

REVISTA IBEROAMERICANA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

N° 20

2024

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 Leonards Kasznar (Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil)
Martín Michaus (Universidad Panamericana, México)
Gemma Minero Alejandra (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>
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

Sistema jurídico para la protección de los derechos de propiedad intelectual en Colombia: evolución y tenencias contemporáneas

Lina Rocío Medina Muñoz 7

El informe de peritos y la similitud substancial en casos de plagio

Gustavo Schötz 35

Copyright en obras generadas con inteligencia artificial en Estados Unidos.
Un análisis de cinco casos jurídicos actuales

Federico Urtubey 89

Protección del patrimonio cultural inmaterial colombiano. Perspectivas desde su salvaguarda en el departamento del Tolima

Kevin Javier Álvarez Castellanos 121

Propiedad industrial sobre variedades vegetales dentro del sistema de innovación agrícola en Cuba

Karina Abad Samón 175

Reseñas bibliográficas

Research Handbook on Intellectual Property and Moral Rights
de Ysolde Gendreau (Ed.)

Michelle Azuaje Pirela 207

Infracciones en materia de derechos de autor y patrimonio cultural
de Jesús Parets Gómez

Claudia del Carmen Viascán Castillo 213

Propiedad intelectual: aspectos contractuales de los derechos patrimoniales de autor
de Cristian David Sarmiento

José Daniel Rengifo Martínez 221

Normas editoriales 229

Doctrina

* * * *

Sistema jurídico para la protección de los derechos de propiedad intelectual en Colombia: evolución y tenencias contemporáneas

* * * *

Lina Rocío Medina Muñoz

Universidad de Antioquia

lr.medina61@uniandes.edu.co

<https://orcid.org/0000-0003-0732-2961>

Recibido: 19 de mayo de 2024

Aceptado: 4 de junio de 2024

Resumen

Este artículo describe la evolución del sistema de derechos de propiedad intelectual (DPI en Colombia) desde el inicio de la vida republicana hasta la época actual. En este proceso se destacan tres intervalos de tiempo, cada uno de los cuales conlleva cambios sustantivos y una reconfiguración del régimen de propiedad intelectual. En primer lugar, se presenta una revisión documental para analizar la concepción de los DPI en la transición del derecho continental europeo del siglo XIX a los escenarios del derecho contemporáneo; luego, se describen las tendencias que orientan el desarrollo de tal normatividad; y, finalmente, se identifican los asuntos que requerirán discusión pública y su perspectiva de desarrollo futuro. La metodología de esta investigación combina el método científico-jurídico comparado, el método histórico y el método analítico. En resumen, se argumenta que el marco jurídico ha procurado respetar el equilibrio entre los derechos de los usuarios de la información y de los derechos de los titulares de DPI, tendiendo a otorgar un criterio de prioridad a los sujetos colectivos en los últimos años.

Palabras clave: derecho de autor, patentes, propiedad industrial, propiedad intelectual, piratería.

Legal System for the Protection of Intellectual Property Rights in Colombia: Evolution and Contemporary Trends

Abstract

This article describes the evolution of the Intellectual Property Rights-IPR system in Colombia, from the beginning of republican life to the current era. Three times intervals stand out in this process, each of which entails substantive changes and a reconfiguration of the intellectual property regime. Firstly, a documentary review is presented to analyze the conception of IPR in the transition from 19th century European continental law to contemporary law scenarios; then, the trends that guide the development of such regulations are described; and, finally, the issues that will require public discussion and their future development perspective are identified. The methodology of this research combines the comparative scientific-legal method, the historical method and the analytical method. In summary, it is argued that the legal framework has sought to respect the balance between the rights of information users and the rights of IPR holders, tending to grant a priority criterion to collective subjects in recent years.

Key words: copyright, patents, industrial property, intellectual property, piracy.

Sistema jurídico para a proteção dos direitos de propriedade intelectual na Colômbia: evolução e posse contemporânea

Resumo

Este artigo descreve a evolução do sistema de Direitos de Propriedade Intelectual-DPI na Colômbia, desde o início da vida republicana até a era atual. Neste processo destacam-se três intervalos de tempo, cada um dos quais implica mudanças substantivas e uma reconfiguração do regime de propriedade intelectual. Primeiramente, é apresentada uma revisão documental para analisar a concepção de DPI na transição do direito continental europeu do século XIX para os cenários jurídicos contemporâneos; Em seguida, são descritas as tendências que norteiam o desenvolvimento de tais regulamentações; e, finalmente, são identificadas as questões que exigirão discussão pública e a sua perspectiva de desenvolvimento futuro. A metodologia desta pesquisa combina o método científico-jurídico comparativo, o método histórico e o método analítico. Em síntese, argumenta-se que o marco legal tem procurado respeitar o equilíbrio entre os direitos dos usuários da informação e os direitos dos titulares de DPI, tendendo a conceder um critério de prioridade aos sujeitos coletivos nos últimos anos.

Palavras-chave: direitos autorais, patentes, propriedade industrial, propriedade intelectual, pirataria.

1. Introducción¹

El interés de la sociedad colombiana por la propiedad intelectual y por la estructura normativa que ha sido diseñada para protegerla ha sufrido cambios significativos a lo largo del tiempo. Definir qué objetos producidos por la imaginación deben ser reconocidos como propiedad intelectual es diferente a identificar qué intereses han determinado el valor de dicha conceptualización y cómo estos han contribuido a desarrollar la legislación que la sustenta. A cada paso de un largo proceso evolutivo, se han hecho aportes en la configuración de una ley intelectual, a veces influenciada por el contexto histórico, otras por la ideología e incluso por el cambio de la cultura tecnológica. De modo gradual, el marco jurídico colombiano, al especificar el criterio de prioridad para conferir la protección, ha ido centrándose menos en el sujeto individual y más en el sujeto colectivo. Esta tendencia doctrinaria ha impregnado la dinámica histórica de los derechos de propiedad intelectual (DPI) en las últimas décadas.

Durante las dos últimas décadas, el sistema de DPI ha tenido que enfrentar los desafíos provenientes de la difusión y el desarrollo de tecnologías cibernéticas, al igual que el endurecimiento de los enfoques para la protección de los derechos de autor y el rechazo que genera en algunos sectores el otorgamiento de derechos exclusivos para la circulación de la información. Las filtraciones de información y muchos productos de la inteligencia artificial escapan a los sistemas legales creados para proteger los DPI, al mismo tiempo que el acceso diferencial a las tecnologías predice la aparición de nuevas desigualdades o barreras para la producción intelectual, especialmente entre aquellos creadores de conocimiento que no puedan adquirirlas debido a sus elevados costos.

Tanto en el pasado como ahora, el desarrollo de la normatividad sobre la propiedad intelectual se ha planteado preguntas similares: ¿qué utilidad tiene?, ¿qué se ha aprendido de los cambios hechos a

1 Este artículo forma parte del proyecto de investigación aprobado por el Parque de Innovación Científica de la Corporación Universitaria Minuto de Dios (UNIMINUTO) en el marco de la Convocatoria Darwin para el Fomento de la Investigación Científica 2022. Este proyecto se registró con el número CDR122-200-4701 y se desarrolló durante los años 2022 y 2023.

una normatividad jurídica que ya cuenta con un patrimonio histórico de dos siglos?, ¿es necesario modificar esta normatividad teniendo en cuenta el actual vector de desarrollo? y ¿es posible encontrar algún compromiso entre la protección del titular de los derechos de autor y la comodidad de los consumidores de contenido? Este trabajo abordará algunas de estas cuestiones al reflexionar sobre el proceso de configuración de los DPI en tres diferentes etapas de su desarrollo: la primera etapa se extiende desde el año 1834 hasta 1886; la segunda, desde el año 1886 hasta 1991; y la tercera, desde el año 1991 hasta el presente.

2. La evolución temprana de los DPI en Colombia: desde 1834 hasta 1886

El espíritu igualitarista que aglutinó las voluntades de los sectores sociales durante las guerras de independencia en las colonias americanas se esfumó tan pronto como hubo finalizado la campaña armada. En las primeras dos décadas de la república grancolombiana, la apreciación de la libertad, la independencia y la propiedad sobre la tierra o la vida se sustentó con base en un sentido de pertenencia que excluía intencionalmente a “otros”, formaran parte de la monarquía, de la población indígena o de cualquier grupo que fuera considerado ajeno a los intereses de la élite dominante. Este fenómeno se manifestó claramente en la academia, teniendo en cuenta que los colegios universitarios de Santa Fe de Bogotá, es decir, el Colegio del Rosario y el Colegio de San Bartolomé, continuaron seleccionando a los estudiantes con base en su ascendencia social y rechazando a quienes no pudieran probar la pureza de su linaje (Silva Olarte, 1993, 2002).

La desintegración de las viejas relaciones coloniales no ocurrió simultáneamente con la caída del antiguo régimen, sino que más bien fue un proceso largo y conflictivo, el cual trascendió y hasta se afianzó después de la independencia. Privilegios largamente ejercidos, tal como lo fueron el acceso a la educación universitaria o la reproducción de las obras intelectuales, continuaron estando vigentes. Así, por ejemplo, sólo los editores autorizados gozaban del privilegio para reproducir obras literarias y esto no cambió hasta que el proceso de transformación republicana exigió la reconfiguración

de las antiguas instituciones. Dicho proceso se expresó inicialmente en acciones de formalización jurídica, como las que dieron lugar a la Ley 18 de 1826, con la cual se buscaba extender la educación a diferentes regiones del país bajo un esquema de gratuidad y mediante la creación de nuevos centros de enseñanza públicos. Más tarde, como correlato de lo anterior, el mandato constitucional de 1832 prohibió la conformación de gremios o corporaciones de artes u oficios que pudieran limitar la libertad de enseñanza o de industria.²

Tras la disolución del proyecto grancolombiano, se abrieron nuevos horizontes para definir los derechos de autor y otros conexos. La ley sancionada el 10 de mayo de 1834 constituyó el primer precedente jurídico por medio del cual se reconoció el derecho de los autores a reproducir y comercializar sus obras literarias y creativas. Estipulaba esta ley que “con el objetivo de estimular la producción de obras literarias, música, planos, mapas, pinturas, diseños y dibujos se otorgaría a los autores el derecho exclusivo a publicar y vender sus obras por un tiempo determinado” (Congreso Nacional de Colombia, 1925, p. 14). Dicha ley puntualizaba que el autor, o quien hiciera sus veces, debía registrar su obra frente al gobernador de la provincia, ya que era él quien tenía la responsabilidad de inscribirla y prorrogarla por periodos no mayores de 15 años. Se interpretaba como una transgresión de esta norma la reproducción de la mitad o más de una obra literaria y, en el caso de otros productos creativos, la reproducción de la totalidad o más de un tercio de estos (Barceló, 2007; Perilla Castro, 2022).

Sin embargo, las concesiones otorgadas por dicha ley no hacían referencia al derecho de propiedad, sino al derecho de reproducción. Esta normatividad significó un avance con respecto a los privilegios exclusivos que las autoridades coloniales les habían otorgado a los editores para reproducir las obras intelectuales. No obstante, reconocer a los autores el derecho a copiar y vender sus creaciones no era equivalente a admitir que poseerlas era un derecho natural. La filosofía jurídica en la cual se basaba esta norma les concedía a los autores la protección de un derecho subjetivo, con el fin de compaginar el derecho individual con el bien común. Teniendo en cuenta

2 Constitución Política de Colombia, 1 de marzo de 1832, art. 195.

que se pretendía promover el desarrollo científico y artístico de la República, se les dio a los autores un privilegio para beneficiarse de su obra temporalmente y, con ello, se sentaron las bases para admitir los objetos intelectuales dentro del derecho positivo y las cartas constitucionales.

Al comenzar el periodo del radicalismo liberal en 1858, la federación colombiana inició un nuevo desarrollo de la ley intelectual. La normatividad de patentes fue impulsada por el deseo que tenían las élites de adaptarse a los avances sociotécnicos de la época y proyectarse con seguridad hacia los intercambios económicos externos. En 1858, quedó estipulado en el nuevo articulado constitucional que el presidente de la confederación tendría la atribución de

conceder patentes garantizando por determinado tiempo la propiedad de las producciones literarias, de las invenciones útiles aplicables a nuevas operaciones industriales o a la perfección de las existentes, a los autores de dichas producciones o invenciones³ [o] conceder patentes de navegación.⁴

De hecho, en este mismo año, el Código Civil del Estado de Cundinamarca, que sirvió como modelo para elaborar los de otros estados soberanos, reconoció que “las reproducciones del talento o el ingenio son propiedad de los autores” (Navia Arroyo, 2019, p. 142). Esta idea fue reproducida de manera casi idéntica en los códigos civiles de los demás estados soberanos. Bajo la influencia del llamado Código Andrés Bello, cuyo autor concebía el derecho como producto de su contexto cultural, la legislación de esta época aceptó el argumento de que la propiedad podía entenderse como el derecho real sobre una cosa corporal, de la que se podía disponer y se podía disfrutar de manera arbitraria, siempre y cuando no contraviniera el derecho ajeno (Dougnaç Rodríguez, 2022; Monje Mayorga, 2022).

Posteriormente, la Constitución Política de 1863 ratificó que el

3 Constitución Política para la Confederación Neogranadina, 22 de mayo de 1858, art. 43, numeral 14.

4 Constitución Política para la Confederación Neogranadina, 22 de mayo de 1858, art. 43, numeral 17.

mandatario de la Unión tenía la atribución de conceder patentes para garantizar la propiedad de las obras literarias o de aquellas aplicables al desarrollo industrial,⁵ y la enmienda constitucional de 1864 añadió que este derecho sería transferible hasta por 80 años después de la muerte del actor. Aunque la legislación todavía no reconocía derechos de autoría, tal como lo haría a partir del siglo XX, sí empezaron a proyectarse las ideas que armonizarían el interés material con la naturaleza de los bienes intangibles. Las disposiciones que regulan la adjudicación de un nombre comercial se desarrollaron en Colombia solo hasta la segunda mitad del siglo XX. Cabe aclarar que el concepto “nombre comercial” es diferente a los conceptos “marca” y “razón social”, ya que estos dos últimos hacen referencia a los aspectos que permiten distinguir un bien de otro presente en el mercado o al registro público o privado de una empresa, mientras que el nombre comercial es la denominación que permite identificar a los empresarios dentro del tráfico mercantil (Montenegro y Cabre-
ra, 2022).

Con excepción de las regulaciones jurídicas que especificaban los procedimientos para constituir corporaciones o sociedades anónimas, las leyes que regularon los derechos de marca comercial fueron más bien tardías. Dicha circunstancia se debió, en buena medida, a que la comprensión de los derechos de propiedad, tanto en Colombia como en muchos otros lugares del mundo, se basó en la filosofía jurídica del derecho romano. El ordenamiento jurídico establecido en América durante el periodo colonial, sustentado en la tradición romanística medieval, generó una concepción de la propiedad en la que se vinculaba directamente la cosa a la persona y la libertad individual aparecía en un lugar secundario (Salazar Silva y Cuaspué Cáliz, 2021). Los postulados de Francisco de Vitoria distinguieron claramente entre dos modos de poseer: uno que facultaba para el uso de las cosas y otro en el que el individuo se apropiaba de las cosas, excluyendo del beneficio a los demás miembros de la comunidad (Cendejas Bueno, 2020; Megias Quirós, 1994, p. 183).

Los precedentes jurídicos que constituyeron este marco doctri-

5 Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, 8 de mayo de 1863, art. 66.

nario fueron comunes incluso en la normatividad española, la cual sólo comenzó a desarrollar el derecho de propiedad moderno hasta después de la segunda mitad del siglo XIX (Sánchez García, 2002). En Colombia, el articulado constitucional de 1886 hizo explícita la necesidad de realizar cambios en el derecho comercial, con el fin de adecuarlo a las exigencias de la economía exportadora. El artículo 35 de esta Constitución definió la propiedad literaria y artística como “propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley” y ofreció “la misma garantía a los propietarios de obras publicadas en países de lengua española, siempre que la Nación respectiva consigne en su legislación el principio de reciprocidad y sin que haya necesidad de celebrar al efecto convenios internacionales”.⁶

Por lo anterior, este fue un momento propicio para introducir algunas transformaciones en favor de los derechos de autoría, porque si la legislación colombiana había mantenido vigente un sistema de protección que concedía privilegios de sólo 15 años sobre la producción literaria, la normatividad internacional europea ofrecía privilegios mucho más extensos (Pabón Cadavid, 2010). Con la entrada en vigor de la norma constitucional de 1886, si bien no hubo un cambio radical en la protección de la propiedad intelectual, el país intentó ponerse a tono con algunas de las orientaciones jurídicas que surgieron en aquel momento y adhirió a normas que terminarían conformando el primer marco legal internacional para la protección de la propiedad intelectual (Pabón Cadavid, 2009).

Para finales del siglo XIX, si bien se había aprobado una legislación sobre la propiedad literaria, todavía no se les reconocían derechos morales a los autores de las obras, lo cual era entendido como un paso indispensable para el establecimiento de los derechos de autor en un sentido moderno. Aun así, la nueva legislación diría que: “El derecho de autor es un bien jurídico mueble, cedible y transmisible, total o parcialmente, de conformidad con las reglas del código civil” (como se citó en Pabón Cadavid, 2009, p. 80). Esto significa que, en el periodo comprendido entre 1834 y 1886, la normatividad que reconocía la propiedad intelectual todavía no se constituía en un

6 Constitución Política de Colombia, 5 de agosto de 1886, art. 35.

sistema de derechos de autor, al no reconocer los derechos morales de los propietarios de las obras literarias, artísticas o científicas. Esta nueva orientación de la normatividad, tanto en Colombia como en el resto del mundo, se desarrolló a partir del siglo XX.

3. El desarrollo moderno de los DPI: desde 1886 hasta 1991

La legislación posterior no se limitaría sólo a la determinación de las responsabilidades civiles ocasionadas por la infracción de los DPI, sino que se articularía al cumplimiento de múltiples estatutos jurídicos internacionales. Con la adopción del Convenio para la Protección de la Propiedad Industrial, firmado en París en 1883, así como del Convenio para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, firmado en Berna en 1886, los países miembros acordaron extender las protecciones nacionales a los creadores de obras intelectuales o industriales. No obstante, como miembro contratante obligado a cumplir con las normas comunes concertadas, Colombia no adhirió a estos convenios sino hasta 1987⁷ y 1994, respectivamente.⁸

El cambio de centuria llegó con nuevos acuerdos internacionales para proteger las producciones literarias, artísticas y científicas que pudieran ser objeto de publicación. La Convención celebrada en Argentina en 1911, la cual fue adoptada por casi todos los países americanos, definía un amplio rango de protección para creaciones,

7 Ley 33 de 1987. Por medio de la cual se aprueba el “Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”, del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas, el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en París el 24 de julio de 1971. 9 de diciembre de 1987. D.O. No. 38112.

8 Ley 178 de 1994. Por medio de la cual se aprueba el “Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial”, hecho en París el 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en la Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979. 29 de diciembre de 1994. D.O. No. 41656.

traducciones y reproducciones editoriales o periódicas.⁹ La ratificación de esta convención en las décadas posteriores aclararía que los usos industriales de las ideas científicas quedarían fuera de su marco de protección.¹⁰ Los esfuerzos por conciliar los sistemas jurídicos de los países americanos se extendieron a la protección marcaria y comercial, con el objetivo de apoyar a los productores extranjeros que tuvieran alguna empresa comercial o agrícola en el territorio de los países signatarios. La Convención Interamericana reunida en Washington en 1929 expresó la necesidad de reconocer un nombre de marca a los productores, para defenderlos de la competencia desleal y prevenir las falsas denominaciones de origen geográfico.¹¹

Al corriente de esta dinámica estandarizadora, la primera Convención Universal para la Protección de los Derechos de Autor propuso la creación de un régimen de protección que se adecuara a las necesidades de todas las naciones, sin desmedro de los demás sistemas internacionales vigentes. Tal como se señaló en el preámbulo de dicho acuerdo, los miembros contratantes se comprometían “a asegurar el respeto de los derechos de la personalidad humana y a favorecer el desarrollo de las letras, las ciencias y las artes” (UNESCO, 1952, p. 1). Con certeza de que muchos países tenían dificultades para efectuar el registro o depósito de las obras, un propósito siempre rubricado, pero escasamente materializado, los países signatarios crearon en este encuentro el concepto de “derechos reservados”. Simbolizada con la ©, la reserva de autor advierte al usuario que está frente a una obra original y que no puede reproducirla sin permiso del autor, porque está protegida por derechos patrimoniales y morales.

No obstante, ni esta convención, ni sus dos actualizaciones posteriores, otorgaron un reconocimiento universal a los derechos morales de los autores, debido a que algunos países, incluido Estados Unidos, no se comprometieron a apoyar un articulado en este sentido. El matiz moral de los derechos de autor se inscribe en la tra-

9 Convención de Buenos Aires sobre la propiedad literaria y artística. *Normativa Dominicana*. Resolución No. 5069. 18 de abril de 1912. Arts. 1 y 2.

10 Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas. Resolución No. 24373. 22 de junio de 1946. Art. IV.

11 Convención General Interamericana sobre Protección Marcaria y Comercial. Resolución No. 2840. 20 de febrero 1929. Art. 1.

dición europea y, aunque el artículo 5 de la Convención Universal incorporaba aspectos familiarizados con esta matriz, especialmente el derecho a reivindicar la paternidad de la obra y a preservar su integridad, el mismo relator aclaró que “ningún Estado se vería obligado, con arreglo a la Convención de 1971, a conceder protección a los derechos morales del autor” (Dietz, 1997, p. 22). En cualquier caso, la convención universal fue un paso definitivo para la internacionalización de los derechos de autor y marcó un hito en la creación de estrategias para mejorar la difusión del conocimiento.

La creación de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) fue el último de una serie de esfuerzos dirigidos a configurar un sistema intergubernamental para la defensa y aprovechamiento de la propiedad intelectual. Establecida en el año 1967, la OMPI ha promovido el desarrollo de actividades centrales para la consolidación de la sociedad del conocimiento, tales como la armonización jurídica para la transferencia tecnológica, la organización de tratados en defensa de la propiedad industrial, el seguimiento a la actividad de innovación y la elaboración de protocolos para fortalecer el registro de marcas (Boyle, 2004). Convertida en organismo especial adscrito a las Naciones Unidas, ha jugado un papel esencial en la configuración de los acuerdos conforme a los cuales se promueve y facilita el uso de la propiedad intelectual.

Como Estado contratante, Colombia adhirió a la Convención Universal en 1976 y a la OMPI en 1980. La formalización de estos acuerdos internacionales en la estructura jurídica nacional tomó forma definitiva con la entrada en vigor del acuerdo constitucional de 1991, el cual comprometió al Estado con la protección de la propiedad intelectual.¹² Dicho mandato sería regularizado por la Ley 44 de 1993, la cual modificó y añadió contenidos a la Ley 23 de 1982, con el objeto no sólo de reconocer el valor social de los derechos de autor, sino también de resaltar su carácter dominante sobre los derechos de los ejecutantes o divulgadores, productores de fonogramas y radio-difusores.¹³ Esta ley introdujo normas relativas a la gestión colectiva

12 Constitución Política de Colombia, 4 de julio de 1991, art. 61.

13 Ley 44 de 1993. Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944. 5 de febrero de 1993. D.O. No. 40740. Art. 67.

de los derechos de autor y derechos conexos, formalidades sobre el Registro Nacional de Derechos de Autor, especificaciones sobre los derechos morales y patrimoniales de los autores o tenedores de derechos de autor y nuevos mecanismos de protección.¹⁴

De este modo, el grado de constitucionalización de los DPI empezaría reflejarse en fallos jurídicos que hacían referencia a la carta de 1991 (Cabrera-Peña y Palacio-Puerta, 2016). Los efectos de este fenómeno han sido diferenciales, porque en algunas ocasiones ha sido necesario limitar el alcance de los derechos patrimoniales para garantizar otros derechos fundamentales, mientras que los derechos morales han llegado a ser una concepción constitucionalizante en casi todas las áreas del derecho. Pese a esto, se han hecho avances significativos en la definición y ampliación de los objetos que deben ser cobijados por los DPI y se ha dado impulso al desarrollo de tecnologías que pueden ser usadas para proteger a sus titulares (Acero Flórez et al., 2023).

4. La protección de los DPI en el contexto de la globalización: desde 1991 al presente

Durante la década de 1990, Colombia preparó la reforma institucional que requería la transformación estructural de su economía, de cara a cumplir con las exigencias del proceso globalizador. A partir de este ordenamiento constitucional, se establecieron nuevas competencias para regular los derechos de propiedad industrial. Aunque el Código de Comercio sancionado por el Decreto 410 de 1971 había reconocido como propiedad intelectual las patentes, los diseños industriales y las marcas, la Constitución de 1991 ordenó la reglamentación de los derechos de propiedad industrial.¹⁵ Poco después, los compromisos adquiridos con la firma de la Decisión 531 de 1993, cuyo objetivo era establecer un marco de protección legal basado en la perspectiva del

14 Además, esta ley estableció que el autor tenía derecho no sólo a disponer de su obra, aprovecharla y reivindicar sus derechos morales, sino también a exigir una remuneración por la ejecución pública o divulgación de su propiedad en una proporción del 60% de lo recaudado. Véase la Ley 44 de febrero de 1993. D.O. No. 40740. Art. 68.

15 Constitución Política de Colombia, 4 de julio de 1991, numeral 24, art. 105.

derecho natural, también exigiría mayores esfuerzos para armonizar una normatividad coherente con la integración comercial.

La incorporación del país a la Comunidad Andinade Naciones (CAN) y a la Asociación Latinoamericana de Integración determinó la extensión de los mecanismos para proteger la propiedad industrial y marcaria, debido a que los acuerdos alcanzados hacían explícito el compromiso de fortalecer la industrialización regional. El componente sobre DPI en cada uno de estos tratados era extenso y permitía que los Estados miembros tomaran medidas adicionales para su protección, siempre y cuando no causaran efectos negativos sobre las libertades acordadas.¹⁶ De igual modo, los acuerdos sobre DPI relacionados con el comercio, creados para fortalecer la colaboración entre los miembros de la Organización Mundial de Comercio, reforzaron la observancia de los principios de la competencia leal y la protección del conocimiento industrial, aunque hubo escasa participación de los países latinoamericanos en la elaboración del documento final.¹⁷

Los esfuerzos por armonizar el régimen jurídico nacional para apoyar el multilateralismo, según datos de la Superintendencia de Industria y Comercio (2020), implicó que el Régimen Común de Propiedad Industrial se modificara en cuatro oportunidades entre los años 1990 y 2000 (Hoyos Gómez et al., 2022). Se buscaba actualizar la perspectiva conceptual a partir de la cual se había protegido el conocimiento industrial, haciendo de ella una herramienta para incentivar la competitividad y fomentar la innovación empresarial. Una década después, los investigadores expresaron su escepticismo frente a la suposición de que la seguridad jurídica atraería la inversión extranjera por sí sola (Khoury y Peng, 2011). Aunque se reconoce que este proceso puede llegar a ser necesario e incluso positivo,

16 Ley 174 de 1994. Por medio de la cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela. 13 de junio de 1994. D.O. No. 41671.

17 Ley 170 de 1994. Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la “Organización Mundial de Comercio (OMC)”, suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino”. 15 de diciembre. D.O. 41637.

también se aconseja que debe estructurarse sobre una base sólida de innovación, a fin de captar inversiones y financiación externa (Poyago-Theotoky Tsai, 2023).

En el caso colombiano, hay quienes argumentan que el desarrollo de los DPI no ha beneficiado inmediatamente la innovación nacional, ya que los empresarios han preferido hacer uso de figuras como el secreto industrial y el acuerdo de confidencialidad para proteger sus innovaciones, al mismo tiempo que han conseguido rentabilizar conocimientos basados generalmente en tecnologías extranjeras (Campi et al., 2020). Además, se plantea que dichas acciones se han manifestado de manera distinta dependiendo del sector económico, porque aun cuando las empresas manufactureras y agrícolas se han inclinado a tomar fuertes medidas de protección sobre sus innovaciones, el sector farmacéutico ha mostrado menos reserva en el manejo de sus conocimientos. Esto es consistente con el hecho de que la normatividad no sólo ha tenido que regular un contexto económico diversificado, sino también los constantes reajustes a los que diferentes coaliciones de gobierno han sometido el desarrollo industrial del país (De Lombaerde, 2015).

De cualquier manera, el registro de patentes bajo criterios de examinabilidad apenas se reglamentó por medio del Decreto 2974 de 1968, el cual establecía las funciones de la Sesión de Patentes de la Superintendencia de Industria y Comercio. En el literal C del artículo 33, se le asignaba a esta institución la función de “elaborar los estudios de carácter técnico relacionados con la novedad y utilidad de los objetos materia de las solicitudes de patentes de invención y con las mejoras y perfeccionamientos de modelos y de dibujos industriales”.¹⁸ El análisis de exequibilidad de dicho artículo determinó que era coherente con la Constitución Colombiana y su contenido modificó el artículo 9 de la Ley 31 de 1925, el cual decía: “Las patentes de privilegio de invención se expedirán sin previo examen de novedad y utilidad, y no deben considerarse en ningún caso, por tanto, como declaración y calificación de las mencionadas circunstancias”.¹⁹

18 Decreto 2974 de 1968. Por el cual se reorganiza el Ministerio de Fomento y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre. D.O. 32678. Art. 33.

19 Ley 31 de 1925. Sobre protección a la propiedad industrial y por la cual

Poco después, en uso de las atribuciones que le otorgó el Decreto 410 de 1971, la Oficina de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio creó la infraestructura necesaria para examinar la patentabilidad de las invenciones y, con ello, producir un tipo de información a partir de la cual se pudieran hacer mediciones sobre la innovación. Según los datos existentes, se sabe que hay una marcada correlación entre los temas de las patentes solicitadas y las coyunturas productivas del país. Se ha establecido, además, que las solicitudes realizadas por inventores masculinos superan las de las inventoras por una relación de 50 a 1 y que la mayoría de las solicitudes realizadas por inventores nacionales tiene su origen en la vinculación del autor a algún proceso de investigación en Estados Unidos o en el extranjero. En concordancia con esta caracterización, no resulta extraño que las patentes relacionadas con tecnología médica, química y electrónica muestren cifras exiguas (Cortés Sánchez, 2019, p. 90).

Aunque las mediciones más recientes del *Global Innovation Index* muestran que Colombia ocupó el puesto 66 entre los 132 países que hicieron solicitudes de patentes en el año 2023, un dato aún más significativo es que las solicitudes realizadas por no residentes superaron en una proporción de 9 a 1 las solicitudes hechas por domiciliados en el país (Lis-Gutiérrez et al., 2020; World Intellectual Property Organization, 2023, p. 19). Se ha establecido que el registro de marcas ha aumentado conforme las empresas adquieren mayor capacidad para equilibrar su inversión en solicitud de patentes y difusión (Leal et al., 2020). Esto significa que, por ahora, las protecciones de la propiedad industrial y marcaría son indispensables para crear confianza entre los empresarios, aunque tendrán que adaptarse para formar parte sistémica de la cooperación productiva (Sitaloppi y Ballardini, 2023).

Más recientemente, una comparación entre el número de patentes que expidieron los países desarrollados y menos desarrollados mostraron un aumento de los registros en el segundo grupo (Arza et al., 2023). Dicho aumento habría sido impulsado por la actividad

se dicta una disposición sobre impuesto sobre la renta. 8 de febrero., D.O. 19844. Art. 9.

de las corporaciones multinacionales que operan en América Latina, tras haber fortalecido el marco normativo sobre los DPI con miras a proteger los intereses de estas corporaciones. Durante la discusión de los tratados de libre comercio, los países desarrollados plantearon que los sistemas jurídicos latinoamericanos eran todavía muy incipientes y podían dar cabida a la competencia desleal. Según el mismo estudio, entre el año 1980 y 2018 hubo en Colombia un aumento del 50% en el registro de patentes, aunque el número de solicitudes realizadas por residentes no superó el 12% frente a las realizadas por extranjeros, en su mayoría de Asia Occidental (Arza et al., 2023, p. 16).

La Ley 1915 de 2018 no introdujo modificaciones con respecto a los objetos de protección industrial, pero buscaba robustecer las exigencias para el almacenamiento y reproducción electrónica de las obras, al igual que establecer sanciones contra la comercialización irregular de tecnologías y ampliar el lapso de titularidad de los derechos de autor.²⁰ Su principal novedad se centra en la regulación de las llamadas “obras huérfanas”, es decir, en aquellas cuyo autor o titular es desconocido o ilocalizable para quien desea usarlas o reproducirlas. Teniendo en cuenta que el principio expresado prohíbe la explotación de obras sin permiso del autor o sin conocer su localización, la falta de reglamentación de dicha ley puede llegar a obstaculizar el uso de las obras o incluso a impedir el acceso al patrimonio cultural (Pérez Rodríguez, 2021). En este sentido, podría decirse que la ley vigente constituye más un sistema de normas de protección que un marco legal seguro para apoyar el intercambio de conocimientos entre los actores productivos.

En 2021, la política pública formulada por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), principal órgano asesor de planeación, tuvo como propósito corregir esta situación. El documento CONPES No. 4062 admitía que los activos de propiedad intelectual económicamente valiosos no solo eran escasos, sino que apenas habían sido aprovechados. Habiéndoles atribuido un papel

20 Ley 1915 de 2018. Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derechos de autor y derechos conexos. 12 de julio. D.O. 50.652.

esencialmente prohibitorio, que desestima su potencial como herramienta para impulsar la competitividad, los DPI pudieron haber permanecido en un estado que “limita la creación, innovación, transferencia de conocimiento y los aumentos de productividad” (Departamento Nacional de Planeación, 2021a, p. 3). Por medio de esta política, el Estado dispuso la suma de 21403 millones de pesos para que las entidades gestoras de los DPI invirtieran en su desarrollo y crearan un sistema capaz de producir beneficios, conocimientos, intercambios y una cultura legal exigible.

En el plano normativo, esta política propuso dos líneas de acción: en primer lugar, la revisión y ratificación de tres tratados internacionales relacionados con la propiedad industrial y, en segundo lugar, la creación de mecanismos para reducir la piratería y la infracción de derechos. La ratificación del Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, el Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas y el Tratado sobre el Derecho de Patentes se proyectaron como una acción que debía cumplirse en los dos años siguientes a la aprobación del CONPES, teniendo en cuenta la necesidad de continuar armonizando el marco legal colombiano con el sistema internacional de propiedad intelectual. En cuanto a las estrategias de lucha contra la piratería, este mismo documento identificó las entidades encargadas de coordinar las acciones para enfrentar este problema, priorizó la necesidad de capacitar a los funcionarios públicos sobre los DPI y ordenó la creación de un directorio para referenciar a los titulares de este tipo de derechos (Departamento Nacional de Planeación, 2021a).

5. Perspectivas futuras para el desarrollo de los DPI

La necesidad de armonizar el marco jurídico local con la legislación internacional ha sido y continuará siendo un desafío primordial para la protección de los DPI. En las últimas décadas, Colombia ha tenido que realizar grandes esfuerzos para adaptar sus instituciones a las demandas de la economía globalizada. Si en el pasado los progresos legislativos estuvieron comúnmente dirigidos a individualizar los bienes, obras y servicios que debían ser objeto de protección, al igual que a identificar los medios para proteger los derechos patrimoniales

y morales de su autor, en el curso de los últimos años se ha puesto mayor énfasis en determinar las acciones que se deben adelantar cuando la infracción de los derechos de autor ocasiona un daño. Tal como han señalado Cabrera y Montenegro (2019), tras la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, Colombia adquirió el compromiso de incluir en la legislación la figura del daño preestablecido, con el fin de crear las herramientas necesarias para reparar daños a la propiedad intelectual.

Teniendo en cuenta que el Código Civil Colombiano no determina el daño de acuerdo con las pruebas y su gravedad —sino que se justiprecia quién debe establecer el monto específico por medio del cual se reparará la infracción—, se ha visto la necesidad de armonizar la normatividad vigente. Con dicha figura se busca dotar de mayor seguridad jurídica los intercambios que involucrarían tanto el manejo de derechos de autor como de propiedad industrial (Cabrera y Montenegro, 2019; Cerda Silva, 2011; Correa Contreras y Jiménez Triviño, 2019). El establecimiento de la suma que repararía la infracción, fijada de antemano por una de las partes, es lo que se entiende como daño preestablecido. Sin embargo, la aplicación de esta acción jurídica no resulta tan sencilla dentro del ordenamiento jurídico colombiano, porque si bien es posible pactar las indemnizaciones o pedirle a un juez que las determine, estas medidas no garantizan que la situación regrese a su estado original o previo al acuerdo, tal como lo estipula la figura del daño preestablecido (Sánchez Piedrahita, 2019).

Por otro lado, la discusión sobre el marco legal que debe amparar el conocimiento de las comunidades indígenas constituye un segundo desafío para el desarrollo jurídico de los DPI. Varios sectores sociales han afirmado que la normatividad vigente invisibiliza las contribuciones de los pueblos originarios al desarrollo del conocimiento y a la gestión de importantes recursos genéticos (Nemogá et al., 2023). Las acciones de tutela interpuestas por las comunidades indígenas para denunciar las decisiones o actividades que trasgreden su identidad cultural han sido estudiadas como indicadores del tipo de tensiones que surgen entre el Estado y los indígenas con respecto a la protección de su conocimiento. A través de esta fuente de indagación, Muñoz Rojas et al. (2019) han podido establecer que los

fallos de la Corte Constitucional han dado un paso sustancial para la protección de tales derechos, al determinar la conexidad entre el saber propio de las comunidades y su identidad cultural.

El establecimiento de dicha conexidad es un paso esencial para el reconocimiento de los derechos de las comunidades, porque significa que los saberes tradicionales, en tanto están íntimamente ligados a los asuntos cotidianos de los indígenas, no pueden ser simplemente asimilados a un bien susceptible de protección bajo el criterio de propiedad privada. Sin embargo, aunque la Corte reconoce esta diferencia, el problema estriba en que no existe un cuerpo de ley específicamente formulado para proteger este tipo de conocimientos. El plan para implementar el CONPES No. 4062 solo dispuso que los mecanismos de protección de la propiedad industrial se extendieran a la salvaguarda de los bienes producidos mediante métodos tradicionales (Departamento Nacional de Planeación, 2021b). Sin embargo, la protección de este “complejo conjunto de activos sociales”, modo en que el documento designa todo lo que concierne a los saberes tradicionales, tendría que traducirse en un marco normativo que respete la doctrina constitucional relacionada con la autonomía indígena.

Un ejemplo de las consecuencias negativas que puede acarrear la falta de articulación del marco jurídico en esta materia es el que proviene de la regulación de las obtenciones vegetales. La Decisión 345 de 1993, originada con base en los acuerdos de la Comunidad Andina, reglamentó el otorgamiento de certificados de obtenciones vegetales y designó al Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) como autoridad competente para crear un régimen común de protección. Posteriormente, la Ley 243 de 1995 ratificó el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales,²¹ cuyo objetivo general era proteger variedades vegetales a partir de las cuales se pudieran producir otras nuevas. El convenio fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-262 del 13 de junio de 1996, pero la ley que pretendía aprobar los términos de

21 Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales, POV, del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978. 28 de diciembre. D.O. 42171.

dicho convenio fue declarada inexecutable, justamente, porque no fue consultada con las comunidades indígenas.²²

Cuando a partir de estas regulaciones se ordenó reconocer derechos de propiedad intelectual solo a los procesos de producción de semillas certificadas, se generó un delicado desequilibrio con respecto a las semillas producidas por las comunidades tradicionales. Teniendo en cuenta que las semillas obtenidas a través de métodos artesanales o prácticas de pequeña escala no se certifican, los pequeños productores reclaman que el ICA no sólo desconoce los saberes locales, sino que además compromete la seguridad alimentaria y la diversidad biológica del país (Guasca Durán, 2020; Hernández Vidal y Gutiérrez Escobar, 2019; Solano, 2013). Por su parte, las agremiaciones que representan a los productores de semillas certificadas piden que se penalice la producción artesanal, tipificada como piratería por la Ley 1032 de 2006. Además, argumentan que sufren pérdidas multimillonarias y que la calidad de las semillas tradicionales es inferior a las suyas (Sociedad Colombiana de Agricultores, 2022).

La controversia se ha extendido también a la evaluación de las consecuencias técnicas de la certificación, pues, en opinión de los expertos, es necesario valorar aspectos adicionales a los beneficios económicos o a la integridad cultural. Diferentes actores institucionales afirman que las semillas criollas no han sido suficientemente valoradas, que el uso de semillas importadas mejora la productividad del agro y asegura la calidad del cultivo, que el aumento de la rentabilidad en las empresas productoras de semillas es indispensable para estimular la innovación biotecnológica y que la armonización de la normatividad nacional con el marco jurídico internacional no puede lesionar los intereses de los pequeños agricultores colombianos, entre otros argumentos (Arévalo González, 2015; Prieto Espinosa, 2014; Vargas-Chaves et al., 2022). Aunque la sentencia C-501/14 emitida por la Corte Constitucional aclaró que el Decreto 970 de 2010 sólo sanciona la piratería de semillas a gran escala, varias toneladas de semillas no certificadas han sido confiscadas y destruidas por parte del ICA.²³

22 Sentencia C-1051-12 de 5 de diciembre de 2012. Por medio de la cual se declara inexecutable la Ley 1518 de 2012.

23 Corte Constitucional [C.C.], julio 16, 2014. *M.P.: M. V. Calle-Correa y J. I.*

Para los pequeños productores, incluida la población indígena y afrocolombiana, no parece claro que el tratamiento, recolección y almacenamiento tradicional de las semillas nativas y criollas esté exento del cumplimiento del Decreto 970, pues éste prohíbe expresamente la realización de estos procedimientos por parte de quienes no hayan sido certificados por el ICA. De hecho, el documento CONPES No. 4062 también ha ordenado inventariar marcadores moleculares que sirvan para la identificación de semillas certificadas y ha reconocido la escasa capacidad institucional para realizar acciones contra la infracción de los derechos de los obtentores vegetales (Departamento Nacional de Planeación, 2021a). Por lo tanto, el debate sigue agitándose entre todos los actores involucrados en el negocio de la producción de semillas, mientras que las regulaciones creadas para proteger a los obtentores de variedades solo se enfocan en el negocio de las semillas certificadas.

Finalmente, el tercer desafío que enfrenta la protección de los DPI se relaciona con la adaptación y transferencia de la tecnología electrónica. En torno a la relación que se establece entre la disponibilidad de la información y la interacción de los usuarios en la red, surgen varias preguntas no resueltas, entre las cuales se destacan las siguientes: ¿cómo asegurar el acceso equitativo a los recursos de la red?, ¿cómo restringir la copia ilimitada de los productos?, ¿cómo prevenir el uso de la información sin que haya una compensación para sus autores? o ¿cómo evitar el dominio de la circulación en la red por parte de unos pocos? En la actualidad, las herramientas jurídicas no pueden seguir el ritmo del crecimiento tecnológico, el cual está incluso por encima del desarrollo científico.

La densificación de las interacciones electrónicas a partir de la pandemia de COVID-19 ha mostrado que Colombia es un país altamente vulnerable frente a los riesgos cibernéticos, por lo que se requiere avanzar en la armonización de la normatividad nacional con los estándares internacionales para la protección de la comunicación cibernética (Cano Martínez, 2022). La adecuación de los

Palacio-Palacio. Sentencia C-501/14. (Colombia). Gaceta de la Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-501-14.htm>.

procesos relacionados con la transmisión de información por vía electrónica debe adecuarse a los protocolos del National Institute of Standards and Technology (NIST), los cuales se consideran como el principal estándar a nivel mundial para administrar la seguridad de la información (Ospina Díaz y Sanabria Rangel, 2020). La protección e integridad de los datos recolectados a través de internet ha sido considerada como una necesidad esencial de la relación recíproca entre actores internacionales, por lo que el acondicionamiento a este marco normativo supone no sólo un avance para el intercambio confiable de datos, sino también una oportunidad para ampliar el sistema de negocios.

Debe destacarse que las iniciativas para proteger el desarrollo de *software* bajo la regulación de derechos de autor se remontan a la expedición del Decreto 1360 de 1989, el cual especificó los preceptos de la Ley 23 de 1982 para la inscripción de las obras de soporte lógico en el registro nacional. Este decreto catalogó el *software* como una creación literaria e identificó tres de sus elementos constitutivos: los programas de computación, la descripción de los programas y los materiales auxiliares. Los acuerdos de la Comunidad Andina, reflejados en la Decisión 531 de 1993, definieron el entorno digital a partir de la misma conceptualización y establecieron normas para el licenciamiento de *software*. La Ley 170 de 1994 ratificó lo previsto en el acuerdo con la Organización Mundial de Comercio en esta materia, pero en la actualidad no existen regulaciones para la protección de procesos y resultados derivados de la innovación electrónica.

En la conferencia de la OMPI llevada a cabo en el año 2022 (World Intellectual Property Organization, 2022, p. 14), se concluyó que los avances tecnológicos podrían ayudar a valorizar las inversiones en propiedad intelectual, pese a que los costos de transacción y la falta de estandarización pueden ser serios obstáculos en esta vía de desarrollo. De hecho, muchos países han realizado esfuerzos por establecer el valor monetario de patentes de innovación electrónica tomando como base diferentes contextos de comercialización (Ramírez et al., 2022). La búsqueda de compatibilidad y adecuación a la interfaz global tiene un papel clave en los procesos de innovación, por lo que los desafíos de la tecnología electrónica se deberán tener presentes si se desea hacer progresos en dicha materia (Romero Ro-

mero, 2020). No se puede perder de vista que, si bien las normas internacionales promueven el acceso abierto a los recursos tecnológicos, las regulaciones de los países que poseen las tecnologías para producir innovaciones obstaculizan o limitan su uso.

6. Conclusiones

Colombia ha perfeccionado de manera continua su sistema de derechos de propiedad intelectual, yendo desde una orientación especialmente preocupada por establecer privilegios para el uso de las obras científicas, artísticas y literarias hacia una orientación que se esfuerza por reconocer los derechos patrimoniales y morales de los autores o sus titulares. La experiencia que ha adquirido el país en la formulación de una normatividad respetuosa de los tratados y convenios internacionales lo ha puesto en el curso correcto para permanecer actualizado en materia jurídica, aunque en el ámbito interno aún es necesario avanzar en la articulación de las instituciones que están relacionadas con la protección de estos derechos. El avance progresivo en el desarrollo de los DPI ha evitado grandes disputas legales, pero actualmente los procesos de innovación han creado nuevas y crecientes exigencias.

La legislación colombiana tendrá que seguir buscando convergencia con el ordenamiento jurídico internacional, pero en los próximos años tendrá que encausar intereses nacionales que no están siendo suficientemente reconocidos por la normatividad. Las consecuencias que podría tener la aceptación de daños preestablecidos en el marco de los acuerdos adquiridos con países extranjeros, la inadecuación de las normas con respecto a los preceptos constitucionales que protegen los conocimientos tradicionales y la anulación de las libertades individuales como producto del control digital son ejemplos de los retos que debe enfrentar el sistema de protección. Lograr un sólido equilibrio entre los intereses de los autores o titulares de derechos y el desarrollo jurídico, sin arruinar las posibilidades del desarrollo científico y la innovación industrial, es la línea en la que se orienta la formulación de nuevas regulaciones. El país todavía debe hacer esfuerzos adicionales para garantizar el acceso igualitario a un marco de protección legal que favorezca la interacción entre todos los actores del sistema.

Bibliografía

- Acero Flórez, G. D., Torres, T. y Ayala Estupiñán, D. A. (2022). Colombian assignment of copyright: a paradigmatic case. *Queen Mary Journal Intellectual Property*, 12(2), 288-305. <https://doi.org/10.4337/qmjip.2022.02.07>.
- Arévalo González, H. (30 de octubre de 2015). *A las semillas tradicionales les falta reconocimiento*. UN Periódico. <https://www.virtualpro.co/noticias/a-las-semillas-tradicionales-les-falta-reconocimiento>.
- Arza, V., López, A., Montes Rojas, G. y Pascuini, P. (2023). In the name of TRIPS: The impact of IPR harmonisation on patent activity in Latin America. *Research Policy*, 52(6), 1-20.
- Barceló, R. V. (2007). En sistema de patentes en Colombia. *Clio América*, 1(2), 268-302.
- Boyle, J. (2004). A manifesto on WIPO and the future of intellectual property. *Duke law and technology review*, (9), 1-13.
- Cabrera, K. I. y Montenegro, Y. A. (2019). La incorporación de los daños preestablecidos como criterio de determinación del daño en infracciones al derecho de autor en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (37), 155-182.
- Cabrera-Peña, K. I. y Palacio-Puerta, M.(2016). Los derechos de autor en Colombia: objeto de constitucionalización y sujeto constitucionalizante. *Revista Jurídicas*, 13(1), 116-131.
- Campí, M., Dueñas, M. y Zuluaga, J. (2020). ¿El fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual estimula la innovación? Un análisis exploratorio de la dinámica de patentamiento por sectores industriales en Colombia, 1980-2010. *Cuadernos de Administración*, 61. <https://expeditiorepositorio.utadeo.edu.co/handle/20.500.12010/27511>.
- Cano Martínez, J. J. (2022). Prospectiva de ciberseguridad nacional en Colombia a 2030. *Revista científica General José maría Córdova*, 20(30), 815-832.
- Cendejas Bueno, J. L. (2020). Derecho subjetivo, naturaleza y dominio en Francisco de Vitoria. *Cauriensia*, (15), 109-137.
- Cerda Silva, A. (2011). La armonización de los derechos de autor en la Comunidad Andina: Hacia un nuevo régimen común. *Revista Ius et Praxis*, 17(2), 231-282.
- Congreso Nacional de Colombia. (1925). Ley 10 de mayo de 1834. Asegurar por cierto tiempo el privilegio de las producciones literarias y algunas otras. En *Codificación Nacional de todas las leyes de Colombia, Sala de Negocios Generales* (Tomo V). Imprenta Nacional.
- Correa Contreras, L. C. y Jiménez Triviño, G. O. (2019). Análisis de la indemnización preestablecida en materia de propiedad industrial desde la perspectiva de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano. *Universitas Estudiantes*, (20), 31-46.
- Cortés Sánchez, J. D. (2019). Patents for All: A Content Analysis of an Open-access Dataset of Colombian Patents 1930-2000. En Pardo, C. M., Cotte, A. y Fletscher, S. P. *Analysis of Science, Technology, and Innovation in Emerging Economies* (pp. 65-93). Palgrave Macmillan.

- De Lombaerde, P. (2015). The Political Economy of Trade Protection in Colombia. *Politics and Policy*, 43(6), 855-886. <https://doi.org/10.1111/polp.12140>.
- Departamento Nacional de Planeación. (2021a). *Documento Conpes No. 4062: Política Nacional de Propiedad Intelectual*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4062.pdf>.
- Departamento Nacional de Planeación. (2021b). *Anexo A. PAS, Conpes 4062*. <https://2022.dnp.gov.co/CONPES/documentos-conpes#k=#s=81>.
- Dietz, A. (1997). La protección de los derechos morales y la Convención Universal sobre Derecho de Autor. *Boletín de derecho de autor-UNESCO*, 21(3), 18-27.
- Dougnac Rodríguez, A. (2022). Sobre los estudios acerca de la propiedad en el derecho Indiano. *Autoctonía*, 6(1), 5-9. <http://dx.doi.org/10.23854/autoc.v6i1.241>.
- Guasca Durán, E. (2020). Perspectiva crítica sobre la prohibición de sembrar semillas no certificadas: un estudio crítico desde la soberanía alimentaria. *Revista caribeña de Ciencias Sociales*. <https://ojs.southfloridapublishing.com/ojs/index.php/rccs/article/view/2149/1679>.
- Hernández Vidal, N. y Gutiérrez Escobar, L. (2019). Resistencias epistémico-políticas frente a la privatización de las semillas y los saberes colectivos. *Revista ICAHN*, 55(2), 39-63. <https://orcid.org/0000-0001-5529-4083>.
- Hoyos Gómez, M. A., Chalarca Botero, J. M y Restrepo Vélez, S. (2022). *Génesis Marcaria. Aportes al estudio sobre los inicios y el desarrollo de la identidad de marca en Colombia, 1890-1930*. Universidad Pontificia Bolivariana.
- Khoury, T. y Peng, M. (2011). Does institutional reform of intellectual property rights lead to more inbound FDI? Evidence from Latin America and the Caribbean. *Journal of World Business*, 46(3), 337-345. <https://doi.org/10.1016/j.jwb.2010.07.015>.
- Leal, C. P., Lis-Gutiérrez, J. P., Henao Rodríguez, C. y Lis Gutiérrez, M. (2020). Determinants of the trademark in Colombia: a panel data application. *Procedia Computer Science*, (175), 120-126. <https://doi.org/10.1016/j.procs.2020.07.020>.
- Lis-Gutiérrez, J. P., Lis-Gutiérrez, M., Gallego-Torres, A. P., Ballesteros Ballesteros, V. A. y Romero Ospina, M. F. (2020). Use of the Industrial Property System in Colombia (2018). A Supervised Learning Application. En Shi, Y. T. y Tuba, M. (Eds.), *Advances in Swarm Intelligence 11th International Conference, ICSI 2020*. (pp. 506-514). Springer.
- Megias Quirós, J. J. (1994). *Propiedad y derecho natural en la historia: Una relación inestable*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz. <http://hdl.handle.net/10498/26665>.
- Monje Mayorga, D. F. (2022). Título y modo: el pensamiento de Andrés Bello y el sistema traslativo de la propiedad. *Revista de Derecho Privado*, (43), 161-183. <https://doi.org/10.18601/01234366.43.07>.
- Montenegro, Y. A. y Cabrera, K. I. (2022). Protección de la legitimidad de los

- nombres comerciales frente a la marca y el nombre social en la Comunidad Andina. *Revista Ius et Praxis*, 28, 63-80. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122022000200063>.
- Muñoz Rojas, T. Giraldo Builes, J. G. y López Gómez, M. (2019). Mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales: el caso de Colombia. *Revista de derecho del Estado*, 43, 235-264. <https://doi.org/10.18601/01229893.n43.09>.
- Navia Arroyo, F. (2019). *La vigencia del código civil Andrés Bello: análisis y perspectivas en la sociedad contemporánea*. Universidad Externado de Colombia. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1k03rj8>.
- Nemogá, G. R., Appasamy, A. y Romanow, C. A. (2023). Protecting Indigenous and Local Knowledge Through a Biocultural Diversity Framework. *The Journal of Environment & Development*, 31(3), 223-352. <https://doi.org/10.1177/107049652211047>.
- Ospina Díaz, M. y Sanabria Rangel, P. (2020). Desafíos nacionales frente a la ciberseguridad en el escenario global: un análisis para Colombia. *Revista Criminalidad*, 62(2), 199-217.
- Pabón Cadavid, J. A. (2009). Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. *Revista de Propiedad Inmaterial*, (13), 50-104.
- Pabón Cadavid, J. A. (2010). *De los privilegios a la propiedad intelectual: la protección en Colombia a las obras literarias, artísticas y científicas en el siglo XIX*. Universidad Externado de Colombia.
- Pérez Rodríguez, A. (2021). *Utilización de Obras Huérfanas por parte de entidades públicas en Colombia: posibles retos y consideraciones frente a su reglamentación* (Tesis de grado). Universidad de los Andes, Bogotá. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/5d5d9f55-5dff-439a-a7e1-c72d-325d5f54/content>.
- Perilla Castro, C. A. (2022). Jurisprudencia y laudos arbitrales sobre competencia desleal en la relación contractual. *La propiedad inmaterial*, 34, 5-40. <https://doi.org/10.18601/16571959.n34.01>.
- Poyago-Theotoky, J. y Tsai, Y. (2023). Universally strong IPR protection and global welfare: A market-penetration perspective *Economic Modelling*, 124. <https://doi.org/10.1016/j.econmod.2023.106324>.
- Prieto Espinosa, D. (2014). *Política de semillas en Colombia*. (Tesis de especialización). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá. <https://repositorio.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11726/Pol%EDtica%20de%20Semillas%20en%20Colombia.pdf;jsessionid=280D0B7FC819C-0884717195F3BE7C926?sequence=1>.
- Ramírez Atehortua, F., Atehortua García, C. y Montes Gómez, L. F. (2022). Monetary valuation of a technological patent under transfer alternatives. The case of a products manufacturer company for the electrical and telecommunications sector in Medellín-Colombia. *Revista DYNA*, 89(221), 9-17. <https://doi.org/10.15446/dyna.v89n221.98963>.
- Romero Romero, C. (16 de mayo de 2020). El Derecho de autor y el ingreso

- de Colombia a la OCDE. Derechos de Autor y Conexos. <https://propintel.uexternado.edu.co/el-derecho-de-autor-y-el-ingreso-de-colombia-a-la-ocde-mejores-politicas-para-una-vida-mejor/>.
- Salazar Silva, F. y Cuaspud Cáliz, A. L. (2021). Derechos de propiedad en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863. *Revista Educación y Sociedad*, 02(03), 35-47.
- Sánchez García, R. (2002). Propiedad intelectual en la España contemporánea: 1847-1936. *Hispania: Revista Española de Historia*, 62(112), 993-1020. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/57680>.
- Sánchez Piedrahita, A. M. (27 de mayo de 2019). Indemnizaciones preestablecidas en Propiedad Intelectual: Derecho de Autor. *Competencia Económica y Consumo*. <https://propintel.uexternado.edu.co/indemnizaciones-preestablecidas-en-propiedad-intelectual-derecho-de-autor/>.
- Sitaloppi, J. y Ballardini, R.(2023). Promoting systemic collaboration for sustainable innovation through intellectual property rights. *Journal of Cooperative Organization and Management*, 11(1), 1-10. <https://doi.org/10.1016/j.jcom.2023.100200>.
- Silva Olarte, R. (1993). Estructuración y disolución de un sistema de reclutamiento de élites: el caso de Santafé, en Nueva Granada. *Boletín Cultural y Bibliográfico*, 30(32), 3-23.
- Silva Olarte, R. (2002). *Los ilustrados de la Nueva Granada 1760-1808: genealogía de una comunidad de interpretación*. Universidad Eafit.
- Sociedad Colombiana de Agricultores. (2022). No hay ni un condenado por piratería de semillas. *Revista Nacional de Agricultura*, (1030).
- Solano, V. (2013). *Documental 970*. TeleSURTV. https://youtu.be/kZWA-qS-El_g.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2020). *Propiedad Industrial*. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Propiedad_Industrial_2020.pdf.
- UNESCO. (1952). *Convención universal sobre derechos de autor*. <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/universal-copyright-convention-appendix-declaration-relating-article-xvii-and-resolution-concerning>.
- Vargas-Chaves, I., Valencia-Jiménez, W. y Cumbe-Figueroa, A. (2020). Hacia una consulta previa campesina: elementos para el debate desde el régimen de certificación de semillas en Colombia. *El ágora USB*, 22(1), 57-83.
- World Intellectual Property Organization. (2022). *WIPO Conversation on intellectual property and frontier technologies*. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_conv_ge_22/wipo_ip_conv_ge_22_www_582746.pdf.
- World Intellectual Property Organization. (2023). *Global Innovation Index: Innovation in the face of uncertainty*. <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-2000-2023-en-main-report-global-innovation-index-2023-16th-edition.pdf>.

El informe de peritos y la similitud substancial en casos de plagio

* * * *

Gustavo Schötz

Universidad Austral

gschotz@austral.edu.ar

<https://orcid.org/0000-0003-1710-9689>

Recibido: 11 de junio de 2024

Aceptado: 18 de junio de 2024

Resumen

El artículo analiza el rol de los peritos en casos de plagio. Los expertos técnicos, convocados por el juez o las partes, deben evaluar las semejanzas entre las obras en conflicto, cualquiera sea el género del que se trate. El experto requiere competencias técnicas para fundamentar un dictamen razonado que aplica las reglas técnicas y científicas de la disciplina correspondiente. Asimismo, analiza el proceso creativo, distinguiendo los elementos comunes que no resultan apropiables de aquellas expresiones creativas de una obra que son copiadas en otra, y debe establecer si esas semejanzas obedecen a creaciones independientes o si se trata de apropiación de lo ajeno, sin que se pueda justificar desde la casualidad o el accidente.

Ante esto, se proponen pautas para aplicar el test de similitud sustancial, de modo que el juez pueda contar con la información suficiente para emitir un juicio absolutorio o condenatorio. Se sugiere la utilización de recursos técnicos específicos, considerando cada categoría de obras. A su vez, se indican qué elementos serán relevantes para poder impugnar una pericia o para establecer su validez, considerando que el juez no puede apartarse arbitrariamente de un dictamen sostenido adecuadamente en las reglas del arte y los fundamentos teórico-prácticos de la disciplina de la que se trate.

Palabras clave: derecho de autor, plagio, originalidad, dominio público, perito, jurado de idóneos, test de similitud sustancial, dicotomía idea-expresión.

Expert witness report and substantial similarity in plagiarism cases

Abstract

The article analyzes the role of experts in plagiarism cases. Technical experts, summoned by the judge or the parties, must evaluate the similarities between the works in conflict, whatever the genre involved. The expert requires technical skills to support a reasoned opinion that applies the technical and scientific rules of the corresponding discipline. He analyzes the creative process, distinguishing the common elements that cannot be appropriated from those creative expressions of a work that are copied in another. It must establish whether these similarities are due to independent creations or whether it is a matter of appropriation of another's work, which cannot be justified by chance or accident.

Guidelines are proposed for applying the substantial similarity test, so that the judge can have sufficient information to convict or acquit. The use of specific technical resources is suggested, considering each category of works. At the same time, it is indicated which elements will be relevant to be able to challenge an expert opinion or to establish its validity, considering that the judge cannot arbitrarily deviate from a well-founded opinion that adequately uses the rules of the art.

Key words: copyright, plagiarism, originality, public domain, expert witness, jury, substantial similarity test, idea-expression dichotomy.

Laudo pericial e semelhança substancial em casos de plágio

Resumo

O artigo analisa o papel dos peritos em casos de plágio. Os peritos técnicos, convocados pelo juiz ou pelas partes, devem avaliar as semelhanças entre as obras em conflito, seja qual for o gênero em questão. O perito precisa ter habilidades técnicas para fundamentar um parecer que aplique as regras técnicas e científicas da disciplina em questão. Ele analisa o processo criativo, distinguindo os elementos comuns que não podem ser apropriados das expressões criativas de uma obra que são copiadas em outra. Ele deve estabelecer se essas semelhanças são o resultado de criações independentes ou se são o resultado da apropriação do trabalho de outra pessoa, o que não pode ser justificado por acaso ou acidente.

São propostas diretrizes para a aplicação do teste de semelhança substancial, de modo que o juiz possa ter informações suficientes para condenar ou absolver. Sugere-se a utilização de recursos técnicos específicos, considerando cada categoria de obras. Ao mesmo tempo, são indicados quais elementos serão relevantes para poder contestar uma opinião de um perito ou para estabelecer sua validade, considerando que o juiz não pode se desviar arbitrariamente de uma opinião bem fundamentada que utilize adequadamente as regras da arte.

Palavras-chave: direitos autorais, plágio, originalidade, domínio público, testemunha especializada, júri de especialistas, teste de similaridade substancial, dicotomia ideia-expressão.

1. Introducción

El presente artículo surge de la lectura del fallo *Genovese c. Ligier S.A.*, un clásico caso de plagio y uso no autorizado de una obra protegida por el derecho de autor.¹ En este, fueron de gran relevancia los buenos dictámenes de los peritos convocados por el tribunal, por lo tanto, nos pareció oportuno analizar de modo más estructurado los requisitos generales que deben tener en cuenta los informes periciales, ya sea de peritos oficiales, de parte, jurados de idóneos y cualquier técnico convocado para elucidar la similitud o falta de ella entre dos obras. Encontramos en la jurisprudencia distintos criterios sobre cómo deben elaborarse los informes periciales; otro tanto respecto de la medida en la que están obligados los jueces a fallar en el sentido de dichos dictámenes.

Los temas más relevantes a considerar son: 1) la obra como objeto del derecho de autor; 2) el requisito de la originalidad desde el análisis pericial y en particular qué elementos comunes no son apropiables; 3) la importancia de la pericia de acuerdo con el género expresivo o artístico al cual pertenece la obra, tanto para la elección del perito de acuerdo a las capacidades técnicas requeridas como por los objetos a comparar; 4) el test de similitud sustancial, tanto en su consideración por la jurisprudencia y doctrina norteamericana como en las adaptaciones requeridas en nuestro sistema jurídico; 5) recursos técnicos que puede utilizar el perito para sostener el dictamen; 6) condiciones de validez de un dictamen pericial o su eventual impugnación.

Si bien estos aspectos serán analizados desde la legislación y jurisprudencia de la República Argentina, entendemos que la argumentación y conclusiones tienen validez en otras jurisdicciones.

1 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 4 de noviembre de 2022, *G., A. J. c. Ligier SA s/Daños y Perjuicios*.

2. El caso *Ligier*

Daremos inicio con el caso que llamó nuestra atención en relación con el tema de las pericias en casos de plagio.

Jorge Alfredo Genovese es un artista plástico representativo del “fileteado”, un arte de dibujo o pictórico que representa la esencia de la cultura popular de Buenos Aires, de “lo porteño”. Estas creaciones nacieron a finales del siglo XIX, inicialmente para decorar los carros de reparto de los comerciantes. Más tarde, hasta la década de 1970, era usual encontrarlos decorando los colectivos, el tradicional transporte público de la Ciudad de Buenos Aires y adyacencias. Entre otras creaciones, Genovese publicó en 2010 el libro *Fileteado porteño*, editado por el Grupo Ediciones Porteñas. Él mismo describe el fileteado como

un estilo artístico de pintar y dibujar típicamente porteño que se caracteriza por líneas que se convierten en espirales, colores fuertes, el uso recurrente de la simetría, efectos tridimensionales mediante sombras y perspectivas, y un uso sobrecargado de la superficie. (Del fallo de primera instancia)

Por su parte, Ligier S.A. es una empresa que distribuye y vende al por menor bebidas alcohólicas y regalos empresariales con distintos empaques. Dentro de su catálogo de 2014-2015, ofreció uno en particular constituido por una caja de cartón que llevaba impresos diseños de fileteado.

El demandante reclamó por plagio y reproducción no autorizada de creaciones propias, ya que, a su entender,

de la simple comparación visual de la tapa de su libro y contenido —cuya autoría y derechos le pertenecen— y las imágenes impresas en las cajas exhibidas y el catálogo surge de manera irrefutable el plagio en que incurrió la demandada. (Del fallo de primera instancia)

Según Genovese, Ligier recurrió a la técnica del copiado y pegado para imprimir las creaciones en los empaques.

La defensa del demandado reconoce que sus cajas contienen filetes, pero no que sean creaciones del reclamante, ya que, según

entiende, “no es el propietario de todos los firuletes existentes, ni de todos los dibujos de bandoneones, parejas bailando tango, dibujos de flores, ombúes, cintas celestes y blancas, obeliscos, mates, ponchos y/o inscripciones acordes” (del fallo de Primera Instancia). Pretende así desmerecer el carácter creativo los diseños, indicando que eran “simples dibujos de firuletes que pueden verse en todos lados”. La defensa cuadra dentro de lo usual en estos casos: se discute el carácter de obra (falta de originalidad) o se cuestiona la titularidad (falta de legitimación activa).

El caso fue relativamente sencillo de analizar y resolver, sin perjuicio de lo cual llevó siete años de tramitación en sede judicial, lo cual muestra lo difícil y costoso que resulta para los titulares acudir al recurso judicial para la defensa de sus derechos, especialmente cuando se trata de artistas individuales que no responden a una empresa u organización.

3. La obra como objeto de protección

La “obra”, en cuanto objeto de protección del derecho de autor, no está definida en la Ley 11723 de Propiedad Intelectual de la República Argentina (en adelante, LPI), aunque en su enumeración ejemplificativa incluye las obras de dibujo y pintura. La normativa internacional, sin llegar a definir, agrega algo más, ya que según el artículo 2 del Convenio de Berna “obra” es toda producción en campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo de expresión. Luego, en su enumeración también ejemplificativa menciona las obras de dibujo y pintura, entre otras.

La obra nace con la creación, como fruto del trabajo intelectual creativo. Así lo indican algunas legislaciones, como la italiana: “El título originario de la adquisición del derecho de autor está constituido por la creación de la obra, como expresión particular del trabajo intelectual” (artículo 6). De modo equivalente se refiere la legislación española: “La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación” (artículo 1º). De aquí que el derecho del autor sobre su objeto intelectual nace con la plasmación del resultado del proceso creativo y, desde ese momento, el autor y sus derechohabientes reci-

ben la protección de la ley (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007). No se requiere más, y el registro u otras formalidades solo tienen fines probatorios.

El fileteado porteño sin duda califica como obra en cuanto expresión artística del dibujo y la pintura al ser un modo expresivo de la creatividad humana. La condición de obra y la consiguiente protección autoral de creaciones del fileteado ya había sido considerada anteriormente por la jurisprudencia en el caso *Seiguerman, Luciano c/Greco, Hernán y Otros s/daños y perjuicios*.² Ese antecedente dio cuenta de los derechos morales del artista sobre los dibujos de fileteado aplicados en la marquesina del Centro Cultural Torquato Tasso, donde se hizo hincapié en la originalidad de dichos dibujos.

4. La originalidad de la obra

En el caso *Ligier*, en ambas instancias se reconoció la originalidad de la obra del demandante, así como la falta de originalidad y, por tanto, copia de los diseños del demandado. El criterio de originalidad no se encuentra definido en la normativa nacional o internacional. Esto no ha sido óbice para que la jurisprudencia y la doctrina modelaran el concepto. Parfraseando a reconocidos colegas, “no contamos con un originalómetro” que pueda determinar de modo mecánico o matemático si una obra es original o carece de este carácter (Mitelman, 2021; Sánchez Herrero, 2013).³ Se trata de una cuestión de hecho a comprobar en cada caso. En particular, la originalidad se puede verificar a través de las elecciones libres del autor durante el proceso creativo, las que se distinguen de la mera aplicación de re-

2 Cámara Nacional en lo Civil de Buenos Aires, 9 de marzo de 2011, *Seiguerman, Luciano c/Greco, Hernán y Otros s/daños y perjuicios*.

3 Esta expresión no se encuentra en la literatura, pero la hemos oído de modo directo en presentaciones orales tanto de la Dra. Delia Lipszyc como del Dr. Miguel Émery, con lo cual no sabemos a ciencia cierta a quién atribuirle la “originalidad” de la expresión, que de por sí es muy representativa del carácter difuso del concepto de originalidad. Esta, en cuanto piedra angular de la protección del derecho de autor, juega un rol similar al mérito o altura inventiva (no obviedad) en materia de patentes o de distintividad (inconfundibilidad) para las marcas.

querimientos técnicos o tareas funcionales, artesanales o repetitivas (Judge y Gervais, 2009).⁴

La originalidad responde a un doble criterio, subjetivo y objetivo. El primero hace referencia a un resultado propio del autor, fruto de su individualidad y talento, la impronta o sello de su personalidad (Lipszyc, 2006). Debe tratarse de una creación suya, no copiada de otro. Desde el punto de vista objetivo, no se trata de una originalidad absoluta, ya que se sobreentiende que nadie crea de la nada y todo autor carga con un bagaje cultural o histórico del que no puede aislarse. Desde esta perspectiva, la obra debe ser distinta a las anteriores sin que constituya una copia o imitación de otra. Por tanto, como se pone de manifiesto en la sentencia del caso *Ligier*, el estilo o género del fileteado porteño no puede ser apropiado por el autor, pero esto no significa que dentro de ese género su obra carezca de originalidad y la del demandado sea una copia. La defensa del demandado, en cuanto que el demandante “no es el propietario de todos los firuletes existentes” es parcialmente cierta, debido a que sí es propietario de aquellos de los que es autor, ya que “la ley protege la forma de manifestación intelectual, el método, el estilo personal que emplea el autor para exteriorizar su pensamiento” (del fallo de primera instancia).⁵

Por tanto, dentro de quienes cultivan un estilo también cabe la originalidad cuando el artista imprime su propio carácter e individualidad a la obra. El demandado no puede impugnar la originalidad de la obra por tratarse de un estilo conocido. La defensa de falta de originalidad debe consistir en la comparación de la obra cuestionada con una obra antecedente que hubiera sido copiada por el autor. No es suficiente hacer referencia a un “estilo” determinado, ya que los estilos, en cuanto conjunto de rasgos característicos de un

4 Estos autores analizan la “originalidad” en los diversos sistemas jurídicos y los tratados internacionales de derecho de autor. Ponen en evidencia la limitación de esta concepción en el ámbito del *software*, las bases de datos y las tecnologías de la información.

5 “Para que una obra reciba protección basta que se trate de una ‘creación personal’ cualquiera sea el valor artístico” (cita del fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala C, 19 de septiembre de 1978, *Cresseri, Artidorio, suc. C. SADAIC*, citado por el juez de primera instancia).

artista, una obra, época, moda o cualquier actividad no son obra. De esta manera, escribir un libro “al modo de” no será plagio en sí mismo en la medida en que el contenido sea original.

Como indica la profesora Lipszyc (2006), la originalidad debe analizarse con distinto rigor si se trata de evaluar la reproducción no autorizada o el plagio. En el primer caso, con un umbral más bajo de individualidad de la obra reproducida, es suficiente para establecer la infracción. Sin embargo, en caso de plagio, la originalidad se evalúa de modo más estricto, ya que en el cotejo se debe verificar si las obras son sustancialmente una misma representación formal. En el caso *Ligier*, como veremos luego al referirnos a las pericias técnicas, la copia resultó total, por lo que no fue necesario recurrir a estos matices.

En el régimen argentino no contamos con una definición legal de “plagio” (Cabanellas, 2023), aunque algunos autores consideran que la conducta está prevista en el tipo penal del artículo 72 inciso c) de la LPI (Fernández Delpech, 2011):

(...) Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita: (...) c) El que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto.

En otros países tampoco está regulado el plagio de modo específico, como es el caso de México, entre otros (Parets Gómez, 2012). Esto no ha sido óbice para que se reclame por plagio con fundamento en la reproducción no autorizada de la obra y en la negación del derecho de paternidad.

Una posible defensa en casos de plagio es demostrar que la obra del presunto plagiarlo es original en sí misma. Esto es posible al menos de dos modos. En primer lugar, que el demandado hizo aportes creativos independientes, no meramente cosméticos o fútiles. En caso de poder demostrar su propia actividad intelectual, que diera lugar a originalidad suficiente, estaríamos ante un caso de obra derivada sin autorización. Esta situación es frecuente, y la infracción al derecho de transformación se diferencia del plagio ya que solo se afectan derechos patrimoniales (Bugallo, 2024).

La segunda posibilidad estaría dada por la demostración de creación independiente que diera lugar a un mismo resultado. En este caso, si el demandado logra probar que llevó a cabo un proceso creativo autónomo, se puede justificar el logro de resultados sorprendentemente semejantes. En su favor, el demandado debería demostrar además que no tuvo conocimiento de la obra del demandante, o bien que ambos partieron de las mismas fuentes inspiracionales o lugares comunes. Ninguna de las dos posibilidades fue argumentada por el demandado en el caso Ligier y, aunque lo hubiera hecho, no había elementos para sostener esas defensas. Respecto de la primera defensa, no hubo aporte transformativo ninguno. En cuanto a la segunda, debido a que la obra del demandante estaba publicada, se presume el conocimiento de ella por el presunto plagio, amén de que el resultado tan exacto entre una y otra excede lo sorprendente, llevándonos al campo de la “casualidad milagrosa”.

Otra defensa muy común en casos de plagio es la de considerar legítima conducta, tema sobre el cual no profundizaremos. La copia o utilización de la obra ajena puede estar permitida o tolerada en función de una limitación o excepción, o bien por la necesidad de armonizar garantías constitucionales, como la libertad de expresión. En tal sentido, los tribunales no consideraron que fuera plagio la intervención y alteración del cuento “El Aleph” de Jorge Luis Borges realizada por Pablo Katchadjian, como parte de un ejercicio creativo sin intención (dolo) de defraudación.⁶ En esa causa, los jueces coincidieron con los peritos en que, pese al intercalado de palabras y expresiones e incluso la sustitución y eliminación de otras, no hubo engaño ni intención de dañar. En palabras del tribunal:

No existían dudas de la intención literaria que guió la intervención de Katchadjian sobre el texto de Borges, por cuanto el título del cuento, el estilo empleado y la posdata final dejaban en claro el propósito del autor, y que el procedimiento de “engorde” dio como resultado un estilo que se contrapone de manera radical al de Borges.

6 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5, 15 de mayo de 2017, *Katchadjian, Pablo s/Procesamiento*. Disponible en: <https://bit.ly/4bsh89t>.

El mismo Katchadjian reconoce en la posdata el proceso seguido sobre el cuento de Borges. En resumen, se consideró su obra como original en sí misma (Lukasiewicz, 2021).

5. Las pericias y la originalidad

La originalidad debe analizarse en relación con el tipo de obra de la que se trate. Así, por ejemplo, el Convenio de Berna indica que la originalidad de las colecciones y antologías estará dada por la selección o disposición de las materias (artículo 2.5) o que se protegen como obras originales las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones (artículo 2.3). De aquí que en los casos de derecho de autor se requiera la intervención de uno o más peritos especializados en la disciplina o en el género artístico del que se trate, debido a que la “la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada” de acuerdo con el artículo 457 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCyCN). De este modo, la jurisprudencia ha recurrido a músicos, diseñadores, arquitectos, editores, literatos, entre otros expertos, para efectuar el cotejo entre las obras en pugna, siempre bajo la premisa de que el perito verifica hechos, datos fácticos, para aportar al juez máximas de experiencia de las que éste carece.

Puede tratarse de un perito designado por el juez, consultores técnicos propuestos por las partes o actuar conjuntamente unos y otros de acuerdo con los puntos de pericia y a las directivas del juez (art. 458 y ss. del CPCyCN). También se puede designar un jurado de idóneos de acuerdo con la terminología del art. 81 de la LPI:⁷ el

7 Ley 11723, artículo 81: “c) En las mismas condiciones del inciso anterior y cuando la importancia del asunto y la naturaleza técnica de las cuestiones lo requiera, se podrá designar un jurado de idóneos en la especialidad de que se tratare, debiendo estar presidido para las cuestiones científicas por el Decano de la Facultad de Ciencias Exactas o la persona que éste designare, bajo su responsabilidad, para reemplazarlo; para las cuestiones literarias, el Decano de la Facultad de Filosofía y Letras; para las artísticas, el Director del Museo Nacional de Bellas Artes y para las musicales, el Director del Conservatorio Nacional de Música. Complementarán el jurado dos personas designadas de oficio.

dictamen pericial debe llevar al magistrado a la convicción respecto de los hechos alegados por las partes. “Si la profesión estuviese reglamentada, el perito deberá tener título habilitante en la ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada a que pertenezcan las cuestiones acerca de las cuales deba expedirse” (art. 464 del CPCyCN).

El cotejo es el elemento fundamental a los fines de evaluar la originalidad tanto de la obra anterior como de la posterior, sus similitudes y diferencias, así como respecto al estado del arte en el género del que se trate. Cada disciplina o género expresivo reviste particularidades técnicas o artísticas que no son evidentes para el juzgador, que debe superar la subjetividad del autor para resolver de acuerdo con pautas objetivas. Incluso hay que evaluar un aspecto fundamental del derecho de autor, ya que este no protege las ideas, sino la expresión de estas (Palazzi, 2009). Por tanto, el perito debe verificar también que la obra manifiesta una idea de modo original, ya que, si no supera la dicotomía idea-expresión, tampoco sería protegible. No tiene derechos de autor el modo necesario de presentar una realidad sin aporte creativo, así como tampoco los estilos ni los elementos individuales que conforman la obra, considerados de modo aislado.

Así, podría haber creatividad y, por tanto, obra en un prospecto de un medicamento, donde se explican las características básicas que responden a una estructura común: fórmula, acción terapéutica, indicaciones, acción farmacológica, contraindicaciones, etc. Sin embargo, sin perjuicio de esa estructura común, el farmacéutico podrá explayarse en mayor o menor medida, con más o menos claridad, con diferentes ejemplos, incluyendo o no gráficos, entre otros elementos originales. Lo mismo se puede afirmar de los manuales técnicos de productos electrónicos o electrodomésticos.

El jurado se reunirá y deliberará en último término en la audiencia que establece el inciso anterior. Si no se hubiere ella designado, en una especial y pública en la forma establecida en dicho inciso.

Su resolución se limitará a declarar si existe o no la lesión a la propiedad intelectual, ya sea legal o convencional.

Esta resolución valdrá como los informes de los peritos nombrados por partes contrarias, cuando se expiden de común acuerdo.

Art. 82. — El cargo de jurado será gratuito y se le aplicarán las disposiciones procesales referentes a los testigos”.

El propósito del dictamen pericial, juzgado luego por la sana crítica del magistrado, busca demostrar si entre las obras sujetas a coitejo, más allá de las modificaciones de forma y contenido, “hay una reconocible identidad de representación, o sea, si ambas obras constituyen dos representaciones individuales originales o si, por el contrario, no constituyen más que una representación sustancialmente única”.⁸ Esa demostración puede seguir, por ejemplo, el camino inverso seguido por el autor, partiendo desde el resultado y buscando desentrañar cuáles fueron las decisiones libres que configuraron la obra, en caso de que existan.

Lo que no puede faltar es la sustentación técnica y argumentada de los hallazgos, ya que, dependiendo del género de obras que se confronte, hay procesos creativos y resultados que evaluar de acuerdo con las reglas y prácticas de la propia disciplina. Incluso, los eventuales elementos comunes deben ser puestos en su contexto. Así, similitud de género o formato, la gráfica utilizada o estética elegida o un uso coincidente de elementos comunes y disponibles no apropiables individualmente (coincidencias sobre elementos no protegibles) pueden o no ser determinantes de la existencia de plagio. Por ejemplo, en el género dramático o audiovisual, la estructura clásica en tres actos —presentación, desarrollo y desenlace— es un elemento básico y común no apropiable sobre la que no puede reclamarse exclusividad. Tampoco son apropiables las llamadas “tramas universales” o los hechos históricos o noticias de público conocimiento (Ramírez Gómez, 2015).

Por el contrario, sí podría haber plagio en la apropiación de un conjunto, selección o sistematización de elementos, aunque no la haya en cada elemento individualmente considerado. Así, el idéntico orden o secuencia temporal de las escenas podría ser un indicio de plagio. No habría plagio en la identidad de fuentes inspiracionales, aunque dependerá de la situación si de entre una multiplicidad de fuentes ambos contendientes escogieron exactamente las mismas, en el mismo orden y proporción, entre otros aspectos. Así, la diversa

8 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 5 de agosto de 1999, *Guebel Norberto c. Fernández Musiak, Diego Marcelo*. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1626.pdf>.

selección de fuentes podría ser un indicio de originalidad o al menos de proceso creativo independiente.

La jurisprudencia resolvió un caso en el cual la estructura de dos obras literarias era muy similar, lo cual podía justificarse porque se trataba en ambos casos de analizar el mismo tópico: los actos administrativos en los procedimientos fiscales siguiendo un marco normativo único. El dictamen pericial fue claro en distinguir la idea de la expresión, señalando en particular las diferencias tanto de enfoque como de extensión y profundidad. El demandante publicó un libro; y el demandado, una nota de divulgación. En palabras del tribunal,

La perito observó, en definitiva, que más allá de identidad temática, la estructura es diferente, la sintaxis diferente y el enfoque diverso, siendo las diferencias las que no permiten concluir en la realidad de una copia o siquiera en una alteración subliminar, hipótesis ésta respecto de la cual también fue interrogada y que también fue analizada adecuadamente.⁹

En el ámbito de la arquitectura e ingeniería, el análisis de originalidad también debe realizarse a la luz de las técnicas respectivas y de los antecedentes presentados a comparación. Así, en un caso que se discutía la originalidad de una obra arquitectónica y su eventual plagio, debieron ponerse de manifiesto las elecciones libres de la autora. En particular, la distinción entre la existencia de principios universales y leyes físicas y matemáticas de las aplicaciones concretas contenidas en la obra. En términos del tribunal, que resume las conclusiones de los peritos, se señaló:

(...) del informe pericial surge que lo sustancial de ambas obras (Casper y Castillo) no es el uso de planos inclinados, sino la combinación de dichos planos con elementos del mobiliario que tiene también una inclinación respecto de la horizontal o la vertical, de manera que, partiendo de su experiencia y lo que considera normal,

9 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, octubre de 2006, *Gi-angreco, Luis c. Editorial Errepar y otros*. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1560.pdf>.

el espectador tenga la ilusión de que está observando fenómenos antinaturales. Agrega que existen innumerables maneras de combinar diferentes posiciones de pisos y paredes, pero el Castillo ha adoptado las mismas. A través de las diferentes combinaciones de planos se pueden producir innumerables efectos visuales, pero el Castillo ha adoptado los mismos. (...) La accionante ha organizado sobre la base de la combinación de cruzamientos de planos, esto es, generando *ex professo* horizontes relativos que desorienten a quien se sitúa en él, a la luz del verdadero ámbito del horizonte real y que sobre la existencia de las leyes gravitatorias de validez universal, imponen un efecto visual disociado de la misma realidad. Cuando a más de dicho aspecto —entrecruzamiento de diferentes planos simultáneamente—, se le agregan deliberadamente artefactos o circunstancias que acentúan los rasgos de falsa escuadra, la originalidad es evidente.

Y si alguna duda queda al respecto, al tiempo de señalar las semejanzas y las diferencias entre uno y otro, pues en lo que difieren son cuestiones que bien podrían ser accesorias y que no hacen por tal a la propia consideración del plagio en estudio, tal como que existan diferente cantidad de salas, diferencia en los materiales de construcción y terminación, diferencia en la distribución de las salas. Por lo demás coinciden en la existencia de un nuevo plano del piso inclinado respecto al horizonte, la misma inclinación de las paredes internas, semejante posición del mobiliario, semejanza en la forma del ingreso, idénticos efectos visuales.

En este sentido, resulta coincidente lo manifestado por los peritos intervinientes con lo que fuera objeto de desarrollo específico por la actora en su demanda, en donde mediante una minuciosa explicación y respectivos croquis, procede a indicar las mencionadas similitudes existentes entre una y otra propiedad.¹⁰

Nos parece oportuno destacar del fallo arriba transcrito la importancia de las indicaciones que los magistrados y las partes deben darles a los peritos. Estos deben responder a la cuestión de originalidad de la obra primigenia y la eventual copia de la segunda efectuan-

10 Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial, ciudad de Córdoba,

do comparaciones y aplicando los conocimientos técnicos de acuerdo con las instrucciones recibidas, las cuales deben ser precisas.¹¹

6. La falta de originalidad en el caso *Ligier*

En el caso que inició este artículo, se convocó a una diseñadora gráfica, a un perito calígrafo y a un perito contador. El dictamen pericial de la diseñadora hizo hincapié en la ausencia de diferencias entre las dos obras bajo análisis. Los cambios triviales no significaron aporte creativo de ningún tipo, hay identidad de elementos y, en algún caso, solo se invirtió la composición (“como en el caso de la cinta con moño”) o “se han fusionado e invertido dos elementos diferentes (como en el caso de la hoja de acanto y el roleo)...”. En el análisis del color, la experta indica que

los colores finales varían en función del soporte sobre el que se imprimieron las figuras como el soporte en el que va a estar impreso, el sistema impresor, el tratamiento de post-impresión, el virado del color por escaneo, procesamiento del original, etc. se puede apreciar en los diagramas antes realizados, que la paleta utilizada y, la forma en que esa paleta fue aplicada, es idéntica.

Luego, en una descripción más detallada de lo que vulgarmente se conoce como “cortar y pegar”, en relación con la impresión de los dibujos en las cajas, indica:

Provincia de Córdoba, 30 de diciembre de 1996, *Forgione, Delia c. Antonio de los M. Berili y otros s/ordinario*. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/2647.pdf>.

- 11 En concreto, el magistrado a cargo del voto, el Dr. Andruet (h), desestimó un informe de la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Matemáticas de la Universidad Nacional de Córdoba, que indicó que “los principios de los planos inclinados fueron creados y desarrollados fundamentalmente en el Siglo XVII por Galileo Galilei e Isaac Newton y naturalmente son ideas universales que constituyen patrimonio de la humanidad”. Este informe “cayó en la trampa” de no distinguir entre idea y obra, seguramente orientado por las cuestiones que planteó la demandada.

Los estudios morfológico, colorimétrico y compositivo aportan un análisis comparativo entre las dos impresiones gráficas. Este análisis muestra claramente las operaciones compositivas realizadas (rotación, traslación, ajuste de escala) partiendo de un original: la tapa del libro “fileteado porteño” y como se plasmaron los distintos diseños en la caja de vino de la firma LIGIER S.A. Los detalles gráficos a escala muestran cómo se han incorporado en el diseño de la caja de vino, dejando expresado el traslado y rotación de las figuras compositivas originales (...). El empaque (o Packaging) utilizado por la firma Ligier S.A. se podría considerar una adaptación del diseño del libro para un formato distinto. Recorta los elementos y los redistribuye manteniendo la simetría axial y la misma paleta de color, lo que da como resultado una composición que mantiene la impronta del libro, no logrando generar una pieza que aporte un desarrollo artístico, compositivo, ni de diseño propio. Y considerando que otros elementos que conforman el diseño del packaging son apropiaciones (como el diseño de lettering de la palabra “Tango”...), podría decirse que existe un patrón (...).

El resultado final del cotejo permitió comprobar la identidad total entre los diseños del demandante y las impresiones en las cajas del demandado.

Sin desmerecer un ápice lo preciso del dictamen, cabe aclarar de modo general que los informes periciales no requieren necesariamente de un detalle analítico de todos los elementos de la obra, como en un ejercicio de hallazgo de errores o diferencias, ya que “el plagio se conforma con el apoderamiento ideal de todos o algunos de los elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios” (Lipzyc, 2006, p. 567). No se requiere la identidad total entre la obra original y su copia, ya que es suficiente con “suministrar al público un objeto que le producirá una impresión idéntica o suficientemente análoga a la que se haya buscado en la obra original, de manera que esta pueda ser desplazada con el consiguiente desmedro del valor de comercialización”.¹²

12 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 5 de agosto de 1999, *Guebel Norberto c. Fernández Musiak, Diego Marcelo*.

En el caso se pudo verificar que la identidad era total. No estamos ante el primer caso de plagio en el que se encontró dicha identidad.¹³

7. La designación de los peritos y las competencias técnicas requeridas

En el caso *Ligier*, la designación de los peritos resultó altamente satisfactoria, a juzgar por los buenos dictámenes emitidos. No siempre sucede así. En otros fallos, se pudo ver cómo, merced a las escasas indicaciones del magistrado o la discutible elección del perito, el resultado fue un informe técnico que no resolvió el núcleo del cuestionamiento, lo cual fue determinante para el resultado de la decisión.

Viene al caso mencionar el asunto *Cabrera, Ana María c/Buenos Aires Producciones S.A. s/Daños y Perjuicios*, en el que se cuestionó la obra cinematográfica *Felicitas* y su respectivo guion (2009) por presunto plagio de la novela histórica *Felicitas Guerrero. La mujer más hermosa de la República* de Ana María Cabrera (1998).¹⁴ Allí se discutió si los personajes y situaciones ficticias creados por la autora literaria fueron utilizados sin autorización por la productora audiovisual. Debido a que en primera instancia se declaró la negligencia de la demandante en la designación del jurado de idóneos, se convocó a tal efecto y como medida de mejor proveer (no a propuesta de las partes) a la Academia Nacional de Historia. La elección de los peritos se justificó porque la demandante fincó su reclamo en sucesos y personajes nacidos de su imaginación, que aportaban originalidad a la narrativa de los hechos históricos realmente ocurridos.

De acuerdo con el dictamen pericial, las mismas invenciones literarias fueron utilizadas en la película. Los expertos designados por la Academia de Historia concluyeron que, al no haber referencias históricas de esos sucesos y personajes, se debe concluir que son crea-

13 Así, en la causa *Pastor Nancy Susana C/Di Marco Maria Cecilia S/Daños y Perj.*, resuelto por el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1, Tandil, Expte. N° 47165, del 14 de noviembre de 2018, los peritos verificaron la textualidad y falta de citas, con diferencias banales, en la compulsa de obras científicas.

14 Primera Instancia, Juzgado Civil Nro. 89, diciembre de 2013, y segunda instancia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 14 de noviembre de 2014.

ciones de la novelista apropiados por la guionista. La demandada, por su parte, argumentó que no había plagio porque el final de las historias era distinto, que los enfoques no eran los mismos y que los hechos históricos no son apropiables, siendo lugares comunes disponibles para cualquier autor. La demandada puso el foco en las diferencias, no en las semejanzas. En primera instancia se resolvió que

alguna parte y fragmentos de la obra realizada por la actora en su libro fueron tomadas para llevar a la pantalla la vida de Felicitas Guerrero y en virtud de todas las consideraciones expuestas hasta ahora, ninguna duda cabe que el accionante sufrió un detrimento en los derechos morales que le correspondían sobre su obra.

En segunda instancia se revirtió la decisión. El vocal preopinante criticó en primer lugar que el juez de primera instancia haya dictado una medida para mejor proveer, designando a la Academia Nacional de Historia para que establezca si las creaciones literarias que la autora de la novela reclama como propias y que habrían sido plagiadas en la película “son o no basados en hechos históricos reales o tradiciones”. Debido a que la prueba de los hechos es una carga de las partes (art. 377 del CPCyCN), si las partes no producen dichas pruebas, no pueden ser suplidas por la proactividad del juez, quien no puede, mediante una medida para mejor proveer, suplir la inactividad o negligencia de una de las partes. La demandada había ofrecido como prueba un jurado de idóneos integrado por el decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, un abogado designado por la Dirección Nacional del Derecho de Autor y el director de la Academia Nacional de Historia. Al haber sido negligente en la producción de esa prueba, esa instancia procesal había precluido y, por tanto, no podía hacerlo en el futuro.

El vocal preopinante criticó luego la elección de los expertos, ya que no se trataba de demostrar la existencia histórica de hechos que podrían haber sucedido y, por tanto, ser parte del acervo común, disponibles tanto para la novelista como para la guionista-productora, sino si los relatos y textos de la novela son creación de la autora y luego utilizados en la película. Este análisis de la creación literaria y ficcional no puede ser objeto de la experticia histórica, sino de la lite-

raria, por lo cual se debería haber convocado a expertos de la Facultad de Filosofía y Letras. Por nuestra parte, agregamos que también los jurados idóneos podrían provenir de la Academia Argentina de Letras, la Sociedad General de Autores de la Argentina (Argentores), la Escuela Nacional de Experimentación y Realización Cinematográfica (ENERC) o la Universidad del Cine. Va de suyo que ambas obras tendrán elementos históricos comunes. Lo que importa desde lo ficcional —más allá de la presencia o ausencia de literalidad entre los diálogos de la novela y los parlamentos del guion— es verificar la similitud sustancial de ambas creaciones. En palabras del magistrado:

No existiendo un jurado de idóneos, corresponde recurrir a un sistema de comparación de ambas obras mediante el standard de “similitud sustancial” que consiste en preguntarse si un observador ordinario puede encontrar similitud esencial en la expresión de la idea compartida.

Luego de realizar esta comparación, el tribunal concluyó que “desde el comienzo hasta el final, difiere de ser una adaptación o siquiera una versión libre de la novela de la actora”. A nuestro parecer, la situación hubiera sido totalmente diferente si la comparación hubiera sido realizada por expertos en las disciplinas involucradas. Volveremos luego sobre la referencia del tribunal al “observador ordinario”.

La designación del experto en relación con el tipo de obra y las capacidades técnicas requeridas depende del género expresivo del que se trate. Así, en las artes plásticas, el criterio estético del experto resulta importante, ya que los jueces no pueden actuar con la misma intuición que podrían poner en la comparación de textos literarios. Se trata de entender el proceso creativo y las contribuciones artísticas del autor, lo cual permitirá aplicar la dicotomía idea-expresión al caso concreto (Aistars, 2023).¹⁵ El juez no puede sucumbir a sus preferencias artísticas o a su ignorancia en términos de arte, como tampoco caer fascinado ante la fama de una celebridad o sus mecenas.

15 La autora reflexiona sobre los intrincados pliegues de la apreciación artística, tomando como referencia el camino recorrido por los tribunales en el caso *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. V. Goldsmith*. Primera instan-

En el caso *Ligier*, por el tipo de creación artística objeto de compulsión, también se convocó a un perito calígrafo, ya que los dibujos también incluyen letras elaboradas artesanalmente. El dictamen del calígrafo indicó:

(...) las grafías escriturales propiamente dichas (...) solo son claramente coincidentes, los textos “FILETEADO PORTEÑO”; en efecto, al comparar ambos textos, observamos el mismo diseño de letras en relieve, la misma coloración rojizo y amarillo dorado sobre fondo negro cabe aclarar que aunque se usó similar coloración, al imprimirse sobre bases disímiles los mismos colores sufren alteraciones; es notorio el peculiar diseño de las letras mayúsculas que inician las palabras con un pequeño círculo en relieve por debajo de su base; cabe mencionar que las bases de todas las letras tienen una pequeña “entrada”, asimismo las letras “O” presentan un círculo decorativo en su parte central, también se caracterizan por un “achatación” en su parte superior, acompañando el diseño de las letras restantes, entre las peculiaridades de estos gráficos, cabe mencionar el trazo horizontal del medio de las letras “F” y “E” con formato de “hoja”, diseño que se repite también sobre la letra “Ñ”, está también presenta una terminación en el extremo inferior izquierdo que se prolonga por debajo de la línea base, también es oportuno mencionar la terminación circular que presentan las letras “L” y “E” (...). [Para finalmente, concluir que] (...) Siendo la construcción gráfica y los principales detalles de diseño, proporción de letras, espaciado en la separación de las mismas y la coloración empleada, claramente coincidentes, se determina un mismo autor para ambos elementos (...) Los textos “FILETEADO PORTEÑO” con característico diseño gráfico, existentes en ambos elementos comparados, fueron diseñados por un mismo autor (...).

cia, *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 382 F. Supp. 3d 312, 318 (S.D.N.Y. 2019). Segunda Instancia, *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 11 F.4th 26 (2d Cir. 2021). Corte Suprema, *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 143 S. Ct. 1258, 1272 (2023).

En el campo musical, la experticia de los peritos resulta casi imprescindible (Lee y Moshirnia, 2022). En la práctica norteamericana, en los juicios por jurados, estos expertos pueden resultar agobiantes, especialmente cuando se traba una batalla entre los expertos presentados por cada parte (Der Manuelian, 1988). Pero en nuestro sistema no es así, ya que el CPCyCN expresamente manda designar un perito en el área técnica respectiva. Solo un musicólogo puede separar y distinguir los elementos comunes no protegibles de aquellos otros que determinan la originalidad de la obra. En términos clásicos, el perito colabora en distinguir la idea de la expresión en el específico campo musical.¹⁶

Los expertos informáticos son especialmente requeridos para analizar infracciones al derecho de autor sobre programas de *software*. Incluso en Estados Unidos, donde prima la perspectiva del público general, los tribunales han admitido que la participación de expertos (*expert witnesses*) es muy necesaria (Balganesh y Menell, 2021). Usualmente, el público general y el juez sin competencias específicas podrán advertir similitudes en la interfaz del usuario y, eventualmente, en las funcionalidades, lo que suele denominarse *look and feel*, pero difícilmente puedan por sí mismos advertir si los códigos, lenguajes de programación o arquitectura del sistema fueron creados de modo independiente o copiados de otro. Así, un lego podría comparar si un videojuego es similar a otro por la historia, los gráficos, la estética y la escenografía, la música, los personajes y las mecánicas del juego, entre otros aspectos perceptibles por los sentidos; sin embargo, será muy complejo verificar si la programación subyacente en el código fuente contiene elementos del otro videojuego o bien si incluye rutinas o motores gráficos que no son apropiables. Igual de complejo resulta determinar qué programas o líneas de código están en el dominio público, si son parte de programas sujetos a reglas de

16 La musicología tiene una importante base científica y requiere muchos años de formación en teoría musical. Así se pudo comprobar en el caso en el que el jurado determinó que Marvin Gaye, autor de “Got To Give It Up” había sido plagiado por Pharrell Williams y Robin Thicke en el tema “Blurred Lines”. Cfr. *Williams v. Gaye*, 895 F.3d 1106, 1117 (9th Cir. 2019). En particular, el jurado fue instruido en que era suficiente verificar similitud sustancial y no identidad. Los expertos orientaron al jurado en determinar los elementos relevantes.

software libre, licencias *open source* o *software* privativo o bien si se trata de adaptaciones para diferentes *hardware* o nuevos microprocesadores. El experto también podría estar frente a un problema de una compilación original de elementos que individualmente considerados no son protegibles. Asimismo, en el ámbito de videojuegos y *software*, frecuentemente se deben comparar versiones para verificar la independencia (o dependencia) entre ellas y eventuales infracciones al derecho de transformación, no necesariamente en casos de plagio, sino de incumplimiento de contratos (Balganesch y Menell, 2021).

8. Las obras objeto de comparación

También se deberá ser muy cuidadoso en lo que las partes presentan para comparación por parte del perito. Al respecto, una situación curiosa sucedió con los peritos intervinientes en la causa originada en la película *El fútbol o yo* (guion de Marcos Carnevale y Adrián Schwartz Kirzner), denunciada porque constituía un plagio de la novela *Enfermo de fútbol* del autor Daniel Fresco.¹⁷ En esa causa fueron designados como peritos oficiales literatos propuestos por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires y de la Sociedad Argentina de Escritores (SADE). El análisis realizado por los escritores comparó elementos textuales y situaciones de ficción entre novela y guion, encontrando diversas semejanzas en los siguientes términos:

entre el libro y la película nacional se pueden reconocer muchos elementos en común entre ambas obras y sí se puede comprobar en la película y en su guión (...) coincidencias claras, temáticas y formales (...) que se presentan como innovaciones de la novela [concluyendo que entre guion y película se verifica] la reproducción y reelaboración parcial, total o disfrazada, de los elementos creativos de la novela.

17 Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 3, *Levy, José y otros s/ infracción Ley 11.723 (art. 71)*. Denunciante: *Fresco y Benaim, Alfonso Daniel*.

El juez consideró que el informe y sus conclusiones resultaban defectuosos, entre otros motivos, porque los expertos no tuvieron en cuenta que la película en cuestión es una *remake* de la película franco-belga *Je Suis Support Du Standard*, de la cual los imputados habían adquirido los derechos para la adaptación local. Los literatos no tuvieron en cuenta en la comparación a esta otra obra audiovisual, la que debería haber sido motivo del cotejo, ya que los realizadores demandados demostraron que su propia película era una obra derivada de la primigenia belga, la cual era muy anterior a la novela. La comparación, por tanto, no debía ser solo entre novela y guion de película local, sino entre película original, *remake* y novela. Esto hubiera requerido la intervención de expertos en el ámbito audiovisual y no del mundo literario. En palabras del magistrado del fuero penal:

el primer informe pericial concretado en el sumario, presentaba un déficit de base que lo convertía, cuanto menos en insuficiente, en términos de un estudio serio de especialidad, en tanto no incluyó como parte del análisis la película extranjera franco-belga, que tal como surge de la mención final del film cuestionado, en consonancia con la documentación acompañada a la encuesta, ha sido la base del guión de la película “El futbol o Yo”.

Luego, el magistrado realizó apreciaciones más profundas sobre las diferencias entre un guion y una novela, arrojando mayores luces sobre los objetos a comparar y los expertos a cargo de realizar la comparación de objetos disímiles.¹⁸

Este último punto representa un gran desafío para los peritos, para el juez y para las partes: la comparación de obras de distinto género, como entre una fotografía y una pintura, o entre una novela y un guión, o entre novela y película, o entre película y videojuego (Campbell Rennie, 2014). Para evaluar la similitud entre dos obras, se debe prestar atención a la expresión, que aquí aparece plasmada en diferentes medios o a través de diferentes lenguajes: literario, au-

18 En concreto, el magistrado hizo referencia a los artículos “Diferencias entre la novela y el guión de cine” de César Sánchez y “Algunas diferencias entre escribir un guión o una novela” de Luis Murillo Arias.

diovisual, pictórico, entre otras posibilidades. La conducta del demandado está en relación con el derecho de transformación y en particular cuando falta la debida autorización, ya que el supuesto de base es la indebida creación de obras derivadas sin el permiso del autor, lo cual podría tratarse como un reclamo patrimonial. Pero si a eso se le suma la negación de la paternidad, nos encontramos frente a la afectación del derecho moral, configurándose el plagio. Otro tanto, si la transformación afecta el buen nombre y honor del autor, lo que además afectará el derecho de integridad.

Este análisis tendrá relevancia luego para el juez, que entre los daños patrimoniales podrá sopesar la pérdida de mercado que sufre el autor por limitarse su capacidad de explotar plenamente el derecho de transformación. Al comprobarse que hay nuevos mercados afectados, se justifica un aumento de la indemnización.

La comparación de obras de distinto género requiere del experto trasladar los elementos expresivos de un medio a otro, o de un lenguaje a otro, algo así como “convertir las naranjas en manzanas, para poder comparar manzanas con manzanas” (Campbell Rennie, 2014, p. 50). El experto, por tanto, deberá dejar de lado las diferencias que se presenten por el mero cambio de medio o lenguaje para aislar las expresiones comunes que no se relacionan con los diversos medios o lenguajes expresivos. Un perito, utilizando recursos técnicos, puede detectar esos elementos sustraídos a la obra originaria, situación que para el público común puede pasar desapercibida. En el examen se deberá verificar que existan (o no) elementos equivalentes que solo se diferencian por el cambio de género.

Un caso que merece destacarse es *De Biase Martín Gonzalo c/ Gelblung Samuel s/Daños y perjuicios*.¹⁹ Allí se analizó la similitud entre el libro *Entre dos fuegos. Vida y muerte del Padre Mugica* de Martín de Biase y el informe periodístico para televisión denominado “Memoria”. La defensa indicó que no podría tratarse de plagio por ser dos géneros expresivos diferentes y que las coincidencias expresivas corresponderían a frases hechas, lugares expresivos comunes

19 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 28 de noviembre de 2006, *De Biase Martín Gonzalo c/ Gelblung Samuel s/Daños y perjuicios*. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1301.pdf>.

a la mayoría de los hablantes. Agregó el demandado que la vida del padre Mugica es un hecho histórico, no apropiable. Sin embargo, los jueces entendieron que la diferencia de formato no obsta para la existencia de plagio, aunque esa falsificación será parcial justamente por la diferencia en los medios expresivos. Por tal motivo, el tribunal se apartó en este sentido del dictamen del experto. En concreto, indicó que “(...) la gran similitud en el estilo literario, excede totalmente la mera coincidencia de frases hecha o lugares comunes del idioma, para entrar dentro de la estadística literaria en la copia no servil (...)”.

Un caso particular se presenta con las obras en coautoría imperfecta, como por ejemplo las canciones, donde se distingue al autor de la letra del de la música. Así, si el reclamo es por plagio en la melodía u otros elementos compositivos de la música, no queda involucrado el autor de la letra, sobre quien no hay legitimación pasiva.²⁰

En resumen, los peritos, expertos, jurados de idóneos y cualquier consultor técnico que intervengan en el cotejo de obras para evaluar el plagio o uso no autorizado de la obra deberán ser idóneos en la disciplina o género expresivo de las obras bajo cotejo, de modo que puedan estar en condiciones de analizar los elementos similares, sus diferencias y los elementos comunes correspondientes al género o estilo.

9. La similitud sustancial

En el caso *Ligier*, la identidad resultó total y los recursos técnicos fueron suficientes para demostrar el plagio entre la obra de fileteado y su copia impresa en los envases. Sin embargo, cuando la similitud no es total y las diferencias plantean dudas, a los peritos —como auxiliares de la justicia— se les debe pedir que analicen el conjunto de los elementos. El enfoque clásico distingue entre la copia o plagio burdo o servil y el inteligente (Lipszyc, 2019). También hay que considerar que la inspiración o influencia es legítima; incluso, es el modo normal y habitual de creación, ya que no se crea de la nada (Lukasiewicz, 2022).

20 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 19 de marzo de 2004, *Smith, Francisco Brydon c/Lerner, Alejandro y otros s/daños y perjuicios. El Derecho*, Tomo 212, p. 281.

Todos partimos de nuestros predecesores, que nos han ido formando y aportando las capas de conocimiento, que, al igual que los sedimentos geológicos, conforman el saber universal y el propio de cada autor. Debido a que no todo aprovechamiento es ilegítimo (como en los casos de parodia, comentario crítico o derecho de cita), luego de verificar la existencia de similitudes, quedará un juicio de valoración sobre esa utilización de obras ajenas. Como indica Lukasiwicz (2022), citando a Posner, esa conducta deberá ser fraudulenta mediante dolo y engaño no solo respecto al autor, sino también ante el público. Del mismo modo opina Antequera Parili (2007, 2009), que señala este doble aspecto del plagio: la afectación a los derechos del autor en su faz patrimonial y moral y el fraude a la fe pública mediante el engaño sobre el origen de una obra. En definitiva, la pregunta es qué grado de imitación constituye una infracción al derecho de autor sobre una determinada obra.

Este análisis comparativo, denominado “test de similitud sustancial”, se encuentra bien caracterizado por Emery (2019):

El primer análisis de un juez o de un jurado que tengan a su cargo investigar una acusación de plagio, debe versar sobre un hecho objetivo: constatar la alegada similitud entre la obra plagiada y la obra plagiaria. Si este análisis concluye que existe una similitud, en un segundo análisis objetivo corresponderá establecer si existe intertextualidad entre las obras o si se encuentra frente a un idéntico desarrollo de la idea del autor original disfrazando sus elementos creativos, de tal manera que el plagiario los presentes como propios. (p. 185)

9.1 El test norteamericano de la similitud sustancial

En los supuestos donde el plagio no es burdo, la comparación requerida ha dado lugar al análisis de similitud sustancial, denominado *Test Hand* en homenaje al juez Learned Hand, quien lo enunció en el caso *Nichols v. Universal Pictures*.²¹ De acuerdo con dicho test, hay plagio por similaridad sustancial cuando las similitudes entre una obra y otra son suficientes para que un observador medio se

21 *Nichols v. Universal Pictures Corporation et al.*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

confunda (Osterberg y Osterberg, 2021; Tobón Franco y Varela Pez-zano, 2015). La doctrina norteamericana identifica tres elementos necesarios para que se constituya de modo general una infracción y por plagio en particular: 1) la obra presuntamente plagiada debe ser original y, por tanto, merecedora de la protección por derecho de autor; 2) el demandado copió la obra del demandante en lugar de haber creado una propia de modo independiente; 3) los elementos copiados deben ser significativos, tanto cualitativa como cuantitativa-mente (Joyce et al., 2010). La aplicación de este método —que no se encuentra legislado y, por ende, es solo una figura del *common law*— resulta flexible, ya que le permite al juez valorar si la copia es cualitativa y cuantitativamente suficiente como para ser declarada ilícita (Balganesh, 2012). Sin embargo, esta flexibilidad es vista por algunos autores como debilidad e inconsistencia (Lemley, 2010; Tu, 2021).

El método de la similitud sustancial está ampliamente extendido, incluso como un paso previo a la defensa de *fair use*. En este sentido, el razonamiento correcto consiste en que, una vez que se verificó la originalidad de la primera obra y la infracción de la segunda, recién luego debería considerarse la excepción del *fair use* (Aistars, 2023). Si los tribunales analizaran los casos dándole prioridad al uso legítimo sin evaluar antes la similitud sustancial, estarían privando al autor de fundamentar mediante la evidencia la validez de su reclamo, ya que quedaría privado de presentar las pruebas del caso. El test ordena la actividad jurisdiccional, poniendo en primer lugar el derecho del autor de defender la originalidad de su obra y no el derecho del infractor para alegar que no comete ningún daño con su apropiación.

El hecho de que se considere la impresión causada en un “observador medio” ya plantea una diferencia respecto del análisis que haría un experto, como el caso del perito (Fromer y Lemley, 2014). Por este motivo, los criterios de aplicación del test de similitud sustancial de acuerdo a la jurisprudencia norteamericana no se pueden trasvasar sin más al informe del perito en nuestra jurisdicción. En parte, porque la determinación de esa similitud en Estados Unidos —salvo casos de sentencia sumaria— depende por lo general del jurado, cuyos miembros por definición no son expertos, y el resultado final del juicio es impredecible (Asay 2022; Quagliariello, 2019; Sprigman y Fink Hedrick, 2019).

En Estados Unidos, los expertos son citados a testificar como *witness expert* cuando los miembros del jurado deben ser instruidos sobre qué aspectos de la obra o del proceso creativo no deben ser considerados, ya que son elementos de uso común o de dominio público. Dependiendo del método de aplicación del test y del campo técnico requerido, la participación de los expertos en Estados Unidos es dispar. Hay mayor intervención en la verificación de cuánto de la primera obra hay en la segunda, y más en temas de música y tecnología que en las otras disciplinas (Asay, 2022).²²

En realidad, en Estados Unidos no hay un único test de similitud sustancial, sino que los doce circuitos tienen su propio modo de aplicarlo. Para determinar la similitud sustancial, los circuitos Cuarto, Octavo y Noveno emplean una prueba en dos partes: una prueba extrínseca objetiva y una prueba intrínseca subjetiva. Por el contrario, los circuitos Primero, Segundo, Tercero, Quinto y Séptimo emplean el criterio del “observador ordinario”. Los circuitos Sexto y Décimo utilizan una prueba de abstracción-filtración-comparación. Aunque la mayoría de los tribunales tendrán en consideración los principios básicos establecidos en estas tres pruebas, muchos tribunales emplearán variaciones de estos métodos (Fromer y Lemley, 2014; Osterberg y Osterberg, 2021)

El método que aplica el Noveno Circuito requiere dos pasos: un análisis “intrínseco” y otro “extrínseco”. El extrínseco consiste en determinar qué partes de la obra supuestamente infringida son de dominio público y qué partes son expresión original del autor. Aquí, los expertos hacen un importante aporte (Tu, 2021). La parte intrínseca de la determinación de la similitud sustancial se denomina así porque no depende del tipo de criterios y análisis externos asociados a la parte extrínseca de la prueba. En opinión del Noveno Circuito, en este análisis intrínseco no son apropiados ni la disección analítica ni el testimonio de expertos. Se debe acudir al consumidor prome-

22 El autor indica que en Estados Unidos hay una gran dispersión procesal respecto de la utilización del test de similitud sustancial. En un estudio, se pusieron de manifiesto las siguientes alternativas sobre un total de aproximadamente 1000 casos: a) *summary judgment*, en un 47% de las veces; b) *motions to dismiss*, 22%; c) *injunctive relief*, 15%; d) *bench trials*, 6%; e) *default judgement, judgment as matter of law y judgment of the pleadings*, 10%.

dio, como por ejemplo, un joven de 18 años si se trata de demostrar el plagio en casos de videojuegos (Fromer y Lemley, 2014).

Por su parte, el Segundo Circuito también aplica dos pasos: primero, una determinación de la existencia de copia y luego demostrar si esa copia es lo suficientemente sustancial como para constituir una apropiación ilegal. Si la copia corresponde sólo a aspectos triviales del trabajo de otro autor, esto no generará responsabilidad. La infracción sólo ocurre cuando la copia es lo suficientemente extensa. En este segundo paso, el juez aplica el criterio del observador ordinario, sin la ayuda de una disección o el testimonio de un experto, para determinar si la copia resultó en una similitud sustancial entre ambas obras.²³ Sin embargo, en casos de plagio de *software*, el Segundo Circuito entiende que el observador ordinario debe ser un experto debido a las dificultades técnicas implícitas. En esta instancia, la similitud podrá poner foco en la afectación de lo esencial y valioso de la obra del autor originario, siendo el modelo que tal vez más se acerque a la consideración de los derechos de la personalidad del autor (Balganesh, 2012).

Finalmente, los circuitos Sexto y Décimo utilizan el método de abstracción-filtración-comparación, que consiste primero en abstraer y separar las ideas y otros materiales que no tienen protección por derecho de autor, luego filtrar los componentes no protegibles de los elementos expresivos para finalmente comparar los elementos protegidos restantes con la obra supuestamente infringida para determinar si las dos obras son sustancialmente similares.

9.2 Los peritos y la aplicación del test de similitud sustancial

El enfoque del experto hará hincapié en el proceso creativo y sus resultados analizados desde las competencias técnicas del género expresivo del que se trate. Normalmente deberá realizar una disección de la obra descomponiéndola en sus elementos, lo que le permitirá discernir críticamente el proceso creativo, las herramientas y técnicas utilizadas, las escuelas imperantes y la calidad en la ejecución,

23 El caso seminal del Segundo Circuito es *Arnstein v. Porter*, *Circuit Court of Appeals*, Second Circuit, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946), del 11 de febrero de 1946.

entre otros aspectos. El público no hará la misma apreciación, para quien solo importará la sustitución de una obra por otra en cuanto satisfactor de la experiencia estética, que a su vez tendrá un impacto en la demanda de dicha obra. El público general solo tiene primeras impresiones.

En nuestro sistema, considerando la valoración final del juez, estas dos aproximaciones —la técnica y la del público— no son anti-téticas, sino complementarias, debido a que la similitud desplaza al producto original, que es reemplazado por la copia. Esta perspectiva se asemeja a la del derecho norteamericano, para el cual la infracción debe afectar los derechos patrimoniales, es decir, aquellos que garantizan la exclusividad del autor o titular. Sin embargo, la jurisprudencia local también se acerca a esta concepción, como ya señalamos:

La violación del derecho de autor es, entonces, la concurrencia hecha a éste en el terreno que la ley le reserva y consiste en suministrar al público un objeto que le producirá una impresión idéntica o 'suficientemente análoga' a la que se haya buscado en la obra original, de manera que ésta pueda ser desplazada con el consiguiente desmedro del valor de comercialización.²⁴

El juez puede considerar que esta similitud desde el punto de vista del público —dependiendo del tipo de obra del que se trate— es relevante para evaluar cuánto afectó económicamente la copia del autor de la obra originaria y mensurar en qué medida mermó la explotación de sus derechos. Además, deberá considerar los derechos morales del autor

Otra diferencia entre el sistema norteamericano y el nuestro en la aplicación del test de similitud sustancial radica en que el informe del perito no se debe centrar en la eventual confusión que ambas obras causan en el consumidor u observador medio, ya que esto, en todo caso, podrá (o no) ser una consecuencia de cómo las similitudes (o su ausencia) afectan o podrían afectar las percepciones y emociones de cada una de las personas del público. No se le

24 Cámara Nacional de Apelaciones, Sala C, 21 de septiembre de 1971, *Martinoli Carlos A. c. Rigual, Carlos. La Ley*, pp. 148-339.

pregunta al experto sobre cómo esas semejanzas impactan en una o más personas, juicio que además resulta de difícil generalización, salvo que se recurra al uso de métodos psicosociológicos y estadísticos muy específicos. El perito, en su informe, deberá limitarse a indicar si son resultados obtenidos de modo independiente o bien si la segunda obra en el tiempo depende causalmente de la primera, de modo que las similitudes no puedan deberse a la casualidad o meras coincidencias, dando lugar, por tanto, a la apropiación indebida. Al perito no se le pregunta por la confusión en las diversas audiencias, ya que, para lograr esa convicción, deberían utilizarse herramientas de investigación de mercados tanto cuantitativas como cualitativas, entre las que se podrían mencionar los *focus groups*, las entrevistas en profundidad, las encuestas y las evaluaciones proyectivas, entre otras.

Vale la pena resaltar otra diferencia en la aplicación del test cuando interviene un perito. En el sistema norteamericano, en los casos de plagio debe probarse o presumirse que el demandado tuvo conocimiento de la obra copiada. Aunque también es un requisito implícito de nuestro sistema, esto tampoco es un tema a cargo del perito. La prueba de que el plagiarlo conoció, tuvo acceso o debía conocer la obra del demandante no es parte de la compulsa, sino que puede ser objeto de cualquier tipo de medio probatorio. Desde el punto de vista del juez —no del perito—, el informe pericial le será útil para ser más o menos exigente con el requisito de acceso a la obra original, ya que, a mayor similitud, menor necesidad de demostrar que el plagiarlo conocía la obra copiada (Osterberg y Osterberg, 2021). Si la copia es burda, no se requiere probar el acceso. Por el contrario, si hay una prueba muy fuerte sobre el acceso, se fortalece la certeza sobre el origen de las similitudes y fuente de la copia. De esta manera, estaría aquí implícita una relación proporcional entre acceso y similitud.²⁵

Vale la pena insistir en que el plagio siempre se ejecuta al nivel de la creación expresiva y no de las ideas expresadas. “Debe así determinarse en qué medida la expresión potencialmente calificable como plagio reproduce los aspectos creativos de otra expresión pro-

25 El asunto del acceso a la obra copiada fue analizado profundamente en el caso *Arnstein v. Porter*, ya citado.

tegida” (Cabanellas, 2023, p. 668). Por este motivo, al igual que en el sistema norteamericano, como primera parte del test el perito debe en iniciar con una tarea de “filtrar” los elementos comunes no protegibles, es decir, aquellos elementos que están disponibles para cualquier autor como parte del acervo común, la práctica en determinado medio, ambiente o disciplina, lo que podría llamarse el “estado del arte” o “reglas de la profesión”. Aquí entran las ideas, los fondos argumentales, los estilos y las técnicas de expresión, así como los géneros: cine negro, cine policial, de animación, entre otros. Esos elementos no pueden ser utilizados por el demandante para fundar su pretensión, ya que no son protegibles. Luego, sobre aquello que sí es la expresión propia del autor se realiza en primer lugar un análisis extrínseco y luego uno intrínseco. Este filtrado es una tarea primordial del perito en relación con el género expresivo del que se trate. Como hemos señalado, a mayor complejidad —como los casos de *software* o videojuegos—, se requerirá un esfuerzo adicional para “separar la paja del trigo”.

¿Se debe prestar más atención a las similitudes y semejanzas o a las diferencias? La doctrina brinda un criterio general:

Existirá imitación cuando la obra presente sustanciales semejanzas con otra preexistente en sus elementos esenciales, del mismo modo que puede existir cuando esta semejanza se refiera a una parte de la obra, mientras no existirá imitación cuando las semejanzas no conciernen a la individualidad de la obra, como ocurre cuando se refieran a elementos carentes de novedad u originalidad o a ideas de dominio común (...). [Por tanto,] (...) el plagio deberá juzgarse por las semejanzas y no por las diferencias que puedan existir entre ambas obras, y de los elementos comunes de ambas se habrá de inferir o no la apropiación. (Iribarne y Retondo, 1981, pp. 110 y 116)

Sin embargo, pese a que se deben evaluar las semejanzas, tampoco se trata de analizar elementos de modo aislado, sino en el conjunto. La acumulación de semejanzas será determinante si corresponden a elementos cuya elección resultó arbitraria, caprichosa o creativa. No será relevante dicha acumulación cuando se trate de elementos generales usuales en el tipo de obra del que se trate. Hay elementos

comunes que no admiten demasiada creatividad, por corresponder a un género determinado o por tratarse de hechos históricos o situaciones comunes de la vida o el modo habitual de comportarse de ciertas categorías de individuos, como por ejemplo los hábitos o prácticas de una profesión determinada. Así, si se tratara de un personaje profesional de la medicina, éste se desenvolverá en un hospital, ambulancia o consultorio, utilizará bata y barbijo, tendrá que tomar decisiones de vida o muerte, por poner solo algunos ejemplos. En definitiva, en cualquier obra pueden encontrarse elementos originales entremezclados con otros del dominio público (Sprigman y Fink Hedrick, 2019).

Como indica la jurisprudencia, “no es el número sino la calidad de las coincidencias la que ha de poner de relieve la existencia de plagio, y los peritos han determinado que dichas coincidencias recaen sobre circunstancias insustanciales o carentes de originalidad”.²⁶

En otro fallo se indica que

plagiar no es explayarse sobre acontecimientos o tipos que se repiten en la vida, en razón de leyes constantes y universales, sino en reproducir (art. 2 ley 11.723) todos los detalles que caracterizan el plan de una obra y el desarrollo de sus escenas. La semejanza o igualdad de temas originalizados por el genio de los escritores, tales como los amantes, el padre, el avaro, todos los grandes tipos, pueden ser renovados, lo han sido incesantemente y lo serán todavía; igual cosa existe con el amor y el hambre, el matrimonio y el adulterio, fuentes fecundas de común inspiración.²⁷

En un caso de plagio de *software*, se encontraron pocas semejanzas, las cuales fueron suficientes para condenar a la demandada, ya que además se probó que había contratado a expleados de la demandante para desarrollar su propia versión, lo cual prueba el acceso

26 Voto del Dr. Mirás, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, causa 430.819., *Arce, Rodolfo Adrián c/Suar, Adrián y Otros s/daños y perjuicios*.

27 Voto del Dr. Molteni, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 26 de marzo de 1987, *Reboiras de Chiappe, H. v. Altavista, Juan C. y otro*, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, Vol. 1988-II, p. 6.

al código del demandante. En el caso *Driving Consultancy S.A. y otro c/Pan American Energy LL Suc. Argentina s/ordinario*, la demandada trató de probar que se trató de un desarrollo independiente.²⁸ Uno de los peritos indicó que no había semejanzas en las estructuras de los modelos de datos de ambas aplicaciones y que, si bien el lenguaje de programación utilizado para la implementación de ambas aplicaciones de *software* era el mismo, no halló “semejanzas en la lógica de los programas ni en la estructura jerárquica de módulos de los mismos e interfaces entre esos módulos. En consecuencia, no hay coincidencias en la arquitectura de *software* desde este punto de vista (...)”.

De acuerdo con el análisis conceptual de los respectivos modelos de datos, la función de ambos sistemas coincide: gestionar la habilitación de conductores y vehículos a fin de lograr un desempeño seguro de ellos. Ambas aplicaciones tienen la misma idea rectora: evaluar conductores y vehículos según distintos criterios para determinar la habilitación de estos. Los peritos no pudieron comparar los códigos fuente, por tanto, no lograron determinar el comportamiento del sistema ante los distintos estímulos y los resultados que este suministra. Asimismo, no pudieron efectuar pruebas de funcionamiento, por ende, no pudieron establecer “si las dos aplicaciones actúan de modo similar y proporcionan el mismo resultado ante determinados estímulos (...)”.

Sin embargo, el juez encontró dos elementos para fundamentar el plagio. En primer lugar, que las dos aplicaciones cumplieran las mismas funciones. Luego, que el diseño de la base de datos a partir de las preguntas y respuestas era exactamente igual (incluyendo las faltas de ortografía y puntuaciones). Respecto del primer punto —la identidad de funciones—, no coincido con el criterio del juez, ya que las funcionalidades no son protegibles, además del hecho de que ambos programadores trabajaron sobre un mismo pliego de requerimientos del demandado, bajo contrato de locación de obra. Que las funcionalidades no son obra protegible, sino que son ideas, ya ha sido resuelto en el paradigmático caso *Lotus Development Corp. v.*

28 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 13 de julio de 2017, *Driving Consultancy S.A. y otro c/Pan American Energy LL Suc. Argentina s/ordinario*. *El Derecho*, Tomo 276.

Borland International, Inc.,²⁹ sin embargo, la copia de la textualidad de las órdenes implica un plagio parcial.

La jurisprudencia argentina se ha hecho eco de la práctica norteamericana, utilizando tanto la filtración como el análisis dual de los elementos intrínsecos y extrínsecos. En el fallo *Paz, Teodosio Luis c. Asociación Argentina de Televisión por Cable A.T.V.C.*,³⁰ se propuso una prueba dual: una extrínseca y otra intrínseca para comparar dos programas de televisión. La primera consistió en una evaluación objetiva, focalizada en las similitudes entre el esquema, tema, diálogo, ánimo, ambientación, ritmo, personajes y secuencia de eventos para detectar los elementos comunes entre ambas obras. De allí se descartaron los elementos no protegibles, “es decir las escenas que surgen naturalmente de las premisas de la trama básica, elementos comunes a otros programas anteriores y elementos comunes que hayan surgido de la llamada ‘herencia directa’ o del ‘fenómeno de impregnación’”. Satisfechos los requisitos de esta prueba extrínseca, se pasó a la intrínseca, donde el análisis fue más exhaustivo, para determinar si las similitudes van más allá de las necesidades del tema (la verificación de decisiones libres del autor, acotamos nosotros) y descartan los posibles accidentes literarios o casualidades.

La prueba intrínseca consiste en cotejar las dos creaciones como un todo y no desviando la atención solamente en las coincidencias existentes (elementos extrínsecos) con el fin de determinar si las dos obras son sustancialmente similares a los ojos de un observador promedio. (Del voto del Dr. Vilar)

En el caso se consideró que no podía existir plagio desde el momento en que la producción del demandante carecía de originalidad suficiente para merecer la protección del derecho de autor. Vibes (2009) considera que se podría haber llegado a un buen resultado sin

29 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995, Estados Unidos).

30 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 12 de febrero de 2009, *Paz, Teodosio Luis c. Asociación Argentina de Televisión por Cable A.T.V.C.* Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/2031.pdf>. En el caso no se pudo conformar el jurado de idóneos, con lo cual la comparación entre las obras fue llevada adelante por el mismo tribunal.

cuestionar la originalidad de la obra primigenia, análisis que pone a los jueces en un terreno delicado e inestable.

Otro aspecto sobre el que se le puede consultar al experto es respecto de la reconstrucción del proceso creativo que hubiera tenido que seguir el demandado para lograr ese resultado similarmente substancial al del demandante. Algo así como volver sobre los pasos las elecciones libres del autor durante el proceso creativo. ¿El demandado cuenta con antecedentes y capacidades para lograr ese resultado por sí mismo? ¿Qué tipo de habilidades y conocimientos se requieren? ¿El demandado ha obtenido con anterioridad resultados semejantes? ¿Es previsible que con esos antecedentes pudiera lograr resultados equivalentes? Todo esto, con la finalidad de justificar la independencia (o falta de esta) en la creación del demandado. Si el demandado le presenta al experto bocetos, esquemas conceptuales, diseños preliminares, prototipos, facilita en gran manera su defensa. Si bien la compulsa se hará principalmente sobre las obras terminadas, nada impide acercar elementos que pongan de manifiesto esa creación independiente.

10. Recursos técnicos para demostrar la similitud substancial

Hay diversos modos de demostrar esa similitud substancial, lo que dependerá en parte del tipo de objeto que se deba comparar y la disciplina de la que se trate. Resulta muy ilustrativa una tesis doctoral referida al plagio cinematográfico y los diversos métodos de detección (Ramírez Gómez, 2015). Allí, el autor transcribe el dictamen pericial a cargo de María Teresa Forero y Jorge Zuhair Jury en el caso *Gitano*, el cual merece ser comentado con más detalle.³¹

De acuerdo con los peritos, en la comparación de guiones y sus eventuales semejanzas, se requiere ir de lo general a lo particular, esto es: 1) idea, que puede resumirse en una frase; 2) *story line*, que se representa en dos o tres frases; 3) escaleta, consistente en un resumen de situaciones, escena a escena, sin diálogos; 4) argumento, en cuanto relato narrado de todo lo que ocurre en la película; 5) personajes y

31 El informe pericial referido fue parte de las acciones judiciales iniciadas por Antonio González-Vigil contra Arturo Pérez-Reverte y Manuel Palacios, de-

sus diferentes dimensiones: física, social, psicológica; 6) otros elementos: ámbito geográfico, ambiente, escenografía, vestuario, recreación de escenas, diálogos, música. Las coincidencias reiteradas en estos elementos, y luego en los argumentos, diálogos y expresiones particulares, fundamentan la similitud sustancial.

Las conclusiones de los peritos Forero y Zuahir Jury son demostrativas de cómo se fundamenta un dictamen pericial:

Con lo ya expresado, luego del análisis de analogías de los libros cinematográficos titulados “Corazones púrpura- Gitana” de Juan Madrid y Antonio González-Vigil y “Gitano” de Arturo Pérez-Reverte y Manuel Palacios, consideramos que en sus composiciones de conflicto, situaciones de base, particularidades de personajes, motivaciones conductivas, y aún conceptos de frase, se advierte que dichas analogías se identifican en sus características fundamentales. Resumimos el trabajo afirmando nuestra convicción de la existencia de plagio entre ambos libros, en sus aspectos estructurales fundamentales (story line, argumento, personajes) o, lo que es lo mismo, que un libro no podría existir tal cual es sin el conocimiento previo del otro por parte de sus autores, ya que la acumulación de “casualidades”, tanto en lo fundamental como en lo complementario, la consideramos poco menos que imposible. Conclusión que no es desvirtuada por la existencia de diferencias, ya que éstas se refieren, básicamente, a la incorporación de una trama secundaria y a la literalidad de los diálogos, que es el último de los elementos de un guion, pues se añaden una vez desarrollada la estructura. Por lo tanto, puede ser plagiada la estructura con toda intencionalidad de apropiación sin que lo sean los diálogos, como consideramos ha ocurrido en el supuesto estudiado. (Ramírez Gómez, 2015, p. 164)

nunciados por el plagio cometido en la película *Gitano*, dirigida por Manuel Palacios y estrenada en el año 2000. El denunciante manifestó que la película copiaba muchos elementos de su guion. En sede penal, se absolvió a Pérez-Reverte y a Manuel Palacios. También se los absolvió en la primera instancia en sede civil. Así y todo, la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid revocó esa sentencia y determinó que hubo plagio. Aunque se apeló ante el Tribunal Supremo, la sentencia condenatoria quedó firme. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, 08/04/2011, Resolución 114/2011.

Resulta conveniente transcribir uno de los ejemplos propuestos por los peritos aplicando el método indicado, que justifica la conclusión anterior (Ramírez Gómez, 2015, p. 160):

EL PROTAGONISTA	
Visión esencialista de José, protagonista de <i>Gitana</i> .	Visión esencialista de Andrés, protagonista de <i>Gitana</i> .
Dimensión física	Dimensión física
<p>-Varón, de unos 40 años.</p> <p>-Tiene “bolsa de cuero viejo, botas camperas, cazadora ¾ de cuero” (Escena 1, página 1).</p> <p>-Al parecer es guapo, por cómo reaccionan las mujeres ante él: su ex mujer, Isabel, lo reencuentra y se le insinúa.</p> <p>-Mantiene sus deseos sexuales. Una de sus primeras acciones es llevarse a una prostituta a su casa y tras el sexo, echarla de allí. Tampoco puede apartar los ojos del seno desnudo de Carmen y termina con una escena de sexo al rojo vivo con ella.</p> <p>-También es atractivo para un gay, quien al conocerlo se pone “coquetón”.</p> <p>-Es sensible a las luces fuertes.</p>	<p>-Varón, unos 30 años.</p> <p>-Es guapo, y se lo dice Lola.</p> <p>-Su ex mujer lo reencuentra y se le insinúa.</p> <p>-No por estas actitudes es asexuado, pues respecto del sexo, el primer contacto es llevarse a una prostituta a su casa y no puede apartar los ojos de los senos de una camarera y termina con una escena de sexo al rojo vivo con Lola.</p> <p>-También es atractivo para un gay, quien al conocerlo “coquetea en plan simpático con Andrés”</p> <p>-Parece sensible a la luz: Andrés, flaco, vestido de negro, gafas de sol, muy gitano, baja por las escaleras hasta la plaza.</p>
Dimensión social	Dimensión social
<p>-Aunque no se menciona, ha pertenecido a la clase media, y al salir de la cárcel necesita dinero, cosa que le ofrece su ex mánager Sader.</p> <p>-Ha estado dos años preso por un delito que no cometió.</p> <p>-Lo enviaron a la cárcel su ex mujer y el amante de ésta, un mánager francés.</p> <p>-Se lleva bien aún con el novio de la mujer que ama.</p> <p>-Regresa a la casa en que vivió con su familia. Allí vive solo.</p>	<p>-Aunque no se menciona, ha pertenecido a la clase media, y al salir de la cárcel necesita dinero, cosa que le ofrece Peque, el novio de la mujer que ama.</p> <p>-Ha estado dos años preso por un delito que no cometió.</p> <p>-Lo enviaron a la cárcel su ex mujer y el amante de ésta, un mánager italiano.</p> <p>-Se lleva bien aún con el novio de la mujer que ama.</p> <p>-Regresa a la casa en que vivió con su familia. Allí vive solo.</p>

Dimensión psicológica	Dimensión psicológica
<p>Es irónico.</p> <p>-Se muestra nostálgico.</p> <p>-Enfrenta al hombre que lo envió a la cárcel y le recrimina su acción.</p> <p>-Es celoso.</p> <p>-Tiene coraje, al punto de golpear al policía que se introdujo en su casa: le pega en el estómago y luego, cuando el policía cae, le pateo la cara.</p> <p>-Puede ser cruel y violento</p> <p>-Sobre el final amenaza con matar a su ex amante, pero la deja viva.</p> <p>-Comprende que la mujer que ama no es para él y se aleja</p>	<p>-Al principio se muestra reticente, con dudas.</p> <p>-Es de un humor irónico.</p> <p>-Enfrenta al hombre que lo envió a la cárcel y le recrimina su acción.</p> <p>-Tiene coraje, al punto de enfrentar a un policía armado y drogado.</p> <p>-Puede ser cruel para matar y salvarse.</p> <p>-Sobre el final, amenaza a su ex mujer y la deja viva.</p> <p>-Comprende que la mujer que ama no es para él y se aleja.</p>

Tabla 1. Fuente: Ramírez Gómez (2015, p. 160).

Los peritos también hicieron hincapié en la construcción de los personajes y su esquema actancial, un método de análisis del lenguaje y el discurso propio del estructuralismo que se basa en lo que hacen los personajes, sus acciones. También encontraron identidad en función de la aplicación de esta teoría de la narrativa a los personajes de las obras en comparación (Ramírez Gómez, 2015, p. 158).

Como indicamos, es más relevante poner atención a las semejanzas que a las diferencias y, en particular, al peso de esas semejanzas respecto de la impresión general del conjunto, además de la cantidad de dichas similitudes. Respecto al número de semejanzas, en el caso *Gitano* se presentó otro informe pericial, de orientación cuantitativo, que hacía hincapié en la estadística y el cálculo probabilístico, a cargo del perito Gonzalo García Pelayo. Luego de identificar 77 semejanzas, a cada una le asignó un porcentaje de probabilidad de que la coincidencia de esos elementos fuera casual. Ese porcentaje, que es subjetivo, el perito lo determinó a su criterio en relación con las películas existentes en la historia del cine (Ramírez Gómez, 2015, p. 174).³² Así, por ejemplo,

32 Ramírez Gómez critica esta subjetividad, así como la imprecisa base de cál-

la coincidencia del personaje protagonista que sale de la cárcel tras cumplir condena de dos años por un delito que no cometió y relacionado con el tráfico de drogas. Siendo generosos otorgamos un 85% de posibilidades a esta coincidencia, siempre muy por debajo de la realidad, ya que de cada 100 películas no hay 85% en las que las premisas señaladas se cumplan de esta manera.

Por tanto, a esta semejanza le asigna un alto porcentaje de coincidencia.

Por el contrario, al hecho de que ambos guiones en la misma escena transcriban la misma frase de la Biblia en boca del protagonista y en una situación sin relación con el contexto gitano le asigna el 1% de posibilidades de casualidad, ya que no todas las películas citan la Biblia y menos la misma frase, sobre un total aproximado de 100000 frases contenidas en ella.

En otro caso señala: “El protagonista empolva de cocaína la cara de la chica en secuencia erótica. Nunca se me hubiera ocurrido. Que se le ocurra a los dos protagonistas de los dos guiones puede ser evaluado en el 30%”. Ese análisis lo hace sobre las 77 semejanzas, combinándolas, de lo cual resulta una probabilidad total de 1 entre 365000 millones de que se hayan producido las 77 coincidencias por pura casualidad, o, medido según la cantidad de películas que se hacen por año, que deberían transcurrir 6 siglos para que la situación se repita (Ramírez Gómez, 2015, p. 173).³³ A pesar de los defectos en la base de cálculo, este argumento fue tenido en cuenta por la Audiencia Provincial, para reforzar las conclusiones a que arribaron Forero y Zuahir Jury.

Un recurso técnico al que puede recurrir el perito es el uso de

culo tomada de “las películas de la historia del cine”, argumentando que mal podría dar lugar a una certeza matemática.

33 “Considerando que en 100 de toda la historia del cine y siendo otra vez muy generosos es la estimación, es decir, sextuplicando la cifra, se han hecho seis millones de películas, necesitaríamos 60.000 siglos para que esta probabilidad resulte creíble. Si no tomáramos en consideración las dos coincidencias del 1% (pensemos que no han existido), la acumulación de repeticiones más probables nos daría también una probabilidad increíble de 1 de 36,5 millones, es decir necesitaríamos 6 siglos para resultar aceptable” (Ramírez Gómez, 2015, p. 177, transcripción del informe pericial de Gonzalo García Pelayo.

sistemas automatizados de detección de plagio. Son usuales en el ámbito académico para detectar el plagio de alumnos en evaluaciones o trabajos finales, pero también para que las revistas científicas puedan hacer una revisión antes de la publicación de un artículo. Su uso es limitado, ya que compara un texto concreto con los existentes en una base de datos, por lo general, todo lo que esté de libre disponibilidad en Internet. No incluye los documentos de bases de datos con acceso restringido ni documentos que no se encuentran digitalizados. Algunos ejemplos pagos son Compilatio³⁴ o Turnitin³⁵ y, entre los de acceso gratuito, podemos mencionar a Copyscape³⁶ y Duplichecker.³⁷

Estas aplicaciones pueden ser útiles para que un perito identifique y encuentre similitudes entre dos documentos, ya que detectan la literalidad entre frases y párrafos. El experto deberá luego verificar si los hallazgos que efectúan los sistemas informáticos son relevantes, si son textos de autores no considerados en la compulsa o bien textos en dominio público. Estos sistemas suelen indicar que un texto determinado guarda un porcentaje de similitud con otros o bien con el otro texto con el cual se lo está comparando. El dato numérico aislado es insuficiente para sostener un dictamen técnico que justifique una calificación positiva o negativa sobre plagio y que le sirva al juez como prueba en orden a una decisión judicial. El experto no puede transcribir los resultados sin un análisis crítico posterior.

A partir del auge de la inteligencia artificial generativa, también es posible acudir a sistemas diseñados para comparar obras de otros géneros, como musicales, pictóricas o fotográficas. En el caso de la música, es una práctica habitual el entrecruzamiento inspiracional entre autores e intérpretes. Es muy probable que un musicólogo detecte sonidos y matices que pasan desapercibidos para un oído poco entrenado. Algunas de estas prácticas están reconocidas en el medio y los titulares suelen dar autorizaciones mediante contratos para la elaboración de orquestaciones, entre otras alternativas. El problema

34 <https://www.compilatio.net/es>.

35 <https://latam.turnitin.com/>.

36 <https://www.copyscape.com/>.

37 <https://www.duplichecker.com/>.

está en los límites de la inspiración y la falta de autorización. Debido al uso generalizado de la digitalización en la producción y distribución de música, el género musical resulta un terreno fértil para que los sistemas informáticos que utilizan recursos de la inteligencia artificial presten ayuda a un musicólogo (y al juez) para identificar similitudes entre obras musicales.

La comparación entre obras musicales presenta un gran desafío. Como indica Charlotte Tschider (2014):

La música se basa en cinco dimensiones del sonido: el tono, la duración, el timbre, la dinámica y la espacialización. Estas dimensiones se reflejan como sonido y silencio, y cada una de ellas puede representarse no sólo mediante diversos símbolos musicológicos, notación y lenguaje, sino también mediante el reconocimiento del sonido. El tono suele representarse por la tonalidad y el valor de la nota, mientras que la duración se representa por el periodo total de tiempo de sonido o silencio. La duración se combina con la dinámica: un sonido breve puede ser más fuerte que otros sonidos circundantes en la música, puntuando el sonido y combinándose con un patrón de notas más graves y suaves. El timbre refleja la expresión del sonido, es decir, qué instrumento o persona lo ha producido, o su firma única. Los compositores y músicos organizan tonos y timbres variados, alternando melodía y armonía, con tonalidades mayores y menores, intervalos, inversiones y otros métodos para crear contraste e interés sonoro, generalmente descritos como “idea-ejecución-elaboración”. Las notas pueden combinarse en múltiplos, como tríadas, inversiones y acordes para ser consonantes o disonantes. Estos conceptos son sólo los componentes básicos de la música y centenares de características discretas pueden desarrollarse a partir de elementos comunes en una obra musical. (p. 61)

Se propone la utilización de los mismos algoritmos que permiten detectar infracciones en plataformas y remover los contenidos no autorizados por aplicación de la práctica de “notificación y baja” (*notice and take down*, en palabras de la Digital Milenium Copyright Act’s DMCA). En este caso, el algoritmo podría predecir con un alto grado de certeza las similitudes entre dos canciones, presuntamente una

original y otra copia de la primera. Además, permite calcular cuánto de un tema ha sido copiado en el otro (Tschider, 2014; Tu, 2020).³⁸

En música, tradicionalmente se analiza el plagio por similitudes en la melodía y en la letra, pero también puede “sonar parecido” si se toman en cuenta aspectos como el ritmo, la armonía, la orquestación y las estructuras organizativas. “Aunque existe un número casi ilimitado de permutaciones de las notas en una escala, sólo hay unas pocas que resultan agradables, y aún menos que se adapten a las exigencias infantiles del oído popular” (Tu, 2020, p. 848). La colaboración del musicólogo y el uso de recursos tecnológicos para detectar los lugares comunes resultan ineludibles para así determinar la originalidad de la obra primigenia y la eventual copia de esos elementos característicos y propios.

Grinvalsky (1992) sostiene que el análisis de plagio en la música puede verse como una pirámide dividida en cuatro secciones. En la base de la pirámide está la similitud fundamental (características simples y materiales de dominio público). El siguiente nivel es el género (rap, *country*, clásica, *heavy metal*, etc.). El tercer nivel es la similitud de ideas (ya sea en sonido o en papel), que se basa en la opinión de expertos. El nivel superior es una similitud sustancial con obras idénticas en la cúspide de la pirámide.

En resumen, la similitud sustancial debe considerar las semejanzas más que las diferencias, el aspecto cualitativo o peso de las semejanzas dentro de la complejidad de la obra y la cantidad de semejanzas como indicador de la imposibilidad de que haya sido un trabajo independiente.

38 Tschider sugiere el uso de las herramientas provenientes del Music Genome Project (MGP), el motor de Pandora, el gigante de la radio por Internet (<https://www.pandora.com/about/mgp>). Es un ejemplo del esfuerzo por categorizar, almacenar y predecir la similitud musical. Para introducir música, un analista musical capacitado califica 400 atributos específicos de género ponderados como “vectores” y los introduce en la base de datos del MGP para su revisión por pares. El enfoque de Pandora ilustra la posibilidad de que los analistas musicales utilicen una metodología común para evaluar la similitud.

11. Argumentos para desvirtuar un peritaje

En el caso *Ligier*, el demandado pretendió impugnar el informe pericial. El juez de primera instancia indicó:

(...) para que las observaciones que pudiesen formular las partes logren favorable acogida, es menester aportar al expediente probanzas de similar o mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (...), pruebas que no han sido incorporadas al proceso, al que ni siquiera se aportó la opinión de un consultor técnico adversa al contenido del dictamen oficial.

Este comentario es consistente con una jurisprudencia reiterada. En otro caso, a fin de denegar la impugnación de un informe pericial en el campo musical, los jueces dijeron:

(...) la Sala ha adherido a la doctrina según la cual aún cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba leal, cuando el informe comporta —como en el caso— la apreciación específica en el campo del saber del perito —conocimiento ajeno al hombre de derecho—, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponerse dotado.³⁹

El informe del perito debe estar fundado y motivado y no puede sostenerse en meras aseveraciones, sino que se deben suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen la convicción.⁴⁰ Si el dictamen pericial cumple con esos requerimientos, no puede fácilmente ser dejado de lado. En el caso *Guebel* también estaba en controversia la similitud entre dos guiones cinematográficos. El deman-

39 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 5 de marzo de 1997, *AADI-CAPIF Asociación Civil Recaudadora vs. H.C Producciones S.A. y otra. Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV, pp. 279-281.

40 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 5 de agosto de 1999, *Guebel Norberto c. Fernández Musiak, Diego Marcelo*.

dado impugnó el dictamen producido por un jurado de idóneos, que no había sido cuestionado en primera instancia. La Cámara sostuvo, a través del voto del Dr. Fermé, que actuó como preopinante, con fundamento en el artículo 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que, si bien la pericia no tiene el carácter de prueba legal, no puede ser dejada de lado arbitrariamente.⁴¹

En el caso los peritos, se limitaron a expresar que “es indudable que el guion filmado por Diego Musiak coincide en gran parte con el filmado anteriormente por ambos autores”, afirmando que la historia, el contenido, la mayor parte de las escenas y los personajes coinciden en numerosos detalles. Pero esta breve explicación no puso de manifiesto los elementos concretos que son coincidentes, con indicación de qué escenas o personajes se trataba, sin brindar claridad sobre la comparación de los guiones que formaban parte del expediente y sus similitudes. La aseveración injustificada significó la descalificación del dictamen por parte de la Cámara. Sin embargo, el magistrado llegó a una conclusión semejante a la de los peritos, luego de analizar por sí mismo toda la prueba obrante en la causa. En concreto, el magistrado indicó que “salvo en unos pequeños ajustes, ambos (guiones) tiene la misma línea argumental, similar desarrollo de las escenas dramáticas, de los diálogos e idénticas caracterizaciones de los personajes”.

El Dr. Fermé, en el caso que estamos comentando, debió realizar una tarea de subsanación de la pericia impugnada. Así, indicó:

(...) en ambas historias, se trata de un joven publicitario llamado Pablo, exitoso, que toma conocimiento de que es HIV positivo, que vive en un loft, juega en su computadora con simuladores aéreos, se encuentra en pareja con una joven profesora o directora de teatro de nombre Virginia. En ambos casos, el personaje principal en un hospital se entera de que se halla contagiado por el virus

41 Art. 477, CPCyCN: “La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los artículos 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca”.

mencionado. No obstante los escasos ingredientes y matices introducidos, las similitudes son múltiples y obvias.⁴²

El juez luego señaló varias identidades adicionales, pero lo transcrito es suficiente para indicar cómo debe elaborarse una pericia para que su análisis se considere debidamente fundamentado. Incluso, para reforzar este resultado, mencionó que elementos comunes no podrían ser considerados obra. Así indicó, por ejemplo, que el impacto y el temor que causa en un ser humano la noticia del contagio es sólo una idea y, como tal, es parte del patrimonio común. Sin embargo, el autor de la obra originaria va más allá, ya que el personaje transita por las calles planteándose interrogantes con la cámara a cuestas y se presenta en el cementerio visitando la tumba de su padre. Este contrapunto que presenta el magistrado entre elementos comunes y específicos lleva a la plena convicción del plagio: “Del examen del segundo guión en comparación con el primero concluyo que no se trata de una obra original. Que no obstante las significativas diferencias introducidas, no contiene un desarrollo personal y distinto”.

En otro caso donde se desestimó el informe del perito, se analizaron publicaciones que referenciaban hechos históricos relevantes acaecidos en la misma fecha de años anteriores.⁴³ El perito señaló que coincidían comentarios de los mismos hechos en ambas publicaciones y transcribió comparativamente los títulos respectivos. Sin embargo, el Dr. Bournichón, vocal preopinante, entendió que los hechos históricos en sí mismos no son apropiables y que en el análisis detallado de los artículos se advertían diferencias importantes, con información presente en algunos casos y no en otros, además de que no se encontró literalidad en la comparación de los textos. En conclusión, no basta con citar similitudes sin un análisis más profundo.

Como se indica en otro fallo,

42 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 5 de agosto de 1999, *Guebel Norberto c. Fernández Musiak, Diego Marcelo*.

43 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 12-3-2001, *Taggino, José María c. Arte Gráfico Editorial Argentino*. Disponible en: Biblioteca Jurídica Virtual: <http://www.eldial.com/> referencia AA7F2.

(...) el juez no se encuentra constreñido a la conclusión pericial, pues debe someterla a una minuciosa crítica hasta formarse un juicio propio. Ello es así pues quien sostiene jurisdicción debe considerar el dictamen valorando los aspectos jurídicos en su conexión con la vida social y englobando incluso el resto de los aspectos fácticos y técnicos.⁴⁴

Por tanto, no es suficiente con que el perito alcance la convicción sobre el objeto de su dictamen, sino que debe proveer los antecedentes y explicaciones que justifiquen esa convicción, porque debe prestar un verdadero y real asesoramiento al juez que debe valorar el acierto de las conclusiones. Si el informe pericial no da explicaciones pormenorizadas de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en los que se funda la opinión, carece de fuerza probatoria. De ahí que cuando el perito o el equipo pericial se ha limitado a efectuar una afirmación asertiva y categórica sin dar razón que la sustente, sin remitirse a elementos y circunstancias expresadas en la causa ni a otras pruebas producidas y sin cumplir con la específica misión que le corresponde, que es ilustrar el criterio del juez exponiendo los antecedentes de orden técnico que hubieran tenido en cuenta, el informe pierde sustento debido a la insuficiencia de fundamentos.⁴⁵

En sentido contrario, para impugnar un informe pericial, no basta con que la parte que se siente agraviada se limite a manifestar su desacuerdo, sino que también debe mostrar con recursos técnicos suficientes la falta de sustento del informe. Así se resolvió, por ejemplo, en un caso de plagio musical, donde la pericia estuvo a cargo de la Comisión de Asuntos Artísticos de la Sociedad Argentina de Autores y Compositores (SADAIC). El tribunal consideró al dictamen “preciso, exacto y de contenido versado”. El dictamen indicó que,

44 Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala V, 1-6-2005, *Gvirtz, Diego por infracción a la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual*. En el caso Raúl Portal y Gerardo Sofovich, titulares del programa televisivo “Perdona nuestros pecados”, denunciaron a Diego Gvirtz por copia a través de su programa “Televisión Registrada”. Fallo disponible en: <https://cerlal.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1867.pdf>.

45 Del voto del Dr. Cifuentes (CNCiv., Sala C, del 19/09/78, en ED, 81-182).

pese a las leves diferencias, había identidad en el *leitmotiv* o motivo guía, junto con una base rítmica muy parecida que contribuía a resaltar la identidad anterior.⁴⁶ El demandado no logró presentar una crítica concreta y razonada precisando los errores, las omisiones y demás deficiencias con los fundamentos de las objeciones sin caer en afirmaciones genéricas ni impugnaciones de orden general.

Las imprecisiones o incluso errores de los informes periciales suelen provenir de la falta de instrucciones o de un deficiente planteo de las cuestiones bajo examen. Es razonable que los abogados de las partes pretendan orientar las respuestas realizando preguntas que sostengan sus pretensiones, ya sea para resaltar las semejanzas y llegar a una conclusión condenatoria o bien para justificar la falta de plagio remarcando las diferencias, intentando demostrar que no hubo copia o que las expresiones utilizadas no están dentro del ámbito de lo protegible. La respuesta del demandado en el caso *Ligier*, con el que comenzamos este artículo, va en este último sentido.

Por este motivo, las cuestiones planteadas al perito deben ser claras. A modo de ejemplo, si se tratara de un caso de plagio entre dos obras audiovisuales, estas podrían ser las instrucciones para el experto:

1. Que indique si ambas obras pertenecen al mismo género expresivo y cuál sería éste.
2. Que mencione cuáles son los elementos que caracterizan al referido género expresivo.
3. Que establezca las similitudes o elementos comunes entre ambas obras. Que verifique si esas similitudes obedecen a un fondo argumental conocido y de amplia divulgación en la literatura fantástica o en la cultura popular mediante leyendas de transmisión oral. Que determine si los elementos comunes son de uso habitual y de amplia divulgación entre los creativos del género audiovisual.
4. Que determine las diferencias entre ambas obras y las particularidades de cada una.

46 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 18 de octubre de 2002, *D'arby T.T. y otro c. S. Mario. La Ley*, 2002, p. 764. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/865.pdf>.

5. Que explicita si las diferencias entre las obras importan originalidad suficiente o proceso creativo independiente por parte de la demandada.
6. Que compare cada uno de los capítulos de ambas series, así como los elementos comunes y diferentes de los capítulos que le dan unidad y originalidad a cada conjunto.
7. Que compare los capítulos que componen cada obra e indique similitudes y diferencias en capítulos con temática similar.
8. Que identifique las fuentes de inspiración que le dieron origen a cada uno de los capítulos de cada obra.
9. Que analice y explique el proceso creativo de cada serie y sus capítulos, en relación con su origen e inspiración en elementos del folklore, leyendas y todo antecedente utilizado por los creadores de uno y otro conjunto a fin de determinar si son procesos creativos independientes. Especialmente, si se verifican obras literarias objeto de transformación, que se determine autor, fecha de creación y si está en dominio público,
10. Que individualice y verifique los elementos expresivos utilizados en la producción cada capítulo de acuerdo con los antecedentes que se dispongan: guiones y argumentos, sinopsis, diseño de personajes protagonistas y secundarios, expresión gráfica, estética y diseño gráfico, participación de actores, locución, escenografía, musicalización, entre otros.

En nuestra opinión, por tanto, aunque la palabra final la tiene el juez, este no debe apartarse arbitrariamente de un dictamen debidamente fundado.

12. Conclusiones

Principalmente en los casos de plagio, pero también en otras infracciones a los derechos de autor, el juez usualmente requerirá la intervención de peritos o expertos técnicos para verificar la semejanza entre las obras (o la falta de ella) para probar si el demandado ha hecho pasar lo ajeno como propio; en definitiva, si se configura apropiación indebida de la expresión del demandante. Ya sea en sede civil o en sede penal, el perito oficial o el jurado de idóneos pueden recibir la

colaboración de peritos de parte. En todo caso, se debe convocar a expertos en la disciplina propia del género creativo al que pertenece la obra. Se deberá prestar especial atención cuando la pretendida copia corresponde a un diferente género o lenguaje expresivo que la obra primigenia, como cuando se copia una novela en un guión o película, una historieta en un videojuego, una fotografía en una obra pictórica.

El primer paso, mediante el método de la “filtración”, consiste en separar los elementos comunes de acuerdo con el género creativo: datos históricos, mera información y otros elementos no apropiables o en el dominio público. Una vez que se determina que la obra del demandante es original, se deberán indicar cuáles son los elementos característicos que también se encuentran en la obra del demandado. El perito deberá indicar si esos elementos semejantes tienen peso suficiente para dar la impresión de una similitud de las obras en su totalidad. Deberá indicar, asimismo, si la acumulación de semejanzas relevantes obedece a la casualidad o a la creación independiente o si se debe a una imitación o aprovechamiento, de modo que no se podría haber llegado al resultado semejante sin haber copiado la primera obra, ya sea total o parcialmente. Esta comparación se denomina “test de similitud sustancial”.

En particular, el perito no deberá perder de vista la distinción entre idea y expresión, ya que solo esta última tiene protección. El uso o copia de ideas no constituirá plagio. Ahora bien, distinguir las ideas de las formas expresivas en un arte determinado, como la música o el *software*, requiere un dominio de los fundamentos de la disciplina, de modo que el dictamen sea circunstanciado y preciso, no siendo válido caer en generalidades ni subjetividades. Los peritos no emiten una opinión basada en sus apreciaciones artísticas o percepciones subjetivas, sino que deben utilizar recursos técnicos y científicos, de modo que el dictamen se sustente en los principios y teorías aceptadas en la disciplina.

En el análisis de similitud sustancial son más relevantes las semejanzas que las diferencias. Diferencias nimias o cosméticas no dan lugar a una obra nueva, sino que sustancialmente es la misma de la cual se puede comprobar el aprovechamiento indebido. La acumulación de semejanzas, aunque cada una de modo individual pueda parecer accidental, es una señal de que no estamos ante una casualidad.

Bibliografía

- Aistars, S. (2023). Copyright's Lost Art of Substantial Similarity. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 26, 101-169. <https://ssrn.com/abstract=4565009>.
- Antequera Parili, R. (2007). *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Reus.
- Antequera Parili, R. (2009). *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Temis.
- Asay, C. D. (2022). An Empirical Study of Copyright's Substantial Similarity Test. *U.C. Irvine Law Review*, 13, 35-102.
- Balganesh, S. (2012). The Normativity of Copying in Copyright Law. *Duke Law Journal*, 62, 203-284. <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol62/iss2/1>.
- Balganesh, S. y Menell, P. S. (2021). The Use of Technical Experts in Software Copyright Cases: Rectifying the Ninth Circuit's 'Nutty' Rule". *Berkeley Technology Law Journal*, 35, 663-716. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3632082.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.). (2007). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tecnos.
- Bugallo Montaña, B. (2024). *Propiedad Intelectual* (2ª ed., Vol. 2). Fundación de Cultura Universitaria.
- Cabanelas, G. (2023). *Compendio del Derecho de Autor* (Vol. 2). Heliasta.
- Cabrera, A. M. (1998). *Felicitas Guerrero. La mujer más hermosa de la República*. Emecé.
- Campbell Rennie, D. (2014). This Book is a Movie: The "Faithful Adaptation" as a Benchmark for Analyzing the Substantial Similarity of Works in Different Media. *Oregon Law Review*, 93(1), 49-90. <https://scholarsbank.uoregon.edu/xmlui/bitstream/handle/1794/18593/Rennie.pdf?isAllowed=y&sequence=1>.
- Der Manuelian, M. (1988). The Role of the Expert Witness in Music Copyright Infringement Cases. *Fordham Law Review*, 57, 127-147. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol57/iss1/4>.
- Emery, M. A. (2019). El plagio: protección de los personajes y protección de la idea en el derecho de autor. *El Derecho*, Tomo 234, 184-189.
- Fernández Delpech, H. (2011). *Manual de los Derechos de Autor*. Heliasta.
- Fromer, J. C. y Lemley, M. A. (2014). The Audience in Intellectual Property Infringement. *Michigan Law Review*, 112, 1251-1304. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=mlr>.
- Grinvalsky, P. M. (1992). Idea-Expression in Musical Analysis and the Role of the Intended Audience in Music Copyright Infringement. *California Western Law Review*, 28, 395-429. <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwlr/vol28/iss2/8>.
- Iribarne, R. A. y Retondo, H. (1981). Plagio de obras intelectuales. En *Los ilícitos civiles y penales en el derecho de autor* (pp. 109-120). Centro Argentino del Instituto Interamericano de Derecho de Autor Iá.
- Joyce, C., Leaffer, M., Jaszi, P. y Ochoa, T. (2010). *Copyright Law* (8ª ed.). Lexis Nexis.

- Judge, E. F. y Gervais, D. (2009). Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality in Copyright Law. *Cardozo Arts. & Entertainment*, 27, 375-408. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1545986.
- Lec, E. y Moshirnia, A. (2022). Do Experts Matter? A Study of the Effect of Musicologist Testimony in Music Cases. *University of Illinois Law Review*, 2022, 707-803. <https://illinoislawrev.web.illinois.edu/wp-content/uploads/2022/04/Lec-Moshirnia.pdf>.
- Lemley, M. A. (2010). Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement. *Journal of the Copyright Society*, 57, 719. <https://ssrn.com/abstract=1661434>.
- Lipszyc, D. (2006). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. UNESCO/CERLALC/Zavalía.
- Lipszyc, D. (2019). *Régimen Legal de la Propiedad Intelectual. Derechos de autor y derechos conexos*. Hammurabi.
- Lukasiewicz, J. (2021). La prueba pericial y el proceso creativo. El método husserliano. *Revista de la Escuela Judicial*, (1). <https://doi.org/10.59353/rej.v1i1.11>.
- Lukasiewicz, J. (2022). La influencia y el plagio. *Aequitas Virtual*, 14(33). <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/6285>.
- Mitelman, O. (2021). *Tratado de la Propiedad Industrial* (Tomo III). ElDial.
- Osterberg, R. C. y Osterberg, E. C., (2021). *Substantial Similarity in Copyright Law* (18ª ed.). Practising Law Institute.
- Palazzi, P. (2009). Los conceptos de idea y obra en el derecho de autor (a propósito de la protección de un “plan de comercialización”). *El Derecho*, Tomo 234, 189-202.
- Parets Gómez, J. (2012). *Teoría y Práctica del Derecho de Autor*. Sista.
- Quagliariello, J. (2019). Blurring the Lines: The Impact of Williams v. Gaye on Music Composition. *Journal of Sports & Entertainment Law*, 10, 133-145. <https://journals.law.harvard.edu/jsel/wp-content/uploads/sites/78/2019/02/HLS105.pdf>.
- Ramírez Gómez, D. (2015). *El Plagio Cinematográfico, un método para su detección*. Facultad de Ciencias de la Comunicación, Universidad de Málaga. <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/13837>.
- Sánchez Herrero, A. (2013). *Confusión de Marcas*. La Ley.
- Sprigman, C. J. y Fink Hedrick, S. (2019). The Filtration Problem in Copyright’s ‘Substantial Similarity’ Infringement Test. *Lewis & Clark Law Review*, 23(3), 571-598. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3384114.
- Tobón Franco, N. y Varela Pezzano, E. (2015). Dos problemas jurídicos alrededor de las fotografías: la originalidad y el derecho a la intimidad. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (5), 13-36. <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/ripi/article/view/433>.
- Tschider, C. A. (2014). Automating Music Similarity Analysis in “Sound-Alike” Copyright Infringement Cases. *New York State Bar Association Entertainment, Arts and Sports Law Journal*, 25(2), 60-68.
- Tu, S. (2021). Use of Artificial Intelligence to Determine Copyright Liability for

Musical Works. *West Virginia Law Review*, 835-872. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3617300.

Vibes, F. (2009). El 'test de originalidad' en la obra televisiva. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, (2009 E).

Jurisprudencia citada

República Argentina

Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala V, 1 de junio de 2005, *Gvirtz, Diego por infracción a la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual*. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1867.pdf>.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, Sala M, 9 de marzo de 2011, *Seiguerman, Luciano c/Greco, Hernán y Otros s/daños y perjuicios*.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, octubre de 2006, *Giangreco, Luis c. Editorial Errepar y otros*. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1560.pdf>.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 19 de marzo de 2004, *Smith, Francisco Brydon c/Lerner, Alejandro y otros s/daños y perjuicios*. *El Derecho*, Tomo 212, p. 281.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 26 de marzo de 1987, *Reboiras de Chiappe, H. v. Altavista, Juan C. y otro*. *Jurisprudencia Argentina*, Vol. 1988-II, p. 6.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 14 de noviembre de 2014, *Cabrera, Ana María c/Buenos Aires Producciones S.A. s/Daños y Perjuicios*.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 28 de noviembre de 2006, *De Biase Martín Gonzalo c/Gelblung Samuel s/Daños y perjuicios*. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1301.pdf>.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 19 de septiembre de 1978, *Cresseri, Artidorio, suc. C. SADAIC*. *El Derecho*, Vol. 81, p. 169.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 12 de febrero de 2009, *Paz, Teodosio Luis c. Asociación Argentina de Televisión por Cable A.T.V.C.* <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/2031.pdf>.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 5 de marzo de 1997, *AA-DI-CAPIF Asociación Civil Recaudadora vs. H.C Producciones S.A. y otra*. *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV, pp. 279-281.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, causa 430.819, *Arce, Rodolfo Adrián c/Suar, Adrián y Otros s/daños y perjuicios*.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 12 de marzo de 2001, *Taggino, José María c. Arte Gráfico Editorial Argentino*. <http://www.eldial.com>.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 4 de noviembre de 2022, *G., A. J. c. Ligier SA s/Daños y Perjuicios*.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 18 de octubre de 2002, *D'arby T.T. y otro c. S. Mario*. *La Ley*, 2002, p. 764. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/865.pdf>.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 5 de agosto de 1999, *Guebel Norberto c. Fernández Musiak, Diego Marcelo*. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1626.pdf>.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 13 de julio de 2017, *Driving Consultancy S.A. y otro c/Pan American Energy LL Suc. Argentina s/ordinario. El Derecho*, Tomo 276.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5, 15 de mayo de 2017, *Katchadjian, Pablo s/Procesamiento*. <http://www.saij.gov.ar/>.
- Cámara Nacional de Apelaciones, Sala C, 21 de septiembre de 1971, *Martinoli Carlos A. c. Rigual, Carlos. La Ley*, pp. 148-339.
- Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial, ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba, 30 de diciembre de 1996, *Forgione, Delia c. Antonio de los M. Berili y otros s/ordinario*. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/2647.pdf>.
- Juzgado Civil N° 89 Primera Instancia, diciembre de 2013, *Cabrera, Ana María c/ Buenos Aires Producciones S.A. s/Daños y Perjuicios*.
- Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1, Tandil, Expte. N° 47165, 14 de noviembre de 2018, *Pastor Nancy Susana C/Di Marco Maria Cecilia S/Daños y Perj.*
- Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 3, *Levy, José y otros s/infracción Ley 11.723, (art. 71). Denunciante: Fresco y Benaim, Alfonso Daniel*.

España

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, 08/04/201, Resolución 114/2011.

Estados Unidos de Norteamérica

- Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 382 F. Supp. 3d 312, 318 (S.D.N.Y. 2019). Segunda Instancia *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 11 F.4th 26 (2d Cir. 2021), *Corte Suprema Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 143 S. Ct. 1258, 1272 (2023).
- Arnstein v. Porter*, Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946), del 11 de febrero de 1946.
- Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.*, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995)
- Nichols v. Universal Pictures Corporation et al.*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).
- Williams v. Gaye*, 895 F.3d 1106, 1117 (9th Cir. 2019).

***Copyright* en obras generadas con inteligencia artificial en Estados Unidos. Un análisis de cinco casos jurídicos actuales**

* * * * *

Federico Urtubey

Universidad Nacional de La Plata

ue.federico@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-1392-159X>

Recibido: 5 de junio de 2024

Aceptado: 17 de junio de 2024

Resumen

El presente trabajo centra su indagación en algunas controversias judiciales y administrativas sobre derechos de *copyright*, inteligencia artificial y creación artística sucedidas en Estados Unidos. Se pretende en primer término dar cuenta del contexto actual de la creación artística, particularmente en cuanto al uso de técnicas y métodos digitales vinculados a la inteligencia artificial que tensionan los conceptos de originalidad, obra y autoría. Seguidamente, se hará una remisión en cuanto al desafío que esto implica para el derecho de *copyright*. Posteriormente, se expondrán cinco casos judiciales y administrativos actuales, en los que se dará cuenta de las tensiones suscitadas en el sistema jurídico norteamericano ante los intentos de las personas de registrar derechos de *copyright* sobre obras creadas con inteligencia artificial. El aporte de este trabajo está dado por reponer una cuestión de actualidad, como es el uso de inteligencia artificial en prácticas sobre las que se espera una intervención o expresión netamente humana, y asimismo iluminar las respuestas que el sistema jurídico despliega para regular este tipo de situaciones novedosas.

Palabras clave: arte, inteligencia artificial, jurisprudencia, propiedad intelectual.

Copyright in AI-Generated artworks in the United States. An examination of five current legal cases

Abstract

This paper focuses on some leading cases on intellectual property rights, artificial intelligence, authorship and artistic creation. The aim is to explain the current context of artistic creation, particularly regarding the use of digital techniques and methods linked to artificial intelligence, which stress the concepts of originality, work and authorship, and on top of that, the intellectual property law. After that, light will be shed on five current legal cases that involved conflicts around artistic creation, the use of artificial intelligence and intellectual property rights. The contribution of this work is given by drawing on an important issue as artificial intelligence used in practices where human intervention was traditionally the main input, and also to analyse the available responses from the legal system.

Key words: art, artificial intelligence, jurisprudence, intellectual property.

Copyright em obras geradas com inteligência artificial nos Estados Unidos. Uma análise de cinco casos jurídicos actuais

Resumo

O presente artigo centra-se em algumas controvérsias jurídicas em torno dos direitos de propriedade intelectual, da inteligência artificial, da autoria e da criação artística. Em primeiro lugar, pretende-se dar conta do contexto atual da criação artística, nomeadamente no que respeita à utilização de técnicas e métodos digitais e ligados à inteligência artificial, que colocam em tensão os conceitos de originalidade, obra e autoria. Seguir-se-á uma referência ao desafio que tal implica para o direito da propriedade intelectual. Posteriormente, serão apresentadas cinco controvérsias jurídicas actuais nos Estados Unidos, envolvendo conflitos em torno da criação artística, da utilização da inteligência artificial e da reivindicação de direitos de propriedade intelectual. O contributo deste trabalho é dado pelo reposicionamento de uma questão atual, como é a utilização da inteligência artificial em práticas em que se espera uma intervenção ou expressão puramente humana, e também para iluminar as respostas que o sistema jurídico utiliza para regular este tipo de situações inéditas.

Palavras-chave: arte, inteligência artificial, jurisprudência, propriedade intelectual.

Don't look for the meaning, look for the use.

Ludwig Wittgenstein

1. Introducción

En el contexto de las últimas tres décadas, la informatización y virtualización, el auge de las redes sociales y la expansión de lo que se ha llamado la “aldea global” han modificado los términos de la experiencia humana en sociedad. Todos los campos de la actividad humana, desde la economía y el trabajo hasta la alimentación, la salud, el esparcimiento y la expresión artística, como también la participación en la política y/o en las instituciones tanto públicas como privadas, se han visto trastocados por las tecnologías de comunicación y el enlace globalizado que estas auspician. Como ha destacado el sociólogo brasileño Renato Ortiz (1997, 1998), lo que se globaliza es el mercado junto a la tecnología y se mundializa la cultura. El capitalismo transnacional extiende culturalmente la economía de mercado de los productos simbólicos y de sensibilidades, va generando un “imaginario colectivo internacional desterritorializado” (Ortiz, 1998, p. 37) edificando lo que para este autor es la “modernidad-mundo” o momento de una sociedad mundializada en sus sistemas simbólicos y de sentidos

Lo señalado en el párrafo precedente no es nuevo y se remite más bien a un diagnóstico que ocupa los últimos treinta años de la historia global y también regional, es decir, específicamente latinoamericana. García Canclini (1999) señaló tempranamente que “el capitalismo desarrolla sus tendencias expansivas necesitando a la vez homogenizar y aprovechar la multiplicidad” (p. 51). Es evidente que estos procesos globalizadores se dan sin poder esconder las desigualdades sociales y económicas del sistema/mundo, por lo cual, en términos de producción cultural, las industrias culturales emergentes son expresivas de estas tensiones. En este marco, la producción artística también se encuentra inmersa en una lógica de mercado. Podría decirse que el anhelo de las vanguardias históricas de principios del siglo XX, que perseguía borrar las barreras entre arte y vida, en la actualidad se ha cumplido: la producción artística está en línea con el consumo masivo y la estetización de todas las dimensiones de

la experiencia vital de las personas es un hecho comprobable. Esto explica cómo, a su vez, la cultura del arte ha pasado a constituirse en una de las empresas productivas más rentables del momento (Fajardo Fajardo, 2001; Gerber y Pinochet, 2013; Ortiz, 2007). A lo dicho hasta aquí corresponde agregar un punto crucial: el recurso de las personas en general y de artistas en particular a tecnologías sofisticadas de información y a dispositivos de inteligencia artificial: en la actualidad, existen innumerables *softwares* que permiten usar la creatividad computacional para la creación de obras de arte a partir de la simulación interactiva de técnicas ya existentes (como crear el efecto de una pintura o un dibujo) o bien la creación de imágenes a partir del requerimiento textual o hablado de un usuario (a partir de *prompts*¹), mediante el recurso a la información contenida y encriptada en su base de datos.

Las circunstancias en análisis no toman por sorpresa a los estudios sociales sobre la producción artística. El sociólogo francés Nicolas Bourriaud (2009) ha hablado de “culturas de uso” o “culturas de actividad” para designar a las prácticas artísticas mencionadas, que las vincula a la difuminación de las fronteras entre consumo y producción. Este autor recorre la técnica del *sampling* en la composición musical, un mensaje en un foro *online* de discusión que es retomado y comentado por alguien más, como también al uso de voces en *off*, efectos especiales y subtítulos para dar contexto a los elementos que pueblan las creaciones artísticas en la actualidad. Él desarrolla un arte de “posproducción”, que echa luz sobre una producción cultural que se da

en una zona de actividades, una actitud. Las operaciones de las que se trata no consisten en producir imágenes de imágenes, lo cual sería una postura manierista, ni en lamentarse por el hecho de todo ya se habría hecho, sino en inventar protocolos de uso para los modos de representación y las estructuras formales existentes. (Bourriaud, 2009, p. 14)

1 Un *prompt* es la descripción textual o instrucción que se proporciona al modelo de inteligencia artificial para guiarlo en la generación de una imagen específica, manipulando y transformando los valores de píxeles de una imagen en el tiempo para crear la imagen final (Jiménez Sánchez, 2023, p. 159).

En definitiva, se trata del trabajo con materiales preexistentes para la creación de objetos culturales que, en última instancia, también desafían e interrogan las fronteras entre creación y producción. Así pues, este punto justamente es el que marca la pertinencia del presente trabajo e inaugura la tensión sobre la que se monta: ¿cuáles son las respuestas del sistema jurídico para las industrias artísticas y culturales que generan ingresos millonarios, crean puestos de trabajo y son objeto de políticas públicas? ¿Qué sucede con los derechos de propiedad intelectual ante prácticas artísticas que se sirven de la inteligencia artificial para diseñar, producir y concretar sus proyectos intelectuales?

Cuesta pensar en un momento muy extendido en la historia de la cultura en los cuales los términos “arte”, “creación intelectual”, “autoría” y “derecho de propiedad” hayan tenido una acepción armónica y despojada de polémica. Sin embargo, la profundización de los cambios mencionados ha acentuado una relación tormentosa: aquella entre obra de arte, la autoría y los derechos de propiedad intelectual. Sobre todo, porque continúa en vigencia la noción histórica occidental de “obra maestra”, surgida en el Renacimiento, basada en la configuración del sistema integrado de las bellas artes —que se sustenta en las teorías del genio, la inspiración y la originalidad—, y que, a su vez, le otorga al artista cierta exclusividad (Jiménez, 1986).

Lo formulado hasta aquí marca el esquema que se repite e iguala a las diversas regulaciones jurídicas de los derechos sobre creaciones artísticas e intelectuales. El derecho de propiedad intelectual se asienta sobre la autoría humana de una obra y prevé una protección contra la “copia” y la “apropiación” que fue pensada en un contexto en el cual estas prácticas eran identificables y perceptibles. En la actualidad, dicha protección cede ante la refinación de los dispositivos de inteligencia artificial y la miríada de programas computacionales que pueden extraer los datos de una obra cualquiera (artística, literaria, musical, entre otros) para incorporarlas sin dejar rastros a una base de datos externa a ella, sin pagar canon alguno por esta utilización. A su vez, esta base de datos que se construye mediante programas y algoritmos, puede procesar y analizar los datos extraídos, identificar patrones y realizar predicciones y/o producciones con base en este material incorporado para crear una obra “nueva”.

Del panorama descrito puede apreciarse la importancia económica —para la generación y protección de industrias culturales— que implica repensar la protección jurídica de las creaciones artísticas. En el campo del derecho, los derechos reales que vinculan a una persona y su “relación real” sobre una cosa tienen el efecto de excluir a quien quiere usurpar esa posesión. Pero los recursos inmateriales y digitales como los que aquí se han mencionado tienen la característica de la ubicuidad. Que otra persona los utilice no significa que eso excluya a otra, es decir que no hay acción material que impida la utilización en simultáneo, y menos cuando las tecnologías actuales permiten que estos usos se den en forma múltiple en distintas partes del mundo. De esta situación se obtiene entonces la paradoja que recorre a la aprehensión de las artes por el mercado y los modelos de protección jurídica consolidados tanto desde el sistema anglosajón del *copyright* como desde el sistema continental de los derechos de autor.

En línea con lo expuesto, ambos tipos de legislación han garantizado la tutela de creaciones artísticas, para las cuales la autoría individual permitía identificar a un sujeto con una obra en cuestión. Como se viene diciendo, este supuesto cae de bruces en el contexto actual, donde la idea tradicional de una producción artística a la que se puede identificar con el sujeto que la “crea” sucumbe ante la generación de producciones mediante inteligencia artificial, el uso de amplísimas bases de datos y *softwares* que emulan y refinan los procedimientos —antes exclusivamente humanos— de creación intelectual. Esto permite recordar la categoría de Polanyi (2003) en torno a las “mercancías ficticias”;² si una mirada histórica permite afirmar que el impulso creativo es casi consustancial a la existencia humana, la existencia de un “mercado del arte” implica necesariamente la reificación y puesta en el comercio de una actividad que, estrictamente,

2 Polanyi (2003) llama “mercancías ficticias”, principalmente, a la tierra, el trabajo y el dinero. Señala que si bien ellos son esenciales para la economía, en verdad no constituyen mercancías como tales ya que en su origen no estaban en el mercado ni están en el mundo necesariamente para su venta. Suponer lo contrario implica suscribir a una “ficción destructora”, lo que según el autor solo pudo ser evitado en la historia humana a partir de los intentos de desmercantilización propiciados por la intervención estatal, al impedir la sustracción total por parte del mercado de las mercancías ficticias a las que antes se aludió.

lo preexiste. Desde este punto de vista, podría decirse que el arte se trata de una “mercancía ficticia”, por resultar una expresión humana, luego capturada y sustraída al mercado de bienes. En estos términos, no llama la atención la crisis en la que se encuentra el registro de derechos en los casos de obras generadas con inteligencia artificial y nuevas tecnologías, ya que, siguiendo la línea de Polanyi, una sociedad de mercado que mercantiliza objetos que por su propia naturaleza están fuera del comercio está destinada a fracasar.

Pues bien, esta situación se agudiza por el hecho de que los productos de la inteligencia artificial representan un reto para la identificación de una “autoría humana”, por desarrollarse el proceso creativo en línea con las propias bases de datos que almacena el *software* utilizado con unas pocas indicaciones por parte del usuario. A su vez, rastrear la “originalidad” de una producción también deviene una quimera al momento en que tales bases de datos pueden servirse de materiales preexistentes, de múltiples autores, incluso de elementos que podrían provenir tanto del dominio público como del privado. Esta nueva matriz de producción artística, entonces, colisiona tanto con los presupuestos de la noción de *copyright* de la legislación norteamericana (con la que se vinculan los casos que se tratarán en este artículo) como con la regulación en torno a los derechos de autor propia de los sistemas jurídicos continentales. La implosión de la inteligencia artificial y su probada habilidad para desarrollar obras artísticas y de toda índole, tan solo con una mínima instigación de un usuario cualquiera, representa una problemática que pone a la “autoría humana” en miras de ser reemplazada, al menos en los términos en que dicha autoría fue pensada, desarrollada y consagrada en la ley. En este marco, el presente artículo echará luz en torno a algunos casos concretos y de gran actualidad, en los cuales podrá apreciarse el “choque de trenes” que representa el impacto entre el sistema normativo vigente (puntualmente en Estados Unidos) y el florecimiento de obras generadas mediante inteligencia artificial que no logran obtener el respaldo y reconocimiento de la legislación. Así, para comenzar, en el apartado que sigue se proporcionará una descripción del encuadre normativo en el que se inscriben tales casos, para posteriormente pasar a su abordaje.

1.2 La protección del *copyright* en Estados Unidos

Una cuestión medular a los efectos de circunscribir la temática de este artículo reside en delimitar conceptualmente lo que implica el derecho de *copyright* propio del sistema anglosajón y su independencia conceptual respecto de los derechos de autor que se encuentran regulados en las legislaciones propias del derecho continental.

El *copyright* tiene base legal en Estados Unidos en función de estar inscripto en la Copyright Act del año 1976. Se trata de un derecho de carácter objetivo y se limita estrictamente a regular la explotación comercial de una obra. En este sentido, comprende al titular de un derecho de naturaleza económica sobre la obra en cuestión, el cual lo puede detentar su creador o terceros comitentes, empleadores o productores de contenidos protegidos (Boretto, 2010). El propietario de una obra protegida por *copyright* posee en forma exclusiva el derecho de reproducción sobre ella (el derecho a hacer copias de su trabajo protegido legalmente), a su distribución (ya sea para la venta a título oneroso o una mera distribución gratuita de copias), a crear adaptaciones (también conocidas como “derivaciones de una obra” u “obra derivada”) y también a decidir sobre su uso y presentación.

En el caso de que una persona desarrolle un acto o conducta que en forma material o jurídica interfiera con alguna de las dimensiones del derecho de *copyright*, el titular puede demandar una compensación económica. Corresponde en este punto decir que el derecho en análisis no es perpetuo ni absoluto;³ en este orden de ideas, existen obras que, por el paso del tiempo, ingresan en el “dominio público”, lo que, como el término sugiere, indica que las obras en ese régimen pueden ser libremente copiadas, distribuidas, adaptadas o utilizadas sin requerir permiso alguno. Por otra parte, existen otras limitaciones a este derecho, que se encuentran comprendidas en el concepto de *fair use*, un sistema casuístico que regula los usos que pueden ha-

3 Una obra puede ingresar en el dominio público porque el derecho de *copyright* expiró, o bien si se publicó antes de la existencia de la ley que tutela tal derecho o si el titular del derecho decidió voluntariamente colocar su obra en el régimen de dominio público.

cerse de las obras y que no interfieren con los derechos económicos del titular.⁴

En función de lo dicho hasta aquí, resulta oportuno señalar que, en el derecho continental, los derechos de protección sobre una obra de creación propia fueron receptados desde la doctrina de los derechos de autor, lo que constituyó una tradición propia que se proyecta sobre la protección de dimensiones no netamente económicas, sino vinculadas a la personalidad de la autoría. En este sentido, si bien *copyright* y derechos de autor se suelen encontrar como sinónimos (lo cual no constituye un desacierto si se piensa en el estado actual en el plano internacional de ambos regímenes), los derechos de autor en el sistema latino (presente en las legislaciones de países de raíz latina como España, Francia, Portugal y los países latinoamericanos) contienen una dimensión no sólo económica, sino también moral. En efecto, una parcela de los derechos protegidos en este marco son los derechos de explotación, que son patrimoniales y transables, al tiempo que otra dimensión propia de esta tradición jurídica se constituye por derechos morales, es decir, extra patrimoniales y vinculados a la personalidad involucrada en la autoría de la obra.

En este sentido, la doctrina especializada (Lipszyc, 1993; Vibes, 2009) en el derecho comparado ha destacado que se suelen reconocer entre los derechos morales al derecho de paternidad (que apunta al reconocimiento del autor como tal y a la necesidad de que esta autoría no se vea soslayada), el derecho de divulgación (que hace a la atribución del autor de decidir sobre los términos de la difusión

4 La ley establece puntualmente que “el uso justo de un trabajo protegido, incluyendo en dicho uso la reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado por esa sección, para propósitos como los de crítica, comentario, reportajes, escolares (incluyendo múltiples copias para el uso en clases), universitarios o investigación, no constituye infracción al derecho de autor” (Copyright Act de 1976, 17 U.S.C. § 107) y puntualmente señala que para determinar “en cada caso” si se trata de un uso justo (*fair use*), hay que atender a cuatro factores: 1) el propósito y carácter del uso, cuando se debe destacar si se trata de un uso de naturaleza comercial o para fines educativos sin fines de lucro; 2) la naturaleza de la obra protegida; 3) la cantidad e importancia de la parte usada en relación con la obra protegida como un todo; y 4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o valor de la obra protegida

de su obra), el derecho al respeto y a la integridad de la obra (a los efectos de evitar alteraciones o modificaciones sin la previa autorización), el derecho de retracto (vinculado a que el autor que se arrepienta de su autoría pueda retirarla de su acceso al público) y finalmente el derecho de salvaguarda del honor y reputación del autor (que protege al autor de cualquier atentado contra la obra que pueda afectar su reputación).⁵ Por su parte, adyacentes al derecho de autor, y en el mismo espíritu normativo, se encuentran los “derechos conexos”, que la doctrina define como los que corresponden a los artistas, intérpretes, ejecutantes, editores, productores de obras y transmisiones de señales sobre su participación en una obra autoral difundida al público, generalmente con fines de lucro (Magaña Rufino, 2013).

Sentado lo anterior, es preciso señalar que, a nivel internacional, se ha propiciado una armonización entre ambos sistemas, atento a la desterritorialización de las prácticas artísticas en general, y al flujo de bienes, personas y obras, que amerita una regulación concordante. Es así como no debe llamar la atención que incluso la ley en Estados Unidos⁶ reconoce derechos morales a favor de los autores de obras visuales.

Pues bien, en la medida en que ya se han efectuado las aclaraciones pertinentes respecto al tipo de protección jurídica que adquieren las producciones intelectuales y sus autores en el sistema norteamericano, corresponde ahora avanzar sobre los casos propuestos. Como se ha anunciado, este artículo tiene por interés abordar cinco casos de actualidad sucedidos en Estados Unidos, en los cuales el sistema protectorio de *copyright* se ve interpelado por autores que cuestionan el no reconocimiento de sus derechos de propiedad sobre obras que han creado con intervención de *softwares* de inteligencia artificial. Se propone analizar la situación dada en cada caso y, sobre todo, examinar el encuadre judicial o administrativo que se dio en cada controversia, con el objeto de realizar una aproximación a las respuestas actuales que proporciona el sistema jurídico ante problemáticas suscitadas por el cruce entre inteligencia artificial y creación

5 Cabe señalar que, en Argentina, que ha seguido la tradición continental, sólo se encuentran expresamente contemplados el derecho de paternidad, el de integridad y el de divulgación.

6 Puntualmente, la Copyright Act de 1976, § 106.

artística. A este efecto, se tomarán dos fallos de la justicia federal de Estados Unidos (uno del Distrito de Columbia y otro del Distrito de California),⁷ dos resoluciones administrativas de la U.S. Copyright Office y una demanda en trámite en el Distrito de Nueva York sobre la que aún no se ha dictado sentencia. En cuanto a las precisiones metodológicas, cabe puntualizar que los casos elegidos fueron seleccionados por su significatividad, es decir, por ser casos testigo de relevancia para la cuestión. Asimismo, el análisis a realizar será cualitativo, fundamentalmente en torno a la estructura de la argumentación que resuelve las pretensiones, de modo de conocer en profundidad las soluciones jurídicas que se dan en cada caso. Hechas estas aclaraciones, corresponde comenzar por el primero de los casos a abordar.

2. Caso 1: *Thaler v. Perlmutter*⁸

En este caso, el Sr. Stephen Thaler intentó registrar ante la sede de la U.S. Copyright Office de su jurisdicción una pieza de arte visual (fotografía) creada enteramente por medio de inteligencia artificial, en la medida en que él era el dueño del dispositivo que utilizó el *software* para la creación de esta obra. La fotografía en cuestión fue titulada *A Recent Entrance to Paradise*. Señaló en su pedido que la obra había sido autónomamente creada por un algoritmo computacional ejecutado en un dispositivo y que reclamaba la propiedad intelectual de este por ser el dueño de la máquina de la que emanó.

La U.S. Copyright Office rechazó administrativamente tal pretensión, con el argumento de que la solicitud de Thaler era in-conducente ya que, de acuerdo con la Copyright Act de 1976, el

7 Para ello, es necesario comprender someramente la estructura judicial federal de Estados Unidos, encabezada por la Suprema Corte Federal, 12 cortes de Apelación Regional (Courts of Appeals) y una Corte de Apelación del Circuito Federal (US Court of Appeals for the Federal Circuit) que tiene competencia en cuestiones especiales de derecho federal, como el derecho de marcas y patentes. Por debajo de las Cortes de Apelación, existen las Cortes de Distrito (Trial Courts), que son 94, se reparten a lo largo de todo el territorio de los Estados Unidos y tienen competencia en todas las causas federales.

8 Case 1:22-cv-01564-BAH, D.I. 24, Memorandum Opinion at 13 (D.D.C., Aug. 18, 2023)

organismo no podía registrar creaciones que no delataran “autoría humana”. Thaler realizó dos pedidos de reconsideración, que el citado organismo rechazó confirmando su criterio originario. Así pues, la decisión administrativa fue recurrida por Thaler, quien promovió una demanda ante el Juzgado Federal del Distrito de Columbia. Al plantear su demanda, el actor puntualizó que lo que reclamaba no era la autoría, sino los derechos de propiedad que le asistían por haber utilizado el *software* de una determinada forma para crear la obra. En ese orden, sostuvo que el hecho de que no se le habilitara tal posibilidad en la instancia administrativa resultaba inconstitucional.

Al contestar la demanda, el ente registrador reiteró su criterio de que la petición era “arbitraria, caprichosa, un abuso de discreción y no concordante con la ley, descolgada de evidencia sustancial y un exceso de defensa”.⁹ La responsable de la U.S. Copyright Office apuntó que la ley federal de propiedad intelectual sancionada por el Congreso de los Estados Unidos amparaba únicamente obras de creación humana y no piezas realizadas en forma autónoma sin intervención de la voluntad y dirección de una persona.

El caso en cuestión fue resuelto en fecha 23 de agosto del año 2023 por la jueza Beryl Howell, quien rechazó la petición con el fundamento de que las leyes de Estados Unidos solo prevén el registro de autoría humana. La jueza, igualmente, considera en su sentencia los argumentos del requirente y el punto que él hace en torno a que las interpretaciones sobre los derechos de propiedad intelectual han mutado con el tiempo. Es claro que, a la sazón de los cambios tecnológicos y su repercusión en los medios de producción artística y tecnológica, como se ha señalado antes, la demanda de Thaler revestía interés por asestar de frente a una normativa no preparada para regular creaciones mediante dispositivos que no existían a la fecha de su sanción. De alguna forma, esto es reconocido en la sentencia, ya que la jueza apunta que la larga historia del derecho de propiedad intelectual prueba que este ha sido “maleable” a las tecnologías que sirvieron de soporte a creaciones intelectuales.

9 “[A]rbitrary, capricious, an abuse of discretion and not in accordance with the law, unsupported by substantial evidence, and in excess of Defendants’ statutory authority”.

Lo que resulta de interés al interior de la argumentación judicial es que el fallo de la jueza Howell cita dos interesantes precedentes que dan cuenta de lo intrincado de la cuestión. En primer término, menciona el fallo *Goldstein v. California* del año 1973 (412 U.S. 546), en el cual la Suprema Corte federal estableció que el estado de California no se había extralimitado al dictar una normativa vinculada a la persecución de piratería de grabado de *cassettes*. Señaló la Corte en ese pronunciamiento que, en el diseño federal de los Estados Unidos, los estados miembros se encuentran facultados para aumentar la cantidad de derechos de propiedad intelectual protegidos, por encima de los establecidos en la ley de derechos de propiedad intelectual sancionada por el Congreso. Para eso, el fallo apreció las creaciones amparadas en la ley federal y los cambios tecnológicos operados desde que entró en vigor, y así entendió que era viable por analogía que la protección aprehenda cualquier soporte físico de “los frutos de la creatividad intelectual”.

Ahora bien, en segundo término, la jueza trae a colación un viejo fallo, también de la Corte Federal, del año 1884. En dicho caso, un fotógrafo llamado Napoleon Sarony realizó una demanda contra la sociedad Burrow-Giles Lithographic Company (una empresa de litografías y grabado de imágenes) por vender sin su autorización una fotografía que él había realizado del escritor irlandés Oscar Wilde. Burrow-Giles arguyó que Sarony no podía tener derechos sobre la obra en cuestión, en la medida en que era una obra de una cámara fotográfica (algo novedoso en ese entonces). Sin embargo, el tribunal que decidió el caso hizo lugar a la demanda, señalando que la autoría estaba dada por el hecho de que la creatividad humana en la fotografía se podía apreciar por el posicionamiento del modelo en la cámara, el ambiente con cortinados, las prendas y todos los accesorios que podían identificarse en la escena.

Este último caso había sido traído a colación por la U.S. Copyright Office en su contestación de demanda. Así, la jueza lo retomó como parte sustancial del *holding* del fallo, poniendo de relieve que el desarrollo y ponderación que la Corte hizo al evaluar la existencia de derechos de propiedad intelectual en una obra creada a partir de un soporte mecánico y novedoso como era la fotografía no perdió vigencia. En efecto, la magistrada opina que en ese entonces la Cor-

te entendió que, más allá de la novedad del dispositivo y del hecho de que la imagen fuera plasmada por la tecnología fotográfica, la intervención humana era más que evidente a partir de cómo el fotógrafo ideó la escena en cuestión, previo al retrato. Mediante la recuperación de este señalamiento, la jueza construye su posición en torno a cómo esa huella de creatividad humana es lo que determina la protección legal del autor: “La intervención humana, y el control creativo de esta en última instancia sobre la obra en cuestión, fueron clave para arribar a la conclusión de que tal obra caía entre los límites de los derechos de autor” (p. 8).¹⁰ Así pues, la magistrada señala que así como en *Sarony* fue la intervención humana y el montaje de la escena fotográfica lo que determinó que la fotografía en cuestión se encontrara amparada por las leyes de propiedad intelectual; en el caso *Thaler*, el mismo criterio debe auspiciar el rechazo de la demanda. En efecto, tomando el argumento de *Sarony*, pero *a contrario sensu*, la jueza señala que las leyes de propiedad intelectual nunca comprendieron creaciones realizadas con tecnologías que estuvieran desprovistas de todo control o dirección humana; sin control alguno sobre la composición, no hay autoría humana, y sin ella, no hay protección jurídica.¹¹

Lo señalado hasta aquí marca la pauta de que, según este fallo ampliamente difundido, las creaciones realizadas con sistemas o programas de inteligencia artificial sin una probada intervención o dirección humana quedan por fuera de la protección legal. No deja de ser relevante que la misma jueza señala en su sentencia que la cuestión no resultaba de fácil solución, toda vez que la inteligencia artificial constituye un emergente en ascenso con amplia recepción en creaciones por parte de artistas que la suman a su caja de herramientas. En este sendero, ella aproxima ciertos interrogantes en torno a cuánto porcentaje de intervención humana podría requerirse para proteger legalmente una obra que fue autogenerada por inteligencia artificial.

10 “Human involvement in, and ultimate creative control over, the work at issue was key to the conclusion that the new type of work fell within the bounds of copyright”.

11 “Human authorship is a bedrock requirement of copyright”.

Para cerrar el análisis de este fallo, resulta de interés señalar una cuestión en torno a cómo la jueza cierra su argumentación. En el tramo final de la sentencia, y recuperando el interrogante señalado en el párrafo precedente sobre el “porcentaje” de autoría humana que podría exigirse para una tutela legal de obras creadas enteramente con inteligencia artificial, expresa que el accionante en su demanda alegó que la inteligencia artificial había sido controlada por él y que había dirigido el proceso creativo. Sin embargo, la juzgadora menciona que ello no había sido puesto de manifiesto en la solicitud administrativa que motivó la negativa. En tal medida, ella apunta que el fallo debe circunscribirse a la cuestión litigiosa que se articuló en la sede administrativa y que las circunstancias agregadas por Thaler en la demanda civil resultaban tardías y no debían ser atendidas.

La cuestión, entonces, con la que culmina el fallo plantea que, en caso de que los argumentos de Thaler en torno a su alegada dirección del proceso creativo de la inteligencia artificial no hubieran sido tachados de “tardíos” y se hubieran abordado, quizás otra hubiera sido la solución a la que se habría arribado. Por otra parte, tampoco se aborda en el fallo el hecho de que Thaler fuera el dueño del soporte en el que se desarrolló la obra y que, luego de finalizada la obra, ganara un premio en un concurso de arte con ella. Es decir que queda pendiente de desarrollo jurídico la vinculación existente, y no contradicha, entre el artista y el dispositivo que genera la obra.

Estas dimensiones que sobrevuelan la cuestión principal y que no son desarrolladas en el fallo traducen la conclusión de que algunas cuestiones accesorias podrían haber ido un poco más lejos en su abordaje, quizás cambiando la forma de resolución de la *litis* principal. Teniendo en cuenta que el reclamante del derecho de propiedad intelectual llega a la instancia administrativa habiendo obtenido un premio en un concurso de arte, es claro que de alguna forma el campo intelectual había otorgado a Thaler un reconocimiento de hecho, al cual resulta extraño que el derecho, en el fallo en análisis, resulte indiferente. Desde un análisis más sociológico, pueden identificarse así las tensiones entre el campo del arte y el campo del derecho, que desde sus diversas lógicas disputan y dirimen en forma muy distinta el reconocimiento de una obra de arte como tal y el de un artista como su creador.

Por otra parte, el argumento central en cuanto a la falta de constatación de la existencia de una intervención humana fácilmente identificable deviene también algo anacrónico en términos de la historia de la creación artística de los últimos cien años. Es útil para ello retomar el concepto de *ready made*, que en el arte moderno se inauguró de la mano de la obra *Fuente* de Marcel Duchamp, realizada en el año 2017 y que produjo un cimbronazo en el campo de las artes visuales. Esa obra consistió, básicamente, en un urinario, que el artista señalado firmó bajo el nombre de Richard Mutt y envió a la Sociedad de Artistas Independientes para su exposición. Dicha obra se constituyó como una pieza fundacional para la historia del arte porque básicamente se trató de un “gesto” (Genette, 1997) del artista francés de posicionar a un objeto prefabricado en una exposición de arte, dándole así a un producto industrial el estatuto de obra artística. Este estatuto, claro está, estaba dado por la figura de artista que detentaba Duchamp en el campo intelectual en el que se emplazaba. De esta manera, la obra no sólo implicó el nacimiento del arte conceptual, sino una subversión muy potente de la figura del autor, de las instituciones artísticas y de la idea misma de obra de arte. Las nociones creadas en torno a la autoría, la originalidad y la unicidad de toda obra de arte —conceptos muy caros y tectónicos para una disciplina como la historia del arte desde su autonomía como campo disciplinar adquirida hacia el siglo XVIII— recibieron así una fuerte embestida en el gesto de proponer como obra de arte a un producto que se descontextualiza y se enmarca en un circuito artístico.

Volviendo sobre la obra de Thaler, es posible utilizar la comparación con el *ready made* porque quien se proclama como autor también hace uso de una obra hecha por inteligencia artificial, a la manera de un *ready made*. Sin embargo, la autoría se verifica por la selección de esta imagen en particular, y no otra, y la elección de Thaler de llevarla a un concurso de arte. En este proceso, se verifica entonces el posicionamiento del artista y el gesto de conferirle estatuto de obra de arte a una producción que ha sido realizada con las herramientas que brinda un *software*. Thaler no es Duchamp, pero la concepción de “obra” propia de la legislación pareciera ser la misma a la que el artista francés puso en crisis hace cien años.

3. Casos 2 y 3: *Zarya Of The Dawn* y *Théâtre D'opéra Spatial*

En este apartado se abordan dos casos administrativos que, ante la solicitud de registro de obras creadas con inteligencia artificial, suscitaron el rechazo por parte de la U.S. Copyright Office sin que la cuestión pasara luego a la instancia judicial.

En el primero de estos casos, la solicitud de registro fue realizada por una mujer llamada Kristina Kashtanova. Se trata de una autora que había realizado una novela gráfica llamada *Zarya of the dawn* en septiembre del año 2022, oportunidad en la que registró también su autoría sobre la obra. Sin embargo, en octubre del mismo año, la oficina administrativa mencionada realizó de oficio un segundo proceso de revisión de los derechos sobre la obra mencionada, tras tomar conocimiento de que el contenido visual de la novela gráfica había sido enteramente compuesto mediante inteligencia artificial, específicamente con el programa Midjourney.

En lo que aquí interesa reponer, el 28 de octubre del año 2022 la U.S. Copyright Office le envió una comunicación a Kashtanova solicitando explicaciones en torno al uso de inteligencia artificial en la novela gráfica que había registrado, por el término de treinta días y con el apercibimiento de que se perdería el registro que antes se había otorgado. En este emplazamiento, la oficina solicitó a Kashtanova que debía “explicar en detalle cómo fue creada la obra, incluyendo la apoyatura en fotografías preexistentes, herramientas de inteligencia artificial y cualquier otro material incorporado en la obra y que no son de su autoría”.¹²

En respuesta al requerimiento, el 21 de noviembre de 2022, Kashtanova presentó una extensa respuesta en la que detalló el procedimiento de armado de la obra y la apoyatura en la inteligencia artificial. En primer término, señaló que el texto de la obra de dieciocho páginas era enteramente creación propia, por lo cual no correspondía agregar más al respecto. En cuanto al contenido visual, dio cuenta en detalle del procedimiento de creación de la obra artística, aclarando que había sido con apego a la normativa legal pertinente. A tal efecto, citó el compendio de prácticas de la U.S. Copyright Office, que establece que no se registrarán obras producidas de manera mecánica

12 US Copyright Office, Correspondence ID: 1-5GB561K, p. 3.

sin intervención humana. De esta forma, puntualmente citó que, en el caso de que dispositivos de tal naturaleza sean utilizados a los efectos de la registración de derechos de autor, corresponde discriminar

si la obra es básicamente de autoría humana, bajo la cual la computadora u otro dispositivo es un instrumento de asistencia, o si los tradicionales elementos de autoría en la obra (literarios, artísticos o de expresión musical o arreglos) fueron de hecho concebidos y ejecutados no por un hombre sino por una máquina.

En línea con las pautas que la propia autora trajo a colación, señaló que el proceso implicó múltiples etapas de composición, selección, arreglos, recortes y edición para cada imagen que aparece en la obra. Destacó incluso cuestiones vinculadas con el origen mismo del proceso compositivo y, así pues, adujo que la pérdida de su mejor amiga y de su abuela en el mismo año la sumergieron en un proceso en el cual el arte fue una suerte de escapatoria. De esta manera, la autora construyó a Zarya, la protagonista de la novela gráfica, como su *alter ego*, a lo largo de una experiencia creativa que comenzó con la toma de fotografías y trabajando con ellas. En la medida en que no encontraba mayores progresos respecto a lo que quería crear, se adentró en programas de inteligencia artificial.

Es importante señalar que en la respuesta de la autora no se da una defensa genérica en la que meramente se alega la autoría de las obras creadas con inteligencia artificial. Justamente cita el fallo judicial que recayó en la causa *Thaler* para señalar que, en ese caso, la obra *A Recent Entrance to Paradise* había sido creada en forma autónoma por inteligencia artificial. Antes bien, en este caso, Kasthanova señala que cada una de las imágenes de su novela gráfica implicó un proceso de adecuación y ajuste de los soportes visuales respecto del texto escrito. Así pues, aquí reside una primera diferencia, en tanto las imágenes no fueron entonces creadas *ex-nihilo* por un programa informático, sino que tomaron como base el escrito de exclusiva creación de la autora.

Ahora bien, a lo dicho hasta aquí cabe agregar que la autora también adjuntó material fotográfico y de capturas de pantalla que daba cuenta de las mutaciones y correcciones de cada imagen creada con

inteligencia artificial antes de llegar a la versión final que acompañó la novela gráfica. Individualizó asimismo las etapas de diseño y las operaciones que en cada caso se llevaron adelante. Al respecto, señaló que el proceso había comenzado con un *prompt* en el cual se establecía la escena en cuestión o los objetos que debía haber en ella. Posteriormente, se agregaron imágenes para que el sistema de inteligencia artificial generara un proyecto o boceto de la imagen requerido. Sobre ese esquema, la autora utilizó las técnicas proporcionadas por el mismo *software* para intervenir y modificar la imagen en cuestión. De esta forma, y acompañando como soporte una serie de ejemplos que daban cuenta de la alteración de cada imagen en el proceso creativo, intentó fundamentar su plena autoría sobre la obra cuestionada.

Un último aspecto a mencionar que es señalado en la defensa de la autora es que ella indica que la yuxtaposición de las imágenes en torno al texto y la composición de cada fotografía también fueron una disposición pensada por ella misma. Esta circunstancia se conecta con el hecho de que la misma autora apunta en un momento de su descargo que, de acuerdo al ya citado fallo *Sarony*, las decisiones en torno a la creación y despliegue de una escena y los elementos que en ella aparecen por criterio del artista dan cuenta de una creación intelectual apprehendida por la ley de propiedad intelectual.

Ahora bien, a la réplica de Kasthanova le mereció una respuesta en la cual solo se le mantuvo el derecho de propiedad sobre el escrito de la obra y no sobre las imágenes. En efecto, en la decisión de fecha 21 de febrero de 2023, la U.S. Copyright Office dictaminó la no protección de las imágenes que hacen parte de la obra de la autora. Para ello, sentó su decisión con base en las siguientes cuestiones.

En primer término, la autora utilizó el programa Midjourney, que, de acuerdo con información con la que cuenta la oficina, se trata de un *software* que crea imágenes mediante la utilización de *prompts* por parte de los usuarios. Pero puntualmente, según tal organismo, el *software* “no interpreta los *prompts* como instrucciones específicas para crear un resultado específico determinado ya que no entiende la gramática y estructura de una sentencia como lo hace un ser humano”. Por el contrario, convierte las palabras y oraciones en *tokens* que se adecuan a imágenes y datos ya almacenados por el dispositivo.

En segundo término, y como se desprende de la metodología mencionada, es imposible que una persona sepa lo que Midjourney va a crear, ya que el producto en sí es enteramente labrado en forma autónoma por inteligencia artificial. Esta imposibilidad de predicción, entonces, da cuenta de que el usuario no controla el proceso creativo. Y como se viene señalando de acuerdo al esquema legal sobre el que se asientan las decisiones de la U.S. Copyright Office, donde no se prueba el control humano en última instancia, no es posible requerir derechos de *copyright*.

Esta decisión administrativa, como puede observarse, vuelve sobre un carril argumentativo ya analizado en la sentencia judicial anteriormente señalada. De esta forma, lo decidido por el organismo aludido expresa una interpretación de la doctrina del fallo *Sarony*, en donde se destacaba que la autoría humana es lo que se implica en la inventiva o en la mente de la persona humana. Desde ese punto de vista, se resuelve que, resultando imposible que Kasthanova pueda controlar o guiar la creación de la imagen por inteligencia artificial, los estímulos que ella incorpora resultan un “ruido visual” [sic] para la base de datos de Midjourney, que a lo sumo “influencia” [sic], es decir que afecta superficialmente el producto que es creado enteramente por la aplicación.

De esta decisión en particular se obtienen algunos matices diferenciales respecto del criterio sentado en el fallo *Thaler*. En ese fallo, la jueza había denegado el registro de la obra de arte al no contar el porcentaje de autoría o intervención humana sobre la obra en cuestión. Pero en este caso en particular, dicha cuestión se presentó y se articuló de manera muy nutrida: la autora expresó los pasos seguidos y los recursos que ella puso en juego en el proceso de confección de cada imagen. Sin embargo, la U.S. Copyright Office puntualizó y ahondó en torno a la mecánica del *software* utilizado y desestimó el registro de las imágenes creadas con inteligencia artificial. Esto resulta una solución algo reñida, porque ciertamente podría pensarse que aun cuando las imágenes fueron creadas mediante *prompts*, el *collage* resultante fue presentado como un todo, junto con el texto escrito por la autora. El sentido particular y específico de la obra se construye por su integralidad, pero la U.S. Copyright Office disecciona en un gesto más problemático que coherente. Dejar afuera aquellos

elementos compuestos mediante inteligencia artificial no parece una práctica o protocolo que se convalide con una creación intelectual pensada como un todo.

En este marco, corresponde abordar ahora la segunda decisión administrativa de la U.S. Copyright Office que se analiza en esta sección, la cual adquirió cierta notoriedad en los medios de comunicación. Se trata de una cuestión cuyos hechos se remontan al año 2022, cuando una persona llamada Jason Allen ganó un concurso artístico con la producción *Théâtre D'opéra Spatial*, circunstancia de mucha difusión en la medida en que se trató de la primera obra creada mediante inteligencia artificial —nuevamente, con la intervención de Midjourney— que obtenía el primer premio en la feria estatal de arte de Colorado. Al igual que en el caso *Thaler*, el autor de esta obra fue premiado en un concurso artístico, en el marco de un certamen en el cual una decena de otros creadores quedaron afuera. Sin embargo, a la hora de avanzar en el registro de los derechos de propiedad intelectual en la U.S. Copyright Office con sede en Colorado, este órgano le negó a Allen la titularidad de tales derechos. Como es de prever, al igual que en los sendos casos antes abordados, se solicitó una revisión de tal decisión administrativa, lo que fue nuevamente negado por la autoridad en cuestión.

No resulta superfluo abordar los argumentos del artista para reclamar sus derechos de propiedad intelectual y los de la autoridad de aplicación para desestimarlos. En el proceso administrativo en el cual se le requirió a Allen que puntualizara la dinámica de utilización de inteligencia artificial, el interesado señaló que, en el proceso de realización, incorporó numerosas revisiones y *prompts* textuales, al menos 624 veces, para llegar a la versión deseada de la imagen. Puntualizó que Midjourney produjo la versión inicial de la obra y que él utilizó Adobe Photoshop para remover imperfecciones y crear nuevo contenido visual, como también Gigapixel IA para agrandar la escala de la imagen e incrementar la resolución y el tamaño del archivo. En consecuencia, Allen apuntó que, al haber echado mano de estas técnicas, él tenía sin dudas el control de la producción artística. Sin embargo, esto no fue suficiente para la U.S. Copyright Office, quien denegó su petición, por lo que en un descargo posterior Allen señaló que este organismo estaba realizando una valoración de la metodolo-

gía de trabajo del autor, que se entrometía en los procedimientos que él había entendido como óptimos para su producción. Exactamente, señaló que la U.S. Copyright Office estaba colocando un juicio de valor sobre la utilidad de las herramientas utilizadas, lo que excedía su competencia.

Pues bien, en razón de estas cuestiones, la U.S. Copyright Office emitió un segundo dictamen, rechazando la pretensión de Allen, estableciendo que no podía verificarse autoría humana en el caso. Sintéticamente, el dictamen reitera lo que había dicho en el caso *Zarya of the Dawn*, estableciendo que Midjourney en forma alguna puede entender el lenguaje y las palabras de la misma forma en que lo hacen las personas humanas. Apunta que las órdenes al *software* bajo la forma de *prompts* no implican una directiva humana clara y tampoco pueden generar contenido creativo novedoso, en la medida en que el resultado final dependerá de cómo el *software* resuelva los *prompts* que el usuario enuncia de acuerdo con una base de datos preestablecida. Conforme a la U.S. Copyright Office, de la misma forma que en otros casos similares que son citados en su dictamen que niega la registración, no puede decirse que exista un control de Allen sobre su pretendida obra. Es por ello que, en un giro argumentativo interesante, este organismo administrativo concluye que los más de 600 *prompts* que insertó Allen dan cuenta de la dificultad para interactuar con el *software* Midjourney hasta llegar a una imagen “aceptable” (tal había sido la palabra utilizada por el autor en su descargo), lo que es más sintomático de la autonomía que detenta el dispositivo de inteligencia artificial que de un supuesto control humano sobre la obra en ejecución.

Por su parte, sobre la acusación de que la U.S. Copyright Office había realizado un juicio de valor sobre los procedimientos utilizados por el autor, este ente señala que ello no es así, sino que se trata de una valoración netamente técnica vinculada a indagar la existencia de “autoría humana” en la obra que se pretende registrar con derechos de protección de propiedad intelectual. Alega que los derechos de propiedad intelectual han sido consagrados en una ley especial por el Congreso Federal, y esa normativa es clara en cuanto al requisito de una autoría humana original, lo que no puede ser modificado por la competencia de una oficina administrativa cuyo

único fin es velar por el cumplimiento de la ley en los términos de su vigencia.

Ahora bien, teniendo en consideración los dos casos analizados, puede señalarse que es perceptible que las decisiones administrativas de la U.S. Copyright Office resultan algo más que la mera aplicación de la ley vigente; son también verdaderas creaciones jurídicas que intentan generar un criterio de acción frente a la tensión que genera la inteligencia artificial al interior del campo de los derechos de autor. No hay mera interpretación del derecho, sino una directiva precisa que no está presente en ninguna normativa positiva: la pauta de que los aportes del artista sobre lo creado por la inteligencia artificial pueden ser, en algunos casos, una mera “influencia” o una intervención de trazo débil o lábil sobre algo ya creado por un *software*. Esta distinción entre “aportes sustanciales” y “aportes accesorios” o de menor significancia ciertamente es un sendero interpretativo, pero desprovisto de pautas objetivas (y legales) de valoración. Es por eso que puede entenderse el argumento de Allen en cuanto al aparente “juicio de valor” sobre la profundidad de sus intervenciones en la creación de la obra *Théâtre D'opéra Spatial*. En efecto, al haber tenido que informar este artista el procedimiento que había seguido con las herramientas de la inteligencia artificial, se habilitó el ingreso a un análisis al interior de la obra, no del todo claro en cuanto a qué pautas objetivas lo estructuran.

Finalmente, para culminar este apartado, deviene de interés pensar en las serigrafías del artista norteamericano Andy Warhol, en las que el autor meramente volcaba color sobre retratos enteramente tomados de periódicos y revistas e incluso delegaba la ejecución de esta tarea. Partiendo de este proceder artístico incuestionado y tan común en la actualidad, sería problemático medir la efectividad o relevancia de esas obras por el porcentaje de tintas y pigmentos que pasaron por las manos físicas del artista.

Este ejemplo quizás pueda servir para elaborar nuevos criterios que permitan valorar con mayor profundidad el recurso a *prompts* y bases de datos en el seno de prácticas artísticas contemporánea.

4. Casos 4 y 5: *Getty Images (US) INC Vs. Stability et al y Sarah Andersen, et al Vs. Stability IA*

En este último apartado nos interesa echar luz sobre dos demandas que han sido interpuestas y que revisten interés para las cuestiones en análisis. Por la similitud de los planteos, se abordan en forma conjunta.

En primer lugar, cabe señalar el caso que tiene como parte demandante a Getty Images. Esta empresa se dedica a la generación y distribución de contenido digital, que a lo largo de treinta años en el mercado se hizo de un *stock* de fotografías tomadas bien por fotógrafos contratados al efecto o adquiridas legalmente a terceros. Cada fotografía o imagen que se puede adquirir resulta valiosa porque su alta calidad y metadata las hace aptas para diseños con inteligencia artificial y *machine learning*. Por su parte, cada archivo posee tres características esenciales: un título, una marca de agua con el nombre de la empresa y metadata incorporada en el archivo digital que contiene información sobre el derecho de propiedad. Pues bien, en el año 2023, Getty Images inició una demanda civil contra Stability IA, una empresa creada en 2020 que, mediante la administración de un *software* llamado DreamsStudio, permite a quienes son sus usuarios crear imágenes mediante la escritura de *prompts*. La acusación de Getty Images reside en que DreamsStudio habría copiado 12 millones de imágenes, cuyos derechos intelectuales le pertenecen a la primera, para incorporarlos a su propia base de datos y realizar el servicio por el cual, asimismo, cobra a sus usuarios.

En este punto interesa apuntar que Getty Images señala que Stability IA se habría hecho de las imágenes mediante un procedimiento que en programación y *data science* se denomina *web scraping*. La traducción del verbo aludido equivale en nuestra lengua a “raspar” y, de tal manera, con esa expresión se alude a la práctica de extraer contenido y almacenar información de un sitio *web*. De esta forma, Getty Images señala que Stability IA logra una apropiación de contenido que le resulta ajeno, sin pagar los derechos de uso y reproducción previstos en la Copyright Act.

En la demanda, que se encuentra disponible en línea,¹³ Getty

13 Disponible en: <https://fingfx.thomsonreuters.com/gfx/legaldocs/byvrlkmwnve/GETTY%20IMAGES%20AI%20LAWSUIT%20complaint.pdf>.

Imágenes acompañan abundantes ejemplos en los que se puede verificar la existencia de las fotografías originales y el aparente uso y modificación realizados sobre ellas por la parte demandada. Esta modificación consta de la difuminación de la marca de agua que establece el derecho de propiedad y, asimismo, cambios en la estética de la fotografía a los efectos de trazar ciertas diferencias con los originales, con la aparente intención de disimular la apropiación y uso indebido de las imágenes. Cabe señalar que este caso se encuentra pendiente de resolución judicial, pero por la dimensión económica de las partes del juicio puede aventurarse que no será posible, esta vez, resolver la controversia con afirmaciones dogmáticas o recurriendo a lineamientos jurisprudenciales que no se condicen con la realidad social, económica y cultural del presente.

Ahora bien, en línea con el reclamo de Getty Images, resulta muy productivo traer a colación el caso *Sarah Andersen, et al Vs. Stability IA*, ya que los hechos resultan algo similares. Se trata de una acción de clase articulada por Sarah Andersen, Kelly McKernan y Karla Ortiz en la que se alega que el *software* Stable Difussion (creado por Stability IA) entrena con inteligencia artificial las respuestas que les da a sus usuarios a partir de la utilización de imágenes gravadas con derechos de propiedad intelectual de titularidad de las demandantes. En tal oportunidad, ellas alegaron que los “servicios de creación creativa de imágenes” que ofrece Stable Difussion, y otras codemandadas como DreamStudio y DeviantArt, han escondido, en el caso, una utilización de las obras artísticas propiedad de las accionantes.

En el fallo en estudio, el juez William H. Orrick, del Distrito de California, rechazó parte de la demanda por fundamentos que resultan de gran interés por las consecuencias que podrían tener en temas de responsabilidad civil. Orrick resolvió que las accionantes no habían probado que sus obras fueran desvirtuadas o copias e intervenidas (como se discute en el caso de Getty Images antes referenciado) y que, por el contrario, Stability IA habría, en el peor de los casos, utilizado las imágenes en cuestión para alimentar su *software*.

La conclusión de Orrick resulta arriesgada, ya que, si bien se mete en la profundidad de la cuestión debatida, avala la técnica del *web scrapping* que hace que un *software* de inteligencia artificial pueda extraer los datos de cualquier objeto o soporte, nutriéndose de este

gratuitamente y reutilizando ese contenido para su propio provecho. Textualmente, señala que “Stability simplemente las tomó [a las imágenes]”, pero que no se aprecia que las imágenes que Stability IA creó sean similares a las que son propiedad de los accionantes. De esta forma, se concluye que la apropiación de la obra para la domesticación de un *software* ajeno no sería incompatible para el derecho vigente.

5. Conclusión

De lo elaborado en este escrito puede extraerse en primer término que las controversias analizadas dan cuenta de que la ley de *copyright* en Estados Unidos no se encuentra en condiciones de contener las producciones artísticas que en la contemporaneidad se realizan con la ayuda de la inteligencia artificial.

Desde el punto de vista histórico y legal, este panorama resulta entendible si se piensa que los cimientos del sistema de *copyright* tuvieron por objeto proteger al autor de “obras originales”, de la proliferación de copias indebidas o sin el permiso correspondiente. Pero la consolidación de dicho sistema, que se dio a la par del asentamiento del capitalismo en los Estados-nación, no parece ser un esquema apto para regular un mercado de prácticas artísticas y bienes simbólicos en los cuales la inteligencia artificial arrasa no solo con la concepción de obra como producto netamente humano, sino también contra los pocos remanentes que quedaban de nociones como individualidad y originalidad. Se trata, en términos de Foucault (2001), del agotamiento de una determinada *episteme*,¹⁴ es decir, de un conjunto de instituciones y sensibilidades que sostenían un determinado concepto de autoría y cuya sustitución por otras nuevas es aún difusa.¹⁵ Así

14 Señala el autor francés al definir este concepto que “en una cultura y en un momento dados, sólo hay siempre una episteme, que define las condiciones de posibilidad de todo saber, sea que se manifieste en la teoría o quede silenciosamente investida en la práctica” (Foucault, 2001, p. 166).

15 La cita resulta apropiada en la medida en que dicho autor ha teorizado con agudeza en torno a la imposibilidad de individualizar a un autor y a una obra determinados por fuera del entramado social, que es su condición de posibilidad (Foucault, 2010, p. 2001).

pues, en la medida en que los lineamientos de la ley analizada (que a grandes rasgos se replican en las legislaciones occidentales) no reconocen protección alguna a los autores que recurren a las tecnologías de inteligencia artificial, se puede percibir entonces la necesidad de una actualización normativa y también jurisprudencial.

En relación con ello, cabe agregar que el sistema de protección legal previsto en Estados Unidos, al sostener la impronta de la doctrina del *copyright*, resulta normativamente escueto y restrictivo a la hora de tutelar las obras realizadas por medio de inteligencia artificial. En tal sentido, los desarrollos de los sistemas jurídicos continentales en los que impera el concepto de “derechos de autor”, que vinculan a las obras con los derechos morales de sus autores, parecen más propicios a acoger aquellas producciones en las cuales, si bien la “mano” del autor resulta reemplazada por un *software*, es posible identificar una dirección creativa humana por detrás del dispositivo informático utilizado. Sin embargo, la corriente autoralista también presentaría otras dificultades futuras si se piensa en los supuestos en los que las obras son cedidas por un autor a un tercero, casos en los cuales el adquirente sólo podrá ejercer determinados derechos patrimoniales en relación con la obra (Córdoba Marentes, 2015).

En efecto, como ha podido verse, los casos desarrollados en el presente artículo expresan que la ley vigente en el sistema norteamericano responde a las producciones artísticas actuales desde una posición netamente dogmática y tradicional. El análisis de casos recientes permitió vislumbrar que el denominador común para proveer el rechazo a las producciones realizadas con uso de técnicas de inteligencia artificial consiste en señalar que ellas están desprovistas de intervención humana. Ahora bien, este juicio parece algo anacrónico en virtud de que la historia del arte de los últimos cien años ofrece una miríada de famosos ejemplos en los cuales la figura del autor es deliberadamente puesta en crisis a partir de procedimientos técnicos innovadores o bien de creaciones conceptuales que tensionan la concepción del autor como una unidad escindible y, a su turno, también a la idea romántica de la obra única e irrepetible.

En consonancia con lo dicho, en el fallo *Thaler* la jueza confirmó lo resuelto por el organismo administrativo de derechos de autor y denegó la protección de una obra de arte que incluso había ganado

un concurso con el argumento de que no se verificaba la intervención o autoría humana en el proceso creativo. Sin embargo, también llegaba firme a la instancia judicial el premio que el autor había obtenido en una feria de arte, lo que resulta un dato para nada irrelevante. En efecto, de la misma manera en que la jueza en su fallo se remite a jurisprudencia que llega hasta a los umbrales del siglo XIX, para el lector del fallo es imposible no pensar en los *ready made* con los que Duchamp sacudió la escena del arte en 1917. El gesto del artista francés de posicionar a un mingitorio en una exposición de arte le valió no su desestimación como artista o hacedor, sino justamente su consagración como un hacedor que interpelaba desde ese objeto seriado que ahora emergía como obra única.

Desde este punto de vista, transcurridos cien años desde esta intervención artística, resulta algo paradójico que el derecho de propiedad intelectual siga esperando la huella de una intervención humana. Si el artista posiciona una obra en un contexto y el campo intelectual se la reconoce como propia, resulta esperable que el derecho reconozca la protección jurídica que emana de la creación intelectual, sin entrar en una evaluación analógica de si “la mano del artista” puede verificarse en el caso concreto. El solo supuesto de pensar que artistas famosos como Jeff Koons “diseñan” obras que son ejecutadas por un plantel especializado destruye toda idea romántica en torno a la creación artística en la actualidad. Es claro que el debate de fondo o lo que se disputa es quién ejecuta la obra o quién la idea, pero por más que sea ejecutada enteramente por inteligencia artificial, resulta difícil pensar que su elección, luego de la utilización de *prompts* y posterior selección y exhibición, no redunde en un beneficio para quien hizo circular esa imagen en particular.

En cuanto a los casos *Zarya of the dawn* y *Théâtre D'opéra Spatial*, pudo observarse que la U.S. Copyright Office realizó una evaluación del porcentaje de intervención humana en una obra creada por inteligencia artificial. Como se analizó extensamente, dicho organismo desestimó la pretensión de registro bajo la tesis de que los aportes y directivas (los *prompts*) de los autores no tenían real gravitación, en consideración de un soporte cuyas creaciones resultan imposibles de predecir. Nuevamente, esta desconfianza en torno a lo que llega prearmado o diseñado por técnica de un dispositivo ajeno a la vo-

luntad humana choca sin embargo con otros procedimientos de las vanguardias que ya se han servido de estas tecnologías hace setenta años. Las obras del artista Andy Warhol son conocidas por haberse servido de imágenes que aparecían en periódicos y que el autor replicaba en forma de grabados. El hecho de que este autor realizara serigrafías en colores de una imagen de un diario o una revista no parece un supuesto muy alejado de la forma en la que, en *Zarya of the dawn*, la artista en cuestión modeló ciertas imágenes a partir de distintos requerimientos que paulatinamente las fueron modificando, y lo mismo puede decirse respecto de los hechos enhebrados en *Théâtre D'opéra Spatial*.

Nuevamente, la historia del arte ya no tan reciente provee ejemplos que inquietan al derecho de propiedad intelectual. Es decir que el contexto actual es desafiante, pero tampoco puede pensarse que los conceptos de autoría y obra única se aborden todavía en forma estanca, cuando las producciones hechas con inteligencia artificial en todo caso sólo reavivan los cuestionamientos ya introducidos por las vanguardias hace más de un siglo.

Por su parte, interesa señalar que el caso *Getty Images y Sarah Andersen et al* son importantes en tanto se vinculan también a otros reclamos aún en trámite, como la conocida demanda de *The New York Times* contra ChatGPT. Si se piensa en la conclusión del fallo *Sarah Andersen et al* en relación con ese último caso, las consecuencias para *The New York Times* serían muy disvaliosas.

Es claro que las cuestiones analizadas resultan novedosas, por lo cual, antes de abundar en juzgar el acierto o no de la jurisprudencia cabe abordar los fallos, resoluciones y demandas analizadas como sintomáticos de los planteos que comienzan a tensionar el derecho y las soluciones jurídicas de los tribunales. Ello implica una forma distinta de vinculación con la jurisprudencia y las resoluciones jurídicas: tradicionalmente, los fallos se estudian en la universidad como *leading cases*, es decir, resoluciones de controversias que auspician caminos interpretativos de la ley, que sirven de referencia para otros casos y que, a su vez, se estudian a lo largo de décadas. Ahora bien, todos los casos (fallos y resoluciones) analizados en este artículo son de los años 2022 y 2023. Se trata de episodios muy novedosos que han llamado la atención pública, pero que, por otra parte, no han dado respuesta

a las problemáticas en cuestión. Al mismo tiempo, es posible predecir que envejecerán rápido, ya que ellos traducen intentos de aplicación de la ley vigente a producciones que decididamente colisionan con los esquemas actuales de autoría y propiedad intelectual.

Como conclusión, puede decirse que el denominador común entre todos los casos analizados es que, en todos ellos, el derecho (la ley vigente) funciona como dique de contención, mas no como una respuesta satisfactoria. Si bien los casos son visiblemente diferentes, todos ellos reciben una respuesta similar por parte de los tribunales. Esta es quizás la conclusión que puede extraerse del análisis de los casos: el abordaje de una casuística que está en ascenso y que se precipita sobre una normativa que adeuda un cambio de paradigma.

Para cerrar, cabe decir que, en su libro *La Historia del Arte*, Ernst Gombrich (2013) señala que, hacia el último tercio del siglo XIX, los impresionistas dejaron el estudio para pintar al natural. Tal movimiento se dio acompañado del surgimiento de lo que fueron las “nuevas artes” en ese entonces: el cine y la fotografía. Pues bien, en los últimos años, los artistas y creadores se han volcado a interactuar con la inteligencia artificial como quien sale al bosque a ir de caza, y al volver se han encontrado con un sistema jurídico no apto para lo se ha traído en la campaña. En este marco, resta reflexionar en torno a cuánto tiempo demandará que los derechos de propiedad intelectual puedan acordarse a obras de “posproducción”, que, como señala Bourriaud (2009), se despliegan desde las “culturas de uso” con base en técnicas que *copian, pegan y samplean*, muchas veces al margen de los reconocimientos institucionales, y que asimismo promueven industrias culturales en forma exitosa, en entornos creativos, culturales y comerciales. El volumen económico comprometido y la velocidad de difusión de estas modalidades de producción artística así lo van a requerir.

Bibliografía

- Boretto, M. (2010). *Contratos de edición*. Euroediciones.
- Bourriaud, N. (2009). *Postproducción*. Adriana Hidalgo.
- Córdoba Marentes, J. F. (2015). *El derecho de autor y sus límites: Los fundamentos del derecho de autor y su incidencia en la determinación de excepciones y limitaciones a la luz de la “regla de los tres pasos”*. Temis.
- Fajardo Fajardo, C. (2001). *Estética y modernidad. Nuevos contextos y posibilidades*. Abya-Yala.
- Foucault, M. (2001). *Las palabras y las cosas*. Siglo XXI.
- Foucault, M. (2010). ¿Qué es un autor? El cuenco de plata.
- Gerber, V. y Pinochet, C. (2013). Economías creativas y economías domésticas en el trabajo artístico joven. En García Canclini, N. y Piedras, E. (Coords.), *Jóvenes creativos. Estrategias y redes culturales* (pp. 121-154). Juan Pablos Editores UAM.
- García Canclini, N. (1999). *La globalización imaginada*. Paidós.
- Genette, G. (1997). *La obra de arte, inmanencia y trascendencia*. Lumen.
- Gombrich, E. (2013). *La Historia del Arte*. Phaidon.
- Jiménez, J. (1986). *Imágenes del hombre. Fundamentos de estética*. Tecnos.
- Jiménez Sánchez, F. J. (2023). La Inteligencia Artificial Tex-to-Image en el Aula. Mayéutica 2.0. En Pérez-Aldeguer, S. (Ed.), *Teaching and learning projects in Arts and Humanities* (pp. 158-167). Adaya Press. <https://doi.org/10.58909/ad23869102>.
- Lipszyc, D. (1993). *Derechos de autor y derechos conexos*. UNESCO/CERLAC/Víctor Zavalía.
- Magaña Rufino, J. M. (2013). *Curso de Derechos de Autor en México*. Porrúa.
- Ortiz, R. (1997). *Mundialización y Cultura*. Alianza.
- Ortiz, R. (1998). *Otro Territorio*. Convenio Andrés Bello.
- Ortiz, R. (2007). Anotações sobre o universal e a diversidade. *Revista Brasileira de Educação*, 12(34), 7-16.
- Polanyi, K (2003). *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. Fondo de Cultura Económica.
- Vibes, F. (2009). *Derechos de propiedad intelectual*. Ad-Hoc.

Protección del patrimonio cultural inmaterial colombiano. Perspectivas desde su salvaguarda en el departamento del Tolima

* * * *

Kevin Javier Álvarez Castellanos

Universidad del Tolima

Semillero de Investigación en Propiedad Intelectual

adscrito al Laboratorio Socio-jurídico en Creación e Innovación (IusLab)

kjalvarezc@ut.edu.co

<https://orcid.org/0000-0001-7682-6341>

Recibido: 16 de octubre de 2023

Aceptado: 2 de mayo de 2024

Resumen

El patrimonio cultural inmaterial es de gran trascendencia para la sociedad, debido a que da sentido de posteridad y conciencia colectiva, genera identidad y pertenencia. En este sentido, la sociedad colombiana, y en particular la tolimese, dan muestra fehaciente de este fenómeno social. En su territorio confluyen una heterogeneidad de riquezas y visiones culturales producidas por la convulsionada historia patria.

En razón a lo anterior, el Estado —como representante de la sociedad— ha realizado estrategias de protección del patrimonio cultural inmaterial atendiendo a tratados internacionales y diversos actores sociales que abogan por mecanismos de protección del patrimonio cultural inmaterial, debido a los peligros que pueden socavar estos activos sociales propios de cada comunidad. Tales situaciones comprenderían, por ejemplo, el conflicto armado interno colombiano o la homogenización cultural que puede acarrear la globalización. Por tanto, es pertinente analizar las diversas acciones del Estado colombiano con el fin de cumplir los propósitos antes mencionados.

Siendo así, también se problematiza la necesidad de otorgar protección al patri-

monio cultural inmaterial y, más concretamente, a las expresiones culturales tradicionales mediante la propiedad intelectual. Bajo ese razonamiento, el presente texto propone revisar, por medio de la matriz FODA, la normatividad producida por el Estado colombiano para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial en el departamento del Tolima.

Palabras clave: FODA, patrimonio cultural inmaterial, salvaguarda, cultura, departamento del Tolima, colaboración armónica, política de cultura.

Protection of Colombian Intangible Cultural Heritage. Perspectives from its Safeguarding in the Department of Tolima

Abstract

The intangible cultural heritage is of great importance for society, because it gives a sense of posterity and collective consciousness, generates identity and belonging. In this sense, Colombian society, and in particular the society of Tolima, is a clear example of this social phenomenon. In its territory where a heterogeneity of richness and cultural visions produced by the convulsed history of the country converge.

In view of the above, the State as representative of society has developed strategies for the protection of intangible cultural heritage in accordance with international treaties and various social actors who advocate mechanisms for the protection of intangible cultural heritage, due to the dangers that can undermine these social assets of each community. Such situations would include, for example, Colombia's internal armed conflict or the cultural homogenization that globalization can bring. Therefore, it is pertinent to analyze the various actions of the Colombian State in order to fulfill the aforementioned purposes.

This being so, the need to grant protection to intangible cultural heritage and more specifically to traditional cultural expressions through intellectual property is also problematized. Under this reasoning, the present text proposes to review by means of the SWOT matrix the regulations produced by the Colombian State for the safeguarding of the intangible cultural heritage in the department of Tolima.

Key words: SWOT, intangible cultural heritage, safeguarding, culture, Department of Tolima, harmonious collaboration, culture policy.

Proteção do património cultural imaterial colombiano. Perspectivas da sua salvaguarda no departamento de Tolima

Resumo

O património cultural imaterial é de grande importância para a sociedade, porque dá um sentido de posteridade e consciência colectiva, e gera identidade e pertença.

Neste sentido, a sociedade colombiana, e em particular a de Tolima, é um exemplo claro deste fenómeno social. No seu território converge uma heterogeneidade de riquezas culturais e visões produzidas pela história convulsiva do país.

Face ao exposto, o Estado, enquanto representante da sociedade, tem vindo a implementar estratégias de proteção do património cultural imaterial, em consonância com os tratados internacionais e com os diversos actores sociais que defendem mecanismos de proteção do património cultural imaterial, devido aos perigos que podem pôr em causa estes bens sociais de cada comunidade. Entre essas situações, contam-se, por exemplo, o conflito armado interno na Colômbia ou a homogeneização cultural que a globalização pode trazer. É, pois, pertinente analisar as várias acções do Estado colombiano para cumprir os propósitos acima referidos. Assim sendo, problematiza-se também a necessidade de conceder proteção ao património cultural imaterial e, mais especificamente, às expressões culturais tradicionais através da propriedade intelectual. Sob este raciocínio, o presente texto propõe-se analisar, através da matriz SWOT, a regulamentação produzida pelo Estado colombiano para a salvaguarda do património cultural imaterial no departamento de Tolima.

Palavras-chave: SWOT, património cultural imaterial, salvaguarda, cultura, departamento de Tolima, colaboração harmoniosa, política cultural.

No seamos, sin embargo, soberbios y desagradecidos, traigamos a la memoria la sensata recomendación de nuestros mayores cuando nos aconsejaban guardar lo que no era necesario porque, más pronto o más tarde, encontraríamos ahí lo que, sin saberlo entonces, nos acabaría haciendo falta.

José Saramago, *En La Caverna*

1. Introducción

La historia de las civilizaciones implica inherentemente el desarrollo de las culturas. Cada comunidad posee una narrativa colectiva que sus miembros deben transmitir para preservar su identidad cultural. De este modo, los pueblos afianzan su propia visión del mundo a medida que avanzan, lo que les permite construir un tejido social estable, crear lazos de hermandad, generar un sentido de trascendencia, diferenciarse de otros pueblos y fomentar una convivencia pacífica. Además, la visión compartida en cada grupo humano genera sinergia entre sus miembros a través de la cooperación en torno a sus tradiciones, lo cual desarrolla y fortalece sus características identitarias.

Con el fin de evitar la autodestrucción, las comunidades y organi-

zaciones generan diversas herramientas para cohesionar a sus miembros, entre las cuales se encuentran la moral, el derecho y la cultura. Estos elementos desempeñan un papel fundamental para establecer el orden y la paz dentro del núcleo de una sociedad. Es precisamente por esta razón que los rasgos culturales son creaciones humanas que les permiten a las comunidades identificarse como tales y generar un sentido de colaboración, lo que a su vez contribuye a la construcción de una identidad sólida y a la protección de la cultura de un pueblo. Por tal razón, el origen de la cultura inmaterial se remonta a la necesidad de contrarrestar la naturaleza conflictiva del ser humano, así como de mermar los problemas que enfrentan las comunidades y que pueden trascender ciertos límites, afectando el bienestar de la sociedad y debilitando a los grupos, lo que conlleva a la desestabilizando del orden social (Medina Pabón, 2017).

De esta manera, los comportamientos sociales están moldeados por la cultura, la cual es una mezcla de tradiciones que han sido creadas por los habitantes en el transcurso de la historia. Sin embargo, el concepto de cultura puede resultar ambiguo, por lo que resulta necesario delimitarlo y determinar su influencia en las sociedades. Siendo así, para los fines de este escrito, se establece que la cultura “es el momento autocrítico de la reproducción que un grupo humano determinado, en una circunstancia histórica determinada, hace de su singularidad concreta; es el momento dialéctico del cultivo de su identidad” (Echeverría, 2010, pp. 163-164).

Esto constituye una amalgama de elementos tangibles e intangibles que incluyen conocimientos, creencias, arte, moral, leyes, costumbres y todos aquellos hábitos adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad (García Romero, 2019). Esta definición postula que la cultura no es innata, sino aprendida de los contextos socioculturales en los que los individuos se desarrollan. Asimismo, es imprescindible reconocer que los individuos sin identidad no pueden establecer una conexión significativa con su grupo social, por lo tanto, las personas —como las instituciones— deben ser conscientes de la importancia del desarrollo cultural en su vida diaria.

En ese orden de ideas, el comportamiento identitario es común a todas las agrupaciones humanas, incluyendo los diversos grupos étnicos que preservan sus rituales, las religiones que celebran cere-

monias con solemnidad y algunos lugares o edificaciones que tienen un valor espiritual. Las anteriores situaciones buscan establecer una interacción armoniosa entre los seres humanos y la naturaleza, generando un sentido de pertenencia hacia un territorio y consolidando su propia cultura. Cada pueblo construye su visión del mundo a partir de factores ambientales, vestigios de civilizaciones pasadas y la constante continuidad de sus tradiciones.

Debido a la relevancia que tienen los diversos rasgos de identidad de una comunidad determinada, es pertinente esbozar el concepto de patrimonio, toda vez que es una característica que la sociedad humana ha implementado en el lenguaje jurídico y en la cotidianidad de las personas. De esta manera, cuando se habla de “patrimonio” desde el punto de vista legal, se puede entender a partir de la teoría clásica como una universalidad en la que su contenido puede cambiar, pero no su naturaleza. En esta universalidad se integran bienes y obligaciones. Las características del patrimonio, según esa teoría, son que no es cesible, pero sí su contenido; es imprescriptible, es exclusivo de la persona y es intransferible entre vivos. Se pueden ceder los bienes, pero no la universalidad del patrimonio.

Además, se concibe el patrimonio como la facultad que ostenta una persona de “tener y disfrutar de ventajas bajo la protección del ordenamiento jurídico, así como de tener obligaciones hacia otros, ya que ambos aspectos constituyen la misma situación observada desde dos perspectivas distintas” (Medina Pabón, 2019, p. 39). En consecuencia, el patrimonio constituye una universalidad jurídica y un atributo de la personalidad que una persona natural o jurídica posee para llevar a cabo, fundamentalmente, actividades comerciales en el mundo contemporáneo.

En consecuencia, el patrimonio es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen a una persona, grupo o entidad y que posee un valor económico, cultural o natural. El patrimonio cultural es una categoría específica de patrimonio que resulta valioso para el desarrollo humano, en razón a su característica dialógica, solidaria y al respeto que genera en torno a la identidad de un pueblo. Por tanto, refleja la memoria y el legado de quienes lo poseen o lo han poseído y se puede transmitir de generación en generación.

De esta manera, cuando hablamos de “patrimonio cultural”, el

concepto clásico se amplía, dado que refleja las diferentes formas de entender y valorar los bienes que construye una colectividad y que conforman la memoria de los pueblos. Estos pueden valorarse tanto desde una perspectiva material y tangible, ya que poseen un valor histórico, artístico o arquitectónico y son susceptibles de ser conservados, restaurados y exhibidos —esta visión se asocia principalmente con los monumentos, museos, archivos, bibliotecas y edificios de importancia nacional (Charria García, 2018)— como desde una visión intangible, la cual es objeto de estudio del presente escrito.

En este contexto, el patrimonio cultural inmaterial (PCI) se presenta como el uso contemporáneo del pasado (Graham et al., 2000), ya que solo puede mantenerse vivo si sus herederos le brindan suficiente interés y continúan practicando sus expresiones culturales. Preservar estas tradiciones no solo es importante para mantener viva la historia y la identidad de cada comunidad humana, sino que también contribuye a la diversidad cultural y a la riqueza del patrimonio cultural de la humanidad en su conjunto.

La distinción entre patrimonio cultural material e inmaterial resulta relevante para formular medidas de protección y analizar el contexto que promueva e incentive cada perspectiva cultural. No obstante, es importante reconocer que la cultura, en todas sus manifestaciones, se desarrolla en una interdependencia constante entre lo material e inmaterial, entre lo pasado y el presente y entre la conservación y el cambio. En este sentido, el Estado, la sociedad, los individuos y los diferentes actores sociales deben comprender y adoptar una visión holística de la cultura para gestionar adecuadamente sus múltiples expresiones, reconociendo que cada evento cultural es único y requiere un enfoque específico.

En aras de delimitación conceptual, se establece que el patrimonio cultural es un género que se puede dividir en dos clases:

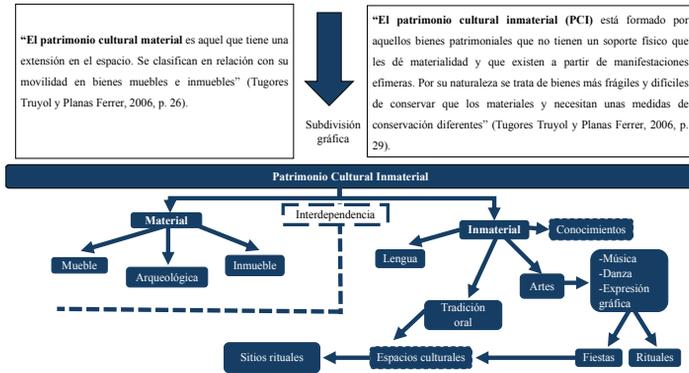


Figura 1. Relación entre patrimonio cultural material e inmaterial. Fuente: elaboración propia con base en Ministerio de Cultura de la República de Colombia (2011).

Es así que, para dar una visión general del desarrollo del concepto de PCI en el transcurrir del tiempo y parafraseando a varios autores, se presenta la siguiente tabla:

AÑO	DESARROLLO DEL CONCEPTO DE PCI
2004	Desde los inicios del siglo XXI se discute que el PCI es un recurso para el desarrollo sostenible, ya que contribuye al empoderamiento, la cohesión, la participación y la diversidad de las comunidades locales (Deacon et al., 2004).
2007	En líneas generales Bendix explica que el PCI es una categoría política que implica la negociación, la reivindicación y el reconocimiento de los derechos culturales de los grupos minoritarios o marginados (Bendix, 2007).
2009	De lo enunciado por el académico Valdemir Hafstein se infiere que el PCI es un campo de acción que implica la movilización, la articulación y la negociación de los intereses y las demandas de los actores sociales involucrados en la salvaguarda de las expresiones culturales (Hafstein, 2009).
2012	Producto del análisis de lo enunciado por Alivizitou, se entiende que el PCI es un proceso de aprendizaje que implica la transmisión, la apropiación y la innovación de los saberes y las habilidades que forman parte de la cultura viva de las comunidades (Alivizitou, 2012).
2023	Con base en el discernimiento de la autora, se puede inferir que el PCI no tiene una definición unívoca, sin embargo, se entiende que el patrimonio cultural es un proceso, es un reconocimiento por parte de un grupo de humanos, es una actuación, es una experiencia sensorial, es un conocimiento incorporado en las personas y la sociedad. Por esa razón, el PCI son las prácticas culturales de la sociedad y todos los artefactos utilizados en ellas porque todo objeto material tiene una producción intangible que lo dota de significado (Muñoz-Viña, 2023).

Tabla 1. La noción del PCI. Fuente: elaboración propia con base en varios autores.

Como se evidencia en el cuadro anterior, es posible determinar que existen puntos en común entre todas las definiciones, especialmente en lo que concierne al valor atribuido por las comunidades a la cultura inmaterial y su desarrollo dinámico en el transcurso de la historia. Por ello, se tiene la necesidad de desarrollar una protección más amplia a nivel internacional para tales manifestaciones. Muchos países, incluido Colombia, han complementado la norma internacional a través de su legislación interna. Así pues, el concepto del PCI ha evolucionado y ampliado no solo su definición, sino también su enfoque a lo largo del tiempo. En el presente artículo, se destaca que, inicialmente, los aspectos inmateriales de la cultura no siempre eran reconocidos o valorados al mismo nivel que las manifestaciones tangibles.

Sin embargo, esa perspectiva ha cambiado y la conceptualización del PCI es ahora más clara desde la perspectiva legal y doctrinaria. No obstante, persiste un debate suscitado por diversos Estados y por la propia Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) acerca de la conveniencia de otorgar derechos de propiedad intelectual (PI) a estas manifestaciones o conocimientos tradicionales. Esta discusión se inserta en un contexto más amplio, en el que se examina la función y el límite de los derechos de la PI, especialmente en lo que respecta a las expresiones culturales del folclore que son intrínsecas a la identidad de una comunidad (Vercelli, 2009). La tensión entre la protección legal y el acceso público plantea desafíos significativos en la salvaguarda del PCI. Por esa razón, aquí se pretende abordar y dilucidar dichas problemáticas.

2. Marco contextual

En Colombia hay una normativa para la protección del PCI. Por consiguiente, resulta pertinente analizar las leyes existentes de salvaguarda en la contemporaneidad, en razón a factores externos e internos que pueden afectar la cultura inmaterial de una región. Esta afectación puede darse ya sea de manera negativa, por ejemplo, por efecto del conflicto armado y ambiental, la corrupción o la homogeneización incentivada por la globalización, o de manera positiva, por ejemplo, producto de la normatividad de protección de las manifestaciones culturales o del esfuerzo que realizan algunas organizaciones

gubernamentales y no gubernamentales para fomentar la cultura inmaterial. En consecuencia, es crucial que tanto las autoridades como las comunidades emprendan acciones afirmativas para fomentar y salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial.

Vale decir que, en la sociedad colombiana, y en particular en la jurisdicción del Tolima, convergen diversas riquezas y visiones culturales producto de una historia patria convulsa. Cada municipio del departamento del Tolima ha ido desarrollando manifestaciones culturales específicas que se han cristalizado a lo largo de distintas etapas históricas. Los habitantes de esta región mantienen vivas tradiciones, música, gastronomía, procesos artesanales y un folclore característico que enaltece su sentido de pertenencia.

Por lo tanto, la pregunta que se plantea para el presente texto es: ¿cuáles son las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas en la normatividad del Estado colombiano para la salvaguarda del PCI en el departamento del Tolima? Se observa que en el Tolima la ejecución de las políticas de protección para el PCI se ha venido implementando de una manera lenta y tardía, aunque con unos avances significativos. No obstante, debido a un vacío legal en la esfera internacional y en Colombia, no se le otorgan derechos de PI a las expresiones culturales de estas comunidades que han sido reconocidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como sujetos colectivos quienes pueden ser titulares de derechos.

En este contexto, el objetivo a desarrollar en el presente artículo es el análisis de la salvaguarda integral del PCI en el departamento del Tolima. Para ello, se abordarán los siguientes aspectos: (I) reconocer la importancia del PCI en el departamento del Tolima; (II) recopilar los mecanismos normativos existentes; (III) analizar la interacción entre la PI y el PCI; y (IV) realizar un análisis FODA para evaluar los diversos mecanismos de protección del PCI, identificando factores internos y externos que podrían afectar la continuidad de la existencia de los conocimientos tradicionales. A partir de lo anterior, se plantearán propuestas de mejora en este ámbito.

El desarrollo planteado es crucial para animar a la preservación de la identidad y diversidad cultural del Tolima como parte de la nación colombiana y reconocer el papel que juega el sistema jurídico en esa conservación, en consecuencia, se espera que este análisis contribuya

a generar conciencia sobre la importancia de proteger de la mejor manera posible el PCI como un elemento fundamental del patrimonio cultural y la identidad como pueblo colombo-tolimense.

Para llevar a cabo este análisis integral del PCI en el Tolima, se ha decidido implementar una metodología interrelacionada entre un método cualitativo y la hermenéutica de primer orden, que se describen de la siguiente manera:

- **El método cualitativo.** Es la herramienta más idónea para obtener información mediante la observación que debe realizar el investigador sobre el sujeto y el problema de investigación que lo afecta. El objetivo es obtener una comprensión profunda y detallada de las actitudes y experiencias de los actores interesados en torno a la protección del PCI, lo que posibilita una exploración rigurosa del fenómeno de interés.

Además, permite el uso de diversas técnicas de recolección de datos, lo que aumenta la validez, confiabilidad y flexibilidad de la investigación. La modalidad cualitativa que mejor se adapta a la investigación en curso es la investigación o método cualitativo documental con la recolección de datos y bibliografía para comprender e interpretar el PCI en el departamento del Tolima y sus ámbitos de protección.

- **Hermenéutica de primer orden o interpretación de la norma.** El desarrollo normativo del PCI es uno de los principales recursos para el presente artículo, por tal razón, se debe recopilar la mayoría de las normas que regulan el PCI. De esta manera, podremos comprender con mayor precisión la protección y promoción del PCI en el marco legal colombiano. En consecuencia, se usarán en conjunto los siguientes métodos de interpretación jurídica:

A) **Método histórico.** Acude al espíritu del legislador; “tiene dos dimensiones: la histórica estricta y el criterio de voluntad del autor de la norma” (Dueñas, 2011, p. 114) Además, la Corte Constitucional de Colombia señala lo siguiente:

Como es sabido, cuando el sentido literal de la norma no permita establecer claramente su campo de aplicación, debe el intérprete

acudir a referencias extrajurídicas de interpretación. Una de ellas es la referencia histórica, a través de la cual se persiguen no solo los antecedentes jurídicos de la disposición cuestionada, sino también aquellas circunstancias de orden fáctico y político que le dieron origen; es posible que dichos antecedentes arrojen luces suficientes acerca del verdadero y preciso sentido que encierra una norma que se quiere interpretar. (sentencia C-544, 1996. P.4)

B) Método teleológico. Para ese caso, se puede remitir a la Ley 57 de 1887 o Código Civil Colombiano, que en su artículo 27 dice lo siguiente: “Cuando el sentido de la Ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu” y después señala: “Pero si bien se puede, para interpretar una expresión oscura de Ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado, en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

Siendo así, este método “busca la finalidad de la norma. También se conoce como intencional. Tanto la finalidad como el espíritu del enunciado se desprende del examen de sus antecedentes, del sistema o de la realidad social” (Dueñas Ruiz, 2011, p.114).

C) Método sistemático. Es una interpretación dentro de un sistema jurídico. Al respecto, Dueñas Ruiz (2011) señala que

la interpretación sistemática es la que se le da a una norma en conjunto con las demás que conforman el ordenamiento jurídico en el cual aquella está inserta. Es decir, es aquella que considera la norma como parte de un todo, cuyo alcance debe fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece. (p. 115)

Además, el Código Civil Colombiano, en su artículo 30, enuncia que “el contexto de la Ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de las partes, de manera que hay entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”.

Con base en esos métodos de interpretación, se analiza la normatividad jurídica de una manera integral y no solo desde su tener literal de los artículos, se amplía su visión hacia lo que la norma debe ser para desplegar aspectos como la implementación de la normatividad en el departamento del Tolima.

A partir de los datos recolectados con los métodos anteriores, se utiliza la matriz FODA como herramienta de análisis estratégico. Esta “es un instrumento cualitativo de organización y análisis de la información, eficaz para evaluar situaciones generales y que incluso puede aplicarse a comunidades” (Molina Roa, 2017, p. 208), el cual es el resultado fundamental del artículo y una herramienta ideal para valorar el entorno en el que se desarrolla el PCI, ya que permite identificar las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas del sistema normativo del PCI que gira en torno a la cultura inmaterial del Tolima.

Asimismo, en el caso de la implementación de la matriz FODA, se tiene una variable técnica y otra social, lo que lleva a indagar todo el conjunto de normas que regulan el PCI, lo cual puede implicar la ausencia de protección por parte de la PI a los conocimientos tradicionales. En ese orden de ideas, para que sea realizable el análisis, debe tener una limitación territorial, por esa razón, el grupo humano que se va a indagar es del departamento del Tolima, más concretamente, las diversas comunidades étnicas existentes.

Es pertinente enunciar que la presente investigación tiene ciertas limitantes de tiempo y recursos documentales. Por el motivo antes mencionado, no es un estudio exhaustivo sobre el PCI, sino la visión general del sistema normativo de protección del PCI y una problematización del avance en su protección mediante la PI, aunado a la recolección bibliográfica de experiencias en torno a la cultura inmaterial del departamento del Tolima, uno de los más diversos y hermosos del país. De esta manera, a los lectores e investigadores sobre la materia se les motiva a seguir con el camino de entender, valorar y amar la tierra donde se criaron y aprendieron a ser humanos y, si es de su preferencia, a seguir indagando sobre el PCI y las formas para su defensa en sus respectivas regiones o estados.

3. Breve reseña histórico-jurídica del PCI

Las culturas como sello de identidad de las comunidades puede ser una fuente de conflictos, en razón a que cada pueblo desea establecer su hegemonía sobre otro con el fin de imponer su verdad en todas las aristas de la vida humana. Esto se evidencia con la conquista

de América por parte de los españoles, que creían que los nativos americanos de la época “carecían de cultura y leyes escritas, eran antropófagos y cobardes, y se desangraban continuamente en luchas intestadas” (Cortés, 1992, p. 30), lo cual fue el sustento de la coerción y desnaturalización de su vida social.

Desafortunadamente, la lucha por la dominación cultural, motivada por intereses económicos, de poder y control sobre las poblaciones, ha acarreado el debilitamiento de muchas culturas en todo el mundo e incluso ha llevado al exterminio total de algunas de ellas. Esto es preocupante para la diversidad de las sociedades humanas, donde cada cosmovisión enriquece la pluralidad de los pueblos, aún más cuando se trata de culturas con tradiciones orales. Cuando se extingue un patrimonio inmaterial prevaeciente en una comunidad, también desaparece la huella que esa población dejó en el planeta tierra, cayendo en el olvido. Por consiguiente, es transcendental reconocer y proteger la diversidad cultural como una riqueza invaluable de la humanidad.

De este modo, para comprender la situación actual de una determinada normativa o acciones afirmativas destinadas a la protección del PCI, es necesario examinar su trayectoria histórica en el Estado de derecho. Los seres humanos, organizados en sociedades contemporáneas, han establecido una constitución política que garantiza unos derechos sociales, económicos y culturales, otorgando un alto grado de importancia al patrimonio cultural y protegiendo a las poblaciones que han visto vulnerados sus derechos, como los pueblos aborígenes. Además, se le otorga valor histórico al territorio en el que se asienta la población, lo que construye una narrativa de país y fundamenta la visión del interés general.

La cultura ha tenido relevancia en cada etapa de la historia. Sin embargo, debido a la dominación que ejercían las “culturas hegemónicas”, no se había desarrollado una protección pluralista de todas las visiones del mundo. Recién en el siglo XIX empezó a tomarse como referencia los objetos materiales de las civilizaciones prehispánicas, de modo tal que “el legado arqueológico de las culturas indígenas fue reconocido únicamente para la creación de los estados-nación” (Andrade Orellana et al., 2020, p. 26) que se estaban construyendo por toda América gracias al proceso de independencia del imperio español.

Precisamente, el desarrollo de la normativización del patrimonio cultural en Colombia se inició de manera endeble desde los inicios de la República derivada de la independencia entre 1819 y 1886 con la creación y regulación de bibliotecas, museos y diferentes tesoros que se guardaban de las comunidades prehispánicas para la consolidación de la identidad nacional. En el transcurso del siglo XIX, se promulgaron diversas normas jurídicas que abarcaban diferentes aspectos relacionados con la cultura. Estas normas incluían la designación de símbolos patrios, el estímulo a la creación de museos, archivos y bibliotecas, así como la regulación de los tesoros culturales de las comunidades indígenas. A principios del siglo XX, se le dio prioridad al desarrollo de normas culturales que se centraban en la restauración y declaración de bienes arqueológicos y muebles de gran importancia histórica. Asimismo, a finales de la década de 1950, se estableció el Instituto Colombiano Arqueológico de la Nación y una entidad denominada Colcultura, adscrita al Ministerio de Educación Nacional, para tratar asuntos relacionados con el patrimonio cultural (Charria García, 2018).

En el panorama internacional, la protección del patrimonio cultural se gestó principalmente en el siglo XX, después de la Segunda Guerra Mundial, que afectó directamente a la cultura más importante de su época. En este sentido, los Estados se interesaron por la protección de la cultura material debido a la intensiva destrucción de los bienes patrimoniales en Europa. Así, se estableció la Convención para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, adoptada en la ciudad de La Haya en 1954, con sus respectivos protocolos, siendo el primer instrumento internacional para la protección del patrimonio cultural.

A partir de ese momento, se empezaron a crear diferentes instrumentos internacionales que fomentaron el desarrollo conceptual y la creación del PCI. Para ejemplificar su desarrollo internacional, se puede mencionar la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Mundial de 1972 y la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales de 1982, realizada en México, que estableció la importancia del PCI, entre otras disposiciones normativas. Ahora bien, el adalid internacional para la protección del PCI es la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (CSPCI) del año 2003,

aprobada en la 32ª Conferencia General de la UNESCO, que se desarrolló en París entre el 19 de septiembre y el 17 de octubre de 2003.

En Colombia, antes de la promulgación de la CSPCI, se expedieron un conjunto de normas que desarrollan la protección del patrimonio cultural desde el ámbito constitucional y legal. En cuanto a la Constitución de 1991, se establece en el artículo 70 la obligación del Estado de promover y fomentar el acceso a la cultura para todos los colombianos, lo que da lugar a la importancia de la cultura para establecer un sentido de pertenencia de los nacionales colombianos hacia su país. Además, la Constitución establece que los bienes culturales son inalienables, imprescriptibles e inembargables. En este sentido, se cuenta con una protección reforzada de estos bienes jurídicos culturales mediante la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano) y la Ley 1801 de 2016 (Código de Seguridad y Convivencia Ciudadana), las cuales establecen medidas correctivas y pecuniarias para las personas que violan el patrimonio cultural en general.

La Ley 397 de 1997, también conocida como Ley General de Cultura, dio lugar a la creación del Ministerio de Cultura, cuya tarea es articular un proceso integral de desarrollo en torno al carácter multicultural del país. Este aspecto es fundamental para fomentar el sentido de identidad que deben tener los habitantes de Colombia debido a la confluencia de diversas cosmovisiones. Gracias a que el sector cultural está incluido en los planes de desarrollo nacionales, se han llevado a cabo proyectos culturales a nivel nacional en beneficio de la sociedad y la preservación de la cultura material e inmaterial.

Mediante la Ley 1185 de 2008, modificatoria de la Ley 397 de 1997, se establece una guía del patrimonio cultural inmaterial que la Administración pública utiliza como base para desarrollar su reglamentación a través de actos administrativos. Esta Ley es fundamental para el desarrollo del PCI en Colombia y “califica al patrimonio cultural inmaterial como valores, manifestaciones y representaciones identitarias de la nacionalidad colombiana” (Torre et al., 2009, p. 58). Además, la Ley General de Cultura establece la política estatal de protección, conservación, rehabilitación y difusión del patrimonio vivo como parte del desarrollo de la identidad nacional y funda las diferentes instituciones que, hasta la actualidad, procuran la salvaguarda del PCI.

Es importante destacar que la legislación colombiana en pro del acceso de todas las colombianas y colombianos ha delegado la tarea de proteger el PCI a las entidades territoriales, como los municipios y departamentos, confiriéndoles una especie de custodia administrativa. Asimismo, dejan a un lado la promulgación de leyes o políticas públicas que definan la PI que pueden tener las diversas comunidades frente a sus conocimientos tradicionales y su conocimiento tradicional asociados, lo cual es perjudicial para mantener el interés de las propias comunidades en robustecer sus tradiciones, como se indica más adelante.

4. Ser tolimense, la identidad colectiva de un departamento

Es claro que el PCI es la base de la identidad de toda población. Por esa razón, con el desarrollo de la civilización y los postulados de respeto que se les atribuyen a todas las comunidades, nacen los derechos de la cultura, que son y seguirán siendo de gran trascendencia para la humanidad. Esto, para contrarrestar las fatales consecuencias que han generado los sentimientos de superioridad de un modo de vida sobre otro, basados en el fundamentalismo cultural (Sacavino, 2020). Dicha concepción se apoya en la idea de pureza de una cultura determinada, lo cual solo demuestra una falta de comprensión de la realidad del desarrollo normal de la sociedad.

Uno de los rasgos que definen al ser humano, como ser gregario, es la necesidad de crear ficciones que están fuera del mundo de los sentidos. Estas irrealidades se constituyen en religiones, símbolos, sentimientos patrios y todo lo que fomente la unión de un grupo de individuos. Por lo tanto, cuando una población se establece en un territorio, se produce un desarrollo basado en factores ambientales, generando una comprensión del mundo y fortaleciendo una visión compartida desarrollada a través del tiempo producto de la necesidad humana de arraigo y trascendencia. Existen diversas formas de construir la cultura, que pueden generarse dentro de un grupo de personas que comparten intereses y rasgos identitarios, ya sea que estén o no en el mismo territorio.

Es así como la identidad cultural es el resultado de las diversas visiones del mundo, en los que se heredan conceptos ideológicos,

mitos, leyendas y música de múltiples culturas de todas las regiones. De esta manera, no se puede afirmar categóricamente que exista una cosmovisión única, ya que en todas las regiones del mundo se han encontrado diversos pueblos con una heterogeneidad de rasgos culturales que enriquecen y dan dinamismo a la percepción de pertenencia a una cultura y territorio determinados. Según la profesora Lourdes Arizpe (2006), tomando como referencia el trabajo de Robertson, estipula lo siguiente:

Los individuos de las sociedades tienen, en primer término, identidades basadas en el lugar, las cuales pueden coincidir o ser reemplazadas por las idiomáticas, culturales o religiosas; en segundo, identidades basadas en el Estado-Nación, y en tercero, identidades culturales regionales, subcontinentales o extensas. (p. 19)

En la actualidad, las identidades culturales no son excluyentes entre sí, y más aún en el mundo globalizado de hoy, donde se generan “identidades múltiples”. Un ejemplo de lo anterior es cuando una persona perteneciente al resguardo indígena de Palma Alta, en el municipio de Natagaima, se considera también como natagaimuno y tolimense, y puede practicar y promover las diferentes manifestaciones culturales de cada comunidad. Lo anterior es posible a través del sentimiento de regionalismo que se deriva del conocimiento de la propia historia y las enseñanzas de la cultura transmitida en la familia, la comunidad y los centros educativos.

Colombia es un país donde las regiones tienen una gran importancia a nivel social y cultural, debido a las formas de vida de cada grupo humano. Un colombiano que vive en Vaupés tiene disímiles formas de expresar su cultura que lo diferencian de un habitante que vive en la Guajira. En este sentido, para el caso de estudio, “las manifestaciones culturales patrimoniales no solo deben tener un fuerte arraigo en la localidad donde se realizan, sino que también deben concebirse como fenómenos culturales y sociales profundos, que involucren la cotidianidad de la comunidad” (Rojas, 2017, p. 219). Por esta razón, la identidad y cultura tolimenses son producto de la construcción de una narrativa común que empieza a cimentarse hace 13000 años, cuando un grupo de cazadores-recolectores y

pueblos de agricultores, ceramistas y orfebres dejaron huellas de su modo de vida y cultura a través de hallazgos arqueológicos (Salgado López et al., 2011, p. 7).

A partir de las culturas prehispánicas en el periodo precolombino, y tras la etapa de conquista española, aspectos culturales africanos arribaron en la época colonial y se cimentaron en el territorio de la actual Colombia, lo cual generó mezclas socioculturales. Además, en el Tolima se produjo el fenómeno de las colonizaciones internas, como la antioqueña, “la cundinamarquesa, la cundiboyacense y, en menor escala, la vallecaucana e indígena Páez” (Bejarano et al., s.f., p. 9), de este modo, se tejió una amalgama de tradiciones culinarias como la lechona, el tamal, los insulsos; danzas típicas como la rumba criolla, la mariquiteña y la danza de los matachines al son del sanjuanero y las músicas tradicionales indígenas; las leyendas campesinas como el Mohán, la Muelona y el fraile sin cabeza. Además, las fiestas de San Juan y San Pedro, que son muy significativas para la región y muestran

la auténtica representación de lo que fueron los panches, pijaos y Quimbayas, [...] [que son] los primeros pobladores, se realizaban festividades en honor a la naturaleza y cumplían una función mágica, como era la de buscar una mejor relación con el espacio y la naturaleza con la cual se vive. (Bejarano, s.f., p. 125)

Es así como la cultura que practica una región prevalece en la memoria colectiva de sus habitantes, construyendo la identidad tolimense como herramienta para la unión y la superación de las dificultades que se puedan presentar como sociedad. Por esa razón, la promoción y salvaguarda de la cultura tolimense es de vital importancia para las presentes y futuras generaciones.

De manera demostrativa, y para resaltar algunas de las muestras culturales de los pueblos del departamento del Tolima, se expondrán algunas de las prácticas culturales existentes, con la pretensión de promover un mayor sentido de identidad a los pueblos Pijao y Nasa:



Figura 2. PCI en indígenas del pueblo Pijao y Nasa. Fuente: elaboración propia con base en Palma y Tisoy (2007).

5. La normatividad de salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial. Panorama de su desarrollo en Colombia

Para garantizar la preservación del PCI, es necesario crear un entorno propicio que favorezca a las diversas comunidades. En este sentido, se han establecido medidas administrativas para promover su protección. Según el artículo 2 de la (CSPCI) de la Unesco (2003), el PCI comprende “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas, junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes, que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconozcan como parte integrante

de su patrimonio cultural”. Esto abarca diversos ámbitos culturales, como las artes populares, la gastronomía, la danza y la música tradicional, los eventos religiosos y las tradiciones, entre otros. Es fundamental promover la protección y preservación de estos elementos para asegurar su continuidad a lo largo del tiempo.

Del mismo modo, previamente en este escrito se desarrolló de manera general cómo las instituciones nacionales e internacionales se vieron en la necesidad de crear un marco normativo para la salvaguarda del PCI. Es por esta razón que, para satisfacer los fines de defensa del PCI, todas las instancias deben cooperar para la protección y revitalización de una manifestación cultural, mediante las acciones administrativas y gestiones culturales. Siendo así, es útil exponer el andamiaje legal para la tutela de este tipo de patrimonio cultural:

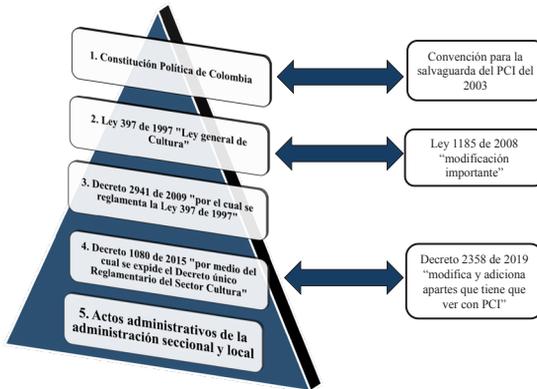


Figura 3. Jerarquización de la normatividad para la protección del PCI en Colombia.
Fuente: elaboración propia con base en la normatividad sobre PCI en Colombia.

Respecto a la Constitución Política de Colombia, esta dispone a lo largo de sus artículos varios puntos que sirven para la plena implementación en los desarrollos de protección de la cultura. En primer término, comienza por establecer a Colombia como un Estado participativo y pluralista, lo que indica la relevancia que tiene para el Estado la preservación de las diversas comunidades indígenas y campesinas. Asimismo, el artículo 7 estipula al Estado como uno donde existe diversidad étnica y cultural: “El Estado colombiano es multiétnico y multicultural, en la medida que su composición

convoca a personas de distintas razas, de distintas creencias y con diferentes visiones del mundo” (Quinche, 2010, p.122).

De esa manera, se desprende un abanico de legislaciones en las cuales se promueve de manera indirecta el PCI, como el artículo 10, que estipula el castellano, las lengua y dialectos de los grupos étnicos como oficiales; el artículo 13, para la protección del Estado a los grupos que son minorías en el país en el ámbito cultural y étnico; el artículo 68, que dispone que la educación para los miembros de los grupos étnicos debe asegurar su identidad cultural; el artículo 72, que establece el deber del Estado de proteger el patrimonio arqueológico y cultural de la nación (Quinche, 2010).

Además, señala Quinche (2010) —aludiendo a Botero— que el problema del establecimiento del Estado multiétnico y multicultural está en la necesidad de resolver la tensión que se da entre la diversidad y la unidad de todos los grupos que conviven en un territorio; y la solución para esto es “la elaboración de criterios de decisión que satisfagan los estándares mínimos de un Estado constitucional de derecho y, al mismo tiempo, las exigencias de una verdadera política multicultural” (Botero, 2003, como se citó en Quinche, 2010, p. 81).

Posterior a la de la Constitución de 1991, la CSPCI marcó un hito internacional importante en los países donde la ratificaron mediante ley; Colombia lo realizó mediante la Ley 1037 de 2006, la cual introdujo esa normativa al ordenamiento jurídico interno. La consonancia entre el texto constitucional y el convenio internacional es flagrante y establece unas obligaciones específicas que debe tener el Estado para con la protección del PCI, siendo los artículos 11, 12, 29 y 15 de la CSPCI de gran relevancia, debido a que establece acciones afirmativa de obligación del Estado, como la identificación, el inventario, la promoción y el deber de informar sobre el desarrollo de las dinámicas de la cultura inmaterial del territorio, siempre como eje primordial la participación de todos los actores que confluyen en esa protección.

Por otra parte, la Ley General de Cultura establece una estructura institucional para la promoción e interés por el escenario cultural, de la misma manera que las normas anteriores le arrojan al Estado la necesidad de que la política pública cultural de la nación funcione a cabalidad con el fin la preservación del patrimonio cultural de

Colombia. Por consiguiente, se concretan formas por las cuales se promueven los derechos culturales, como la forma en que el Estado garantiza los derechos de autoría colectiva de las lenguas, tradiciones, usos, costumbres y saberes de los grupos étnicos, para concederles una protección mayor a esas prácticas, promoverlas a través de diversos incentivos económicos y del desarrollo de la cultura en los municipios por medio de las casas de la cultura.

Todo lo cual conduce a una gestión cultural por parte del Estado, que en una primera instancia se centraba en el patrimonio cultural material y las formas específicas de protección de esa clase de bienes muebles. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 1185 de 2008, se agregó dentro de esa garantía de promoción cultural a lo inmaterial. Además, la presente Ley estatuye los diversos consejos de cultura, ya sea a nivel nacional, departamental, municipal o distrital, los cuales son escenarios de discusión y asesoramiento a las respectivas entidades territoriales para el inventario, protección y fomento del patrimonio cultural; sus objetivos principalmente son de estímulo de desarrollo cultural, promoción de planes y proyectos culturales y de vigilancia de los recursos destinados al sector cultura.

Del mismo modo, el Decreto 2941 de 2009 es de suma importancia para la regulación pertinente sobre PCI, y teniendo en cuenta el método sistemático, esta norma va en total armonía con la Constitución Política de Colombia y la Ley General de Cultura, tal como señala el artículo 2 de dicho decreto, que hace referencia al significado que consagra la CSPCI. También fundamenta su protección los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y con las directrices de desarrollo sostenible. A causa de ello, se desarrolla una política pública de patrimonio cultural que la Administración debe integrar para la toma de decisiones, la cual se implementa bajo los lineamientos del Ministerio de Cultura.

De esta manera, la normatividad es flexible debido a las dinámicas que tiene la cultura inmaterial y su desarrollo dentro de una comunidad, siempre con una vocación integradora en las decisiones de fomento derivadas de los actores internacionales, como UNESCO y los Estados Iberoamericanos. Y sobre todo para ofrecerles herramientas a las comunidades con el fin de que conozcan la soberanía

que tienen respecto de sus propios modos de vida y conocimientos tradicionales. Por eso, el principal propósito de la política de salvaguarda y, en general, de los instrumentos de protección del PCI es la concretización de la posibilidad integral de gestión por parte de las autoridades locales y los propios portadores de las manifestaciones culturales específicas. Sin embargo, cabe resaltar que en Colombia las comunidades no cuentan con el pleno goce de la propiedad intelectual de sus conocimientos tradicionales, lo que puede menguar su propia autodeterminación y autonomía.

Asimismo, el Decreto 1080 de 2015, con todas sus modificaciones subsiguientes, es el que reglamenta el sector cultura; tiene relevancia respecto a la organización estatal para proteger jurídicamente el PCI, aclarando que este sistema se basa en los principios de descentralización, diversidad, participación y autonomía, los cuales son esenciales a la hora de concretar la revitalización de las dinámicas culturales de cada región. Toda vez que la descentralización se utiliza en Colombia como un medio de atenuación de la centralización que pueden tener los Estados unitarios como el colombiano, confiando competencias y recursos a diferentes instituciones dentro de la estructura del Estado (Rodríguez Rodríguez, 2018). Para el caso del PCI, la descentralización más relevante es la territorial, debido a que las autoridades locales y seccionales deben en casos específicos tomar medidas administrativas que tienen un primer impacto directo hacia la salvaguarda de la cultura inmaterial.

Por otro lado, el reconocimiento de diversidad como un principio va en sintonía con el peso que implica la pluralidad étnica, cultural, religiosa y lingüística que existe en la sociedad colombiana y que también permea la normatividad que protege el PCI, teniendo en cuenta lo plasmado en el decreto respecto al objeto de la salvaguarda de las manifestaciones culturales, las cuales se guían mediante el reconocimiento y el respeto por la diversidad étnica y cultural de la nación para el fomento del desarrollo y el bienestar colectivo.

Un panorama general de esta protección se evidencia en el siguiente esquema, partiendo de la instancia primaria —que es la comunidad— hasta el panorama internacional:

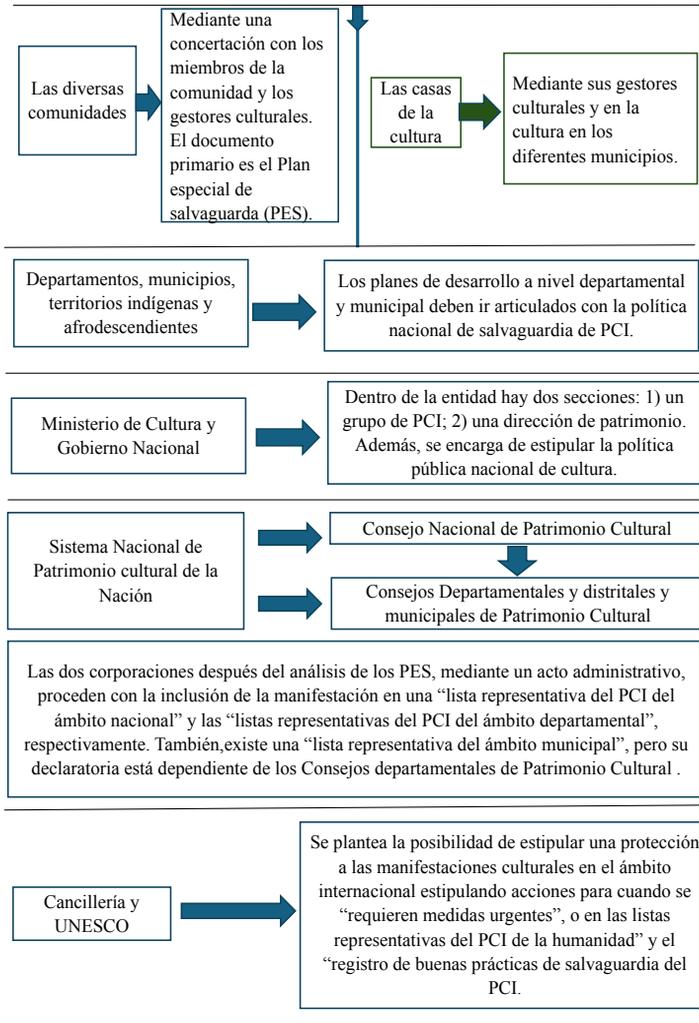


Figura 4. Instancias de protección administrativa del PCI. Fuente: elaboración propia.

En la implementación de medidas administrativas y sociales para la protección del PCI, todas las instancias de participación son esenciales. Un ejemplo de este proceso podemos encontrarlo en el departamento del Tolima, donde la comunidad ha empezado a desempeñar un papel clave en la protección del Sanjuanero tolimense. El proceso para establecer la protección de esta manifestación cultural ha comenzado mediante la elaboración de un Plan Especial de Salvaguardia

(PES) que busca concretar la importancia y protección de esa danza tradicional a nivel departamental, la construcción del PES representa el primer paso con una importante participación de la comunidad y del Estado con la evaluación e implementación de medidas administrativas para fomentar la perpetuación del Sanjuanero tolimense y contribuir al fortalecimiento de las dinámicas de salvaguarda.

Teniendo en cuenta que la finalidad de proteger el PCI se centra en garantizar su viabilidad, es decir, asegurar su constante recreación y transmisión entre las generaciones presentes y futuras (Freland, 2009), Colombia —con la estructura normativa actual— busca fomentar el respeto a la diversidad cultural y la creatividad humana, a la vez que se conserva la memoria histórica y se fortalecen los lazos identitarios y sociales. Ahora bien, si se revisa la normatividad desde el punto de vista histórico y sistemático, se puede establecer que la custodia sobre el PCI ha tenido tres momentos clave.

El primero se genera antes de la adopción de la CSPCI. En ese tiempo, el PCI era a menudo subestimado en comparación con el patrimonio material o tangible. El segundo momento es con la adopción del CSPCI, que ofrece una definición formal y un marco de protección del PCI, pero no proporciona ninguna salvaguarda concreta, muy diferentes de otros instrumentos internacionales legales relacionados con la creatividad humana. Lo más importante que establece este instrumento en concreto son las líneas generales para que cada Estado miembro realice acciones para la protección del PCI, como los inventarios, la política pública de PCI o los mecanismos de listas representativas. El tercer momento se desarrolla tras la convención, en el cual ha habido un creciente reconocimiento y valoración del PCI, y en cada estado se han tomado diversas medidas propias siguiendo los lineamientos de la CSPCI.

En la actualidad se podría considerar que se está en un cuarto momento de esa evolución continuada, donde el debate, el análisis y la interpretación del PCI se han enriquecido y se está en la discusión de reconocer cada vez más los derechos humanos y la propiedad intelectual vinculada al PCI. En ese orden de cosas, ¿se está cumpliendo con el cometido que debe tener las normas de protección del PCI?, ¿es necesario atribuirles derechos de propiedad intelectual a los conocimientos tradiciones y a las expresiones de las comunidades?

Ciertamente, no hay respuestas unánimes para las preguntas planteadas. Algunos pensarán que la custodia del PCI no se enmarca dentro de la PI debido a la naturaleza misma del PCI, toda vez que la propiedad intelectual se orienta hacia la protección de los derechos de autor y derechos conexos en obras concretas y, habitualmente, de creadores identificables. Por su parte, el PCI es colectivo y evolutivo, no puede ser atribuido exclusivamente a individuos o ser fijado en una forma determinada (Freland, 2009). Es un patrimonio que se expresa y se vive a través de las comunidades y no se manifiesta a través de un objeto material o una obra que se pueda registrar o proteger mediante las leyes de propiedad intelectual.

Siendo así, el enfoque que Colombia tiene en la actualidad ha sido institucionalizar mecanismos de salvaguarda del PCI mediante leyes específicas, a través del andamiaje normativo expuesto con anterioridad, que se supondría garantizaría la promoción y protección de este patrimonio cultural de maneras más adaptadas a su naturaleza colectiva y dinámica. No obstante, no otorgarle derechos de PI a los conocimientos tradicionales puede afectar la prevalencia del PCI en las comunidades, además de su propia autodeterminación bajo la premisa de tener ausencia de derechos morales y patrimoniales sobre sus propias manifestaciones culturales o conocimientos tradicionales.

Cabe detenerse en un aspecto relevante en este discernimiento, que es la condición jurídica de las comunidades étnicas en Colombia: estas, incluyendo los pueblos indígenas y las comunidades negras, son reconocidas como sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales. La Constitución Política de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han sido clave en este reconocimiento (Castellanos Moreno, 2019).

Para los pueblos indígenas, algunos de sus derechos colectivos reconocidos se derivan del derecho a la integridad étnica, cultural y social, que se desprende de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación, y del derecho a la propiedad colectiva de sus tierras ancestrales. Estos derechos buscan garantizar la supervivencia y continuidad de estas comunidades como grupos étnicos diferenciados. En el caso de las comunidades negras, su reconocimiento como sujeto colectivo de derechos tiene origen en los procesos históricos de adaptación y creación de comunidades de la diáspora africana en Colombia y se concretó

con el artículo 55 transitorio de la Constitución de 1991 y la Ley 70 de 1993 (Mena, 2022). Además, “para estas comunidades, el criterio para el reconocimiento de derechos territoriales no está determinado por su ubicación geográfica, sino por el ejercicio de prácticas tradicionales y la ocupación ancestral del territorio” (Mena, 2022, p. 116)

Tanto para los pueblos indígenas como para las comunidades negras, el reconocimiento de derechos colectivos fundamentales busca superar situaciones históricas de desventaja y garantizar la continuidad de su vida y cultura. Esto implica la protección de sus conocimientos tradicionales y la búsqueda de puntos de encuentro razonables entre el Estado y estas comunidades (Mena, 2022, p. 255). *Per se*, ese patrimonio cultural no requiere una declaratoria que lo reconozca como tal, debido a que todas las manifestaciones culturales características de una región o municipio son expresiones de la nacionalidad colombiana. Pero, como se expuso con anterioridad, los Estados realizan diversas acciones para su promoción y protección del PCI desde las instancias de la Administración pública.

Cabe resaltar que, por ahora, las comunidades étnicas en Colombia no pueden gozar de los beneficios que trae proteger sus conocimientos tradicionales con la propiedad intelectual, lo que genera diversas dificultades para el desarrollo pleno de la permanencia del PCI, como se expondrá a continuación.

6. La articulación estatal para la defensa del PCI: el deber de implementación de la salvaguarda del PCI en los niveles de la Administración

Las legislaciones en todo el mundo han establecido el derecho humano a la identidad cultural y a la libre autodeterminación de los pueblos con el fin de fomentar el respeto a los diferentes modos de vida y ratificar el compromiso de salvaguarda del PCI. Sin embargo, con el paso del tiempo y las transformaciones globales, los elementos originarios del PCI son susceptibles de recibir múltiples influencias perjudiciales del entorno y de la cultura hegemónica con mayor influencia global.

Es cierto que las tradiciones humanas son cambiantes y que la cultura es un fenómeno dinámico, pero si se quiere preservar la esencia y la reproducción de las diferentes manifestaciones culturales,

las instituciones gubernamentales de Colombia y todos los actores sociales deben fomentar acciones de salvaguarda mediante las herramientas institucionales que se contemplan para ese fin, las cuales ya se han expuesto esquemáticamente.

A continuación, la Administración pública debe afianzar en sus políticas objetivos tendientes a una protección integral del PCI, mediante mecanismos establecidos en los compromisos adquiridos por Colombia con la ratificación de la CSPCI y la normatividad vigente en el país. En este sentido, las medidas enfocadas en garantizar la viabilidad del PCI son las siguientes:



Figura 5. Medidas enfocadas para garantizar la viabilidad del PCI. **Fuente:** elaboración propia con base en Maluk (2019).

Todas estas medidas deben incentivarse de manera integral, dado que el mundo contemporáneo enfrenta situaciones y actores que afectan el PCI tanto de manera negativa como positiva. No obstante, las manifestaciones culturales de algunos departamentos con menor inversión y limitada visibilidad ante la opinión pública, así como el impacto del conflicto armado, pueden obstaculizar los objetivos de salvaguarda en sus múltiples acepciones. También existen factores externos que pueden generar impactos en el patrimonio cultural inmaterial. Un ejemplo de esto es el contexto del departamento del Tolima, donde el Consejo Departamental de Patrimonio Cultural, en el marco de sus competencias, elabora una lista del patrimonio cultural inmaterial, el cual se presenta a continuación:

Departamento:		Tolima		Institución:		Secretaría de Educación y Cultura				
Fecha de actualización:		dic-18								
N.º	Nombre de la Manifestación Cultural	Municipio(s) en los que se ubica	Campo de alcance (1) (Categorías del Patrimonio Cultural Inmaterial definidas por el artículo 2.2.4 del Decreto 1000 de 2015, modificado por el artículo 27 del decreto 2168 de 2019)	Campo de alcance (2) (casando aplicar)	Campo de alcance (3) (casando aplicar)	Declaratorias (reconocimiento al patrimonio cultural inmaterial distinto al procedimiento de Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial)		Inclusión en la LRPCI Departamental	Inclusión en la LRPCI municipal (casando aplicar)	
						Tipo de declaratoria	Acto legislativo o administrativo de declaratoria	Fecha de aprobación de la solicitud	Acto administrativo de inclusión en LRPCI del ámbito departamental	Fecha de aprobación de la solicitud
1	Festividad en Padre Jesús	Valle de San Juan				Acuerdo	011	31-may-04		31-may-04
2	Fiesta San Juan Bautista	Valle de San Juan				Acuerdo	011	31-may-04		31-may-04
3	Fiestas reales Festival maíz	Valle de San Juan				Acuerdo	011	31-may-04		31-may-04
4	Escuela de Música del Municipio de Roncesvalles	Roncesvalles				Acuerdo	012	31-may-04		31-may-04
5	Los sabores populares: el Municipio dentro del Festival Nacional de la Música Colombiana	Itaque					1	3-may-19		
6	Sanguanero Tolimense						2	9-abr-19		
7										
8										
9										
10										
11										
12										
13										
14										
15										
16										
17										
18										
19										

Tabla 2. Lista representativa del PCI en el ámbito departamental del Tolima. Fuente: Ministerio de Cultura de la República de Colombia (2018).

Como se puede observar en la Tabla 2, correspondiente a diciembre de 2018, solo se habían registrado seis manifestaciones culturales que forman parte de la lista representativa de patrimonio cultural inmaterial a nivel departamental. Este hecho evidencia el escaso interés en la implementación de las medidas administrativas existentes para la promoción de la cultura inmaterial por parte de las autoridades y comunidades. Cabe resaltar que en el departamento del Tolima se estableció, a través del Decreto 1638 de 2008, la creación del Consejo Departamental de Patrimonio Cultural, en concordancia con la Ley 1185 de 2008, modificatoria de la Ley General de Cultura. Este Consejo asume importantes funciones relacionadas con la gestión cultural y debe articularse con los municipios del Tolima para la salvaguarda del PCI de cada entidad territorial.

Aun así, la autoridad departamental busca estimular una estrategia para la apropiación y reconocimiento del PCI basada en las industrias en torno a la cultura, como los incentivos y emprendimientos culturales que motiven a cuidar y promover las manifestaciones mediante estímulos económicos. Esa tarea es liderada por la Secretaría de Cultura, con la Dirección de Cultura del departamento del Tolima, que realiza un esfuerzo por establecer diferentes mecanismos para desarrollar el sector cultura como un modelo de negocio, como se observa en la página web del observatorio cultural del Tolima.

Es cierto que la cultura puede verse como un estímulo para el progreso económico. Para esto, debe de generar un equilibrio entre

el aprovechamiento económico del PCI y su preservación dentro de las comunidades, especialmente para manifestaciones culturales que son producto de tradiciones de muchos años, lo que se dificulta debido a que las propias comunidades no tienen los derechos de propiedad sobre ellas.

Teniendo en cuenta lo anterior, la colaboración armónica entre las administraciones local, seccional y nacional a la hora de protección del PCI es esencial para determinar las dinámicas culturales de los territorios. En tal caso, las administraciones mediante un diálogo institucional deben procurar un acercamiento a los municipios y conocer las necesidades que tiene la población en aspectos de sus derechos culturales, además de planificar propuestas para brindar opciones sobre la promoción y valorización de las dinámicas culturales de los pueblos en aras de preservar la frágil cultura inmaterial de las y los tolimenses. En consecuencia, el Gobierno nacional debe procurar una mayor inversión en el fomento de la preservación del patrimonio cultural inmaterial; los Gobiernos departamentales y locales, en su ejecución mediante el plan departamental de desarrollo; y cada municipio, con sus planes municipales de desarrollo. Aunado a lo anterior, se debe suplir el vacío legal respecto del respaldo legal de los conocimientos tradicionales en Colombia por parte del Congreso de la República por un proyecto de Ley por parte del Ministerio de Cultura o por otra iniciativa de un actor social.

Ahora bien, la utilización de la matriz FODA es pertinente como un instrumento flexible para analizar y comprender de una mejor manera el panorama integral del PCI. Pero antes de pasar a su utilización, es oportuno establecer los actores que inciden en torno al PCI en el departamento del Tolima por medio de la *stakeholders list*, en razón que la identificación y comprensión de los *stakeholders* es determinante para el proceso de gestión del PCI, debido a que permiten abordar los intereses de los actores involucrados en el proceso de salvaguarda previsto en la legislación.

Los principales *stakeholders* son las comunidades, la Administración pública, los legisladores, las organizaciones no gubernamentales —junto con las civiles— y el sector académico. En este sentido, cada actor tiene un interés determinado en unión con el papel característico que establece su nivel de importancia en la salvaguarda del PCI.

A raíz de lo anterior, de manera esquemática se presenta un diagrama donde se estipula el campo de acción que deben implementar los interesados para el efectivo cumplimiento de las obligaciones que acarrea formar parte del sector cultura e incentivar la óptima protección del PCI.

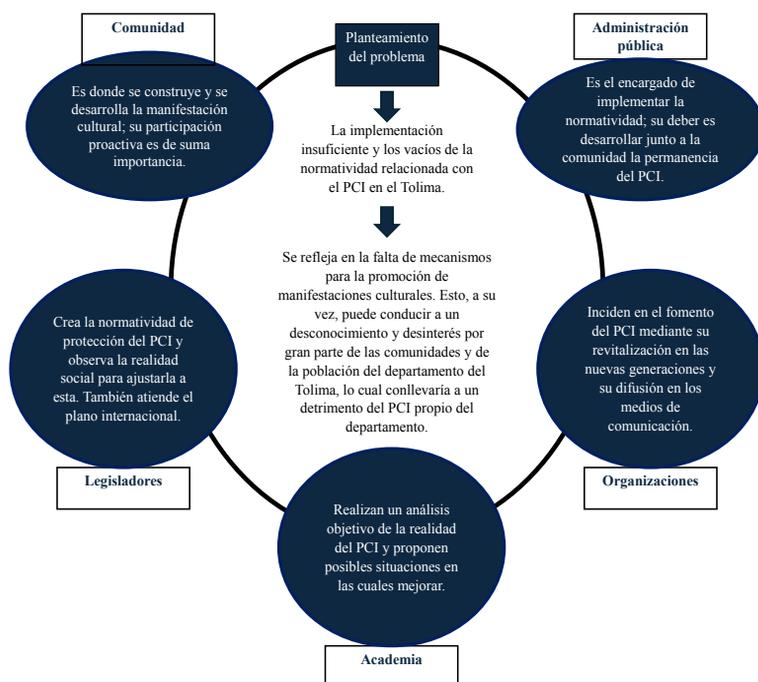


Figura 6. Stakeholders que inciden en el PCI. Fuente: elaboración propia.

Con este diagrama se pretende establecer las posibles perspectivas que tienen los actores que son importantes en el PCI y se estipula el planteamiento del problema de investigación, el cual se va a analizar para llegar a las conclusiones en el siguiente apartado, teniendo en cuenta que en el departamento del Tolima se evidencia que la ejecución de las políticas de salvaguarda para el PCI se está implementando de una manera lenta y tardía, pero con unos avances importantes. No obstante, debido a un vacío legal tanto a nivel internacional como nacional, los conocimientos tradicionales no tienen una salvaguarda por parte de la propiedad intelectual.

7. La interacción entre la PI y el PCI

La propiedad intelectual se ha convertido en un tema de gran relevancia en el ámbito global, donde Colombia no es la excepción. Para entender el funcionamiento de la PI y su relación con el PCI, se debe primero establecer un concepto de la materia y analizar el marco normativo tanto del ámbito internacional como de los acuerdos regionales y la normatividad interna que han moldeado el sistema de propiedad intelectual en el país.

De esta manera, la PI se puede dividir en tres grandes ramas: los derechos de autor, que son el conjunto de derechos que les corresponde a los autores y otros titulares —como artistas, productores y emisores de radiodifusión— respecto a las obras y prestaciones fruto de su creación; la propiedad industrial, que se basa en las actividades comerciales e industriales, como la concesión de patentes, marcas, diseños industriales y modelos de utilidad; y los sistemas *sui generis* que cada Estado puede delimitar, como el conocimiento tradicional asociado y el acceso a recursos genéticos, entre otros. Estos derechos que protegen el intelecto humano otorgan un uso, goce y disposición exclusivos por parte de sus titulares y son reconocidos y amparados jurídicamente, promoviendo el progreso social, cultural y económico.

Desde una perspectiva internacional, Colombia, como miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC), está sujeto al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el cual establece estándares mínimos de protección que los países miembros deben incorporar en su legislación nacional. Además, Colombia ha suscrito diversos tratados administrados por la OMPI, como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Estos tratados internacionales han influido significativamente en la configuración del sistema de propiedad intelectual en el país. Por ejemplo, el ADPIC obliga a los países miembros a proteger las patentes por un período mínimo de veinte años y a brindar protección a las marcas notoriamente conocidas. Asimismo, el Convenio de Berna establece la protección automática de las obras literarias y artísticas sin necesidad de registro previo.

En el ámbito regional, Colombia es parte de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), junto con Bolivia, Ecuador y Perú. La CAN ha adoptado varias decisiones en materia de PI que son de obligatorio cumplimiento para sus países miembros. Entre las más relevantes se encuentran la Decisión 486 sobre el Régimen Común de Propiedad Industrial y la Decisión 351 sobre el Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. En razón a que Colombia es parte del régimen regulado por la CAN, el sistema jurídico comunitario es de carácter supranacional y de obligatorio cumplimiento sin necesidad de ser adoptado por el Estado colombiano.

Ahora bien, en el plano local, Colombia ha desarrollado una normativa propia en materia de propiedad intelectual. La Constitución Política de 1991 reconoce la protección de la propiedad intelectual en su artículo 61. Además, existen leyes específicas que regulan diferentes aspectos de la propiedad intelectual, como la Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor, la Ley 44 de 1993 que modifica y adiciona la Ley 23 y la Ley 1915 de 2018 sobre el derecho de autor y los derechos conexos en entornos digitales. Estas leyes establecen los derechos morales y patrimoniales de los autores sobre sus obras, así como las limitaciones y excepciones a estos derechos. También regulan la gestión colectiva de los derechos de autor a través de sociedades de gestión colectiva.

La relación de la discusión entre el PCI y la PI ha ganado gran relevancia en el ámbito internacional, particularmente en el marco de los debates en la OMPI, debido a la falta de protección adecuada de estos conocimientos y expresiones a través de la PI, lo que puede llevar a su apropiación indebida y uso descontextualizado (Mena, 2022).

De esta manera, se debe tener en cuenta que el PCI, desde el punto de vista holístico de las comunidades étnicas, implica tanto el conocimiento tradicional asociado a recursos genéticos¹ —es decir que esas manifestaciones culturales pueden ser protegidas en la medida en que estén asociadas al uso y explotación de un recurso genético, cuyo vacío legal puede suplirse mediante la Decisión Andina 391 sobre el acceso a los recursos genéticos y el Convenio sobre Diversidad

1 En muchas ocasiones, el saber tradicional de diversas comunidades ha per-

Biológica— como el conocimiento tradicional que no está asociado a un recurso genético (Vallejo Trujillo y Álvarez Amézquita, 2023). En consecuencia, el sistema de propiedad intelectual no concede una protección o una posible solución respecto al conocimiento tradicional que no esté asociado a los recursos genéticos.

Por esa razón, cabe recalcar que mientras las expresiones culturales tradicionales se centran en las manifestaciones culturales intangibles, los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se enfocan en los saberes relacionados con la biodiversidad. Ambos forman parte del amplio espectro de los conocimientos tradicionales de las comunidades.

En ese contexto, la OMPI y sus Estados miembros han reconocido la importancia de salvaguardar el PCI desde la perspectiva de la PI, estableciendo un Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Este comité busca desarrollar instrumentos internacionales sobre la protección efectiva de los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales. Es así que los Estados miembros de la OMPI, en aras de poner fin a dos decenios de debate, llegaron a un consenso y decidieron realizar la Conferencia Diplomática Sobre los Recursos Genéticos y los Conocimientos Tradicionales Conexos, que se llevó a cabo entre el 13 y el 24 de mayo de 2024 (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2024).

En esa conferencia diplomática estuvieron la mayoría de los *stakeholders*, quienes debieron tener una participación activa en la aprobación de la propuesta básica planteada. No obstante, la Conferencia Diplomática no asume la discusión del conocimiento tradicional no asociado a recursos genéticos, lo que sigue generando un vacío desde el ámbito internacional en la regulación de los conocimientos tradicionales no asociados o expresiones culturales de las comunidades étnicas. Lo anterior quiere decir que no existen criterios mí-

mitido desarrollar un conocimiento valioso sobre la utilización de plantas medicinales, cultivos agrícolas y razas de animales autóctonas. Por tanto, para acceder a dichos recursos del acervo comunitario, se requiere establecer acuerdos con las comunidades étnicas que garanticen una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados.

nimos y unificados en el plano internacional para la protección por parte de la PI de las manifestaciones culturales, lo que genera que cada Estado, bajo su liberalidad, adopte las medidas de salvaguarda que considere.

Por tal razón, en Colombia, no todo lo que tiene un contenido creativo y cultural es salvaguardado por la propiedad intelectual. Ante esa situación, se genera una problemática sustancial respecto a la concesión de derechos de propiedad intelectual a los conocimientos tradicionales que se encuentra inmersos en el PCI de las diferentes comunidades étnicas del departamento del Tolima y de la nación colombiana.

Ante esa situación, los Estados han implementado dos soluciones para suplir la indeterminación legal; la primera, adoptando y profundizando la protección del conocimiento tradicional a través de las normas comunes de la propiedad intelectual de cada Estado con sujeción al desarrollo internacional mediante la OMPI y, para el caso colombiano, la CAN; la segunda, incorporando un sistema normativo de protección *sui generis* por propiedad intelectual a los conocimientos tradicionales no asociados.

A lo anterior se añade, para la jurisdicción de Colombia, lo enunciado en el artículo 187 de la Ley 23 de 1982:

Pertenece al dominio público:

1. Las obras cuyo período de protección esté agotado;
2. “Las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos”;
3. Las obras cuyos autores hayan renunciado a sus derechos, y
4. Las obras extranjeras que no gocen de protección en la República.

Colombia no tiene un marco normativo expreso para la protección de las expresiones culturales tradicionales, por esa razón, se debe buscar el sistema más idóneo para la protección a través de la propiedad intelectual, donde las comunidades tradicionales puedan aprovecharse de su propia cultura intangible. Esto, con la finalidad de que puedan desarrollar su economía, mejorar su bienestar y preservar las expresiones culturales para la posteridad. Por lo tanto, se plantean dos enfoques para solucionar esa problemática:

Profundizar la protección a través de las normas existente de propiedad intelectual, siguiendo los lineamientos internacionales de la OMPI y la CAN

Bajo ese enfoque, se busca aprovechar y adaptar los derechos de propiedad intelectual existentes, como el derecho de autor para brindar protección a las expresiones tradicionales. La vía del derecho de autor ha permitido proteger a individuos y comunidades ante el expolio de sus creaciones intelectual (Pérez Peña, 2019). Por ejemplo, en México se adaptó la normatividad de la PI vigente en ese Estado para la salvaguarda de las expresiones de los pueblos étnicos mediante figuras que conforman la PI, como los signos distintivos, las patentes, los modelos de utilidad, las marcas, las indicaciones geográficas, las denominaciones de origen y los derechos de autor, entre otros (Ortega Maldonado y Pérez Ramírez, 2022).

Sin embargo, surgen dificultades cuando se trata de expresiones culturales tradicionales que no encajan fácilmente en la lógica del derecho de autor y la propiedad industrial, quedando desprotegidas ante apropiaciones indebidas y usos descontextualizados (Mena, 2022). En esos casos, se hace evidente la necesidad de esquemas de protección más específicos.

Incorporar un sistema normativo de protección sui generis por PI para los conocimientos tradiciones no asociados a recursos genéticos

Esta segunda opción implica el desarrollo de medidas y sistemas hechos concretamente para abordar las características únicas de las expresiones culturales tradicionales. Países como Brasil, Costa Rica, Perú y Panamá han adoptado este sistema con la finalidad de proteger esas expresiones culturales tradicionales. Por ejemplo, el Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas de Panamá busca “proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre sus creaciones” (Rivera y Ocampo, 2022, p. 72).

Los sistemas *sui generis* permiten ir más allá de las limitaciones de los derechos de propiedad intelectual convencionales, abordando aspectos como la titularidad colectiva, el carácter evolutivo de los conocimientos y su vínculo indisoluble con la identidad cultural de las comunidades (Rivera y Ocampo, 2022).

En perspectiva, mientras que algunos Estados optan por adaptar los mecanismos existentes de PI, otros han visto la necesidad de desarrollar regímenes o ramas de la PI más especializados que respondan mejor a la naturaleza de los conocimientos tradicionales. Ambos enfoques reflejan los esfuerzos en marcha para llenar vacíos legales y garantizar una protección adecuada de estos valiosos activos intelectuales y culturales que son fundamentales para la construcción de la narrativa de una nación determinada, al igual para las comunidades donde estas expresiones tienen origen.

8. Desarrollo del análisis FODA. Detectar fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas en las expresiones culturales tradicionales

Antes del desarrollo del análisis FODA, se debe aclarar las diferencias sustanciales entre la protección del PCI por medio del sistema de la UNESCO mediante CSPCI y la posibilidad de protección de los conocimientos tradiciones por medio de la PI. La primera tiene la función de mostrar la creatividad humana y la diversidad de las manifestaciones culturales por medio de acciones que el Estado, junto con la participación de la comunidad, establecen; la segunda es un mecanismo legal para otorgar un instrumento para quienes realizan el desarrollo de esa creatividad, para que estos tengan cierta exclusividad en el uso que desean dar de su propio desarrollo cultural o de sus conocimientos tradicionales.

Es decir, el propósito más importante del CSPCI que cada Estado desarrolla mediante su legislación doméstica es la promoción del diálogo cultural e incentivar la visibilidad de esas manifestaciones a todas y todos los colombianos; por el contrario, el objetivo de conceder derechos de PI a las expresiones culturales tradicionales es la protección de la propiedad de la creatividad cultural. Por consiguiente, y visto el contexto general del PCI en el departamento del Tolima, es preciso evaluar las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas en la normatividad que ha proferido el Estado colombiano para la salvaguarda de su patrimonio. Para este fin, se utiliza la matriz FODA, que se puede definir como “una herramienta clave para hacer una evaluación pormenorizada de la situación actual de

una organización o persona sobre la base de sus debilidades y fortalezas [factores internos], y en las oportunidades y amenazas que ofrece su entorno [factores externos]” (Sánchez Huerta, 2020, p. 11). En consecuencia, se va a desarrollar la matriz FODA con el siguiente procedimiento,² aclarando que se adaptó a las necesidades del caso de estudio.

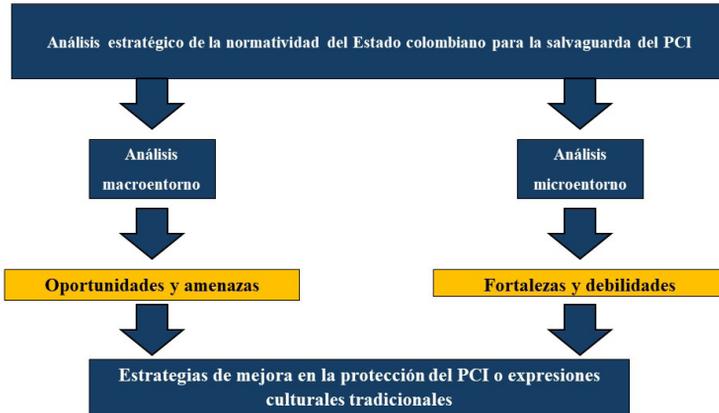


Figura 7. Análisis estratégico de la normatividad del Estado colombiano para la salvaguarda del PCI. Fuente: elaboración propia con base en (Sánchez Huerta, 2020).

8.1 Oportunidades y amenazas (análisis externo)

Este análisis desarrolla conjuntamente tanto el “microentorno como el macroentorno en búsqueda de oportunidades y amenazas” (Sánchez Huerta, 2020, p. 15).

2 El procedimiento desarrollado en esta investigación se basa en su totalidad en el libro *Análisis FODA o DAFO. El mejor y más completo estudio con 9 ejemplos prácticos* (Sánchez Huerta, 2020).

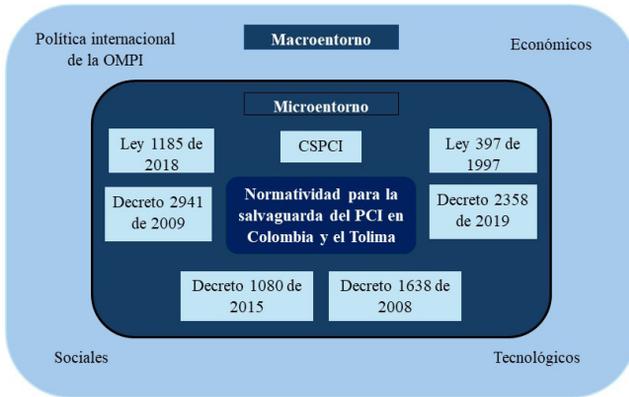


Figura 8. Macroentorno y microentorno de la normatividad para la salvaguarda del PCI en Colombia y el Tolima. Fuente: elaboración propia con base en Sánchez Huerta (2020).

8.1.1 Análisis del macroentorno

Son las variables que afectan la implementación de la normatividad “desde su entorno más lejano y que nos pueden ayudar a identificar oportunidades y amenazas” (Sánchez Huerta, 2020, p. 25). Debido a que no son inherentes a la normatividad, pero inciden directa e indirectamente en las manifestaciones culturales, estos factores se pueden clasificar en oportunidades y amenazas, en los cuales se pueden identificar:

Oportunidades en el contexto del macroentorno

Es de suma relevancia implementar la tecnología de la información y comunicación como herramienta útil a la hora de desarrollar procesos de salvaguarda e inventarios de las manifestaciones culturales, así se preservará la tradición oral para la posteridad y se dará difusión a las diversas cosmovisiones de todos los rincones del territorio tolimese. Para ello, la OMPI, con el apoyo de los Estados, debería ampliar el alcance de sus actividades destinadas a colmar la brecha digital con la finalidad de que las comunidades étnicas —que en algunos casos presentan graves situaciones de acceso a la información— puedan difundir y aprovechar sus expresiones culturales tradicionales (López Cuenca y Ramírez Pedrajo, 2008).

Asimismo, con el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizadas de sus fonogramas, puede aportar un punto de partida relevante a la hora de evitar la apropiación sin la autorización o el aprovechamiento económico de las expresiones culturales de las comunidades tradicionales. En 1996, con el Tratado de la OMPI sobre interpretación o Ejecución y Fonogramas, se protegieron los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes de expresiones del folclore (OMPI, 2024), siendo un avance significativo en el plano internacional.

En esa perspectiva, la OMPI ha dicho que un sistema eficaz de propiedad intelectual es indispensable para asegurar la inversión en sectores fundamentales de las economías nacionales, particularmente en los países en desarrollo (Ángel LHoeste, 2016). Ciertamente, es imperioso que, en un futuro cercano y ante la necesidad de un tratado internacional que proteja las expresiones culturales tradicionales —como la danza, los conocimientos de la naturaleza y el universo— que presentan las comunidades tradicionales —como el pueblo Nasa y Pijao en los diversos resguardos del Tolima—, organismos como la OMPI, a través de sus Estados miembros, planteen la necesidad de establecer unos mínimos convencionales y legales para la salvaguarda dentro de la PI de las expresiones culturales tradicionales (Rosillo Pantoja e Ibarra Cervantes, 2023).

Además, la autonomía de las entidades territoriales y su contacto directo con las comunidades que practican las manifestaciones culturales debe ser la oportunidad perfecta para el desarrollo de un mayor conocimiento del PCI que ostenta el Tolima, y verificar si es necesario ampliar su protección mediante el sistema de la UNESCO o si es imperioso promover la iniciativa de proteger las expresiones culturales tradicionales por medio del PI.

Amenazas en el contexto del macroentorno

El conflicto armado interno afecta el PCI, donde los grupos al margen de la ley toman el control territorial y ejercen la coerción a través de la violencia. Esta circunstancia afecta gravemente la reproducción cultural y cimienta un desafío mayor para el buen funcionamiento y reproducción de la manifestación cultural en su ambiente natural (Vallejo Trujillo, 2022). En el departamento del Tolima, las diná-

micas de las guerras fueron ostensibles en las zonas más alejadas del territorio, por tanto, es pertinente tener en cuenta las situaciones de vulnerabilidad que sostuvieron esas comunidades y sus tradiciones.

Por esa razón, el Estado debe abordar los daños severos causados a las vidas, la integridad física y psíquica, el patrimonio y los proyectos de vida de las comunidades afectadas, lo cual incluye sin duda a las manifestaciones culturales de estos pueblos. Por ejemplo, el pueblo indígena Pijao, asentado en el territorio del sur del Tolima mediante la Asociación de Cabildos Indígenas del Tolima, que es la resistencia y memoria ancestral del pueblo Pijao, narra que “contra el riesgo de exterminio físico y cultural que representa la violencia de los grupos armados, están presentes la chicha, la partería, la medicina ancestral y su música, algunas de las tradiciones que guardan la esencia de su identidad” (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2022, párr. 3).

En ese orden de cosas, la complejidad de los conflictos y la diversidad de las expresiones culturales tradicionales involucradas requieren un enfoque amplio y flexible que tenga en cuenta los intereses particulares de las comunidades étnicas dentro del marco de la propiedad intelectual y la protección de sus derechos culturales. La gestión de ese patrimonio, que debe ser protegido contra la afectación y explotación indebidas, también demanda un sistema de identificación y control adecuado por parte de las Administraciones públicas y principalmente las locales (Acedo Penco y Peralta Carrasco, 2016).

Por esa razón, en el caso del departamento del Tolima y otras zonas afectadas por dinámicas de guerra, se requiere un esfuerzo concertado para visibilizar y reparar la afectación colectiva que ha impactado no solo en la vida material de estas comunidades, sino también en su cosmovisión y prácticas culturales (Álvarez Izquierdo, 2023). Esto puede suplirse promoviendo un mayor uso de las medidas de protección y difusión del sistema administrativo de la UNESCO, como la implementación de la PI a esas expresiones culturales tradicionales.

Otro enfoque que puede amenazar al conocimiento tradicional no asociado a los recursos genéticos es el turismo cultural de masas sin un control adecuado, debido a que puede ser problemático para la perpetuación de las manifestaciones culturales que practica determinada población, en razón a que fomenta la desculturización de las

acciones emblemáticas de un pueblo, mercantilizando las tradiciones locales al despojarse de su verdadero significado, lo cual cambia la realidad por una apariencia idealizada para el placer de los visitantes.

La contemporaneidad ha acarreado varias situaciones que desvirtúan o ponen en riesgo el PCI; sin lugar a duda, la globalización y la homogeneización de la sociedad acarrea el desuso de las manifestaciones culturales que no estén acordes con el modelo actual de desarrollo, y más cuando no hay una concesión de derechos de PI sobre las expresiones culturales, dejando sin incentivos económicos a las comunidades étnicas para procurar la preservación de sus tradiciones.

8.1.2 Análisis del microentorno

Son las variables formadas por las fuerzas del entorno más cercano al objeto de estudio, en este caso, los actores interesados en el PCI, los cuales inciden en la implementación, promoción y todas las medidas necesarias para la salvaguarda.

Producto del análisis basado en la hermenéutica jurídica, entendido como la integridad de la norma y la ejecución de sus disposiciones para la protección del PCI, se establecerán las posibles fortalezas y debilidades que tiene la normatividad colombiana en cuenta al desarrollo y alcance en el departamento del Tolima. Estas características son:

Fortalezas en el contexto del microentorno

Las organizaciones no gubernamentales y civiles son de peso a la hora de fomentar el PCI en los municipios del departamento del Tolima, por tanto, las autoridades del sector cultura deben vitalizarlos para mejorar sus propuestas y preservar la cultura inmaterial. Un ejemplo de la actividad proactiva de las organizaciones, junto con parte del sector administrativo, se desarrolla mediante los diferentes festivales de danza, música y folclore tolimense. Un ejemplo de lo anterior se dejó ver el día 20 de marzo de 2023 con el Primer Festival de Danzas “Lérida, tierra de folclor”, donde se agruparon seis municipios del norte del Tolima y enaltecieron la variedad dancística que tiene el departamento.

La OMPI (2021) reconoce la importancia de esta participación

de todos los actores que pueden afectar al sector del PCI y busca fortalecer su involucramiento en sus actividades, de acuerdo con sus criterios de admisión y acreditación. Es claro que la comunidad y sus integrantes deben trabajar proactivamente por la revitalización de la cultura propia y la participación ciudadana a nivel general; es igual de importante con el fin de establecer la conservación del PCI a largo plazo del territorio. Se evidencia que en el Tolima existen sectores poblacionales a los que les interesa estimular la cultura —como las danzas, las tradiciones culinarias—, además de fomentar la divulgación de las tradiciones de los pueblos étnicos de manera activa.

En consecuencia, para aprovechar la normatividad de protección del PCI que se tiene actualmente en el Tolima, es recomendable que las autoridades del sector cultural fortalezcan su articulación con las organizaciones de base y las comunidades étnicas que se concentran en este departamento, brindando apoyo técnico y financiero para sus iniciativas y la elaboración de los PES. Asimismo, se deben promover espacios de diálogo y concertación con las comunidades étnicas sobre las necesidades de protección para incluirlas en las políticas públicas, sobre todo para generar el debate sobre la implementación de la PI para las expresiones culturales tradicionales de las comunidades. Sólo así será posible garantizar la transmisión intergeneracional de este valioso patrimonio y fortalecer su papel como factor de identidad, cohesión social y desarrollo sostenible en la región (González, 2017).

El papel que toman las comunidades es de vital importancia porque las faculta para reconocer lo que pertenece o no a su PCI, por esa razón, los actores externos —como los académicos expertos o los funcionarios gubernamentales— no pueden decidir por esas comunidades sobre la práctica de sus expresiones culturales tradicionales y tampoco pueden obligarlos a tomar medidas de salvaguarda si no lo desean.

Por otro lado, teniendo en cuenta la normatividad de protección de la UNESCO con la CSPCI y las leyes que se desarrollan en plano doméstico de Colombia, se tiene un sólido andamiaje normativo donde se estipulan tanto leyes de la república como decretos reglamentarios; lo anterior, con el fin de establecer herramientas que pueden utilizar una diversa gama de personas así como las comu-

nidades, las autoridades, las organizaciones no gubernamentales, la comunidad académica. Esto, siempre en el margen de la cooperación y la concertación para la promoción y difusión de las manifestaciones culturales.

El primer inciso del artículo 11-1 de la Ley 397 de 1997, adicionado por la Ley 1185 de 2011, erige una protección amplia a lo que se entiende por “PCI”, lo cual genera un gran margen de acción para las autoridades y las comunidades con respecto a lo que ellos pretenden que son sus rasgos identitarios. Además, las comunidades étnicas ostentan diversos niveles de protecciones debido a un panorama internacional y nacional que procura su independencia y autonomía para preservar sus diferentes rasgos de identidad, es decir que hay otros mecanismos jurídicos indirectos para no afectar la integridad cultural, como las consultas previas, la cual es un derecho fundamental para las comunidades étnicas que tengan un carácter colectivo.

Ahora bien, para atribuirles derechos de PI a las expresiones culturales tradicionales de los pueblos étnicos del departamento del Tolima, se pueden utilizar las herramientas que Colombia tiene sobre la PI con el fin de que las comunidades puedan explotar sus expresiones culturales y, a su vez, contribuir a garantizar su preservación y conservación —como se plantea, por ejemplo, en la utilización del uso de marcas colectivas y denominaciones de origen para el Carnaval de Barranquilla—, debido a que suplen las deficiencias del modelo de protección de la UNESCO planteado por el PES y son herramientas idóneas para salvaguardar productos agrícolas y artesanales de una población (Cabrera et al., 2020).

Si vamos al plano del departamento del Tolima, en el sureste del municipio del Guamo existe un centro poblado llamado La Chamba, donde sus habitantes —portadores descendientes de Yaporogo de la cultura Pijao— tienen una producción de artesanías como cazuelas, múcuras y ollas que, por su historia y características, son emblemáticas (Sistema de Información para la Artesanía Siart, 2015). En consecuencia, para promover una protección y aprovechamiento idóneo, es pertinente la utilización de signos distintivos como denominaciones de origen y marcas colectivas. Estas pueden ser de gran utilidad para los artesanos y portadores de la expresión cultural y, en

el caso de las artesanías de La Chamba, cuenta una protección como denominación de origen.

Debilidades en el contexto del microentorno

Los funcionarios encargados de la protección del sector cultura deben desarrollar su trabajo sin prejuicios que puedan afectar negativamente las actividades propias de cada comunidad, es decir, ser totalmente imparciales a la hora de realizar el diagnóstico. Por esa razón, a la hora de realizar el diagnóstico y las respectivas medidas para preservar el PCI, “no se puede caer en juicios de valor descontextualizados u opiniones degradantes y se debe contemplar y prever impactos directos e indirectos que puedan afectar la naturaleza del patrimonio inmaterial” (Maluk, 2019, p. 29).

Los consejos de patrimonio cultural otorgan el visto bueno para cuando una manifestación cultural tenga una especial protección administrativa mediante una lista representativa del PCI, lo cual le concede una facultad importante a la hora de generar contextos de salvaguarda. En ese orden de ideas, para la constitución de los consejos no se tiene una normativa específica para la elección de sus integrantes, lo cual podría llevar a inconvenientes a la hora de elegir personas que sean idóneas y plurales para la labor de fortalecer el PCI en su respectiva jurisdicción.

Además, en el momento de establecer la protección administrativa al PCI hay situaciones engorrosas para la mayoría de personas que estén interesadas en el sector cultura, tales como la burocratización y la excesiva institucionalización de la cultura, lo cual puede generar que los grupos portadores se alejen aún más de sus prácticas; además, los procesos de patrimonialización mal realizados llevan a entender la cultura desde lo objetual, lo despolitizado y lo atemporal, lo cual, en casos extremos, las medidas de salvaguarda y reconocimiento terminan representando fenómenos globalizados y mercantiles.

La colaboración armónica entre el sector seccional y local es frágil en razón a tres factores: primero, los planes municipales de desarrollo no le dan la importancia necesaria al PCI, lo que genera falta de visibilidad e importancia de la alcaldía; segundo, los instrumentos concedidos por la ley para la protección del PCI no son utilizados en forma cabal —por ejemplo, hasta ahora se realizó el PES del Sanjua-

nero tolimense y se comienza a poner en funcionamiento el consejo municipal de cultura de Lérica—; tercero, el sector cultura en los municipios son los que tienen menor presupuesto y, en algunos casos, ese dinero se invierte en otros proyectos ajenos a su fin.

Por otra parte, a raíz del artículo 187 de la Ley 23 de 1982, se establece que las obras folclóricas se encuentran en dominio público y desconoce totalmente los derechos de propiedad colectiva que tienen las comunidades étnicas, toda vez que las obras también pueden ser de carácter tanto colectivo como intergeneracional y transgeneracional. De esta manera, se genera un importante obstáculo legal a la hora de atribuirles derechos de propiedad intelectual a las expresiones culturales tradicionales, vacío que, por el momento, debe ser subsanado por el sistema legal de Colombia o a través de una normativa internacional que reconozca y proteja los derechos de PI de las comunidades étnicas sobre sus conocimientos tradicionales no asociados a recursos genéticos.

Teniendo en cuenta lo anterior, y a modo de síntesis, se establece la siguiente matriz FODA:

	Puntos fuertes	Puntos débiles
De origen interno	<p>Fortalezas</p> <ul style="list-style-type: none"> -Buen andamiaje normativo para la difusión del PCI, pero no para su protección integral. -Los actores en torno a la cultura tienen un papel fundamental. 	<p>Debilidades</p> <ul style="list-style-type: none"> -Falta de colaboración armónica entre el sector seccional y local para la protección del PCI. -Dificultad de acceso a los derechos culturales de las comunidades.
De origen externo	<p>Oportunidades</p> <ul style="list-style-type: none"> - Incidencia positiva de las organizaciones no gubernamentales y civiles en la protección del PCI. - Un grado importante de participación ciudadana en la salvaguarda del PCI. 	<p>Amenazas</p> <ul style="list-style-type: none"> - La globalización y la homogenización cultural inciden negativamente en las manifestaciones culturales. - El conflicto armado interno afecta a las comunidades y, por ende, a sus manifestaciones culturales.

Figura 9. Matriz FODA sobre el PCI en el departamento del Tolima. Fuente: elaboración propia.

Las estrategias que pueden mejorar la protección de manera integral del PCI y las expresiones culturales tradicionales son las siguientes:

1. Los municipios del Tolima deberían tener en cuenta los planes de desarrollo nacional, departamental y el de cultura con el fin de establecer una buena colaboración entre la rama ejecutiva en su acepción descentralizada por servicios. Además, se debe destinar el dinero del sector cultura a la cultura.
2. Los actores interesados en el PCI, mediante un espíritu colaborativo, tendrían que apoyar con campañas de concienciación a las comunidades y gestores culturales para facilitar el conocimiento de la salvaguarda del PCI.
3. Las autoridades culturales del departamento del Tolima deberían establecer mayores medidas para fomentar y proteger el PCI mediante la promoción de la investigación, la documentación de las comunicaciones, la documentación completa de las tradiciones y manifestaciones culturales presentes en la región y establecer programas en la educación media sobre el reconocimiento y la valoración del PCI tolimense.
4. Todos los nacidos en el Tolima tendrían que incentivar la conciencia de identidad tolimense mediante la promoción de un regionalismo, así, habrá más posibilidad de cohesionarse como sociedad y no generar conflictos que lleven a la destrucción del tejido social y, por ende, de las tradiciones que caracterizan al departamento.
5. Promover a los Estados parte de la OMPI la discusión de crear un sistema internacional de protección de propiedad intelectual en relación con las expresiones culturales tradicionales no asociados a recursos genéticos, con la finalidad de que estipulen unos mínimos de protección que cada Estado deba adoptar en su sistema interno.
6. Se debería presentar una reforma legal donde se genere la modificación del artículo 187 de la Ley 23 de 1982 en cuanto a suprimir que las obras folclóricas sean de dominio público, ya que deben de ser de acceso público. Esto, en el sentido de que las comunidades étnicas donde se manifiestan las expresiones culturales tradicionales son sujetos de derecho que ostentan una propiedad colectiva.

7. Crear en Colombia una rama especializada de la propiedad intelectual de carácter *sui generis* que supla las necesidades de protección de las expresiones culturales tradicionales. Mientras tanto, y de manera transitoria, cuando una expresión esté en peligro o la comunidad étnica desee hacer valer sus derechos sobre sus manifestaciones culturales, utilizar las instituciones existentes de propiedad intelectual, siempre con el acompañamiento de una autoridad estatal para evitar posibles aprovechamientos indebidos de otros actores (Ceballos Delgado, 2020).

9. Conclusión

En este artículo se ha podido analizar de manera integral el PCI en Colombia, tomando en cuenta aspectos jurídicos, socioculturales e históricos. Se ha constatado que el PCI es un componente fundamental de la identidad y la diversidad cultural del departamento, y su salvaguarda y promoción es responsabilidad tanto del Estado como de la sociedad en general. Es así como el departamento del Tolima ha venido implementando la normatividad de la UNESCO producto de la CSPCI para visibilizar, promover y proteger los activos culturales de la región, pero no se puede realizar este desarrollo sin la armoniosa colaboración entre la nación, los departamentos y los municipios, que son la estructura básica administrativa.

En particular, la importancia de proteger el patrimonio cultural inmaterial en el Tolima radica en su papel como custodio de las raíces culturales y de la diversidad de esta región, contribuyendo a la cohesión social, el fortalecimiento de la identidad y la creación de oportunidades económicas para las comunidades étnicas y el departamento en general. No obstante, los desafíos de su promoción persisten, desde la pérdida de prácticas tradicionales hasta la necesidad de recursos financieros para la documentación y preservación efectiva del PCI.

Ahora bien, uno de los retos clave es encontrar un equilibrio en la promoción de las expresiones culturales tradicionales para que todas las personas puedan conocer ese acervo cultural, es decir, sostener el acceso público, no dominio público, y otorgarles los derechos de PI a las comunidades de origen, donde su revitalización es más evidente y es producto de la dinámica social.

Producto del análisis realizado a través de la matriz FODA, se puede concluir que, si bien desde la Administración se han realizado algunos esfuerzos, todavía se puede mejorar en algunos aspectos, como destinar mayores recursos a la cultura, establecer más expresiones en las listas de protección e informar más a las comunidades sobre sus derechos culturales.

Siendo así, una de las propuestas para mejorar la protección del PCI, y más concretamente de las expresiones culturales tradicionales, es instar a que —mediante el Congreso de la República— se modifique la Ley 23 de 1982 y se pueda realizar un sistema de propiedad intelectual único para las expresiones tradicionales de las comunidades étnicas, en razón a sus características colectivistas y para respetar su cosmovisión. Por ahora, y como método transitorio, es preciso aplicar los mecanismos existentes de la PI a las expresiones culturales tradicionales.

Además, es esencial que los *stakeholders* en torno a la cultura —y principalmente las comunidades étnicas, el Estado colombiano, la Administración seccional del Tolima y los municipios— se involucren más para conocer y hacer pedagogía en la importancia de las expresiones culturales y la cultura como motor para el desarrollo económico sostenible.

Así, en el futuro cercano, se espera que el Tolima continúe promoviendo políticas de salvaguarda sólidas con la colaboración interinstitucional y la participación activa de las comunidades como pilares fundamentales. La protección y promoción del patrimonio cultural inmaterial en el Tolima no solo enriquecerá la vida de sus habitantes, sino que también contribuirá a mantener vivas las tradiciones culturales únicas de esta región para las generaciones venideras, fomentando la apreciación y el respeto por la diversidad cultural en Colombia y en el mundo.

Por esa razón, es muy importante fomentar el conocimiento e interés por parte de las comunidades y la sociedad en general sobre el valor y la importancia del PCI. Para ello, se debe diseñar e implementar una estrategia de comunicación educativa que difunda e informe sobre el PCI en los medios de comunicación regionales y nacionales, las instituciones educativas y los espacios culturales. También es pertinente impulsar el apoyo de transmisión oral y prác-

tica del PCI de las regiones entre las generaciones más jóvenes y mayores. Lo anterior es la garantía de nuestro pasado, del presente y del futuro para valorar lo que somos en el marco del respeto por la identidad de ser tolimese.

Bibliografía

- Acedo Penco, A. y Peralta Carrasco, M. (2016). *El régimen jurídico del patrimonio cultural: aproximación doctrinal, legal y jurisprudencial a sus mecanismos privados y públicos de protección*. Dykinson.
- Alivizatou, M. (2012). *Intangible heritage and the museum: new perspectives on cultural preservation*. Left Coast Press.
- Álvarez Izquierdo, I. (2023). *El ayu como sujeto de derecho en la cosmovisión del pueblo iku*. Departamento de Derecho Civil, Universidad Externado de Colombia.
- Andrade Orellana, S., Carate Tandalla, S. y Freire Garcia, S. (2020). *Patrimonio cultural inmaterial: apropiación y resistencias*. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Angarita, C. (2011). *Guías para el conocimiento y la gestión del Patrimonio Cultural Inmaterial, modulo I: conceptos*. Ministerio de Cultura.
- Ángel LHoeste, F. (2016). *Propiedad intelectual: aproximaciones conceptuales y normatividad jurídica*. Editorial de la Universidad de la Salle.
- Arizpe, L. (2006). Los debates internacionales en torno al patrimonio cultural inmaterial. *Revista Cuicuilco*, 13(38), 13-27.
- Bejarano, A., Arias, J. y Espinosa, M. (s.f.). *Re-descubriendo al Tolima. Signos y Hechos*. Ibagué.
- Bendix, R. (2007). Culture and property: an introduction. En Bendix, R., Eggert, A. y Peselmann, A. (Eds.), *Heritage regimes and the istate* (pp. 241-256). Universitätsverlag Göttingen.
- Botero Marino, C. (2003). Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En *Precedente Revista Jurídica*, 3, 45-87. Universidad Icesi. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.2039>.
- Cabrera, K. I., Montenegro, Y. A. y Cabrera, E. F. (2020). Protección del patrimonio cultural.inmaterial a través de la Propiedad intelectual: el caso del Carnaval de Barranquilla. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (30), 49-72. <https://doi.org/10.18601/16571959.n30.02>.
- Castellanos Moreno, S. (2019). *Los pueblos indígenas como sujeto colectivo titular del derecho a la consulta previa: exploración y explotación de recursos naturales no renovables*. Universidad Externado de Colombia.

- Ceballos Delgado, M. (2020). Necesidad de protección a los conocimientos tradicionales. Especial mención a las expresiones culturales tradicionales. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (29), 25-75. <https://doi.org/10.18601/16571959.n29.02>.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2022). *Los Pijao del sur del Tolima mantienen el espíritu del viento*. <https://centrodememoriahistorica.gov.co/los-pijao-del-sur-del-tolima-mantienen-el-espiritu-del-viento/>.
- Charria García, F. (2018). *Patrimonio cultural en Colombia. Aspectos históricos y jurídicos*. Grupo Editorial Ibañez.
- Cortés, H. (1992). *Cartas de Relación de la conquista de Méjico, 1519-1526*. Calpe.
- Deacon, H., Dondolo, L., Mrubata, M. y Prosalendis, S. (2004). *The subtle power of intangible heritage: legal and financial instruments for safeguarding intangible heritage*. HSRC Press.
- Dueñas Ruiz, O. (2011). *Lecciones de Hermenéutica jurídica*. Editorial Universidad del Rosario.
- Echeverría, B. (2010). *Definición de la cultura* (2ª ed.). Fondo de Cultura Económica/Editorial Itaca.
- Freland, F. X. (2009). *Captar lo inmaterial, una mirada al patrimonio vivo*. UNESCO.
- García Romero, M. (2019). Patrimonio cultural. Conceptos, debates y problemas. *Trocadero. Revista del Departamento de Historia Moderna, Contemporánea, de América y del Arte*, (31), 362-364. <https://doi.org/10.25267/Trocadero.2019.i31.21>.
- González, M. (2017). *Análisis de derecho comparado de la protección de las expresiones y conocimientos tradicionales*. CERLALC.
- Graham, B., Ashworth, G. y Turnbridge, J. E. A. (2000). *Geography of Heritage: Power, culture and economy*. Routledge.
- Hafstein, V. (2009). Intangible heritage as a list: from masterpieces to representation. En Smith, L. y Akagawa, N. (Eds.), *Intangible Heritage* (pp. 93-111). Routledge.
- Lenzerini, F. (2011). Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples. *European Journal of International Law*, 22(1), 101-120. <https://doi.org/10.1093/ejil/chr006>.
- López Cuenca, A. y Ramírez Pedrajo, E. (2008). *Propiedad intelectual nuevas tecnologías y libre acceso a la cultura*. Universidad de las Américas Puebla.
- Maluk, K. (2019). *El proceso para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial en Chile. Herramientas para la gestión local del patrimonio cultural inmaterial*. Ministerio de las culturas, las artes y el patrimonio, Santiago de Chile.
- Medina Pabón, J. (2017). *Derecho civil, aproximaciones al derecho de personas*. Editorial Universidad del Rosario.
- Medina Pabón, J. (2019). *Derecho civil, Bienes. Derechos reales*. Editorial Universidad del Rosario.
- Mena, A. (2022). *El derecho al conocimiento tradicional en las comunidades negras en Colombia*. Editorial Universidad del Rosario.

- Ministerio de Cultura de la República de Colombia. (2011). *Patrimonio cultural inmaterial en Colombia*. Editorial Nomos.
- Molina Roa, N. (2017). *Taller de redacción de artículos para estudiantes universitarios*. Universidad de la Salle.
- Moreno Nava, I. (2021). Notación de la música de dos danzas tradicionales jiquilpenses. Un caso de gestión del patrimonio cultural inmaterial desde las humanidades digitales. *Estudios Sobre Las Culturas Contemporáneas*, 25(52), 123-151.
- Muñoz-Viñas, S. (2023). *A theory of cultural heritage, beyond the intangible*. Routledge, Taylor y Francis Group.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2021). *La agenda de la OMPI para el desarrollo*. <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo-pub-rn2021-22-es-wipo-development-agenda.pdf>.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2024). *Conferencia diplomática sobre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos mayo de 2024*. <https://www.wipo.int/diplomatic-conferences/es/genetic-resources/index.html>.
- Ortega Maldonado, J. M. y Pérez Ramírez, N. J. (2022). *Los desafíos del derecho indígena en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Palma, A., Moreno, A. y Tisoy, D. (2007). *Patrimonio Cultural Inmaterial en las comunidades indígenas del Tolima. Legado de nuestros mayores*. Secretaría de Educación y Cultura, Gobernación del Tolima.
- Pérez Peña. O. A. (2019). *Derecho de autor y cultura popular tradicional en América Latina y el Caribe*. CERLARLC.
- Petrillo, P. L. (Ed.). (2019). *The Legal Protection of the Intangible Cultural Heritage*. Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-72983-1>.
- Quinche, M. (2010). *Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Rivera, L. y Ocampo, A. (2022). *La propiedad intelectual de los pueblos indígenas. Marco Jurídico Nacional e Internacional. Diagnóstico y propuestas*. Chirapaq, Centro de Culturas Indígenas del Perú.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2018). *Estructura del Poder Público en Colombia*. Temis.
- Rojas, J. S. (2017). El Patrimonio Cultural Inmaterial en Colombia como Política de Estado: El Caso del Concurso Nacional de Bandas. *Revista Encuentros*, 15(3).
- Rosillo Pantoja, I. e Ibarra Cervantes, K. (2023). Hacia una protección adecuada del Patrimonio Cultural o Conocimientos Tradicionales. *Revista Misión Jurídica*, 16(24), 71-84.
- Sacavino, S. B. (2020). Fundamentalismos, interculturalidad y procesos educativos. construir puentes en lugar de muros. *Uni-Pluriversidad*, 20(2), e2020203. <https://doi.org/10.17533/udea.unipluri.20.2.03>.
- Salgado López, H., Patricia Mendoza, S. y Llanos Chaparro, J. (2011). *Tolima milenario, un viaje por la diversidad*. Exposición en el Museo del Oro del Banco de la República, Bogotá. Museo del Oro del Banco de la República y Museo

- Antropológico de la Universidad del Tolima. <http://www.banrepultural.org/museo-del-oro/exposiciones-temporales/tolima-milenario>.
- Sánchez Huerta, D. (2020). *Análisis FODA o DAFO. El mejor y más completo estudio con 9 ejemplos prácticos*. Bubok Publishing.
- Serna Ramírez, A. (2007). Algunas manifestaciones de la cultura tradicional y popular de una comunidad en situación de desplazamiento: el caso de cercana ilusión. *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, (5), 191-207.
- Sistema de Información para la Artesanía Siart. (2015). *Colombia Artesanal: la Chamba, tradición ancestral*. Artesanías de Colombia. https://artesaniasdecolombia.com.co/PortalAC/Noticia/colombia-artesanal-la-chamba-tradicion-ancestral_6734.
- Torre, J., Molteni R. y Pereyra, N. (2009). *Patrimonio cultural inmaterial: conceptualización, estudio de casos, legislación y virtualidad*. Dirección Provincial de Patrimonio Cultural CePEI.
- Tugores Truyol, F. y Planas Ferrer, R. (2006). *Introducción al patrimonio cultural*. Ediciones Trea.
- UNESCO. (2003). *El texto de la Convención para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial*. <https://ich.unesco.org/es/convenci%C3%B3n>.
- Vallejo Trujillo, F. (2022). Colombian/Panamanian 'Molas': coping with the challenges posed to protect and commercialise a transboundary TCE/ICH. En Covarrubia, P. (Ed.), *Transboundary Heritage and intellectual Property Law* (pp. 131-150). Routledge.
- Vallejo Trujillo, F. y Álvarez Amézquita, D. (2023). Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios Derivados del Uso de Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales. Revisión de algunas propuestas normativas y doctrinarias para su implementación. *Ius et Praxis*, 29(2), 184-203. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122023000200184>.
- Vercelli, A. (2009). *Repensando los bienes intelectuales comunes: análisis socio-técnico sobre el proceso de co-construcción entre las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia y las tecnologías digitales para su gestión*. Universidad Nacional de Quilmes.

Legislación citada

- Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887, 20 de abril de 1887.
- Ley 23 de 1982. Ley sobre derechos de autor, 28 de enero de 1982. Diario Oficial No. 35949.
- Ley 397 de 1997. Por medio de la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, 7 de agosto de 1997. Diario Oficial No. 43102.
- Ley 1037 de 2006. Por medio de la cual se aprueba la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, 4 de septiembre de 2007. Diario Oficial No. 46741.

Jurisprudencia citada

Corte Constitucional, octubre 16 de 1996. Sentencia C-544/96 (Colombia). Gaceta de la Corte Constitucional.

Propiedad industrial sobre variedades vegetales dentro del sistema de innovación agrícola en Cuba

* * * *

Karina Abad Samón

Universidad de Guantánamo

abadsamonkarina@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-7672-0125>

Recibido: 11 de junio de 2024

Aceptado: 18 de junio de 2024

Resumen

El presente artículo aborda el tema relacionado con la protección mediante propiedad industrial de las variedades vegetales en Cuba, a partir de la actualización normativa que se lleva a cabo a raíz del ordenamiento económico del país, con el fin de incentivar la innovación en el sector agrícola. Se analizan los elementos novedosos que contiene la norma, los derechos que otorga, su alcance y su relación con otros cuerpos normativos dentro del sistema de la agricultura, de forma tal que el conocimiento de esta permita dar respuesta a los factores críticos del desarrollo sostenible en el sector agropecuario y mayor protección al medio ambiente, a las comunidades y recursos locales y a los derechos de los agricultores.

Palabras clave: propiedad industrial, variedades vegetales, innovación agrícola.

Industrial Property on Plant Varieties within the Agricultural Innovation System in Cuba

Abstract

This article addresses the issue related to the protection through industrial property of plant varieties in Cuba, based on the regulatory update that is carried out as a result of the country's economic order, in order to encourage innovation in the agricultural sector. from the country. The novel elements contained in the norm, the rights it grants, their scope and their relationship with other regulatory bodies within the agricultural system are analyzed, so that knowledge of it allows us to respond to critical factors. of sustainable development in the agricultural sector, greater protection of the environment, local communities and resources, and farmers' rights.

Key words: industrial property, plant varieties, agricultural innovation.

Propriedade industrial de variedades vegetais no sistema de inovação agrícola em Cuba

Resumo

Este artigo aborda questões relacionadas com a proteção através da propriedade industrial das variedades vegetais em Cuba, com base na atualização regulatória que se realiza em decorrência da ordem econômica do país, a fim de incentivar a inovação no setor agrícola do país. São analisados os novos elementos contidos na norma, os direitos que ela confere, o seu alcance e a sua relação com outros órgãos reguladores do sistema agrícola, para que o seu conhecimento nos permita responder a factores críticos do desenvolvimento sustentável no sector agrícola, maior proteção do meio ambiente, das comunidades e recursos locais e dos direitos dos agricultores.

Palavras-chave: propriedade industrial, variedades vegetais, inovação agrícola.

1. Introducción

La innovación agrícola representa un eslabón fundamental para el desarrollo en el mundo de hoy, debido a las grandes demandas alimentarias de la sociedad, la crisis mundial y el cambio climático. Hasta finales del siglo XIX, las variedades de cultivo se desarrollaban a partir de la selección que los agricultores llevaban a cabo mediante el método de ensayo y error y guardando para la siguiente cosecha las semillas de la actual, pero a partir del siglo XX hasta hoy, se separa-

ron las actividades de fitomejoramiento de las agrícolas, dando lugar a un comercio a gran escala y la producción de plantas diseñadas para lograr un mejor rendimiento y adaptabilidad a la agricultura mecanizada (Dutfield, 2011, p. 4).

El otorgamiento de derechos de propiedad industrial a las plantas se realiza con el objetivo de proporcionar un incentivo para invertir en la investigación y desarrollo de estas. Sin embargo, es objeto de mucho debate a nivel internacional, pues son diversas las formas de protección que se reconocen mundialmente. Para Rapela (2000),

(...) la complejidad del tema no sólo está dada por el hecho de que la legislación mundial contempla diversos modos, en algunos casos muy diferentes entre sí, de protección legal, sino porque además de estos modos pueden sumarse en algunos casos para aumentar el carácter de la protección. Además, aunque se trate de cualquier aspecto del análisis, se observa que todas las posiciones que se adopten tienen puntos a favor y en contra. Licencias, royalties, secretos comerciales, derechos del obtentor, patentes vegetales y patentes de utilidad son las apócopies de la pluralidad del sistema mundial. (pp. 20-21)

A nivel mundial, estas pueden ser protegidas tanto por derecho de obtentor¹ como por patente de invención.² Para entender los tipos de protección y el alcance de estos, debe partirse de la distinción conceptual entre los términos “planta” y “variedad vegetal”. Mien-

1 A nivel internacional, se encuentra el Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), que prevé una forma *sui generis* de protección por propiedad industrial adaptada específicamente al proceso de fitomejoramiento y elaborada con el fin de alentar a los obtentores a desarrollar variedades vegetales. Aunque en su mayoría los países se han adherido al acuerdo de la UPOV, esta forma de estimulación en la práctica solo genera grandes ganancias a las transnacionales, que son, al fin y al cabo, las titulares de las patentes y derechos de obtentor.

2 Se permite a través del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que en su artículo 27.3 b) brinda la posibilidad de acogerse al sistema *sui generis*, al régimen de patentes o tomar elementos de ambos.

tras que el primer término es más amplio y se refiere a cualquier organismo vivo que pertenece al reino vegetal (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura [FAO], 2005, p. 389), el segundo representa a un grupo específico de plantas seleccionadas dentro de una especie³ (Henríquez, 2002, pp. 25, 65, 72). Son los caracteres heredables de las plantas que permiten su reproducción dentro de la especie los elementos que utilizan los agricultores para escoger las que mejor se adapten a sus necesidades o a modificar algunos de esos caracteres para lograr su adaptación.

En Cuba, para dar cumplimiento a compromisos internacionales adquiridos por el país a partir de los estándares mínimos establecidos por el Acuerdo sobre los ADPIC, se estableció un sistema *sui generis* de protección adaptado a la actualización del modelo económico cubano, impidiéndose cualquier posibilidad de obtener patentes por la creación de una variedad vegetal.

El presente artículo propone un análisis de los aspectos novedosos incluidos en la norma cubana de protección de variedades vegetales que permita incentivar la innovación y dar respuesta a los factores críticos del desarrollo sostenible en el sector agropecuario, a partir del establecimiento de principios de otras normas internacionales que permitan mayor protección al medio ambiente, a las comunidades y recursos locales y a los derechos de los agricultores.

El establecimiento de derechos exclusivos de propiedad industrial sobre variedades vegetales no puede desligarse de otras normas relativas a la protección de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y las relativas al uso de los organismos genéticamente modificados. El conocimiento de cómo se vinculan los elementos jurídicos con el desarrollo de las actividades de innovación dentro del sistema de la agricultura cubana permitirá una mejor articulación de las actividades de I+D+i por parte de todos los actores vinculados a este.

3 Dentro del reino vegetal se establece un sistema de jerarquía con varias divisiones, encontrándose en este orden del reino vegetal que las plantas se clasifican en: reino, división, clase, orden, familia, género y especie, si se analiza de manera descendente. A este orden se lo denomina “taxones”, es decir, el conjunto de plantas que tienen características comunes que las distinguen del resto.

2. Desarrollo

El fitomejoramiento ha contribuido en forma decisiva al incremento de la producción agrícola desde los mismos inicios de la agricultura. A través de esta actividad, los productores resaltan las características de las plantas para su mejor aprovechamiento. El fitomejoramiento involucra principalmente cruzamiento, inspección y pruebas de miles de plantas para identificar aquellas de calidad superior, usando estos métodos para mejorar el valor nutricional e incrementar la tolerancia a herbicidas y al estrés producido por el ambiente. Este proceso es largo y costoso, de ahí que sólo sea posible mantener las actividades de fitomejoramiento si existe la posibilidad de recuperar la inversión, lo que se logra con la implementación de normas que aseguren la protección a los obtentores.

La agricultura es un sector fundamental en la economía cubana, de ella depende que se garanticen los productos para la exportación, la industria procesadora de alimentos y el consumo de la población. El ánimo de obtener mejoras varietales que sirvan para solucionar los problemas de producción agrícola es un objetivo clave en el país, de manera que sirva para potenciar el desarrollo agrícola y económico (Sociedad Económica de Amigos del País, 2020, pp. 1-2), donde se beneficien no solo los obtentores, sino también las personas que trabajan con estas variedades: los agricultores. Aunque existe un marcado interés estatal de fortalecer los trabajos e investigaciones en cuanto a la utilización del germoplasma y se establecen programas de mejoramiento a la obtención de variedades resistentes a plagas y enfermedades y a factores abióticos y el acercamiento de los programas de mejora a las demandas reales de los productores, concurren limitaciones y necesidades que están también relacionadas con la insuficiencia de recursos materiales y financieros para mantener un flujo adecuado de medios para asegurar la actividad de caracterización y mejoramiento.

La voluntad estatal para promover el desarrollo y la innovación agrícola se ve expresada no solo en el desarrollo de programas nacionales agrícolas, sino también en el trazado de políticas y otras acciones que van encaminadas a preservar el trabajo del agricultor.⁴

4 Ejemplo de ello es la aprobación por parte del 7mo. Congreso del Partido y

La posibilidad que otorga el Acuerdo sobre los ADPIC de escoger la modalidad de protección permitió que la norma cubana referente a las variedades vegetales incorporara un concepto adaptado a las condiciones y objetivos concretos del país, escogiendo una modalidad *sui generis* distinta a la establecida en el Convenio de la UPOV. En la *Gaceta Oficial de la República de Cuba Extraordinaria* número 2, del 1 de febrero de 2012, se publicó el Decreto Ley No. 290 “De Invenciones, Dibujos y Modelos Industriales” y el Decreto Ley No. 291 “De Protección de las Variedades Vegetales”, del 20 de noviembre de 2011, derogando el Decreto Ley No. 68 del 14 de mayo de 1983 “De Invenciones, Descubrimientos Científicos, Modelos Industriales, Marcas y Denominaciones de Origen”, norma que no poseía atractivo suficiente para los productores nacionales —específicamente privados— ni para las personas naturales y jurídicas extranjeras y que en la práctica jurídica había quedado obsoleta.

El hecho de que el Estado cubano no se haya adherido a ninguna de las Actas del Convenio de la UPOV responde a varias razones: la primera es que considera que estos instrumentos, especialmente el Acta de 1991, responden a los intereses de grandes empresas semilleras y transnacionales y establecen una protección rígida que obliga a proteger todas las variedades creadas y descubiertas en un número de años preestablecidos. Con respecto a esta particular, el legislador cubano ha considerado inadecuado el otorgamiento de derechos exclusivos a plantas y variedades ya existentes en la naturaleza y que se encuentren en uso y explotación por las comunidades locales.

Otra de las cuestiones que consideró el legislador fue el reconocimiento de los derechos de los agricultores de manera amplia y la posibilidad de solicitar el origen de la variedad y el consentimiento fundamentado previo del país de origen.

Por último, se tuvo en cuenta que el Acuerdo sobre los ADPIC

posteriormente por la Asamblea Nacional del Poder Popular del documento Actualización de los Lineamientos para el periodo 2016-2021, que plantean el desarrollo de una agricultura sostenible, empleando una gestión integrada de ciencia, tecnología y medio ambiente, y la priorización de la conservación, protección y mejoramiento de los recursos naturales, entre ellos, los fitogenéticos, además de recuperar la producción de semillas de calidad, la genética animal y vegetal, así como el empleo de productos biológicos nacionales.

no establece la obligatoriedad de adhesión a las Actas del Convenio de la UPOV y tampoco hay correspondencia entre los tipos de protección y los principios que establecen estos instrumentos, de ahí la posibilidad de establecer una norma *sui generis* que responda a los intereses nacionales.

A continuación, se exponen los aspectos novedosos que incluye la actualización normativa en materia de propiedad industrial sobre variedades vegetales en Cuba.

3. Exclusión de patentabilidad

El establecimiento del Decreto Ley No. 290/11 “De las Invenciones y Dibujos y Modelos Industriales” terminó con cualquier posibilidad de otorgar protección por patentes a las variedades vegetales. La nueva norma sobre invenciones excluye taxativamente de la protección mediante patentes no solo a las plantas y sus variedades, sino también a cualquier solución técnica cuya explotación comercial dañe a las plantas y al medio ambiente. No se considera como invención el material existente en la naturaleza, exceptuando a los microorganismos, dentro de los cuales se excluye el todo o las partes de las plantas y los procedimientos esencialmente biológicos (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI], 2014, pp. 7, 8, 11). Cuando se excluye a las plantas de la protección por patentes, puede interpretarse que se considera no solo a la planta en sí, sino también a las variedades vegetales obtenidas tanto por cultivo convencional como por ingeniería genética (OMPI, 2010, p. 78).

Según Curto Polo (1998):

(...) como dificultad general para admitir la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas, hay que tener en cuenta que la aplicación del sistema de protección mediante patente a las nuevas invenciones en relación a la materia viva conlleva replantearse los principios básicos del Derecho de patentes, surgido en la era de la Revolución Industrial y diseñado específicamente para otorgar protección a las llamadas invenciones técnicas, que muy poco tienen que ver con las nuevas y sofisticadas invenciones biotecnológicas. De ahí que se haga necesario reformular de nuevo la distinción

entre descubrimiento e invención o definir los principios de aplicación industrial y ejecutabilidad, adaptándolos a las nuevas innovaciones (...). (p. 2355)

El Decreto Ley No. 290/11 impide que se patente cualquier procedimiento tradicional o biotecnológico de cultivo o modificación de la planta —ya sea a través de una parte de esta, sus células o sus genes— que impida no solo la obtención de nuevas variedades vegetales, sino que también pueda erosionar la biodiversidad existente y la soberanía alimentaria, al limitarse su uso por los agricultores, y reduce la libertad de llevar a cabo acciones de fitomejoramiento. Estas cuestiones no se encuentran acorde a las políticas económica y agraria que persigue el país, de ahí que se dictara una norma específica para la protección de variedades vegetales.

4. Establecimiento de un sistema *sui generis*

El Decreto Ley No. 291/11 “De la Protección de la Variedades Vegetales” establece el régimen jurídico de la protección de las variedades vegetales de todos los géneros y especies, incluidos los híbridos que se determinen taxativamente de forma paulatina y que cumplan con los requisitos que se establecen en la propia norma.

Esta forma de reconocimiento de las variedades vegetales de forma paulatina es una de las cuestiones que distingue a la norma cubana del resto de las normas nacionales de otros países, pues le permite al Estado ir reconociendo derechos exclusivos a las variedades vegetales a medida que cuente con las condiciones necesarias para realizar los exámenes y de manera que la introducción de esa nueva variedad no provoque daños a la soberanía y seguridad alimentarias del país ni a la biodiversidad.

No obstante, somos del criterio de que demorar la protección de determinadas variedades para las que existe un trabajo sostenido por parte de entidades de investigación, y para las que existe posibilidad de explotar con buenos resultados económicos, puede generar que se desestime la actividad de fitomejoramiento que realiza el obtentor y tener un impacto negativo y contrario al estímulo de las actividades de promoción de la ciencia y la tecnología que propugna el Estado cubano.

La definición de “variedad vegetal” que se dispone en esta norma es la propuesta por el Acta de 1991 del Convenio UPOV,⁵ de lo que se deriva el establecimiento de los requisitos internacionales de novedad, distintividad, homogeneidad y estabilidad, incluyendo que tenga una denominación.

El establecimiento de la denominación de la variedad vegetal conmina a que se la utilice cuando dicha variedad se ofrezca en venta o se comercialice, tanto la planta como sus partes, incluso después de que expire el derecho de obtentor, así como para presentar solicitudes en el extranjero. Como es de suponer, si se otorga un derecho marcario con un nombre similar o idéntico al de la variedad, entrarían en colisión ambos derechos, debido a la exclusividad y la posibilidad de renovación ilimitada del signo que otorga la protección de la marca.⁶

No se vislumbra en ninguna norma vigente la protección a variedades vegetales tradicionales, que al ser heterogéneas no se encuentran acorde a los requisitos de protección establecidos. Esta ausencia puede estar motivada por la variabilidad local en las especies cultivadas que predominan en el territorio nacional, establecido así por una razón fundamental: la seguridad alimentaria del país, ya que, al no otorgarse derechos exclusivos sobre estas, no se frena el intercambio entre los productores, quienes pueden disponer libremente de estas.

A partir de que se solicite la protección, el obtentor, además de las indicaciones establecidas para la variedad, deberá presentar el documento que acredite el país de origen y la región donde se obtuvo el material vegetal inicial, así como las prácticas y conocimientos asociados a este. Cuando la variedad se deriva de un material inicial

5 Se entiende como “variedad vegetal” al conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido, que, con independencia de si responde o no plenamente a las condiciones para la concesión de un derecho de obtentor, pueda: definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos; distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de uno de dichos caracteres, por lo menos; y considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración.

6 El Decreto Ley 203/1999 “De Marcas y Otros Signos Distintivos” establece como una prohibición absoluta al registro de marcas la solicitud de un signo que incluya la denominación de una variedad vegetal protegida.

de origen cubano o presente en especies domesticadas y cultivadas en el país, debe presentar el documento donde se enuncie el consentimiento expreso de la autoridad competente, de lo contrario, tiene que presentar el documento que acredite que dicho material no se ha obtenido en el territorio nacional.

El hecho de que en este cuerpo normativo se establezca la necesidad de certificar el origen del material genético inicial utilizado para el desarrollo de la nueva variedad vegetal y el consentimiento informado previo del país de origen de dicho material obedece a que se incorporan preceptos de otros instrumentos internacionales, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Nagoya y el Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, de los que Cuba también es signatario.

Compartimos el criterio de Kock (2022) de que en la actualidad existe una “desmaterialización de los recursos fitogenéticos” (p. 250), ya que al incorporar los adelantos tecnológicos y crearse bases de datos digitales para acceder al material inicial, no es necesario contar con dicho el consentimiento fundamentado previo, pues los experimentos que en años anteriores se volvían engorrosos son sustituidos aceleradamente por el uso de la inteligencia artificial. Unido a ello, también debe tenerse en consideración que los recursos genéticos utilizados para la mayoría de las plantas genéticamente modificadas actuales son de origen microbiano y no están cubiertos por el Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura.

En relación con la eficacia temporal de la norma cubana, se establece una protección de quince años a partir de que se realice la solicitud y de dieciocho años para las vides, árboles forestales, ornamentales y sus respectivos portainjertos.

En materia de derechos concedidos, el obtentor tiene derecho a autorizar la producción con fines comerciales, la puesta en venta y comercialización del material de reproducción o de multiplicación vegetativa —en su calidad de tal—, con excepción de la utilización que realicen los agricultores con fines de reproducción o de multiplicación —en su propia explotación— del producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo de la variedad protegida (privilegio del agricultor).

Los derechos del agricultor en relación con las semillas y otro material de propagación son unos de los más importantes y controvertidos de los derechos del agricultor. Pese a la importancia de los agricultores como proveedores de semillas, el derecho a conservar, utilizar, intercambiar y vender semillas conservadas en las fincas se ha visto cada vez más limitado por diferentes disposiciones legislativas y tratados internacionales. (Correa, 2017, p. 19)

El carácter exclusivo y excluyente de las facultades del obtentor de la variedad vegetal protegida le permite a este sujeto la explotación económica de la variedad y, a la par, impide que terceros realicen los actos antes mencionados de producción, venta y comercialización del material de reproducción —dígase semillas— sin su consentimiento. Es aquí donde se identifica el *ius prohibendi* integrado al derecho de obtentor (Petit Lavall, 2017, pp. 533-574).

El alcance de los derechos de obtentor se extiende al producto de la cosecha si se obtiene por utilización no autorizada de material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida, excepto cuando el obtentor haya podido ejercer su derecho en relación con dicho material. El derecho de obtentor alcanza también a las variedades que no se distinguen claramente de la variedad protegida, a las variedades cuya producción necesite el empleo repetido de la variedad protegida y a las variedades esencialmente derivadas de la variedad protegida.

El Decreto Ley No. 291/11 toma el concepto de variedad esencialmente derivada del Acta de 1991 del Convenio de la UPOV,⁷ definiéndolo como las variedades que pueden obtenerse, por ejemplo, por selección de un mutante natural o inducido o de una variante somaclonal, selección de un individuo variante entre plantas de la variedad inicial, retrocruzamientos o transformaciones por ingeniería genética. Una variedad que se considere esencialmente derivada no puede comercializarse sin la autorización del titular del derecho

7 El concepto de variedad esencialmente derivada se establece en el artículo 16 del Decreto Ley 291/11 sobre el derecho de obtentor: “El derecho del obtentor se extiende igualmente: (...) c) a las variedades vegetales derivadas esencialmente de la variedad protegida, cuando esta no sea, a su vez, una var-

de la variedad inicial. Esto quiere decir que, aunque la variedad protegida puede ser utilizada por terceros para obtener una variedad esencialmente derivada, según lo permitido bajo la excepción del obtentor, esta entrará bajo los derechos exclusivos del titular del derecho sobre la variedad inicial. La determinación de cuándo una variedad es esencialmente derivada es algo complejo, y aunque se han realizado esfuerzos para lograr un concepto operativo, todavía existen criterios discordantes (Association for Plant Breeding for the Benefit of Society, 2013).

El concepto de variedad esencialmente derivada es una extensión del alcance del derecho de obtentor y, a la vez, una limitación a la exención del obtentor. Es decir que será posible explotar una nueva variedad vegetal sin el consentimiento del titular de la variedad inicial si la nueva no constituye una variedad esencialmente derivada, lo que limita no el libre acceso al germoplasma, sino a la comercialización.

Otro aspecto a tener en cuenta es que, de acuerdo a lo que se puede interpretar de lo estipulado en la norma, si el material varietal inicial no está sujeto a la protección mediante derechos de obtentor, la variedad esencialmente derivada obtenida a partir de este puede contar con un derecho independiente sin limitaciones a la comercialización.

iedad esencialmente derivada. (...) una variedad se considera esencialmente derivada de otra variedad inicial si: a) se deriva principalmente de la variedad inicial o de una variedad que, a su vez, se deriva principalmente de la variedad inicial, conservando al mismo tiempo las expresiones de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de los genotipos de la variedad inicial; b) se distingue claramente de la variedad inicial; y c) salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes de la derivación, es conforme a la variedad inicial en la expresión de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial". Por su parte, el artículo 19 establece: "El derecho de obtentor no se extiende a los actos relativos al material de reproducción o de multiplicación vegetativa o al producto de la cosecha de la variedad protegida o esencialmente derivada, que haya sido vendida o comercializada de otra manera en cualquier territorio por el titular o con su consentimiento o por una persona económicamente vinculada al titular, a menos que dichos actos impliquen una nueva reproducción o multiplicación de la variedad en cuestión".

Similar a lo establecido por el Convenio de la UPOV, como se ha podido observar de la lectura de los párrafos anteriores, la protección que se otorga en la norma cubana es lo que en las revisiones doctrinales llaman “protección en cascada” (Curto Polo, 2022; García Vidal, 2022; Palau Ramírez, 2007), que se articula en tres etapas, en las cuales se regula la ampliación del derecho de obtentor vinculado a los actos: primero, en relación con el material de reproducción o de multiplicación; segundo, con respecto al producto de la cosecha; y tercero, a los actos sobre ciertos productos que se hayan realizado sin autorización respecto a productos fabricados directamente de un producto de la cosecha.

Al igual que en el resto de los sistemas de derechos de propiedad intelectual, existe en Cuba en materia de protección a las variedades vegetales un conjunto de supuestos para los cuales no se necesita la autorización del obtentor y que conforman el régimen excepcional y límites establecidos por la norma.

No es necesario la autorización del obtentor cuando se realicen actos con fines no comerciales o experimentales y para la utilización de la variedad vegetal como origen inicial de variación con vistas a la creación de otras variedades vegetales, ni para la comercialización de estas, siempre que no sea necesario el empleo repetido de la variedad protegida para la producción con fines comerciales de otra variedad (exención del obtentor).

Coincidimos con los criterios de Morral Soldevila (2017) y de Sánchez Gil (2007) en el sentido de que el término “actos”, tal y como se establece en el artículo 17 de la norma cubana, elimina la posibilidad de que el hecho se produzca por omisión, y aunque no se determine qué es lo que se considera como un acto no comercial, puede interpretarse como aquellos que no persiguen la obtención de lucro o intercambio que normalmente se dan en el comercio, por lo que cada caso debe ser analizado de forma específica.

La posibilidad de utilizar la variedad protegida para actos no comerciales permite que los agricultores, fundamentalmente los pequeños, puedan utilizar el material de multiplicación para consumo propio sin necesidad de solicitarle autorización al titular de los derechos, al igual que cuando se usa la variedad protegida con fines experimentales. En ambos casos, no debe haber explotación comercial.

Con respecto a los actos con fines experimentales, existe correspondencia con lo establecido en el régimen de patentes.⁸ La experimentación no tiene fines de comercialización. La duda consiste en determinar si la posibilidad de explotación del producto que resulte de dichos actos se encuentra amparado en esta limitación y cuál sería la interpretación del legislador en el sentido de considerar si el obtentor puede atacar legítimamente cualquier acto de experimental con fines comerciales o si, por el contrario, lo relevante sería el carácter científico del acto y, por tanto, no cabrían acciones del titular (Barrero Rodríguez, 2016).

El reconocimiento de la exención del obtentor facilita un sistema de innovación abierto para el desarrollo de nuevas variedades vegetales siempre que no sean esencialmente derivadas, evitándose así que los cambios sean meramente cosméticos en la obtención de la nueva variedad (Helfer, 2004, p. 26).

En el caso de las licencias obligatorias, está facultada la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial (OCPI) por interés público para remediar actos o conductas abusivas, cuando no se pueda explotar una variedad esencialmente derivada por no poderse pactar una licencia o cuando se infrinja un derecho de patente anterior, siempre con la concesión de una remuneración adecuada al obtentor. Para ser beneficiario de la licencia obligatoria, el solicitante debe realizar intentos previos para obtener la autorización del titular de los derechos de obtentor en términos comerciales razonables en un plazo de noventa días, contados a partir de la primera comunicación por escrito del interesado al titular, a excepción de los casos de uso público no comercial o en situaciones excepcionales que no requieren este requisito. No se define en este caso quién establece la cuantía a pagar; de la redacción del artículo se puede inferir que sería la OCPI, que es quien otorga la licencia, quien fijaría el monto a pagar al obtentor de acuerdo al valor de la variedad, ya que en el contrato el obtentor queda obligado a ceder la variedad, no existiendo el mutuo acuerdo.

Los motivos de interés público que establece la norma para el otorgamiento de una licencia obligatoria están relacionados con la

8 La legislación de patentes se aplica con carácter supletorio para los aspectos normativos no regulados en la norma de variedades vegetales.

salud pública, la alimentación, el medio ambiente, la defensa nacional, el desarrollo socioeconómico del país y las necesidades de abastecimiento nacional.

La regulación de las licencias obligatorias en la norma satisface los estándares mínimos del Acuerdo sobre los ADPIC y cumplen con la exigencia del artículo 27.3b) en cuanto al establecimiento de un sistema *sui generis* eficaz, al introducir de manera clara las condiciones en que debe otorgarse una licencia de este tipo, su temporalidad y la debida remuneración al titular.

Para comenzar a implementar el Decreto Ley No. 291/11, y en cumplimiento de la Disposición Final Cuarta de esta norma, puso en vigor la Resolución No. 165/12 del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente. Esta resolución es producto del trabajo de una comisión creada de conjunto entre el Ministerio de la Agricultura y la OCPI y establece el Listado Oficial de Especies a las que se le aplicará lo establecido el Decreto Ley No. 291/11. Esta norma es aplicable también a las normativas que regulan el Registro Comercial de Semillas.⁹

Las especies inicialmente propuestas no son de interés para la economía cubana. Debido a las características climatológicas del país, los obtentores foráneos tampoco presentan interés para protegerlas. Otro motivo para que sean estas las variedades inicialmente propuestas es que estas no afectan ni la sustentabilidad agrícola ni la soberanía alimentaria cubana, previéndose la realización del examen en el extranjero. Este listado, según lo establecido en el Decreto Ley No. 291/11, se irá incrementando paulatinamente a medida que las condiciones y los planes del desarrollo del país lo permitan. Dentro

9 Las especies que se proponen en esta Resolución son: *Anethum graveolens* (eneldo), *Benincasa hispida* (calabaza china), *Beta vulgaris* subsp. *Vulgaris* var. *conditiva* (remolacha de mesa), *Beta vulgaris* var. *cicla* (acelga española), *Brassica oleracea* var. *Gongylodes* (colirrábano), *Castanea sativa* (castaño), *Coriandrum sativum* (cilantro de castilla), *Cucurbita pepo* (calabacín), *Linum usitatissimum* (lino), *Lolium multiflorum* (raygras), *Malusp.* (manzano), *Olea europea* (mlivo), *Populussp.* (álamo), *Prunus armeniaca* (alabaricoque-ro), *Pyrus communis* (peral), *Rheum rhabarbarum* (ruibarbo), *Ribes nigrum* (grosellero negro), *Salix sp.* (sauce), *Schlumbergera* (cactus de navidad), *Secale cereale* (centeno).

de este análisis, también se tuvieron en cuenta para incluir posteriormente las especies de tabaco y arroz, entre otros cultivos muy específicos, los cuales son importantes en la economía cubana y cuyos programas de mejoramiento se encuentran bien estructurados y con los que el país obtiene excelentes resultados. Las especies pendientes serán incluidas teniendo en cuenta los planes de desarrollo del país, los rendimientos, su calidad y la existencia de las metodologías establecidas por el Centro Nacional de Sanidad Vegetal.¹⁰

Para la realización del examen técnico de las variedades, la autoridad competente es el Centro de Examen del Ministerio de la Agricultura, siendo designado para fungir como tal el Instituto de Investigaciones Fundamentales “Alejandro de Humboldt” (INIFAT). En este centro radica el Banco Central de Germoplasma, donde se custodian las colecciones nacionales de recursos genéticos de hortalizas, granos comestibles, especies oleaginosas y especies condimenticias. Además, se conservan colecciones históricas de cítricos, frutales diversos y otras plantas de interés económico y alberga las colecciones duplicadas de especies custodiadas por otras instituciones del Sistema Nacional y la Base de Datos Nacional sobre la información de germoplasma.

Las funciones de esta institución como Centro de Examen son la de definir, en conjunto con la OCPI, la modalidad de examen NDHE, validar los exámenes NDHE realizados por el obtentor, homologar los exámenes realizados en el extranjero para acreditar los requisitos NDHE, fijar las tarifas por los servicios inherentes a la protección de las variedades, recaudar las tarifas por concepto de

10 El sistema de protección de las variedades vegetales en Cuba está expuesto a limitaciones jurídicas, técnicas, de recursos y tecnológicas esenciales para su instrumentación en relación con el examen técnico y la lista de variedades establecida como partida del sistema que resultaban ajenas a los cultivos domésticos. En prospección, para cuando las condiciones lo permitan, se valora la posibilidad de incluir la lista las siguientes especies de plantas: *Ocimum basilicum* L. (albahaca), *Brassica oleraceae* L. var. *Italica* (brócoli), *Brassica oleraceae* L. var. *botrytis* (coliflor), *Spinacea oleracea* L. (espinaca), *Tetragonia tetragonoloba* L. (espinaca de Nueva Zelanda), *Vigna unguiculata* (L.) Walp. subsp. *unguiculata sesquipedalis* (habichuela china), *Arachis hypogaea* L. (maní), *Abelmoschus esculentus* L. Moench. (quimbombó), *Carthamus tinctorius* L. (cártamo), *Brassica napus* L. subsp. *napobrassica* (L.) Hanelt (colinabo), *Brassica oleracea* L. convar. *acephala* (DC) Alef (berza).

examen técnico y mantenimiento de las variedades y emitir dictámenes técnicos sobre el cumplimiento de los requisitos de registro, de acuerdo a la alternativa de examen realizado. De esta forma, en el país se van armonizando los criterios y métodos empleados en el examen con el contexto internacional.

Las modalidades de examen se realizarán por encargo a una institución especializada nacional, por encargo a una autoridad homóloga extranjera, sobre la base de los resultados del examen técnico realizado por una autoridad homóloga extranjera o sobre la base de los resultados de los ensayos comparativos de cultivos efectuados por el obtentor, en cuyo caso se presentan bajo declaración jurada a solicitud del Centro de Examen. Para la homologación de los exámenes, el solicitante debe cumplir con lo dispuesto para los Exámenes NDHE que establecen las directrices cubanas, demostrando a través de documentación que los exámenes fueron realizados en un agroecosistema semejante al que se vaya a desarrollar la variedad en Cuba.

El procedimiento de concesión de los derechos exclusivos sobre la variedad vegetal que se solicita en el país se inicia con la presentación de la solicitud ante la OCPI, en la que consten los siguientes documentos: instancia; descripción técnica de la variedad; copia certificada de la primera solicitud; si se invoca prioridad, traducción y verificación; documento que acredite representación del solicitante; documento que indique el país de origen y fuente del material vegetal inicial; documento de consentimiento para el acceso a dicho material inicial, si fue obtenido en territorio cubano; declaración que exprese que el material inicial no ha sido obtenido en el territorio de la República de Cuba, consentimiento previo al acceso.

Luego de presentada la solicitud, la OCPI procede a realizar el examen de forma para evaluar si el contenido de los documentos que conforman la solicitud se ajusta a los requerimientos exigidos y se procede al pago de la tarifa de presentación de la solicitud. Concluido este examen, se realiza la publicación de la solicitud en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial en un término no inferior a los 18 meses contados a partir de la fecha de presentación y se procede a la oposición de terceros en un término de 60 días contados a partir de la fecha de circulación del Boletín Oficial.

De no presentarse oposición, se procede al examen preliminar,

donde se analiza si la especie a la que se refiere la variedad está comprendida en la protección que brinda este decreto ley, en este caso, las variedades incluidas en la Resolución No. 165/12 del Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente;¹¹ si la variedad cumple con el requisito de novedad comercial; si la denominación propuesta para la variedad cumple con los requisitos establecidos; y si se acepta la prioridad invocada.

Finalizado el examen preliminar por la OCPI, se procede a la realización del examen técnico, que se efectúa a partir del estudio comparativo de la variedad cuya protección se solicita con las diferentes variedades vegetales existentes en las colecciones de referencia, siendo el Centro de Examen del Ministerio de la Agricultura —en este caso, el INIFAT, cuyas funciones fueron expuestas anteriormente— el encargado de determinar si el objeto de la solicitud constituye una variedad de conformidad con los requisitos que establece la norma.

Una comisión creada en conjunto por este Ministerio y la OCPI trabaja en el establecimiento de convenios bilaterales con autoridades homólogas para el examen NDHE y en hacer del Centro de Examen una institución funcional con personal capacitado, lo que permitiría incrementar la lista de especies. Unido a ello, se trabaja en la integración de las políticas de propiedad industrial y semillas y en implementar un sistema nacional para la protección eficaz de las variedades vegetales que permita la vinculación estrecha entre las instituciones involucradas y mantener el rigor durante el procedimiento de concesión, verificando estrictamente los requisitos establecidos y propiciar e incentivar el fitomejoramiento.

Las formas de extinción del derecho de obtentor reconocidas por la legislación cubana son: la renuncia, que puede solicitarse en cualquier momento; la nulidad total o parcial, que puede promoverse tanto a instancia de parte como de oficio cuando el derecho se haya concedido sin la observancia de los requisitos de examen,

11 Actualmente, el Listado de Especies no constituye un estímulo para los obtentores nacionales, especialmente para aquellos pertenecientes a centros especializados o particulares altamente calificados que se dedican a cultivos de gran importancia económica, como el arroz, el frijol, el maíz, la caña y el cacao, entre otros, para los cuales existe la metodología de examen por parte del Centro Nacional de Sanidad Vegetal.

por infracción de las disposiciones vigentes o por concederse sobre la base de elementos falsos, inexactos u omitidos; la cancelación cuando la variedad deje de ser homogénea o estable, cuando el titular no suministre muestras al Centro de Examen o cuando la licencia obligatoria no hubiera podido reducir los efectos de los abusos resultantes del ejercicio del derecho exclusivo; y la caducidad por expiración del término de vigencia y por impagos de las anualidades correspondientes.

La vía para recurrir las resoluciones dictadas por la directora general de la OCPI es la judicial. Para ello, la parte recurrente puede interponer demanda en proceso administrativo ante el Tribunal en un término de 30 días hábiles.

5. Vinculo del sistema de propiedad industrial con los recursos fitogenéticos y organismos genéticamente modificados

En Cuba, buena parte del campesinado conserva las prácticas agrícolas heredadas de sus antepasados en cuanto al laboreo agrícola que le garantiza altos niveles de sostenibilidad, a pesar del predominio del patrón tecnológico de tipo convencional promovido por el Estado (Arias Guevara y Leyva Remón, 2012, p. 104). La mayor parte del país corresponde a una superficie agrícola, por lo que la voluntad política del Estado cubano se ha destinado a fortalecer las actividades de control en materia agraria, constituyendo una de las funciones esenciales en la economía planificada. La agricultura representa para el país uno de los renglones fundamentales para la economía, de la que dependen una buena parte de la fuerza de trabajo y que se garanticen los productos exportables, los insumos de la industria procesadora de alimentos y el consumo poblacional. Dicha producción descansa en las distintas formas de tenencia del suelo comerciales y de subsistencia, agrupándose aquí al sector estatal, que abarca las empresas agropecuarias y otras entidades estatales, y al sector privado, que comprende las Unidades Básicas de Producción Cooperativa (UBPC), Cooperativas de Producción Agropecuaria (CPA), Cooperativas de Créditos y Servicios (CCS) y productores privados.¹² La

12 Al hacerse referencia a productores privados, se incluye no solo a los campesinos

mayor superficie agrícola neta y cultivada se encuentra en manos del sector no estatal, mientras que la comercialización de semillas y material de reproducción se concentra en el sector estatal, siendo el Ministerio de la Agricultura el Organismo de la Administración Central del Estado encargado de trazar la política agraria y la estructuración del desarrollo rural del país (McCormack, s.f.).

El trabajo que realiza el Ministerio de la Agricultura se ampara en los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución,¹³ de lo que se deriva la política de recursos fitogenéticos y semillas y diversos programas productivos. La estructura del Sistema Nacional de Semillas y Recursos Fitogenéticos está conformada por veinte institutos de investigaciones subordinados a diferentes ministerios, como el de la Agricultura, el de Educación Superior, el de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente, el de Salud Pública y grupos empresariales como Azcuba y Biocubafarma, así como las Organizaciones Superiores de Dirección Empresarial del Ministerio de la Agricultura, la red de fincas municipales de semillas de la Agricultura Urbana, la Unión Agropecuaria Militar y el grupo empresarial agropecuario del Ministerio del Interior.

A partir de los programas de mejoramiento genético, la mayor parte de las especies que se producen por estas instituciones, independientemente de las serias carencias económicas que afronta el país, se realizan con la idea de tener variedades e híbridos que sean nacionales, lo que posibilita que el país posea una lista de variedades

privados dispersos, sino también el estimado de patios y parcelas en el hogar.

- 13 Lineamiento “151. Perfeccionar el modelo de gestión del sector agropecuario y forestal. Transformar su sistema empresarial, fundamentalmente el papel de la empresa estatal, con el objetivo de incrementar de forma sostenible la producción agropecuaria; crear mejores condiciones para el desarrollo de las demás formas que integran la base productiva”. “160. Continuar desarrollando la producción de semillas de calidad, los recursos Fitogenéticos y Zoo-genéticos y la conservación, mejoramiento y manejo sostenible de los suelos, el agua y el uso de los fertilizantes. Incrementar la producción y utilización de abonos orgánicos, minerales y bioproductos nacionales”. “173. Potenciar y perfeccionar la ejecución de los Programas de Autoabastecimiento municipal y de Agricultura Urbana, Suburbana y Familiar para alcanzar y sostener los objetivos, indicadores y metas planteados de producción y consumo de viandas, hortalizas, granos, frutas y proteínas de origen animal en cada territorio”.

comerciales e híbridas muy amplia, que abarca principalmente las especies como caña, tabaco, café y cacao o los forestales.¹⁴ Para lograr el mejoramiento genético, se aplican diversas técnicas, que incluyen el uso de la biotecnología y la transgénesis (Extremera, 2022).

En el ámbito nacional, se cuenta con una serie de normas vinculadas a los recursos fitogenéticos, las cuales tienen sus raíces afianzadas en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, que conduce no solo la conservación y el uso sostenible de los recursos fitogenéticos, sino también el fortalecimiento legal e institucional en materia ambiental que permita además el establecimiento de derechos de propiedad industrial sobre estos.

En la Gaceta Oficial de la República de Cuba No. 57 Ordinaria del 12 de agosto de 2020, fue publicado el Decreto Ley No. 388 del 7 de octubre de 2019, que establece las disposiciones jurídicas relativas a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, que constituyen todo el material genético de origen vegetal de valor real o potencial destinados a la alimentación y la agricultura, así como las semillas como elementos esenciales para la elección de los parentales que intervienen en la obtención de nuevas variedades, y es a partir de estas, sea su origen o propagación sexual o asexual, que se inicia el proceso productivo, por lo que se constituye en uno de los insumos de mayor incidencia en el mejoramiento de los rendimientos en las actividades agrícolas y forestales. En cuanto a la utilización del material genético, se requiere el examen de Distintividad, Homogeneidad y Estabilidad (DHE) que se establece en las disposiciones de propiedad industrial.

Esta norma regula el mejoramiento, la conservación, la comercialización y la producción de semillas, quiénes son los actores que intervienen en esos procesos, el sistema de certificación de semillas y las contravenciones de personas naturales o jurídicas.

14 El Centro Nacional de Sanidad Vegetal es el encargado de aprobar las normas de calidad y sanidad vegetal para el territorio nacional. Para ello, tiene establecidas las metodologías para la realización del examen técnico de las variedades, que no son más que adecuaciones realizadas de las Directrices de la UPOV disponibles, a excepción de la del tabaco, que fue elaborada en colaboración con el Instituto de Investigación del Tabaco.

El Decreto Ley No. 388/2019 posee los siguientes objetivos vinculados directamente a la obtención de nuevas variedades vegetales: fomentar las investigaciones, regular la aplicación de la ingeniería genética y la biotecnología en la obtención de variedades y la producción de semillas y propulsar el intercambio comercial y no comercial de semillas y materiales de siembra o plantación con otros países. Para ello, se reconoce la utilización de los recursos genéticos para la obtención de nuevas variedades de cultivos a través del mejoramiento clásico, por medios biotecnológicos y el participativo.

Asimismo, el Decreto 10 de fecha 17 de julio de 2020 “Reglamento del Decreto Ley No. 388/19” del Ministerio de la Agricultura plantea que el acceso a los recursos fitogenéticos se cumple con lo regulado en el ámbito nacional y en los tratados internacionales ratificados y que el intercambio de muestras de semilla, cuando se realice entre pequeños agricultores, poseedores legales de tierras o asociados en cooperativas agropecuarias, no requiere de autorización.

De forma complementaria se encuentra la Resolución No. 183/2022 del Ministerio de la Agricultura que aprueba la Lista Oficial de Variedades Comerciales, la cual incluye las variedades, híbridos, cultivares y clones que pueden utilizarse comercialmente en el cumplimiento de los planes técnico-económicos de la actividad agrícola, cañera y forestal. Esta lista se actualiza cada dos años y en ella se recogen más de cuatrocientas variedades entre hortalizas, cereales, granos y oleaginosas, raíces y tubérculos, plátanos y bananos, pastos y forrajes, tabaco, cítricos y frutales, café y cacao, caña de azúcar, especies forestales y otras especies.

En el año 2020, también fueron aprobadas normas relativas al uso de organismos genéticamente modificados, como son: el Decreto Ley No. 4 de fecha 20 de febrero de 2020 “De la Comisión Nacional para el uso de los organismos genéticamente modificados en la agricultura cubana”, la Resolución No. 225 de fecha 19 de mayo de 2020 “Procedimiento para la evaluación de la factibilidad del uso de variedades genéticamente modificadas en la agricultura cubana”, emitida por el Ministerio de la Agricultura, ambas publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Cuba No. 52 Ordinaria del 23 de julio de 2020 y que remiten lo establecido en la legislación vigente sobre los Recursos Fitogenéticos y Semillas en lo referente a la facti-

bilidad, trazabilidad y comercialización de las semillas de variedades genéticamente modificadas.

La Gaceta contiene además la Resolución No. 198 de fecha 29 de junio de 2020 “Reglamento sobre el ejercicio de las funciones de autoridad nacional, del punto de contacto para medidas de emergencia y punto focal nacional para el intercambio de información de la República de Cuba, en relación con el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica”, que establece que las decisiones que se adopten en relación con la importación y exportación de organismos genéticamente modificados se realizan de conformidad con el procedimiento establecido en el precitado Decreto Ley No. 4/2020; y la Resolución No. 199 de fecha 29 de junio de 2020 “Reglamento de seguridad biológica para el uso de agentes biológicos y sus productos, organismos y fragmentos de estos con información genética”, que establece las condiciones de seguridad para su uso de conformidad con los requerimientos económicos y administrativos actuales de nuestro país, así como las tendencias internacionales en materia de seguridad biológica. Ambas son resoluciones del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente.

Este universo normativo sirve de base al trabajo de las instituciones científicas nacionales en pos de lograr la soberanía en la producción de semillas. No obstante, en materia de propiedad industrial, el Listado de Especies no constituye un estímulo para los obtentores nacionales, especialmente para aquellos pertenecientes a centros especializados o particulares altamente calificados que se dedican a cultivos de gran importancia económica como el arroz, el frijol, el maíz, la caña, el cacao, entre otros, para los cuales existe la metodología de examen por parte del Centro Nacional de Sanidad Vegetal.

Aunque no se ha presentado hasta la fecha ninguna solicitud de protección de variedades vegetales, pues la lista de especies aprobadas es insuficiente, no cabe dudas de que el marco regulatorio para hacerlo ya no representa un impedimento para los actores interesados en obtener derechos exclusivos sobre sus innovaciones.

6. Vínculo del derecho de obtentor con otras instituciones de propiedad industrial

Ante la imposibilidad actual de proteger variedades vegetales que no están incluidas en el Listado Oficial de Especies anteriormente analizado y la carencia del marco legal complementario al Decreto Ley No. 291/11, resulta necesario para los obtentores cubanos contar con alguna vía que, de cierta manera, pueda suplir esa desprotección.

La utilización de otras de las modalidades de la propiedad industrial establecidas en el Acuerdo sobre los ADPIC se erige como una solución indirecta que, de forma temporal, puede servir de paliativo al problema, pudiendo coexistir con el otorgamiento o no de los derechos de obtentor. En este sentido, es posible la utilización de los secretos empresariales y las marcas, incluidas las indicaciones geográficas.

La utilización de secretos empresariales para la protección de variedades vegetales se puede ver limitada por la divulgación de los procedimientos que deben realizarse a la hora de presentar la documentación para el Registro de Variedades Vegetales o para el Registro de Variedades Comerciales, toda vez que la variedad sobre la que se mantiene el secreto sea incorporada al Listado de Especies Protegidas. Otro aspecto a tenerse en cuenta sería que el uso indiscriminado de esta institución puede quebrantar el normal desarrollo de las producciones agrícolas al no poder socializarse los procedimientos utilizados para el desarrollo de determinada variedad. Como no existen requisitos en torno a la divulgación para los titulares del derecho, los secretos comerciales no reconocen ni retribuyen al pequeño agricultor por sus aportaciones.

La protección marcaria de las variedades vegetales es un elemento de protección comercial muy efectivo para dar a conocer estos productos agrícolas, así como al productor o productores que lo desarrollan. Este tipo de protección no va en modo alguno en menoscabo del requisito de denominación establecido en el Decreto Ley No. 291/11, el cual solo establece la que la variedad vegetal, una vez solicitado el registro, tiene que ser fácilmente reconocible como tal cuando la denominación asignada a una variedad vegetal vaya asociada a una marca, un nombre comercial u otro signo distintivo similar.

La marca sobre la variedad vegetal puede ser individual o colectiva. Ambas modalidades pueden contribuir a incentivar la innova-

ción en respuesta a las exigencias cambiantes de los consumidores y a que se haga uso de diversas combinaciones de las variedades que mejor se adapten a la tierra; no limitan el intercambio de semillas o de otro material de multiplicación y, por ende, no les ponen impedimento a los sistemas informales de semillas, permitiéndoles a los agricultores poder desarrollar una reputación mediante el uso de marcas y etiquetas y ser reconocidos y retribuidos por su innovación.

La utilización de las indicaciones geográficas —dígase, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen— como forma de protección de las variedades vegetales funciona en gran medida como las marcas comerciales colectivas: cualquier persona que posea los conocimientos y destrezas pertinentes y que produzca sus productos en una determinada zona estará cualificada para hacer uso de los derechos exclusivos que esta otorga. Como aspecto negativo ha de tenerse en cuenta que, si se define la indicación geográfica con mucha precisión realzando la principal característica principal distintiva de una variedad específica, se corre el riesgo de favorecer la homogeneidad e ir en detrimento de variedades autóctonas infrautilizadas. Por el contrario, cuando las descripciones son amplias, se fomenta el uso de especies autóctonas y silvestres, generando incentivos positivos para la conservación de los recursos genéticos y ayudando a crear cadenas de valor basadas en recursos locales. Al igual que las marcas, no limitan el acceso ni el intercambio de los recursos genéticos de las plantas ni a los conocimientos tradicionales.

El uso tanto de marcas como de indicaciones geográficas favorecen principalmente a los agricultores, haciendo más flexible la norma de protección de variedades vegetales, pues se potencia el llamado “privilegio del agricultor”, contribuyendo al reparto justo y equitativo de los beneficios que se propugnan en el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Dentro de la agricultura cubana, el uso de indicaciones geográficas solo se ha llevado a la práctica asociado al cultivo del tabaco y recientemente al del café. Extender esta práctica a otros cultivos puede resultar beneficioso para su comercialización.

No existe una fórmula única para la selección de la protección, depende de los objetivos de la persona interesada, que deberá seleccionar la estrategia más adecuada a sus intereses.

7. Valoración del contexto cubano para la implementación de la protección de las obtenciones vegetales

Como se observa en lo descrito en este artículo, existe una intencionalidad del Estado cubano de ampliar la lista de especies que pueden ser protegidas e incluir algunas de importancia económica para el país, para las que se cuenta con el procedimiento para el examen. No obstante, esta intención no se ha hecho realidad por diversos factores que inciden negativamente en la puesta en práctica de la norma. Estos factores se enmarcan en varios contextos: económicos, institucionales y tecnológicos.

En el ámbito económico, es una realidad que han existido insuficiencias de recursos financieros e incentivos económicos. Ello ha limitado implementar la nueva norma, ya que la inversión en materia de PI en la agricultura y la poca claridad de los investigadores y agricultores en cuanto a los beneficios económicos que ello puede generar no alienta a estos sujetos a desarrollar y registrar nuevas variedades utilizando los sistemas de propiedad intelectual vigentes.

Es una realidad del contexto cubano que en el ámbito institucional se carece de recursos e infraestructura adecuados y suficiente personal calificado necesarios para llevar a cabo sus funciones de manera efectiva, todo ello agravado por la pandemia de COVID-19 y la crisis económica subsiguiente. Otro aspecto a tener en cuenta es la insuficiente coordinación y cooperación entre los órganos de las entidades gubernamentales agrícolas y la OCPI.

En materia tecnológica y de conocimientos, también hay un impacto negativo debido a las limitaciones tecnológicas y la persistencia del desconocimiento por parte de los sujetos interesados en los beneficios e importancia de la protección de las obtenciones vegetales.

No obstante, por lo que esta autora ha podido indagar, sí existe un compromiso gubernamental y así se ha expresado en las políticas que ha venido trazando el Estado de mejorar el sector agrícola,¹⁵ reforzar las inversiones en este sector e invertir en el desarrollo de las innovaciones, ampliando la cooperación internacional con organismos como las FAO y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

15 Las políticas, tal y como fueron mencionadas con anterioridad en este artículo.

Es criterio de esta autora que, efectivamente, al día de hoy sí se ha realizado un esfuerzo por establecer un marco legal acorde a los compromisos internacionales y que se ha complementado con la adopción de una norma de semillas y la nueva norma de protección de medio ambiente que otorgan un panorama más adecuado y completo para la protección de nuevas variedades vegetales en consonancia con los principios internacionales, pero que se enfrenta a desafíos que requieren atención continua por parte del Estado para lograr su implementación efectiva.

8. Conclusiones

Las condiciones económicas y ambientales mundiales actuales hacen del desarrollo de variedades vegetales mejoradas una necesidad, debido a que deben crearse plantas que se adapten al cambio climático y al aumento de población, para ello, deben ser resguardados los esfuerzos de quienes realizan dichas innovaciones. De ahí surge la propiedad industrial sobre las obtenciones vegetales.

El régimen jurídico *sui generis* de protección de variedades vegetales en Cuba se encuentra adaptado no solo a los compromisos internacionales contraídos por el país, sino que también se armoniza con el resto de las normas que regulan la actividad de fitomejoramiento por parte del Ministerio de la Agricultura. Asimismo, tiene en cuenta las necesidades del desarrollo agrícola del país, fundamentalmente la de los pequeños agricultores, lo que permite otorgar derechos exclusivos a los obtentores sin menoscabar la seguridad alimentaria, la diversidad biológica y la sanidad vegetal.

lo, hacen énfasis en potenciar sectores como la biotecnología, el incremento de la producción, la creación de empresas de alta tecnología, la producción de semillas de calidad, la consolidación de los polos productivos y la exportación de bienes, entre otras.

Bibliografía

- Arias Guevara, M., y Leyva Remón, A. (2012) Cuba: el camino hacia la sustentabilidad agrícola. Una visión sociológica del cambio. *Revista Estudios Agrarios*, 51, 99-119. https://www.pa.gob.mx/publica/rev_51/analisis/cuba_camino_haca_sustentabilidad.pdf.
- Association for Plant Breeding for the Benefit of Society. (22 de octubre de 2013). *Report on the UPOV Seminar on Essentially Derived Varieties*. https://www.apbrebes.org/files/seeds/APBREBES%20rep%20EDV%20Sem%2022%20Oct%2013_0.pdf.
- Barrero Rodríguez, E., (2016). *Hacia un nuevo régimen jurídico de la creación industria*. Marcial Pons.
- Correa, C. (2017). *El ejercicio de los derechos del agricultor relativos a las semillas. Documento de investigación*. Centro del Sur. https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/09/RP75_Implementing-Farmers-Rights-Relating-to-Seeds_ES.pdf.
- Curto Polo, M. (1998). Las protecciones de las invenciones biotecnológicas. Especial referencia a la coexistencia de patentes y títulos específicos en relación a las obtenciones vegetales. *Revista General de Derecho*, 642, 2353-2395.
- Curto Polo, M. (2022). *La protección de las innovaciones vegetales en la Unión Europea. Patentes vs. Títulos de obtención vegetal*. Tirant lo Blanch.
- Dutfield, G. (2011). *Food, Biological Diversity and Intellectual Property. The Role of the International Union for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV)*. QUNO. <https://ip4growth.old.ogpi.ua.es/sites/default/files/GD%20UPOV%20QUNO%20English.pdf>.
- Extremera, D. (30 de agosto de 2022). *Las semillas: Pilar fundamental de una buena producción agrícola*. Cubadebate. <http://www.cubadebate.cu/especiales/2022/08/30/las-semillas-pilar-fundamental-de-una-buena-produccion-agricola/>.
- García Vidal, A. (2022). La extensión del derecho de obtentor al producto de la cosecha. En Carbajo Cascón, F. (Dir.), *Competencia, propiedad intelectual y tutela de consumidores en el sector agroalimentario* (pp. 91-130.). Tirant lo Blanch.
- Helfer, L. R. (2004). *Intellectual property rights in plant varieties: International legal regimes and policy options for national governments*. Oficina Jurídica de la FAO. <https://www.farmersrights.org/getfile.php/132258-1663315287/Dokumenten/SSRN-id711842.pdf>.
- Henríquez, N. P. (2002). *Glosario de Términos Útiles para el Manejo de los Recursos Fitogenéticos*. REMERFI.
- Kock, M. A. (2022). *Intellectual Property Protection for Plant Related Innovation*. Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-031-06297-1>.
- McCormack, M. (s.f.). Política agraria y desarrollo rural en Cuba. *Revista Internacional Cosinter de Direito*, 4(3), 83-96. <https://doi.org/10.19135/revista.consinter.0007.05>.
- Morral Soldevila, R. (2017). Las limitaciones del derecho de obtentor. En García

- Vidal, A. (Dir.), *Derecho de las Obtenciones Vegetales* (pp. 575-609). Tirant lo Blanch.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura FAO. (2005). *Libro de recursos sobre ADPIC y desarrollo*. UNCTAD-CICDS, Cambridge University Press. http://www.iprsonline.org/unctadictsd/ResourceBookIndex_update.htm.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2010). *Exclusiones de la Materia Patentable y Excepciones y Limitaciones a los Derechos de los Titulares de Patentes–Biotecnología*. SCP/15/3. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/es/scp_15/scp_15_3-annex3.pdf.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2014). *Flexibilidades en materia de patentes en el marco jurídico multilateral y su aplicación legislativa en los planos nacional y regional*. Documento preparado por la Secretaría. CDIP/13/10. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/cdip_13/cdip_13_10_rev-main1.pdf.
- Palau Ramírez, F. (2007). Alcance de los derechos de obtención vegetal y protección provisional de la solicitud. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de 2 de julio de 2007, caso MOMÉE. *Revista de Derecho Mercantil*, (266), 1103-1122.
- Partido Comunista de Cuba. (2011). *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, Número especial*. Editora Política del CC-PCC.
- Partido Comunista de Cuba. (2016). *Actualización de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021 aprobados en el Séptimo Congreso del Partido en abril de 2016 y por la Asamblea Nacional del Poder Popular en julio de 2016*. Editora Política del CC-PCC.
- Petit Lavall, M. V. (2017). Derechos del titular de una obtención vegetal. En García Vidal, A. (Dir.), *Derecho de las obtenciones vegetales* (pp. 533-573). Tirant lo Blanch.
- Rapela, M. A. (2000). *Derechos de Propiedad Intelectual en Vegetales Superiores*. Editorial de Ciencia y Cultura.
- Sánchez Gil, O. (2007). *La protección de las obtenciones vegetales. El privilegio del agricultor*. Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid.
- Sociedad Económica de Amigos del País. (24 de septiembre de 2020). *Documento de la Sociedad Económica de Amigos del País sobre la problemática agropecuaria en Cuba*. <https://cubayeconomia.blogspot.com/2020/09/documento-de-la-sociedad-economica-de.html>.
- Legislación citada
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm.
- Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. https://www.upov.int/edocs/pubdocs/es/upov_pub_221.pdf
- Convenio sobre la Diversidad Biológica. <http://www.un.org/es/events/biodiversityday/convention.shtml>.

- Decreto 10 Reglamento del Decreto-Ley 388 “De Recursos Fitogenéticos para la Alimentación, la Agricultura y las Semillas”. GOO No. 57, 12/08/2020.
- Decreto Ley No. 203 “De Marcas y Otros Signos Distintivos”. GOE No. 3, 02/05/2000.
- Decreto Ley No. 228 “De las Indicaciones Geográficas”. GOO No. 11, 22/02/2002.
- Decreto Ley No. 290 “De las Invenciones, Dibujos y Modelos Industriales”. GOE No. 24, 16/04/2012.
- Decreto Ley No. 291 “De protección de las variedades vegetales”. GOO No. 002, 01/02/2012.
- Decreto Ley No. 337 “De la Protección contra las Prácticas Desleales en Materia de Propiedad Industrial”. GOE No. 40, 10/08/2018.
- Decreto Ley No. 388 “De Recursos Fitogenéticos para la Alimentación, la Agricultura y las Semillas”. GOO No. 57, 12/08/2020.
- Decreto Ley No. 68 “De Invenciones, Descubrimientos Científicos, Modelos Industriales, Marcas y Denominaciones de Origen”. GOE No. 10, 14/05/1983.
- Resolución No. 165 de 2012 Listado Oficial de especies, incluidas a las que se aplicará lo regulado en el Decreto Ley No. 291/2012. GOO No. 035, 13/07/2012.
- Resolución No. 183 de 2022 Lista Oficial de Variedades Comerciales. GOO No. 113, 17/11/2022.
- Resolución No. 225 Procedimiento para la evaluación de la factibilidad del uso de variedades genéticamente modificadas en la agricultura cubana. GOO No. 52, 23/07/2020.
- Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/treaties/tratado_recursos_fitogeneticos_sp.pdf.

Reseñas bibliográficas

* * * *

Reseña bibliográfica

Research Handbook on Intellectual Property and Moral Rights

de Ysolde Gendreau (Ed.)

Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2023, 582 páginas

* * * *

Michelle Azuaje Pirela

Universidad Alberto Hurtado, Chile

michelle.azuaje@uautonoma.cl

A finales de 2023, la editorial Edward Elgar Publishing publicó el libro *Research Handbook on Intellectual Property and Moral Rights* (*Manual de investigación sobre propiedad intelectual y derechos morales*, en adelante “el manual” o “la obra”), editado por la académica de la Universidad de Montreal Ysolde Gendreau.

La obra, de 582 páginas, está escrita en inglés, se divide en seis partes e incluye un apéndice sobre las Leyes de la Commonwealth sobre derechos morales (hasta agosto de 2022). En estas secciones, sus 33 autores —provenientes de las más diversas locaciones (Suecia, Nueva Zelanda, Brasil, Estados Unidos, Canadá, Grecia, Reino Unido, India, Alemania, Qatar, Italia, Países Bajos, Francia, Finlandia, República Checa, Chipre, Polonia, Japón, China y Australia)— examinan exhaustivamente la evolución de los derechos morales desde su creación en el siglo XIX hasta el siglo XXI, considerando especialmente el nuevo escenario tecnológico y su impacto en el derecho de autor.

A lo largo de sus 29 capítulos, se presentan estudios que sacan provecho a las amplias experiencias de sus autores para abordar legisla-

nes de propiedad intelectual de todo el mundo y ofrecer un panorama con nuevas miradas a temas tradicionales de los derechos morales, y también nuevas perspectivas relacionadas con los desafíos para la legislación de derechos de autor. Además, se atreve a incluir algunas reflexiones sobre los derechos morales y la propiedad industrial.

La primera parte del manual se compone de cinco capítulos en los que se abordan algunas cuestiones filosóficas del derecho de autor. Como sabemos, en el sistema continental se suelen describir los derechos morales como un aspecto fundamental del derecho de autor, que, desde sus orígenes, resalta el vínculo de este con su obra. Así, con frecuencia se les presenta en las legislaciones como facultades que buscan tutelar la personalidad del autor en lo creado y que muy especialmente buscan defender su intimidad, honor y reputación. Con base en esa y otras justificaciones, las legislaciones sobre derecho de autor sustentan su inalienabilidad, pero ¿qué tal si existen otras justificaciones? ¿Es hora de repensar estos derechos?

Los capítulos de esta sección escritos por Hannah Carnegie-Arbuthnott, Ezieddin Elmahjub, Carys Craig y Anupriya Dhonchak, Sybilla Stanisławska-Kloc y Laura Moscati revisan los fundamentos de los derechos morales a través de distintos enfoques y perspectivas, al tiempo que nos recuerdan que siempre es importante volver a las bases para comprender mejor algunos debates actuales.

Por ejemplo, es realmente fascinante cómo en su capítulo “The moral rights of the author - ‘All Quiet on the Eastern Front’? (a Polish perspective)” (“Los derechos morales del autor - ¿‘Sin novedad en el frente oriental’? (una perspectiva polaca)”) Stanisławska-Kloc nos ofrece una mirada nacional, pero no por ello menos interesante ni valiosa. A partir de una referencia a la novela de E. M. Remarque, este capítulo incluye un estudio de los casi cien años de los derechos morales (personales) en Polonia y otros países de Europa Central y del Este. Se trata de un capítulo particularmente apasionante no solo por la sólida revisión que hace de la legislación, jurisprudencia y doctrina de los derechos morales en los periodos estudiados, sino además por su capacidad para invitar al lector a viajar a través de la historia, describiendo cómo esta fue moldeando la legislación de derecho de autor para culminar con algunas reflexiones sobre los retos para los derechos morales en el nuevo escenario tecnológico y el

alcance de su protección en el campo de la minería de textos y datos y el entrenamiento de algoritmos de *machine learning*.

Asimismo, en esta sección pueden encontrarse análisis de algunas deficiencias de las visiones tradicionales de los derechos morales que no solo se quedan en la crítica, sino que también proponen nuevas perspectivas de análisis y razones para su defensa (como las teorías que enfatizan las dimensiones relacionales de la autonomía que propone Carnegie-Arbuthnott), además de las referidas experiencias comparadas (como las que ofrecen los capítulos de Elmahjub, Stanislawska-Kloc y Moscati) y de una mirada renovada a temas tradicionales de la teoría convencional de los derechos morales que invita a repensarlos, por ejemplo, incorporando enfoques feministas, como proponen Craig y Dhonchak. Sus aportes pueden ser especialmente valiosos en épocas como la actual, en las que se vuelve a discutir sobre las justificaciones de la existencia misma del derecho de autor y sus limitaciones.

La segunda parte es, en mi opinión, una de sus apuestas más interesantes, ya que contiene tres capítulos dedicados al estudio de los derechos morales en la propiedad industrial. En dicha sección, Nari Lee, Giorgio Spedicato y Genevieve Wilkinson se dedican a responder preguntas tales como ¿tienen los inventores derechos morales?, ¿es importante la moralidad en el derecho de patentes?, ¿cuáles otros creadores de bienes inmateriales protegidos por un derecho de propiedad industrial pueden tener derechos morales? ¿En qué consiste esa protección? Asimismo, ¿cómo es que las creaciones intelectuales subyacentes a las marcas pueden comprometer derechos morales protegidos por el Convenio de Berna e intereses morales protegidos por el Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales?

La inclusión de esta sección es un acierto que celebramos muy especialmente ya que, a pesar de ser una apuesta necesaria —como bien ha dicho su editora, la Dra. Gendreau—, es muy poco habitual en los textos sobre derechos morales.

La tercera parte de la obra se dedica al estudio de temas un poco más tradicionales de los derechos morales sobre los cuales no está demás volver, y ello se hace a través de dos capítulos escritos por Katharina de la Durantaye y F. Jay Dougherty. En el primero se reflexiona

sobre los enfoques dualistas y monistas de los derechos de autor en la Unión Europea y su impacto en los problemas relacionados con la falta de armonización de los derechos morales. En el segundo se analizan los “Sustitutos contractuales individuales y colectivos de los derechos morales en la industria cinematográfica estadounidense”. En particular, se explica que, aunque doctrinariamente al hablar sobre este tema se suele hacer referencia a la protección que se deriva de la competencia desleal y el derecho de marcas, entre otros, en la industria audiovisual estadounidense los derechos de atribución y el control creativo pueden ser asignados o retenidos por los autores e intérpretes en virtud de ciertas disposiciones contractuales y mediante contratos gremiales.

La cuarta parte del libro se divide en diez capítulos y es la más extensa de la obra. Esto se justifica totalmente porque ahí se concentra el análisis de varios de los grandes desafíos para los derechos morales que tenemos en la actualidad. En ella encontraremos reflexiones sobre la dimensión económica de los derechos morales (Richard Watt); eventuales derechos morales o “pseudoderechos morales” para las personas jurídicas como respuesta a algunos nuevos desafíos de la revolución digital (como propone Pascal Kamina); los retos contemporáneos relacionados con el ejercicio de los derechos morales en el contexto de la creación plural (coautoría, obras colectivas y obras compuestas) desde una perspectiva comparada (Tatiana Synodinou); las licencias Creative Commons y la protección de los derechos morales (Alexandra Giannopoulou); la inteligencia artificial y los derechos morales (Sérgio Branco y Beatriz Nunes); las excepciones y limitaciones a los derechos morales (Johan Axhamn); la relación y potenciales conflictos entre los derechos morales y la libertad de expresión (Christophe Geiger y Elena Izyumenko); la protección de los derechos morales en Grecia, limitaciones y problemas de abuso (Iriní A. Stamatoudi); los derechos morales y resolución alternativa de litigios (Brigitte Lindner); y cuestiones de derecho internacional privado relacionadas con los derechos morales (Paul L. C. Torremans).

Como se ve, esta sección recoge algunos de los temas que suscitan mayor debate a nivel mundial en la actualidad y que se encuentran en la agenda de discusiones del Comité Permanente de Dere-

cho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y otros grandes foros, como es el caso, por ejemplo, de las limitaciones y excepciones al derecho de autor frente a los desafíos del nuevo escenario tecnológico (para lo cual pueden ser especialmente útiles los trabajos de Axhamn y Stamatoudi) y los potenciales conflictos entre el derecho de autor y la libertad de expresión de creadores y usuarios desde la perspectiva de los derechos morales, dimensión que ciertamente, como advierten sus autores —Geiger e Izyumenko—, ha sido mucho menos explorada.

Sin embargo, no puedo evitar detenerme para hacer una breve referencia al capítulo titulado “Artificial intelligence and moral rights” (“Inteligencia artificial y derechos morales”) de Sérgio Branco y Beatriz Nunes, no solo porque le he dedicado un lugar especial a este tema en mi agenda de investigación en los últimos años, sino particularmente porque celebro su preocupación por referirse a otros dilemas que se generan en este tema más allá de la autoría y la titularidad de los productos generados por la inteligencia artificial. Este capítulo incluye algunas consideraciones sobre el análisis del alto valor de mercado que pueden alcanzar las obras generadas por inteligencia artificial y su conexión con los derechos morales, así como los desafíos de transparencia. Estas reflexiones pueden ser muy útiles a la hora de tomar decisiones sobre futuras regulaciones.

La quinta parte agrupa diversos estudios sobre los derechos morales fuera de Europa, incluyendo aquellos sobre conocimientos tradicionales (Susy Frankel), así como los derechos morales en Japón (Tatsuhiko Ueno), China (Yong Wan), América Latina —con especial énfasis en la Comunidad Andina (Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia)—; Brasil (Silmara Juny de Abreu Chinellato) y países de la Commonwealth (Gillian Davies). La riqueza de esta sección es evidente, ya que nos permite acercarnos a otras realidades para comprender algunas diferencias de los regímenes y los retos que se derivan de ellas.

En la sexta parte se presentan tres capítulos en los que John Peffer examina las implicaciones de los derechos morales y la ética de la imagen en Sudáfrica, Darren Hudson Hick analiza los derechos morales en la ficción narrativa y Rudolf Leška explora las estrategias empleadas por los autores que no desean que sus obras estén dispo-

nibles y las implicaciones de ello tras su fallecimiento. Por último, Ysolde Gendreau presenta una conclusión integradora que nos permite reflexionar sobre la diversidad de regímenes de protección de los derechos morales, su situación actual, funciones y desafíos para el futuro.

Como puede verse, este manual es una obra única por ser completa y exhaustiva, y también por la riqueza de su contenido y la calidad de sus contribuciones. Así que no dudamos de que será de gran utilidad para abogados, académicos y estudiantes de todo el mundo. A los lectores latinoamericanos cabe decirles también que, aunque está escrito originalmente en inglés, las personas no angloparlantes hoy contamos con diversos dispositivos y herramientas tecnológicas que facilitan su lectura y la hacen más accesible.

Esta obra resulta de lectura obligada para los estudiosos del derecho de autor, ya que nos permite sumergirnos en un viaje por el pasado, el presente y el futuro de los derechos morales, reflexionando sobre sus bases, pero también aportando una mirada sobre sus nuevos desafíos. En ese sentido, felicitamos a los autores, editores y a todos quienes participaron de la elaboración de este texto. Sin duda, es una herramienta muy valiosa que, a través de una mirada integral y renovada, nos acerca a otras realidades y guiará el esfuerzo de investigadores que a lo largo del mundo deseen adentrarse en la muy apasionante, pero también muy difícil, tarea de investigar sobre los derechos morales de autor.

Reseña bibliográfica

Infracciones en materia de derechos de autor y patrimonio cultural

de Jesús Parets Gómez

México, Tirant Lo Blanch, 2024, 120 páginas

* * * *

Claudia del Carmen Viascán Castillo

Escuela Libre de Derecho

Claudiaviascan@hotmail.com

Hacer una reseña de esta obra del Dr. Jesús Parets Gómez es, además de un honor, una inspiración y una oportunidad para los que trabajamos en favor de los derechos de autor y de sus titulares. Leer la obra de Parets es un facilitador, incluso para quienes no son expertos en la materia; su organización y claridad permiten crear mapas mentales que facilitan y ordenan el conocimiento. En este libro en particular, recurre a la herramienta del cuadro sinóptico, que, como dijimos antes, ayuda a la comprensión del lector. Es indudable que el autor pone aquí de manifiesto su vena docente y pedagógica.

Partiendo del título de la obra, es de destacar, como lo indica Parets, que la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana prevea un procedimiento administrativo punitivo que busque restablecer la afectación del derecho subjetivo de los autores, y que en el cuerpo legal se señalen y tipifiquen algunas de las conductas infractoras en materia de derecho de autor, que como bien el autor estudia, tienen por objeto castigar al que comete la conducta infractora y, de alguna manera, restablecer en sus derechos al titular afectado.

Al efecto, el artículo 230 de la ley en comento establece que las

infracciones materia del estudio que hace el Dr. Parets son sancionadas por el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR), que es la autoridad competente, con multas que van desde quinientos hasta veintidós mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización (UMA).¹ Este mismo precepto establece que se aplicarán multas adicionales de hasta setecientas veces el valor diario de la UMA a quien persista en la infracción, y que estas sanciones se impondrán de manera independiente a la indemnización que corresponda por daños y perjuicios a los afectados.

Las infracciones en la materia también pueden ser castigadas con sanciones penales, dependiendo de la conducta de que se trata, y las penas pueden ir desde los seis meses hasta los diez años de prisión, según el delito del que se trata, además de las multas que correspondan y la indemnización por daños y perjuicios.

El sistema punitivo en la materia por sí sólo no hará que desaparezcan los infractores en materia de derecho de autor, ni que estos sujetos sigan formulando nuevas maneras de apropiarse del esfuerzo de otro para obtener beneficios, pero estamos convencidos de la necesidad de tipificar estas conductas para que los autores las reconozcan y sepan que hay distintas formas de castigar a los que se aprovechan indebidamente de ellos o de su obra.

La obra se divide en sólo dos capítulos. En el primero, hace un análisis de las infracciones en materia de derechos de autor; y en el segundo, de las infracciones administrativas en materia de patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afro-mexicanas.

En el capítulo I, titulado “Estudio de las infracciones en materia de derechos de autor”, Parets enumera las catorce causales de infracción en materia de derecho de autor y las desagrega, analizando todos sus elementos. El legislador mexicano, como en otras muchas temáticas, deja abierta la posibilidad a que sean más de catorce las conductas infractoras de los derechos de autor y establece en el numeral XIV del artículo 229: “Las demás que se deriven de la interpretación de

1 La UMA es la unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia económica en pesos para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales y estatales, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de todas las anteriores (Fuente: www.inegi.org.mx).

la presente Ley y sus reglamentos”, lo cual permite extender el poder punitivo del Estado a cualquier otra conducta que vulnere facultades morales o patrimoniales no sólo de autores, sino también de artistas, intérpretes o ejecutantes, titulares de derechos conexos, titulares de reservas de derecho al uso exclusivo, productores de fonogramas y videogramas, editores, organismos de radiodifusión, los relacionados con los derechos de imagen y los relacionados con las culturas populares (pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas).

Parets revisa cada una de las infracciones que establece la legislación, analizando todos los elementos que componen cada una de estas: sujetos —tanto los protegidos/afectados como los infractores—, los objetos tutelados y los elementos de actualización de la conducta infractora.

Como dijimos, respecto a los sujetos, Parets habla de: a) sujetos protegidos: autores (primigenios y derivados), titulares patrimoniales de autor, titulares de derechos conexos, otros sujetos de especial naturaleza y pueblos o comunidades; y b) sujetos infractores, a quien el autor llama “sujetos activos de la conducta”, refiriéndose a la conducta que ejecutan al cometer la infracción.

Al referirse a los objetos tutelados, el autor los clasifica en tres grupos: a) contratos y, en general, actos de transmisión de derechos y autorizaciones; b) sociedades de gestión colectiva y lo que a la recaudación y entrega de cantidades hace al objeto de éstas; c) requisitos que deben cumplir las publicaciones de las obras de terceros.

Respecto de los elementos de actualización de la conducta infractora, Parets enuncia los siguientes: a) acción u omisión lesiva al derecho de autor, derecho conexo u otro relacionado; b) formalidad de la conducta; c) sujeto(s) activo(s) de la conducta, pudiendo ser determinado o indeterminado; d) el elemento subjetivo (intencionalidad) para algunos casos; y e) el resultado de la conducta, es decir, el daño o el peligro.

En este primer capítulo, Parets nos da una definición de infracciones en materia de derechos de autor y señala:

... se pueden definir como diversas conductas lesivas de los derechos de autor, derechos conexos y otros intelectuales relacionados, que tienen como finalidad restablecer la legalidad quebrantada a

través de sanciones económicas de distinto nivel y que corresponden con el grado de lesión de cada una y los elementos que concurren en la conducta en sí.

La enumeración que hace el autor de las causales de infracción obedece al orden del precepto legal:

- I. Celebrar el editor, empresario, productor, empleador, organismo de radiodifusión o licenciatario un contrato que tenga por objeto la transmisión de derechos de autor en contravención a lo dispuesto por la presente Ley.
- II. Infringir el licenciatario los términos de la licencia obligatoria que se hubiese declarado conforme al artículo 146 de la presente Ley.
- III. Ostentarse como sociedad de gestión colectiva sin haber obtenido el registro correspondiente ante el Instituto.
- IV. No proporcionar, sin causa justificada, al Instituto, siendo administrador de una sociedad de gestión colectiva los informes y documentos a que se refieren los artículos 204 fracción IV y 207 de la presente Ley.
- V. No insertar en una obra publicada las menciones a que se refiere el artículo 17 de la presente Ley.
- VI. Omitir o insertar con falsedad en una edición los datos a que se refiere el artículo 53 de la presente Ley.
- VII. Omitir o insertar con falsedad las menciones a que se refiere el artículo 54 de la presente Ley.
- VIII. No insertar en un fonograma las menciones a que se refiere el artículo 132 de la presente Ley.
- IX. Publicar una obra, estando autorizado para ello, sin mencionar en los ejemplares de ella el nombre del autor, traductor, compilador, adaptador o arreglista.
- X. Publicar una obra, estando autorizado para ello, con menoscabo de la reputación del autor como tal y, en su caso, del traductor, compilador, arreglista o adaptador.
- XI. Publicar antes que la Federación, los Estados o los Municipios y sin autorización las obras hechas en el servicio oficial.²

2 Ley Federal del Derecho de Autor de 1996. Título XII “De los procedimien-

XII. Emplear dolosamente en una obra un título que induzca a confusión con otra publicada con anterioridad.

XIII. Fijar, representar, publicar, efectuar alguna comunicación o utilizar en cualquier forma una obra literaria y artística, protegida conforme al capítulo III, del Título VII, de la presente Ley, sin mencionar la comunidad o etnia, o en su caso la región de la República Mexicana de la que es propia.

XIV. Las demás que se deriven de la interpretación de la presente Ley y sus reglamentos.

No hay desperdicio en cada una de las páginas de este libro, pero en esta reseña sólo haremos referencia los contratos que tienen por objeto derechos de autor, derechos conexos u otros vinculados con estos, los cuales, como señala Parets, son uno de los objetos sobre los que se cometen infracciones, que, por lo general, se trata de actos jurídicos de autorización o de transmisión. En estos supuestos, las conductas infractoras recaen sobre contratos celebrados en contravención a la Ley Federal del Derecho de Autor, es decir, son contratos que no cumplen con el objeto y fin pactado por la voluntad de las partes (alcance de los contratos), contratos que contravienen o violan las disposiciones legales sobre la materia y contratos que no cumplen con los requisitos formales y de fondo para su celebración, entre otros.

Queremos resaltar la importancia que Parets le da al proceso de inscripción de los actos, convenios o contratos que en cualquier forma confieren, modifican, gravan, transmiten o extinguen derechos patrimoniales para salvaguardar el principio de seguridad jurídica. El autor da detalle de las etapas de inscripción y señala una etapa de estudio formal y una de estudio de fondo que hace al estudio del objeto del acto y al alcance de este.

El capítulo II se denomina “Infracciones administrativas en materia de patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas”. Parets basa su estudio en la Ley Federal de protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afroamericanas.

tos administrativos”. Capítulo I “De las infracciones en materia de derechos de autor”.

Esta novedosa y reciente Ley, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2022, tiene como objetivo la preservación, salvaguarda y promoción del patrimonio cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afroamericanas. Debemos considerarla como un esfuerzo legislativo importante para que estos grupos puedan preservar y mantener su patrimonio cultural. Así lo establece el artículo 1° del ordenamiento:

Tiene por objeto reconocer y garantizar la protección, salvaguardia y el desarrollo del patrimonio cultural y la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, en términos de los artículos 1o., 2o., 4o., párrafo décimo segundo, y 73, fracción XXV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los instrumentos internacionales en la materia.

A los fines del estudio del Dr. Parets, hacemos referencia al artículo segundo del mismo ordenamiento, que señala dentro de los fines de la Ley los siguientes:

...V. Constituir el Sistema de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas como mecanismo de coordinación interinstitucional del gobierno federal, conjuntamente con los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, y VI. Establecer las sanciones por la apropiación indebida y el uso, aprovechamiento, comercialización o reproducción, del patrimonio cultural, conocimientos y expresiones culturales tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, según corresponda, cuando no exista el consentimiento libre, previo e informado de dichos pueblos y comunidades o se vulnera su patrimonio cultural.

Sobre el concepto del patrimonio cultural, la legislación establece:

Patrimonio cultural: es el conjunto de bienes materiales e inmateriales que comprenden las lenguas, conocimientos, objetos y todos los elementos que constituyan las culturas y los territorios de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, que les dan sen-

tido de comunidad con una identidad propia y que son percibidos por otros como característicos, a los que tienen el pleno derecho de propiedad, acceso, participación, práctica y disfrute de manera activa y creativa.³

Al respecto, Parets sintetiza el concepto diciendo que el patrimonio cultural son todos los bienes —materiales e inmateriales— de estos grupos, es decir, colectivos, los cuales integran la “propiedad intelectual colectiva”.

En este capítulo analiza como bienes jurídicos inmateriales de la propiedad intelectual en sentido estricto: los derechos de autor sobre las obras literarias y artísticas, los derechos colectivos sobre las obras de arte popular y artesanal de las culturas populares y los derechos colectivos sobre el patrimonio cultural material e inmaterial de los pueblos y las comunidades indígenas y afroamericanas.

Parets también hace una enumeración de las causales de infracciones administrativas en materia de patrimonio cultural de los pueblos y las comunidades indígenas y afroamericanas, obedeciendo al orden del artículo 69 de la citada Ley:

- I. Reproducir, copiar o imitar, incluso, en grado de confusión, elementos del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades sin autorización del titular o titulares de los derechos.
- II. La apropiación indebida o aprovechamiento por terceros, sin autorización y para beneficio propio, del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas a que se refiere esta Ley.
- III. Incumplir los términos de la autorización otorgada para el uso, aprovechamiento o comercialización de elementos del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades.
- IV. Autorizar el uso, aprovechamiento, comercialización o industrialización de elementos del patrimonio cultural a terceros, sin haber sido designado para ello por algún pueblo o comunidad indígenas o afroamericanas titular de una manifestación.
- V. Ostentarse como titular de algún derecho colectivo sobre ele-

3 Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/584474>.

mentos del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, sin tener la calidad o representación de los mismos.

VI. Poner a disposición del público a través de cualquier medio electrónico conocido o por conocer elementos del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas sin su consentimiento.

VII. Las que deriven de la interpretación de la Ley y su reglamento.

En este capítulo, el autor vuelve a poner especial atención en los principios básicos de contratación para poder definir la conducta infractora, es decir, analiza el objeto y fin de los contratos de acuerdo con la voluntad de las partes, siendo la regla principal la intención común y el principio de la buena fe. Consideramos que la voluntad de las partes, atendiendo a las palabras pactadas y al contexto y, en caso de duda, considerando las circunstancias en las que se celebró el acuerdo —incluyendo las negociaciones preliminares—, deben ser tomadas en consideración en cualquier disputa que haya sobre estos actos jurídicos.

Es de nuestra mayor consideración recomendar como obligatoria la lectura de este estudio, pues el Dr. Parets, como en todas sus obras, deja en el lector el impulso de seguir conociendo y construyendo. Ahora, desde su trinchera como director del Registro Público del Derecho de Autor en el INDAUTOR y con este libro, nos pone de manifiesto —e incluso nos señala— el registro de contratos como herramienta de revisión de los actos de que realicen los autores o titulares de derechos, quienes, a veces, son la parte débil en las negociaciones en torno a la propiedad intelectual. Consideramos que sigue siendo tarea de los que abogamos por el respecto de los derechos de los autores castigar la apropiación ajena e incentivar la creatividad, pues sólo así la cultura de un país sigue creciendo.

Reseña bibliográfica

Propiedad intelectual: Aspectos contractuales de los derechos patrimoniales de autor

de Cristian David Sarmiento

Bogotá, Tirant lo Blanche, 2024, 401 páginas

* * * *

José Daniel Rengifo Martínez

Universidad Nacional de Colombia

jdrengifom@unal.edu.co

El crecimiento de las industrias creativas y culturales en el siglo XXI, gracias a las nuevas tecnologías de la información y comunicación, no ha sido ajeno a una realidad intrínseca ineludible para los hacedores de políticas públicas, especialmente para los legisladores: la profunda disparidad que existe en el poder de negociación de los autores y los intérpretes o ejecutantes (titulares originarios) y los diferentes actores de la cadena de valor que suelen fungir como adquirentes de los derechos patrimoniales de autor y los derechos conexos (titulares derivados). Esta es la preocupación central de Cristian David Sarmiento en su primer libro: *Propiedad intelectual: Aspectos contractuales de los derechos patrimoniales de autor*, editado por Tirant Lo Blanche.

A lo largo del texto, el autor se pregunta si la protección otorgada a los autores por la normativa autoral en Colombia es suficiente para equilibrar la disparidad que existe en el poder de negociación de los autores en los momentos en los cuales estos suscriben contratos de transferencia de derechos patrimoniales de autor con terceros. El abordaje del autor sobre su pregunta de investigación no se limita a la mera reflexión sobre la insuficiencia de la normativa actual en el

saneamiento de estas disparidades: como solución a la problemática planteada, propone vehículos para remediar el desequilibrio contractual entre los autores y los titulares derivados a través de propuestas de *lege lata* y *lege ferenda* asociados a la cláusula de retorno de derechos patrimoniales de autor establecida en el artículo 23 de la Ley 23 de 1982 y a la revocatoria de derechos patrimoniales de autor establecida en el artículo 33 de la Ley 397 de 1997.

El primer capítulo del libro, considerablemente más extenso que los otros dos, tiene por objeto exponerle al lector el estado del arte asociado a su pregunta de investigación, objeto que es alcanzado satisfactoriamente en tres momentos: 1) el estudio de la normativa autoral en Colombia, su análisis bajo el lente de la libertad de contratación de las partes de contratos de transferencia de derechos patrimoniales de autor y los límites que pueden esbozarse a dicha libertad; 2) el desequilibrio negocial presente en los contratos previamente señalados, en detrimento de los autores, y su estudio a partir de los diferentes vehículos que buscan remediar esa disparidad a través de la limitación de la libertad de contratación de las partes; y 3) un interesante estudio de dos figuras que propenden por lo anterior: la Directiva Europea 2019/790 y el *termination right* en los Estados Unidos de América (EE. UU.).

El estudio de la normativa autoral en Colombia por parte del autor es excelso. Partiendo de los primeros tratados internacionales en la materia (incluyendo el pocas veces abordado conjunto de tratados multilaterales del orden subregional), la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina y la normativa constitucional y legislativa nacional, el autor consume uno de los estudios más juiciosos que se han hecho sobre la normativa autoral en Colombia, abordando los principales cambios que se han derivado de su progreso en relación con el objeto y el sujeto de protección del derecho de autor, los principios que lo rigen y sus plazos, brindando especial atención a la evolución de las discusiones asociadas a los derechos patrimoniales de autor y la facultad otorgada a los titulares originarios y derivados para disponer de ellos.

Especial interés despierta un análisis de las cláusulas interpretativas de los actos y contratos asociados a la disposición de derechos patrimoniales de autor, como la independencia de las distintas formas

de explotación de la obra, la interpretación restrictiva de los negocios jurídicos sobre derechos patrimoniales de autor y la prohibición de transferencia de derechos patrimoniales de autor sobre formas de explotación no conocidas al momento de suscribir el contrato, pues dicho análisis sirve de antesala para el estudio del concepto y los límites de la libertad de contratación en la transferencia de derechos patrimoniales de autor.

El autor aborda el estudio del concepto de autonomía de la voluntad repasando la evolución de su contenido: desde la teoría racionalista (que, desde una aproximación kantiana, se traduce en la plena igualdad formal entre las partes contratantes), la teoría normativista (que subordina la libertad de contratación al conjunto de normas imperativas que rigen los acuerdos de voluntades) y la teoría asociada a un conjunto de visiones solidaristas o altruistas (donde el fin último del contrato muta del interés propio al beneficio común de las partes). A partir de este repaso, el autor centra estudio en el artículo 3 de la Ley 23 de 1982, que limita la disposición de los derechos patrimoniales de autor al “libre criterio” del titular bajo unas “condiciones lícitas” que, interpreta el autor a la luz del Código Civil, consisten en la prohibición de que la disposición de los derechos patrimoniales de autor no vulnere las normas imperativas fundadas en el mantenimiento del orden público o las buenas costumbres.

Para ilustrar lo anterior, el autor trae a colación dos sentencias de la Corte Constitucional: 1) la sentencia de tutela T-367 de 2009, asociada a una acción de tutela interpuesta por Rafael Escalona contra la sociedad Editora Internacional de Música Ltda. (EDIMUSICA), en la que la Corte Constitucional determinó que no es posible ejecutar un acuerdo de transferencia de derechos patrimoniales de autor cuando a través de dicho acuerdo se puedan vulnerar el derecho del autor al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas; y 2) la sentencia de constitucionalidad C-069 de 2019, en la que se estudió la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 1835 de 2017 (Ley Pepe Sánchez), que establece una remuneración por comunicación pública a los autores de obras cinematográficas, determinándose por parte de la Corte Constitucional su constitucionalidad, toda vez que es posible limitar la autonomía de la voluntad privada en relación con el carácter dispositivo de los derechos patrimoniales de autor cuando

dicha limitación propende por el interés público o social, el bienestar colectivo y el goce efectivo de los derechos constitucionales.

El autor realiza un excelente estudio de los límites a la libertad de contratación en el derecho de autor desde el orden público, concepto desarrollado en relación con el derecho de autor tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, al señalar que la posibilidad de que existan imposiciones arbitrarias o abusivas en detrimento de los autores implica la necesidad de una intervención del Estado para crear normas de orden público que no puedan ser desconocidas en acuerdos de voluntades entre titulares originarios y titulares derivados.

En este sentido, el autor aborda los diferentes límites a la contratación asociada a la transferencia de derechos patrimoniales de autor en Colombia, deteniéndose en el estudio de la restricción a la libertad de contratación en su faceta positiva cuando la disposición de los derechos patrimoniales de autor afecta la seguridad social en conexidad con el derecho al mínimo vital de los autores (artículo 33 de la Ley 797 de 1997, conforme a la sentencia C-155 de 1998); cuando los funcionarios públicos crean obras artísticas y literarias en el marco de sus funciones legales y constitucionales, caso en el cual estos no pueden pactar en contrario de dicha cesión por disposición legal (artículo 91 de la Ley 23 de 1982); y cuando se causan los derechos de mera remuneración consagrados en la Ley Pepe Sánchez.

Adicional a lo anterior, el autor estudia las restricciones a la libertad de modificación del tipo contractual, como las formalidades *ad substantian actus* asociadas a la transferencia de derechos patrimoniales de autor, las limitaciones temporales a los mandatos concedidos en virtud del derecho de autor, la interpretación restrictiva de la transferencia de derechos patrimoniales de autor, la prohibición de transferencia de la producción futura de forma indeterminada y la prohibición de transferencia sobre formas de explotación no conocidas al momento de la formación del contrato.

Este análisis de las limitaciones a la libertad de contratación en la transferencia de derechos patrimoniales de autor sirve a éste como contexto para desarrollar la existencia de un desequilibrio en las relaciones contractuales en la materia y la ausencia de un régimen que regule dicho desequilibrio en Colombia. Dicho desequilibrio

es abordado desde la asimetría en la información (por ejemplo, la disparidad en la información asociada al mercado de la obra artística o literaria, que usualmente ocurre en favor del titular derivado y en detrimento del titular originario) y la asimetría económica (que parte de contextos en los cuales el autor no cuenta con los recursos económicos para su sostenimiento y la necesidad de superar esa ausencia permea la suscripción de un acuerdo de transferencia de derechos patrimoniales de autor), entre otros.

El análisis teórico del desequilibrio contractual en mención es ilustrado con dos ejemplos de vehículos contractuales cuyos efectos pueden manifestarse en detrimento de los intereses de los autores, a saber: 1) los contratos con efecto *buyout*, esto es, la transferencia de derechos patrimoniales de autor sobre una obra artística o literaria por el término máximo permitido por la normativa autoral, todos los territorios del mundo y a cambio de una única remuneración que comúnmente es sustancialmente inferior al valor de la obra artística o literaria; y 2) los contratos con efectos de 360 grados, esto es, los contratos en los cuales se suma a la transferencia de los derechos patrimoniales de autor otra serie de derechos, tales como los derechos de imagen y derechos marcarios, entre otros.

El autor reconoce la necesidad de que, al igual que como ocurre en otras ramas del derecho —como la del derecho del consumo—, exista un régimen que permita sanear la disparidad de las partes en los contratos de transferencia de derechos patrimoniales de autor y, a partir de esa consideración, estudia dos figuras creadas con objetivos afines en el derecho extranjero: 1) el *termination right* en los EE. UU., consagrado en el Copyright Act de 1976, que establece que, por un periodo de 5 años contado desde el paso de los 35 años siguientes a la celebración de la transferencia de los derechos patrimoniales de autor, el autor podrá dar por terminado dicha transferencia, de manera que los derechos patrimoniales de autor regresen a su patrimonio; y 2) el principio de remuneración adecuada y proporcionada para los autores, consagrado en la Directiva Europea 2019/790, que establece en cabeza de los Estados miembros garantizar una remuneración adecuada y proporcionada a los autores cuando existan licencias o cesiones de derechos patrimoniales de autor.

El autor concluye este capítulo señalando que, en comparación

con las disposiciones de derecho extranjero analizadas, la Comunidad Andina se ha quedado rezagada en el objetivo de garantizar un mayor equilibrio entre las partes de los contratos de transferencia de derechos patrimoniales de autor y formula, en consecuencia, dos propuestas que buscan reducir dicho desequilibrio bajo la normativa autoral en Colombia: 1) una propuesta de *lege lata* asociada a las cláusulas de retorno y de revocatoria de derechos patrimoniales de autor; y 2) una propuesta de *lege ferenda* asociada a la modificación de la cláusula de retorno de derechos patrimoniales de autor y de revocatoria de derechos patrimoniales de autor.

La propuesta de *lege lata* para las cláusulas de retorno está asociada al artículo 23 de la Ley 23 de 1982, que se deriva de la conclusión de que dichas cláusulas de retorno no tienen aplicación en Colombia pese a su vigencia, conclusión a la que se llega después de un análisis exegético de los diferentes contextos en los cuales se transfieren derechos patrimoniales de autor en Colombia (acto entre vivos, cesión legal, presunción legal y transferencia por causa de muerte). En este sentido, el autor formula la novedosa interpretación de que el artículo previamente citado constituye una cláusula natural (esto es, aplica salvo que las partes pacten en contrario, pacto que, en este caso, debe constar por escrito) en todo acto entre vivos mediante el cual se pretenda ceder derechos patrimoniales de autor, por lo que en aquellos casos en los cuales haya existido una transferencia de derechos patrimoniales de autor mediante acto entre vivos, una vez hayan transcurrido 25 años después de la muerte del autor, los derechos patrimoniales de autor serán transferidos a los herederos.

Por otro lado, el autor realiza una propuesta de *lege lata* asociada al artículo 33 de la Ley 397 de 1997, que se deriva de la dificultad de aplicar dicho artículo en beneficio de los autores debido a las inconsistencias en la determinación del sujeto y el objeto de protección y de los supuestos de hecho que permiten establecer que la transferencia de derechos patrimoniales de autor vulnera los derechos de la seguridad social del autor. Para ello, el autor plantea una interpretación que permita considerar como un supuesto de hecho una forma de lesión enorme que se configura cuando las partes acuerden un pago único por la transferencia de los derechos patrimoniales de autor que sea inferior al cincuenta por ciento del valor total de la obra o

cuando las partes acuerden una regalía cuyo valor sea cincuenta por ciento inferior a la normalmente pactada en el mercado respectivo.

En relación con las propuestas de *lege ferenda*, el autor realiza una propuesta de modificación de la cláusula de retorno consagrada en el artículo 23 de 1982, tomando como inspiración el *terminaton right* estadounidense, pero simplificando su aplicación en aras de evitar las múltiples dificultades que han empañado la puesta en marcha debido a las formalidades exigidas por la Copyright Act para su ejercicio. Así, el autor propone que el retorno de los derechos patrimoniales del autor opere 25 años después de la suscripción del acuerdo de transferencia de derechos patrimoniales (ya no desde la muerte del autor, como actualmente lo establece la norma, con nula aplicación en la práctica), no aplicando, en consecuencia —para los casos de cesión legal—, presunción de cesión legal o transmisión por causa de muerte.

Finalmente, Sarmiento realiza una propuesta de modificación del artículo 33 de la Ley 397 de 1997, cuyo más importante aporte es el reemplazo de las palabras “mínimo vital” y “seguridad social” por “congrua subsistencia”, concepto adaptado del artículo 413 del Código Civil e inspirado en el principio de remuneración adecuada y proporcionada para los autores consagrado en la Directiva Europea 2019/790. Adicional a lo anterior, de esta propuesta se deriva el hecho de que todo acto de transferencia de derechos patrimoniales de autor deberá realizarse a título oneroso.

A manera de conclusión, el libro *Propiedad intelectual: Aspectos contractuales de los derechos patrimoniales de autor* es en definitiva un aporte significativo a la discusión sobre el desequilibrio en el poder de negociación entre titulares originarios y titulares derivados en los contratos de transferencia de derechos patrimoniales de autor en Colombia. Además de constituirse como un texto de consulta obligatoria para abogados y estudiantes de derecho interesados en ejercer su carrera en el ámbito del derecho de autor y los derechos conexos, debido al magistral abordaje de los diferentes elementos que permean la negociación de los acuerdos de voluntades en la materia, las propuestas de *lege lata* y *lege ferenda* planteadas por el autor ameritan una discusión académica amplia que permita reivindicar la importancia de construir una normativa autoral que proteja e incentive a los creadores.

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 justificada.

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) Estudios
- c) Jurisprudencia comentada
- d) 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 Estudios publica análisis e informes económicos, jurídicos, sociológicos, estadísticos o de cualquier otra disciplina relacionados con la propiedad intelectual. No se requiere que sean trabajos inéditos.

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 cual-

quier 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

Las fechas de recepción de los trabajos son las siguientes:

Para el número de **junio**: hasta el **15 de abril**.

Para el número de **diciembre**: hasta el **15 de octubre**.

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 autorreferenciarse.

* 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) Estudios
- c) Jurisprudencia comentada
- d) 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.

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 **Estudios** presenta informes, de cierta extensión, elaborados a partir de consultorías, estudios, informes estadísticos o trabajos de tesis, no necesariamente jurídicos. No se requiere que sean inéditos y pueden ser el resultado de trabajos requeridos por organismos internacionales, organismos públicos o centros de investigación. Puede tratarse de trabajos interdisciplinarios. En caso de ser necesario, deberán adaptarse para seguir las mismas reglas de citación requeridas en la sección Doctrina.

Extensión: no hay límite de extensión.

También deberán incluir: título, 8 a 10 palabras clave y resumen, todo en español, portugués e inglés; bibliografía utilizada; 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.

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.

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:

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 40 palabras o más, 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 ratificatorias 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.

