbito de aplicación de la propiedad intelectual, el procedimiento en general de oposición le ofrece a cualquier tercero la posibilidad de impugnar el proceso de solicitud de una marca en el plazo que establezca la legislación aplicable. El usuario oponente debe alegar al menos uno de los argumentos motivo de la petición de oposición que estipula la Ley 22362 de Marcas y Designaciones (Argentina) o la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (México). Los procedimientos de oposición se encuentran vinculados directamente con los procesos de concesión de marcas, ya que al momento de que

7 Disponible en: <https://dle.rae.es/oposici%C3%B3n?m=form>.

estos derechos de propiedad intelectual son publicados en el Boletín del INPI,⁸ cualquier tercero puede accionar esta forma de defensa a modo de invocaciones (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2011, p. 4).

La mayoría de los países de la Unión que ratificaron el Convenio de París⁹ incluyen procedimientos de oposición en sus sistemas de concesión de marcas. Estos procesos le ofrecen a cualquier tercero la posibilidad de impugnar el otorgamiento de una marca en el plazo que establezca la ley en materia y durante su procedimiento de estudio o incluso después de su concesión. Por ello, el usuario oponente debe invocar o argumentar al menos uno de los motivos de oposición que estipula la legislación aplicable.

El procedimiento de oposición puede incoarse antes de que se conceda una marca; después de la concesión, se utilizan otros procedimientos administrativos, como el de nulidad o caducidad, o bien se recurre a la vía judicial, en la que se solicita la nulidad del registro marcario. Una de las metas principales del proceso de oposición es proporcionar un mecanismo sencillo, rápido y económico para que los usuarios utilicen el sistema de propiedad intelectual, que la autoridad competente pueda asegurar la eficacia y eficiencia de los procesos administrativos de protección de los derechos de marcas comerciales, al posibilitar la pronta rectificación de marcas que se hayan otorgado por un error humano del examinador de turno.

De forma ordinaria, los procesos de oposición tienen lugar en las oficinas de marcas y no en los tribunales. Esto ayuda directamente a los encargados del despacho de la oficina de marcas (INPI o IMPI)¹⁰ para avisarles o prevenirles antes de que comiencen con el estudio de examinación de dichos trámites cuando una solicitud es ingresa-

8 Disponible en: <https://portaltramites.inpi.gob.ar/Boletines>.

9 El Convenio de París, adoptado en 1883, se aplica a la propiedad industrial en su acepción más amplia, con inclusión de las patentes, marcas, dibujos y modelos industriales, modelos de utilidad, marcas de servicio, nombres comerciales, indicaciones geográficas y la represión de la competencia desleal. Este acuerdo internacional fue el primer paso importante para ayudar a los creadores a proteger sus obras intelectuales en otros países.

10 Disponible en: <https://www.gob.mx/impi/acciones-y-programas/servicios-que-ofrece-el-imp> y <https://www.argentina.gob.ar/inpi>.

da de mala fe o por desconocimiento sobre el funcionamiento del proceso de registro de marcas comerciales, ya que muchos usuarios (sin asesorarse legamente) solicitan las marcas sin previamente haber realizado una búsqueda de antecedentes. En algunos despachos de oficinas de marcas se gestionan dichas peticiones ante un órgano especial encargado de dirimirlos. Con frecuencia, el procedimiento de oposición de una marca se inicia una vez que se ha finalizado prósperamente el examen de forma de dicha solicitud. La oficina competente hace pública la solicitud de la marca y estipula un plazo legal para iniciar un procedimiento de oposición a ese expediente. Es ahí cuando el usuario oponente deberá argumentar o alegar los motivos de su solicitud de oposición y presentar las pruebas correspondientes (aunado el pago de los derechos, tasas o tarifas correspondientes). Si durante el plazo establecido no se inicia un procedimiento administrativo de oposición, se procederá al otorgamiento de la marca, según sea el caso. En el momento en el que se empieza un procedimiento de oposición se notificará de ello al solicitante de la marca objeto de la oposición para comunicarle los motivos de la oposición y las pruebas exhibidas. El usuario solicitante podrá dar contestación a la oposición del oponente de conformidad con lo establecido por la legislación aplicable y formular observaciones en el plazo fijado. De la misma forma, de acuerdo con lo estipulado en la ley en materia, el usuario oponente podrá responder a las observaciones del usuario solicitante (etapa de alegatos). En el proceso argentino, los alegatos se presentan al final del procedimiento o incidente de oposición “ratificada”; cuando las partes presentaron sus escritos, ofrecieron o produjeron las pruebas necesarias, el INPI les sugiere a las partes presentar los alegatos finales antes de emitir su decisión.

Después de las alegaciones presentadas por el usuario oponente y el usuario solicitante, el examinador de la autoridad administrativa u otra persona competente para solventar procedimientos de oposición en el marco de la legislación aplicable decidirán si debe o no concederse la marca.

Los procedimientos de oposición posteriores a la concesión son los que se interpolan cuando la marca ya ha sido concedida. Después de que se publica la concesión, puede comenzar un procedimiento de oposición y, asimismo, adjuntarse pruebas en el plazo

previsto en la ley en materia. Al igual que en el caso de la oposición preliminar a la concesión, se notificará de ello al titular de la marca y se le dará la posibilidad de cumplir los requisitos determinados por la legislación aplicable y de formular observaciones en un determinado plazo.

En lo dispuesto en la legislación en materia, el oponente tendrá la posibilidad de responder a las observaciones del titular. Después de los alegatos presentados por el oponente y el usuario solicitante, el examinador o la persona competente para solventar dichos procedimientos de oposición en el marco de la legislación aplicable decidirá si se mantiene o se revoca la marca de que se trate. Además de los procedimientos de oposición, los sistemas nacionales de marcas pueden ofrecer a las terceras partes la oportunidad de oponerse al registro o concesión de una marca a través de procedimientos administrativos de nulidad o cancelación. Estos procedimientos se gestionarán después de que la marca ha sido concedida. Se pueden realizar en la oficina de marcas, o, en algunos casos, ante un tribunal, y permiten alegar motivos absolutos de denegación y motivos relativos de denegación. En los sistemas que facilitan ambas opciones –tanto procedimientos de oposición como de nulidad o cancelación– pueden hallarse semejanzas en lo que se refiere a los motivos de admisión de oposición y formas de promover las pruebas, pero dichos procedimientos tienen distintos objetivos: el sistema de oposición tiene una finalidad preventiva y los otros resarcan algún error u omisión de la autoridad competente.

En lo que respecta al proceso de oposición al registro de marcas en la Argentina, la mayoría de los estudios jurídicos que son consultados por los usuarios que estiman que les están violentando los derechos de su marca registrada previamente, se les sugiere a sus clientes presentar una acción de cese de uso por oposición en caso de que la solicitud de un tercero sea confundible con una previamente registrada. Esta es una forma extrajudicial para la solución de dicho conflicto y, por ende, se llega a una mediación sin necesidad de accionar el sistema legal correspondiente.

Ahora bien, en caso de que no se llegue a un acuerdo, se puede iniciar una solicitud de oposición al registro de marca que esté en trámite siempre y cuando se encuentre dentro de los treinta días después de

su publicación en el Boletín. Previo a la reforma de la Ley 27444 de Simplificación y Desburocratización para el Desarrollo Productivo de la Nación a la reforma publicada en el Boletín de Marcas del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, de fecha 18 de julio de 2018,¹¹ se entendía que cualquier usuario podía oponerse a una solicitud de marca, de forma *online* o física, pagando el arancel correspondiente y poniendo como argumento dos párrafos: “Técnicamente se estila por ser confundible a las marcas de mi titularidad [...] Resol. N°, Me reservo el derecho de ampliar fundamentos oportunamente [...]”. Pero el fundamento de estas fórmulas se ubica en el artículo 4 de la Ley 22362, que exige interés legítimo. El desafortunado solicitante que recibía la oposición tenía que andar persiguiendo al oponente para negociar el levantamiento de la oposición, ofreciéndole un acuerdo de no competencia. Si no lograba levantar la oposición de buena manera, tenía que iniciar un juicio; en caso de cumplimentarse un plazo extenso, se declaraba el abandono. Luego de la reforma de la ley de mediación, se incorporó la necesidad de iniciar el procedimiento de mediación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) para evitar la declaración de abandono y dejar expedita la vía judicial, por ello, se buscaba que un juez dictaminara que la oposición era infundada y obligara al INPI a concederle la marca al oponente (lo cual insume más de tres años y un segundo pago del arancel que compete en costos para el pobre solicitante). A esto habría que agregarle la cuestión federal que tanto México como Argentina comparten. En el caso de Argentina, al estar regulado el procedimiento marcario por la Ley de Procedimientos Administrativos federal y su decreto reglamentario, se fija competencia en CABA. Este fue siempre un problema para los solicitantes que no residen en esta ciudad. El hecho de tener que ir a litigar a la capital insume problemas temporales y económicos adicionales. Lamentablemente, el panorama no cambió con la reforma, ya que, en última instancia, se debe interponer un recurso directo en la Cámara Federal con sede en CABA ante una resolución del INPI que declare fundada una oposición.

11 INPI, Noticias, Resolución P-183: Resolución de Oposiciones. Disponible en: <http://www.inpi.gob.ar/noticias/resolucion-p-183-resolucion-de-oposiciones>.

De esta situación, con el anterior sistema de oposiciones se beneficiaba a los usuarios con mayor capacidad financiera para afrontar los gastos adicionales del proceso de oposición, en especial si se debía concurrir a mediación previa o recurrir a la vía judicial, lo que obstaculizaba el acceso a una resolución barata y expeditiva a particulares, emprendedores o pymes.

Ahora bien, con la adhesión a la Ley 22362 de Marcas y Designaciones y las modificaciones introducidas por la Ley 27444 de Simplificación y Desburocratización para el Desarrollo Productivo¹² se presentan las siguientes alternativas:

- a. Si la marca del usuario oponente tuviera un alto grado de similitud con la que el usuario solicitante esté requiriendo su registro y protegiera los mismos productos o servicios, sería recomendable intentar llegar a un acuerdo para que el oponente no ratifique la oposición.
- b. Si la marca del usuario oponente no tuviera un alto grado de similitud con la del usuario solicitante o no protegiera los mismos productos o servicios, lo recomendable sería no aceptar ninguna petición del oponente y dejar que avance a la siguiente instancia.

En el caso de oposiciones infundadas, lo más probable es que el oponente no avance a la siguiente instancia o, si lo hiciera, el INPI rechazaría la oposición. En el caso de que el oponente no ofrezca ningún acuerdo ni ratifique la oposición, el INPI la tendrá por no presentada y la considerará un simple llamado de atención, con lo cual, en esta instancia, la carga de instar el procedimiento recaerá en el oponente.

De las adhesiones en referencia ahora se entiende que el usuario que quiera ejercer su derecho a oposición a una solicitud de marca podrá seguir iniciando la oposición de manera *online* o física, pagando el arancel correspondiente y poniendo dos párrafos de argumentos, pero luego, el INPI le correrá traslado y le requerirá que para mantener esa oposición tiene que presentar un escrito fundado

12 Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, Noticias, Comunicación Oficial. Disponible en: <http://www.inpi.gob.ar/noticias/resolucion-p-183-resolucion-de-oposiciones>.

con argumentos y adjuntar pruebas, o para ampliar los fundamentos de oposición, y para ello se debe hacer un segundo pago de arancel, siempre y cuando esté dentro del plazo de quince días. Si no hiciera el pago, se tendrá por abandonada su oposición. Si lo hace, INPI le correrá traslado al solicitante, el cual puede presentar defensa sin necesidad de pagar tasas al INPI. A partir de ello, se dará apertura a una etapa de prueba para que en un plazo de cuarenta días ambas partes aleguen los documentos necesarios para respaldar su dicho. Luego, el INPI tendrá facultad para decidir quién tiene mejores argumentos, si el oponente o el solicitante, y emitirá una resolución en ese sentido, para luego aceptar o denegar la solicitud de marca. Todo, en plazos muy cortos, o sea, ahora se le hace mucho más difícil a los que quieran oponerse sin fundamentos, y mucho más fácil defenderse al que recibe una oposición. Asimismo, la resolución final del INPI puede ser recurrible vía judicial.

De lo anterior podemos entender que con las reformas hechas a la ley que nos compete lograron en lo particular adecuar un sistema de oposición más eficiente y eficaz, cumpliendo con el objetivo principal del decreto de dicha reforma, que es la de dotar de seguridad jurídica a las partes (oponente y solicitante) al momento de que el examinador del INPI efectúe las correspondientes manifestaciones de fondo durante la etapa de la solicitud y contestación de la oposición y no al final del procedimiento de registro de marcas (pasando la etapa de examen de fondo). De todos modos, en la práctica, el panorama no es tan optimista. El INPI no cuenta con los recursos necesarios para adaptarse a las reformas y a las nuevas facultades asignadas mediante la Ley 27444. Mucho tiempo después de la reforma, el INPI empezó lentamente a resolver oposiciones. Estas resoluciones tardan en emitirse, por lo que se generó una suerte de cuello de botella en muchos trámites. Asimismo, la pandemia agravó la situación.

Es así que con la implementación del Sistema de Oposición de Marcas, cualquier tercero puede apoyar al examinador del INPI para que durante el proceso de estudio de una solicitud de marca que se encuentre en trámite se apoye en integrar los elementos necesarios en el supuesto de que esta se considere como ilegal o no registrable de conformidad con la ley en la materia. Asimismo, si la solicitud de oposición no cumple con los requisitos de la ley, puede

ser declarada no procedente por la autoridad facultada, como en el caso *Mobel*.¹³

Antecedente: Verónica Farías solicitó una marca bajo su nombre para proteger productos de la clase 20 internacional. A este registro se opuso Bernardo Nainsztein por entender que existía similitud en grado de confusión de su registro marcario STUDIO MOBEL, ya que el nombre era el mismo del usuario solicitante, pero en su tipo denominativa, y el registro marcario de Nainsztein era en su tipo mixto (denominación y diseño), además donde las mismas marcas comparten productos idénticos para la clase internacional 20. Con esta solicitud de oposición se declaró fundada la oposición por considerar que corrían un alto riesgo de confusión.

Por lo expuesto, la autoridad administrativa, en el pasado 16 de mayo del 2021, resuelve en proceder con la oposición fundada del titular de la marca STUDIO MOBEL, C. Bernardo Nainsztein, declarando no procedente la solicitud de marca MOBEL con número de acta 3420131 a favor de la C. Verónica Farías, por una clara y evidente similitud en grado de confusión entre ambos signos distintivos; el usuario solicitante durante este proceso de oposición estuvo en la posibilidad de iniciar la defensa correspondiente, en relación a dar contestación a la oposición del C. Bernardo Nainsztein directamente ante INPI y no por medio de un recurso en vía judicial pero como la autoridad lo determinó existe una clara semejanza en grado de confusión por lo que infringe los derechos marcarios del titular de la marca STUDIO MOBEL.

Conclusión: en este caso podemos comprobar cómo estaba implementado el Sistema de Oposición antes de las reformas introducidas por la Ley 27444 de Simplificación y Desburocratización

13 Boletín de Marcas N° 5156 – 09 de Junio de 2021 | Notificación en Procedimiento Resolución de Oposiciones (Ar. 9° Resolución I.N.P.I. N° P-183/18) “Caso Mobel”. En la solicitud de marca número de Acta 3420131, para la clase internacional 20, solicitada por FARÍAS VERÓNICA, con oposición de NAINSZTEIN, BERNARDO, número de registro previo 86757, Estado: denegada, en la que la autoridad emitió la resolución de Oposición Número IF-2021-48828120-APN-DNM#INPI.

para el Desarrollo Productivo, ya que el solicitante que recibía una oposición solamente tenía como defensa una vía judicial. Otras de las innovaciones efectuadas por la implementación de las reformas de 2018 es darle al usuario solicitante la posibilidad de defenderse dentro del mismo sistema y no después de su finalización.

De esta manera, para los solicitantes de Argentina que tengan actualmente oposiciones recibidas lo recomendable es adherirse a este nuevo sistema para que, de manera más eficiente, puedan iniciar una defensa idónea para hacer las declaraciones pertinentes y así se dé una contestación conveniente a la oposición recibida por el oponente, en lugar de iniciar el dilatado y tortuoso camino para que el oponente levante la oposición interpuesta. De la misma forma, algo peculiar de mencionar en este caso es que ya habiendo un registro con la marca MOBEL (tipo mixta) y posteriormente la presentación de la marca MOBEL (como denominativa) es quién se hace cargo de las costas generadas, porque resulta evidente que el INPI no va a conceder una marca igual o similar a otra concedida. Entonces, una inquietud que se podría plantear es si debería el solicitante afrontar las costas del incidente de oposición al ser evidente que una solicitud con el mismo nombre no iba a prosperar, más allá de que una marca sea del tipo denominativa y la otra mixta. En el caso de México, han existido casos en los que la autoridad administrativa competente ha concedido registros con diseños (logotipos) y/o nombres muy parecidos o hasta idénticos que ya se habían registrado y con un titular totalmente distinto al del registro previo (sin presentar el consentimiento expreso), es por ello que resulta fundamental la buena praxis de dicho Sistema de Oposición para evitar estos errores humanos.

3. Sistema de oposición en el procedimiento administrativo para el registro de marcas ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial

El Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial implementó de forma oficial en agosto de 2016 el Sistema de Oposición de Marcas, a través del cual se le permite a cualquier tercero ingresar su solicitud de oposición, siempre que considere que la marca que ha sido pu-

blicada en la Gaceta del IMPI¹⁴ no merece ser concedida a su solicitante y que proporcione los fundamentos suficientes para demostrar que dicha solicitud de marca se configura en alguno o algunos de los impedimentos que mencionaba la abolida Ley de la Propiedad Industrial¹⁵ en su articulado 90; la mayoría de esos impedimentos se encuentran en la vigente Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial).¹⁶

Con este sistema, el IMPI le concede a cualquier usuario la oportunidad de manifestar su interés o descontento por el otorgamiento de alguna solicitud de marca que se encuentre en trámite, inclusive si esta se puede encuadrar en algunos de los supuestos de las causales de no registrabilidad. Esta situación se da en paralelo al procedimiento de registro de dicha solicitud, sencillamente retrasando ese proceso algunas semanas, ya que el Instituto, en una de las etapas del sistema de oposición, permite alegatos de ambas partes para que manifiesten lo que su derecho concierten.

El Sistema de Oposición comienza cuando el IMPI publica la solicitud de marca en la Gaceta. El usuario oponente contará con treinta días corridos para presentar su escrito de solicitud de oposición, en el que argumenta y cita su impedimento al registro de dicha solicitud. Junto con lo anterior, deberá adjuntar el comprobante del pago de la tarifa estipulada en el artículo 14b.¹⁷ Este escrito de solicitud será publicado en la Gaceta, notificando al solicitante del registro para que dé una contestación o hacer manifestaciones que a su derecho convenga. Una vez que el IMPI reciba ambos recursos legales, abrirá una etapa de alegatos para que en un plazo de dos días

14 Disponible en: <https://siga.impi.gob.mx/newSIGA/content/common/principal.jsf>.

15 Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/235543/Ley_de_Propiedad_Industrial_01-06_2016.pdf.

16 Nueva ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de julio de 2020. Los artículos 5 fracciones VI, VII, VIII, 393, 394, 396 fracción I, 397, 398 y 400 de esta ley, publicada en el DOF 01/07/2020, entró en vigor el 5 de noviembre de 2021 de conformidad con lo dispuesto en el artículo Décimo Séptimo Transitorio de la propia ley.

17 Por el estudio de la oposición a una solicitud de registro de marca, aviso o nombre comercial, por cada uno, con un valor de \$3,704.09 MXN más IVA.

hábiles ambas partes puedan adjuntar las pruebas correspondientes que respalden sus dichos. Por último, el IMPI continuará con el examen de fondo tomando en cuenta los argumentos de ambas partes, para finalmente emitir una resolución. Esta puede ser a favor del oponente (citar un oficio de similitudes o de impedimento legal al usuario solicitante) o a favor del usuario solicitante (es decir, no tomar en cuenta los argumentos expuestos por el oponente). Pero los examinadores en el IMPI no hacen manifestaciones a los argumentos expuestos por ambas partes, sino al final, es decir, al consumir todo el proceso de examinación de la solicitud de marca objeto del Sistema de Oposición.

Actualmente, con la implementación del Sistema de Oposición al registro de marcas, el IMPI podrá obtener información útil para determinar la viabilidad del registro solicitado, por lo que tendrá más elementos para ejercer su facultad de determinar si una solicitud de registro incurre en algunas de las prohibiciones previstas en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial.

Es así que podemos entender dos grandes aspectos: el principal es hacer más eficiente y eficaz el procedimiento de registro de marcas, brindando mayor seguridad jurídica a los usuarios, o sea, proporcionarle al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial los elementos necesarios para que cumpla sus facultades como autoridad competente en materia de Registro de Marcas; y por último, pero no menos apreciado, posicionar a México en el plano internacional por medio del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial como un país que adecua de manera correcta los estándares marcados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI),¹⁸ es así como se menciona en la siguiente nota:

El sistema de oposición de marcas se ha reforzado con la inclusión de la posibilidad de que las partes (el solicitante y el oponente) presenten pruebas y argumentos que tendrá en cuenta el IMPI

18 La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es un organismo especializado del Sistema de Naciones Unidas, creado en 1967 con la firma de la Convención de Estocolmo. Está dedicada a fomentar el uso y la protección de las obras del intelecto humano.

a la hora de resolver la oposición. La falta de contestación a una oposición no supone automáticamente que se considere que se ha abandonado la solicitud, por lo que el IMPI continuará con su examen habitual. Las oposiciones presentadas seguirán publicándose en el “Gaceta de la Propiedad Industrial”. Sin embargo, en virtud del Sistema de Madrid, a partir de ahora el IMPI emitirá denegaciones provisionales de los registros internacionales que susciten oposiciones. Los plazos y las condiciones para presentar y contestar una oposición no han sido alterados por las modificaciones. El Instituto dictará la resolución que corresponda a las oposiciones recibidas, expresando los fundamentos jurídicos de su resolución. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2018, p. 3)

Por lo tanto, podemos comprender que con el Sistema de Oposición al registro de marcas los oponentes y/o solicitantes no van a sustituir las facultades de los examinadores del IMPI, sino que, por el contrario, se los apoyará proporcionándoles los elementos necesarios para que aporten fundamentos y argumentos al criterio del examinador para que, de esta forma, puedan emitir un razonamiento amplio respecto al estudio de la solicitud de marca correspondiente, lo que quiere decir que siempre estará en manos del examinador, de acuerdo a su pericia, negar y otorgar un registro de marca.

4. Ventajas y desventajas del sistema de oposición de Argentina y México

El Branding no es sólo una estrategia, es también una forma de vida, una idea, la marca es en realidad el liderazgo.

Onyi Anyado¹⁹

Con la implementación del Sistema de Oposición en el Procedimiento Administrativo para el Registro de Marcas en los Estados Unidos Mexicanos, se estiman una serie de ventajas en comparación

19 Disponible en: <https://astuciaempresarial.com/que-es-el-co-branding/>.

con un procedimiento administrativo de nulidad o cancelación de registro de marca. Se ellas se desprenden las siguientes:

1) La solicitud de oposición a una marca en trámite se entiende como un proceso contencioso administrativo, es muy sencillo y expedito, aunque no muy económico (para el usuario oponente, ya que para que se dé a trámite se tiene que pagar la tarifa relacionada con el artículo 14b: “Por el estudio de la oposición a una solicitud de registro de marca, aviso o nombre comercial, por cada uno; con un valor de \$3,704.09 MXN más IVA”,²⁰ pero el usuario solicitante de la marca no tiene que cubrir ninguna tarifa para dar contestación a dicha petición).

2) Cualquier usuario o tercero puede solicitar el inicio del procedimiento de oposición, siempre y cuando lo realice por escrito, dentro del plazo legal de treinta días corridos y que cubra el pago de la tarifa correspondiente; no hay necesidad de que el usuario oponente acredite interés jurídico o legítimo en el asunto, como puede suceder en otros procedimientos administrativos en algunos países donde sí se tiene que acreditar para que sea procedente o no la solicitud.

3) Con la solicitud del sistema de oposición en el procedimiento administrativo para el registro de marcas, dicha petición genera una colaboración con el examinador del IMPI para darle información y pruebas para que, en el caso de una solicitud de marca que se encuentra en trámite, se pueda encuadrar en los supuestos de no registrabilidad de conformidad con el artículo 173 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial; ya que, como sabemos, en el aspecto humano que conforma el criterio y usanza de cada examinador en el IMPI (o de cualquier otro ser humano) puede provocar algunas omisiones o errores en sus análisis, por ello, el sistema de oposición es una herramienta muy útil para poder subsanar dichos errores.

4) La ventaja de la implementación de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial es que promete –en relación con el procedimiento de oposición en el sistema mexicano– y vincula con el procedimiento de nulidad que la marca objeto de la oposición sea concedida. Específicamente, sobre la no posibilidad de levantar un procedimiento administrativo de nulidad con los mismos argu-

20 Impuesto al Valor Agregado.

mentos presentados en la oposición. Con ello, brinda la posibilidad y evita que el IMPI se pronuncie de nuevo sobre un procedimiento examinado con antelación. Por este motivo, resulta de manera positiva en la implementación de recursos humanos, económicos y tiempo de manera efectiva.

5) El plazo de contestación del IMPI para emitir una resolución o dictamen en relación con la petición de un procedimiento de oposición a una solicitud de marca en trámite es de aproximadamente cinco a siete meses, es decir, lo que lleva todo el Examen de Fondo para determinar una contestación. Este plazo podrá considerarse extendido, pero, en comparación con otros países, es una réplica álgida (aunque no muchas veces eficiente). Tal es el caso del expediente de marca número 2483957, en el que la Coordinación Departamental de Examen de Marcas “B” del IMPI admitió la solicitud al estudio de la oposición a dicho expediente de registro de marca en representación de la persona moral MARY KAY INC. como oponente, por lo que la autoridad emitió el oficio de impedimento legal por existir similitud en grado de confusión entre el signo distintivo MK MAGICKUR (y diseño) y la marca registrada MARY KAY®. Es decir que la autoridad administrativa tomó en cuenta los argumentos y pruebas del oponente para emitir dicho oficio, como se observa en la petición del usuario oponente.²¹

En cuando a las desventajas, se pueden encontrar las siguientes:

Las principales inquietudes de los usuarios oponentes son a) ¿por qué se tiene que cubrir una tarifa por la solicitud de una oposición?, y b) ¿por qué la tarifa es superior a la del estudio por la examinación de una solicitud nacional para el registro de una marca, aviso comercial o nombre comercial hasta la conclusión del trámite o, en su caso, la expedición del título?

En el primer aspecto, en el año 2019 el máximo tribunal constitucional del país y cabeza del Poder Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió por medio de su 2ª Sala que la base legislativa que da sustento a la oposición de registro marcario se entiende como un servicio público de la Federa-

21 Disponible en: <http://acervomarcas.impi.gob.mx/marcanet/UCMServlet?info=M3wyMDIxMDQ4MzQwOXwxfDIwMjEwNDgzNDA5>.

ción (ejercido a través del IMPI), y que con su ayuda coopera para lograr la prestación de dicho servicio, por lo tanto, se deben asumir costos de operación administrativa que garanticen su continuidad y mejores condiciones para ofrecerlo. Por este motivo, es necesario el cobro de una tarifa para la realización de la gestión correspondiente de los derechos fundamentales que tutela el sistema de protección de propiedad industrial, por ello, debe ser proporcional, toda vez que, al implementar una tarifa, genera un ahorro en los canales y procesos ante las autoridades administrativas, ya que se considera al sistema de oposición en el procedimiento administrativo para el registro de marcas como un procedimiento cuasi contencioso, es decir, que para accionarlo es necesario cubrir el pago de la tarifa correspondiente, además de generar la petición por escrito y dentro plazo legal estipulado en la ley en materia.

Sirve a lo anterior la siguiente tesis:

Registro Digital: 2021245

Localización: 10a. Época, 2a. Sala, Gaceta del S.J.F., Libro 73, Diciembre de 2019, Tomo I, p. 567, [A], Constitucional.

Número de tesis: 2a. LXXV/2019 (10a.)

PROPIEDAD INDUSTRIAL. EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 120 DE LA LEY RELATIVA, QUE PREVÉ EL PAGO DE LA TARIFA COMO REQUISITO DE ACCESO A LA OPOSICIÓN DE REGISTRO MARCARIO, SE AJUSTA A LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.

La medida legislativa de oposición de registro marcario es un servicio que persigue como finalidades constitucionalmente legítimas la certeza, calidad, eficiencia y celeridad del indicado registro, así como la protección del colectivo de consumidores, previstas en los artículos 14, 16 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Además, es adecuada porque impulsa la participación cívica desde la cooperación responsable y evita que se promuevan oposiciones frívolas, improcedentes o superfluas que no sólo entorpecen la contraprestación del servicio mismo, al congestionar el aparato administrativo, sino que también impactan en el desarrollo económico, al retrasar el registro marcario; o bien, al

grupo de consumidores, al impedirles el acceso a productos en un esquema más ágil. Asimismo, es necesaria porque se incentiva la co-operación responsable ya que para lograr la prestación del servicio se deben asumir costos de operación administrativa que garanticen su continuidad y mejores condiciones para ofrecerlo. Es razonable, en tanto protege en mayor intensidad la relación de los derechos fundamentales conexos que tutela el sistema de protección de propiedad industrial; y es proporcional, toda vez que al imponer una tarifa, protege otros derechos fundamentales, además de generar un ahorro en los canales y procesos ante las autoridades administrativas.

También es importante mencionar que, al accionar, el derecho de oposición marcario puede provocar una demora en los plazos de repuesta de la autoridad administrativa, es decir que dar inicio al procedimiento administrativo de oposición a una solicitud de marca nueva puede generarle un trabajo adicional al examinador, ya que no solo tendrá que revisar la solicitud de marca entrante, sino también la petición del tercero oponente incluyendo sus pruebas y la etapa de alegatos correspondientes. De por sí el plazo de estudio que se toman en la oficina de marcas es de aproximadamente tres a seis meses para conceder o citar un oficio de impedimento legal, y con la solicitud de oposición puede ampliarse ese plazo hasta dieciocho meses.²²

Otra situación es que, durante el sistema de oposición en el procedimiento administrativo para el registro de marcas, el examinador del IMPI no hace comentarios de fondo a la petición del usuario oponente. En ese aspecto, solamente se limita a manifestar si la solicitud lleva adjuntada el pago de la tarifa correspondiente, y en el supuesto de que el usuario oponente sea una persona moral, se deberá acreditar la personalidad del mandante o representante legal, pero en temas de fondo no hace ningún tipo de exposición o comentarios. Solamente cuando termina el examen de fondo de la marca objeto de la oposición es cuando se emite alguna vista de impedimento a registro por algunas de las causales de no registrabilidad, es decir que la autoridad, al momento que se pronuncia con la concesión de la

22 Disponible en: <https://acervomarcas.impi.gob.mx:8181/marcanet/UCMServlet?info=M3wyMDIxMDQ3MTA2NXwxfDIwMjEwNDcxMDY1>.

marca o con alguna vista u oficio de impedimento legal a registro, es cuando realiza los comentarios correspondientes. Por lo que durante el plazo que dura el procedimiento de registro de marca –que es entre cinco y siete meses (aproximadamente)– deja en suspenso a las partes involucradas.

En el caso del sistema de oposición de marcas de Argentina, se aprecian las siguientes ventajas a partir de la implementación en su regulación de la última adhesión de esta figura jurídica, en comparación con el sistema que se implementa en México:

En el anterior sistema de oposición, si el solicitante no alcanzaba un acuerdo amigable con el oponente, con o sin mediación previa se debía recurrir a la acción de cese de oposición (junto con los costos de los aranceles correspondientes, así como asociado con la mediación previa obligatoria), por lo que, con esta medida, el usuario solicitante tendría que gastar más dinero, así como demorar más el proceso de registro, ya que si en este “conflicto” no se llegaba a un arreglo amigable entre las partes, se habría gastado más dinero al recurrir a una acción judicial ante la Cámara Comercial Federal.

Asimismo, está el aspecto de mantener la conciliación como una mediación obligatoria o cualquier medio de resolución de controversias, tal como es el espíritu de la ley en Argentina. En cualquier parte de sus procedimientos, la autoridad competente escucha los conflictos de las partes para así evitar cualquier desgaste y conservación en la economía procesal de las instituciones, y no es excepción el caso del sistema de oposición de marcas, ya que en una parte de su procedimiento se da apertura a una conciliación con la notificación fehaciente de la oposición por parte del INPI. A partir de allí, se abre un plazo de tres meses para arribar al acuerdo voluntario intentando el levantamiento de la oposición. En caso de que la autoridad se enfrente a la inactividad de la contraparte y a su marcado desinterés por arribar a dicho acuerdo, el plazo queda vencido. Ahora bien, una vez que dicho período queda vedado, el INPI debe intimar de manera fehaciente a la parte oponente para que esta ratifique dicha oposición en un plazo de quince días hábiles. En caso de no mantenerla, la oposición queda descartada en calidad de “llamado de atención” y la solicitud de registro avanza a la última etapa: el estudio en la División de Análisis de Fondo.

Como lo mencionamos en el párrafo que antecede, el usuario oponente a una solicitud de marca debe ratificarla, es decir que, después del plazo legal de la petición, tiene que confirmar su postulación con el complemento de un segundo pago de tasas oficiales y, además, profundizar en sus argumentos de oposición a dicha solicitud. Esto provoca una mayor certeza y seguridad jurídica al proceso, ya que, como tal, no cualquier persona puede activar el sistema de oposición marcario en la Argentina, sino aquella que realmente tenga interés en iniciar este procedimiento, ya que tendrá que cargar con un costo económico considerable y, por supuesto, un mayor análisis jurídico para plantear los argumentos suficientes con el fin de desalentar la solicitud de marca que se encuentra en conflicto, por lo que esta medida desalienta las oposiciones infundadas de los terceros.

A su vez, la presentación de la defensa de la oposición no tiene costo para el usuario solicitante de la marca objeto de la oposición, por lo que se genera una forma más expedita de dicha defensa en la sede administrativa contra la oposición.

En cuanto a las desventajas, se encuentran las siguientes:

En el momento en que se inicia el sistema de oposición, las distintas etapas del procedimiento quedan habilitadas, dado que el INPI se encarga de notificar la apertura de la etapa siguiente. Esto provoca que se ralente muchísimo el proceso de estudio de la solicitud de marca, ya que la autoridad administrativa es considerablemente deficiente para hacer cumplir con estas notificaciones, por lo que podemos afirmar que desde que el actual sistema se instituyó hasta el día de la fecha persisten retrasos considerables en las notificaciones de las diversas instancias del proceso, lo cual provoca que el sistema de oposición se desvirtúe porque el INPI termina demorando más en dar seguimiento al proceso de oposición para dar una resolución que como estaba implementando anteriormente. Debido a esto, y como recomendación ante esta situación, el INPI debe optimizar en sus operaciones internas la implementación de sus notificaciones para que estas situaciones no pasen, o inclusive se puede emplear un sistema automatizado para emitir providencias simples para así notificar a las partes por medio de una máquina, siempre y cuando se cumplan con los requisitos mínimos de forma.

A continuación, se muestra un cuadro comparativo-reflexivo de

las etapas del proceso del Sistema de Oposición al registro de marcas de México y Argentina:

País	México (IMPI)	Argentina (INPI)
Fase		
Publicación solicitud de marca	10 días hábiles siguientes a su presentación.	En un plazo inferior promedio entre 4 y 5 meses después de su presentación.
Costo de la solicitud de oposición	\$3704.09 pesos mexicanos (más IVA). Mantener oposición: segundo pago de arancel.	Inicial: arancel correspondiente.
Oponente	Cualquier persona, sin necesidad de profundizar en argumentos o fundamentos legales para oponerse al solicitante y previo pago de los aprovechamientos correspondientes.	Cualquier persona. En la primera etapa solo será necesario que el oponente argumente o cite el impedimento legal al registro de forma breve a la solicitud de la marca que se considere similar a la suya (o el impedimento correspondiente), previo pago de los derechos al Gobierno correspondiente. En una segunda etapa, el oponente tendrá que abonar un segundo pago de derechos (mucho mayor al primero) y ahí mismo deberá adjuntar un escrito fundado, motivado con las pruebas pertinentes; asimismo, puede ampliar su fundamento para mantener dicha oposición.
Plazo para oponerse	Dentro de los 30 días corridos contados a partir del día hábil siguiente de su publicación en la Gaceta.	Dentro de los 30 días corridos contados a partir del día hábil siguiente de su publicación en el Boletín. También se puede ingresar la solicitud de oposición fuera de ese plazo, pero no es vinculante para el INPI si toman en cuenta o no los argumentos vertidos en dicha petición.
Contestación de la oposición	El solicitante puede realizar declaraciones en contra a la oposición, así como adjuntar las pruebas necesarias siempre y cuando se promueva dentro del plazo legal para admitirse. Asimismo, no se requiere ninguna tarifa o pago de aprovechamientos para dar contestación. El INPI o el IMPI emiten una vista de oposición, que se publica en el Boletín o en la Gaceta, respectivamente. Esta es la notificación de la oposición.	

Conciliación	No aplica, ya que no está implementado de forma oficial un método alternativo de solución de controversias.	Al momento de notificar al usuario solicitante del traslado del derecho de oposición del tercero oponente, se da apertura a un plazo de tres meses para que las partes alcancen un acuerdo por vía de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, ya que el espíritu general de la legislación de Argentina siempre es tender a la resolución amigable de controversias y, por ende, también tratar de descomprimir la labor de las autoridades.
Manifestación de la autoridad administrativa	El Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, a través de sus examinadores, no realiza ninguna declaración respecto a la solicitud de la oposición o, en su defecto, de la contestación de esta. Al final solo contemplará los elementos aportados por el oponente y el solicitante para que este último pueda emitir una resolución final al momento de analizar la solicitud en examen de fondo.	El Instituto Nacional de Propiedad Industrial, a través de sus examinadores, podrá decidir quién tiene mejores argumentos: si el oponente o el solicitante, y, de esta forma, emite un dictamen. En este, para lograr la resolución, se consideran los escritos de ambas partes, las pruebas ofrecidas y las pruebas elaboradas.
Examen de forma y fondo	El examen de forma se hace dentro de los primeros dos meses de haberse presentado la solicitud de marca. De no existir algún requerimiento de forma, se pasa al examen de fondo y se estudia para su otorgamiento, por lo que todo el procedimiento de registro podría dilatarse entre cinco y seis meses.	El examen de forma se gestiona antes de su publicación en el Boletín, ya que no publica la solicitud si no cumple con los requisitos formales. Después se publica y, dentro de los treinta días de publicada la solicitud, se pueden presentar las oposiciones. El plazo normal de concesión, sin oposiciones ni vistas administrativas, es de doce meses.
Resolución	Negativa, otorgamiento y expedición del título de marca según sea el caso; en el supuesto de que la autoridad otorgue el registro de marca, el título se emitirá de manera automática y se publicará en la Gaceta y/o Boletín en un plazo de entre veinte y treinta días corrido después de su publicación.	

5. Conclusión

Una marca no es un producto, es la fuente del producto, su significado y su dirección, definen su identidad en el tiempo y el espacio.

Jean-Noel Kapferer²³

En términos generales, los signos distintivos que se protegen por medio de una marca o de un aviso comercial son elementos que aprovechan los empresarios o emprendedores para diferenciar sus productos y/o servicios de la misma especie entre sus competidores. Dichos bienes inmateriales son herramientas de singular importancia para su actividad comercial, pues con las marcas y avisos comerciales no solo ayudan a distinguirse de sus competidores directos, sino que también forman parte de la filosofía y de la imagen corporativa de la empresa, tan es así que integran parte del patrimonio de dichas instituciones.

Ahora bien, sabemos que la carga de trabajo de las autoridades administrativas²⁴ es abundante y compleja. Además, dentro de la calidad humana de las personas que aprueban las solicitudes de marcas (examinadores) está en su comprender consumir alguno que otro error al otorgar registros marcarios que no debían concederse, ya sea por una similitud gráfica, fonética o simplemente por algún impedimento legal por considerarse genérica o que evoca la descripción de algún producto o del servicio que ampara dicha solicitud. Está claro que respalda esta afirmación la locución *errare humanum est* (errar es humano), por lo que se deduce que equivocarse es íntimo a la naturaleza humana, de ahí que la frase ha entrado en el argot común como aforismo con el que se busca mitigar un fallo, un error, siempre y cuando sea esporádico y no se repita. Como resultado, es natural que ocurra algún traspie de algún examinador, por ello la importancia de la implementación de un sistema de oposición al registro de marcas, ya que los propios solicitantes y oponentes serán coadyuvantes dentro del procedimiento, dado que le proporciona-

23 Disponible en: <https://www.nordenestudio.es/tag/disenio-de-marca/>.

24 Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, para México, e Instituto Nacional de Propiedad Industrial, para Argentina.

rán al examinador los elementos necesarios para fortalecer su criterio al momento de estudiar una solicitud de marca, pero es importante que la autoridad siga teniendo tal potestad, ya que será a su consideración el valor que le dará a cada uno de los argumentos y pruebas presentados.

El INPI ha logrado implementar un sistema de oposición eficiente y eficaz después de la última reforma a la Ley 22362 de Marcas y Designaciones y las modificaciones introducidas por la Ley 27444 de Simplificación y Desburocratización para el Desarrollo Productivo. Asimismo, eliminó de su sistema de oposición la parte tan insidiosa y conflictiva de la etapa de conciliación, ya que el solicitante que recibía la oposición debía ocuparse firmemente de lograr un acuerdo amigable con el oponente y su agente o representante letrado, en donde muchas veces se obligaba a firmar acuerdos de no competencia para determinados productos o servicios de interés del oponente para que negociaran el levantamiento de la oposición otorgándole un acuerdo de no competencia. Si lo conseguía, valía la pena toda la negociación, pero si no lograba un acuerdo amigable con el oponente, incluida la instancia de mediación previa y obligatoria, el solicitante podía verse obligado a iniciar un juicio de cese de oposición, buscar a un juez que dictamine que la oposición era infundada y obligar al INPI a concederle la marca al solicitante, para lo cual se invertía más de tres años y mucho dinero en honorarios de abogados para el menesteroso solicitante. Pero ahora, con dichas adhesiones a la legislación que nos compete, se logra esa eficiencia en el proceso del sistema de oposición, ya que el oponente ahora tendrá que pensar dos veces si desea oponerse. El examinador podrá hacer manifestación después de revisar la solicitud del oponente y la contestación del solicitante, por lo que dicho proceso se podrá subsanar más rápido y sin necesidad de hacer una mayor inversión, como se venía haciendo con anterioridad. También es importante mencionar, en especial para el caso argentino, que la solicitud de marca que logró superar con éxito un proceso de oposición resultará fortalecida. Además, salvo arbitrariedad manifiesta por parte de la autoridad administrativa, los tribunales en general son permeables a aceptar la decisión o resolución del INPI, ya que consideran que es un organismo especializado en la materia.

En el caso de México, el sistema de oposición podría verse fortalecido por el agregado de la facilitación de las partes para presentar pruebas y argumentos que tendrán en cuenta como elementos a considerar para que el examinador del IMPI emita una resolución respecto al estudio de fondo de dicha solicitud. También podemos entender que la omisión de una contestación de una solicitud de oposición (para el solicitante) dentro del plazo legal no puede considerarse como que el solicitante ha abandonado su solicitud, simplemente perdió su oportunidad de alegar o de contradecir el argumento del oponente, perdió la oportunidad de brindarle un segundo enfoque al examinador, por lo que se entiende que el procedimiento de registro de marcas seguirá su curso con normalidad, pero ahora el examinador tendrá más elementos para dictar una resolución adecuada a la solicitud de marca en particular, manifestándose con los argumentos y fundamentos jurídicos adecuados.

Lo que se puede concluir haciendo un análisis comparativo de los sistemas de oposición que implementan el IMPI y el INPI sería que en México hay un sistema gris, incoloro, mórbido principalmente porque la autoridad en ningún momento plasma una manifestación respecto a la solicitud y a la contestación de la oposición, como resultado de que no cumple el objetivo planteado en el decreto de la reforma implementada en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, pues el oponente no puede tener respuesta a su oposición sino una vez que concluya el trámite de registro (entre 5 y 6 meses aproximadamente), por ende, lo coloca en un estado de incertidumbre jurídica, pues al ser la oposición parte del procedimiento administrativo de registro de marca, la autoridad debería dar una respuesta o comentarios después de la solicitud de la oposición y no solo cuando llegue al examen de fondo. Lo que sí realiza son intervenciones, en el sentido de que si el usuario que promueve la solicitud de oposición se encuentra autorizado en el expediente para gestionar dicha petición, pero como tal no hace manifestación o emite algún comentario en relación a que si la oposición es admitida o no; en el mismo supuesto se encuentra el usuario solicitante: si en el momento oportuno realiza la contestación a la oposición, la autoridad tampoco expresa alguna respuesta o declaración de fondo.

En efecto, se entiende que la autoridad como tal no se encuentra

obligada a atender los elementos ofrecidos por las partes ni de valorarlos en esa misma etapa procesal al resolver si se procede o no con la solicitud de la oposición o, en su defecto, si la contestación del solicitante es la idónea. Podría entenderse que con la implementación del sistema de oposición se dilataría un poco más todo el procedimiento de registro de marca, ya que requiere de un estudio más completo de lo que es, pero lo anterior no implicaría una *negativa* u omisión de alguna manifestación de fondo de la autoridad. En ese sentido podemos afirmar que el sistema de oposición implementado por el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de Argentina es más preciso y adecuado en comparación con el sistema que se implementa en los Estados Unidos Mexicanos.

Bibliografía

- Enneccerus, L. (1935). Derecho civil. Parte General (Vol. 1). Bosh Casa Editorial.
- Klein, N. (2002). *No logo: el poder de las marcas*. Paidós.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2011). *Comité permanente sobre el derecho de patentes* (17ª ed.).
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2018). *Protocolo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas*. Aviso Informativo N°13. https://www.wipo.int/edocs/madrdocs/es/2018/madrid_2018_13.pdf.
- Otero Muñoz, I. (2011). *Simetrías y Asimetrías entre el Derecho de Autor y la Propiedad Industrial* (1ª ed.). Porrúa.

Estudios

* * * *

Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en Latinoamérica. Parte 5: la identificación y el uso de metadatos en las obras audiovisuales

* * * * *

Gustavo Schötz

Universidad Austral

gschotz@austral.edu.ar

Resumen

Las obras audiovisuales son accesibles al público por diversos mecanismos de distribución, tradicionalmente llamadas “ventanas”. Inicialmente, la sala de cine fue el primer lugar donde la obra era exhibida, a la que luego se sumó la televisión. Ambos canales tienen prácticas establecidas respecto a la identificación de la obra, usos y territorios autorizados, audiencia o taquilla, así como de sus autores, titulares de derechos y participantes, sean estos directores, guionistas, productores, actores, músicos o bailarines, entre los principales. La información para la gestión de este tipo de obras es sumamente relevante. En el ámbito digital, la explotación multiplataforma y multiterritorial requiere nuevas estrategias de gestión, la cual se basa en datos. El presente estudio analiza cómo debería consolidarse un sistema informativo en el ámbito digital, haciendo uso de los metadatos, los identificadores universales, las marcas de agua y las huellas digitales, de modo que se consoliden bases de datos interoperables en beneficio de todos los participantes y del público.

Palabras clave: derecho de autor, derechos conexos, obra audiovisual, plataformas digitales, Convenio de Berna, TODA, TOIEF, sociedades de gestión colectiva, metadatos, identificadores universales, marcas de agua, huellas digitales, inteligencia artificial, bases de datos, ISAN, EIDR, medidas tecnológicas de protección, gestión digital de derechos.

The Identification and Use of Metadata in Audiovisual Works

Abstract

Audiovisual works are accessible to the public through various distribution mechanisms, traditionally called “windows”. Initially, the movie theater was the first place where the work was exhibited, later joined by television. Both channels have established practices regarding the identification of the work, authorized uses and territories, audience or box office, as well as its authors, rights holders and participants, be they directors, screenwriters, producers, actors, musicians, dancers, among the main ones. The information for the management of this type of works is extremely relevant. In the digital environment, multiplatform and multi-territorial exploitation requires new management strategies based on data. This study analyzes how an information system should be consolidated in the digital domain, making use of metadata, universal identifiers, watermarks and digital fingerprints, so as to consolidate interoperable databases, for the benefit of all participants and the public.

Key words: copyright, related rights, audiovisual works, digital platforms, Berne Convention, WCT, WPPT, collective management organizations, metadata, universal identifiers, watermarks, fingerprints, artificial intelligence, databases, ISAN, EIDR, technological protection measures (TPM), digital rights management (DRM).

A identificação e utilização de metadados em obras audiovisuais

Resumo

As obras audiovisuais são acessíveis ao público através de vários mecanismos de distribuição, tradicionalmente chamados “janelas”. Inicialmente, o cinema foi o primeiro local onde a obra foi exibida, a que mais tarde se juntou a televisão. Ambos os canais estabeleceram práticas relativas à identificação da obra, usos e territórios autorizados, audiência ou bilheteira, bem como os seus autores, titulares de direitos e participantes, sejam eles realizadores, argumentistas, produtores, actores, músicos, bailarinos, entre os principais. A informação para a gestão deste tipo de obras é extremamente relevante. Na esfera digital, a exploração multiplataforma e multiterritorial requer novas estratégias de gestão, que se baseiam em dados. Este estudo analisa como um sistema de informação deve ser consolidado no domínio digital, fazendo uso de metadados, identificadores universais, marcas de água e impressões digitais, de modo a consolidar bases de dados interoperáveis, para benefício de todos os participantes e do público.

Palavras-chave: direitos de autor, direitos conexos, obras audiovisuais, plataformas digitais, Convenção de Berna, TODA, TOIEF, organizações de gestão colectiva, metadados, identificadores universais, marcas de água, impressões digitais,

inteligência artificial, bases de dados, ISAN, EIDR, medidas de protecção tecnológica (TPM), gestão de direitos digitais (DRM).

1. Introducción¹

Este informe es parte del *Estudio sobre el marco jurídico Latinoamericano y la distribución de contenidos audiovisuales en el ambiente digital*, parte integrante del Proyecto Piloto sobre el Derecho de Autor y la Distribución de Contenidos en el Entorno Digital, presentado por el Brasil al Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, CDIP/22/15 Rev.) (en adelante, “el Proyecto”). En particular, el Proyecto se propone sensibilizar a los creadores y partes interesadas sobre las normas nacionales existentes y evaluará las cuestiones que se plantean actualmente al derecho de autor y los derechos conexos en el mercado audiovisual digital de los países participantes: Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Perú y Uruguay.²

Una vez que la obra audiovisual (OA) ha sido producida y comienza la explotación, en cualquiera de sus formatos y canales de distribución, su identificación es relevante en diversos momentos y para distintos objetivos; por ejemplo, para que puedan ejercerse los

1 Descargo de responsabilidad: el presente estudio se encargó como parte del Proyecto Piloto sobre Derechos de Autor y Distribución de Contenido en el Entorno Digital del Comité de la OMPI sobre Desarrollo y Propiedad Intelectual (CDIP). Este documento no tiene por objeto reflejar las opiniones de los Estados Miembros ni de la Secretaría de la OMPI. Este trabajo fue publicado en: Schötz, G. (10 de noviembre de 2020). *Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en Latinoamérica. Parte 5: la identificación y el uso de metadatos en las obras audiovisuales*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, disponible en la página de la OMPI, Work Undertaken Under Development Agenda Projects (wipo.int).

2 El *Estudio sobre el marco jurídico Latinoamericano y la distribución de contenidos audiovisuales en el ambiente digital* es compuesto de las siguientes partes: Parte 1: El modelo de negocio de las OTT en Latinoamérica; Parte 2: Estudio sobre el marco jurídico en Latinoamérica; Parte 3: Aspectos prácticos de la autoría de obras audiovisuales extranjeras; Parte 4: Prácticas contractuales en el sector audiovisual; y Parte 6: Métodos de medidas alternativas de solución de controversias aplicados a los modelos de negocio de las OTT.

derechos de los titulares. En un entorno digital y global que permite que la OA pueda ser utilizada de modo simultáneo en distintas plataformas por distribuidores y usuarios de cualquier país, se requiere un seguimiento preciso sobre dichos usos.

El reporte se propone entender y explorar posibles soluciones para resolver los cinco problemas básicos relativos a la información y los metadatos: a) retraso en la recopilación y carga de datos; b) falta de datos; c) pérdida de datos; d) contaminación e inconsistencia de datos; y e) volumen de datos.³ Haremos hincapié especialmente en la simplificación de la gestión de la información de las OA para reducir los costos asociados a la distribución de contenidos. El incremento de las audiencias, además de productos de calidad, requiere ampliar los canales de distribución, lo cual puede significar pérdida de control y de ingresos. Por otra parte, la distribución a través de múltiples plataformas requiere que la información y las bases de datos resulten interoperables.

La ausencia de información sobre la circulación de las obras es un problema más acuciante para los pequeños productores de los países objeto de este Proyecto. Si bien potencialmente el mercado digital permite que una obra pueda ser disfrutada universalmente –doblaje o subtítulo mediante–, en realidad es muy difícil que el público acceda a ella sin información adecuada. Y, si llegado el caso, la obra fuera disfrutada en muchas jurisdicciones, la falta de información no les permitiría a los titulares obtener el beneficio debido por tales usos.

Este informe se centrará en los datos y metadatos de las obras audiovisuales producidas y distribuidas profesionalmente. Quedan por tanto excluidos los contenidos generados por los usuarios prosumidores (User Generated Content, UGC), aun cuando puedan ser considerados obras audiovisuales, ya que no constituye una producción en el sentido técnico-comercial.

2. Importancia de la información que identifica la obra audiovisual

Tal como ya se estableció en la Parte 1 de ese estudio (Audiovisual OTT business models in Latin America: Recent trends and

3 Cfr. Colitre (2019).

future evolution), el activo básico y la ventaja competitiva primaria de cualquier plataforma son los contenidos, es decir, las obras audiovisuales y otros programas que conforman su oferta.⁴

Esta se suele presentar como catálogo, con la información básica que permite la elección por parte del consumidor de una película, el episodio particular de una serie, un documental, un programa de televisión ya emitido o incluso un videoclip. De aquí que, como se puso de manifiesto en la Parte 4 del estudio sobre Contratos, los requerimientos de uniformidad en los metadatos suele ser una exigencia de los contratos con las plataformas de *video on demand* (VOD).

Contar con información adecuada es crucial ante la ingente cantidad de contenidos. En el ambiente digital, la oferta es enorme, ya sea real o potencialmente considerada. Desde el lado del consumidor, una plataforma cuenta con una variedad y cantidad de contenidos que hace difícil al usuario encontrar exactamente lo que busca o prefiere. Las búsquedas y elecciones de cada usuario son, a su vez, la materia prima de los algoritmos que permiten retroalimentar el consumo y sugerir nuevas opciones de acuerdo con géneros, artistas o idiomas.⁵

La información sobre consumo también permite personalizar la publicidad que el usuario recibe, para los casos de plataformas AVOD (*advertising video on demand*) o para que las plataformas dirijan la publicidad o los patrocinantes asignen la pauta publicitaria, en los casos de cableoperadores que utilizan TVEverywhere.

Desde el punto de vista de la plataforma, el volumen y la diversidad de las OA requieren información pertinente para identificar y organizar su oferta, lo cual es parte de su servicio y condición de éxito. Por parte del productor, la cantidad y variedad también le plantean un uso adecuado de la información, ya que él mismo dispone de una oferta diversa en competencia con otros titulares, por lo cual procura darles mayor visibilidad a los contenidos propios y así lograr el favor del público.⁶

4 Sin embargo, junto con el contenido, la distribución se ha convertido en la razón de éxito. A decir de un académico, “Content is the king and distribution is the King-kong”, respecto a la relación entre contenidos, distribución y las preferencias de los usuarios, cfr. Valor (2018).

5 Cfr. Covington et al. (2016). También Herrero Subías et al. (2018).

6 La información que la plataforma pone a disposición del público puede tener

Por otra parte, los mismos contenidos pueden y suelen estar disponibles en más de una plataforma al mismo tiempo. Aquí también la información juega un papel relevante para facilitar la competencia o interacción entre las diversas plataformas, tanto en servicio del público como para que los productores puedan decidir cuál será la ventana de disponibilidad más apropiada. De igual modo, la información también es necesaria para identificar los titulares de un contenido del que se desea disponer y así negociar la incorporación de la obra a los catálogos de plataformas y organismos de radiodifusión. Estos problemas no son exclusivos de la industria audiovisual, pero por tratarse de un mercado de desarrollo más reciente que otros —el musical por ejemplo—, la situación resulta más compleja.⁷ De aquí que sea tan relevante el rol de los agregadores para la organización de la información y los metadatos.

Frente a estos problemas, pareciera que las tecnologías del *big data* y *data mining* brindarían una solución asequible. De hecho, lo sería si los datos de las obras, catálogos y repertorios estuvieran estandarizados y fueran de fácil acceso. La información sobre cada contenido y la organización de los datos, tanto para la oferta como para la ejecución real de las obras, es compleja. Como ya se analizó en la Parte 2 del estudio sobre el Marco Jurídico, los derechos exclusivos de autorizar y prohibir la explotación de la obra audiovisual son de gestión individual y se encuentra consolidada en el productor. Sin embargo, no siempre se trata de un único titular, ya que, por la aplicación de los principios de independencia y territorialidad de los derechos, algunos podrían ser cedidos para diferentes territorios o modalidades de explotación, sea de modo permanente o temporal.⁸

De acuerdo con cada modelo de negocio, se requerirán autoriza-

un valor agregado relevante. Por ejemplo, Amazon Prime Video incluye la función X-Ray, que permite ver en tiempo real la música que se está ejecutando o los artistas que participan de determinada escena. Cfr. <https://www.amazon.com/primeinsider/video/pv-xray-tips.html>.

7 Cfr. Schaefer (2020).

8 La territorialidad no se fundamenta solo en el principio de maximización de las ganancias mediante la fragmentación de los mercados, sino también en limitaciones regulatorias o preferencias culturales del público. Cfr. Valor (2018, p. 21).

ciones previas y contratos, los cuales incluyen cláusulas que en muchos casos establecen pagos en función de la tasa de uso de las OA disponibles en las plataformas OTT (*Over the Top*). Si las licencias son individuales sobre una o más obras, estas deben ser identificadas previamente. En ese caso, los titulares de la OA indican cuáles son las obras objeto de la autorización, junto con la determinación precisa de los medios, formatos y territorios en los que las obras podrán ser distribuidas, incluyendo en algunos casos horarios y cantidad de emisiones. La información y metadatos, por tanto, también son una solución al problema de la cadena de derechos y a las incertidumbres sobre titularidad y alcance de la explotación.

Además de los intereses de los productores, público y plataformas en el uso de la información, también se deben considerar los derechos exclusivos o de simple remuneración de gestión colectiva. Junto con los derechos del productor sobre la obra, coexisten los derechos que conservan otros titulares, como guionistas, directores y compositores de la banda musical, o bien intérpretes audiovisuales o musicales.⁹

Por ejemplo, los derechos por la retransmisión de las obras contenidas en las señales de aire, que está a cargo de las sociedades de gestión colectiva de cada país. Estos derechos dependen de cada jurisdicción de acuerdo a cómo se haya establecido su ejercicio. Así, en Uruguay, hasta noviembre de 2019, los guionistas y directores de obras audiovisuales no tenían derechos de remuneración ya que se presumían cedidos al productor. Con la modificación introducida en la Ley 9739, los titulares mencionados, aun habiendo cedido los derechos al productor, conservan un derecho de remuneración por la comunicación pública.¹⁰

9 Cfr. Xalabarder (2018). También Despringre et al. (2015).

10 República Oriental del Uruguay, Ley 9739, artículo 29, de acuerdo con la actualización, “Los autores de las obras musicales o compositores tendrán derecho a recibir una remuneración por la comunicación pública de la obra audiovisual, incluida la exhibición pública de películas cinematográficas, así como el arrendamiento y la venta de los soportes materiales”. Se consagra, asimismo, en forma independiente, el derecho a una remuneración en iguales términos en favor de los directores y guionistas. Para el ejercicio de este derecho, los directores y guionistas podrán constituir una entidad de gestión colectiva conforme a la Ley 9739, de 17 de diciembre de 1937, en la

Si los costos de administración se incrementan por falta de información fiable, la recaudación puede ser antieconómica.

Desde la perspectiva de estos derechos, el uso de información consistente posibilita un reparto de derechos más rápido, fiable y eficaz, especialmente por las sociedades de gestión colectiva (SGC) y otras entidades de recaudación, ya que facilita la integridad y el conocimiento del repertorio administrado.¹¹ Esto es de especial relevancia cuando las sumas devengadas por una explotación dispersa pueden ser pequeñas en cada territorio, pero relevantes en la sumatoria. Si los costos de administración se incrementan por falta de información fiable, la recaudación puede ser antieconómica. De aquí que un resultado deseable del uso uniforme de la información podría ser la asignación precisa de los derechos recaudados y la reducción del “no identificado” cuando una plataforma realice pagos sin indicar el origen de esos fondos y no pueda identificarse a qué OA deben atribuirse. No menos importante es la utilidad de contar con información adecuada y homogénea para prevenir o resolver reclamos por los eventuales dobles pagos que podrían realizar las plataformas que deben remunerar a titulares de derechos en distintos territorios por la misma obra.

Por tanto, la información para el uso de las obras en las plataformas de VOD es relevante tanto desde el punto de vista de los derechos de gestión individual como de los de gestión colectiva. En

redacción dada por la Ley 17616, de 10 de enero de 2003, pudiendo delegar la recaudación de dicha remuneración en otra entidad de gestión colectiva de creadores. Tanto la remuneración para los autores de obras musicales o compositores como para directores y guionistas tendrán carácter irrenunciable e inalienable. Cuando la obra audiovisual sea publicada, comunicada o distribuida al público por el productor en forma no comercial, no onerosa, no corresponderá el pago de dicha remuneración.

- 11 Las Reglas Profesionales de la CISAC (Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores), por ejemplo, indican que las SGC “deben basar su reparto en la utilización efectiva de las Obras o, de no ser posible, en base a una muestra estadísticamente válida de la utilización efectiva de las Obras...” (#18.a).

los supuestos de licencias de repertorio o *blanket license*, los titulares o las SGC que los representan deben proveer la información de las obras incluidas bajo su gestión, también en los casos de licencias colectivas extendidas.

De este modo, de acuerdo con el tipo de contrato, las plataformas OTT, en cuanto usuarios, deben informar sobre el uso real de las obras. Incluso cuando las OA son de titularidad de la misma plataforma o hubieran adquirido los derechos de modo pleno deben disponer de la información sobre el uso real de las obras para informar a las SGC que administran derechos de gestión colectiva, ya sean de autores o de intérpretes.

La información debe segmentarse por territorios, ya que estos derechos de gestión colectiva son administrados y distribuidos territorialmente, también para los supuestos de licencias multiterritoriales. Los datos que identifican cada OA del catálogo, sus titulares y los derechos, serán utilizados para la gestión de la recaudación y distribución de dichos derechos, dependiendo de los distintos usos y plataformas de distribución, considerando cada territorio de modo independiente. Por tanto, la información resulta indispensable para la explotación adecuada del catálogo: cualquiera sea el modelo de negocio, los titulares deberían recibir los derechos devengados en todo el mundo por cualquier tipo de uso autorizado.¹² La situación es más compleja cuando una plataforma tiene distintas fuentes de ingresos, ya que las regalías deberían considerar todos los canales de distribución.¹³ De aquí que se escuchen voces que abogan por una mayor transparencia informativa sobre el uso de obras y sus remuneraciones en el entorno digital.¹⁴

La información también es relevante en los casos de usos no auto-

12 Esto también se aplica al contenido generado por el mismo usuario (*user-generated content*) cuando utilice obras de terceros, como es el caso de la música en Tik-Tok, Instagram y otras redes sociales o plataformas.

13 Respecto a la tendencia a la integración vertical, pero la concomitante diversificación de opciones para el usuario, cfr. Christopher Vollmer (2018). Esta diversificación de opciones disponibles para el usuario por parte de un mismo proveedor se ha denominado “estrategia multiplataforma”. Cfr. Doyle (2010).

14 Al respecto, cabe mencionar la propuesta que el GRULAC (Group of Latin

rizados, sean aislados o prácticas habituales de piratería. Debería ser posible identificar la obra utilizada de modo ilegítimo para solicitar el cese de dicho uso o bien reclamar las indemnizaciones que correspondan. De hecho, los regímenes jurídicos que tienen mecanismos de *notice and take down* coinciden en exigir la identificación de la obra y su titularidad para suspender o dar de baja los contenidos en presunta infracción.¹⁵

La identificación de las obras tiene un beneficio adicional al permitir un conocimiento acabado e íntegro del patrimonio cultural, como se analizó en el estudio sobre el Dominio Público de este Proyecto. Las OA que se encuentran en el dominio público constituyen un problema reciente, pero creciente, ya que las tecnologías permiten digitalizar y disponer de contenidos históricos. A esto se agrega la compleja situación de las obras huérfanas, que si bien podrían estar en el dominio privado, se desconoce o no se puede hallar a su titular y, por lo tanto, se dificulta o se hace imposible su difusión y explotación.¹⁶

La información de las obras también es relevante para poder cumplir con regulaciones, como por ejemplo obligaciones de clasificación de contenido por edades, las calificaciones de los organismos de control o bien para cumplir e informar sobre las “cuotas de pantalla”.

America and Caribbean Countries) presentó en el SCCR (Standing Committee on Copyright and Related Rights) de la OMPI por iniciativa de Brasil. Allí se indicó que se debe realizar un “análisis y debate del papel de las empresas que hacen uso en el entorno digital de obras protegidas y su modo de actuación, incluyendo la verificación del nivel de transparencia en los negocios y la cuantía de la remuneración correspondiente a los derechos de autor y derechos conexos a los distintos titulares de esos derechos” (WIPO SCCR/31/4, 1 de diciembre de 2015). Este aspecto fue abordado por el artículo 19 de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital.

15 Por ejemplo, la Section 512(3) de la Digital Millennium Copyright Act de los Estados Unidos. Cfr. Rostama (2017, p. 43).

16 Cfr. Van Gompel y Bernt Hugenholtz (2012).

2.1. La información de la obra audiovisual desde su creación y las diversas explotaciones

Como ya se ha señalado en otros informes que forman parte de este Proyecto, las tecnologías digitales transformaron la cadena de valor y la logística de la distribución de las OA. Desde la creación y la posproducción de contenidos hasta la distribución y el consumo, han aparecido nuevas oportunidades para todos los interesados, incluyendo un público que desea disponer de contenidos en cualquier tiempo y lugar. Pero las oportunidades también implican desafíos, como interacciones más complejas en la cadena de valor y una explosión en la cantidad de contenidos disponibles. La digitalización de catálogos de la época analógica también es un asunto importante, porque la *long tail*¹⁷ de explotación de esas obras se extiende en el tiempo y en el espacio. Otro tanto se puede decir con los sistemas automáticos de subtítulo, que permiten acceder a nuevos públicos a bajo costo, aun considerando la imperfección de los resultados.

Como ya se indicó en la Parte 2 del estudio, al momento de negociar la explotación de los contenidos, el productor necesita demostrar la cadena de derechos de su obra. En el Estudio de Caso 5 sobre el *clearance* de derechos, el productor es responsable de justificar la titularidad de la obra final, lo cual también incluye la autorización o cesión de los autores de obras originarias incorporadas al audiovisual o que le permitieron producirla, como los derechos de los guionistas y del director, del autor de la banda musical o las autorizaciones de música sincronizada, así como la autorización de los intérpretes de la música original, tanto del director de la orquesta como de otros intérpretes de voz o instrumentos. Otro tanto se puede decir del “libre deuda” con los sindicatos de actores y otros intervinientes que realizan aportes en relación de empleo. En su caso, también será necesario el certificado de cumplimiento del organismo financiero o de promoción. En el caso de Argentina, por ejemplo, el Instituto

17 Se entiende por *long tail* al entorno en el que los canales de distribución digital les permiten a las empresas promover y vender una mayor variedad de productos de lo que hubiera sido posible en los canales físicos. Como resultado de esta mayor variedad de productos disponibles para la venta, cabría esperar que la distribución de las ventas se desplazara hacia una mayor variedad de productos de éxito. Cfr. Kumar et al. (2014).

Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA) emite una resolución en el expediente de subsidio o crédito con la calificación final de la obra audiovisual. En el caso de Brasil, para recibir la financiación se solicita el registro de la obra en la Biblioteca Nacional y el “número de producto brasileño” en la Agência Nacional do Cinema (ANCINE).

Todos estos instrumentos jurídicos constituyen la denominada “documentación”, que le será requerida al productor al momento de celebrar los contratos de explotación, que si bien se suelen denominar de “cesión de derechos”, en realidad son autorizaciones para una explotación exclusiva de la obra, limitada a usos específicos en un territorio y por un plazo. Puede tratarse de la obra original o de una adaptación.

Terminada la OA, en la etapa de posproducción es el momento de introducir la información que la identifica, así como a todos los participantes, en cualquiera de los formatos: MPEG, Windows Media, DVB ATSC, MXF. La información queda incorporada en medios físicos, flujos digitales y archivos digitales, entre otros. La mejor práctica es que todos los datos se integren mediante el uso de identificadores universales, ya que la posible monetización de esos contenidos a través de una cantidad creciente de canales de distribución requiere el uso de estándares e interoperabilidad de los sistemas. La “interoperabilidad” se define como la característica de un sistema o red informática para interactuar, intercambiar y utilizar información con un sistema o red independiente y externo. De aquí la necesidad de contar con un estándar de la industria ampliamente adoptado en todas las OA y su uso en la gestión de la información que efectúe cada actor del ecosistema. El identificador universal debería ser utilizado en los contratos de explotación, junto con el título de la OA.

El uso de identificadores universales presenta distintas utilidades, como, por ejemplo:

UTILIDADES DEL USO DE IDENTIFICADORES

- 1) Indicar esos números a las emisoras cuando una película o una serie se licencia a un organismo de radiodifusión, para que los reportes sean más precisos al evitarse el error en la carga manual de datos.
 - 2) Al entregar las OA a las plataformas y a los distribuidores digitales, incluir las listas de obras disponibles para la licencia y sus metadatos, a fin de permitir la automatización y reducir los riesgos de errores operativos.
 - 3) Facilitar el tracking de las entregas y comunicaciones a y desde las casas de posproducción y el servicio de los proveedores que realizan el subtítulo y el doblaje.
 - 4) Proporcionar a las guías y proveedores, como los medidores de audiencia, los metadatos que representan los repartos, sinopsis y horas de emisión.
 - 5) Conformar repertorios de modo más ágil y preciso, especialmente cuando se requiere el registro de derechos en las SGC.
 - 6) En caso de que se cargue la información relativa a la música de la OA, facilita el seguimiento de los derechos de autores e intérpretes musicales.
 - 7) Individualizar las obras en los contratos de distribución y licencia; gestionar el contenido de las bases de datos para automatizar la presentación y el intercambio de datos.
 - 8) Rastrear el rendimiento de la OA en cada ventana y recopilar estadísticas.
 - 9) Facilitar la gestión, el descubrimiento y el licenciamiento del catálogo y los contenidos, en particular de pequeñas y medianas producciones.
 - 10) Facilitar la identificación de contenidos ilícitamente distribuidos en línea.
-

Cuanto más homogénea sea la información disponible y cuanto más se extienda el uso de identificadores universales, mayor será la consistencia informativa y la facilidad de la gestión de derechos, ya que de esos identificadores surgirán los metadatos que permiten la gestión del catálogo. La insuficiente o deficiente gestión de los metadatos provoca falta de información. De aquí que no puedan ser interoperables y no permitan la integración y el escalado, generando islas de datos, lo cual se agrava por el manejo confidencial de la información. A su vez, esto puede dar lugar tanto a la duplicación en la gestión de derechos como a la ausencia de esta por contratos que no se reportan debidamente. Con ciclos de vida de los contenidos más largos y complejos, la información debe ser confiable y accesible en tiempo real.¹⁸

18 Cfr. Mindtree (s.f.).

2.2. Cuál es la información necesaria para administrar las OA

Históricamente, no se ha establecido un estándar universal para recopilar e informar los datos de las OA. En esto ha incidido en parte la falta de obligatoriedad del registro de las obras, derivado del principio de ausencia de formalidades del artículo 5.2 del Convenio de Berna. Adicionalmente, se debe considerar el principio de territorialidad de los derechos, en base al cual cada país tiene sus propios mecanismos probatorios sobre la titularidad de la obra.

Los objetivos que se propuso el Film Registration Treaty (FRT) siguen siendo de plena actualidad.

Este proceso histórico dio como resultado que la información disponible sobre las OA cambie de territorio en territorio y dependiendo de cada “ventana”, de acuerdo con el grado de madurez de la industria y con la disposición de recursos en cada jurisdicción. Sin embargo, alguna homogeneidad se advierte desde la necesidad de identificar de modo único la obra en el mercado de distribución física, ya que la exhibición internacional de las obras cinematográficas requiere una identificación precisa en los contratos y ante los organismos regulatorios. Desde los inicios, el título de la película fue el recurso básico utilizado por los productores, lo que llevó a enfrentar dos problemas: la homonimia y la necesidad de modificar dichos títulos en función del territorio de exhibición, ya sea por razones idiomáticas, comerciales, culturales o marcarias.¹⁹

La información sobre la titularidad y derechos sobre la obra audiovisual en el ámbito internacional fue motivo de estudio y actividad legislativa multilateral a cargo de la OMPI mucho antes del advenimiento del entorno digital, lográndose un resultado que quedó trunco. Me refiero al Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales (Tratado sobre el registro de películas o Film Registration Treaty, FRT).²⁰ Dicho Tratado preveía la constitución

19 Cfr. Negro Alousque (2010).

20 Adoptado en Ginebra el 20 de abril de 1989, disponible en: https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/other_treaties/frt-treaty.pdf. Para un análisis detallado de sus disposiciones, cfr. World Intellectual

de una unión internacional, creaba un registro internacional y otorgaba reconocimiento y valor probatorio a las constancias del Registro (artículo 4) (Ficsor, 1991, pp. 761 y ss.) Los objetivos que se propuso el FRT siguen siendo de plena actualidad, los cuales se pueden ver en su Preámbulo: 1) aumentar la seguridad jurídica en las transacciones relacionadas con las obras audiovisuales; 2) mejorar el proceso de creación de obras audiovisuales y la circulación internacional de esas obras; 3) contribuir a la lucha contra la piratería de las obras audiovisuales.²¹

En lo que respecta al objeto de este informe, el FRT establece en el artículo 3 (4) que los registros en la base de datos podían ser consultados públicamente, de acuerdo con los procedimientos y contenidos del artículo 7. El Tratado contó con la firma o adhesión de 24 países y la ratificación de 14, entrando en vigor el 27 de febrero de 1991. Sin embargo, en la reunión de la Asamblea de la Unión del FRT en 1993 se decidió que hasta que la propia Asamblea no tomara cualquier otra decisión al respecto, se suspendía la aplicación del Tratado. En las reuniones de las Asambleas de la OMPI, en 2000, se decidió que no se convocaría a la Asamblea de la Unión del FRT a menos que hubiera una petición expresa para hacerlo.²²

La preocupación por la identificación uniforme de la OA, por tanto, tiene sentido por razones jurídicas, comerciales y de gestión. Entre las jurídicas, la identificación del titular de los derechos en determinado territorio y la certeza sobre los derechos bajo explotación importa también a los fines del recurso a remedios legales contra la piratería.

Desde lo comercial, en el entorno analógico la recaudación más importante para las OA siempre fue la taquilla por la exhibición en salas (*theatrical*). En esa ventana, el exhibidor debe informarle al distribuidor sobre las entradas vendidas y la recaudación total. Otro tanto está obligado a hacer el exhibidor con el ente de promoción de la actividad cinematográfica, dependiendo de cada país.²³ También,

Property Organization (WIPO) (1990).

21 Cfr. Kovacs (1991, pp. 105-116).

22 Estatus del Tratado disponible en: https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/documents/other_treaties/frt-parties.pdf.

23 INCAA en Argentina, ANCINE en Brasil, ICCA (Instituto de Cine y Creación Audiovisual) en Ecuador, DAFO (Dirección del Audiovisual, la

considerando un entorno analógico, la información sobre las obras audiovisuales era y sigue siendo muy relevante en la actividad de los organismos de radiodifusión. Si bien la radiodifusión es un acto de explotación primario, en el que por lo general es el productor quien autoriza la inclusión de su obra en la señal portadora de programas, también es necesario recabar la información para la retransmisión o redifusión de dichas señales, además de la necesidad de informar a los otros titulares de derechos por la comunicación pública.

La pregunta que busca responder este informe, para el entorno digital, se refiere a cómo se miden e informan las nuevas taquillas. En el caso de la información disponible en las OTT, la situación es diversa, ya que cada plataforma y de acuerdo con el modelo de negocio dispone de diferentes catálogos, los que administra de acuerdo con sus necesidades (Gilchrist y Luca (2017)). Los modelos mayormente propietarios o de contenido exclusivo, como Netflix o Disney+, organizan la información bajo parámetros diferentes a aquellos que funcionan bajo licencias o publicidad. En la Parte 1 del estudio sobre el modelo de negocio OTT quedó claro que el punto más crítico es el caso de las TVOD (*transaction video on demand*), en las que el consumo es por pago individual de cada contenido. Algo similar ocurre en los casos de AVOD, siendo necesario remunerar por la cantidad de visualizaciones de modo proporcional a la publicidad consumida y el tráfico originado por ese contenido. Por el contrario, en los supuestos de SVOD (*subscription video on demand*), los reportes al productor requieren menos detalles, ya que por lo general la plataforma tomó el riesgo mediante la inversión en la producción o en la adquisición de los derechos. Finalmente, en los modelos de TV Everywhere, si bien por lo general no se deben emitir reportes al productor en relación con una determinada tasa de consumo, indirectamente las remuneraciones se relacionan con la audiencia, ya que el valor de cada segundo de publicidad y el acumulado del período refleja las preferencias del público, manifestado en el rating.

Desde el punto de vista de la gestión colectiva de derechos, la falta de uniformidad territorial en la información afecta la recaudación, la

Fonografía y los Nuevos Medios) en Perú, ICAU (Instituto Nacional del Cine y el Audiovisual del Uruguay) en Uruguay.

distribución y la reciprocidad. Por otra parte, los diferentes niveles de madurez de la gestión colectiva en cada país, así como entre sociedades de un mismo territorio, puede conducir a la falta de actualización en la organización y disponibilidad de los datos. Los ecosistemas regionales o nacionales funcionan a distintas velocidades. Cuando se trata de la recaudación de derechos por comunicación pública, la brecha informativa entre territorios se produce por varios factores. En algunos casos, la SGC es incipiente y la recaudación comienza por los organismos de radiodifusión, por tratarse de un mecanismo más reconocido a nivel mundial.²⁴ En esa ventana en particular, un repertorio detallado no suele ser necesario para recaudar, aunque sí lo sea para distribuir. De aquí que el enorme esfuerzo que significa tener una base de datos completa e integrada da lugar a la implementación progresiva, considerando las dificultades y gradualidad en la implantación de una nueva entidad. También se debe mencionar que los titulares de derechos en muchos casos no comprenden la necesidad de dar de alta sus obras y tener la documentación al día. En estos países, fortalecer el sistema colectivo de información es imperioso.

La preocupación por la identificación uniforme de la OA, por tanto, tiene sentido por razones jurídicas, comerciales y de gestión.

En resumen, la información necesaria para la gestión de las OA deberá considerar los diversos actores, intereses y funciones que presta dicha información. Sin perjuicio de esas diversas necesidades y de acuerdo con cada etapa del flujo informativo, se debería contar con los datos necesarios para hacer un completo seguimiento de la explotación y usos de la OA y gestionar los derechos de los distintos titulares, así como la determinación del dominio público o la resolución de los problemas que plantean las obras huérfanas. Una información adicional es el territorio de la visualización, mediante la identificación del IP nacional del usuario o del suscriptor, ya que en muchos casos la plataforma puede ser accedida desde distintos

24 Cfr. Uchtenhagen (2005a).

territorios sin limitaciones ni segmentaciones geográficas. En otros casos, los contratos con los titulares de la obra solo permiten que la plataforma ofrezca esa obra en ciertos territorios, lo cual tiene que ver con otros contratos o con traducciones o subtítulos, o bien regulaciones sobre los contenidos de las plataformas relacionados con el orden público de cada jurisdicción.

Así, la información facilitaría la resolución de muchas de las dificultades presentadas en la Parte 2 sobre el marco jurídico de este Proyecto, considerando que en los países de la región la obra audiovisual es una obra en colaboración y no una obra colectiva. La falta de homogeneidad en la información aumenta la incertidumbre, ya de por sí inherente al tipo de obra. Por tanto, como indicación general, todo dato que se refiera a un interés de ejercicio de los derechos, recaudación, reparto o respeto de derechos morales debería figurar en la información. Estos datos deberían ser:

- Título de la obra, en los distintos idiomas y alfabetos de acuerdo con el país de exhibición.
- Características de la producción: duración de la OA, lugares de producción, fecha de finalización, de estreno, categoría de la obra (largometrajes, series, documentales, cortometrajes, multimedia, entre otros).
- Nombre e identificación comercial de los productores y coproductores.
- Titular de los derechos, con indicación de los territorios de explotación.
- Modos de explotación o derechos concedidos, especialmente el de puesta a disposición, y plazos de inicio y finalización para cada uno de ellos.
- Autores: guionistas, director, compositores de la banda musical o de la música preexistente sincronizada, ilustradores y dibujantes.
- Intérpretes audiovisuales, tanto de la versión original como de los actores de doblaje para las versiones adaptadas.
- Autores y editores musicales, intérpretes musicales y titulares de los fonogramas de la música preexistente sincronizada.
- Versiones: subtítulo, doblado a cierto idioma, versiones para televisión, para medios de transporte, para discapacitados visuales o auditivos.

- Información regulatoria, como la edad de la audiencia.
- Contenidos relacionados, como el “detrás de cámara”, *trailers* o escenas no incluidas en la versión final.
- Información relativa al soporte, para los sistemas jurídicos que establecen derechos sobre el videograma, independientes a los del productor audiovisual.
- Números o códigos que representen la información anterior.

Los metadatos pueden definirse como los datos que representan y describen los atributos de un recurso, en este caso, un objeto audiovisual.

2.3. De la información a los metadatos en las OTT

Gran parte de esta información se encuentra adosada a la misma OA, lo cual tradicionalmente se hace a través de los denominados “créditos”. Sin embargo, no toda la información de los créditos será necesaria a los fines de la gestión de la OA ni forma parte de los números estándar internacionales.²⁵ Muchas veces, la identificación de la obra por un dato o código uniforme podrá ser suficiente si luego esa información puede ser complementada en un segundo paso mediante su vinculación a una o más bases de datos.

Actualmente, en los formatos digitales, la información indicada se incorpora como metadatos en el código de cada obra en lenguaje binario. Los metadatos pueden definirse como los datos que representan y describen los atributos de un recurso, en este, caso un objeto audiovisual.²⁶ También pueden estar recolectados en una base

25 Así, por ejemplo, los nombres de muchos participantes que figuran en los créditos no estarán en la identificación de la OA disponible en una plataforma de OTT, como directores de fotografía, diseñadores de arte, vestuaristas, maquilladores, diseñadores de efectos especiales, escenógrafos, entre otros. Esto se debe a que sus aportes, en caso de tener contenido creativo, son cedidos al productor como resultado de un contrato de trabajo o por cesión a “tanto alzado” y no hay derechos de remuneración a gestionar luego al momento de la explotación.

26 Cfr. International Association of Sound and Audiovisual Archives, <https://www.iasa-web.org/task-force/7-metadata>. Para el concepto de metadatos en

de datos separada, con o sin vínculo con la obra. Hay dos tipos de metadatos: por una parte, los llamados *descriptive metadata* tienen relación con el acceso, uso y disfrute de la obra y son los usualmente utilizados por los buscadores o por los motores internos de las plataformas cuando un usuario realiza una búsqueda. Por otra parte, están los *administrative metadata*, referidos a permisos de distribución, titularidad, participantes y contratos. Estos últimos son relevantes para la administración de derechos.²⁷

La carga del contenido mismo y la información que lo identifica se hace a través de los mecanismos establecidos por las plataformas, que no son uniformes ya que cada una recupera e interpreta los datos de distinto modo. Aunque los metadatos estén incorporados en un formato estándar, como el XML (*extensible markup language*), cada una los extrae y aprovecha de acuerdo con su propio flujo de trabajo, tanto por la arquitectura y modelo de negocio de cada una de ellas como por las medidas de seguridad que deben adoptar los productores (*partners*) para que los contenidos no se difundan fuera del ecosistema de la plataforma.²⁸

A modo de ejemplo, cuando Amazon Prime Video (www.primevideo.com) adquiere o resulta licenciataria de una OA para su distribución, establece cómo debe presentarse el conjunto de metadatos que identifican cada contenido. El listado de metadatos y el formato de estos son propios de esa plataforma, de acuerdo con las especificaciones técnicas predispuestas.²⁹ El *partner* ingresa de modo personalizado y realiza la carga siguiendo el procedimiento establecido. Además de los datos generales, luego se agregan requerimientos particulares por el territorio de distribución, ligados por lo general al idioma y al subtítulo, lo que incidirá en la monetización del contenido. El idioma de los metadatos junto con el nombre del título,

general y su uso en el ámbito digital, cfr. Baca (2016).

27 Cfr. Rendina (s.f.).

28 A modo de ejemplo, aquí se pueden ver las medidas de seguridad impuestas por Netflix: https://partnerhelp.netflixstudios.com/hc/en-us/articles/1500000132801-Netflix-Studio-InfoSec-Guidebook-for-Productions#h_01ES2124VV6F6DWWY8HRKVC210F.

29 Cfr. https://videodirect.amazon.com/home/help?topicId=GG5QNX4NA2ME-WRAA&ref_=avd_sup_GG5QNX4NA2MEWRAA.

la sinopsis, el audio o los subtítulos de cierto contenido determinan las ubicaciones en las que se puede publicar. Todos ellos deben coincidir con el idioma de los metadatos para poder ser distribuido en una ubicación determinada. El proceso debe repetirse tantas veces como idiomas de publicación estén disponibles. La indicación es la siguiente:

Opciones de disponibilidad. Puede seleccionar en qué territorios el título estará disponible y cómo estará disponible para los clientes de Amazon. Recuerde que las ubicaciones aptas dependen del idioma de los metadatos que haya seleccionado al añadir el título. Para obtener más información, consulte Información sobre los ingresos.

De aquí surgirá, por ejemplo, si el contenido estará disponible para venta y alquiler (TVOD) o también en la plataforma Prime (SVOD).

Entre los metadatos se incluye qué formatos están disponibles para ese contenido, de modo que la plataforma pueda adaptar la distribución al dispositivo del usuario, ya sea mediante detección automática o por elección del consumidor. Los metadatos en general se contrastan con la información disponible en Internet Movie Database (IMDb), una base de datos que suele contar con información ya verificada. Cuando el productor, la plataforma o el agregador deban dar de alta un contenido para el que no se cuenta con metadatos suficientes, se pueden utilizar los servicios de agencias como Gracenote (www.gracenote.com), que cuenta con un centro de metadatos y toma a su cargo verificar la conformidad con IMDb. Además, Gracenote agrega descriptores conceptuales sobre el contenido mismo, los que facilitan las búsquedas del consumidor y el procesamiento de la información mediante *machine learning*, para, por ejemplo, permitir la comparación de catálogos de distintas plataformas. Como se indicó en el estudio de caso sobre los agregadores, estos no pueden tener un margen de acierto inferior al 97% de *assets* (obra, doblaje, subtítulos, etc.) para continuar siendo aceptado en una plataforma SVOD.

Publishing Requirements Checklist

All titles must include the following metadata and assets before they can be successfully published to the Prime Video Catalog.

Asset Name	Description	Support Page Link
Title Name	This is how customers will be able to identify and search for your title. The title name must be displayed on your graphic assets exactly as it's entered in this field.	Title Name
Category	This indicates the type of programming and usually corresponds to its duration (like movie, short film, educational, or clips). If your content doesn't fall into one of our defined categories, the content is ineligible for submission via Prime Video Direct.	Category Definitions
Title Metadata Language	This is the language of the Title Name , synopsis, and title details. Available locations are based on the metadata language you select when adding a title. You can only select one metadata language per title and it can't be changed after selected.	Location Requirements
Synopsis	This is a short description of your title, what it's about, and how to describe it. The Synopsis is presented to customers when they view the title detail page so it's best to make it both informative and interesting.	Synopsis
Genre	Genres help viewers know the stylistic format they can expect (like science fiction, comedy, or drama). We also use them in search, personalization, and categorization of content. Note: Prime video may add or remove genres to improve discoverability.	Genre Definitions
Country of Origin	The most significant factor to consider when determining the country of origin of a work is the place of establishment of the production company (or companies).	Country of Origin
Rating	Regulators or organizations in each marketplace create ratings criteria for movies and TV shows, however if your title is not officially rated, you must select Suggested Rating - Title not officially rated .	Rating
Cast and Crew Information	A minimum of one crew member must be added, but we recommend that you also enter at least key actors for improved search discoverability on Prime Video. If you're publishing a movie or TV show, then you must provide a Director.	Cast and Crew
Mezzanine File	Prime Video Direct supports video resolutions up to 1920x1080p. (4K UHD content isn't supported at this time.) Our software automatically adjusts the delivery streams to a resolution appropriate to the customer's device and connection speed.	Mezzanine Requirements
Captions File	Amazon is a customer-obsessed company and captions help ensure a consistent viewing experience for all customers, including those who might be hearing-impaired, are non-native English speakers.	Caption Requirements
Key Art	Key art represents your title on Prime Video. Key art is required in two aspect ratios for episodic and standalone titles and must display your exact title name.	Art Requirements
Availability Options	You can select which territories and how you want to make your title available to Amazon Customers (remember, eligible locations depend on the metadata language you selected when adding your title).	Royalty Information

4 prime video direct

Figura 1. Metadatos establecidos por Amazon Prime Video (fuente: PowerPoint Presentation (media-amazon.com)).

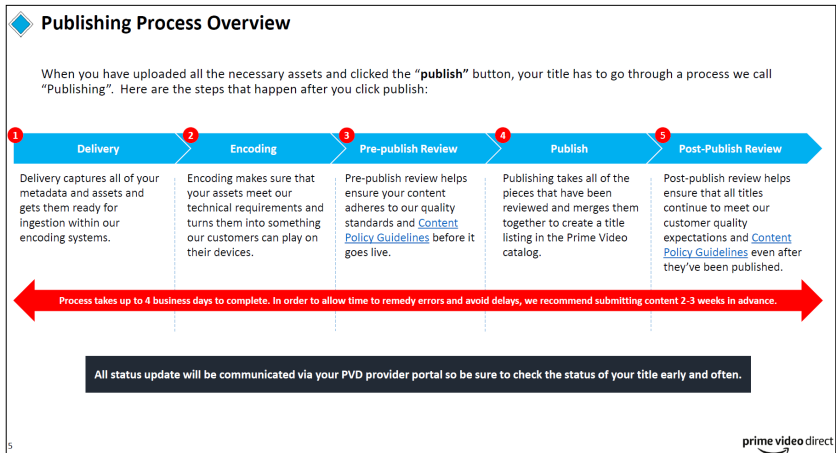


Figura 2. Proceso de publicación establecido por Amazon Prime Video (fuente: PowerPoint Presentation (media-amazon.com)).

Los requisitos no son iguales en todas las plataformas; los productores, distribuidores o agregadores podrán utilizar las API disponibles en las bases de datos para importar la información existente.³⁰ En caso contrario, deberán realizar la adaptación o carga manual de acuerdo con las herramientas que se utilicen en cada caso para

30 API es el acrónimo de *application programming interface*. Son conjuntos de

compartir datos. Por ejemplo, el Netflix Metadata Template requiere como primer dato el EIDR de la OA.³¹ Entre otros requerimientos, los datos dependerán de que se trate de producciones originales o licenciadas, como el caso de “Netflix Original Series”. Hay una directa relación entre el modo de presentar los créditos y los metadatos.³² A su vez, el productor o su agente deben incluir descriptores relacionados con la calificación del contenido: si el lenguaje es inconveniente, si hay escenas de sexo o abuso de drogas, si es apropiado para menores de edad, entre otros. Esas calificaciones pueden ser importadas desde un organismo oficial de calificación que disponga de una API para intercambio de datos.

Finalmente, se deben subir igualmente las imágenes o portadas por las cuales la OA o el episodio va a ser identificado, de acuerdo con los requisitos técnicos de cada plataforma. Los distintos contenidos, con orígenes muy diversos, requieren cierta uniformidad para facilitar al consumidor la búsqueda y la fidelización a la plataforma.

Un aspecto a tener en cuenta es que los metadatos cumplen además una función técnica en relación con la arquitectura del sistema y la distribución del contenido y no solo para su identificación a los fines administrativos, comerciales o jurídicos. Esto se debe, entre otras cosas, a que el *delivery* del contenido no se hace mediante la descarga de un único archivo o flujo de datos, sino la combinación sincronizada de imagen, sonido y subtítulo, aun cuando desde el lado del usuario aparezca un solo título en la *playlist*. Los metadatos que identifican cada archivo o flujo permiten la adecuada combina-

solicitudes estandarizadas que permiten que diferentes programas informáticos se comuniquen entre sí. Las API establecen la forma adecuada para que un desarrollador solicite servicios de un programa. Están definidos por los programas receptores, facilitan el trabajo con otras aplicaciones y permiten que los programas se comuniquen a través de diferentes plataformas informáticas. Cfr. Encyclopaedia Britannica, <https://www.britannica.com/technology/API>.

31 Cfr. <https://partnerhelp.netflixstudios.com/hc/en-us/articles/215620267-All-Metadata-Templates>.

32 Para los productores, agregadores, distribuidores y todos los actores del ecosistema de Netflix es de aplicación obligatoria el Full Licensed Technical Specification, disponible en: <https://partnerhelp.netflixstudios.com/hc/en-us/articles/215148917-Full-Licensed-Technical-Specification-v9-1>.

ción y ensamblado. Por tanto, los mismos metadatos son el recurso técnico que facilita la edición de los contenidos y la entrega de un producto que cumpla con los requisitos de calidad y las necesarias adaptaciones territoriales o idiomáticas.³³ Tal vez este sea el principal obstáculo para lograr una plena uniformidad y universalización del *dataset* y formato de los metadatos: los requisitos técnicos de cada plataforma y el modelo de negocio.

En el caso de Netflix, por ejemplo, utilizan el Interoperable Master Format (IMF) como mecanismo estandarizado de entrega de contenidos.³⁴ El procedimiento comienza con el *ingestion system*, que procura asegurar la integridad de los archivos que contienen imagen y sonido junto con los metadatos que los identifican. Luego, los archivos verificados se decodifican y se vuelven a codificar para configurar los flujos de salida, incluyendo los DRM correspondientes. El proceso permite combinar en una línea de tiempo distintos flujos que requieren ser sincronizados. El esquema general puede verse a continuación:

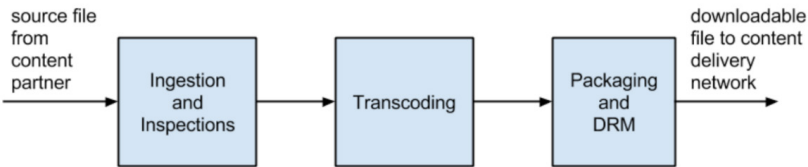


Figura 3. (Fuente: The Netflix Tech Blog).³⁵

Los metadatos incorporados a la OA se encuentran protegidos como “información sobre la gestión de derechos” en los términos del artículo 12 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT o TODA), en la medida en que “estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra”.

33 Respecto a la necesidad de incluir datos específicos para las versiones de acuerdo con requerimientos territoriales, cfr. <https://netflixtechblog.com/imf-a-prescription-for-versionitis-e0b4c1865c20>.

34 Cfr. <https://partnerhelp.netflixstudios.com/hc/en-us/articles/360002018547-Interoperable-Master-Format-IMF-Overview>.

35 Cfr. <https://netflixtechblog.com/the-netflix-imf-workflow-f45dd72ed700>.

2.4. Normativa en la región que se refiere a la información para la gestión de derechos

Los aspectos informativos de la OA e incluso la obligación de hacer uso de sistemas de información homogéneos por el uso de obras audiovisuales en las plataformas OTT puede estar previsto en la legislación vigente, ser parte del cumplimiento de contratos o bien objeto de órdenes judiciales en casos particulares.

Desde el punto de vista legislativo y judicial, estos aspectos cambian de jurisdicción en jurisdicción, debido a la territorialidad de los derechos. Dicho principio fue reconocido en la reciente reforma legislativa del Perú, cuando al sancionarse el nuevo régimen de promoción del cine se estableció que “La distribución de obras cinematográficas y audiovisuales que se realice a través de plataformas digitales, cuyo consumo final tenga lugar en el *territorio nacional*, se regula de acuerdo a lo previsto en las normas específicas peruanas”.³⁶ La norma mencionada, al indicar que “cuyo consumo final tenga lugar en el territorio nacional, se regula de acuerdo a lo previsto en las normas específicas peruanas”, está ratificando la aplicación del principio de territorialidad. Las regulaciones nacionales, por tanto, podrían obligar a los usuarios a brindar información en el territorio de consumo final, así como los deberes y derechos de los titulares o sus representantes sobre los catálogos y repertorios.

2.4.1. Obligaciones de registro

El registro de las OA y los contratos no es un requerimiento de la normativa internacional, debido a que el artículo 5.2 del Convenio de Berna establece que “el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra”. Esta cláusula del Convenio es interpretada como una manifestación

36 República del Perú, Decreto de Urgencia 022-2019, que Promueve la Actividad Cinematográfica y Audiovisual, artículo 22.2, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* del 8 de diciembre de 2019, disponible en: https://busquedas.elperuano.pe/download/full/3HemirU0aFaBk9_1N1ISaF. Énfasis agregado.

del principio general de que la protección en derecho de autor es automática y nace con la creación. Sin embargo, el registro voluntario y declarativo cumple con finalidades jurídicas, sociales y económicas relevantes.³⁷ Además del registro voluntario, disponible en todos los países objeto del estudio, en algunos casos existen también registros exigidos para ciertas finalidades públicas, como el fomento de la producción audiovisual, el control de taquilla, el cumplimiento de la “cuota de pantalla” o para verificar las restricciones por horario o edad para las OA emitidas por organismos de radiodifusión. Sin embargo, dentro de la finalidad de este estudio, también podrían considerarse funciones nuevas o ampliadas de estos registros para facilitar el funcionamiento de los mercados en el ámbito digital globalizado de contenidos.³⁸

Encontramos algunas disposiciones nacionales que obligan a registrar la obra audiovisual a los fines de que el productor se beneficie de los regímenes de fomento, como es el caso de Perú. En Ecuador, el Instituto del Fomento a la Creatividad y la Innovación (IFCI, antes

37 La discusión respecto a las ventajas del registro de las obras protegidas por derecho de autor o bien la ausencia total de formalidades está lejos de haberse agotado. Muchas de las consideraciones respecto a las funciones y ventajas del registro –con especial referencia a la práctica de EUA– han sido analizadas por Gervais y Renaud (2013).

38 Cfr. Van Gompel (2011, p. 9). A modo de ejemplo, el registro de la OA en China facilita el combate de la piratería. La ley de comercio electrónico de China prevé en su artículo 42 que “Where IPR holders perceive an infringement of their IPRs, they have a right to notify e-commerce platform business operators to take necessary measures such as deleting, blocking or disconnecting links and terminating transactions or services. The notices shall include preliminary evidence relating to the infringement”. La “evidencia preliminar” privilegiada es el registro de los derechos de autor, mediante simples y económicos procedimientos. Cfr. <http://ipkitten.blogspot.com/2019/01/new-chinese-e-commerce-law-and-its.html>. En 2018, se efectuaron 3457338 registros de derecho de autor en China. Adicionalmente, en ese país los registros facilitan el uso de los llamados *content ID*, que utilizan las plataformas de monitoreo de contenidos en la red con una eficacia mayor al 95% en la baja de contenidos en infracción. Cfr. <http://ipkitten.blogspot.com/2017/05/the-popular-china-copyright-monitoring.html>. Para mayor información del sistema de baja de contenidos en China, cfr. Friedmann (2017). Énfasis agregado.

ICCA) también requiere el registro previo de las OA en el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) respecto a las obras que participan en el concurso de selección del Fondo Nacional de Cine.³⁹ En Argentina hay que mencionar la obligatoriedad de la inscripción de los contratos: “La enajenación o cesión de una obra literaria, científica o musical, sea total o parcial, debe inscribirse en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual, sin cuyo registro no tendrá validez” (artículo 53 de la Ley 11723). Si bien la norma pena de modo severo la falta de inscripción, la jurisprudencia y la doctrina han interpretado que el efecto es la falta de oponibilidad frente a terceros.⁴⁰ Esta norma ha sido aplicada en casos de derecho sucesorio o concursos y quiebras de productores audiovisuales para determinar qué obras integran el patrimonio del productor. Además de esta norma genérica, el artículo 34 establece que “Las cesiones totales o parciales de derechos temporales o espaciales de explotación de películas cinematográficas sólo serán oponibles a terceros a partir del momento de su inscripción en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual”. De aquí que las inscripciones de contratos sean fundamentales en los *clearance* de la cadena de derechos, especialmente para la exhibición en salas extranjeras, aunque la información de estos contratos no figure luego en los metadatos incorporados en la OA.

Por su parte, Brasil exige que las OA de producción nacional sean registradas ante ANCINE como requisito previo para la obtención del número que las identifica con el Certificado de Producto Brasileiro (CPB).⁴¹ Para obtenerlo hay que dar de alta información básica, como

39 Cfr. Resolución Nro. 012-DE-ICCA-2018, artículo 10.6, disponible en: <http://www.creatividad.gob.ec/certificacion-de-origen-nacional-independiente-de-obras-cinematograficas-y-audiovisuales-para-personas-naturales/>.

40 Cfr. Sommaruga (2017, pp. 93 y ss.). Los registros o inscripciones de contratos sobre la obra audiovisual resultan muy relevantes por cuanto algunas legislaciones los requieren para oponer esos derechos a terceros, en el caso de cesiones, situaciones vinculadas al derecho de familia (separaciones, divorcios, sucesiones hereditarias), procesos falenciales (quiebras y concursos), o bien el uso de la obra o sus derechos para estructuras financieras (fideicomisos, emisión de fondos de inversión).

41 Cfr. Passo a passo para emissão do CPB | Página de Lista | ANCINE | Agência Nacional do Cinema | Ministério do Turismo | Governo Federal.

el título de la obra, categoría y tipo de obra, una sinopsis, duración, nombre de productores y coproductores con el porcentaje de titularidad de derechos de cada uno, director, otros autores (guión, música, ilustraciones), participantes (sonidistas, iluminadores, directores de fotografía), así como otras empresas de servicios contratadas para la producción de la obra. Se deben adjuntar asimismo los contratos celebrados en el proceso de producción y para su explotación, los que no se hacen públicos y sus términos solo están disponibles para los productores y otras partes interesadas. También se deben declarar los números de los expedientes iniciados para la aprobación de los fondos de fomento de ANCINE o del Fondo Sectorial del Audiovisual.

Los registros de ANCINE, a su vez, requieren el previo registro de la OA en la Biblioteca Nacional, que actúa como autoridad de registro de los derechos de autor para todo tipo de obras. El formulario para dicho registro es genérico y no contiene especificaciones para la OA que resulten útiles para la gestión de derechos.⁴²

El CPB es una prueba de origen brasileño y de que la OA es una producción independiente. El número del CPB debe utilizarse obligatoriamente para emitir los reportes sobre exhibición en salas de cine. Es el documento más importante para los productores, exhibidores, canales de televisión para demostrar: a) en el caso de una empresa productora que utilizó fondos públicos para la producción, que la obra es brasileña o brasileña/independiente y que cumple con los requisitos legales para ambas, es decir, adquirir la nacionalidad brasileña y utilizar los subsidios públicos de producción e incentivos fiscales; b) en el caso de un canal de televisión abierta o un canal de cable, que están cumpliendo con las cuotas obligatorias al emitir o exhibir contenido brasileño o brasileño/independiente.⁴³ Si bien el CPB muestra quiénes son los titulares de los derechos de una determinada obra audiovisual y su porcentaje, no hay más información a efectos de la propiedad intelectual.

42 Cfr. <https://www.bn.gov.br/servicos/direitos-autorais>. Aquí pueden consultarse los requisitos del formulario de registro: https://www.bn.gov.br/sites/default/files/documentos/diversos/2015/1208-registroouaverbacao/registro-ou-averbacao-579_0_0_0_0_0_0.pdf.

43 Cfr. <https://www.gov.br/ancine/pt-br/assuntos/noticias/ancine-publica-duas-instrucoes-normativas-sobre-cpb-e-crt>.

Brasil exige además la obtención del Certificado de Registro de Título (CRT) a través del Sistema ANCINE Digital (SAD, <http://sad.ancine.gov.br>), tanto para obras nacionales como extranjeras. El CRT tiene por finalidad demostrar que quien explota la OA pagó el tributo requerido para esa ventana o segmento de mercado específico. La ley brasileña exige que todos los agentes de la industria audiovisual paguen un impuesto destinado a financiar el fomento de la industria audiovisual (distribución, producción, etc.): es el llamado Fondo Setorial Audiovisual. Debe ser erogado antes de la exhibición pública. El SAD permite asociar el CPB en el registro de CRT y, de ese modo, se importa la información ya cargada. Se declara adicionalmente el segmento del mercado al que está destinada la OA, como exhibición en sala, TV abierta, TV paga y “otros mercados”, que incluyen el TVOD y el SVOD. También se debe solicitar el CRT para obras de terceros que serán licenciadas, informando el período de la licencia y adjuntando el respectivo contrato.

Certificado de Produto Brasileiro		
N° B20-004844-00000		
<p>A AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE, conforme inciso XIII do Art. 7º da Medida Provisória nº 2.228-1, de 06 de setembro de 2001, com redação introduzida pela Lei nº. 10.454, de 13 de maio de 2002, e conforme Decreto nº4.456, de 04 de novembro de 2002, confirma que constitui obra audiovisual brasileira o produto identificado neste Certificado, válido como documento de origem para exportação. Este documento não atesta regularidade em relação à utilização de recursos públicos, inclusive para fins de prestação de contas. As informações desse certificado podem ser conferidas no portal da Ancine, www.ancine.gov.br</p>		
Título Original	PROTETORES DA FLORESTA	
Classificação	BRASILEIRA INDEPENDENTE CONSTITUINTE DE ESPAÇO QUALIFICADO	
Tipo	DOCUMENTÁRIO	

Figura 4. Ejemplo de CPB (fuente: ANCINE).

Os capítulos/Episódios abaixo fazem parte deste certificado de produto brasileiro:

Título Original	PROTETORES DA FLORESTA	
CPB Nº	B20-004844-00000	
Temporada	Episódio nº	CPB nº
01	001	B20-004844-00001
01	002	B20-004844-00002
01	003	B20-004844-00003
01	004	B20-004844-00004

Figura 5. Ejemplo de CPB (fuente: ANCINE).

CERTIFICADO DE REGISTRO DE TÍTULO
CRT Nº 2020012554000005



Válido para o segmento de mercado **COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA DE MASSA POR ASSINATURA (TV PAGA)**

A AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE, conforme inciso XIII do art. 7º da Medida Provisória nº 2.228-1, de 06 de setembro de 2001, com redação introduzida pela Lei nº 10.454, de 13 de maio de 2002, atesta que o título abaixo identificado foi registrado nesta Agência.

Requerente	JACKIE SHOR PROJECTS - PROJETOS	CNPJ/CPF 23.194.696/0001-30
CPB/ROE Nº	B20-001392-00000	
Título Original	CHOCOLIX - SEGUNDA TEMPORADA	

Figura 6. Ejemplo de CRT (fuente: ANCINE).

Os capítulos/Episódios abaixo fazem parte deste certificado de registro de título:

Título Original	CHOCOLIX - SEGUNDA TEMPORADA	
CRT Nº	2020012554000005	
Válido para o segmento de mercado	COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA DE MASSA POR ASSINATURA (TV PAGA)	
Episódio nº	CPB/ROE nº	CRT nº
1	B2000139200001	2020-012554-00001-3
2	B2000139200002	2020-012554-00002-1
3	B2000139200003	2020-012554-00003-0
4	B2000139200004	2020-012554-00004-8
5	B2000139200005	2020-012554-00005-6
6	B2000139200006	2020-012554-00006-4
7	B2000139200007	2020-012554-00007-2
8	B2000139200008	2020-012554-00008-0
9	B2000139200009	2020-012554-00009-9
10	B2000139200010	2020-012554-00010-2
11	B2000139200011	2020-012554-00011-0
12	B2000139200012	2020-012554-00012-9
13	B2000139200013	2020-012554-00013-7

O registro do título da obra não implica reconhecimento, a favor do contribuinte, de direito real, autoral ou patrimonial sobre a obra.

Figura 7. Ejemplo de CRT (fuente: ANCINE).

Sin embargo, estos registros a los que nos hemos referido y los números resultantes no cumplen con estándares internacionales y resultan poco útiles para la gestión de derechos en el ámbito digital. Su aplicación es solo a los fines administrativos o probatorios. Si bien configuran una base de datos de consulta pública, no generan metadatos que puedan servir para realizar un seguimiento de la OA en sus distintas explotaciones ni son interoperables. Una conclusión preliminar, por tanto, es que los registros de obras y contratos, en su estado actual, no cumplen con la finalidad de identificar universalmente la obra y los derechos resultantes para poder gestionar la explotación en el ámbito digital. Una posibilidad por considerar es que estos registros se articulen con otros de tal manera que integren un único flujo de información y bases de datos públicas en formatos interoperables.

2.4.2. Obligación de emitir reportes por la explotación de las obras

En los países objeto de estudio no se encuentra una norma equivalente a los artículos 17 y 19 de la Directiva sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital, la cual exige el envío de informaciones sobre el uso de la obra.⁴⁴ En caso de existir algún tipo de obligación, esta debería surgir de los contratos entre productores y distribuidores con las plataformas. Como ya se destacó en la Parte 4 del estudio sobre las prácticas contractuales, no fue posible acceder a ninguno de ellos debido a la confidencialidad que suelen pactar las partes. Incluso en supuestos de gestión colec-

44 Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital, artículo 19. 1. “Los Estados miembros se asegurarán de que los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes reciban periódicamente, y por lo menos una vez al año, teniendo en cuenta las características específicas de cada sector, información actualizada, pertinente y exhaustiva sobre la explotación de sus obras e interpretaciones o ejecuciones por las partes a las que hayan concedido licencias o cedido sus derechos, o de los derechohabientes de estos, especialmente en lo que se refiere a los modos de explotación, la totalidad de los ingresos generados y la remuneración correspondiente”.

tiva obligatoria de derechos, las mismas SGC o las plataformas no informan al público sobre los usos o recaudaciones, a diferencia de lo que sí ocurre con la taquilla de la exhibición en cines o incluso con la liquidación de derechos de los organismos de radiodifusión.

Sin embargo, la confidencialidad impuesta o negociada por una de las partes no debería ser un obstáculo para otros intereses legítimos de terceros, como el adecuado conocimiento de la tasa de uso de cada obra en los distintos canales de distribución. Así, la difusión de la taquilla de exhibición en salas cinematográficas, el *rating* alcanzado por un programa emitido por una señal televisiva, el público de un concierto son ejemplos de datos que no afectan la privacidad de los participantes o usuarios y brindan información adecuada para la gestión de derechos.

Por el contrario, sí hay conocimiento de los términos y condiciones de algunas plataformas, debido a que son públicos. Cuando una plataforma implementa una buena práctica o exige ciertos requerimientos para el acceso y disfrute, o bien establece términos y condiciones, en definitiva, estos documentos constituyen disposiciones contractuales, ya que requieren que los titulares o los usuarios acepten dichos términos y condiciones mediante su adhesión, como en el caso de Content ID de YouTube, que analizaremos más adelante.

Adicionalmente, también se debe considerar que la información de la OA o la incorporación de los metadatos en los *masters* es una exigencia de las plataformas, a los fines de que los contenidos puedan ser distribuidos de modo homogéneo. Dicha exigencia suele estar a cargo de los agregadores, como se advirtió en la Parte 4 sobre las Prácticas Contractuales y el estudio de caso sobre los agregadores, ambos parte de este Proyecto.

2.4.3. Obligaciones informativas en relación con la gestión colectiva

En algunos de los países objeto de este estudio se encuentran algunas disposiciones relativas a la información requerida para la gestión colectiva de derechos. En Brasil, la Ley 9610 del 19 de febrero de 1998, en su artículo 98 § 9 (incluido por la Ley 12853 de 2013) establece que “Las asociaciones deben poner a disposición un sistema

de información para la comunicación periódica, por parte del usuario, de la totalidad de las obras y fonogramas utilizados, así como para el seguimiento, por parte de los titulares de derechos, de los valores recaudados y distribuidos”.⁴⁵ Este acápite tiene relación con otras obligaciones a cargo de las SGC, en los § 6, 7 y 8, por las cuales las SGC deben

dar publicidad y transparencia, a través de sitios electrónicos propios, a las formas de cálculo y criterios de cobro, discriminando, entre otra información, el tipo de usuario, tiempo y lugar de utilización, así como los criterios de distribución de los valores de los derechos de autor recaudados, incluidas las planillas y otros registros de uso de las obras y fonogramas suministrados por los usuarios, excepto los valores distribuidos a los titulares individualmente.⁴⁶

La misma legislación, en su inciso 4, indica que

El cobro será siempre proporcional al grado de utilización de las obras y fonogramas por parte de los usuarios, considerando la importancia de la ejecución pública en el ejercicio de sus actividades y las particularidades de cada segmento, conforme lo dispuesto en el reglamento de esta Ley.

Luego, en la reglamentación del Decreto 8469 del 22 de junio de 2015, se establece en el artículo 16:

Es responsabilidad de las asociaciones poner a disposición un sistema de información para la comunicación periódica, por parte del usuario, de la totalidad de obras, interpretaciones o ejecuciones, y fonogramas utilizados.⁴⁷

45 Texto del acuerdo con la traducción disponible en WIPO Lex: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br224es.pdf>.

46 Artículo 98-B.I, incluido por la Ley 12853 de 2013.

47 Reglamentación de la Ley 9610 del 19 de febrero de 1998 y la Ley 12853 del 14 de agosto de 2013, para disponer sobre la gestión colectiva de derechos de autor.

En un nivel legislativo inferior, encontramos la Instrucción Normativa N° 1 del Ministerio de Cultura, de 4 de mayo de 2016, en la que se establece la obligación de informar por parte de los usuarios que realizan ejecución pública de obras musicales y fonogramas incluidos en producciones audiovisuales. Se encuentran alcanzadas las empresas de exhibición cinematográfica, las empresas distribuidoras de servicios de comunicación audiovisual de acceso condicionado y los proveedores de aplicaciones de internet. En el caso de las salas de cine, deben entregar a las SGC la información de las obras u otras producciones audiovisuales exhibidas en el mes anterior. Los operadores de servicios restringidos de TV deben informar la lista completa de los canales de programación distribuidos a los abonados, identificando el número de registro del programador o generador y el respectivo canal en ANCINE. En el caso de plataformas de internet, deben informar el título de las obras u otras producciones audiovisuales utilizadas en el territorio nacional.

Asimismo, en el artículo 3° se indica que las SGC pueden obtener la lista completa de las obras y demás producciones audiovisuales nacionales difundidas en los canales de las empresas de programación del sitio de la Agencia Nacional de Cinematografía. Luego, en el artículo 4°, se establece cómo deben identificarse las obras musicales y fonogramas insertados en las obras y otras producciones audiovisuales nacionales. Respecto a la música incluida en obras audiovisuales de producción extranjera, la información será provista por las SGC del país de origen con quienes mantengan un acuerdo de representación recíproca. De modo complementario, la Instrucción Normativa N° 2 del Ministerio de Cultura, de 4 de mayo de 2016, establece procedimientos complementarios para la recaudación por ejecución pública de obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en internet.

Otra norma relevante la encontramos en Ecuador, en el artículo 257 del Código INGENIOS,⁴⁸ que indica:

Artículo 257.- De la obligación de llevar registro los organismos de radiodifusión, televisión o cable.- Todos los organismos de ra-

48 República del Ecuador (2016).

diodifusión, televisión o cable y en general quienes realicen comunicación al público de obras, interpretaciones o ejecuciones, emisiones o fonogramas protegidos, con fines comerciales y que realicen una selección detallada de los materiales que comunican directamente al público, deberán llevar catálogos, registros o planillas mensuales en las que se registrará por orden de difusión, el título de las obras difundidas y el nombre de los autores o titulares de los derechos de autor y derechos conexos que correspondan y sean de su conocimiento. Dichos catálogos, registros o planillas deberán ser remitidos a cada una de las sociedades de gestión colectiva y a la entidad única recaudadora de los derechos por comunicación pública para los fines establecidos en este Capítulo. La sociedad de gestión colectiva deberá otorgar recibos o constancias que den cuenta de la recepción de los catálogos, registros o planillas de los que trata el presente artículo.

Dicho artículo se aplica a los organismos de radiodifusión y a los exhibidores en salas de cine. Sin embargo, es de dudosa aplicación a las OTT, ya que estas por lo general realizan puesta a disposición y no comunicación pública. Si bien para los autores la comunicación pública incluye la puesta a disposición (artículo 8 del TODA), no es igual para los titulares de derechos conexos, ya que ambos derechos están bien diferenciados (artículos 10 y 14 del TOIEF y artículos 10 y 11 del Tratado de Beijing). De acuerdo con la norma transcrita, los datos que deben incluir las planillas son muy básicos; sin embargo, nada impide que las SGC y los usuarios acuerden algún formato que permita identificar de modo inequívoco a las obras emitidas o comunicadas.

El Reglamento del Código INGENIOS cuenta también con una obligación informativa aplicable a las OA, en cabeza de las SGC. Por el artículo 115 están obligadas a crear y “mantener actualizada una base de datos con información clara y precisa de las obras, interpretaciones o ejecuciones, emisiones o fonogramas cuyos derechos de autor o derechos conexos gestionan...”. Deberá ser de acceso público y disponible en línea y constarán los titulares de las obras, las obras y las tarifas por cada tipo de utilización y categoría de usuario.

También deberán disponer para conocimiento de sus socios los usos reportados por cada obra y los métodos aplicados para la distribución.⁴⁹ Entendemos que esta norma también es aplicable a la gestión de derechos por usos de las OA en las plataformas digitales de VOD.

2.5. La información sobre explotación de la obra en salas (theatrical)

En el mercado audiovisual la primera ventana de explotación fue la sala de exhibición, el cinematógrafo. De acuerdo con la práctica, que no ha tenido grandes cambios en los aspectos esenciales desde sus inicios, el distribuidor, bajo autorización del productor, contrata con el exhibidor dueño o gestor de la sala, ya que es el titular/licenciatarario del derecho exclusivo para un territorio, tiempo y tipo de uso determinado (Aft y Renault, 2011, p. 78).⁵⁰ El contrato entre el productor o distribuidor y los exhibidores exige información puntual y precisa de la taquilla, ya que el modo usual de remunerar esa explotación es mediante un porcentaje de la recaudación.

Tanto la liquidación de dicha remuneración como las garantías y anticipos se suelen pactar en un porcentaje de la venta de *tickets*. La información es relevante porque, a su vez, impacta en otros contratos, como el de los productores, algunos actores y otros titulares que reciben un porcentaje de dichos ingresos, ya sea que se definan como brutos o netos. Por la gran cantidad de interesados en la información adecuada de los ingresos generados, el exhibidor debe informar diariamente la cantidad de entradas vendidas y a qué precio.

Adicionalmente, por tratarse de un mercado regulado, al menos en algunos de los países objeto de este estudio, los exhibidores tienen obligación de presentar una declaración jurada al organismo de promoción de la actividad fílmica. En el caso de Argentina, la declaración se denomina “F.700”, de acuerdo a lo indicado en la Resolución 3785/2013 del INCAA, en la que informan toda la exhibición dia-

49 Ecuador, Acuerdo No. SENESCYT-2020-077, Reglamento de Gestión de los Conocimientos, disponible en: www.registroficial.gob.ec. Año II - N° 1412, Quito, martes 22 de diciembre de 2020.

50 Asimismo, Moullier y Holmes (2007, pp. 77 y ss.).

ria.⁵¹ Las películas se informan con el código de película que otorga el INCAA en la clasificación. La planilla la dispone la autoridad de fiscalización sin injerencia del productor. Actualmente, las planillas se suben digitalmente a la plataforma del INCAA.

Figura 8. El modelo de información a brindar (fuente: INCAA).

La misma consideración cabe para Brasil respecto al cumplimiento de la cuota de pantalla de las salas de cine, establecido por el Decreto 10190, de 24 de diciembre de 2019, la que se verifica por medio del Sistema de Control de Boletería instrumentado por ANCINE, de acuerdo con la Instrucción Normativa 123, de 22 de diciembre de 2015.⁵² El exhibidor debe informar la taquilla diaria mediante el Sistema ANCINE Digital, en el que se identifican las obras de acuerdo con los códigos de registro de ANCINE. Los códigos alfanuméricos utilizados son el CPB y el ROE (Registro de Obra Estrangeira) para las obras audiovisuales extranjeras con fines comerciales. Como se puede ver, en los países objeto de este estudio los modos de identificar las obras no son universales y dificultan la gestión automatizada de la información.

Los cines, a su vez, por uso y costumbre informan diariamente las cifras que hizo cada una de las películas al fin del día a una empresa especializada en la captura y difusión de la información. En algunos casos se envían planillas y en otros los boleteros, al cerrar la caja, se comunican telefónicamente con personal de la empresa para informar las cifras. En caso de Argentina y Uruguay, el principal proveedor de este servicio es ULTRACINE (<https://web.ultracine.com/>),

51 El INCAA publica anualmente un anuario, disponible en: http://fiscalizacion.incaa.gov.ar/index_anuarios_2019.php.

52 Normativa disponible en: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/fsa>.

que actúa en nombre de los distribuidores. Esta empresa también publica sus anuarios.

Otro proveedor independiente de reportes de salas es COMSCORE. A través de su producto COMSCORE International Box Office Essentials® (IBOE), esta empresa, de presencia global, reporta los ingresos de más del 90% de la industria cinematográfica mundial.⁵³

Asimismo, es quien produce los informes de taquilla para DAFO, la autoridad peruana. El siguiente es un extracto de un informe de taquilla de Perú para 2019:

Título	Distribuidora	Estreno	Recaudación (S)	Asistencia	Género	País de origen primario	País de origen no primario	#Cines	#Pantallas	Clasificación
La Peor de Mis Bodas 2	COLOR	01/01/2019	2,153,390	215,057	Comedy	Peru		102	126	A
Máquinas Mortales	UPI	01/01/2019	1,184,834	116,702	Science Fiction	New Zealand	USA	102	107	M 14
No Mires	BFDT	03/01/2019	742,777	67,543	Suspense	USA		47	51	M 14
Dragon Ball Super: Broly	FOXI	10/01/2019	14,641,904	1,332,137	Animation	Japan		102	422	A
Ya Veremos	BFDT	10/01/2019	1,893,737	186,357	Comedy	Mexico		76	84	A
La Mula	WBI	10/01/2019	1,045,861	74,595	Drama	USA		28	34	M 14
El Silbón: Orígenes	STARFLM	10/01/2019	112,213	15,221	Horror	Venezuela	Mexico, USA	24	31	M 14

Figura 9. Informe de taquilla en Perú (fuente: DAFO <https://dafo.cultura.pe/>).

A los fines de informar a los productores y distribuidores, estos proveedores elaboran las “fichas técnicas” de cada película y para cada territorio. No utilizan números estándares internacionales como el ISAN, sino que cada distribuidor provee la información básica. Luego, la ficha se completa con los datos de cada versión local, como la calificación, duración, doblaje o subtítulo, incluso acudiendo a otras bases de datos como IMDb. Los reportes requieren que se acceda a todos los datos, de todos los cines y distribuidores y, en muchos casos, también con el detalle de cada función. Los reportes se envían principalmente al distribuidor, pero en ocasiones también se informa a los agentes o productores para los casos de distribución en varios países.

También se debe tener en cuenta la información necesaria para que las SGC puedan administrar los derechos gestionados colectiva-

53 Cfr. <https://www.comscore.com/Products/Movies/International-Box-Office-Reporting>.

mente, ya sean exclusivos o patrimoniales de simple remuneración, sean de autor o conexos y a cargo de los exhibidores. Estos deben presentar la información a cada SGC, aunque con otra periodicidad y en diferente formato. A continuación, se puede ver un modelo de liquidación de derechos de comunicación pública en salas de cine de Argentina:

CODIGO INCAA	PELÍCULA	DIRECTOR	ORÍGEN	VTA. NETA	ARANCEL			TOTAL A PAGAR
					***%	***%	***%	

Tabla 1. Planilla de liquidación de taquilla.

Como se puede observar, los reportes por exhibición en salas no son uniformes y no se encuentran centralizados. En parte porque los destinatarios en dichos informes tienen objetivos diferentes, ya que, por ejemplo, los aranceles a pagar se sustentan en diferentes derechos. Pero la información básica, es decir, las entradas vendidas y a qué precio, debería ser coincidente, ya que, de lo contrario, la inconsistencia acarrearía problemas fiscales y de cumplimiento de la normativa autoral, amén del eventual incumplimiento contractual frente a las distribuidoras.⁵⁴

2.6. La información sobre la explotación de la obra en la radiodifusión

La explotación del audiovisual mediante la radiodifusión es una actividad consolidada y madura. Cuando un productor negocia su obra o su repertorio individualmente con un organismo de radiodifusión o con un distribuidor, la información requerida es menor. Cada obra se identifica por su título y esto es suficiente a los fines de la celebración y ejecución del contrato de radiodifusión. En relación con esa obra o conjunto determinado de obras, se establecerá la cantidad de emisiones, fechas y horarios, medios (aire, cable, satélite), la eventual

54 En algunas jurisdicciones, la falsedad en los reportes acarrea además responsabilidad criminal como un caso especial de defraudación.

posibilidad de que estén disponibles en diferido, medios adicionales en los que estará disponible la señal emitida, como IPTV, entre otras. Luego se establecerá una remuneración, ya sea una suma fija o asociada a la cantidad de emisiones. Eventualmente, llegada la liquidación del contrato o de uno de sus períodos, el organismo de radiodifusión informará la cantidad de emisiones y fechas, entre otros datos. No es necesaria otra información a los fines de ese contrato; así, por ejemplo, los organismos de radiodifusión, ya sea aire, cable o satélite, no suelen brindar datos de las audiencias de cada emisión, tampoco cuando cuenten con servicios paralelos de TVEverywhere.

El organismo de radiodifusión organiza su propia base de datos a los fines administrativos internos. Algunos distribuidores permiten obtener dicha información mediante el acceso restringido a sus sitios y bases de datos para que el radiodifusor disponga de la información de los títulos incluidos en algún contrato vigente. La base de datos del radiodifusor puede incluir el número de contrato, nombre del proveedor o distribuidor que licencia o cede la OA, la señal por donde se emitirá el programa o la película, el monto total del contrato, el monto de cada contenido en particular (en caso de que hubiera más de un programa por contrato), el periodo de vigencia de los derechos y los derechos territoriales. También se cargan las imágenes o cortes con los que la obra será anunciada o publicitada. En caso de organismos de radiodifusión que tienen distintas señales y por distintos medios, también se indicará la señal autorizada para cada emisión, así como la información sobre ejecución de las emisiones.

Todos estos datos son privativos del organismo de radiodifusión y no suelen utilizarse identificadores uniformes de las obras. La carga es manual en hojas de cálculo y, además del título, la información contiene datos del sello, productor, director, autor, cantidad de capítulos (en caso de telenovelas o series), productor ejecutivo, actores, país de origen, año de producción, género y duración en minutos, ya sea que se encuentre editada o no para su calificación y exhibición. Con esa información, el organismo de radiodifusión organiza su grilla o parrilla de contenidos (*schedule*) para cada señal, la que estará disponible para el área comercial del radiodifusor, anunciantes, cableoperadores o señales que retransmiten –tanto del país como del extranjero– y los servicios de medición de audiencia. Esa

información se extrae de la base de datos propia y es muy básica: título, duración, horario, director, protagonistas. La organización de la pauta publicitaria surge de este *schedule*.

La base de datos del radiodifusor permite emitir reportes para los distribuidores en un listado mensual que indica el título y la fecha en la que fueron emitidos los programas contratados con ese distribuidor. Los distribuidores también pueden acudir a servicios independientes de auditoría de contenidos, quienes suelen brindar información equivalente, aunque enriquecida con la medición de audiencia.

La base de datos del radiodifusor también es utilizada para los reportes requeridos por autoridades regulatorias y entes públicos, tanto para justificar el cumplimiento de la cuota de pantalla como los requerimientos de calificación y horarios de protección al menor. Dependiendo de los países, esos reportes se pueden completar digitalmente mediante plataformas específicas, a las que la emisora accede y efectúa la carga de datos mediante el envío de una planilla de cálculo o la integración de un formulario. La información requerida por dichos entes reguladores es básica y no utilizan identificadores universales. Solo es relevante identificar la OA bajo el mismo título que utilizó el organismo de calificación del país respectivo.

Los reportes de cumplimiento se entregan *ex post*, pero también se requieren informes *ex ante* para la programación nueva. En este último caso, se informa el nombre del programa, la frecuencia, fecha y hora de comienzo y de finalización, género (película, periodístico, variedades, deportivo). En el caso de las películas, hay que indicar el título, si el programa está doblado y, en su caso, donde se efectuó el doblaje. También se detalla el origen, nacional o extranjero, indicando el país. En el caso de ser de origen nacional hay distintas opciones: propia del radiodifusor, producida por terceros localmente o por terceros foráneos. Si es de producción local a cargo de terceros, se debe mencionar a la productora. Cuando corresponda, se informa si se trata de una transmisión en vivo, diferida o compra directa. También se debe dar aviso de los cambios de programación.

En resumen, respecto a la información sobre las OA y otros contenidos de los organismos de radiodifusión, se advierte una práctica poco uniforme y la falta de uso de identificadores universales.

2.7. La radiodifusión y la gestión colectiva

Dependiendo de cada territorio y del tipo de derechos, el organismo de radiodifusión debe informar a otros titulares, particularmente a las SGC, ya sea que gestionen derechos exclusivos o de simple remuneración. En estos casos, el detalle de la información podría ser mayor, ya que se deberá vincular cada obra audiovisual con los titulares de esos derechos. Por lo general, solo es necesario informar la emisión de la obra por su título y cada entidad luego se encarga de vincular esa obra con los titulares correspondientes, sean, guionistas, directores, productores, intérpretes musicales o audiovisuales, editores musicales o productores fonográficos. El repertorio de cada SGC contendrá la información necesaria para identificar a los titulares de derechos correspondientes a cada obra emitida por el organismo de radiodifusión. Si la obra está dada de alta en cada uno de los repertorios, la información del organismo de radiodifusión será utilizada para distribuir la recaudación de cada SGC. Si la SGC respectiva gestiona un repertorio universal o bien en el país funciona el mecanismo de la licencia extendida, la recaudación y asignación de los fondos se simplifica. Si, por el contrario, hay más de una entidad representativa del mismo tipo de derechos, será necesario asignar la recaudación en función del repertorio representado por cada una de ellas, salvo el caso de las llamadas “ventanillas únicas”, como el ECAD en Brasil.

Debido a que los radiodifusores pagan los derechos de remuneración en función de los ingresos por publicidad o la cantidad de abonados sin atribuir los pagos a tal o cual programa en particular, normalmente se utilizan las grillas de programación para asignar la distribución de dichas recaudaciones. En el caso de cableoperadores o señales por satélite, no todas las señales están disponibles para todos los operadores. Cuando además la SGC aplique criterios de distribución ponderando la audiencia, cruzarán la información básica con los *ratings* informados por agencias especializadas como IBOPE, COMSCORE, Nielsen o KantarMedia. Los reportes de audiencia también utilizan el título de la obra de acuerdo con la grilla de programación informada por cada señal o bien recolectada por los reportes de dichas agencias.

En el caso particular de la música incluida en el audiovisual, el ra-

radiodifusor elabora los *cue sheet* de la programación propia y los envía a las entidades autorales. Puede ser música preexistente sincronizada o bien música compuesta especialmente para la programación. En el último caso, es usual también que si el organismo de radiodifusión es el productor del contenido y la música es original para sus programas, gestione el registro de las obras musicales en calidad de editor. Es la práctica que también siguen grandes productoras audiovisuales, como Netflix, Disney o Viacom. La obligación de declarar las obras incluidas siempre es del productor, sea el mismo radiodifusor, un productor externo o bien el productor originario de la OA. Uno de los datos más relevantes es indicar qué tipo de uso se le da a la música. En caso de ser incidental (*background*), la distribución es menor que respecto al tema de apertura o cierre de un programa.

Para el caso de los fonogramas comunicados públicamente a través de las señales radiodifundidas, la detección de cada fonograma está automatizada mediante mecanismos de *fingerprints* y, por tanto, no es necesario utilizar los *cue sheet*. Veremos este tema con más detalle más adelante.

3. Sistemas de gestión de información en el ámbito digital

La falta de una referencia pública de la utilización de los identificadores existentes es actualmente una fuente importante de costos y fricciones para la industria audiovisual y los distribuidores digitales. En los flujos de datos que van desde la distribución hasta la generación de informes, la falta de uniformidad obliga a hacer coincidir manualmente los elementos en función de metadatos o del uso de esquemas privados, muchos de los cuales carecen de alcance universal.⁵⁵

Como ya se indicó, el ámbito digital de explotación de las OA implica que para un mismo contenido puede existir una gran cantidad de licencias en muchos territorios con diferentes fechas de inicio. Algunos de los riesgos latentes son los siguientes:

55 El uso de identificadores universales, como el ISAN o EIDR, es una de las buenas prácticas recomendadas por la Independent Film & Television Alli-

RIESGOS LATENTES DE LA AUSENCIA DE SISTEMAS DE GESTIÓN

- 1) Los contenidos inactivos no generan ingresos.
 - 2) Los contenidos que se distribuyen anticipadamente generan problemas de canibalización y litigios entre distribuidores.
 - 3) La falta de información precisa respecto a precios o regalías afectan el flujo de fondos.
 - 4) La gestión manual de la información es muy costosa y no permite hacer un seguimiento de las OA.
 - 5) Es especialmente relevante la información de los estrenos, ya que las primeras dos semanas generan los mayores ingresos del ciclo de vida de una OA.
 - 6) Se requiere que la información sea compartida entre los titulares y los distribuidores para facilitar el cumplimiento de los contratos en el largo plazo y eventuales pagos de remuneraciones adicionales previstos en el contrato.
 - 7) La información inconsistente genera suspicacias y desconfianza mutua, las cuales no se pueden solucionar completamente con auditorías y conciliaciones.
 - 8) La uniformidad en la identificación de las OA mejora los reportes financieros, que pueden ser entregados en tiempo y forma.
 - 9) En los casos de gestión colectiva, la información inconsistente o pobre resulta en un aumento de los costos de recaudación y distribución.
-

Una norma o estándar es una forma comúnmente acordada de hacer algo. Tienen por finalidad simplificar la gestión, aumentar la interoperabilidad, la eficacia y la eficiencia de cualquier interacción repetida. Suelen implementarse a través de documentos publicados que contienen especificaciones técnicas, reglas, directrices o definiciones. Ahorran costos de transacción y aumentan la eficiencia. Los estándares se elaboran por consenso entre los expertos y las partes interesadas de una industria y se adoptan voluntariamente. Debido a que la cadena de valor digital depende cada vez más de transacciones de alto volumen y bajo costo, solo el uso de estándares puede proporcionar la eficiencia operativa requerida. Como también se reducen los márgenes, solo una infraestructura global automatizada para procesar las transacciones basada en esas normas permitirá generar las inversiones financieras que requiere la implementación de esos mismos estándares.

De las distintas iniciativas y estrategias que procuran resolver los problemas informativos en el ámbito digital y salvar los vacíos o inconsistencias, la más importante es el uso de identificadores digitales

ance (2015, p. 13).

universales.⁵⁶ Veremos los mecanismos más desarrollados respecto a la gestión de las OA.

3.1. El código ISAN

El instrumento más extendido para la información de OA es el denominado Código ISAN, acrónimo de International Standard Audiovisual Number (<https://www.isan.org/>). Es un código estándar desarrollado por la International Standard Organization (ISO), en particular la norma internacional ISO 15706.⁵⁷ Su administración está a cargo de ISAN-IA, una organización constituida por AGICOA (Asociación de Gestión Internacional Colectiva de Obras Audiovisuales, <https://www.agicoa.org/index.html>), CISAC (Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, <https://es.cisac.org/>) y FIAPF (Federación Internacional de Asociaciones de Productores Cinematográficos), con sede en Ginebra, Suiza. Tiene a cargo el mantenimiento y administración del sistema ISAN, promoviendo la creación y funcionamiento de las agencias locales o regionales, quienes son las que asignan los códigos ISAN.

En la región, la gestión del ISAN está a cargo de ARIBSAN (Agencia Iberoamericana del registro ISAN, <https://www.aribsan.com/>), creada y promovida por EGEDA (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales) y por SGAE (Sociedad General de Autores y Editores).

De acuerdo con sus administradores, el ISAN brinda las siguientes ventajas:⁵⁸

56 Cfr. Paskin (1999). El autor desarrolla los elementos básicos que debe cumplir un identificador universal: debe ser único por objeto, de alcance internacional, neutral, persistente, numérico, incorporar un dígito de control, granular (artículos compuestos), objeto definido, capacidad incremental suficiente, asociación de diversos metadatos, vinculado a un sistema de administración, utilizable por diferentes partes interesadas.

57 Como estándar ISO, toda la propiedad intelectual de ISAN es propiedad de ISO, incluido el Registro ISAN. Así, el uso y acceso de los datos ISAN se rige por la normativa ISO que garantiza un acceso permanente a los datos bajo condiciones sin fines de lucro y no discriminatorias.

58 Cfr. International Standard Audiovisual Number (s.f.).

1. Es un identificador único de obras audiovisuales que ayuda a la gestión de la cadena comercial (productores, distribuidores, televisoras, etc.), dando lugar a la identificación inequívoca de una obra.
2. Facilita el intercambio de información electrónica entre las diferentes bases de datos, con una mayor rapidez en la gestión y reduciendo los posibles errores de identificación.
3. Permite la catalogación y control eficaz de las obras.
4. La característica de “número de referencia único” lo convierte en un elemento fundamental para la lucha contra la piratería.
5. Es una herramienta que mejora la gestión y las actividades de la industria audiovisual mundial.
6. Facilita el registro de la obra y su explotación.
7. Mejora la gestión de los derechos de propiedad intelectual.

A los fines de la asignación del ISAN, y sin perjuicio de las definiciones legales de cada territorio, una obra audiovisual es aquella “que consiste en una secuencia de imágenes relacionadas, con o sin sonido acompañante, la cual se pretende hacer visible como una imagen en movimiento a través del uso de dispositivos, indiferente al medio de fijación inicial o subsiguiente”. Esto permite que se puedan identificar programas y contenidos muy diversos, como obras publicitarias, programas informativos, deportivos, transmisiones en directo, conciertos, videoclips.

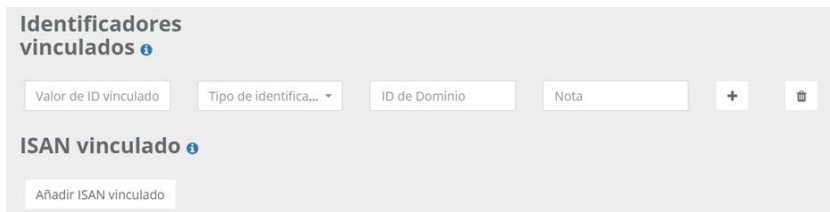
Algunas aclaraciones son importantes. El ISAN no supe al registro ante las oficinas nacionales de derecho de autor, ya que son asignados independientemente de la situación de la obra con respecto a los derechos de autor o la titularidad de la obra. Tampoco se modifica ante cambios de titularidad. Ni los números ISAN ni los otros identificadores dan cuenta de estas cesiones ni de las titularidades sobre una obra. Sin embargo, algunos registros permiten declarar el número ISAN al registrar la obra, como la US Copyright Office o la Dirección Nacional del Derecho de Autor, de Argentina.⁵⁹

59 Respecto a Estados Unidos, cfr. <https://www.copyright.gov/newsnet/2018/706.html>. Para Argentina, Disposición 2 - E/2016 de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265007/norma.htm>.

El ISAN asignado a un contenido audiovisual, ya sea la obra original o una de sus versiones, persiste a lo largo de todo el ciclo de vida del contenido al que identifica.⁶⁰ Una vez que una obra ha sido dada de alta en la base de datos, solo pueden incorporar información el registrante o la agencia de registro correspondiente. El código asignado puede ser utilizado por los autores, organismos de radiodifusión, las SGC, entidades financieras, productores, titulares de derechos, plataformas digitales, agregadores de contenido, entre otros.

El propósito de la base de datos ISAN es centralizar todos los números ISAN y recopilar una información mínima (por ejemplo, títulos, año, duración, plantel, etc.) necesaria para distinguir obras similares y, por lo tanto, distribuir códigos ISAN únicos. Esta información básica suele estar disponible en otras bases de datos de OA, pero, a diferencia, de ISAN, estas otras bases de datos tienen información complementaria. A modo de ejemplo, IMDb, TMDb y otros proveedores de metadatos tienen información más extensa, como sinopsis, calificaciones, listas extensas de elenco y equipo, audiencia, etc. Otras bases de datos tienen información adicional sobre los titulares de derechos y los términos contractuales, como Avails. ISAN permite almacenar los ID de dichas bases de datos, como por ejemplo el ID de IMDb o el EIDR.

De aquí que el código ISAN asignado a una obra no impide el uso de otros identificadores o la incorporación a otras bases de datos. Mediante el uso de una funcionalidad específica, es posible vincular otros identificadores, como se puede ver a continuación:



The image shows a user interface for managing linked identifiers. At the top, it says 'Identificadores vinculados' with a help icon. Below this is a table with four columns: 'Valor de ID vinculado', 'Tipo de identifica...', 'ID de Dominio', and 'Nota'. To the right of the table are a plus sign and a trash icon. Below the table, there is a section titled 'ISAN vinculado' with a button labeled 'Añadir ISAN vinculado'.

Figura 10. Desplegable de identificadores asociados al ISAN (fuente: Ariban).

60 International Standard Audiovisual Number (2016).

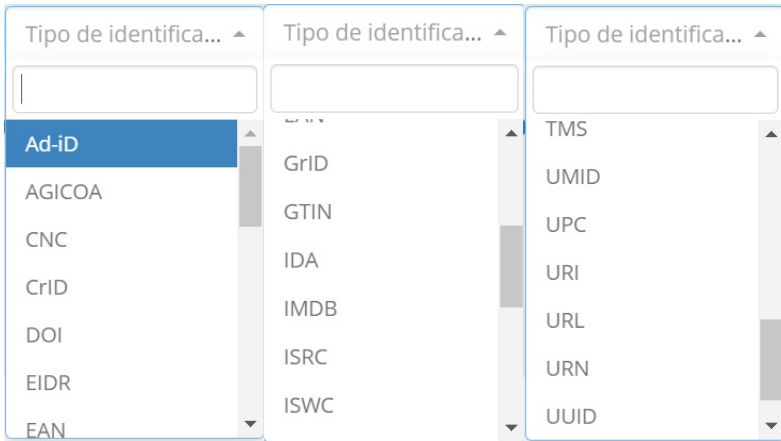


Figura 11. Desplegable de identificadores asociados al ISAN (fuente: Aribsan).

En algunos países, el ISAN es utilizado más intensamente que en otros. Las SGC de España, Francia, Italia, Suiza y Bélgica, por ejemplo, exigen ISAN para las obras cuyos derechos gestionan. La identificación de las obras es más rápida y precisa, lo que les permite a dichas SGC focalizarse en tareas de valor añadido, como la resolución de conflictos de derechos. El ISAN también es utilizado por entes de promoción o financiamiento de la cinematografía. Es de uso obligatorio por el programa de medios de la UE, como así también por el Centre National du Cinéma et de l'image Animee (CNC Francia) para toda la financiación audiovisual desde 2017. Otros países en los que resulta obligatorio el uso del ISAN son Finlandia, Países Bajos, Bélgica, Canadá (Fondo de Medios Canadienses), Australia (Screen Australia), República de Corea (Kofic), etc. Al requerir ISAN para todos los proyectos audiovisuales que se financian, se pueden identificar dichos proyectos, rastrearlos y finalmente medir la eficiencia de la política de financiamiento.

Varias plataformas digitales utilizan el ISAN: Apple, Amazon, Google Play, Microsoft, Netflix, Starz Play, Canal VoD (FR), FilmoTV (FR), OCS (FR) arte (FR / DE), Pentaflix (DE), etc. Por ejemplo, el uso del ISAN es un requisito de Apple y Amazon para la distribución de contenido en los países con regulaciones basadas en ISAN, como Suiza.⁶¹

61 ISAN es un requisito legal en Suiza desde inicios de 2017, siendo obligatorio

Los números ISAN otorgados están disponibles gratuitamente para que cualquiera los pueda utilizar. Una plataforma digital u otro interesado pueden obtener el ISAN correspondiente a una OA determinada mediante búsqueda individual en la base de datos de libre acceso (<http://www.isan.org/lookup/>) o directamente de los titulares del contenido cuando es cargado en la plataforma.⁶²

El ISAN de una obra normalmente es solicitado por el productor antes de la explotación o salida al mercado, lo cual facilita la fidelidad de la información. La carga se realiza mediante el Formulario de registro de obra.⁶³ Pero también lo puede hacer el distribuidor por las versiones o cualquier otro participante, como los agregadores de contenido. Inclusive lo puede hacer una SGC en nombre de uno de sus socios. No se presentan problemas de doble solicitud, ya que los datos cargados se integran y, en caso de coincidencias, el sistema advierte sobre la posible duplicación. El número es uniforme sin importar la ventana de explotación de la obra. El ISAN puede presentar cambios en el caso de versiones, como el subtítulo y el doblado. Algunos productores o distribuidores solicitan un ISAN independiente por el soporte, como el caso de Blue-Ray, ya que incluye varios subtítulos y doblajes, además de contenidos adicionales, como el “detrás de cámara”. Estos números independientes facilitan el control de las fuentes de ingresos. También se pueden solicitar números ISAN para *back stock* de obras, es decir, obras producidas con anterioridad a la creación de la Agencia, así como un ISAN para obras en desarrollo, que se encuentran en las etapas tempranas de producción.

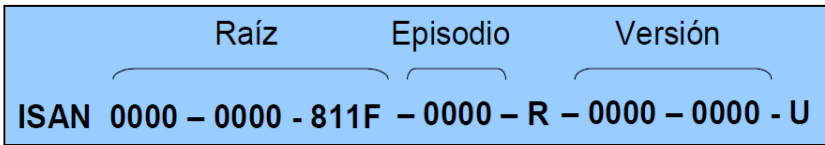
El código ISAN, cuando se representa de forma escrita, es un código alfanumérico de 24 dígitos hexadecimales, que presenta la siguiente estructura.⁶⁴

su uso para la presentación de informes ampliada según el artículo 16a de la Ordenanza sobre películas. A su vez, todas las plataformas digitales que distribuyen contenido en Suiza deben reportar su catálogo con ISAN a las autoridades suizas, a los fines estadísticos. Esto permite comprender mejor el mercado digital en Suiza y la participación de las producciones nacionales. <https://support.isan.org/hc/en-us/articles/360002396571-Using-ISAN-in-iTunes>.

62 Disponible en <http://www.isan.org/lookup/>.

63 Disponible en https://www.aribsan.com/documentos/Formulario_de_registro_de_obras.pdf.

64 International Standard Audiovisual Number (2005).



Donde:

- Los primeros 12 dígitos representan el segmento raíz.
- Los siguientes 4 dígitos representan el episodio/parte de una obra seriada.
- Los últimos 8 dígitos representan la versión extendida.

Junto con el número se pueden obtener varias imágenes, las cuales pueden ser embebidas como XMP en el archivo digital, bajo diferentes formatos, como Windows Media, Flash, QuickTime, MPEG 2 & 4, Sony HDV, XDCAM, entre los principales. Esto permite el escaneo para obtener los metadatos asociados a dicho número:




	<p>Formato JPEG: resolución media, mejor para distribución electrónica e impresión. Este código de barras se utiliza para visualizador web, en soporte físico, en documentos o etiquetas.</p>
	<p>Formato EPS: alta resolución, imagen en blanco y negro. Este código de barras está adaptado para el uso en créditos cinematográficos (fondo negro).</p>
	<p>Formato JPEG: resolución media, mejor para distribución electrónica e impresión. Se utiliza este código de barras para visualizador web, en soporte físico, en documentos o etiquetas</p>

Tabla 2. Modelos de etiquetas de código QR asociado al ISAN (fuente: Aribsan).

El número ISAN, para obras en formatos digitales se integra en la obra en sí misma, de modo que pueda quedar fijado de forma permanente al contenido original de la OA para perdurar de modo indeleble a lo largo de toda su existencia. Estos formatos permiten el escaneo de una red o un servidor para detectar la presencia o el tráfico de una obra determinada. Es un instrumento que habilita el uso de robots o motores de búsqueda, para que, mediante mecanismos automatizados, verifiquen el uso de obras en las plataformas.

La base de datos de ISAN cuenta con una API que permite intercambiar información entre bases de datos. Esto es útil para contrastar una base de datos completa o un archivo particular, como por ejemplo las “parrillas” o programación de las señales de TV. También se pueden cruzar los datos de otras bases de datos para asignar el ISAN a información que carece de ese dato, como IMDb. La consulta individual es gratuita, mientras que el uso permanente requiere la firma de un convenio entre la autoridad del ISAN y el requirente.

Hay tantos procesos API que vinculan el ISAN como aplicaciones; los siguientes son los más típicos:

1. Registro ISAN: un usuario ISAN tiene datos audiovisuales, pero no el ISAN. Normalmente, un usuario agrega datos audiovisuales a una base de datos de terceros (para la gestión de derechos, ventas, festivales, distribución digital, etc.), los cuales se envían simultáneamente al registro ISAN. La API de ISAN devuelve el nuevo ISAN o el ya existente si el trabajo fue registrado previamente (por ejemplo, por un coproductor). Por ejemplo, cuando una obra con subtítulos se registra en la base de datos de subtítulos Cinando (<https://cinando.com>), automáticamente se asigna una nueva versión de ISAN y se agrega a esa base de datos, así como al archivo de subtítulos para asegurar una correcta identificación y recuperación (búsqueda) de los subtítulos, siempre que los festivales o las plataformas de VOD necesiten subtítulos para esa obra.
2. Búsqueda de ISAN: el usuario (o un proceso automatizado) tiene un ISAN y necesita recuperar los datos asociados a él, por ejemplo, para el enriquecimiento de datos en la base de datos, evaluación de la calidad de los datos, identificación de datos, etc. El número ISAN se envía automáticamente al registro ISAN y

- la API devuelve todos los datos asociados con dicho ISAN. Por ejemplo, cuando los propietarios de los contenidos declaran sus derechos ante AGICOA, la SGC de segundo nivel representante de los productores, el sistema IRRIS permite ingresar el ISAN en lugar de la descripción audiovisual de las obras. La API de ISAN es consultada utilizando dicho número y devuelve los datos asociados. A continuación, estos datos se añaden automáticamente a la base de datos de IRRIS, lo que hace al proceso de registro mucho más rápido para el usuario.
3. **Concordancia de ISAN:** el usuario necesita completar su base de datos con un ISAN existente y mantener su base de datos actualizada con los registros ISAN más recientes, especialmente cuando se agregan nuevos registros a la base de datos. Al igual que para el proceso de registro de ISAN, la información audiovisual se envía automáticamente al registro de ISAN para recuperar un ISAN existente. La API devuelve el ISAN coincidente con la información audiovisual proporcionada. Por ejemplo, Mediapress (<https://www.media-press.tv>), un proveedor líder de metadatos en Europa, compara periódicamente su base de datos con ISAN para entregar datos audiovisuales con códigos ISAN a sus clientes, emisoras y en particular plataformas VOD.
 4. **Búsqueda ISAN por criterios:** el usuario necesita realizar una búsqueda en el registro ISAN en base a un criterio de búsqueda. Por lo general, la información para la consulta se toma de la base de datos de terceros, como podría ser el caso de un nombre de director y un rango de año; la consulta ISAN se envía automáticamente al registro ISAN y la API responde con la lista de obras que corresponde a la consulta; por ejemplo, todas las obras dirigidas por el nombre del director proporcionado en el período de años solicitado.⁶⁵

A octubre de 2020, el total de la base de datos de ISAN era de aproximadamente 1350000 registros y contiene producciones de Europa (54%), América del Norte (40%), Asia (3%) y Latinoamé-

65 La guía de la API de ISAN está disponible en la plataforma de ISAN: <https://support.isan.org>.

rica (3%). Por tanto, esta última es claramente una región de potencial crecimiento para el estándar ISAN y está en proceso de implementación en partes interesadas en varios países.

A esa fecha, hay solo 11717 registros ISAN correspondientes a Argentina, Brasil, Uruguay, Perú, Ecuador y Costa Rica, distribuidos del siguiente modo:

	Brasil	Peru	Uruguay	Argentina	Ecuador	Costa Rica
Cantidad de ISAN	2899	1946	64	6688	57	63

Tabla 3. Registros de ISAN en los países objeto del estudio (fuente: Aribsan).

Cómo se puede observar, el uso del ISAN en los países objeto del estudio es incipiente y no se puede considerar una práctica extendida.

ISAN también tiene convenios con sociedades de autores; entre otros, las sociedades latinoamericanas de autores, guionistas y directores, reunidas en la FESAAL (Federación de Sociedades de Autores Audiovisuales Latinoamericanos, <https://www.fesaal.org/>) promueven y utilizan el ISAN para identificar las obras que administran.

ISAN no pretende sustituir las demás bases de datos ni reemplazar otras iniciativas, sino proporcionar una identificación estándar que mejore los sistemas existentes. En ese sentido, se espera que los ISAN concedidos se difundan en todas las bases de datos audiovisuales y sean utilizados por todas las partes interesadas de la industria, en particular por aquellos que tienen metadatos extensos. ISAN puede convertirse en la clave compartida para asociar y fusionar datos entre varias bases de datos cuando sea necesario para un propósito, aplicación o negocio específico.

3.2. El identificador EIDR

El EIDR (Entertainment ID Registry, <https://www.eidr.org/>) es un sistema de identificación universal único para las OA de la industria cinematográfica y la TV. Es el resultado de un emprendimiento de los actores más relevantes de la industria norteamericana.⁶⁶ EIDR es

66 La Entertainment Identifier Registry Association (EIDR) es una asociación

una implementación de DOI (Digital Object Identifier, Identificador de Objetos Digitales) que consiste en un enlace permanente en forma de código alfanumérico que identifica de forma única un contenido electrónico. El sistema DOI no cambia con el paso del tiempo, aunque el objeto digital sea relocalizado en otra dirección, ya que incluye la información insertada en forma de metadatos (<https://www.doi.org/>). Asimismo, está regulado en la norma ISO 26324.⁶⁷

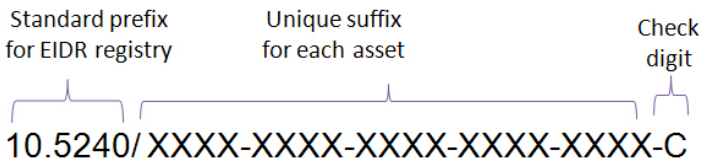
El EIDR requiere un conjunto mínimo de campos de metadatos. Adicionalmente, permite la carga de información opcional, como el ISWC, ISRC o ID del *cue sheet* de la música del audiovisual. Al igual que el ISAN, el registro no implica asignar ninguna propiedad o derecho sobre el contenido. Cualquier miembro del EIDR puede registrar el contenido para el que se requiera una identificación mediante la interfaz web del EIDR y API específicas. Posee un mecanismo para resolver los duplicados mediante la actualización del ID preexistente. El solicitante de registro puede ser el propietario del contenido, un agregador, una empresa de posproducción o cualquier

sin fines de lucro fundada por Movielabs, CableLabs, Comcast y Rovi para dar soporte a la cadena de suministro de entretenimiento mediante la asignación de identificadores universales para una amplia variedad de objetos audiovisuales (<https://www.eidr.org/>). Entre las empresas que le dan soporte se encuentran Disney, YouTube, Comcast, ESPN, HBO, Lionsgate, Microsoft, Netflix, Turner, TIVO, por mencionar algunas.

67 Se asigna permanentemente un nombre DOI a un objeto para proporcionar un enlace de red persistente y resoluble con la información actual sobre ese objeto, incluido el lugar en que el objeto, o la información sobre él, puede encontrarse en internet. Si bien la información sobre un objeto puede cambiar con el tiempo, su nombre DOI no cambiará. Este puede resolverse dentro del sistema DOI a valores de uno o más tipos de datos relativos al objeto identificado por ese nombre DOI, como una dirección URL, una dirección de correo electrónico, otros identificadores y metadatos descriptivos. El sistema DOI permite la construcción de servicios y transacciones automatizadas. Las aplicaciones de este sistema incluyen, entre otras, la gestión de la localización y el acceso a la información y la documentación, la gestión de metadatos, la facilitación de transacciones electrónicas y comerciales, la identificación única y persistente de cualquier forma de datos (https://www.doi.org/doi_handbook/1_Introduction.html). El uso de los nombres DOI comenzó con la industria editorial, pero se ha extendido a otros ecosistemas digitales. Sobre los antecedentes del DOI, cfr. Paskin (2015).

otra entidad autorizada para registrar objetos. El registro asigna el EIDR una vez que verifica la integridad de la información. También se pueden registrar objetos relacionados, como las diferentes versiones de la OA. Por ejemplo, la versión para TV abierta puede ser diferente de la estrenada en salas.

El EIDR para un objeto consiste en un prefijo de registro estándar, el sufijo único para cada obra y un dígito de control.



Está diseñado especialmente para permitir la automatización de procesos y la interoperabilidad entre los sistemas, principalmente del productor o titular y las plataformas de distribución, cualquiera sea su tipo, para lo cual utiliza varias API y un kit de *software* de desarrollo propio. Estos mecanismos permiten una mejor medición de la audiencia, la posibilidad de automatizar la entrega de contenidos, la comparación de catálogos y la elaboración de reportes sobre uso y monetización. A modo de ejemplo, es el mecanismo que utiliza Google Play para informar sobre los resultados financieros por la explotación de catálogos.⁶⁸

Para esto, el EIDR es parte integrante del Marco de Distribución Digital, que incluye los términos establecidos por el productor de la OA en los EMA Avails. Se trata de un mecanismo implementado por la Entertainment Merchant's Association (antes EMA, ahora OTTX, <https://www.ottx.org/>) en conjunto con MovieLabs, donde se definen los formatos para transferir la información sobre permisos de los productores a los distribuidores. Avails es un término de la industria referido a la información sobre el tiempo de inicio y finalización de una licencia, el territorio, los formatos, las platafor-

68 Cfr. <http://www.eidr.org/hits-fall-eidr-identification-can-help-me-companies-boost-efficiency/>.

mas y las pautas comerciales relacionadas con la oferta de una OA.⁶⁹

El consorcio recomienda utilizar el Marco para la automatización de los flujos de trabajo digitales y la eficiencia de la cadena de suministro. Está conformado por un conjunto de normas y especificaciones compatibles que cubren aspectos fundamentales de la distribución en línea, como la identificación, los metadatos, las disponibilidades, la entrega de activos y la presentación de informes. Estos estándares y tecnologías permiten la automatización, la reducción de costos y la mejora de las experiencias de los consumidores en toda la industria (MovieLabs, 2017).

Una de las grandes ventajas del uso del EIDR, de acuerdo con sus operadores, es la mejora en la medición de las audiencias, no solo en las OTT, sino también en TV. Así también se beneficia a la industria publicitaria mediante reportes más exactos y en tiempos acordes. Se pueden seguir los consumos de contenidos en *smartphones*, tabletas, PC, televisores conectados, etc., ya que la medición directa ofrece un mayor alcance y precisión.⁷⁰ Entre otros, Business Bureau utiliza el EIDR para su sistema Content Pulse, por medio del cual se escanean diversas OTT (<https://bb.vision/content-pulse/>).

EIDR e ISAN pueden interactuar para facilitar la interoperabilidad de las bases de datos y los sistemas de *tracking*. En 2012, ambas agencias iniciaron un proceso de convergencia.⁷¹ Finalmente, en abril de 2019, pusieron en marcha un servicio de registro doble (dual) como resultado de la política de identificación de estándares audiovisuales de la Comisión Europea destinada a impulsar las oportunidades de las artes audiovisuales, el entretenimiento, la información y la gestión de archivos. Mediante el único registro dual, la OA quedará vinculada a ambos registros, lo que permitirá una fácil traducción de un sistema de identificación al otro por parte de los solicitantes y usuarios. El sistema dual también permite cargar identificaciones alternativas que se hayan asignado a la obra, como por ejemplo IMDb o TMDb, lo que también facilita el seguimiento

69 Cfr. MovieLabs (2019).

70 Entertainment Identifier Registry (2018).

71 Cfr. <https://www.eidr.org/eidr-and-isan-to-provide-seamless-registration-of-content-ids/>.

de la OA y el uso de las identificaciones por diferentes categorías de interesados.⁷²

La Comisión Europea, en el marco de su política de promoción de ID de Audiovisual Estándar, ha identificado el ISAN y el EIDR como actores importantes para ayudar a los productores, distribuidores, emisores y proveedores de servicios en línea a automatizar los flujos de trabajo, reducir los costes de distribución y gestión de derechos y ampliar los beneficios de la distribución digital. Esta iniciativa facilita la adopción de identificadores estándar audiovisuales interoperables para toda la industria.

A octubre de 2020, EIDR contaba con 2290680 registros. De estos, 219097 hacen referencia a un número ISAN; 91763 registros EIDR corresponden a Latinoamérica y, de estos, 36880 son de OA producidas o adaptadas para Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Perú y Uruguay. De estos últimos, solo 1133 informan a su vez de un número ISAN. Dichos 91763 registros vinculados a Latinoamérica se distribuyen en las siguientes categorías: 38517 corresponden a obras cinematográficas; 1 compilación; 2438 series de televisión; 1048 temporadas de televisión; 32956 episodios; 13691 ediciones (diferentes cortes de video); y 3112 manifestaciones (archivos técnicos que enlazan con ediciones particulares). Como se puede observar, los productores locales no utilizan intensivamente el EIDR, que no tiene una gran penetración en los países objeto del estudio, aunque contiene más registros locales que ISAN.

Las empresas norteamericanas con presencia en la región suelen utilizar el EIDR; entre otras, se puede mencionar DirecTV, perteneciente al conglomerado AT&T, para sus operaciones de distribución. Debido a que EIDR ha sido adoptado por la mayoría de los estudios de Hollywood, los contenidos de Disney, Warner Bros., Sony Pictures, Paramount y NBC Universal pueden ser referenciados mediante el EIDR en la distribución de las plataformas que operan en la región. Otro tanto se puede decir de plataformas globales con presencia en Latinoamérica, como Netflix, Amazon Prime, Google Play, Microsoft Movies & TV y Apple, ya que adoptaron el EIDR para la

72 Las buenas prácticas del registro dual pueden consultarse en: <http://standard-ids.org/docs/Instructions%20for%20ID%20Dual%20Registration.pdf>.

introducción y seguimiento de contenido. También es utilizado por muchas de las plataformas de *streaming* con sede en Estados Unidos y con presencia en la región, como Disney+, HBO Max, Peacock, Disney Star, Hulu y Paramount+.

El uso del EIDR, en cuanto referencia inequívoca de la OA, posibilita identificar la obra en caso de infracciones. También permite distinguir versiones de la obra, de tal modo que si una versión es de uso exclusivo en un territorio, se puede vincular cada versión con sus derechos de explotación. Si bien el EIDR no fue diseñado como una herramienta forense, sin duda facilita la prueba y los mecanismos de investigación, así como la demostración del *quantum* del daño.

3.3. IMDb (Internet Movie Database)

Un recurso intensamente utilizado por la industria audiovisual es la base de datos IMDb (Internet Movie Database, www.IMDB.com). En sus inicios, en 1990, se trató de una iniciativa particular generada a partir de la lista de créditos recopilada por Col Needham, Dave Knight y Andy Krieg, miembros de un grupo de noticias sobre cine. La base se constituyó con la fusión de las listas de directores, la de actores y actrices y la de participantes fallecidos construidas por estos fanáticos del cine, con la colaboración de otros lectores del grupo. Luego, migraron a la Web, se constituyó como compañía en 1996 y a los dos años fue adquirida por Amazon con la intención inicial de utilizarla como plataforma de venta de CD y DVD.

Hoy día, una entrada de una OA en IMDb incluye a los productores y otras empresas asociadas con la película, la fecha de estreno por país, calificaciones de audiencia, recaudaciones de taquilla, premios obtenidos e información detallada sobre directores, guionistas, actores, banda musical, entre otra información. A junio de 2020, incluía información de 6.67 millones de producciones audiovisuales, de los cuales 4.8 millones correspondían a episodios de series televisivas.

Los datos de la IMDb están disponibles para uso personal y no comercial en distintos *dataset*, disponibles en línea en <https://www.imdb.com/interfaces/>. A modo de ejemplo, el *dataset* “*title.basics.tsv.gz*” contiene información básica de cada obra, designada bajo un título:

- Tconst, identificador alfanumérico único del título.
- titleType, el tipo/formato correspondiente al título; por ejemplo, película, cortometraje, serie de televisión, tvepisodio, video, etc.
- primaryTitle, el título más popular o el utilizado por los productores en la publicidad en el punto de lanzamiento
- originalTitle, título original, en el idioma original.
- esAdulto, si corresponde a material para adultos.
- startYear, el año de lanzamiento de un título. En el caso de las series de televisión, es el año de inicio de la serie.
- endYear, finalización de las series de TV.
- runtimeMinutes, tiempo de ejecución primario del título, en minutos.
- géneros (*string array*), incluye hasta tres géneros asociados al título.

Si se desea contar con información agregada referida a los actores, guionistas y directores, se debe utilizar otro *dataset*, como “title.principals.tsv.gz”, que bajo el mismo título de cada obra audiovisual contiene información referida a:

- tconst (cadena), identificador alfanumérico único del título.
- ordenamiento (entero), número para identificar de manera única las filas de un determinado título.
- nconst (cadena), identificador alfanumérico único del nombre/persona.
- categoría (cadena), categoría o rol que esa persona cumplía en la obra.
- trabajo (cadena), título específico del trabajo.
- caracteres (cadena), nombre del personaje interpretado.

Los datos se pueden descargar como archivos de texto plano comprimido y la información puede extraerse utilizando las herramientas de interfaz de línea de comandos que se proporcionan. También está disponible una aplicación de interfaz gráfica de usuario basada en Java que es capaz de procesar los archivos de texto plano comprimido, lo que permite una búsqueda y una visualización de la información. También se puede utilizar un paquete Python llamado IMDbPY para procesar los archivos de texto plano comprimido en varias bases de datos SQL diferentes, lo que permite un acceso más

fácil a todo el conjunto de datos para la búsqueda o la minería de datos.

El uso de la información de cada *dataset* no permite alteraciones. De hecho, se indica expresamente que “no se puede utilizar la minería de datos, robots, raspado de pantallas o herramientas similares de recopilación y extracción de datos en este sitio, excepto con nuestro consentimiento expreso por escrito como se indica a continuación” (<https://contribute.imdb.com/dataset>). Para el uso de estos instrumentos o adaptar la base de datos para otros usos se debe solicitar permiso escrito.

La base de datos de IMDb es un recurso utilizado por prestadores de servicios de información, como por ejemplo Business Bureau (<https://bb.vision/>), para construir sus propias bases de datos que permiten identificar los visionados de las plataformas o también las fichas de la exhibición en salas.

3.4. TMDb (The Movie Database)

Una alternativa a IMDb es TMDb (<https://www.themoviedb.org/>). Es una plataforma construida colaborativamente e iniciada por Travis Bell en 2008 como un repositorio de los pósters de las películas. Tiene un fuerte enfoque internacional y gran amplitud de datos. Participan activamente aproximadamente 200000 miembros, ya sean individuos o empresas. Es una gran fuente de metadatos y de imágenes. También cuenta con una API de uso gratuito para usuarios individuales y paga para empresas y organizaciones. En todos los casos, se requiere hacer referencia a que TMDb es la fuente de los datos utilizados. La base de datos, a octubre de 2020, contenía información disponible de 597791 películas, 101054 series y 2200758 episodios. Parece escasa la presencia de contenidos producidos en los países objeto del presente estudio.

3.5. TVDB

TVDB (<https://thetvdb.com/>) es otra base de datos colaborativa sobre obras audiovisuales. A noviembre de 2020, contaba con 141000 películas, 115000 series y más de 4 millones de episodios de progra-

mas televisivos, entre otros contenidos. Los usuarios son productores de contenido, distribuidores, fabricantes de dispositivos, agregadores y desarrolladores de *software*, entre otros. A través de una API, se pueden vincular los metadatos de TVDB para diferentes utilidades. La estructura (taxonomía) y la carga de datos son sencillas. Los metadatos se encuentran estandarizados y permiten la inclusión de identificadores universales. Parece escasa la presencia de contenidos producidos en los países objeto del presente estudio.

3.6. La música sincronizada en el audiovisual y los *cue sheet*

En cualquier obra audiovisual la música constituye un elemento relevante. Para su identificación se utiliza el llamado *cue sheet*, que consiste en un formato que completa el productor audiovisual para informar a las SGC autorales respecto a la música incluida en el audiovisual. Por lo general, utilizan el formato estándar que sigue las directivas de CISAC.⁷³ Los *cue sheets* se utilizan en dos momentos principales: al terminarse la producción de la obra o el contenido que se trate y al momento de la distribución de los derechos recaudados.

La música sincronizada al audiovisual puede haber sido compuesta especialmente o puede consistir en grabaciones fonográficas preexistentes. En el primer supuesto, el productor audiovisual contrata la composición de música propia de esa OA o programación. En el segundo, negocia un contrato de sincronización con autores, editores y titulares del fonograma. En muchos casos se trata de una combinación de música original con preexistente. Cuando se trata de programas televisivos en vivo, no se solicita autorización para la inclusión de la música grabada, ya que se trata de un derecho de simple remuneración.

La información de la música es una parte importante de los créditos o reconocimientos, ya que si la banda musical es original y compuesta a los fines de la OA, en algunas legislaciones el compositor es cotitular en paridad de condiciones con el autor del guion, el director y el productor.⁷⁴ Antes del estreno, el productor debe informar

73 Cfr. CISAC (2019).

74 Por ejemplo, Argentina, Ley 11723, artículo 20.

a la SGC del país de lanzamiento cuál es la música incorporada. En algunos casos también debe pagar los derechos de sincronización, como el caso de SADAIC en Argentina.⁷⁵ Además, en los sistemas de fomento que distribuyen subsidios u otorgan crédito financiero, hay que presentar el “libre deuda” por los pagos debidos por dicha sincronización a los fines de recibir los subsidios.

Como ya se indicó, el *cue sheet* es una obligación del productor que debe ser cumplida antes de enviar la OA al distribuidor digital, ya que forma parte de la cadena de derechos. Así lo establece, por ejemplo, el contrato modelo que la Independent Film & Television Alliance (IFTA, <https://ifta-online.org/>) le propone a sus miembros:

Cláusula 14.1 “**Cue Sheets:** To the extent required and available, Licensor will supply Distributor promptly after Initial Delivery with music cue sheets listing the composer, lyricist and publisher of all music embodied in the Picture. Distributor will, as needed, promptly file with the appropriate government agency or music rights society in the Territory the music cue sheets as supplied by Licensor.”⁷⁶

El *cue sheet* indica el título de la OA o del programa, distinguien-

75 <https://www.sadaic.org.ar/shared/cdrw/pdf-Aranceles%20Cine%20%2002-2020.pdf>. Los aranceles que recauda SADAIC difieren si se trata de una obra cinematográfica, programa televisivo, telefilm, obra publicitaria (uso interno o exportación), entre otros.

76 El IFTA International Standards Terms está disponible en: <https://ifta-online.org/wp-content/uploads/2019/05/IFTA-International-Standard-Terms-V2018.pdf>. El mismo documento, en lo que se refiere a la *chain of rights*, indica: “10.11. Documentation: If any Law requires Distributor to obtain a permit or clearance to exploit any Licensed Right, then Distributor will do so at its expense promptly after payment of the Guarantee. These may include any dubbing certificate, quota permit, censorship clearance, author’s certificate, certificate of origin, music cue sheet, or remittance tax form. Distributor will provide Licensor on request with copies of documents indicating compliance with such Law. If this Agreement is terminated or cancelled, then upon request Distributor will take all necessary actions to ensure that any such documents are withdrawn or cancelled, failing which Distributor authorizes Licensor to do so”.

do si se trata de un episodio, capítulo o entrega semanal o diaria. También se menciona al productor, país de producción y, en caso de ser programación en vivo o de producción propia del radiodifusor, el horario de emisión y la señal. El formato prevé la inclusión del número ISAN de la OA o del programa, aunque no es obligatorio. Por cada tema sincronizado se indica el momento de inicio y final de cada uno de ellos, cualquiera sea la duración. También se indica qué tipo de uso se hace de cada tema, siendo uno de los aspectos más relevantes a declarar por los diferentes derechos que se distribuirán por cada tipo de uso. Así, se distinguen el tema de apertura, el de cierre, la música de fondo o incidental, el *leit motiv* y otra música destacada. A continuación, se puede ver un modelo de *cue sheet*.⁷⁷

Cue Sheet Classification* Original	Production Title* Weekly World of Music	AV Interested Party Role	
Production Type* Series	Alternative Production Title: World of Music	Name of AV Interested Party:	Anonymous Anonym
Production Category* TV Series, Cable Series, etc.	Episode Title: Rock and Roll	AV Interested Party Role:	
Submit Date/Revision Date* 24/06/2015	Alternative Episode Title: Rock 'n Roll	Name of AV Interested Party:	Anonymous Anonym
First Release Date: 18/06/2015	Episode Number: 103	AV Interested Party Role:	
Version: No	Country of Production 1* USA	Name of AV Interested Party:	
Version Category:	Country of Production 2:		
Version Comments:	Country of Production 3:		
Version Territory/Country: USA	AV Identifier Source: ISAN		
Territory of First Broadcast: USA	AV Identifier: 0000-0003-3D80-013F-B-0000-0000-4		
Language: English	Production Identifier Source: Publisher		
Network/Station: MTV	Production Identifier: 123456789		
Year of Production* 2015	Cue Sheet Provider* Music Productions		
Production Duration* 00:30:00	Cue Sheet Prepared By* Ima Worker		
Total Music Duration: 00:05:28	Role of Cue Sheet Provider: Broadcaster		
Season Number: 1			

Seq #	Music Title *	Music Usage *	Time In	Time Out	Music Duration *	DWV	ISRC	Music Performer	Music Source *	Music Party Role *	Name of Music Interested Party *	CISAC Society Code	IPN Number	Society of Affiliation	Music Party Share %
1	Weekly World Opening Theme	Opening Theme	00:00:00	00:00:32	00:00:32				Specialty Comp	Composer	Samuel James	021	00145478989	BMI	050.00
									Composer	Joseph Smith	010	00754321111	ASCAP	050.00	
									Original Public	His Publishing	021	00678901234	BMI	050.00	
									Original Public	His Publishing	010	00998877661	ASCAP	050.00	
2	Weekly World Bumper	Opening Theme	00:05:25	00:05:40	00:00:15				Specialty Comp	Composer	Samuel James	021	00145478989	BMI	050.00
									Composer	Joseph Smith	010	00754321111	ASCAP	050.00	
									Original Public	His Publishing	021	00678901234	BMI	050.00	
									Original Public	His Publishing	010	00998877661	ASCAP	050.00	
3	Pop Song	Background	00:12:00	00:15:43	00:03:43	T-345344000-1	JM-440-14-002	The Band	Pre-catalog	Composer/Aut	Freddie Thurstone	052	00123234565	PRS	040.00
									Composer/Aut	Tim Manday	052	00213344556	PRS	040.00	
									Original Public	Daily Publishing	052	00445566778	PRS	100.00	
4	Movie/TV Sonata	Featured/Visual	00:20:01	00:20:19	00:00:18				Pre-catalog	Composer	Beethoven	009	00000000000	Non-Society	
									Arranger	Joseph Smith	010	00754321111	ASCAP	100.00	
									Original Public	His Publishing	010	00998877661	ASCAP	100.00	

Figura 12. Modelo de *cue sheet* (Fuente: CISAC).

El circuito informativo de los *cue sheets* puede verse en el siguiente gráfico:

77 Disponible en: <https://members.cisac.org/CisacPortal/consultarDocument.do?id=33455>.

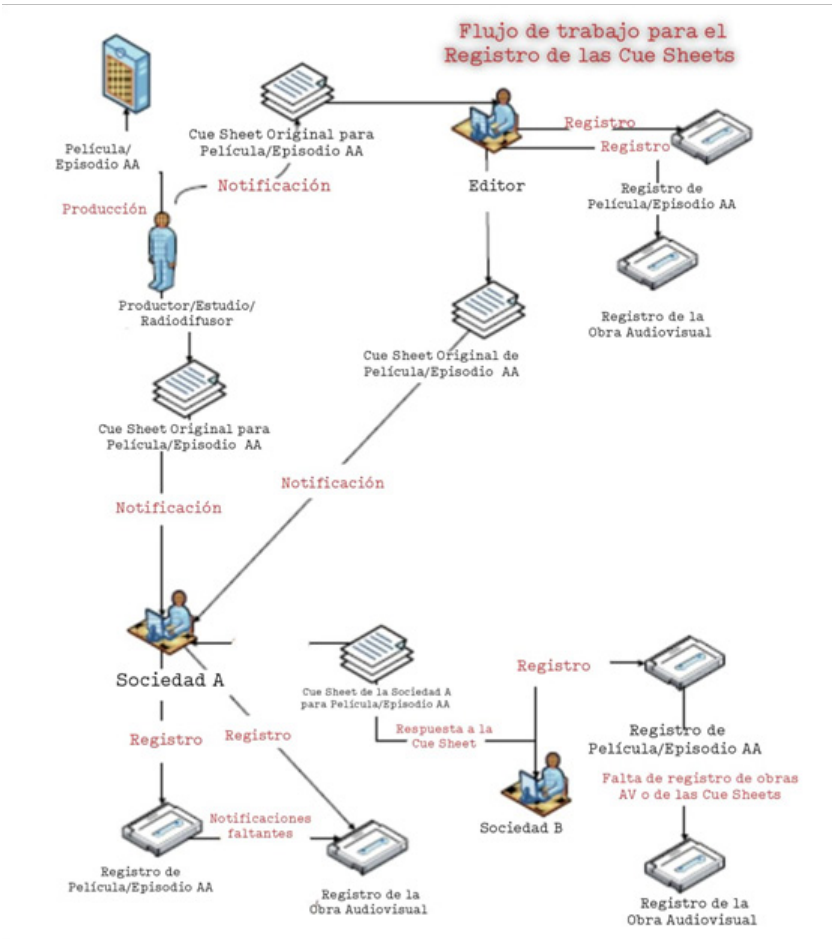


Figura 13. Flujograma de un cue sheet (Fuente: Kindermann, 2015).

Cada tema o canción se identifica con números estándares internacionales. El número ISWC (International Standard Musical Work Code o Código internacional normalizado para obras musicales) representa a los compositores y editores, y el ISRC (International Standard Recording Code o Código Estándar Internacional de Grabación) representa los datos del fonograma de la música preexistente ya grabada. Respecto a cada autor y editor, se indica el IPI correspondiente (Identificador de Partes Interesadas o Interested Party Information, en inglés), a qué sociedad están afiliados cada uno de los

participantes y qué porcentaje de distribución de regalías le corresponde a cada uno y por cada tema. Cuando se solicita identificador uniforme para la OA, como ISAN o EIDR, los datos de la música se pueden incorporar en los metadatos de la OA referenciando el ID del *cue sheet* correspondiente.

El ISWC es un número de referencia único, permanente y reconocido internacionalmente para la identificación de obras musicales y constituye la implementación de la Norma ISO 15707:2001.⁷⁸ Es administrado por las SGC que actúan como agencias locales o regionales, dependientes de la CISAC, que es la Autoridad de Registro. En Argentina está a cargo de SADAIC; en Brasil, de ECAD; en Costa Rica, de ACAM; en Ecuador, de SAYCE; en Perú, de APDAYC; y en Uruguay, de AGADU.

El número ISWC no hace referencia a la propiedad intelectual de la obra y permanece inalterable frente a cambios en la titularidad y sin perjuicio de los contratos de explotación sobre la obra musical. Cada versión de una obra musical tiene su propio ISWC. Cuando la música es creada especialmente para esa OA o se adapta una anterior, se debe solicitar un ISWC nuevo y específico para cada tema.

El ISWC incluye el número IPI del autor, compositor, arreglista o editor. El sistema y la base de datos IPI son administrados por la sociedad suiza de autores SUISA y forma parte del CIS (Common Information System) de la CISAC, junto con el ISWC y el ISAN (<https://www.ipisystem.org/>). Los autores de la OA también se pueden identificar por su propio número IPI, como los directores y guionistas; entre otros datos, informa a qué SGC pertenece cada autor. El sistema de IPI también utiliza una API que permite que los datos sean compartidos con otras bases de datos.

También se utiliza el CWR (Common Works Registration) para identificar la obra musical. Es un formato común o estándar para el registro, utilizado por los editores en su relación con las SGC. Le permite al editor registrar una obra ante la SGC del propio país para la gestión de los derechos de interpretación o los derechos mecánicos. Se identifican las partes interesadas mediante el IPI y se añade un número ISWC a la obra; luego el archivo se devuelve al

78 Cfr. <https://www.iswc.org/es>.

editor. La obra totalmente identificada, incluyendo los porcentajes de derechos administrados, circula entre las filiales extranjeras de la editorial para ser enviada a otras SGC en sus respectivos territorios. El CWR proporciona un medio de rastrear la situación de registro y facilita la comunicación entre los editores y las sociedades. Incluso detalla el porcentaje específico sobre derechos de sincronización asignado a cada parte interesada. Está previsto para facilitar un flujo más preciso de datos de temas musicales entre los editores y las SGC, especialmente en cuanto al pago de regalías.⁷⁹ La gestión y mantenimiento del CWR está a cargo de CISAC.

Los *cue sheet* son incluidos por la SGC receptora en el Audio-Visual Index (AV Index) de CISAC, que conforma un listado con la información sobre las OA y qué SGC dispone del *cue sheet* correspondiente a esa OA. Cada SGC pone a disposición los *cue sheet* para que sean utilizados por las sociedades homólogas de otros territorios cuando un usuario informa que cierta OA fue comunicada al público o utilizada de otro modo y se han recibido pagos por ese uso y debe efectuarse la distribución correspondiente. Se trata propiamente de un índice que identifica qué SGC dispone del *cue sheet* de cierta y determinada OA; no es en sí misma una base de datos de obras musicales ni de *cue sheet*. De aquí que resulte inevitable que la SGC que debe efectuar la distribución por primera vez respecto a esa OA deba solicitar el respectivo *cue sheet* a la sociedad originaria.⁸⁰ Identificando la OA se vincula la música incluida para liquidar los derechos correspondientes.

Como se indicó, para la música preexistente grabada en fonogramas, el identificador universal es el ISRC. Usualmente es asignado por la compañía discográfica, pero también se advierte que a veces lo solicita el mismo intérprete o terceros, como los agregadores. Los *cue sheet* prevén su incorporación cuando la música sincronizada al audiovisual es un fonograma comercial. El derecho de remuneración de los autores, productores fonográficos y de los artistas musi-

79 Para más detalle del funcionamiento y elementos que componen el CWR, cfr. Zetterlund (2011).

80 Cfr. CISAC, IDA and AV Indexes, <https://www.cisac.org/What-We-Do/Information-Services/IDA-and-AV-Indexes>.

cales por comunicación pública del audiovisual al que se incorpora el fonograma no tiene un tratamiento uniforme en todos los países. Así, por ejemplo, para Argentina, en razón de la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no se gestiona la recaudación por exhibición en salas, salvo que hubiera difusión del fonograma antes de comenzar la película, en el intervalo o al finalizar.⁸¹ Por el contrario, sí se recauda por la música grabada radiodifundida en televisión. Sin embargo, en las legislaciones de Ecuador y Perú, antes de que ratificaran el Tratado de Beijing, está reconocido a favor de los artistas (incluidos los músicos) un derecho de remuneración por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales. Estas diferencias plantean la necesidad de identificar la comunicación pública reconocida de país a país, ya que aun cuando en un territorio no sea reconocido el derecho, por aplicación del trato nacional es necesario identificar la música sincronizada en todos los países en los que sí es reconocido.

Respecto a la música compuesta a los fines del audiovisual, su tratamiento por parte de las plataformas depende del modelo de negocio de cada una de ellas y del tipo de derechos que tengan sobre cada obra audiovisual y musical. Cuando la OTT es la titular de los contenidos por ser la productora, las composiciones musicales son hechas generalmente bajo contrato de cesión de derechos y resultan en titularidad de la plataforma-productora. Sobre esa música no se generan pagos por la explotación de las obras audiovisuales, salvo que la legislación local haya reservado un derecho de remuneración expreso a favor de los compositores. Por el contrario, si la plataforma no es titular sino licenciataria de la obra, los derechos son o bien de los compositores o bien del productor de la OA licenciada. En estos casos, los *cue sheet* son utilizados para distribuir las sumas que la plataforma debe pagar por esa música incorporada.

A modo de ejemplo, en Perú, APDAYC, la sociedad de autores y compositores musicales, recibe la información y los pagos sobre la música de las OA visionadas de Netflix. Luego, para la distribución, debe realizar una tarea de asignación de esas sumas a cada titular, cualquiera sea el territorio y la SGC que lo represente. A estos fines,

81 SADAIC c. Andesmar S.A., CSJN, S. 129. XXXVII, 23/03/2004.

ha contratado con BackOffice (<http://www.backoffice-ms.com/>) el servicio de reporte detallado de distribución. BackOffice es una empresa que elabora informes de recaudación y distribución para la gestión de derechos de autor de obras musicales. Para conformar su base de datos, recibe la información básica de las SGC representativas de compositores y editores con las que trabaja, correspondientes a más de 70 países. Han adoptado los estándares CWR e ISWC para identificar las obras. La base de datos está unificada multiterritorialmente. Si bien los principales servicios se orientan a las liquidaciones de las ventas digitales de música, ahora también brindan servicios por la música incorporada a los audiovisuales que son puestas a disposición en las plataformas de VOD. A partir de los reportes nacionales que presentan plataformas como Netflix, y mediante el recurso a los *cue sheets*, están en condiciones de elaborar informes detallados de distribución de derechos

Las SGC que representan a los intérpretes y a los productores fonográficos no utilizan el *cue sheet* para la distribución, ya que les es suficiente conocer el ISRC de cada fonograma comunicado públicamente, los cuales son identificados mediante los sistemas de huella digital. Las huellas digitales también se utilizan para automatizar la conformación de los *cue sheet*. Los algoritmos de identificación se aplican para determinar el inicio y final de cada canción de acuerdo con las escenas de la obra audiovisual. Empresas como BMAT, Monitec (<https://www.monitec.com/index.php>) y Monitor Latino (<http://monitorlatino.com/>) prestan este servicio a los productores audiovisuales y a los organismos de radiodifusión.

3.7. IDA

La IDA (International Documentation on Audiovisual works, <https://www.ida-net.org/>) es una base de datos internacional en línea que contiene información sobre producciones audiovisuales como películas, programas de televisión, documentales, series y obras audiovisuales cortas. Es una herramienta proporcionada por CISAC y está disponible para sus miembros, es decir, las SGC. Se trata de un repertorio global que gestiona producciones originales, versiones y adaptaciones en otros idiomas y formatos. El registro de cada obra

contiene información básica referida al título en sus diversos idiomas, subtítulos, productores, año y lugar de producción, idiomas en los que está disponible, titulares de derechos, ISAN, plataformas de explotación y un código único de la IDA.

El código de IDA es utilizado por las SGC para identificar las OA y a los titulares de derechos, de tal modo que resulta posible distribuir las recaudaciones con las otras SGC homólogas, ya sea del mismo o diferentes países. Cada SGC local transferirá las recaudaciones a sus autores socios o representados. El código único de la IDA también sirve para que las SGC intercambien información sobre las OA, ya que forma parte de las Reglas Profesionales de la CISAC y de las Resoluciones Vinculantes para las sociedades audiovisuales, normas que tienen como objetivo mejorar la transparencia y la calidad del servicio para todos sus miembros.⁸²

Dichas Reglas indican, entre otras cosas, que cada SGC debe recopilar puntualmente información pertinente sobre las obras explotadas por sus titulares (#15.d) y mantener una documentación precisa y actualizada de su repertorio (#17.a).

De acuerdo con CISAC, las funcionalidades y ventajas de IDA son las siguientes:

- Centraliza y proporciona información autorizada sobre obras audiovisuales y sus titulares de derechos a nivel internacional.
- Facilita la identificación y el intercambio de documentación sobre obras audiovisuales y sus titulares de derechos entre SGC.
- Acelera la transferencia de regalías entre sociedades audiovisuales.
- Permite la consulta y el registro de información sobre OA, así como de sus partes interesadas.

82 De acuerdo con CISAC, las Reglas Profesionales son un conjunto de principios obligatorios establecidos por la organización para garantizar que los miembros ejerzan sus actividades con arreglo a las mejores prácticas profesionales, de gobierno, administrativas, financieras y técnicas. Entraron en vigencia en 2009 para las sociedades del repertorio dramático, literario y audiovisual y la última versión fue adoptada en 2019. Disponible en <https://es.cisac.org/Nuestras-Actividades/Gobierno/Reglas-Profesionales#:~:text=Las%20Reglas%20Profesionales%20son%20un,%2C%20administrativas%2C%20financieras%20y%20t%C3%A9cnicas>.

- Habilita a la importación y exportación de archivos, así como su tratamiento por lotes, utilizando servicios web.

IDA forma parte integral del CIS-net (Common Information System), de la CISAC.⁸³

3.8. VRDB

SCAPR es la asociación internacional que reúne a las SGC de intérpretes audiovisuales. Tiene sede en Bruselas, Bélgica, y la conforman 56 SGC de 42 países. Entre ellas, las correspondientes a Brasil, ABRAMUS, SOCINPRO y UBC, que representan a intérpretes musicales. La gestión de la información y las bases de datos sobre los derechos administrados por cada sociedad local son aspectos fundamentales y constituyen su razón de ser.

De acuerdo con el artículo 4 de los Estatutos de SCARP, para ser miembro ordinario, una SGC tiene que haber establecido una base de datos con información de registro y sobre las remuneraciones que administran, tanto en relación con los titulares de derechos nacionales como extranjeros. Asimismo, los miembros deben utilizar un número de identificación único y reconocido de los artistas intérpretes o ejecutantes internacionales, así como participar de las bases de datos IPD y VRDB (Virtual Recording Data Base).⁸⁴

En el caso de la VRDB, la base de datos tiene por objetivo facilitar el desarrollo global de la reciprocidad. Las sociedades miembros

83 CIS-Net es una red de bases de datos que depende de las Normas del CIS. Cada base de datos constituye un nodo dentro de la red global. Más información sobre CIS-net, cfr. <https://es.cisac.org/Nuestras-Actividades/Servicios-de-Informacion/CIS-Net>.

84 De acuerdo con lo establecido por el artículo 9 de los Estatutos, SCAPR ha constituido un Comité de Bases de Datos y Sistemas, el cual tiene a cargo el desarrollo y la gestión de las bases de datos ya mencionadas. Estas son plataformas técnicas a disposición de las SGC para el procesamiento y el intercambio de datos con respecto a los artistas intérpretes o ejecutantes y a las grabaciones de los conciertos y otros espectáculos registrados. Es obligación de cada miembro ordinario participar de dichas bases de datos, que si bien son propiedad de SCARP, cada SGC sigue siendo la propietaria y quien administra su propia información.

recaudan regalías por el uso de grabaciones de sonido y obras audiovisuales en sus respectivos territorios. Luego, esas regalías se distribuyen a los artistas intérpretes o ejecutantes (y, en algún caso, a los productores) a nivel nacional por cada sociedad miembro, y en el plano internacional mediante acuerdos de reciprocidad. El sistema de la VRDB proporciona un mecanismo centralizado que les permite a las SGC identificar de manera más eficiente y precisa las grabaciones y obras e intercambiar la información de los artistas intérpretes o ejecutantes necesaria para realizar adecuadamente las distribuciones a nivel local. De este modo, la VRDB maximiza el flujo de regalías que se intercambian entre las sociedades miembros del SCAPR.

De acuerdo con la misma SCARP, algunos de los beneficios que obtienen los miembros que utilizan la VRDB son:

- Reducir la carga de trabajo mediante el aumento de la automatización.
- Obtener e intercambiar información de modo anticipado.
- Estandarizar los procesos y acordar un formato común para intercambiar información.
- Aumentar la transparencia, las participaciones y el intercambio de ingresos transfronterizos.
- Reducir los costos para los titulares de derechos.

Los elementos esenciales del VRDB son los siguientes:

- Es un medio común de agrupar grabaciones o trabajos y consolida una sola versión de cada OA y fonogramas, ya que de otro modo podrían estar duplicados en cada país.
- Es una fuente central de datos de repertorio accesible, de modo que el repertorio mundial se almacenará y mantendrá de forma centralizada en un lugar que permita presentar, consultar, procesar y extraer datos en beneficio de todos los miembros.
- Constituye una solución técnica escalable que admite un creciente volumen de datos y requisitos de procesamiento a nivel mundial, facilitando los pagos transfronterizos.
- Permite el uso común de algoritmos de coincidencia y validación y asegura que todos los participantes cuenten con la información de uso y listados uniformes, obteniendo una similitud de resultados.

- Crea un repositorio central para la información de uso y listados de reproducción

Los VRDB son solicitados por las entidades de gestión colectiva locales y solo puede ser modificado por esa u otra SGC que tenga facultades suficientes. Por tratarse de una base de datos propiedad de las entidades, solo estas la pueden consultar, aunque permite la interoperabilidad con otras bases de datos, ya que admite la incorporación de otros identificadores universales, como ISAN, EIDR o ISRC, siendo estos campos voluntarios. A enero de 2021, había 292536 registros audiovisuales en VRDB.

En el caso del IPD (International Performers Database), tiene por objetivo identificar a los artistas intérpretes o ejecutantes individuales de grabaciones sonoras y obras audiovisuales y a qué SGC pertenecen, así como el tipo de mandato que les han otorgado para recaudar en su nombre. El punto de partida para identificar a cada artista intérprete o ejecutante procede del mandato legal que el artista intérprete o ejecutante ha asignado a sus SGC. Se asigna un identificador único por artista intérprete o ejecutante, lo que permite que todas las SGC miembros de SCAPR pueden intercambiar información entre ellas de manera fiable, simplificando y mejorando los algoritmos de comparación y la identificación adecuada del titular de los derechos, así como en otras bases de datos y sistemas de información vinculados a la IPD. A enero de 2021, había 1052845 intérpretes identificados con su propio IPD, entre musicales y audiovisuales.

Estos son los registros correspondientes a los países objeto del presente Proyecto:⁸⁵

85 En el caso de los intérpretes, la gran mayoría de los registros corresponden a intérpretes musicales.

Pais de producción / nacionalidad	OA en VRDB	Intérpretes IPD (audiovisuales y musicales)
Argentina	36	2243
Brasil	1	80978
Peru	0	1069
Uruguay	0	178
Ecuador	0	131
Costa Rica	0	52

Tabla 4. Base de datos de intérpretes de los países objeto de estudio (fuente: SCAPR).

4. La información del repertorio de las SGC

En la Parte 2 del estudio sobre el Marco Jurídico se estableció cuáles de los derechos sobre la OA se gestionan colectivamente. En esos casos, se trate de derechos de productores y otros titulares o de derechos conexos de intérpretes y productores fonográficos, las entidades representativas requieren sistemas informáticos y bases de datos que permitan identificar sus repertorios y los usos de las obras o derechos que representan. Como ya se indicó, en los supuestos de gestión obligatoria o licencia extendida, y en menor medida para la presunción de representación, la necesidad de informar a los usuarios sobre cómo se conforma ese repertorio es menor. Por el contrario, si la representación es individual, podría requerirse una demostración respecto a cuáles son las obras por las que se requieren pagos. Sin embargo, la identificación precisa de las obras utilizadas es imperiosa a los fines de la distribución de las sumas recaudadas.

Para las OA, el principio general es que la puesta a disposición que realizan las OTT es un derecho de gestión individual a cargo del productor, aunque algunos derechos se pueden delegar mediante representación para que se gestionen colectivamente. Para los demás titulares, todos los derechos son de gestión colectiva, ya sean exclusivos o de simple remuneración.

4.1. Productores audiovisuales

En algunos de los países objeto de este estudio hay entidades de ges-

ción colectiva constituidas y activas en representación de los productores audiovisuales. En Ecuador, EGEDA Ecuador (<https://www.egeda.ec/>); en Perú, EGEDA Perú (<https://www.egeda.com.pe/>); en Uruguay, EGEDA Uruguay (<https://www.egeda.org.uy/>). En esos tres países, los productores audiovisuales están representados para la gestión colectiva del derecho de retransmisión de las OA cuando los cableoperadores retransmiten las señales abiertas de TV. EGEDA también recauda derechos por la comunicación pública que realizan establecimientos comerciales de las señales de TV abierta y de cable o satélite que incluyan OA (hoteles, restaurantes, clínicas, etc.).⁸⁶

En el caso de la recaudación por las OA incluidas en las señales retransmitidas por los cableoperadores, la tarifa se calcula sobre la cantidad de abonados. No se diferencia el tipo de contenidos, aunque hay un cálculo implícito respecto a cuales de esos contenidos incluyen obras por las que se debe remunerar. Esto se debe a que una parte importante de los programas de las señales son contenidos de otro tipo (noticias, deportes, etc.). Las SGC no efectúan una recaudación diferenciada o adicional si la señal de cable tiene servicio de plataforma de TV Everywhere. Se supone que se trata de un servicio adicional que recibe el abonado y por el que paga una suscripción mayor, la cual queda también alcanzada en la tarifa general. En cuanto a la comunicación pública hecha por establecimientos comerciales, las tarifas son planas por criterios de ocupación, bocas de expendio y superficie de los locales, entre otros; tampoco se requiere identificar los contenidos que se comunican en cada caso.

Para la distribución es necesario identificar qué OA incluye cada señal, ya sea de aire o cerrada, dependiendo del caso. A su vez, es necesario contar con un criterio de audiencia que determine el alcance de cada una. Las obras incluidas en cada señal son identificadas mediante planillas o reportes elaborados por terceros, que informan las grillas de programación de cada canal y en cada país. En el caso de EGEDA, en

86 A modo de ejemplo, esta es la licencia y las tarifas por comunicación pública de OA en casas de electrodomésticos en Uruguay: https://eu1.documents.adobe.com/public/esignWidget?wid=CBFCIBAA3AAABlqZhCEPs_1HnShMfYbSfbViOPgH4reklRzJMiWTh-8mCKm1EwDhYynu9ixnEi-E5JEPkA*.

la actualidad los reportes los efectúa BMat (<https://www.bmat.com/es/cmos/>). Adicionalmente, para aplicar un coeficiente de audiencia sobre las obras identificadas, se cruza la información con reportes de agencias como IBOPE, BB, Nielsen o KantarMedia.

Los repertorios de las SGC de productores de estos países se conforman mediante el alta que hace el productor de sus obras, junto con los repertorios extranjeros de sociedades homólogas con las que hay convenio de reciprocidad. EGEDA está favoreciendo e incentivando que los productores soliciten el ISAN de cada obra. Al no ser una exigencia legal, se trata de una tarea de convencimiento y difusión de las ventajas que tiene poder identificar las obras, no solo para la recaudación en el propio territorio, sino para la identificación de esas obras cuando son utilizadas en el extranjero.

A esto se suma el esfuerzo de EGEDA para combatir la piratería digital y para facilitar la monetización de contenidos en plataformas OTT, como por ejemplo a través del servicio de Content ID de YouTube. Estos últimos servicios son brindados a los socios mediante autorizaciones individuales y requieren mayor precisión en la identificación de las obras gestionadas.⁸⁷

4.2. Directores

Las sociedades de gestión colectiva de los derechos de los directores tienen su propio sistema informativo, el cual se solapa o complementa con los correspondientes a las entidades representativas de otros titulares. En los países objeto de este informe, estas sociedades son:


- Argentina, Directores Argentinos Cinematográficos (DAC, <http://dac.org.ar/es/>).
- Brasil, Diretores Brasileiros do Cinema e do Audiovisual (DBCA, <https://diretoresbrasil.org/es/>).
- Ecuador, Sociedad de Gestión de Artistas y Autores Audiovisuales del Ecuador, UNIARTE, (<https://www.uniarte-ec.org/>).
- Uruguay, Asociación General de Autores del Uruguay (AGADU, <https://www.agadu.org/index.php>).

87 Cfr. https://www.egeda.com/documentos/Youtube_Folleto_2013.pdf.

DAC, DBCA y AGADU forman parte de la Alianza de Directores Audiovisuales Latinoamericanos (ADAL, <http://www.directoreslatinoamerica.org/es/>) y de la Federación de Sociedades de Autores Audiovisuales Latinoamericanos (FESAAL, <https://www.fesaal.org/>). En Costa Rica y Perú, por el momento no hay entidades que gestionen los derechos de los directores audiovisuales.

Estas sociedades gestionan el derecho a percibir una remuneración por la comunicación pública. En Ecuador, también por la exhibición; sin embargo, en ese país los directores no tienen reconocido el derecho de puesta a disposición. A la fecha, en ninguno de los países se han recaudado derechos por puesta a disposición en plataformas de VOD a favor de los directores.

A los fines de la integración del repertorio, cada director debe declarar sus obras ante su respectiva sociedad, ya que, de lo contrario, no podrá participar de la distribución de la recaudación, ya sea de la gestionada localmente o de las remesas recibidas por reciprocidad del extranjero. Previo al registro, deben firmar el contrato de representación respectivo. El alta de la obra se realiza mediante declaración individual, a través de un formulario digital que se puede completar en línea. En el caso de AGADU es un formulario genérico para todo tipo de obras denominado “Declaración y registro de obra de gran derecho”, donde se indica el título, el género y la fecha de estreno. En los formularios de DAC y DBCA, los datos son más específicos de una obra audiovisual, incluyendo la posibilidad de declarar el ISAN de cada obra. En ningún caso es necesario entregar una copia completa de la obra. Estos son los datos exigidos por la DAC:



Formulario de declaración de obras cinematográficas

Detalle puntual de declaración solo para obra cinematográfica de dirección/realización av.

Título original:

Otros títulos:

Original a) Remake* b) Adaptación**

Guionistas:

Actores principales:

PROPORCIÓN DE REPARTO DE DERECHOS DIRECCIÓN/REALIZACIÓN

Director/Realizador:	<input style="width: 100%;" type="text"/>	Corresponde (%):	<input style="width: 100%;" type="text"/>
N. Artístico/Seudónimo:	<input style="width: 100%;" type="text"/>		
Co-Director/ Co-Realizador:	<input style="width: 100%;" type="text"/>	Corresponde (%):	<input style="width: 100%;" type="text"/>
N. Artístico/Seudónimo:	<input style="width: 100%;" type="text"/>		
Co-Director/ Co-Realizador:	<input style="width: 100%;" type="text"/>	Corresponde (%):	<input style="width: 100%;" type="text"/>
N. Artístico/Seudónimo:	<input style="width: 100%;" type="text"/>		

Fue Será Estrenada comercialmente en cine el día: (dd-mm-aaaa)

DATOS SALA CINE DE ESTRENO

Nombre: Provincia: Localidad:

Producida por:

Países de rodaje:

Idiomas:

Formatos de obra: Largometraje Mediometraje Cortometraje Otros

Tipo de obra: Documental Ficción

Duración en minutos:

Estrenada en 35mm: Sí No

HD 2k o superior - DCP: Sí No

Vídeo proyección Standard SD: Sí No

Animación: Vivo Animado Vivo + Animado

Color: Color B-N B-N/Color Otros

Nota o aclaración de su obra:

Contrato producción: Se adjunta No se adjunta

Figura 14. Formulario de declaración de OA (fuente: AGADU).

En la actualidad, a los fines de la distribución, los reportes de la grilla de programación y de rating de las señales se cruzan con las obras identificadas por su título.

4.3. Guionistas

En los países objeto de este estudio, a la fecha, se han recaudado derechos de los guionistas por comunicación pública de obras audiovisuales en los siguientes países:

- Argentina, Sociedad General de Autores de la Argentina (ARGENTORES, <https://argentores.org.ar/>).
- Ecuador, Sociedad de Gestión de Artistas y Autores Audiovisuales del Ecuador (UNIARTE, <https://www.uniarte-ec.org/>).
- Uruguay, Asociación General de Autores del Uruguay (AGADU, <https://www.agadu.org/index.php>).

Dichas entidades recaudan derechos en TV abierta y cerrada (cable y satélite). ARGENTORES, a su vez recauda, en plataformas digitales de VOD. Su práctica respecto a la gestión de derechos en las plataformas audiovisuales es la más actualizada de la región. Cuenta con un tarifario que establece los aranceles para *video on demand*, fijado en un 3% de lo cobrado en casos de TVOD, un 3% sobre los suscriptores de SVOD, un 3% sobre la publicidad recaudada en AVOD y un valor fijo por VOD gratuito sin publicidad.⁸⁸

El repertorio administrado por ARGENTORES es universal, por cuanto su régimen legal le otorga representación respecto a

los creadores nacionales y extranjeros de obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, cinematográficas, televisivas, radiofónicas, coreográficas, pantomímicas, periodísticas, de entretenimientos, los libretos para la continuidad de espectáculos, se encuentren escritas o difundidas por radiofonía, cinematografía o televisión, o se fijen sobre un soporte material capaz de registrar sonidos e imágenes o imagen y sonido, (artículo 1, Ley 20115)

Con respecto a sus socios, propone un modelo de contrato entre productor y guionista del contenido o programa que será puesto a disposición mediante plataformas de internet.

88 Cfr. “Régimen autoral y licencia para el uso del repertorio de Argentores en Video On Demand-Video a la Carta”, <https://argentores.org.ar/nuevas-tecnologias/aranceles-nuevastecnologias/>.

También representa a “las sociedades autorales extranjeras, con las cuales se encuentra vinculada mediante convenios de asistencia y representación recíproca, y única administradora de las obras mencionadas y perceptora de las sumas que devengue la utilización de los repertorios autorales indicados”. La licencia a la que se refiere el tarifario es una autorización no exclusiva brindada al responsable de la administración de los contenidos (plataforma) con domicilio legal en territorio de la República Argentina para el uso lícito de las Obras del Repertorio de ARGENTORES, exclusivamente para video On Demand-Video a la Carta y similares, de acuerdo con la modalidad de puesta a disposición de los usuarios las obras del repertorio de ARGENTORES, entendiéndose como tal aquella que le permite al público elegir la obra audiovisual y el momento de su recepción. Como se puede observar, es determinante la interactividad del usuario.

Uno de los requisitos de la licencia de ARGENTORES es que la plataforma incorpore antes del inicio de la actividad un “sistema estándar de monitoreo con acceso sin restricciones (...) a fin de que se consigne la Declaración Jurada de las obras disponibles y las obras a las que acceden los usuarios” de la plataforma (#V.b). Luego, en el #VIII, se indican los requisitos de la información que la plataforma debe brindar mensualmente. Todas las obras utilizadas por la plataforma deben ser comunicadas a ARGENTORES en carácter de declaración jurada de acuerdo con el formato que ARGENTORES establezca, el que debe incluir los ingresos obtenidos por los servicios licenciados y generados en el período y las transacciones efectuadas por VOD. El detalle incluirá: 1) el total de obras puestas a disposición; 2) el total de obras a las que han accedido los usuarios (transacciones); 3) el título completo de la obra; 4) los nombres de los autores de cada obra utilizada; 5) el total mensual de ingresos por este concepto; 6) el total de suscriptores del período; 7) los ingresos por abonados del período, si los hubiese.

En el #X, la licencia también incluye la facultad de ARGENTORES para realizar los controles y verificaciones necesarias para auditar la veracidad e integridad de las declaraciones juradas entregadas por las plataformas, las que se obligan a brindar toda la colaboración necesaria para dichos controles. Incluso, incluye una obligación de

la plataforma de hacerse cargo del costo de los controles si se advirtieran diferencias superiores al 10%.

En la práctica, el formato y contenidos de los reportes es acordada entre ARGENTORES y cada plataforma. El área de Sistemas de la SGC decodifica los reportes para individualizar las obras utilizadas. Dichos reportes no suelen incluir identificadores universales como ISAN, ya que pocas obras han incorporado ese código. ARGENTORES también utiliza servicios externos de auditoría para individualizar las obras, como los prestados por Business Bureau.

4.4. Intérpretes

En lo que se refiere a los países objeto de este estudio, las SGC que recaudan derechos por la comunicación pública o puesta a disposición de las interpretaciones audiovisuales son las siguientes:

- Argentina, Sociedad Argentina de Gestión de Actores e Intérpretes (SAGAI, <https://www.sagai.org/>).
- Brasil, InterArtis Brasil (<https://www.interartis.org.br/>), que cuenta con autorización de recaudación, pero esta no se ha hecho efectiva hasta el momento. Sin embargo, distribuye las recaudaciones efectuadas por entidades extranjeras con las que tiene convenio de reciprocidad.
- Ecuador, Sociedad de Gestión de Artistas y Autores Audiovisuales del Ecuador (UNIARTE, <https://www.uniarte-ec.org/>).
- Perú, Inter Artis Perú Sociedad de Artistas del Audiovisual (IAP, <https://interartisperu.org/>).
- Uruguay, Sociedad Uruguaya de Gestión de Actores Intérpretes (SUGAI, <https://sugai.org.uy/>).

Ninguna de ellas es miembro actualmente de SCAPR, debido a que son de creación reciente y su actividad recaudatoria es incipiente.⁸⁹

Estas entidades recaudan por las exhibiciones en salas, emisiones de TV abierta y las de cableoperadores, además de las comunicaciones

89 De acuerdo con lo consultado con las entidades, las obligaciones que SCAPR les impone a sus miembros son difíciles de cumplir para SGC con poco nivel de desarrollo, salvo el caso de SAGAI.

públicas en locales comerciales. Ninguna hasta el momento está recaudando por la puesta a disposición que se realiza en plataformas OTT. En el caso de Argentina, está abierta una instancia judicial.⁹⁰

Perú ratificó recientemente el Tratado de Beijing, optando por el derecho de remuneración para la comunicación pública; respecto a la puesta a disposición, está pendiente una legislación específica, en base a la cual se espera que IAP pueda contar en el corto plazo con los mecanismos de recaudación en plataformas de VOD.

Para conformar el repertorio, las entidades les solicitan a socios y representados que den de alta las obras en las que participaron. Los datos se complementan con los repertorios informados por las sociedades con quienes hay convenios de representación recíproca. No se utilizan identificadores universales. A continuación, se puede ver un modelo de alta de obra:



DECLARACIÓN DE OBRAS

FECHA	DD	MM	AA
DATOS PERSONALES DEL TITULAR			
Nombres		Apellidos	
Nombre/s Artístico/s			
TÍTULO DE LA OBRA AUDIOVISUAL			
DATOS DE LA OBRA AUDIOVISUAL			
Año	Participación (rol actuarial)		
Artista	<input type="checkbox"/>	Actor	<input type="checkbox"/>
		Actriz	
Autor	<input type="checkbox"/>	Director	<input type="checkbox"/>
		Guionista	<input type="checkbox"/>
		Animador Audiovisual	
Personaje (nombre)			
	<input type="checkbox"/>	Cine	<input type="checkbox"/>
		Serie	<input type="checkbox"/>
		Telenovela	<input type="checkbox"/>
		Cortometraje	<input type="checkbox"/>
		WEB	<input type="checkbox"/>
		Otro	<input type="checkbox"/>
Productora			
Medio de Transmisión (nombre del Canal de TV, Cine, Plataforma Online)			
CAPÍTULOS EN LOS QUE TRABAJA			
Fecha de Emisión	Título / Capítulo / Número	NO LLENAR (Uso Exclusivo Visionado)	
		Categoría	Puntos

Figura 15. Formulario para declaración de interpretaciones (fuente: UNIARTE).

90 Cfr. notas de prensa: <https://www.iprofesional.com/actualidad/289934-los-actores-argentinos-avanzan-con-la-demanda-contra-youtube> y <https://www.la-nacion.com.ar/cultura/la-sagai-le-hace-juicio-youtube-derechos-nid2237013/>.

Como se puede observar, en el caso de UNIARTE es un mismo formulario para autores e intérpretes, ya que es el único caso entre los países objeto del estudio que una misma entidad representa a ambas categorías de titulares.

Para la distribución de las recaudaciones, la información del repertorio se confronta con la lista de obras emitidas, identificadas por títulos y de acuerdo con información propia y reportes de agencias de medición de audiencia, a las que luego se asignan códigos internos, por obra y por episodio. Aquí algunos ejemplos:

SEGUNDO TRIMESTRE		OBRAS LIQUIDADAS				SAGAI 2020
<small>CALE ABE OBE PLATAFORMAS WEB DE TÍTULO SERVICIOS ARGENTINOS CANALES DEL INTERIOR</small>						
TÍTULO	TEMP.	#CAP.	NOMBRE CAPÍTULO	AÑO	DIRECTOR	
Don Gallo Y Su Familia				2011	Alberto Mar	
Dónde Duermen Dos... Duermen Tres				1979	Eduico Carlen Salaberry	
Duñá Disparate Y Bambuco				2019	Georgina Barbacosa	
Dorian Gray, El Retablo				2013	Pepo Clotán Campoy y Angel Makler	
Das Besuren				1969	Hurt Land	
Das Looos En El Aire				1976	Pablo Ortega	
Das Mia Das				2012	Diego Kojáren	
Das Paicos En Apuros				2014	Jimmy Hayward	
Das Son Familia				2017	Hugo Galén	
Dr Cándido Pérez, Sus				1982	Enrico Vieyra	
Dracula				2011	Pepo Clotán Campoy	
Dracula				1992	Francis Ford Coppola	

PERIODO DE EMISIÓN 2007 - 2013		OBRAS LIQUIDADAS				SAGAI 4
Nº SERIE	Nº OBRA	TÍTULO	TEMP.	NOMBRE / CANTIDAD DE CAPÍTULOS	AÑO	DIRECTOR
7718	8831	Casi Angeles	4	Tiempo De Cambios	2010	Flavio Rondelli Y Mauro Scandolari
7718	9129	Casi Angeles	4	La Resistencia: Segunda Parte	2011	Mauro Scandolari, Flavio Rondelli
7718	9128	Casi Angeles	4	La Resistencia: Primera Parte	2010	Mauro Scandolari, Flavio Rondelli
7718	9127	Casi Angeles	4	Un Pacto	2010	Mauro Scandolari, Flavio Rondelli
7718	9126	Casi Angeles	4	Aleluya	2010	Mauro Scandolari, Flavio Rondelli
7718	9125	Casi Angeles	4	Detenidos En Un Momento	2010	Mauro Scandolari, Flavio Rondelli
7718	9124	Casi Angeles	4	La Explicación*	2010	Mauro Scandolari, Flavio Rondelli
7718	9123	Casi Angeles	4	Lo Que No Se Puede Cambiar	2010	Mauro Scandolari, Flavio Rondelli
7718	9122	Casi Angeles	4	Cayendo Lentamente	2010	Mauro Scandolari, Flavio Rondelli
7718	9016	Casi Angeles	4	La Hora De Volver A Casa	2010	Flavio Rondelli, Mauro Scandolari
7718	9015	Casi Angeles	4	Un Ladrillo	2010	Flavio Rondelli, Mauro Scandolari
7718	9014	Casi Angeles	4	Tu Canción	2010	Flavio Rondelli, Mauro Scandolari

Figura 16. Informe de obras liquidadas (fuente: SAGAI).

5. Los DRM en las obras audiovisuales

A los fines de este estudio, DRM será toda tecnología utilizada por los titulares de derechos de autor para controlar el uso del material digital que distribuyen y para limitar el uso del contenido de acuerdo con sus propósitos. No son de uso exclusivo en la industria audiovisual, ya que los audiolibros, las tiendas digitales de música y las señales satelitales, entre otros, utilizan mecanismos equivalentes.⁹¹ Es un recurso necesario desde que la digitalización de las obras y su distribución por internet requieren identificarlas y hacer su seguimiento. Al respecto, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA o WCT, en inglés) prevé en el artículo 11 la obligación de las partes contratantes de “proporcionar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas” utilizadas por los autores y titulares para proteger sus obras o para permitir o prohibir ciertos actos respecto a estas. A su vez, en el artículo 12 se establecen obligaciones semejantes para impedir que “se suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos” o que se distribuyan, importen para su distribución, emitan o comuniquen al público, sin autorización, ejemplares de obras “sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización”.⁹²

En el mismo TODA se aclara que se entiende por “información sobre la gestión de derechos” la información que identifica a la obra, a su autor, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información esté adjunto a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra.⁹³ De aquí que la información para la gestión

91 Respecto al modo general en el que actúan los DRM en las plataformas digitales, cfr. Kim (2019).

92 Estas normas tienen sus paralelos equivalentes en los artículos 18 y 19 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF o WPPT, en inglés) y en los artículos 15 y 16 del Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.

93 Estas obligaciones de los Gobiernos –que son facultades de los titulares– se

de derechos, además de ser analizada desde los aspectos prácticos y económicos, constituye un elemento fáctico del tipo legal de las normas que establecen mecanismos de protección. Es decir que no solo queda protegida la OA en sí misma, sino los elementos que permiten identificarla, hacer su seguimiento o permitir su uso bajo ciertas condiciones establecidas por el titular o por otros titulares de derechos incorporados a la OA, como los autores de la música, los intérpretes y los actores, entre otros.

Esta disposición ha sido incorporada a algunas de las legislaciones nacionales de los países objeto de este estudio. Así, el artículo 46, inciso D) de la Ley 9739 de la República Oriental del Uruguay establece que

Será sancionado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría quien altere o suprima, sin autorización del titular de los derechos protegidos por esta ley, la información electrónica colocada por los titulares de los derechos de autor o conexos, para posibilitar la gestión de sus derechos patrimoniales y morales, de modo que puedan perjudicarse estos derechos. La misma pena se aplicará a quien distribuya, importe con fines de distribución, emita o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras, interpretaciones o fonogramas, sabiendo que la información electrónica colocada por los titulares de derechos de autor o conexos, ha sido suprimida o alterada sin autorización.

Los DRM más conocidos, además de los identificadores universales y los metadatos incorporados por el productor audiovisual o sus agentes, son las marcas de agua y las huellas digitales. Estos códigos son incorporados a la OA en la etapa de posproducción por el agregador o bien por cada plataforma. El procedimiento de uso de los DRM incluye un encriptado del contenido (DRM *packaging*) y un desencriptado posterior (*playback process*) mediante el acceso a la llave o código que permite abrir dicho contenido (*encryption key management*). Los DRM y las condiciones de uso son transmitidos o puestos

aplican tanto a los derechos exclusivos como a los de remuneración. Cfr. Ficsor (2003, p. 221 y ss.).

a disposición por separado del contenido mismo. Estas condiciones pueden indicar la validez y vigencia de la licencia de cada usuario y la cantidad de veces que cada obra puede ser visualizada, entre otras.

Cada buscador (*browser*) utiliza su propio sistema de DRM, por tanto, habrá uno para el entorno Apple, otro para Microsoft, otro para Google, etc.⁹⁴ A su vez, las plataformas desarrollan sus llaves para cada entorno. Así, si Netflix ofrece la posibilidad de *save* (guardar un contenido para ver luego y sin conexión), requiere desarrollar dicha llave específica para tantos posibles entornos disponibles para los usuarios, sea Android, IOS, etc., dependiendo del dispositivo utilizado. Es un requisito ineludible para facilitar la portabilidad y la interoperabilidad, de aquí que las plataformas hoy día sean Multi-DRM.⁹⁵ Debido a este mecanismo, los DRM requieren implementaciones en los dispositivos de los usuarios y en los servidores de las plataformas.

Junto con los DRM que permiten el disfrute legal del contenido, se suelen anexar otros que habilitan el seguimiento ante posibles infracciones. Son los llamados *forensic* DRM, los cuales le facilitan al titular de los derechos de autor de un contenido o a la plataforma de VOD descubrir un contenido distribuido ilegalmente. Son implementaciones que pueden detectar la marca de agua, rastrear al usuario, impedir que el usuario utilice el servicio o tomar medidas legales para evitar que la distribución ilegal continúe. A continuación, veremos los principales sistemas que implementan estos recursos, los cuales incluso pueden prevenir prácticas como el *camcording* (filmación de la pantalla de la sala de cine y posterior distribución de la grabación, que implica el paso de digital a analógico y otra vez de analógico a digital) o el *PC screen recorder* (captura de pantalla de la imagen de la computadora en formatos MOV o MP4).⁹⁶

94 A modo de ejemplo, se pueden consultar las especificaciones que sigue Widevine DRM, utilizado por Google Play, YouTube, Netflix, Hulu, Amazon, entre otros. Cfr. <https://www.widevine.com/solutions/widevine-drm>.

95 Cfr. Kim (2019). Los buscadores de Microsoft y Edge solo permiten el uso de PlayReady DRM. Google Chrome utiliza Google Widevine Modular DRM; Safari de Apple utiliza el DRM FairPlay Streaming; Mozilla y Firefox también utilizan Widevine Modular DRM, como Chrome.

96 Para ver más en detalle las tecnologías de forensic watermarking se pueden

5.1. Los *fingerprints*, marcas de agua y otros identificadores digitales en las OA

ISAN, EIDR y otros identificadores únicos no son en sí mismos un sistema para proteger el contenido, pero cuando se utilizan junto con los sistemas de seguimiento y detección de contenido mejora considerablemente la eficiencia del ecosistema. Los medios tecnológicos permiten que los identificadores actúen en conjunto con las huellas dactilares y marcas de agua, permitiendo el escaneo de redes, la detección de la presencia de OA en la oferta de determinadas plataformas y la verificación de la tasa de uso de cada OA.⁹⁷ Ambas técnicas son complementarias y pueden utilizar los identificadores universales hasta aquí desarrollados, unos para permitir el disfrute de los contenidos y otros para efectuar el seguimiento de los usos ilegales.⁹⁸ A continuación se puede ver el esquema de funcionamiento combinado de metadatos y DRM, de acuerdo a lo propuesto por uno de los proveedores existentes.

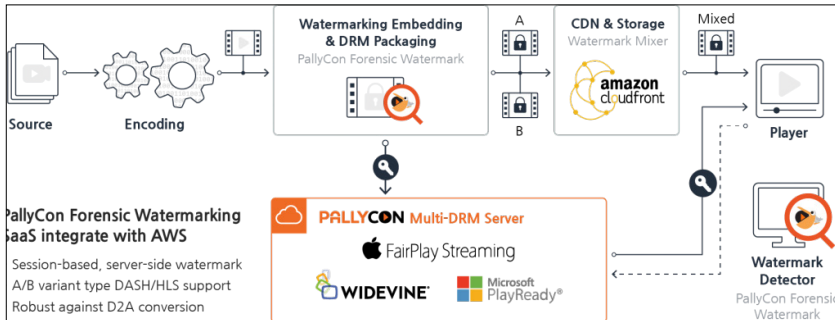


Figura 17. Flujograma de inserción de marcas de agua (fuente: PallyCon Forensic Watermarking and Multi-DRM workflow).⁹⁹

En cualquier caso, son parte de los metadatos embebidos (incor-

consultar las especificaciones de la industria norteamericana en Moviellabs (2020).

97 Para los conceptos básicos de marcas de agua y huellas digitales, cfr. Milano (s.f.).

98 Cfr. Hsieh et al. (2014).

99 Disponible en: <https://medium.com/pallycon/how-netflix-protects-contents-part-2-33c1b60002a3>.

porados) o vinculados a la OA, ya sean descriptivos, estructurales (como un capítulo o temporada dentro de una serie), administrativos, técnicos o de preservación.¹⁰⁰ El uso de identificadores y metadatos requiere utilizar estándares para la creación, la gestión y el intercambio de información, brindando homogeneidad e interoperabilidad. Esas normativas uniformes indican cómo y por qué deben capturarse ciertos metadatos, permitiendo comprender fácilmente los metadatos creados por otros y reduciendo al mínimo los obstáculos del intercambio de información entre sistemas.¹⁰¹ Los metadatos pueden almacenarse en hojas de cálculo de Excel, como archivos XML o en bases de datos como sistemas de gestión de contenidos y depósitos institucionales, así como en otros formatos. Sea cual fuere la forma en la que se almacenen los metadatos, el uso de normas para crearlos y estructurarlos hará que se comprendan más ampliamente y sean más interoperables.¹⁰²

A modo de ejemplo, para la detección de usos no autorizados, ISAN permite identificar de forma inequívoca y automática el contenido específico al que afecta la infracción. Así lo hace el sistema de protección de contenido AACIS para discos Blu-ray y otros medios ópticos (<https://aacsla.com/>), o bien directamente el propietario del contenido para identificar sus obras protegidas con la identificación de contenido de YouTube o dentro del sistema francés Hadopi.¹⁰³

100 Cfr. AVPS-NEDCC Northeast Document Conservation Center, Fundamentals of AV Preservation Textbook, <https://www.nedcc.org/fundamentals-of-av-preservation-textbook/chapter-4-introduction/chapter-4-section-5>.

101 Cfr. Polo Carrión et al. (2011).

102 Filmstandars.org propuso el estándar EN15744 como un catálogo mínimo de metadatos que deberían ser obligatorios para las obras audiovisuales en la Unión Europea. Cfr. http://filmstandards.org/fsc/index.php?title=EN_15744. Respecto a cómo se caracteriza cada uno de dichos metadatos, propuso a su vez el estándar EN15907. Cfr. http://filmstandards.org/fsc/index.php?title=EN_15907. Como documento actualizado y comprensivo de los estándares para metadatos de obras audiovisuales en la Unión Europea puede consultarse EFG European Film Gateway Data Provider Handbook, disponible en: https://www.efgproject.eu/downloads/EFG_DataProviderHandbook_2020.pdf.

103 En un reciente informe del Ministerio de Cultura de Francia se analiza la forma en la que se pueden utilizar las herramientas digitales para la protección

Existen múltiples formas de vincular el ISAN a la obra utilizando estándares audiovisuales.¹⁰⁴

En el caso del EIDR, los metadatos no son incrustados directamente, sino a través del ID que remite a ellos, el cual es incorporado al *master* original de la OA o de sus diferentes versiones. Este ID del EIDR identifica el contenido, una específica versión o edición y una secuencia de imágenes.¹⁰⁵

5.1.1. Uso de marcas de agua en la OA

Las marcas de agua se utilizan para hacer el seguimiento de archivos individuales, ayudar a identificar quién creó un determinado contenido y establecer si el contenido se obtuvo por medios legítimos. Una marca de agua es una pequeña cantidad de datos añadidos y a menudo ocultos dentro de un archivo digital, que incluso puede constituir solo una identificación única o un número, difícil de eliminar sin dañar o distorsionar la imagen o difícil de encontrar si no se conoce su acceso o encriptación. También puede consistir en los mismos datos repetidos en muchos fotogramas del archivo audiovisual. Cualquiera sea el modo, deben resultar “invisibles” para el consumidor sin ir en detrimento de la calidad del contenido.

Para garantizar la máxima solidez de los sistemas de marcas de agua, el ISAN no se fija directamente al contenido mediante tecnologías de marcas de agua ocultas. De hecho, existe un vínculo directo entre la calidad de una marca oculta, su solidez a los ataques, como el intento de eliminar la marca, y la información contenida en dicha marca de agua (la identificación o etiqueta). Por lo tanto, cada

de los derechos de propiedad intelectual en las plataformas audiovisuales. El llamado *rapport Mochon* se enmarca en el artículo 17 de la Directiva sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital. Cfr. Mochon et al. (2020).

104 Disponible en: <https://support.isan.org/hc/en-us/articles/360025250652-ISAN-in-Audiovisual-Standards>.

105 Respecto a los requisitos técnicos para introducir el EIDR ID en el master, se puede consultar en Entertainment Identifier Registry (2016). La biblioteca de documentos de EIDR para la aplicación de estándares está accesible en: <https://www.eidr.org/standards-and-interoperability/>.

proveedor de soluciones ha desarrollado e implementado su propio etiquetado para hacerlo funcionar con su tecnología; algunos usan códigos cortos, otros usan una marca de tiempo, etc.¹⁰⁶

Por lo tanto, el enfoque de ISAN es no degradar las tecnologías de los proveedores, sino vincular los códigos ISAN a la etiqueta del proveedor en el nivel del sistema de marca de agua mediante codificadores y decodificadores. Cuando se codifica o decodifica una marca de agua, el usuario ve un ISAN, el que por detrás se asigna a la etiqueta del proveedor. En definitiva, lo que importa no son los bits digitales que están ocultos en el contenido, es decir, la etiqueta del proveedor, sino cómo estos, una vez recuperados en un contenido infringido, pueden vincularse de manera inequívoca y automática a un contenido específico: el ISAN y sus metadatos. Varios proveedores de marcas de agua realizaron dicha implementación de ISAN.

EIDR también permite la utilización de marcas de agua, como, por ejemplo, el sistema desarrollado entre CIMM (Coalition for Innovative Media Measurement, <https://cimm-us.org/>) y KantarMedia. Se trata del OBID (Open Binding of Content Identifiers) que permite codificar el ID de EIDR en una pista de audio, la que es superpuesta en el código del archivo.¹⁰⁷ Una versión avanzada es el sistema TAXI (Trackable Asset Cross-Platform Identification), que permite la persistencia de la marca de agua a través de múltiples y simultáneas plataformas (Broussard, s.f.). Si bien su uso inicial fue para identificar piezas publicitarias en las emisiones de señales en beneficio de anunciantes y agencias, cualquier contenido audiovisual puede ser identificado y detectado con estas marcas de agua.

5.1.2. Uso de huellas digitales en la OA

Las huellas digitales no embeben ninguna información en el archivo,

106 A modo de ejemplo, se puede revisar la experiencia de Streaming Video Alliance, una iniciativa entre varios operadores del ecosistema de la televisión que utilizan mecanismos de marcas de agua para contenidos en vivo, denominado Content Armour. Cfr. <https://www.streamingvideoalliance.org/document/forensic-watermarking-implementation-considerations-for-streaming-media/>.

107 Cfr. Mears y Kerautem (s.f.).

sino que analizan el vídeo y/o el audio para determinar las características únicas del contenido. El patrón identificado se almacena en una base de datos y se puede utilizar para reconocer el contenido en el futuro. Para que un sistema de huellas digitales sea eficaz, debe estar asociado a una base de datos que vincule la huella con el contenido cuando el sistema identifique el mismo contenido otra vez. En el caso de las OA, estos sistemas requerirían una capacidad de manejo de datos inconmensurable, ante lo cual se suele almacenar solo una muestra representativa de fotogramas o bien signos incorporados a la emisión de un programa de televisión, como el logotipo de la señal. Esta muestra se suele llamar DNA o código genético de la OA. El sistema permite identificar la obra y sus distintas versiones, con lo cual es posible efectuar asignación de ingresos de modo preciso.

El ISAN generalmente se adjunta a la huella digital en la base de datos de huellas digitales. Por tanto, permite identificar de forma inequívoca y automática el contenido detectado por el sistema de huellas digitales y proporcionar informes con referencias ISAN que pueden ser procesados por otras aplicaciones. ISAN, ISRC e ISWC son utilizados, por ejemplo, por el sistema de huellas digitales de BMAT (<https://www.bmat.com>) para proporcionar informes de uso que pueden ser procesados electrónicamente por las SGC. Otro tanto realiza Kantar Media para la medición de audiencias y de publicidad.¹⁰⁸

Una solución de huella digital específica para la industria audiovisual la provee Signature <https://institut.ina.fr/en/services/image-sound-software/signature>.

5.2. Tecnologías de *blockchain* para la gestión de obras audiovisuales

Las tecnologías de *blockchain* se pueden utilizar para el registro de obras protegidas por el derecho de autor. Si bien es una alternativa disponible para las oficinas de propiedad intelectual y demás actores del ecosistema, su uso todavía es muy limitado. En su desarrollo

108 <https://www.kantarmedia.com/us/our-products/audience-intelligence/content-detection-technologies>.

actual, su utilidad está relacionada principalmente con la prueba de la creación, titularidad y contenido, pero los metadatos generados para el registro pueden incorporarse a las versiones de la OA para su seguimiento más preciso y determinar derechos y remuneraciones.¹⁰⁹ Esto se debe a que el registro por *blockchain* se puede asociar a los llamados “contratos inteligentes”, los cuales facilitan las condiciones de uso de las obras. Adicionalmente, la encriptación de la información inherente al sistema torna al circuito informativo de una gran fiabilidad y trazabilidad (Clark y Burstall, 2019).

Una de las ventajas que podría traer el uso del *blockchain* por sobre los sistemas de Content ID es que el titular puede determinar de modo anticipado e indubitable qué usos o remuneraciones habilita de modo general para sus obras, incorporando un vínculo a un contrato inteligente sin depender de la política de tal o cual proveedor o plataforma. El sello criptográfico es más robusto que las marcas de agua y las huellas dactilares (Savelyev, 2017). Tanto la distribución como los pagos automáticos se verían facilitados.¹¹⁰ Por otra parte, los bloques criptográficos introducidos como metadatos en las OA también deben ser considerados como parte de la información pro-

109 De modo general, para el funcionamiento del *blockchain* en relación con la propiedad intelectual, puede consultarse Rose (2020). Para una explicación más detallada de la estructura del *blockchain*, cfr. Shackelford y Myers (2016).

110 Esto es por ejemplo lo que prevé la patente US 2018 / 0285996 A1 METHODS AND SYSTEM FOR MANAGING INTELLECTUAL PROPERTY USING A BLOCKCHAIN, titularidad de FutureLab Consulting Inc. “A system and methods for managing intellectual property using a blockchain are provided which may include one or more elements which forms a comprehensive foundation for an eco-system for innovation and intellectual property management. The elements may include: an intellectual property distributed ledger, an intellectual property digital policy server, non-binary trust models, automatic ontology induction, modifications to the blockchain “mining” and “proof of work” system, appstore for related applications, partial transparency transactionalized search engine, persistent and encapsulated software trust objects, licensing royalty smart contract with auditable payment tracking, micro-equity incentives, automated fraud detection intellectual property management dashboards, innovation workflow broker, innovation optimization tools, disruption mapping, and intelligent just-in-time learning. The system combines and integrates these functions to enable personal, intra-enterprise, inter-enterprise and extra-enterprise recordation,

tegida por DRM. De aquí que su uso para la gestión de derechos sea una consecuencia lógica del sistema (Tresise et al., 2018).

Si bien el uso de la criptografía y el *blockchain* para la gestión de grandes repertorios todavía no es una realidad extendida, es importante tener en cuenta que para su implementación será necesario transitar antes las etapas de identificación uniforme de la OA, sus titulares y los derechos asociados. En el paso de las posibilidades teóricas a una práctica general se deben resolver problemas técnicos y de interoperabilidad (Gürkaynak et al., 2018).

6. Experiencias sobre el uso de la información

6.1. la inteligencia artificial en la identificación y gestión de OA

Cómo hemos visto hasta aquí, la gestión de la información de las OA requiere una gran capacidad de procesamiento e interoperabilidad de los sistemas, además de una adecuada organización y carga de los datos provenientes de la documentación. De aquí que de modo creciente se utilicen las herramientas de *big data*, *data mining*, *machine learning* y *deep learning*, todos recursos de la disciplina de la inteligencia artificial (IA). De estas tecnologías, probablemente el *machine learning* sea la más requerida para automatizar los procesos.¹¹¹ Utiliza algoritmos y modelos estadísticos para permitirles a los sistemas el aprendizaje y mejora a partir del ensayo y error, simulando el modo humano de utilización de los datos de experiencia. Mediante el *machine learning*, el sistema computacional puede realizar tareas de clasificación a partir de imágenes, texto o sonido. Los modelos se entrenan utilizando un gran conjunto de datos de

collaboration, searchability and its benefits, licensing and tracking of information regarding intellectual property over a networked distributed computing system”. Cfr. También la solicitud de patente USPTO 20200374106 16/667847, denominada SYSTEM OR METHOD ON IMPLEMENT RECORD LEVEL ACCESS ON METADATA DRIVEN BLOCKCHAIN USING SHARED SECRETS AND CONSENSUS ON READ.

111 Un ejemplo es la iniciativa URights, entre SACEM e IBM, para aplicar la tecnología Watson de *machine learning* en la identificación de obras musicales, incluyendo las plataformas de VOD. Cfr. <http://www.urights.net/>.

varias capas y arquitecturas de redes neuronales.¹¹² Los sistemas se basan en reglas que utilizan conjuntamente las bases de datos de información y las reglas para automatizar los procesos de inferencia (Chan-Olmsted, 2019).

Más allá de la optimización, la IA ofrece amplias funciones relacionadas con el contenido de las plataformas. Estas funciones son la agregación, la extracción, el etiquetado, la supervisión y el control del contenido. La clave aquí está en la habilitación de una máquina para complementar las decisiones y comportamientos humanos, haciendo así el proceso de gestión de contenidos más efectivo y eficiente. La IA en la gestión de contenidos parece ser una aplicación importante y temprana de las empresas de medios de comunicación. Una encuesta de la industria encontró que el 47% de los encuestados utilizan la IA para crear, generar y adjuntar etiquetas de metadatos a los extractos de forma automatizada para simplificar las búsquedas de contenido y acelerar la recuperación de los extractos. Esto es especialmente importante para quienes disponen de grandes catálogos de contenido (Chan-Olmsted, 2019).

Las posibilidades son enormes. Las expresiones sintácticas de programación hacen uso de los identificadores universales como ISAN, ISWC o ISRC como parte integral del proceso. De hecho, las características de estos números o códigos comparten varias de las características necesarias para que las huellas digitales sean más robustas a la hora de evitar la circunvencción de los DRM.¹¹³ A modo de ejemplo, los mecanismos de autorización de uso de las plataformas TVOD utilizan las redes neuronales para brindar acceso a los contenidos elegidos por el usuario.¹¹⁴ Existen diversas tecnologías que hacen aplicación de la inteligencia artificial para la gestión de repertorios, detección de infracciones, remuneración de titulares o baja de contenidos. Algunas de estas tecnologías se encuentran protegidas por patente.¹¹⁵

112 A modo de ejemplo, el machine learning puede resolver conflictos de homonimia respecto al título de la obra o bien en el subtítulo. Cfr. Rice et al. (2019).

113 Cfr. Chen et al. (2019).

114 Cfr. García et al. (2007).

115 A modo ejemplificativo mencionaremos dos. La patente US 2018/0247380

Las OTT y, de modo más general, la industria de medios y telecomunicaciones recurren a la IA con las siguientes finalidades: recomendaciones y asistencia en la búsqueda de contenido, participación y preferencias de la audiencia, comportamiento de la audiencia, experiencia aumentada, mejoras en la gestión de mensajes, gestión y administración de contenido, creación de contenido, información del público y automatización operativa. En nuestro caso, interesa especialmente la gestión y administración de contenido. Una utilidad de la IA y el *machine learning* en particular es su aplicación a las bases de datos de números estándar. ISAN, por ejemplo, lo utiliza para evitar la deduplicación de OA al registrar códigos ISAN, mapear cualquier esquema de base de datos audiovisual con el esquema de datos del Registro ISAN o bien hacer coincidir las bases de datos externas con el registro ISAN para difundir los códigos ISAN existentes.

6.2. Content ID

La expresión Content ID representa mecanismos muy diversos, por medio de los cuales las plataformas y otros actores del ecosistema utilizan las huellas digitales y marcas de agua para detectar y administrar la información de las obras visualizadas por los usuarios.

6.2.1. YouTube y convenios de monetización

La plataforma YouTube dispone de una OTT con servicios de AVOD y de TVOD. En la versión de AVOD, que fue la primera y es la más utilizada, tiene una práctica establecida con sus *partners* en la que utiliza identificadores personalizados que indican un valor único para poder gestionar los contenidos alojados en la plataforma.¹¹⁶ Pueden ser identificadores creados específicamente para cada

Al, referida a MANAGING COPYRIGHTS OF CONTENT FOR SHARING ON A SOCIAL NETWORKING SYSTEM, titularidad de Facebook, Inc. La patente US 7,779,058 B2, referida a METHOD AND APPARATUS FOR MANAGING A DIGITAL INVENTORY OF MULTIMEDIA FILES STORED ACROSS A DYNAMIC DISTRIBUTED NETWORK, titularidad de Ronald Raymond Shea.

116 Cfr. <https://support.google.com/moviestvpartners/answer/2987836> y

contenido o uno de los identificadores estandarizados a los que ya nos referimos, como el EIDR o el ISAN. YouTube recomienda utilizar un único identificador por contenido para la disponibilidad y la transferencia, ya que mejora la creación de informes y el seguimiento. El identificador personalizado puede ser creado por el titular o, en su defecto, se crea automáticamente al subir un contenido a la plataforma. También se puede identificar cada contenido distinguiendo por temporada y por episodio, lo cual será tenido en cuenta para los reportes.

Los archivos con los contenidos son subidos por los titulares a los servidores de YouTube junto con los identificadores y las instrucciones de gestión, ya sea para alojarlos a los solos fines de crear la huella digital o bien tomar la decisión de hacerlos públicos. La huella permite efectuar un seguimiento de los contenidos para evitar la piratería o establecer mecanismos de monetización, de acuerdo con las indicaciones del titular, que pueden consistir en dar de baja, monetizar, geolocalizar (limitar por territorios) o limitar el tiempo de visualización. El sistema realiza una comparación de imagen y sonido de cada contenido, detecta las imágenes de contenidos similares subidos por otros usuarios y aplica las instrucciones recibidas del titular.

Para configurar el identificador personalizado, al momento de subir un contenido se introduce la información básica: título, descripción, las miniaturas que verá el usuario, la lista de reproducción, el público destinatario, restricciones por la edad de los usuarios y si es un contenido creado para niños. También se debe indicar si el video incluye una promoción pagada, cuando corresponda. El titular puede agregar etiquetas, consistentes en palabras clave descriptivas para corregir errores de búsqueda y para orientar las preferencias del consumidor. Se detalla el idioma original, las versiones y si contiene subtítulos, así como el lugar y fecha de producción o grabación. Es posible introducir la información de licencias y distribución, como también si se trata de una licencia de derechos de autor estándar o bien bajo Creative Commons. El titular también puede decidir si

https://support.google.com/moviestvpartners/answer/7540024?hl=en&ref_topic=6162347.

el video puede incorporarse en otros sitios web. Otra información relevante es el género o categoría, por ejemplo, si es educativo o comedia. Entre otras opciones, se pueden permitir o no comentarios en el video así como la visibilidad de la cantidad de “Me gusta” y “No me gusta”.

Los *partners* que utilizan el sistema de coincidencias pueden habilitar la opción de reconocimiento para tramitar reclamos cuando el contenido subido por otros usuarios coincida parcialmente con el archivo de referencia subido por el titular. Los reclamos se generarán automáticamente. La otra opción es decidir monetizar esos contenidos cuando los usuarios los seleccionen y visualicen, compartiendo YouTube la recaudación publicitaria a razón del 55% el titular y 45% YouTube.¹¹⁷ Esta distribución solo se aplica a los contenidos que hayan sido visualizados y que estén patrocinados por *spots* publicitarios. Esta última opción está disponible para los productores de la región a través de EGEDA.

El sistema de monetización a través de Content ID también es utilizado por organismos de radiodifusión mediante la puesta a disposición de las grabaciones de los programas emitidos previamente por sus señales, sean o no obras audiovisuales. YouTube permite agregar elementos visuales al final del video (pantalla final) así como contenido interactivo al video (tarjetas), con la finalidad de ofrecer otros contenidos a los consumidores o recordarles eventos en vivo o estrenos. El consumidor incluso puede guardar sus preferencias para que le lleguen avisos personalizados.

YouTube dispone de Analytics (<https://studio.youtube.com/>), un servicio de reporte que muestra los datos más relevantes respecto a las reproducciones de los contenidos del *partner*. Se presentan las principales métricas vinculadas al tráfico del sitio propio del socio, como el tiempo de reproducción (en horas), las vistas, los suscriptores y los rendimientos. Si se es parte del Programa de socios de YouTube, se pueden consultar los ingresos del último mes o de un período mayor, desglosados por cada video, con las fuentes de ingreso para el período seleccionado.

117 A octubre de 2020, a este convenio habían adherido 440 productores de Iberoamérica con 12000 OA Cfr. https://www.egeda.com.ar/EW_Pirateria.asp.

Este es un ejemplo de los reportes que presenta YouTube:

Field	Description	Example
video_id	The Unique and persistent identifier of the video as allocated by YouTube.	WvyGIGli058
video.title	The title of the video as provided by the uploader.	"Amazing vacations in SFO"
work title	Asset title for the Movie, Show Episode, Web asset...	Aliens
asset_type	Defines the asset type claimed in the video	Web, TV, Episode...
asset_id	Asset ID(s) of assets claiming the video	ELz1LTZJO3U
Year of Production	Year of production of the movie or Series, as provided by the Studio	2012
ISAN	International Standard A/V Number	00000000A97B000000000000
EIDR	EIDR Number	10.5240/0000-2345-5432-7858-6543-C
views	Total views for the video over the reporting Month for the reporting Territory	500000
gross_revenue	Total gross revenue for the video in the reporting month and territory	1000.00

Tabla 5. Reporte de YouTube (fuente: YouTube).

6.2.2. Signature

Signature es un *software* desarrollado y ofrecido por el INA (Institut National de l'Audiovisuel, Francia) para ser utilizado como huella digital en la identificación de secuencias de video.¹¹⁸ Inicialmente se trató de un desarrollo para la plataforma de distribución de contenidos MEDIAPRO, pero en la actualidad el servicio está disponible para terceros de todo el mundo a través de SaaS (*software as a service*). Signature permite identificar contenido protegido por propie-

118 Cfr. <https://institut.ina.fr/en/services/image-sound-software/signature>.

dad intelectual, asegurar el cumplimiento de las condiciones de uso de dicho contenido y desarrollar estrategias de monetización por su explotación. Utiliza tanto ISAN como EIDR para identificar las OA.

Signature puede ser utilizado para identificar y seguir transmisiones en vivo, como eventos deportivos o conciertos, ya que las huellas digitales se comparan automáticamente en menos de un minuto y sin intervención humana. INA supervisa actualmente alrededor de cien señales de TV automáticamente en tiempo real para identificar copias de sus archivos distribuidos. Entre sus principales usuarios se puede mencionar a DailyMotion, de fuerte presencia en la región (<https://www.dailymotion.com/ar>). También colabora con las SGC para la distribución de derechos.

Sus especificaciones permiten determinar cuándo y cómo puede ser utilizado cada contenido, durante qué período, territorios de uso y distribución de los ingresos generados. Adicionalmente, los titulares de derechos tienen la opción de mantener activo su contenido registrado en las bases de datos del INA para poder vincularlos a servicios de antipiratería.

Signature también puede ser utilizado por plataformas de servicios audiovisuales para identificar contenidos, en la medida que se utilice la base de datos del INA, con base en una cantidad mínima de horas de contenido. El mismo recurso de huella digital puede ser utilizado por proveedores de servicio de monitoreo de redes al detectar copias, incluso cuando se hubieran realizado modificaciones importantes en los archivos, superpuesto texto y gráficos a las imágenes, cambios de color o blanco y negro o utilizado tecnologías de compresión o cambios de formato. Para este servicio también se utiliza la base de datos central del INA y está disponible solo para los servicios de monitoreo en internet. También pueden operar asociado a terceras partes, como OpSec (<https://www.opsecsecurity.com/>) o TMG (<https://www.tmg.eu/>) para etiquetar los contenidos y realizar su seguimiento en las redes.¹¹⁹

119 En el caso de TMG, por ejemplo, utiliza ICE (Internet Copyright Enforcement) asociado a Signature para ejecutar políticas antipiratería con baja de

6.3. La medición de audiencias

Otro uso muy relevante de la información sobre la obra audiovisual y los metadatos asociados, es la posibilidad de medir audiencias y preferencias de consumo. Veremos algunos de esos usos.

6.3.1. COMSCORE

COMSCORE (<https://www.comscore.com/esl>) es una empresa global con sede en Estados Unidos y de fuerte presencia en Latinoamérica, especializada en mediciones de audiencias en TV en todas sus formas, plataformas OTT y salas de cine. Para la exhibición en cines, mide el 95% de los ingresos de taquilla y asistencia de público mundial. Presta servicios a los estudios de producción audiovisual y a los distribuidores. También brinda informes sobre facturación y conciliación de flujos de fondos.

En el caso del audiovisual en plataformas de VOD, lo hace por los consumos en línea mediante el uso de dispositivos tanto fijos como móviles. Para la medición de audiencias en plataformas utiliza un método híbrido. En primer lugar, realiza un muestreo directo de usuarios voluntarios que tienen instalados audímetros en sus dispositivos. Se trata de un *software* que registra las páginas web visitadas. A eso se le suma la información proveniente de una herramienta analítica, DAX (Digital Analytix). Esta metodología híbrida se llama Unified Digital Measurement (UDM), la cual registra todos los visitantes del sitio web y ayuda a entender el tamaño y la calidad de la audiencia.

Otro de los servicios de COMSCORE es Video Metrix®, Multiplataforma de COMSCORE que ofrece una visión total del consumo de video digital del consumidor en computadoras, teléfonos, tabletas y dispositivos OTT. Este servicio ofrece una medición de audiencia de video desagregada a través de contenido digital y anuncios, proporcionando detalles sobre el tamaño de la audiencia, la cobertura, fidelidad y composición demográfica. Estas características, entre otras, son analizadas para los canales de YouTube.

Respecto a otras plataformas de VOD, COMSCORE está avan-

contenidos incluida. Cfr. <https://www.tmg.eu/services.html#ice>.

zando en el etiquetado de páginas. En algunos casos analizan el tráfico, en otras muestran un panel con la interacción y tiempo de reproducción de los contenidos por parte de los usuarios. Los paneles se integran con usuarios que aceptaron compartir información cuando las aplicaciones interactúan con MyMetrics, un *software* de recolección, análisis y reporte de navegación.

6.3.2. Content Pulse

Content Pulse (<https://bb.vision/content-pulse/>) es una iniciativa de Business Bureau mediante la cual se efectúa el monitoreo de plataformas digitales para la medición de audiencia y disponibilidad de contenidos en las OTT. A octubre de 2020, la base de datos para el monitoreo incluía 1168 plataformas en 61 países, las cuales ponen a disposición 309458 películas y 2673386 episodios. De los países objeto de este estudio, se encuentra activo el seguimiento de 214 plataformas de contenidos audiovisuales. De acuerdo con el estado de la base de datos de agosto de 2020, 52890 películas y 11051 series de los países objeto de estudio están presentes en las principales plataformas de VOD.

Los reportes son semanales y también incluyen análisis de afinidad de los contenidos y popularidad, pero no cantidad de usuarios. Respecto a las SGC, la herramienta es útil para identificar a los miembros presentes en obras que se transmiten *online*, en qué países y en qué plataformas. También permite ver el alcance de los contenidos locales y si alguna entidad tiene acuerdos con asociaciones de otros países, puede controlar esa recaudación y el cumplimiento de la reciprocidad.

Las obras identificadas en los reportes incluyen el EIDR y, en algunos casos, el ISAN. Cada nueva obra que se detecta es subida a la base de datos y puede formar parte de los futuros reportes.

La interfaz del usuario es muy versátil y permite distintos análisis, como algunos de los que se pueden ver a continuación:

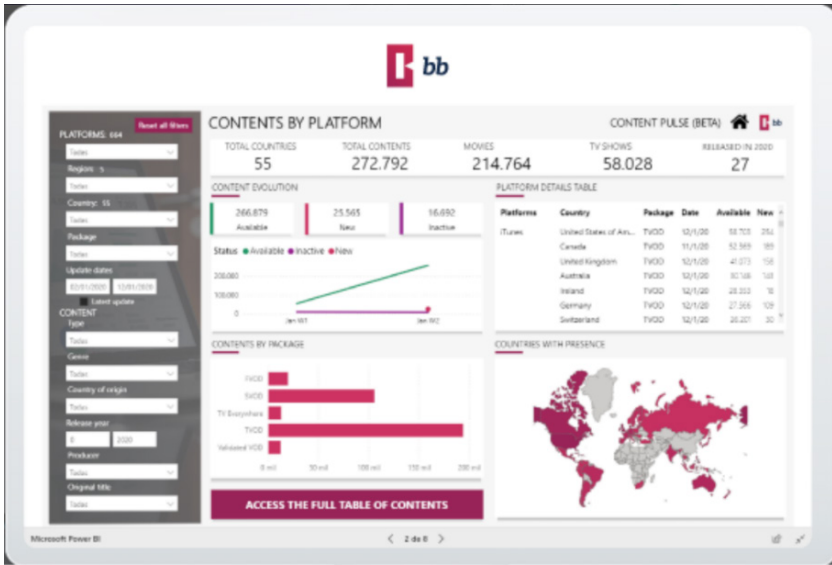


Figura 18. Pantalla de Content Pulse.

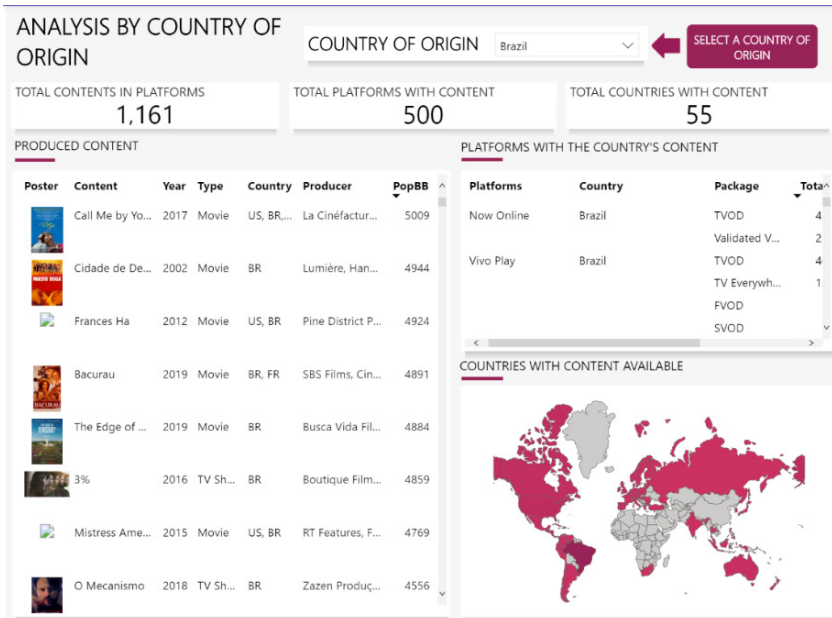


Figura 19. Pantalla con detalle de Content Pulse.

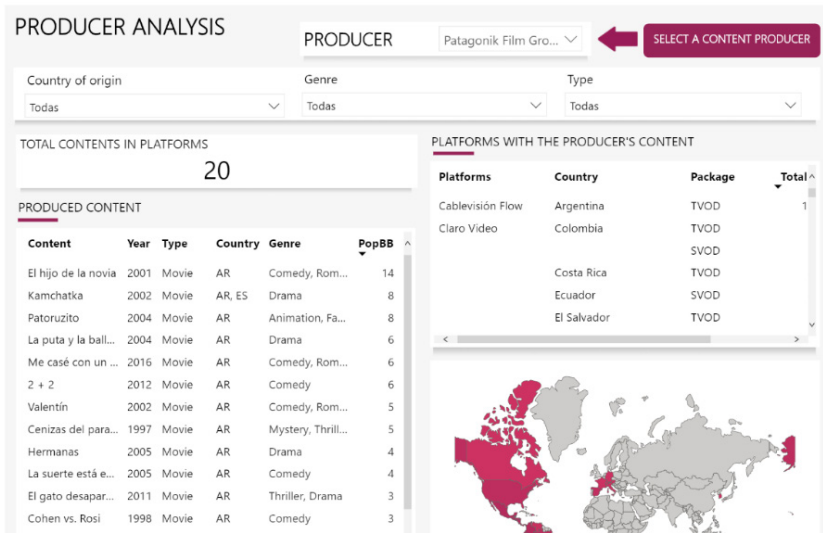


Figura 20. Análítica detallada de Content Pulse.

6.4. Reportes para pago de derechos

6.4.1. BMAT

BMAT (<https://www.bmat.com/es/>) es una empresa de alcance global de fuerte presencia en Latinoamérica, con foco en el monitoreo de música de TV, radios, clubes y servicios digitales. Sus reportes, además de audiencia, incluyen los metadatos que permiten una distribución precisa de las recaudaciones por comunicación pública; están destinados a SGC, editores, agencias de publicidad, plataformas digitales, empresas de entretenimiento, medios de comunicación, agregadores y organismos públicos. Para el caso del audiovisual, el monitoreo se realiza principalmente en radiodifusoras sobre una base de más de 72 millones de huellas digitales acústicas de música comercial, de producción y por encargo, a través de la colaboración directa con más de 120000 propietarios de contenido (a octubre de 2020). Dicha base incluye más del 95% de registros del ISRC y más del 80% del ISWC.

BMAT dispone de un servicio propio de identificación y monitorización de música, Vericast (<https://vericast.bmat.me/>), al que los clientes acceden en línea mediante una API. El sistema es interope-

rable y permite personalizaciones a medida. En los países objeto del estudio, reporta a todas las sociedades autorales, de intérpretes y de productores fonográficos. Los reportes identifican la música utilizada, pero no indica cómo: si es tema de apertura, incidental, *leit motiv* o cierre. De aquí que los reportes deban complementarse con la información que los productores informaron en los *cue sheet*. En la práctica, si no hay *cue sheet*, las SGC autorales la consideran como música no identificada. Cuando el productor audiovisual o el organismo de radiodifusión es el titular de la música o cumple el rol de editor de la música sincronizada, los reportes de BMAT le permiten contar con información sobre las regalías que le podrían corresponder por la comunicación pública de dicha música.

En los países donde los productores fonográficos y los intérpretes tienen derechos por la comunicación pública del fonograma sincronizado a la OA, los reportes de BMAT identifican el fonograma con su ISRC respectivo. Ese reporte es utilizado a los fines de la distribución de los derechos recaudados, tanto del país como de las recaudaciones del extranjero, a los fines de facilitar la reciprocidad.

Las huellas digitales de BMAT también permiten brindar un servicio integrado a la cadena de distribución y consumo de las plataformas para identificar la música y corregir errores en los metadatos o información errónea sobre la titularidad. Este servicio está disponible de igual modo para ser utilizado en los contenidos generados por los usuarios (UGC, User Generated Content).

BMAT cuenta con un servicio específico para los productores audiovisuales, denominado CUED, por el cual se pueden generar *cue sheet* de modo automático. Es una plataforma en la que se carga la producción audiovisual y reconoce la música incorporada con la duración de cada tema. Una vez identificada, importa los datos de la canción, incluyendo los números ISWC, ISRC e IPI, con la información asociada a cada código. A la inversa, si un *cue sheet* está en formato plano, se pueden extraer de allí los metadatos que permiten luego recuperar las huellas digitales y automatizar el monitoreo de la música declarada. Esto facilita el intercambio informativo entre productores audiovisuales, editores musicales y SGC.

6.4.2. DDEX

Digital Data Exchange (DDEX, <https://ddex.net/>), según sus propios términos, es una entidad sin fines de lucro que elabora y difunde normas relativas a la creación y gestión de metadatos, la identificación de entidades y la comunicación de esa información en relación con los derechos, convenios y contenidos de los medios de comunicación a fin de permitir un entorno de procesamiento de transacciones altamente automatizado, oportuno y eficaz en función de los costos, que proporcione el mayor nivel posible de eficiencia operacional entre los participantes en la cadena de valor de los medios físicos y digitales y promover, mediante la creación de material publicitario, la celebración de seminarios de capacitación y otras actividades similares, la sensibilización mundial y la aplicación conforme a esas normas.¹²⁰

DDEX tuvo su origen en la industria musical, promoviendo la normalización de la información y los reportes. El Board está integrado por las principales empresas de medios de comunicación, las organizaciones de concesión de licencias de música, los titulares de derechos, SGC, los proveedores de servicios digitales y los intermediarios técnicos, como los agregadores, es decir, todos los participantes de la cadena de valor. Actualmente, más de 4000 organizaciones utilizan DDEX como estándar. La implementación se realiza a través de *business partners*, previa aceptación de la licencia y reconocimiento de la asignación de un identificador como parte asociada (DDEX Party Identifier, DPID). El *software* y toda la documentación resultante se rige por criterios de *open source*.

A la fecha, DDEX cuenta con ocho diferentes estándares de acuerdo con el rol y función de la organización dentro de la cadena de valor. El esquema general del flujo de información y la orientación de qué estándar es el más adecuado para cada organización puede observarse aquí:

120 Cfr. <https://ddex.net/>.

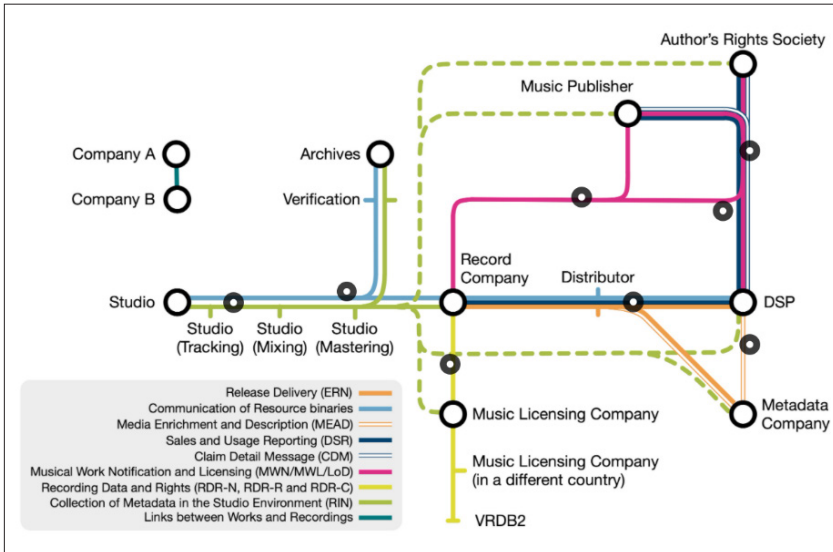


Figura 21. Flujograma de identificación de obras y titulares (fuente: Digital Data Exchange).¹²¹

DDEX utiliza los identificadores universales ISRC, ISWC, ISAN, EIDR, ISMN, entre otros. Trabaja en conjunto con EIDR para facilitar la identificación de la música en el audiovisual a través de un “lenguaje común” en los vínculos entre los medios visuales y las grabaciones de sonido, y así aumentar la eficiencia de la cadena de suministro. Esto permitirá la prestación de servicios de valor añadido en las industrias del cine y la televisión, unificando prácticas de identificación y seguimiento universales, asegurándose de que los metadatos sobre la música en las OA y los programas de televisión sean suficientemente sólidos para las diversas interacciones comerciales entre las dos industrias.¹²²

Entre otros reportes que brinda DDEX, hace un análisis de los informes de plataformas de VOD por la música incluida. Uno de los usuarios de esos reportes es SACEM, la entidad autoral de Francia.

121 Disponible en: <https://ddex.net/standards/>.

122 Cfr. “DDEX Teams with EIDR to Streamline Metadata Standards”, disponible en: <https://ddex.net/ddex-teams-with-eidr-to-streamline-metadata-standards/>.

7. Conclusiones y posibles iniciativas de mejora

Luego de analizar el proceso de identificación de la OA y el uso de metadatos, se pueden destacar algunos aspectos generales de la situación y señalar algunas iniciativas y buenas prácticas para la mejora en el desempeño de los productores y otros titulares, ya sea para facilitar la monetización con menores costos operativos o para prevenir o combatir prácticas de piratería.

En los países objeto de este Proyecto no hay una normativa que establezca estándares o identificadores internacionales para la OA, por lo cual su uso es estrictamente voluntario.

En la industria de la música se advierte un uso más intenso de los identificadores universales, lo que tiene incidencia en la identificación de las obras musicales, interpretaciones y fonogramas sincronizados con la OA.

Uno de los principales problemas que afectan el mercado digital es la incertidumbre respecto a la cadena de derechos (*chain of title*).

El uso de bases de datos y estándares está mejor estructurado en la exhibición en salas y en la emisión de organismos de radiodifusión, que, por ser mercados maduros y en muchos casos internacionales, han adoptado criterios de economías más desarrolladas. La existencia y funcionamiento de organismos regulatorios o de fomento contribuye a unificar las prácticas. Cuando en algunos países se exige administrativamente algún número o código para identificar la OA, siempre son números internos sin vocación de ser utilizados universalmente. Las autoridades y organismos de fomento de la actividad cinematográfica deberían incorporar esta práctica en sus procesos y expedientes, dejar ellos mismos de generar “islas de datos” y promover incentivos para robustecer una base informativa común para la industria local, regional y global.

Por otra parte, la falta de asimetría en la regulación y obligaciones que se aplican a los canales tradicionales y a las OTT genera un debilitamiento de las plataformas locales y de los productores audiovisuales que utilizan los nuevos canales de distribución.

El título de la obra es un modo poco eficaz de identificar la OA, ya que no permite el uso de sistemas automatizados basados en algoritmos y tecnologías de IA. Los DRM, a su vez, requieren metadatos homogéneos para ser eficaces.

En los países objeto de este Proyecto, los registros de derecho de autor no son obligatorios, salvo su exigencia como requisito administrativo previo para los sistemas de fomento o financiación en algunos de los países. Dichos registros no suelen incluir el identificador universal de la OA registrada.

De acuerdo con algunos *players* del mercado, uno de los principales problemas que afectan el mercado digital es la incertidumbre respecto a la cadena de derechos (*chain of title*). El objetivo de incluir una obra en el catálogo de una OTT disponible en el mayor número de países posibles, o al menos para toda una región como Latinoamérica, conlleva a la falta de certeza jurídica respecto a las licencias que soportan la disponibilidad del contenido. La base informativa, por tanto, debería ser útil para construir un repositorio mundial de *chain of titles*, o al menos de alcance regional o apenas solo para explotaciones digitales.

La práctica de los productores audiovisuales es dispar. Se puede apreciar un mayor uso de identificadores universales y metadatos en las grandes productoras internacionales que actúan en la región, o bien en caso de producciones locales que logran ser distribuidas en el extranjero. Se debe recomendar y promover que los productores audiovisuales, por sí mismos o por medio de agencias o agregadores, den de alta las OA en las bases de datos. Asimismo, debería ser una práctica normal que los metadatos sean incorporados en los *masters* de las OA al momento de la posproducción, antes de que la OA sea distribuida a través de cualquiera de sus ventanas. En consecuencia, los metadatos y la información embebida en el *master file* no es uniforme. Al faltar los datos del *cue sheet*, por ejemplo, no es posible establecer vínculos con plataformas digitales de audio como Spotify para difundir y explotar la banda sonora.

En las bases de datos internacionales (IMDb, TVDB y otras) se advierte que muchas de las producciones locales no se encuentran incluidas o los datos son insuficientes. No parece que los productores locales tengan el hábito de utilizar dichas bases como mecanismos de promoción de sus producciones.

Si bien la operación de carga de los identificadores universales y metadatos es una práctica costosa por el tiempo que les insume a los productores más pequeños, es una condición necesaria de su profesionalización. A su vez, es una exigencia imprescindible en los mercados globales digitales.

En el caso de las plataformas internacionales que realizan comunicación pública o puesta a disposición, tienen sus propios procesos de identificación de las obras a lo largo de toda la operación. Sin embargo, esos procesos son internos y solo en pocos casos se comparten con los *partners*.

Solo algunas SGC de los países objeto de estudio hacen un uso intensivo de los identificadores universales de la OA. No es un requisito exigido al momento del alta de una obra en el repertorio. Algunas de estas SGC asumen la tarea, en nombre de sus socios o representados, de solicitar dichos números o bien modificar las bases de datos que responden a esos códigos.

Las agencias de reporte de audiencia o de verificación de legalidad en el uso de contenidos suelen utilizar identificadores universales, metadatos estandarizados, marcas de agua o huellas digitales. Los convenios entre estas agencias o prestadores y los demás actores del ecosistema deberían ser utilizados para extender las buenas prácticas.

Un problema particular al que se deberá prestar atención es el alcance que se le da a la confidencialidad en los acuerdos entre productores, plataformas, distribuidores y agregadores. La difusión de los datos de taquilla en salas de exhibición o del *rating* de programas de señales de radiodifusión tienen una consideración distinta a la que parece se le da al uso de contenidos en plataformas. Sin afectar la privacidad de los usuarios finales, pareciera que es posible una mayor difusión sobre la tasa de uso de obras en cada canal de distribución digital.

La práctica recomendada debería ser la siguiente:

RECOMENDACIONES

- 1) El productor debería solicitar el identificador universal ISAN, el EIDR o bien mediante el procedimiento dual al momento de finalizar la posproducción.
 - 2) El identificador universal debería ser autosuficiente, incorporando el ISWC de la música original, el ISRC de la música preexistente, el IPD de los actores y los músicos, entre los principales datos a consignar.
 - 3) Los identificadores universales podrían ser utilizados en larga escala y en los siguientes momentos:
 - a) Durante el registro de la obra audiovisual a nivel nacional.
 - b) En los masters utilizados para distribuir la OA por medio del código QR o el ID.
 - c) En todos los contratos de distribución y de toda documentación referida a la OA.
 - d) En los procedimientos ante las autoridades públicas, ya sea de fomento, financiación, medición de taquilla, tributaria o cualquier otro género.
 - e) En los cue sheets gestionados ante las SGC del territorio y, a su vez, el cue sheet debe hacer referencia al ISAN o EIDR.
 - f) En el alta de la OA ante las SGC, ya sea de productores o derechos exclusivos o de remuneración de los participantes, debería incluir el identificador universal.
 - g) En los reportes de distribución de derechos de las SGC para sus miembros y SGC extranjeras.
 - h) En los reportes de taquilla de exhibición en sala, así como los correspondientes a los organismos de radiodifusión.
 - i) En los reportes de las plataformas VOD, cualquiera sea su tipo.
 - j) En los informes de audiencia de las agencias de medición.
 - 4) Explorar la creación de un repositorio unificado de informaciones sobre las obras audiovisuales, como el chain of title, en particular para los derechos de explotación en línea.
 - 5) Dicho repositorio debería implementarse a través de tecnologías de blockchain que permitan la interoperabilidad entre distintos actores y subsistemas.
-

Bibliografía

- Aft, R. H. y Renault, C. E. (2011). *Del guión a la pantalla. La importancia del derecho de autor en la distribución de películas*. Industrias creativas – Publicación N° 6. World Intellectual Property Organization. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_950.pdf.
- Argentores. (s.f.). *Régimen autoral y licencia para el uso del repertorio de Argentores en Video On Demand-Video a la Carta*. <https://argentores.org.ar/nuevas-tecnologias/aranceles-nuevastechnologias/>.
- Baca, M. (Ed). (2016). *Introduction to Metadata* (3ª ed.). Paul Getty. <https://www.getty.edu/publications/intrometadata/>.
- Broussard, G. (s.f.). *The Media Industry's "UPC Code" for Tracking Video Across Platforms*. https://cimm.wpengine.com/wp-content/uploads/2013/04/TAXI-Complete-Whitepaper_July-2018.pdf.
- Chan-Olmsted, S. M. (2019). A Review of Artificial Intelligence Adoptions in the Media Industry. *International Journal on Media Management*, 21(3-4). <https://doi.org/10.1080/14241277.2019.1695619>.

- Chen, H., Darvish Rohani, B. y Koushanfar, F. (2019). DeepMarks: A Digital Fingerprinting Framework for Deep Neural Networks. *Proceedings of the 2019 on International Conference on Multimedia Retrieval*, 105-113. <https://doi.org/10.1145/3323873.3325042>.
- CISAC. (18 de octubre de 2019). *Cue Sheet Standards & Rules*. Audio-Visual Experts Group & Cue Harmonization Working Group. Documento CISAVX17-1197. <https://members.cisac.org/CisacPortal/consulteDocument.do?id=32286>.
- Clark, B. y Burstall, R. (2019). Crypto-Pie in the Sky? How Blockchain Technology is Impacting Intellectual Property Law. *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, 2.2. <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/blockchain-and-ip-law/release/1>.
- Colitre, B. (2019). Metadata for Rights Management: A Guide for Legal Practitioners. En La Polt, D., Winkler, J. y Arrington, L. (Ed.), *Keeping It Honest: Transparency and Legal Issues in the Entertainment Industry* (Cap. 4). Conferencia Anual de la International Association of Entertainment Lawyers (IAEL), Midem.
- Covington, P., Adams, J. y Sargin, E. (2016). *Deep Neural Networks for YouTube Recommendations*. 10th ACM Conference on Recommender Systems, Boston, Estados Unidos, 15 al 19 de septiembre. <http://dx.doi.org/10.1145/2959100.2959190>.
- Despringre, C., Taylor, J. y Amilhat, M. (2015). *Audiovisual Authors Rights and Remuneration in Europe White Paper, Society of Audiovisual Authors* (2ª ed.). <https://www.saa-authors.eu/file/43/download>.
- Doyle, G. (2010). From Television to Multi-Platform. Less from More or More for Less? *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies*, 16(4). <https://doi.org/10.1177/1354856510375145>.
- Entertainment Identifier Registry. (2016). *Best Practices and Use Cases for EIDR Edits*. https://eidr.org/documents/2016-05-12_Best_Practices_and_Use_Cases_for_EIDR_Edits_v24.pdf.
- Entertainment Identifier Registry. (2018). *Overview* https://www.eidr.org/documents/2018-05-25_EIDR_Overview_FINAL.pdf.
- Ficsor, M. (1991). *El nuevo Tratado de la OMPI sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales*. I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual - Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000. Madrid, España, 28 al 31 de octubre de 1991.
- Ficsor, M. (2003). *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- Friedmann, D. (2017). Oscillating from Safe Harbor to Liability: China's IP Regulation and Omniscient Intermediaries. En Frosio, G. (Ed.), *World Intermediary Liability Map, Mapping Intermediary Liability Trends Online*. WILMap Project, Center for Internet and Society, Stanford University. https://www.researchgate.net/publication/316991001_Oscillating_from_Safe_Harbor_to_Liability_China%27s_IP_Regulation_and_Omniscient_Intermediaries.

- García, R., Gil, R. y Delgado, J. (2007). A web ontologies framework for digital rights management. *Artificial Intelligence and Law*, 15(2), 137-154. <https://doi.org/10.1007/s10506-007-9032-6>.
- Gervais, D. J. y Renaud, D. (2013). The Future of United States Copyright Formalities: Why We Should Prioritize Recordation, and How to Do It. *Berkeley Technology Law Journal*, 28. <https://ssrn.com/abstract=2318496>.
- Gilchrist, D. y Luca, M. (31 de agosto de 2017). How Netflix's Content Strategy Is Reshaping Movie Culture. *Harvard Business Review*. <https://hbr.org/2017/08/how-netflixs-content-strategy-is-reshaping-movie-culture?ab=hero-subupperleft>.
- Gürkaynak, G., Yılmaz, I., Yeşilaltay, B. y Bengi, B. (2018). Intellectual property law and practice in the blockchain realm. *Computer Law & Security Review*, 34(4), 847-862. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.05.027>.
- Herrero Subías, M., Medina Laverón, M. y Urgellés Molina, A. M. (2018). Recommendation Systems In the Spanish Audiovisual Market: Comparative Analysis Between Atresmedia, Movistar+ And Netflix. *UCJC Business and Society Review*, (fourth quarter). DOI: 10.3232/UBR.2018.V15.N4.02.
- Hsieh, S. L., Chen, C. C. y Shen, W. S. (2014). Combining Digital Watermarking and Fingerprinting Techniques to Identify Copyrights for Color Images. *Scientific World Journal*, 2014. <http://dx.doi.org/10.1155/2014/454867>.
- Independent Film & Television Alliance. (2015). *Practical Guide to Copyright Protection*. <https://ifta-online.org/report-copyright/>.
- Independent Film & Television Alliance. (2018). *IFTA International Standards Terms*. <https://ifta-online.org/wp-content/uploads/2019/05/IFTA-International-Standard-Terms-V2018.pdf>.
- International Association of Sound and Audiovisual Archives, <https://www.iasa-web.org/task-force/7-metadata>
- International Standard Audiovisual Number. (2005). Guía del Usuario ISAN. https://www.aribsan.com/documentos/Guia_usuario_ISAN-Version_2,2_27052005_.pdf.
- International Standard Audiovisual Number. (2016). *ISAN User Guide*. https://www.isan.org/docs/isan_user_guide.pdf.
- International Standard Audiovisual Number. (s.f.). *Overview*. https://www.isan.org/docs/ISAN_Overview.pdf.
- Kim, D. (7 de mayo de 2019). How Netflix protects its content – Part 1. <https://medium.com/pallycon/how-netflix-protects-contents-part-1-a40508ed0001>.
- Kindermann, J. (GEMA). (10 de junio de 2015). *Harmonizing Film/TV Administration and Registration*. Society Publisher Forum. <http://members.cisac.org/CisacPortal/cisacDownloadFile.do?docId=27936>.
- Kovacs, E. F. (1991). International registration of audiovisual works: a new weapon against piracy. *Entertainment Law Review*, 2(4), 105-116.
- Kumar, A., Smith, M. D. y Telang, R. (2014). Information Discovery and the Long Tail of Motion Picture Content. *Management Information Systems Quarterly*, 38(4), 1057-1078. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1871090>.

- Mears, P. y De Kerautem, T. (s.f.). *Open Watermarking of EIDR Identifiers*. http://cimm-us.org/wp-content/uploads/2013/04/Open-Watermarking-of-EIDR-Identifiers_January-2018.pdf.
- Milano, D. (s.f.). Content Control: Digital Watermarking and Fingerprinting, a White Paper. https://www.digimarc.com/docs/default-source/technology-resources/white-papers/rhozet_wp_fingerprinting_watermarking.pdf.
- Mindtree. (s.f.). *Rights and Metadata Management for Media*. <https://www.mindtree.com/about/resources/rights-and-metadata-management-media>.
- Mochon, J. P., Humbert, S., Menaldi, C., Wang, D., Blassel, P. y Facon, L. (2020). *Towards more effectiveness of copyright law on online content sharing platforms: overview of content recognition tools and possible ways forward*. Ministerio de Cultura de Francia. <https://www.culture.gouv.fr/content/download/262679/2991173>.
- Moullier, B. y Holmes, R. (2007). *¡Derechos, cámara, acción! Los derechos de propiedad intelectual y el proceso cinematográfico*. Industrias creativas – Publicación N° 2. World Intellectual Property Organization. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/869/wipo_pub_869.pdf.
- MovieLabs. (2017). *A short guide to identifiers for the digital supply chain*. [https://www.movielabs.com/md/papers/A%20Short%20Guide%20to%20Identifiers%20for%20the%20Digital%20Supply%20Chain%20\(Final%2012-13-17\).pdf](https://www.movielabs.com/md/papers/A%20Short%20Guide%20to%20Identifiers%20for%20the%20Digital%20Supply%20Chain%20(Final%2012-13-17).pdf).
- MovieLabs. (17 de diciembre de 2019). *Content Availability and Offer Status Data (Avails and Title List)*. https://www.movielabs.com/md/avails/v2.5/Avails_v2.5.pdf
- MovieLabs. (2020). *Specification for Enhanced Content Protection Version 1.3*. <https://movielabs.com/solutions-specifications/enhanced-content-protection-ecp/>.
- Negro Alousque, I. (2010). La traducción de títulos cinematográficos: ¿adaptación o creación? En *Actas del XXVIII Congreso de Internacional de la Asociación Española de Lingüística Aplicada*.
- Northeast Document Conservation Center. (s.f.). Fundamentals of AV Preservation – Chapter 4. <https://www.nedcc.org/fundamentals-of-av-preservation-textbook/chapter-4-introduction/chapter-4-section-5>.
- Paskin, N. (1999). Toward Unique Identifiers. *Proceedings of the IEEE*, 87(7), 1208-1227. doi: 10.1109/5.771073.
- Paskin, N. (2015). The Digital Object Identifier: From Ad Hoc to National to International. En Carpenter, T. (Ed.), *The Critical Component: Standards in the Information Exchange Environment*. American Library Association <http://www.alastore.ala.org/detail.aspx?ID=11483>.
- Polo Carrión, J. A., Caldera Serrano, J. y Poveda López, I. C. (2011). Metadatos y audiovisual: iniciativas, esquemas y estándares. *Documentación de las Ciencias de la Información*, 34, 45-64, http://dx.doi.org/10.5209/rev_DCIN.2011.v34.36445.
- Rendina, M. (s.f.). *Publication of metadata schema for Pan-European Aggregator*. <https://cordis.europa.eu/docs/projects/cnect/0/325100/080/deliverables/001-D21PublicationofmetadataschemaforPanEuropeanAggregator.pdf>.

- República del Ecuador. (2016). *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ec/ec/ec075es.pdf>.
- República del Ecuador. (2020). Acuerdo No. SENESCYT-2020-077, Reglamento de Gestión de los Conocimientos. *Registro Oficial*, Año II, N° 1412. www.registroficial.gob.ec.
- Rice, C. A., Beekhuizen, B., Dubrovsky, V., Stevenson, S. y Armstrong, B. C. (2019). A comparison of homonym meaning frequency estimates derived from movie and television subtitles, free association, and explicit ratings. *Behavior Research Methods*, 51, 1399-1425. <https://doi.org/10.3758/s13428-018-1107-7>.
- Rose, A. (julio de 2020). Blockchain: Transforming the registration of IP rights and strengthening the protection of unregistered IP rights. *WIPO Magazine*. https://www.wipo.int/wipo_magazine_digital/en/2020/article_0002.html.
- Rostama, G. (2017). *Scoping Study on the Impact of the Digital Environment on Copyright Legislation Adopted between 2006 and 2016*. World Intellectual Property Organization.
- Savelyev, A. (2017). *Copyright in the Blockchain Era: Promises and Challenges*. National Research University Higher School of Economics. <https://wp.hse.ru/data/2017/11/21/1160790875/77LAW2017.pdf>.
- Schaefer, M. (27 de noviembre de 2020). Why Metadata Matter for the Future of Copyright. *Kluwer Copyright Blog*. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/11/27/why-metadata-matter-for-the-future-of-copyright/>.
- Shackelford, S. J. y Myers, S. (2016). Block-by-Block: Leveraging the Power of Blockchain Technology to Build Trust and Promote Cyber Peace. *Yale Journal of Law and Technology, Kelley School of Business Research Paper No. 16-85*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2874090>.
- Sommaruga, N. (2017). El registro de contratos ante la Dirección Nacional del Derecho de Autor de la República Argentina. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (9), 89-120. <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/ripi/article/view/452>.
- Tresise, A., Goldenfein J. y Hunter, D. (2018). What Blockchain Can and Can't Do for Copyright. *Australian Intellectual Property Journal*, 28(4), 144-157. <https://ssrn.com/abstract=3227381>.
- Uchtenhagen, U. (2005a). *Copyright Collective Management in Music*. World Intellectual Property Organization. <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=362>.
- Uchtenhagen, U. (2005b). *El establecimiento de una sociedad de derecho de autor. Experiencias y observaciones*. World Intellectual Property Organization.
- Valor, J. (2018). The Media Landscape: from Showtime to Screen time. IESE Business School, Universidad de Navarra. <https://dx.doi.org/10.15581/018.ST-486>.
- Van Gompel, S. (2011). *Formalities in Copyright Law, an Analysis of their History, Rationales and Possible Future*. Kluwer Law International.

- Van Gompel, D. y Bernt Hugenholtz, P. (2012). The Orphan Works Problem: the Copyright Conundrum of Digitizing Large-Scale Audiovisual Archives, and how to solve it. *Popular Communication: The International Journal of Media and Culture*, 8(1), 61-71. <https://ssrn.com/abstract=1986876>.
- Vollmer, C. (2018). The Revenue Stream Revolution in Entertainment and Media. PwC, (91). https://www.strategy-business.com/media/file/sb91_The_Revenue_Stream_Revolution_in_Entertainment_and_Media.pdf.
- World Intellectual Property Organization. (1990). *Records of the Diplomatic Conference for the Conclusion of a Treaty on the International Registration of Audiovisual Works*. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_343.pdf.
- Xalabarder, R. (mayo de 2018). *International Legal Study on Implementing an Unwaivable Right of Audiovisual Authors to Obtain Equitable Remuneration for the Exploitation of their Works*. CISAC. <https://www.cisac.org/Media/Studies-and-Reports/Publications/AV-Study/AV-Study>.
- Zetterlund, A. (2011). *Common Works Registration User Manual*. Documento CWR11-1494. CISAC. <https://members.cisac.org/CisacPortal/consulteDocument.do?id=22272>.

Normas editoriales

*** * * ***

Temática y alcance

La Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual es una publicación semestral de la Universidad Austral (Argentina), de la Universidad de La Sabana (Colombia) y de la Universidad Panamericana (México) que se propone difundir investigaciones científicas originales e inéditas de la actualidad jurídica en materia de propiedad intelectual, entendida esta en un sentido amplio.

Tiene por objetivo la difusión, actualización y debate en la materia, realizando aportes significativos y proporcionando criterios de análisis e interpretación de esta rama del derecho válidos y útiles para sus lectores

Está destinada a profesionales, jueces, funcionarios del sector público, investigadores, estudiantes y todo aquel que tenga interés en el Derecho de la Propiedad Intelectual e Industrial.

Periodicidad y formato

La Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual se publica semestralmente (enero-junio/julio-diciembre) en formato electrónico y en soporte papel. En la primera modalidad, la entidad editora adhiere a la política de acceso abierto (Open Access), la cual permite descargar, distribuir, copiar e imprimir el material publicado sin ninguna restricción. De esta manera, se garantiza el acceso libre e irrestricto a la información sin ningún tipo de limitación o barrera económica, técnica o legal para todos los lectores, realizando una significativa contribución académica que se traduce en aportes concretos al conocimiento científico.

Las investigaciones, que deben ser originales e inéditas, se reciben en forma continua, sin perjuicio de las convocatorias puntuales que se realicen en los períodos que disponga el Consejo Editorial. En todos los casos, los interesados en remitir sus trabajos deberán ajustar o adaptar los manuscritos a las instrucciones y normas de redacción previstas para los autores.

La RIPI se edita fundamentalmente en español, pero podrán recibirse artículos en portugués.

Selección de artículos

Los trabajos serán recibidos y examinados por el Comité Académico y el Consejo de Redacción, que corroborarán su pertinencia en relación a la temática y alcance de la RIPI, analizando, además, la originalidad, importancia, calidad académica e interés científico. El Comité Académico y el Consejo de Redacción decidirán la aceptación o rechazo de los artículos recibidos, comunicando su decisión a los remitentes. El rechazo podrá ser sometido a reconsideración del mismo órgano dentro del plazo de diez días de comunicado al autor.

Detección de plagio

El Comité Académico y el Consejo de Redacción de la RIPI y los directores realizan un estricto control de todos los manuscritos recibidos para verificar si presentan plagio.

El primer control se aplica al recibir el artículo, con una lectura realizada por miembros del Comité Académico y del Consejo de Redacción y una primera verificación sobre otras publicaciones del (de los) autor(es), permitiendo detectar todas aquellas conductas inapropiadas o reprochables desde el punto de vista ético, sin perjuicio de los controles posteriores y particularizados que realicen los árbitros revisores. La revista suministrará guías e indicaciones prácticas a los árbitros para revisar el artículo y detectar posibles plagios. En la etapa de corrección y edición de estilo se aplican controles adicionales sobre el artículo.

Si se envía una nueva versión de un artículo publicado anteriormente, el (los) autor(es) deberá(n) dejar constancia en la primera nota al pie y la nueva versión deberá estar justifica-

da (incluye novedades o recupera un artículo valioso, publicado en un idioma que no forma parte de los idiomas de la revista, u otra razón).

En caso de detectarse prácticas de plagio o autoplagio, los artículos serán rechazados y devueltos al autor mediante decisión expresa y fundada que identifique la infracción cometida.

Sistema de revisión por pares (*peers reviewers*)

Con el propósito de garantizar la calidad científica de las publicaciones, la Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual adopta el sistema de revisión por pares o *peers reviewers* en la modalidad doble ciego en todos los artículos de investigación que remitan los autores para su publicación, de esta manera, el anonimato recíproco entre autores y revisores permite lograr una mayor objetividad en el análisis de los artículos, obteniendo un control de calidad del contenido más eficiente y con mejores estándares de transparencia editorial e institucional.

Este proceso de revisión se realizará de la siguiente manera:

1. Los artículos serán recibidos y examinados por el Comité Académico y el Consejo de Redacción, que corroborarán su pertinencia en relación a la temática y alcance de la RIPI, analizando, además, la originalidad, importancia, calidad académica e interés científico. El Comité Académico y el Consejo de Redacción decidirán la aceptación o rechazo de los artículos recibidos, comunicando su decisión a los remitentes. El rechazo podrá ser sometido a reconsideración del mismo órgano dentro del plazo de 10 días de comunicado al autor.
2. El proceso de arbitraje solo se iniciará si los artículos recibidos cumplen las directrices para autores, las cuales pueden consultarse en este mismo portal.
3. Los artículos serán evaluados bajo la modalidad doble ciego, para lo cual serán remitidos a dos árbitros externos previamente seleccionados por el Comité Académico y el Consejo de Redacción, sin revelar la identidad de los autores. Los pares revisores, por su parte, tampoco conocerán la identidad de aquellos. El Comité Académico y el Consejo de Redacción eliminarán del texto y del archivo los nombres de los autores para preservar el anonimato.
4. Los árbitros solicitados, previa aceptación del arbitraje, deberán evaluar los artículos conforme a las normas de publicación y guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención. Asimismo, para expedirse tendrán un plazo máximo de 15 días desde su aceptación como árbitros.
5. Los árbitros externos expedirán un informe al Comité Académico y el Consejo de Redacción sobre el tratamiento de los artículos con las siguientes variantes en cuanto al contenido: a) aconsejando la publicación sin modificaciones; b) aconsejando la publicación con mejoras; c) rechazando la publicación. El dictamen será comunicado al autor, garantizando el anonimato del árbitro.
6. En caso de que se trate de un artículo aprobado con sujeción a cambios, el autor contará con un plazo de 15 días para el envío de la nueva versión, en cuyo caso deberá informar los cambios realizados o justificar cuando haya decidido no realizarlos. Por su parte, en caso de que corresponda, el árbitro deberá verificar las correcciones en un plazo de 15 días.
7. En caso de desacuerdo entre los árbitros, el Comité Académico y el Consejo de Redacción de la RIPI podrán requerir la designación de un tercer árbitro, cuya opinión permitirá sumar mejores fundamentos a la decisión que finalmente deba adoptarse.

8. El Comité Académico y el Consejo de Redacción tomarán la decisión de si finalmente publicará el artículo.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del artículo y la fecha de su aceptación.
10. Los autores recibirán un ejemplar de la revista impresa.

Los artículos que se publicarán en las secciones Jurisprudencia comentada y Legislación comentada no serán sometidos al proceso de revisión por pares, sin perjuicio del control previo y estricto que llevará a cabo el Comité Académico y el Consejo de Redacción de la RIPI, pudiendo, según los casos, remitir a un árbitro externo dichos contenidos cuando la profundidad, extensión y complejidad de estos lo justificara.

Ética y buenas prácticas editoriales

La Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual adhiere al Código de conducta y buenas prácticas editoriales del Committee on Publication Ethics (COPE), foro de discusión para editores de publicaciones científicas arbitradas (www.publicationethics.org), cuyo objetivo primordial es promover la integridad de las investigaciones académicas y sus publicaciones.

Política de secciones

La Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual cuenta con tres secciones:

- a) Doctrina
- b) Jurisprudencia comentada
- c) Legislación comentada

La sección de Doctrina presenta artículos de autores iberoamericanos con un enfoque de la ciencia del derecho. Los artículos se refieren a temas novedosos o, al menos, con un análisis desde una nueva perspectiva.

La sección de Jurisprudencia Comentada cuenta con el análisis de especialistas del Derecho de la Propiedad Intelectual, que identifican las sentencias más relevantes de los tribunales nacionales e internacionales.

La sección de Legislación presenta las novedades normativas más relevantes de la región.

Exención de responsabilidad

El contenido de los trabajos se atribuye directamente al autor o remitente de los trabajos. La Universidad Austral, la Universidad de La Sabana y la Universidad Panamericana, o sus unidades académicas, no se hacen responsables en ningún caso de la autenticidad, integridad y credibilidad de los artículos publicados.

Derechos de autor

Los autores remitirán las investigaciones haciendo constar que previamente no han sido publicadas por ningún medio gráfico o digital, garantizando a la RIPI el derecho a la primera publicación. Asimismo, manifestarán que no han sido cedidos los derechos de autor a cualquier otra institución o persona física y/o jurídica. La licencia de uso se ejercerá conforme a los siguientes términos y condiciones:

USOS PERMITIDOS. El AUTOR, por el solo hecho del envío del ARTÍCULO para su publicación en la RIPI, cede a la UNIVERSIDAD AUSTRAL, a la UNIVERSIDAD DE LA SABANA y a la UNIVERSIDAD PANAMERICANA los derechos de autor en

forma no exclusiva, confiriendo una licencia gratuita para ejercer por medios impresos y/o digitales los derechos de reproducción, distribución, publicación, comunicación pública, puesta a disposición, transmisión y/o depósito de aquellos en el Repositorio Institucional o en otros sitios de confianza que permitan su preservación digital. La UNIVERSIDAD AUSTRAL, la UNIVERSIDAD DE LA SABANA y la UNIVERSIDAD PANAMERICANA, por medio del Comité Académico, queda también autorizada para realizar las modificaciones formales y técnicas necesarias para el ejercicio de las facultades aquí conferidas, como así también para asignarle a los artículos el destino que les corresponda en la sección que considere adecuada, pudiendo explotar comercialmente las obras enviadas mediante la venta de los ejemplares de forma individual y/o como parte de una compilación. Cada una de estas formas de explotación podrá ser llevada a cabo por la licenciataria mediante cualquiera de las modalidades de explotación conocidas, incluyendo el uso de medios impresos y/o digitales.

DERECHOS MORALES. La presente licencia no transfiere derechos morales, los cuales permanecen en cabeza del AUTOR de conformidad con las normas de derecho de autor.

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES. El AUTOR declara y reconoce bajo juramento, el cual se entiende prestado por el solo hecho de darse de alta con la creación de su usuario y contraseña que permite ingresar al sistema OJS de la RIPI, ser autor del ARTÍCULO enviado y titular de los derechos de autor que aquí se licencian; que sobre estos derechos no se han contraído compromisos ni gravámenes de ninguna especie a favor de terceros que resulten incompatibles con la cesión o que puedan atentar contra los derechos de la UNIVERSIDAD AUSTRAL, de la UNIVERSIDAD DE LA SABANA y de la UNIVERSIDAD PANAMERICANA; que la obra es original, inédita y fue creada sin infringir derechos de terceros; que las imágenes, citas y/o transcripciones que incorpora se encuentran debidamente referenciadas y fueron autorizadas por su titular o están amparados por una excepción o limitación al derecho de autor; y que no contiene declaraciones difamatorias contra terceros ni contrarias al ordenamiento jurídico. Asimismo, declara, tal como resulta del primer párrafo de este título, que los manuscritos enviados para su publicación en la RIPI no han sido difundidos previamente por ningún medio gráfico o digital, como así también que no han sido cedidos los derechos de autor a cualquier otra institución o persona física y/o jurídica. El autor, en caso de autorizar la publicación de su obra a otras editoriales o medios de divulgación científica o académica posterior a la primera publicación garantizada, se compromete a exigir que se haga constar que ha sido previamente publicada por la RIPI, aclarándose expresamente y por escrito el título, año de publicación, número de volumen, paginación, DOI y demás datos que permitan su identificación.

EXTRATERRITORIALIDAD Y DURACIÓN. La presente licencia se rige por la legislación de la República Argentina y es válida en todo el territorio nacional y en todos los demás países, por el tiempo máximo de protección que la legislación en materia de derechos de autor le confiera a la obra.

Esta revista y sus artículos se publican bajo la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0), la cual permite al usuario descargar, compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, siempre y cuando dé crédito de manera adecuada, brinde un enlace a la licencia e indique si se han realizado cambios. No autoriza el uso del contenido con propósitos comerciales y/o que se pueda remezclar o transformar el material, sin permisos para distribuir el material si fuera modificado.

Directrices para autores/as

Los trabajos deberán ajustarse a las directrices que a continuación se detallan sin excepción. Aquellos que no se ajusten a las recomendaciones editoriales serán devueltos para su adecuación antes de ser considerados por el Consejo de Redacción para su revisión.

Los originales deberán estar concluidos cuando se entreguen para publicar; no se podrán introducir modificaciones que no estén debidamente justificadas y autorizadas por el Consejo de Redacción. Se recomienda a los autores la lectura y revisión crítica del texto, en particular su redacción, sintaxis y ortografía en nombres, siglas y datos bibliográficos.

Instrucciones generales

Se aceptan trabajos en versión electrónica en formato Microsoft Word (no se aceptarán archivos en formato PDF).

Los artículos deben ser originales e inéditos y escritos en español. En ellos deben consignarse: el título del trabajo, de 4 a 8 palabras clave y un resumen de entre 200 y 300 palabras, todo tanto en español, portugués e inglés. Deberán enviarse sin consignar el nombre o la firma del autor o autores, anonimizando el manuscrito de modo tal que se preserve su identidad en todo el proceso de revisión.

Asimismo, deberán adjuntarse en forma separada los datos personales del autor o autores, pertenencia institucional, un breve currículum que no exceda las diez líneas y dirección de correo electrónico.

Los trabajos se recibirán por medio del sistema Open Journal System, al cual se accede a través de este portal. El envío debe contener todos los requisitos que solicita el sistema.

Para asegurar la integridad de las evaluaciones anónimas por pares de los envíos, se hará todo lo posible para impedir que los autores conozcan la identidad de los revisores y viceversa. Para ello, se deben comprobar que se han seguido los siguientes pasos relacionados con el texto y con las propiedades del archivo:

* Los autores del documento han borrado sus nombres del texto y han evitado autor-referenciarse.

* En el caso de los documentos de Microsoft Office, también deberá quitarse la identificación del autor de las propiedades del archivo haciendo clic en las opciones que se indican a continuación. Empezar con Archivo en el menú principal de la aplicación de Microsoft: Archivo > Guardar como > Herramientas (u Opciones en Mac) > Seguridad > Eliminar información personal de las propiedades del archivo al guardar > Guardar.

Artículos

Se publicarán artículos de investigación originales e inéditos relacionados con el área del derecho de la propiedad intelectual e industrial, los cuales deben ofrecer aportes significativos al desarrollo de esta temática, proporcionando criterios de análisis e interpretación del derecho que resulten válidos y útiles para los lectores.

Se aceptarán artículos que traten los siguientes temas:

- Derecho de autor
- Derecho de marcas y patentes
- Transferencia y protección de información confidencial y know-how
- Contratos vinculados a la propiedad industrial e intelectual

Los artículos deberán estar escritos para publicarlos dentro de alguna de las tres secciones de la RIPI:

- a) Doctrina
- b) Jurisprudencia comentada
- c) Legislación comentada

La sección de Doctrina presenta artículos de autores iberoamericanos con un enfoque de la ciencia del derecho. Los artículos se refieren a temas novedosos o, al menos, con un análisis desde una nueva perspectiva.

Extensión: de 20 a 40 páginas, es decir, entre 9000 y 18000 palabras (tomando como referencia 450 palabras por página, aproximadamente).

A modo de orientación, se sugiere que los artículos sigan la siguiente estructura:

- Introducción
- Desarrollo
- Conclusiones
- Bibliografía citada
- Legislación y jurisprudencia citadas
- Anexos y/o apéndices

La sección de Jurisprudencia comentada cuenta con el análisis de especialistas del Derecho de la Propiedad Intelectual, que identifican las sentencias más relevantes de los tribunales nacionales e internacionales.

Extensión: de 4 a 20 páginas, es decir, entre 1800 y 9000 palabras (tomando como referencia 450 palabras por página, aproximadamente).

La sección de Legislación comentada presenta las novedades normativas más relevantes de la región.

Extensión: de 4 a 20 páginas, es decir, entre 1800 y 9000 palabras (tomando como referencia 450 palabras por página, aproximadamente).

Estilo

Los trabajos enviados deberán seguir el estilo de la RIPI, que a continuación se detalla:

* Formato

Tamaño A4 con márgenes de 2,5 cm en cada extremo.

* Tipografía

Título: Times New Roman, negrita, cuerpo 14 puntos, interlineado 1,5. Texto: Times New Roman, cuerpo 12 puntos, interlineado 1,5.

Citas textuales de más de 40 palabras: Times New Roman, cuerpo 10 puntos, interlineado a 1,5.

Notas al pie: Times New Roman, cuerpo 10 puntos, interlineado a 1,5.

Subtítulos (en todas sus jerarquías): Times New Roman, negrita, cuerpo 12 puntos, interlineado a 1,5.

Estilo de numeración: correlativa en números arábigos (no utilizar números romanos).

* Alineación

Todo el texto y los títulos deben estar alineados a la izquierda, sin utilizar sangrías ni tabulaciones. No dejar espacios entre párrafos.

Las citas textuales de más de 40 palabras deben colocarse en párrafo aparte con una sangría de 1,5 para todo el párrafo.

* Se deben respetar los signos diacríticos propios de cada idioma (diéresis, acentos ortográficos, etc.), incluso en las mayúsculas. Las frases no deben comenzarse con abreviaciones ni gerundios.

* Todas las imágenes (fotos, tablas, ilustraciones, gráficos, etc.) deben citarse en el texto, por ejemplo: (Gráfico 1) (Tabla 4).

* Los fragmentos, frases o palabras que se transcriban en idioma extranjero deben ponerse en letra cursiva. Se exceptúan los nombres geográficos, los nombres de entidades, organismos, instituciones, corporaciones, etc.; los nombres de acuerdos, pactos o tratados, etcétera.

* Las llamadas de las notas al pie se indican en números arábigos consecutivos en superíndice y, cuando corresponda, luego de los signos de puntuación, por ejemplo: ³

* En el cuerpo del trabajo no deben emplearse ni subrayados ni negritas. En caso de que sea necesario enfatizar una palabra, se hará entre comillas dobles.

* Abreviaciones

Se deja un espacio después de todo signo de puntuación: A. L. Jiménez y no A.L. Jiménez.

Los acrónimos deben escribirse totalmente con mayúsculas y sin puntuación, por ejemplo: UBA (por Universidad de Buenos Aires).

* Tablas, cuadros y gráficos

Pueden ser realizados con Excel o Power Point, según sea necesario, y ser pegados en el archivo Word como imagen. Además, deberá enviarse el archivo original donde se realizaron para poder corregirlos, si fuera necesario.

* Ilustraciones, mapas, fotografías, dibujos

Deberán ser pegados en el archivo Word y además enviados por separado en alguno de los siguientes formatos: JPG, TIF, PNG, AI, PS en alta resolución.

Citas y bibliografía

Para las citas y las referencias bibliográficas, la RJA sigue el estilo de las normas APA (American Psychological Association) 7a edición. Se recomienda seguir los siguientes ejemplos:

Citas

Las referencias a autores deben estar insertas en el texto y no en nota al pie: (Bianchi, 2005).

Si la cita tiene dos autores, se colocan los dos apellidos: (Marcus y Perry, 1985).

Si la cita tiene tres o más autores, se coloca el primer apellido y “et al.”: (Álvarez et al., 2015).

Si la cita es textual y tiene menos de 40 palabras, se coloca entre comillas sin cursiva. Se sugiere seguir alguno de estos dos ejemplos:

Las opiniones consultivas cumplen, pues, una función trascendente en el desarrollo de los principios de derecho internacional de los derechos humanos, ya que, como señala Buergenthal (1985, p. 18), “parecen prestarse más fácilmente que los casos contenciosos a la articulación de principios legales generales”.

Las opiniones consultivas cumplen, pues, una función trascendente en el desarrollo de los principios de derecho internacional de los derechos humanos, ya que, como señala Buergenthal (1985), “parecen prestarse más fácilmente que los casos contenciosos a la articulación de principios legales generales” (p. 18).

Si tiene más de 40 palabras, se coloca en párrafo aparte con una sangría de 1,5, sin comillas ni cursiva:

Luego de arrogarse la atribución de no aplicar las leyes anticonstitucionales, la Corte Suprema la ejerció con tanta moderación que transcurrió más de medio siglo sin que otra ley del Congreso fuera rechazada por el tribunal. Ello aconteció en 1857, en otro caso famoso, el de *Dred Scott v. Sandford*. (Bidegain, 1994, p. 127)

Las citas textuales en idioma extranjero se pondrán entre comillas y sin cursiva. Se recomienda a los autores evitar la autorreferencialidad, es decir, citarse a sí mismo en el cuerpo del texto.

Bibliografía

Se ordena en orden alfabético de autores y en orden cronológico cuando se citen varios trabajos del mismo autor. Si hubiera trabajos del mismo autor con la misma fecha, se identificarán agregando una letra minúscula, por ejemplo: 2006a, 2006b.

Se recomienda seguir el siguiente estilo:

- * Libro impreso
Apellido, N. (año). *Título del trabajo*. Editorial.
- * Libro en línea
Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://doi.org>.
Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://www.url.com>.
- * Libro con editor, coordinador, director
Apellido, N. (Ed.) (año). *Título del libro*. Editorial.
Apellido, N. y Apellido, N. (Coords.) (año). *Título del libro*. Editorial.
- * Capítulo de libro
Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.
Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.
- * Artículo en revista
Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx.
Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx. <https://doi.org>.
Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx. <https://www.url.com>.
- * Artículo en periódico
Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*, número de página.
Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*. <https://www.url.com>.
- * Artículo en periódico sin identificación del autor
Título del artículo. (día, mes, año). Nombre del periódico, número de página.
Título del artículo. (día, mes, año). Nombre del periódico. <https://www.url.com>.
- * Diccionarios o enciclopedias
Apellido Autor o Editor, N. (Ed., cuando es editor). (Año). *Nombre del diccionario o enciclopedia* (xx ed., Vol. xx). Editorial.
- * Tesis y doctorados
Apellido, N. (año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Ciudad.
Apellido, N. (año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Ciudad. <https://www.url.com>.
- * Referencia a páginas webs
Apellido, N. (año). *Nombre de la página*. <https://www.url.com>.
Apellido, N. (s.f.). *Título del artículo*. Nombre de la página. <https://www.url.com>.

Nombre de la página o institución. (s.f.). *Título del artículo*. <https://www.url.com>.

* Ponencias y conferencias

Apellido, N. (año). *Título de la ponencia o conferencia*. Nombre de las jornadas o simposio donde se presentó. Ciudad, País, fecha.

* Informes de instituciones

Nombre completo de la institución. (año). *Título del informe*. Editorial.

Nombre completo de la institución. (año). *Título del informe*. <https://www.url.com>.

Citas de legislación y jurisprudencia

Las referencias a la legislación y jurisprudencia citadas se colocarán en nota al pie (cuando sean citadas en el texto) o luego de la bibliografía, de acuerdo a la siguiente clasificación:

Legislación

* Normas internacionales (pactos, convenios, declaraciones)

* Normativa comunitaria

* Leyes ratificadoras de tratados internacionales

* Constituciones

* Códigos

* Leyes

* Decretos

* Resoluciones

* Disposiciones

Estilo a seguir:

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, inciso 2 (o 75.2.).

Leyes

Ley 11723.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933, artículo 5.

Decretos

Decreto 245/2002.

Decreto 245/2002, BO 28/11/2002, artículo 5.

Resoluciones

Resolución 2030/2015.

Resolución 2030/2015, BO 12/06/2015, artículo 1.

Disposiciones

Disposición 306/2015.

Disposición 306/2015, BO 28/05/2015.

Jurisprudencia

* Corte Suprema (nacional, federal, provincial, internacional)

* Tribunales internacionales

* Tribunales del sistema interamericano

Estilo a seguir:

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández Arias c/Poggio*, 19/09/1960, Fallos 247:646.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Vasena Marengo, José Francisco y otra c/ Rodríguez, Jorge Mario y otra*, 28/09/2004.

Cámara Federal de Casación Penal: *Di Plácido, Jorge Alberto*, 22/5/2014, [FBB/7963/2013/CFC1, Registro 864/14].

Suprema Corte de los Estados Unidos, *Wood v. Milyard*, 566 U.S. 463 (2012).

Suprema Corte de Carolina del Norte, *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 83/2016, 28 de abril. [España].

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*,

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, Serie C, N° 154.

Fallos: 329:2316.



UNIVERSIDAD
AUSTRAL



Universidad de
La Sabana



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA