

REVISTA IBEROAMERICANA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Nº 23

2025

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 Alejandre (Universidad Autónoma de Madrid, España)
Carmelo Modica (Paraguay)
Ana María Pacón (Perú)
Miguel Rapela (Universidad Austral, Argentina)
Ernesto Rengifo García (Universidad Externado de Colombia, Colombia)
Andrés Sánchez Herrero (Universidad Austral, Argentina)

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DOI: <https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300>

Universidad Austral

Facultad de Derecho

Ciudad de Bs. As.: Cerrito 1250 (C1010AAZ), CABA

Ciudad de Pilar: M. Acosta 1611 (B1629WWA), 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

Artículos de investigación

Tensiones entre propiedad intelectual y defensa de la competencia:
desarrollo histórico y reflexiones sobre su evolución

Beatriz Bugallo Montaña 7

Del terroir a las indicaciones geográficas en Mendoza: valorización
diferencial del vino argentino

Patricio T. Murphy 75

¿Las IA generativas pueden generar estado de la técnica de patentes?

Tarso Mesquita Machado - Rafael Augusto Marques da Costa 119

La cláusula general de competencia desleal en Chile y su integración
mediante casos típicos

Manuel Bernet Páez 153

Bienes culturales digitales y gobernanza cooperativa del conocimiento:
fundamentos para un nuevo paradigma regulatorio del derecho de autor

Fernando A. Ramos-Zaga 197

La autoría en tiempos de ChatGPT: nuevos desafíos para el derecho de autor

Germán Darío Flórez Acero - Mayerly Andrea Acero Alba 227

Nombres artísticos o seudónimo: naturaleza jurídica ¿derecho
personalísimo y/o derecho exclusivo?

Tirso Fernando Castro Rodríguez - Berenice Hernández Deleyjaz 305

La resolución de disputas sobre indicaciones geográficas asistida por inteligencia
artificial: una nueva frontera de gobernanza en propiedad intelectual

Iván Vargas-Chaves 345

¿Luces, cámara, a... ¿algoritmo?! Reescribamos el guion regulatorio
de la inteligencia artificial en la industria audiovisual peruana

Estrella Arrasco Gálvez 379

La Oficina Española de Derechos de Autor y Conexos (OEDAC).
Estudio comparativo con otros países de Europa y América

Michelle Azuaje Pirela 429

Protección jurídica de los derechos conexos en Cuba: análisis crítico
de sus principales desafíos

**Dayanis María Rodríguez Hernández - Lázaro Arley Martín Márquez -
Iliet Hernández Verdecia 453**

Estudios

Una oposición a la diferencia entre idea y expresión de la idea

Jonatan Lukasiewicz 509

Propuestas y estrategias para la protección y promoción del desarrollo
de drogas huérfanas

Angela Santorsa Gutierrez 545

La duración de la protección patrimonial del derecho de autor sobre obras
fotográficas en Argentina: análisis normativo e interpretación a la luz de los
tratados internacionales

Lara Verónica Rodríguez Peña 615

Reseñas bibliográficas

*Estudio sobre las excepciones al derecho de autor y derechos conexos. Análisis
comparado en Chile, Colombia, México y Perú*
de Santiago Schuster Vergara

Fernando Zapata López 707

*Originalidad, creatividad y registro del derecho de autor. ¡6 Años después!
¿Qué postura asumir ante la inteligencia artificial?*
de Jesús Parets Gómez

Claudia del Carmen Viascán Castillo 713

El Derecho de Propiedad Intelectual de los Consumidores
de José Carlos Mallma Soto

Claudia del Carmen Viascán Castillo - Gustavo Schötz 721

Normas editoriales 727

Artículos de investigación

* * * *

Tensiones entre propiedad intelectual y defensa de la competencia: desarrollo histórico y reflexiones sobre su evolución¹

* * * *

Beatriz Bugallo Montaña

Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay)

beatriz.bugallo@fder.edu.uy

<https://orcid.org/0000-0002-7920-3112>

Recibido: 20 de febrero de 2025

Aceptado: 8 de diciembre de 2025

Resumen

El ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual puede generar efectos anticompetitivos a tenor de las prohibiciones que se establecen en el derecho de la competencia, concretamente en la defensa de la competencia. Ambos sectores presentan similitudes y diferencias que imponen un análisis de los distintos casos. La normativa internacional y de ámbito nacional no establece una concreta solución. Jurisprudencia y doctrina desde comienzos del siglo XX han debido definir tales situaciones a la luz de principios del derecho de la competencia. Eso ha generado una serie de sentencias básicamente norteamericanas y europeas que todavía no dan una pauta estable de tendencia en la consideración de los distintos casos. Se analiza dicha evolución mencionando una acotada selección de sentencias, así como algunas de las metodologías aplicables en las distintas posiciones de las experiencias existentes. Nos referimos tanto a criterios típicamente jurídicos como a criterios que provienen de la Economía. A modo de conclusión se valora la evolución reflexionando desde la perspectiva latinoamericana y uruguaya actuales. Se plantea la necesidad de definir el alcance de la expresión “bienestar de consumidores y usuarios” —que se encuentra presente como objetivo en la defensa de la competencia tanto como en el marco de protección internacional de la propiedad

1 Trabajo realizado como parte del Proyecto de Docencia de Dedicación Total, Facultad de Derecho, UDELAR.

intelectual— a efectos de la valoración de los efectos anticompetitivos desde una perspectiva regional.

Palabras clave: propiedad intelectual, competencia, derecho de la competencia, defensa de la competencia, *antitrust law*, bienestar del consumidor, autoridades nacionales de competencia, innovación tecnológica.

Tensions Between Intellectual Property and Competition Law: Historical Development and Reflections on its Evolution

Abstract

The exercise of intellectual property rights can generate anti-competitive effects in accordance with the prohibitions established in competition law, specifically in the antitrust law. Both branches of law present similarities and differences that require an analysis of each different case. International and national regulations do not establish a specific solution. Jurisprudence and doctrine since the beginning of the 20th century have had to define such situations in the light of competition law. This has generated a series of basically North American and European sentences that still do not provide a stable pattern of tendency in the consideration of the different cases. This evolution is analyzed by mentioning a limited selection of judgments, as well as some of the methodologies applicable in the different positions of the existing experiences. We refer both to typical legal criteria and to criteria coming from Economics. By way of conclusion, the evolution is evaluated reflecting from the current Latin American and Uruguayan perspective. The need to define the scope of the expression “welfare of consumers and users” — which is present as an objective in the defense of competition, as well as in the framework of international protection of intellectual property — for the purpose of assessing anti-competitive effects from a regional perspective.

Key words: intellectual property, competition, competition law, competition defence, antitrust law, consumer welfare, national competition authorities, technological innovation.

Tensões entre propriedade intelectual e defesa da concorrência: desenvolvimento histórico e reflexões sobre sua evolução

Resumo

O exercício dos direitos de propriedade intelectual pode gerar efeitos anticompetitivos em termos das proibições estabelecidas na lei de concorrência, especificamente na lei antitruste. Há semelhanças e diferenças entre os dois setores, o

que exige uma análise caso a caso. As normas internacionais e nacionais não estabelecem uma solução específica. A jurisprudência e a doutrina, desde o início do século XX, tiveram que definir essas situações à luz dos princípios do direito da concorrência. Isso gerou uma série de decisões, principalmente americanas e europeias, que ainda não fornecem um padrão estável de tendência na consideração dos diferentes casos. Essa evolução é analisada por meio da menção de uma seleção limitada de julgamentos, bem como de algumas das metodologias aplicáveis nas diferentes posições das experiências existentes. Fazemos referência tanto a critérios tipicamente jurídicos quanto a critérios derivados da economia. Como conclusão, a evolução é avaliada por meio de uma reflexão sobre as atuais perspectivas latino-americanas e uruguaias. A necessidade de definir o alcance da expressão “bem-estar do consumidor e do usuário” — que está presente como um objetivo na defesa da concorrência, bem como no âmbito da proteção internacional da propriedade intelectual — é levantada com o objetivo de avaliar os efeitos anticoncorrenciais a partir de uma perspectiva regional.

Palavras-chave: propriedade intelectual, concorrência, direito da concorrência, defesa da concorrência, direito antitruste, bem-estar do consumidor, autoridades nacionais de concorrência, inovação tecnológica.

1. Introducción²

El mercado es el ámbito de encuentro entre la oferta y la demanda, donde —a tenor de su más básica definición desde la economía— se forma el precio según el interés de los operadores. Como todo

2 Abreviaturas utilizadas:

AADPIC; Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

ANC: Autoridades Nacionales de la Competencia.

CEE: Comunidad Económica Europea.

DOJ: Department of Justice, (Estados Unidos).

EE. UU.: Estados Unidos de América.

FRAND: Fair, Reasonable, And Non-Discriminatory (justo, razonable y no discriminatorio).

FTC: Federal Trade Commission, (Estados Unidos).

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

OMC: Organización Mundial del Comercio.

OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

SCOTUS: Supreme Court of The United States.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

ámbito social, tiene reglas jurídicas: se conocen en conjunto como “derecho del mercado”.

Siguiendo doctrina europea del siglo XX (Baylos Corroza, 1993; Bercovitz, 1975; Franceschelli, 1961), el derecho del mercado se integra por ciertas “ramas” o sectores del derecho que se mencionan a continuación.

En primer lugar, destacamos el derecho de la competencia, que regula las relaciones concurrenciales en una doble perspectiva: el derecho contra los actos de competencia desleal, con origen jurisprudencial a partir de mediados del siglo XVIII, y la defensa de la competencia, que procura impedir las conductas colectivas o individuales restrictivas de la libre competencia en el mercado, iniciado en la legislación norteamericana de fines del siglo XX. En el derecho anglosajón, esta rama se denomina *antitrust law*, que, frente a la defensa de la competencia, presenta algunas diferencias, como en cuanto a sus objetivos regulatorios específicos, pero no en el ámbito general de regulación.

En segundo lugar, están las normas que procuran la defensa del consumidor, que se consolidan en la década de 1960, procurando tutelar el interés del consumidor o usuario en cada una de las oportunidades en las que opera en el mercado.

En tercer lugar, entrada la segunda mitad del siglo XX, se fortaleció la regulación jurídica de la publicidad comercial, que toma bases tanto del derecho contra la competencia desleal como de la tutela al consumidor.

En cuarto lugar, encontramos a la propiedad intelectual, que se sustenta en la concesión de derechos de exclusiva respecto de bienes incorpóreos, en mérito al aporte intelectual de diverso carácter de su creador o titular.

Las normas de los distintos sectores mencionados regulan en el mercado diversos aspectos de un mismo fenómeno: la relación de competencia. Cada sector normativo tiene intereses propios a tutelar, diversidad que se refleja en la variedad del posible accionamiento así como en las características de los derechos de los operadores del mercado en cada caso.

Estas normas se aplican simultáneamente a las distintas relaciones de competencia. En tales situaciones, cuando de la aplicación de

una normativa resultan efectos contradictorios o contrarios frente al objeto de otra aplicable, es necesario definir los criterios que determinarán y fundamentarán cuál es la solución correspondiente de acuerdo a derecho. Más allá de las dudas o diferencias de visión que cada jurista pueda tener, de que cada juez —para un mismo caso— pueda sostener en el correspondiente sistema legal, hay que llegar a una solución legal.

El presente trabajo se focaliza en dos de los sectores normativos mencionados y sus situaciones de convergencia normativa por la relevancia que tienen estas situaciones para la economía: la defensa de la competencia y la propiedad intelectual. Concretamente, la interrogante planteada es cómo interpretar la normativa para los casos en que los efectos del ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual se pueden entender en contradicción con las normas de la defensa de la competencia que prohíben algunas conductas por sus efectos restrictivos de la competencia.

La cuestión tiene relevancia a nivel nacional e internacional, por lo que significa la circulación de bienes incorporeales y la tecnología incorporada en productos y servicios. Hay de por medio temas de sustentabilidad en sus distintas dimensiones —ambiental, social, económica—, también de *software* protegido, ya sea por derecho de autor o por patentes de invención, así como del derecho concedido por las marcas frente a la circulación general de bienes y servicios.

Por un lado, es necesario que la libre competencia sea adecuadamente protegida y, por otro, existe la necesidad de defender la fortaleza de la propiedad intelectual como mecanismo que promueve la innovación y que es objeto de inversión, dando trabajo a mucha gente —no solamente a los creadores o titulares de derechos protegidos— y, de esta forma, impulsando también la prosperidad económica y social.

Este estudio se propone analizar la evolución del tema en un triple nivel —jurisprudencial, doctrinario, normativo— desde un punto de vista general, sin focalizar en una situación concreta. Asimismo, se propone reflexionar sobre los factores a tener en cuenta actualmente para llegar a una solución en los casos a decidir, posicionándonos también en nuestra región. Por lo tanto, se presenta el tema desde una perspectiva conceptual, sin perjuicio de sostener

que la consideración típica es o debe ser casuística, como todo lo que involucra derechos de la propiedad intelectual y relaciones de competencia en el mercado. Como referencia en cuanto a derecho nacional, tomamos al derecho uruguayo.

2. Propiedad intelectual y defensa de la competencia: objetivos, coincidencias, diferencias

2.1 Propiedad intelectual y sus objetivos

La propiedad intelectual es la rama del derecho que regula los derechos que proceden de las creaciones del intelecto humano en diversas manifestaciones, tanto desde la perspectiva del ejercicio de derechos de los creadores como en cuanto a su consideración como objetos de derecho destinados al mercado, sea para su contratación *per se* como para la contratación de servicios a los que se vincula. Su función tutelar se sustenta para algunos autores en la relación precisamente entre el creador y la exteriorización intelectual, entendiendo que surge, en su fundamento más remoto, de la aplicación de trabajo para la creación intelectual, siguiendo a John Locke (1980) y su pensamiento expresado en Capítulo 5 de su *Segundo Tratado sobre el Gobierno*. En esta dimensión se mantiene el reconocimiento de la importancia de su protección.

El objetivo o función de la propiedad intelectual va más allá de la tutela de creaciones y de los derechos de sus titulares. Comprende una serie de objetivos relacionados con la innovación tecnológica dirigida al bienestar social y económico, así como la búsqueda del equilibrio de derechos y obligaciones. No se trata exclusivamente de una consideración doctrinaria, sino de una obligación para los Estados, pues tales objetivos de la propiedad intelectual se encuentran en el texto del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante, AADPIC, apéndice 1C del Tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC)). El artículo 7 dice así:

Artículo 7 Objetivos. La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología,

en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.

Una consideración usualmente admitida es que la propiedad intelectual constituye un incentivo a la innovación y creatividad, que, incluso en una mirada más actual, permite alcanzar objetivos de sostenibilidad. Comparto esa consideración como base general, aunque corresponde formular distintos matices en función de los tan diversos núcleos de creaciones intelectuales alcanzadas por la propiedad intelectual con sistemas de protección diferentes entre sí.

Innovación y creatividad técnica se estimulan directamente con la protección de patentes de invención y de modelos de utilidad. En cuanto al diseño industrial, la protección de la innovación se dirige a la protección de las formas ornamentales en el ámbito industrial.

Distinto es el objetivo de protección en cuanto a las marcas, que consiste en estimular y garantizar la competencia leal en el mercado, garantizándoles a los consumidores mensajes claros, no engañosos para su libertad de opción.

Desde el ámbito creativo del derecho de autor, se organiza la protección de las creaciones originales que proyectan la personalidad de éste, valorando el trabajo dirigido al mercado como su modo de vida, así como la tutela de la inversión de las empresas que adquieren los derechos de explotación.

Finalmente, en cuanto a los derechos conexos, nuevamente corresponde una distinción, en este caso, entre los artistas intérpretes o ejecutantes, por un lado, y los productores de fonogramas y entidades de radiodifusión, por otro. La protección referida a los primeros —con sus claras diferencias— guarda parecido en cierto sentido con los autores, en tanto hay una manifestación de personalidad en las expresiones interpretativas de obras que realizan. Para el caso de los demás derechos conexos, nuevamente prevalece la inversión y desarrollo en el mercado comercial, en los objetivos de protección.

Algunos autores complementan este esquema de diferentes objetos de protección afirmando que, cuando la protección de la propiedad intelectual es efectiva, se facilita la transferencia de tecnología y de conocimientos en general hacia diversos ámbitos de la sociedad.

Por su parte, otras opiniones consideran que el efecto de la propiedad intelectual es negativo en la competencia, que es inhibitorio, sosteniendo que incluso no debería existir. A mi entender, esta posición, en definitiva, se aleja de parámetros de justicia y operativa leal del mercado. Si no existen derechos para el creador o el autor, para los titulares de derechos en general, quedan liberados a todo tipo de usos, por cualquier persona, usos que vulneran la voluntad de los creadores y que pueden implicar un aprovechamiento abusivo del trabajo ajeno.

Cabe destacar que el propio sistema de la propiedad intelectual presenta preceptos de equilibrio entre los derechos que concede como tal y derechos de otros ámbitos que se ejercen en la sociedad. A lo largo de la historia, se han formulado excepciones y limitaciones a los derechos de exclusiva de la propiedad intelectual, tanto en la llamada “propiedad industrial” como en cuanto a derechos de autor y conexos. Los tratados internacionales fundamentales vigentes en la materia los contienen y tales disposiciones excepcionales son recogidas en el derecho comparado, por la generalidad de las legislaciones nacionales.

De manera que la propiedad intelectual, desde mucho tiempo atrás, en su propio sistema de concesión de derechos de exclusiva prevé cortapisas para ciertos excesos, procurando lograr equilibrios con otros derechos convergentes.

Por “legislación uruguaya en materia de propiedad intelectual” me refiero a las siguientes:

- Ley 17011 de 25 de setiembre de 1998, sobre marcas, nombres comerciales indicaciones geográficas;
- Ley 17164 de 2 de setiembre de 1999, sobre patentes de invención, modelos de utilidad y diseños industriales;
- Ley 9739 de 17 de diciembre de 1937, modificada especialmente por Ley 17616 de 10 de enero de 2003.

Sin pretender detallar aspectos de uno de los puntos en particular, solamente a vía de ejemplo, destaco que como límites internos del derecho de patentes uruguayo al ejercicio de los derechos de titulares a modo de prevenir situaciones anticompetitivas se puede mencionar el caso del artículo 52 de la Ley 17164, que establece en su acápite la siguiente prohibición:

Art. 52 Prohíbese establecer en las licencias contractuales, cláusulas o condiciones que produzcan un efecto negativo en la competencia, constituyan una competencia desleal, hagan posible un abuso por el titular del derecho patentado o de su posición dominante en el mercado. (...)

Las cláusulas que dicho artículo enumera a continuación constituyen posibles casos concretos de efectos no deseados de eventuales cláusulas, como la más general del literal A) sobre “Efectos perjudiciales para el comercio”.

2.2 Defensa de la competencia y sus objetivos

“Defensa de la competencia” es la denominación del sector normativo del derecho de la competencia que regula específicamente la obligación de competir, respetando la libertad de competencia y sus principios, alcanzando de manera general a todos los operadores del mercado.

Así como el derecho contra los actos de competencia desleal —que surge en la jurisprudencia europea desde fines del siglo XVIII— fue una respuesta a las conductas de los diversos operadores que se desviaban de la consideración de parámetros debidos de lealtad comercial, la defensa de la competencia —que aparece históricamente con el nombre de *antitrust law* en Estados Unidos de América (EE. UU.) a fines del siglo XIX— procura imponer el respeto de todos los operadores por las reglas de libre competencia.

En cuanto a los objetivos de la defensa de la competencia, que tiene en el derecho *antitrust* una normativa de similar caracterización, aunque de diversas líneas básicas de acción, no hay consensos extendidos en la doctrina especializada.

Algunos autores entienden que hay un solo objetivo. En este sentido, se trata de un objetivo general, tutelar de la libertad de competencia, tema fundamental del cual derivan todos los demás temas a analizar (Bork, 1983).

Otros autores consideran que corresponde individualizar una pluralidad de funciones en la defensa de la competencia, planteando diversas miradas al respecto. Entre ellos, resalta Fikentscher (1984, pp. 459 y ss.), que destaca tres funciones:

- a. político-jurídica, en el que el bien protegido es la igualdad de condiciones en el mercado;
- b. político-económica, que busca la tutela de la justicia en las relaciones comerciales;
- c. político-social, que tutela una distribución equitativa de bienes y posibilidades para todos los ciudadanos.

Sin perjuicio de consideraciones doctrinarias, en definitiva la libertad de la competencia se puede alcanzar y proteger de diversas maneras, según las aproximaciones políticas o económicas en determinado momento histórico. La normativa de defensa de la competencia, aun en la enunciación abstracta de la ley, refleja políticas de competencia en cuya determinación inciden definiciones político económicas, por más que el punto de partida implique considerar la libertad de mercado y el bienestar de consumidores y usuarios. Ello se refleja directamente en cada legislación, en los preceptos concretos que proclaman la libertad de competencia como principio rector y en el ámbito de aplicación y ejecución de la política de competencia de cada tiempo.

Históricamente, el origen y evolución del derecho *antitrust* norteamericano, en varias normas concretas a partir de la Ley Sherman de 1890, han tenido una influencia determinante en el derecho comparado.

En el Uruguay, como en el resto de los países latinoamericanos, la evolución del derecho europeo a partir de mediados del siglo XX constituye una fuente sistémica de la legislación vigente.

Literalmente, en este país el objeto de la regulación que consagra la Defensa de competencia se establece en el artículo 1 de la Ley 18159, de 20 de julio de 2007:

Art. 1 (Objeto).- La presente ley es de orden público y tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados.

Se adoptó una posición generalizada en derecho comparado como estándar de protección en materia de competencia, enraizada

en la propia historia de la defensa de la competencia en cuanto a considerar a la figura hoy definida como “consumidor” (y con regulación aparte) como objeto tutelar en distinta medida a lo largo de los años. Los medios que impone la ley para cumplir su objeto tienen en la promoción y la defensa de la competencia el primer nivel de concreción, junto con mecanismos de típica consideración económica.

Asimismo, en el derecho uruguayo de la defensa de la competencia —como regla general— se aclara que en el artículo 2 de la Ley 18159 que la libre competencia es el principio del mercado “excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general”. Es decir, se siguen los parámetros constitucionales en cuanto a la validación de la restricción de derechos, también de forma estándar. En consecuencia con este precepto, el mismo artículo establece en su inciso final que “[e]l ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por ley no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante”, norma que se aplica en función del inciso primero mencionado. Es decir, pueden existir válidamente limitaciones de derechos de acuerdo con “razones de interés general”, tal como lo dispone la Constitución uruguaya, artículo 7.

2.3 Coincidencias y diferencias entre ambos sectores normativos

La propiedad intelectual y la defensa de la competencia no son divergentes ni antagónicas en el plano más general, dado que ambos se dirigen al mercado y procuran potenciar la libertad, buscando fomentar la innovación y el bienestar económico de los consumidores (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2025). Se puede apreciar una aparente oposición entre ambos cuerpos normativos, pero sus puntos de contacto son muchos y complejos (Marzetti, 2012, p. 142). No corresponde una aproximación prejuiciosa hostil en esta temática, dado que el derecho de la competencia opera como un termostato, verificando si los derechos de la propiedad intelectual son ejercidos en exceso a su función esencial (Ghidini, 2006, p. 7). Se afirma que no hay un criterio uniforme

en la doctrina para definir la relación entre ambos sectores normativos (Tassano, 2019).

Tanto la propiedad intelectual como la defensa de la competencia buscan fomentar la innovación: la primera, mediante el otorgamiento de derechos exclusivos, incentivando así la inversión en investigación y desarrollo; la segunda, por su parte, promoviendo un entorno competitivo que obliga a las empresas a innovar para mantener su posición en el mercado.

Se destaca en la doctrina que ambos sectores normativos tienen como ulterior objetivo la protección de los intereses de los consumidores. La propiedad intelectual lo concreta a través de garantizar la calidad y originalidad de los productos y servicios, pues les concede derechos para el control a sus titulares. La defensa de la competencia lo hace asegurando procurar precios justos y una amplia variedad de opciones.

Finalmente, tanto la propiedad intelectual como la defensa de la competencia pretenden lograr un equilibrio entre derechos individuales y el interés público. También en este caso se identifican diferencias entre sí. La propiedad intelectual otorga derechos individuales tutelados, con limitaciones fundamentadas en el interés público. En cuanto a dicha relación en defensa de la competencia, se trata de equilibrio entre los intereses propios de las empresas y el bienestar general de los consumidores.

Ambos sectores convergen en varios temas relacionados con el ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual en el mercado. En particular, entre ellos, las licencias obligatorias en materia de patentes de invención, que constituyen un mecanismo de flexibilidad monopólico en aras de fortalecer la competencia y el bienestar de consumidores y usuarios. Se regula esta temática en el derecho de patentes. Esta normativa se encuentra de manera generalizada en el derecho comparado. Es mucho menos frecuente que existan licencias obligatorias en materia de derechos de autor. Asimismo, constituyen temas clave de estudio convergente entre ambos sectores normativos: el efecto de cláusulas incorporadas en licencias contractuales —por ejemplo, de signos distintivos—; el abuso de dominio en el ejercicio de derechos de autor por medio de las plataformas digitales; los denominados “pools” de patentes; el ejercicio de los derechos de

acceso a los medicamentos; y temas de derechos de transmisión de espectáculos deportivos con condiciones que, eventualmente, constituyen barreras abusivas al acceso.

Así como hemos mencionado los aspectos comunes a la propiedad intelectual y la defensa de la competencia en su integración en el derecho del mercado, son destacables algunas diferencias clave entre ambos.

En primer lugar, es muy distinta la naturaleza de los derechos. En cuanto a la propiedad intelectual, se trata de derechos exclusivos otorgados al creador, en principio, mientras que la defensa de la competencia se estructura sobre la base de prohibiciones de conductas consagradas en la ley.

En segundo lugar, y partiendo de la diferencia antes mencionada, los derechos atribuidos por la propiedad intelectual —en tanto vinculados con aspectos patrimoniales— tienen un plazo, están limitados en el tiempo. Las prohibiciones de la defensa de la competencia son una declaración legal general, no limitada en el tiempo.

En tercer lugar, se plantea la diferencia relacionada con el impacto en el mercado de la aplicación de uno y otro sector normativo, que podría pensarse, al menos, antitético. Mientras que la existencia de institutos de la propiedad intelectual da lugar a cierto grado de monopolios temporales, las prohibiciones establecidas por la defensa de la competencia combaten la concentración del poder del mercado cuando dan lugar a efectos anticompetitivos.

¿Puede un monopolio temporal concedido o reconocido sobre base legal de la propiedad intelectual dar lugar a efectos anticompetitivos, al punto que deba impedirse el ejercicio de los derechos monopólicos concedidos legalmente aplicando las prohibiciones dispuestas por la defensa de la competencia? Hace bastante tiempo, más de un siglo, que la jurisprudencia y la doctrina entienden que, en ciertas circunstancias, sí, que corresponde. Es un campo antiguo y prolífico (Beneke, 2021, p. 19) donde se han analizado algunas de tales situaciones, y en los últimos cincuenta años se viene acrecentando dicho estudio. Al respecto, es de notar que, en la legislación de la defensa de la competencia, rara vez se encuentran normas al respecto y, cuando las hay, no dan soluciones. Las disposiciones más concretas se encuentran en el derecho internacional y en legislacio-

nes nacionales sobre propiedad intelectual. Asimismo, en las últimas décadas, se pueden encontrar cada vez más guías o recomendaciones formulados por las autoridades nacionales de la competencia (en adelante, ANC) en distintos países para el tratamiento equilibrado del tema.

3. Normas, reglas, guías

La dilucidación de conflictos entre sectores normativos no es punto frecuente de regulación en textos normativos, ya sea en el ordenamiento nacional o en el internacional. No hay normas generales que resuelvan si predomina la solución de la propiedad intelectual o la defensa de la competencia en caso de convergencia en una misma situación.

Sin embargo, desde la perspectiva de las normas de propiedad intelectual, hace varias décadas que existen algunos puntos que contemplan reequilibrar intereses involucrados. Se trata de referencias a los principios de la legislación de defensa de la competencia o compromisos de impedir abusos o prácticas cuestionables en licencias de propiedad intelectual que puedan considerarse anticompetitivas. Esto se da particularmente en las normas de patentes de invención, a nivel internacional y nacional, en cuanto se regulan las licencias obligatorias. Son más escasas las disposiciones en las normas correspondientes a derechos de autor y signos distintivos; cuando existen, se ocupan en general de desequilibrios relacionados con cláusulas de las licencias.

En materia de defensa de la competencia, en las últimas décadas ha habido algunas normas incorporadas tanto a nivel internacional como nacional, que se verán a continuación.

Si bien no constituye un ordenamiento normativo, es destacable también la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre los derechos de propiedad intelectual y la competencia, de 8 de junio de 2023. Producto de un intenso trabajo de expertos, constituye un texto relevante para el tratamiento de esta temática a diversos niveles, ya sea por la doctrina y la jurisprudencia como por los responsables de la aprobación de normas y políticas públicas.

A nivel de organismos internacionales, también corresponde

mentar la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), que incluso hace referencia al tema en su *Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia* de 2004, cuando hace referencia a la posibilidad de su consideración como exenciones en la defensa de la competencia y a la temática licenciamiento. Sin embargo, no ha generado recomendaciones o informes específicamente en el tema objeto de nuestro estudio en los últimos años.

3.1 Ámbito internacional

A continuación, se verán instrumentos del ámbito internacional en los que participa Uruguay y hacen referencia al tema que estamos estudiando.

3.1.1 Convenio de París

El Convenio constitutivo de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial fue aprobado en su primer texto en esa ciudad el 20 de marzo de 1883. Se lo conoce como Convenio de París. Su texto fue revisado en sucesivas conferencias diplomáticas, Bruselas (1900), Washington (1911), La Haya (1925), Londres (1934), Lisboa (1958), Estocolmo (1967) y enmendado en el año de 1979. Es uno de los documentos internacionales con más Estados parte, 180 a la fecha. Trata específicamente los institutos de la propiedad intelectual, sin integrar temas comerciales, mucho menos de competencia. Uruguay lo aprobó por el Decreto Ley 14910, el 19 de julio de 1979.

Al establecer normas sobre patentes de invención, dedica parte de su artículo 5 a la posibilidad de que los Estados parte consagren la reglamentación legal sobre licencias obligatorias en la materia. El precepto que encabeza tales previsiones, incluido en el artículo 5 A), es el siguiente:

- 2) Cada uno de los países de la Unión tendrá la facultad de tomar medidas legislativas, que prevean la concesión de licencias obligatorias, para prevenir los abusos que podrían resultar del ejercicio

del derecho exclusivo conferido por la patente, por ejemplo, falta de explotación.

Esta norma, que hace referencia a prevenir abusos que resulten del ejercicio de derechos de patente, aparece en el texto del Convenio de París a partir de la Conferencia de La Haya de 1925. En conferencias sucesivas se introducen precisiones en cuanto a los plazos para hacer efectivas las licencias obligatorias, pero la idea del abuso por el ejercicio de derechos permanece y está ligada a una solución concreta: licencias obligatorias para el caso de no explotación. La posibilidad de una licencia obligatoria en materia de patentes de invención por causal falta de explotación fue admitiéndose de forma creciente en el derecho comparado a partir de entonces.

Bodenhause (1969, p. 76-77) entendió que el texto del articulado del Convenio de París no implicaba una limitación para reglamentar tales licencias obligatorias, teniendo los Estados miembros libertad para establecer medidas análogas o diferentes en otros casos en los que el interés público parezca requerir, dándose otro tipo de ejemplos de abusos. Sin perjuicio de esta autorizada consideración, el derecho de patentes del siglo XX recién incorporó expresamente más causales de licencia obligatoria en materia de patentes a partir de la aprobación del tratado constitutivo de la OMC y sus anexos.

3.1.2 Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la propiedad intelectual relacionados con el Comercio

Cuando se negoció el Tratado constitutivo de la OMC, Acta final suscrita en Marrakech el 15 de abril de 1994, se aprobó, a su vez, el Anexo 1C, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la propiedad intelectual relacionados con el Comercio. Como consecuencia, se reestructuró el marco de protección global de la propiedad intelectual. Uruguay aprobó este tratado por Ley 16671 de 13 de diciembre de 1994.

La propiedad intelectual en el AADPIC se regula desde la perspectiva del comercio internacional, sin referencia a temas de competencia. De todas maneras, hay quienes entienden que algunas expresiones de su preámbulo identifican la consideración de que el

ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual y su comercialización contemplan el respeto de reglas de la competencia. Lo ven especialmente en el primer párrafo, que establece:

Deseosos de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo.

En cuanto a disposiciones sobre patentes, el AADPIC contiene referencias a las licencias obligatorias de patentes en su artículo 31 y amplía a texto expreso las causales que los Estados miembros pueden consagrar, acotando, a su vez, la posibilidad de inclusión de causales. En cuanto a la posibilidad de autorización de otros usos en materia de patentes que no sean los dispuestos voluntariamente por su titular y que hacen referencia a temas de competencia, destacamos el literal c del citado artículo, que dice lo siguiente:

el alcance y duración de esos usos se limitarán a los fines para los que hayan sido autorizados y, si se trata de tecnología de semiconductores, sólo podrá hacerse de ella un uso público no comercial o utilizarse para rectificar una práctica declarada contraria a la competencia tras un procedimiento judicial o administrativo;

Además, contiene una referencia explícita a la necesidad de controlar prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales. Esta es la norma más importante en relación con la búsqueda del equilibrio de propiedad intelectual y defensa de la competencia de todo el AADPIC; se encuentra en el artículo 40. Destacamos en el numeral 1 que se consagra el reconocimiento entre miembros de la posibilidad de que los derechos de propiedad intelectual licenciados “pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de la tecnología”. Asimismo, el numeral 2 del citado artículo amplía expresamente las posibilidades de acción a los miembros, estableciendo que

[n]inguna disposición del presente Acuerdo impedirá que los Miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir en determinados casos un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente.

3.1.3 Tratados de libre comercio

Luego del esfuerzo de negociación global que implicó lograr la aprobación del Tratado de la OMC en la década de 1990, presentadas diversas dificultades para continuar las reuniones y negociaciones a ese nivel, las normas referidas al comercio, el mercado y la propiedad intelectual tomaron como escenario negociaciones e instrumentos internacionales bilaterales, interregionales o entre Estados y regiones integradas.

Encontramos por ello disposiciones que declaran que, más allá de la protección debida a los institutos de la propiedad intelectual, las partes podrán regular y aplicar toda norma que impida que tales institutos constituyan obstáculos para el comercio, lo que incluye también —y a veces expresamente— la corrección y libertad en el mercado. El punto que nos ocupa aparece de manera creciente en los últimos años. No solamente se ha incorporado en acuerdos celebrados entre países desarrollados y países en desarrollo, sino que también en acuerdos celebrados entre países tradicionalmente considerados en desarrollo. Se pueden citar como ejemplo acuerdos de libre comercio entre Chile y México, Chile y Corea o algunas decisiones de la Comunidad Andina que incluyen también normas relativas a la propiedad intelectual. Tales disposiciones serían menos rigurosas que las que contienen acuerdos entre países desarrollados y países en desarrollo (Roffe y Santa Cruz, 2006, p. 10).

En cuanto a textos en los cuales Uruguay es parte, encontramos el Tratado de Libre Comercio entre Uruguay y México (TLC Uruguay-México), firmado el 15 de noviembre de 2003, aprobado por la Ley 17766 el 5 de mayo de 2004, que entró en vigor el 15 de julio de 2004. Entre ambos países rige, al respecto, la siguiente disposición:

Artículo 15-06: Control de prácticas y condiciones abusivas o contrarias a la competencia.

Cada Parte podrá aplicar, siempre que sea compatible con lo dispuesto en este capítulo, medidas apropiadas para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia de tecnología.

La inclusión de esta norma, aislada en el caso del conjunto de instrumentos de los cuales participa Uruguay, se relaciona directamente con la participación de México en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, México-Canadá-EE. UU. (en adelante, NAFTA, por sus siglas en inglés). Este instrumento internacional, hoy sustituido por otro tratado entre dichos países, contempló el punto desde fines del siglo XX. El artículo vigente al momento de negociación y firma del mencionado acuerdo entre Uruguay y México, que estaba incluido en el Capítulo XVII correspondiente a propiedad intelectual, decía lo siguiente:

Artículo 1704: Control de prácticas y condiciones abusivas o contrarias a la competencia Ninguna disposición de este capítulo impedirá que cada una de las Partes tipifique en su legislación interna prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que, en casos particulares, puedan constituir un abuso de los derechos de propiedad intelectual con efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente. Cada una de las Partes podrá adoptar o mantener, de conformidad con otras disposiciones de este Tratado, las medidas adecuadas para impedir o controlar dichas prácticas o condiciones.

El NAFTA fue sustituido entre los tres países mencionados por el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (en adelante T-MEC) de 30 de noviembre de 2018 y entró en vigor el 1 de julio de 2020. La temática de propiedad intelectual se encuentra prevista en su Capítulo 20, mucho más extenso y con obligaciones más detalladas que en el NAFTA. En relación con este punto, el artículo 20.3 Principios, en su numeral 2, establece lo siguiente:

Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en este Capítulo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o afecten negativamente la transferencia internacional de tecnología.

Es relevante tener presente este tipo de disposiciones, que por la vía de acuerdos con terceros países pueden llegar a incidir a través de la aplicación del principio o cláusula de la nación más favorecida, que se prevé en el derecho internacional con frecuencia.

Una norma similar se encuentra en el texto del Acuerdo Mercosur con la Unión Europea (UE), en el texto alcanzado el 28 de junio de 2019, cuyas negociaciones cerraron el 5 de diciembre de 2024, aunque a fecha de hoy no cuenta todavía con todas las aprobaciones necesarias para entrar en vigor.

En el capítulo correspondiente a propiedad intelectual, Sección A, Disposiciones generales y principios, el artículo X.3, en su numeral 3, establece que nada le impedirá a una parte adoptar las medidas necesarias para impedir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por parte de los titulares de derechos o el recurso a prácticas que restrinjan sin fundamento razonable el comercio o afecten negativamente la transferencia internacional de tecnología, siempre que dichas medidas sean compatibles con las disposiciones del capítulo que establece los términos de la protección de la propiedad intelectual. Es decir que los derechos cuya tutela se consagra en el texto del Acuerdo están sujetos al análisis respecto de los efectos competitivos o no de su ejercicio a través de las normas de defensa de la competencia.

3.1.4 Unión Europea

La temática sobre convergencia entre propiedad intelectual y defensa de la competencia se ha desarrollado, particularmente, en doctrina y jurisprudencia europeas. El sustento normativo se encuentra en los principios de libre mercado y equilibrio de competencia que desde su fundación viene aplicando el referido bloque. No hay normas que en general hagan referencia al punto.

No obstante, en lo específico, en la Unión Europea podemos des-

tacar el régimen de exenciones en bloque, aplicable especialmente al caso de acuerdos de transferencia de tecnología, como mecanismos que regula y pone límites al ejercicio de derechos de propiedad intelectual en dicha materia contractual (Reglamento 316/2014 de 21 de marzo de 2014). Parte de la base de que, desde el punto de vista de los efectos sobre la competencia, los derechos de la propiedad intelectual puede segmentar mercados excluyendo competidores o consolidando posiciones de dominio más allá de la lógica comercial de la competencia, tornándose un perjuicio desde un punto de vista general. Por eso se establecen en ciertos casos umbrales de cuota de mercado, así como una valoración negativa de eventuales cláusulas que por sí mismas pueden ser anticompetitivas. Como ejemplo de esto último podemos enumerar a las que establecen obligaciones de *grant-back* exclusivas, así como las que obligan a no cuestionar la validez de institutos de la propiedad intelectual. Estas disposiciones se encuentran en proceso de revisión.

3.2 Ámbitos nacionales

Relevando la contemplación de las posibles soluciones legales a la convergencia entre propiedad intelectual y defensa de la competencia que se puedan encontrar en una selección de legislaciones nacionales, se puede afirmar que:

- a. predomina el silencio en el punto, es decir que no se encuentran soluciones generales sobre prevalencia de una y otra o imposición de caminos de solución;
- b. en varios países (los más evolucionados o con experiencia en el tema) se encuentran guías aplicables al punto elaboradas por parte de las ANC;
- c. aisladamente, en algunas pocas ocasiones se hace referencia a la posibilidad de conflicto en la normativa de derecho de la competencia;
- d. cuando se encuentra algún tipo de solución normativa, es concreta para el caso de algunos temas en particular y se encuentra en la legislación correspondiente de propiedad intelectual.

Los países cuyas legislaciones no hacen referencia al punto son numerosos. En algunos casos, se trata de países con mercados menos desarrollados —por ahora— en los temas de bienes y servicios de la propiedad intelectual. Sucede con los países sudamericanos en general.

Sin embargo, tampoco presentan referencias normativas en el tema muchos de los países más desarrollados. No quiere decir que la cuestión no se encuentra contemplada o estudiada en su circunscripción. En el caso de los países europeos, desde los integrados en la Comunidad Económica Europea (CEE) a los incorporados en el esquema actual de la UE, se encuentran sentencias a nivel comunitario/unionista que han resuelto conflictos al respecto, así como una doctrina muy desarrollada en la materia desde tiempo atrás.

Generalmente, tratándose de países desarrollados o de mercados pujantes en producción y comercialización global, las ANC han publicado guías o instructivos que pautan la determinación de los conflictos, dando los caminos regulares para las decisiones que correspondan a todos los involucrados. En este sentido, se han generado documentos muy valiosos, como en EE. UU., Japón o Corea del Sur.

El sistema norteamericano ha desarrollado el análisis de las tensiones en la aplicación de las normas de la propiedad intelectual y del derecho *antitrust* a través de su jurisprudencia de más de un siglo de experiencia. En general, surgió una serie de cuestiones en torno al licenciamiento, fusiones, pactos con efectos anticompetitivos que necesitaron solución y obtuvieron su sentencia. Además del sistema judicial, en EE. UU., la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission o FTC) y la División Antimonopolio del Departamento de Justicia (Department of Justice o DOJ) tienen funciones importantes, aunque en cierta medida superpuestas, en el desarrollo y la aplicación de las soluciones legales en la temática que estamos analizando. En este contexto, las dos oficinas mencionadas publicaron conjuntamente instrumentos de orientación sobre la política federal de aplicación de las leyes de control *antitrust* para casos relacionados con la propiedad intelectual.

En 2007, se publicó un informe planteando la política de aplicación de ambas oficinas sobre temas de competencia relacionados con la propiedad intelectual, que incluyó puntos como las negati-

vas unilaterales a conceder licencias, la incorporación de patentes a las normas, los consorcios de patentes y la vinculación y agrupación de derechos de propiedad intelectual. Entre otros aspectos, para el análisis desde el derecho *antitrust*, se distinguió entre las negativas incondicionales y las condicionales a conceder licencias. Descartando las primeras, se expresó en tal documento que las negativas condicionales a conceder licencias, como una licencia que incluye disposiciones de exclusividad, pueden dar lugar a cuestionamientos sobre la legalidad del monopolio, en tanto las restricciones en la licencia estuvieran conduciendo a un daño competitivo. Más adelante, en 2017, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio actualizaron la referida Guía o Directrices para el caso de concesión de licencias de propiedad intelectual. En tal sentido, incorporan los principios básicos de sus antecedentes de 1995 y del Informe Antimonopolio sobre propiedad intelectual de 2007. A su vez, incorporaron en particular aspectos sobre licencias de patentes, derechos de autor o secretos comerciales. Se trata de principios extensivos también al caso de marcas. Algunos de los principios clave de las Directrices de 2017 establecen lo siguiente:

- a. aplicación de iguales principios de la normativa *antitrust* para la propiedad intelectual y cualquier otra forma de propiedad, es decir, no hay especialidad para la propiedad intelectual en la materia;
- b. los derechos de propiedad intelectual no generan un presunto poder de mercado más allá del alcance de la exclusividad que la propia ley correspondiente al instituto de la propiedad intelectual que sea le conceda; en dicho contexto se debe apreciar el ejercicio de los derechos según los principios de la normativa *antitrust*;
- c. la concesión de licencias de propiedad intelectual les permite a las empresas combinar activos complementarios, algo conceptualmente procompetitivo, cuyo eventual alcance anticompetitivo deberá calificarse al caso concreto.

Es muy interesante también el documento de la autoridad de la competencia japonesa titulado *Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act, 2007*, así como el similar

aprobado en Corea del Sur Review Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights, actualizado al 2014. En ambos casos, las recomendaciones presentan similitudes a las formuladas por las autoridades norteamericanas de la competencia.

Puede darse que en alguna legislación nacional de defensa de la competencia o *antitrust law* se incorpore la referencia a la propiedad intelectual y el ejercicio de los derechos por sus titulares, al prever aspectos sobre aplicación de la materia que regulan. Me refiero al caso de China, por ejemplo.

La ley china antimonopolio, en su texto del año 2022, aprobado por el Congreso chino el 24 de junio de 2022, incluye en el Capítulo VIII Previsiones suplementarias la siguiente disposición:

Art. 68. La presente Ley no se aplica al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual por parte de las empresas de conformidad con las disposiciones de las leyes y reglamentos administrativos relativos a los derechos de propiedad intelectual; sin embargo, esta Ley se aplica al abuso de los derechos de propiedad intelectual por parte de las empresas para eliminar o restringir la competencia.

Esta norma ya se encontraba en el texto precedente de la norma del año 2008. Es consecuente con los objetivos generales de la legislación antimonopolio, como denominan en China: reconociendo la excepcionalidad de los derechos de exclusiva de la propiedad intelectual, deja a salvo la necesidad de estudiar la posibilidad de abuso en el ejercicio de tales derechos.

Finalmente, en cuanto a disposiciones sobre defensa de la competencia en leyes sobre institutos de la propiedad intelectual, en derecho comparado lo más frecuente es encontrarlo en sede de patentes de invención, cuando se hace referencia a las causales que pueden dar lugar a licencias obligatorias así como a cláusulas de las licencias voluntarias. Usualmente, se trata de la incorporación específica de disposiciones de igual tenor o igual redacción a las que típicamente se encuentran en legislaciones de competencia.

En el caso de Uruguay, la Ley 17164 de patentes, de 2 de setiembre de 1999, establece en el inciso 1 del artículo 52 que se prohíbe “establecer en las licencias contractuales, cláusulas o condiciones que

produzcan un efecto negativo en la competencia, constituyan una competencia desleal, hagan posible un abuso por el titular del derecho patentado o de su posición dominante en el mercado”. En el inciso 2 se enumera una serie de cláusulas o condiciones en particular que provocan el efecto prohibido en el inciso que le precede.

Excepcionalmente, hay algún tipo de remisiones expresas a la legislación sobre defensa de la competencia, como es el caso de la Ley argentina 24882 de patentes de invención y modelos de utilidad, de 23 de mayo de 1995. En el artículo 39, al prohibir la inclusión en licencias de cláusulas restrictivas de la competencia, además de enumerar algunas a texto expreso, luego remite a las consideraciones correspondientes a la ley argentina de defensa de la competencia, expresando que tampoco será admisible “cualquier otra de las conductas tipificadas en la Ley 22.262 o la que la modifique o sustituya”. Actualmente, se encuentra en vigencia la Ley 27442, de 15 de mayo de 2018.

Asimismo, en el artículo 47 de la misma ley, cuando se enumeran las prácticas anticompetitivas en el ámbito de licencias obligatorias y otros usos no autorizados por el titular de la patente, cierra el listado de manera general diciendo que también lo será “d) Todo otro acto que se encuadre en las conductas consideradas punibles por la Ley 22.262 o la que la reemplace o sustituya”; sería actualmente la Ley 27442 antes mencionada. En concordancia con esta disposición, en los “considerandos” de esta Ley al referirse a este mismo artículo se incluye una verdadera reafirmación de la aplicación de la regulación de defensa de la competencia cuando eventualmente haya una patente concedida por medio en un caso puntual.

3.3 Recomendación del Consejo de la OCDE sobre los derechos de propiedad intelectual y la competencia de 8 de junio de 2023

En un escenario mundial con más de 120 años de análisis, debate, búsqueda de soluciones e identificación de dificultades para llegar a soluciones normativas nacionales o de orden internacional sobre el relacionamiento de los derechos de la propiedad intelectual y la defensa de la competencia, ha habido diversas —aunque escasas— iniciativas de organizaciones internacionales al respecto.

En cuanto a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), tiempo atrás implementó el Proyecto sobre propiedad intelectual y políticas en materia de competencia (Recomendaciones 7, 23 y 32) aprobado en la tercera sesión del comité de Desarrollo y Políticas de Competencia en el año 2009. Se cumplieron instancias formativas y divulgativas a nivel de los Estados miembros sobre el tema, en diversos países del mundo durante los años 2010 y 2011 en cumplimiento de dicho proyecto. No se concluyó ningún tipo de guía o recomendación práctica al respecto.

Por otra parte, más recientemente, culminó la tarea de la Comisión de Competencia de la OCDE, con la aprobación de una recomendación al respecto. Se trata de la Recomendación del Consejo de la OCDE adoptada el 8 de junio de 2023, que consolida recomendaciones antecedentes solo de tiempo atrás. Es decir, tanto la Recomendación relativa a la Acción contra las Prácticas Comerciales Restrictivas en relación con el Uso de Marcas Registradas y Licencias de Marcas Registradas [OECD/LEGAL/0162] como a la Recomendación relativa a la Aplicación de Leyes y Políticas de Competencia a los Acuerdos de Licencia de Patentes y Conocimientos Técnicos [OECD/LEGAL/0248] son reemplazadas por este documento más abarcativo.

El documento fue elaborado por un numeroso grupo de expertos de los países que integran la referida organización internacional o cuya participación en ella se ha aceptado, contando además con la participación de otras organizaciones internacionales con el estatus de observadoras a efectos de la discusión de la temática. El Comité de Competencia comenzó su trabajo en el año 2021, a través de múltiples borradores en las distintas instancias, además de la realización de encuentros y seminarios que fueron nutriendo el proceso.

Como instrumento, la Recomendación no es vinculante de modo alguno, ni siquiera para los propios miembros, entre los cuales no se encuentra Uruguay. Sin embargo, es muy relevante por el carácter conclusivo de su contenido que recoge muy atinadamente los principios, prácticas y acciones posibles en el punto. No escapa tampoco la consideración sobre la importancia de este esfuerzo en el contexto expansivo de la economía digital y el papel relevante de las plataformas en el mercado y la competencia.

El objetivo de la Recomendación es orientar a quien le correspon-

da pronunciarse sobre lo que denomina “compleja interacción entre los derechos de propiedad intelectual y la competencia”, basándose en la formulación de principios. Considero la opción más adecuada para esta materia, de un necesario enfoque casuístico en el análisis y consideración del contexto de cada mercado relevante que resulte involucrado en el caso. La idea general que se proyecta del preámbulo y del contenido de la Recomendación adoptada es la necesaria complementariedad normativa, orientada a los objetivos comunes de ambos sectores en cuanto se dirigen a promover tanto la innovación como el bienestar del consumidor.

Los contenidos de la Recomendación se estructuran en torno a cinco temas.

En primer lugar, se enfatiza la necesidad del cumplimiento de las normas de defensa de la competencia y de las leyes referidas a prácticas comerciales que involucran bienes de la propiedad intelectual —como a cualquier otra forma de propiedad—, naturalmente que adaptadas a su particular característica como bienes intangibles.

En segundo lugar, se recomienda considerar algunos factores estándar a efectos del análisis de los contratos de licencias de bienes de la propiedad intelectual, cualquiera ellos sean. Se amplía así el alcance de la preocupación de la OCDE que hasta ahora se circunscribía a marcas y patentes de invención. Se establecen ítems que permitirán evaluar el impacto positivo o negativo de tales acuerdos en la competencia.

En tercer lugar, se impulsa la transparencia y la seguridad jurídica, promoviendo que el mercado visualice con claridad las regulaciones y procedimientos relacionados con este punto, para que los operadores puedan actuar con confianza.

En cuarto lugar, se hace referencia a las medidas de prevención, corrección o remedios que tomen las ANC para identificar, impedir o eventualmente sancionar las conductas infractoras, destacando la importancia de que sean efectivas y apropiadas para los objetivos sustanciales de los sectores normativos involucrados.

En quinto lugar, se alienta a las ANC y a las de implementación de los derechos de la propiedad intelectual a trabajar en conjunto para superar los problemas comunes, con el objetivo de una cooperación eficaz tanto a nivel nacional como internacional.

Según instruye *in fine* la Recomendación adoptada, el Comité de Competencia apoyará la implementación de la Recomendación como un foro para intercambiar información y experiencias al respecto, desarrollando un conjunto de herramientas de implementación y por sucesivos informes analíticos a la OCDE. Los países latinoamericanos adherentes a la Recomendación y miembros de OCDE son Chile, Colombia, Costa Rica, México y Brasil aunque este último no figura como miembro, sino como asociado a la OCDE.

4. Jurisprudencia y doctrina

4.1 Consideraciones generales

Jurisprudencia y doctrina debieron resolver y analizar, respectivamente, situaciones en las cuales el ejercicio de derechos de la propiedad intelectual se encontraba en conflicto con los objetivos del derecho de la competencia, el *antitrust law* o la defensa de la competencia. Las primeras cuestiones surgieron en países industrializados o mercados más desarrollados, no solamente porque la envergadura de ese tipo de conflictos se puso en evidencia en tales escenarios, sino porque también han sido las primeras jurisdicciones que aprobaron regulación legal del derecho de la competencia.

Sin perjuicio de situaciones anecdóticas, como ser el abuso de derecho en patentes de invención concedidas que pueden ubicarse desde el siglo XVII o similares casos, el análisis se remonta en la historia tanto como la propia existencia de la defensa de la competencia en el derecho comparado, surgida, en todo caso, muy posteriormente en el tiempo a la regulación de la propiedad intelectual. De manera que recién se puede localizar la discusión sobre este tema, en los términos en los cuales hoy se estudia, a partir de la última década del siglo XIX en EE. UU., cuando aprobó su primera norma legal para limitar monopolios: Ley Sherman Antitrust, de 2 de julio de 1890. Estrictamente, la primera norma conocida de derecho *antitrust* fue aprobada en Canadá: la Anti-Combines Act, de 2 de mayo de 1889. Los primeros casos jurisprudenciales comenzaron a presentarse, más precisamente, a inicios del siglo XX.

En Europa, la consolidación de la CEE y del mercado común dio lugar a la necesidad de analizar la temática a partir de la mitad del siglo XX.

En la evolución del estudio sobre este tema, se identifica un paralelo entre el desarrollo de la propiedad intelectual junto con la expansión de sus límites y el afianzamiento de la política de competencia que reflejan las normas de defensa de la competencia. Lemley (2007, pp. 14-15) aprecia algunas características de la evolución de la jurisprudencia, tales como que la mayoría de los casos discutidos involucran patentes de invención o que, durante las primeras décadas, los casos destacados dirigieron el pensamiento doctrinario hacia situaciones abusivas en el uso de la propiedad intelectual, más que situaciones de derecho de la competencia. De su análisis destaco especialmente que considera que la historia de la intersección entre propiedad intelectual y defensa de la competencia ha sido cíclica y pendular entre ambos sectores. La consideración predominante de uno implicó en su tiempo un paso atrás en el otro. Según el mismo autor, este posicionamiento en el conflicto por parte de la jurisprudencia impidió llegar a un equilibrio porque se optaba por la aplicación de uno u otro.

Estas oscilaciones se explican en la interpretación oscilante sobre los aspectos de la política de competencia referidas a la innovación y a las consideraciones de los objetivos de la defensa de la competencia (*antitrust law*, en este caso) en cada tiempo.

A continuación, caracterizamos los avances en la interrelación entre propiedad intelectual y defensa de la competencia en una división cronológica desde principios del siglo XX. Mencionamos solamente algunas pocas sentencias referidas a esta temática consideradas significativas, entre tantos casos que llegaron a los tribunales en esta materia.

4.2 Primera mitad del siglo XX

A principios del siglo XX, tanto los tribunales como la doctrina norteamericana entendían que la defensa de la competencia y la propiedad intelectual constituían “esferas separadas”, dado que la defensa de la competencia se centraba en los monopolios y la propiedad intelectual los promovía (Sullivan, 2000; Tom y Newberg, 1997). En EE. UU., coincide esta época con un importante desarrollo de las patentes de invención (se admitían muchas patentes, especialmente de productos químicos, en la oficina norteamericana) frente a una

irregular consideración ante los tribunales de las acciones antimonopólicas que desarrollaba el propio Gobierno norteamericano. En Europa todavía no estaba desarrollado a nivel continental el estudio de esta temática, que surge recién con la constitución de la CEE a partir de fines de la década de 1950.

En EE. UU., uno de los temas que se suscitaron en primer término fue la venta de productos patentados en simultáneo con pactos de obligación de compra de suministros. El primer caso de jurisprudencia al respecto fue *Henry v. A.B. Dick Co.*,³ en el cual se terminó aprobando dicha posibilidad de vinculación contractual obligatoria. A. B. Dick, titular de la patente de invención de determinado mimeógrafo, vendió una de las máquinas patentadas bajo condición de que se utilizaran solamente suministros comprados a él (papeles, tinta y demás). La adquirente compró tinta a otra persona, Henry, quien fue considerado como colaborador en la infracción contractual y demandado por Dick. En definitiva, llegado al nivel de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (en adelante, SCOTUS, por Supreme Court of the United States), en fallo mayoritario, se entendió que correspondía sostener la validez de este contrato restrictivo. Este pronunciamiento dio lugar a una corrección por parte del legislador, que incluyó la expresa prohibición de los contratos vinculantes en torno a una patente en la Ley Clayton Antitrust, aprobada el 15 de octubre de 1914, sección 3. SCOTUS revirtió la consideración del caso *Henry vs Dick* en el fallo *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*,⁴ que fijó la posición contraria que prevalece claramente hasta hoy. Las sentencias de algunos otros primeros casos muestran también la fortaleza con la que se calificaba el sistema monopólico basado en patentes de invención frente a las relativamente nuevas normas del derecho *antitrust* norteamericano. El estudio del alcance de las prohibiciones en materia *antitrust* fue cambiando esta posición en las décadas siguientes.

Transcurridas las primeras décadas del siglo XX, durante las décadas de 1930 a 1950, se revisaron y precisaron muchas de las concesiones de patentes de invención a la par del fortalecimiento de la jurisprudencia.

3 *Henry v. A.B. Dick Co.*, 224 U.S. 1 (1912).

4 *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.* 243 U.S. 502 (1917).

dencia *antitrust*. Comenzó a analizarse el abuso en dichos aspectos de la propiedad intelectual. Estas oscilaciones cíclicas se suceden.

De esta época, destacamos un caso de jurisprudencia señalado usualmente como paradigmático: *Mercoid Corp. v. Minneapolis-Honeywell Regulator Co.*⁵ Es conocido como el caso en el cual se definió sólidamente como ilegal vincular artículos no patentados a un contrato relacionado con una patente, sea licencia o venta de aparato patentado. Se decidió sobre la base de las doctrinas del uso indebido y la infracción contributiva. En definitiva, delimitó la extensión de la patente específicamente a su ámbito legal de protección. La experiencia del caso dio lugar a que el Congreso norteamericano incorporara en la legislación de patentes normas específicas al definir el ámbito del derecho de patentes, normas que también se incorporaron al estándar global en la materia.

Durante estos años, existía en los distintos países de Europa diverso nivel de desarrollo de lo que tomaría cuerpo como defensa de la competencia, recién en la segunda mitad del siglo XX. Había conceptos y prohibiciones incorporadas a partir del estudio de la legislación de la propiedad intelectual y especialmente sobre la experiencia y necesidades de pronunciamientos en casos de patentes y alguna tecnología que fue surgiendo. Sin embargo, en el territorio europeo no puede hablarse de una tendencia o conceptos uniformes durante ese tiempo. Los casos planteados se centraron en el fortalecimiento de la legislación de propiedad intelectual.

4.3 A partir de la década de 1960

La situación en cuanto a la consideración de la relación entre la propiedad intelectual y la defensa de la competencia cambia a partir de la década de 1960. Tanto en doctrina como en los pronunciamientos jurisprudenciales norteamericanos se plantea la reconsideración del relacionamiento internormativo entre la propiedad intelectual y la defensa de la competencia (Bowman, 1973). La doctrina hace referencia a “conflicto” y otras expresiones que reflejan enfrentamiento entre dichas normas.

5 *Mercoid Corp. v. Minneapolis-Honeywell Regulator Co.*, 320 U.S. 680 (1944).

También en el escenario europeo se fortaleció el análisis de la temática a partir de la constitución de la CEE por el Tratado de Roma firmado el 25 de marzo de 1957, que consagra disposiciones sobre competencia para el mercado comunitario, específicamente en los artículos 85 y 86. Con la CEE constituida, la Comisión Europea comenzó a actuar enfocada en las prácticas anticompetitivas, especialmente en sectores sensibles como el de química y farmacéutico.

La preocupación de la jurisprudencia comunitaria europea a partir de la década de 1960, relacionada con la convergencia de la propiedad intelectual y la defensa de la competencia, estuvo encaminada a situaciones en las cuales podían encontrarse impedimentos a la libre circulación de mercaderías o servicios. Vamos a citar algunos casos clásicos y representativos al respecto.

Se destacan, en primer lugar, los casos en Asuntos acumulados 56 y 58-64, *Établissements Consten S.à.R.L. y Grundig-Verkaufs-GmbH contra Comisión de la CEE* (se los conoce como casos *Consten & Grundig contra la Comisión CEE*). Este pronunciamiento fue muy importante y signó las consideraciones sobre la interacción de los sectores normativos del mercado involucrados. Grundig, empresa alemana de electrónica, estableció un acuerdo exclusivo con Consten, una empresa francesa, a efectos de realizar la distribución de sus productos en Francia. Una cláusula de este acuerdo le prohibía a Consten vender los productos con la marca Grundig a terceros países de la CEE, es decir, fuera de la CEE. Por su parte, Grundig acordó en términos similares con otros distribuidores en otros Estados miembros, generando de esta forma una red de distribución con las empresas que seleccionaba siempre sobre la base de los derechos de Grundig sobre los productos con su marca que constituyeron objeto de los acuerdos mencionados. Cuestionado el efecto de restricción de competencia generado por esta red de contratos, la CEE consideró que esos acuerdos infringían la norma equivalente al artículo 101 del actual Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE), al limitar la competencia y afectar el comercio entre los Estados miembros. Posteriormente, analizado el pronunciamiento por el Tribunal de Justicia comunitario, fue confirmada la decisión de la Comisión. En este caso, se explica de forma muy concreta la diferencia entre la existencia y el ejercicio de los derechos de la propiedad

intelectual, aclarando que las limitaciones no afectan a la existencia, sino al alcance del ejercicio de tales derechos. En un sentido similar, en relación con el agotamiento del derecho de la marca, también se pronunció el Tribunal de Justicia de la CEE en el caso *Sirena v. Eda*.⁶

En segundo lugar, entiendo relevante el caso *Parke, Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm*, de 1968.⁷ Parke Davis era una empresa farmacéutica, titular de una patente de medicamento en varios países de la CEE. La empresa fijó distintos precios según cada país. Por otra parte, Probel y otras compañías importaban el medicamento desde los países donde el precio era más bajo y lo vendían en otros Estados miembros a un precio inferior al que había fijado Parke Davis para la comercialización. Esta última demandó a las empresas comercializadoras sobre la base de su derecho de patente de invención, lo que derivó en la necesidad de determinar si la libre circulación de mercancías se veía limitada por los derechos de patente. El Tribunal de Justicia entendió que el monopolio de explotación concedido por el título de patente no alcanzaba a la posibilidad de impedir la libre circulación de mercancías, es decir, del soporte o producto elaborado en aplicación de la tecnología patentada. En su tiempo, fue muy notoria esta sentencia por entenderla un incentivo a la competencia en el mercado farmacéutico, limitando el monopolio de la patente.

Finalmente, destaco el caso 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH*, resuelto por el Tribunal de Justicia de la CEE en 1971. Sentó precedentes en relación con la libre circulación de mercancías dentro del mercado común y la protección de los derechos de autor. Deutsche Grammophon era una empresa discográfica que había distribuido sus productos en Francia. Por otra parte, Metro-SB era una cadena de supermercados alemana que había adquirido en Francia los soportes discos que contenían las obras cuya titularidad le correspondían a Deutsche Grammophon y los importó a Alemania para venderlos a un precio inferior al fijado por esa compañía en el mercado alemán. La titular de los derechos

6 *Sirena v. Eda*, Caso 40/70, sentencia de 18 de febrero de 1971 E.C.R. (1971).

7 *Parke, Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm*, Caso 24/67, sentencia de 29 de febrero de 1968.

interpuso una demanda contra Metro-SB. El debate se centró en determinar si Metro-SB tenía derecho a importar y vender en Alemania discos que habían sido legalmente puestos en circulación en otro Estado miembro de la CEE. El Tribunal de Justicia de la CEE sostuvo, en el escenario del mercado comunitario, el principio fundamental de agotamiento del derecho de autor. Es decir que, una vez que un producto protegido por derechos de autor ha sido puesto en circulación en el mercado de la UE por el titular de los derechos o con su consentimiento, el derecho de autor se agota y el titular pierde el control sobre la ulterior distribución de ese producto. Se destaca este pronunciamiento, líder desde ese entonces, no solo en la doctrina específica del agotamiento de los derechos, sino especialmente por el equilibrio entre derechos de la propiedad intelectual y circulación de mercaderías.

4.4 Décadas de 1980 y 1990

Durante estas décadas, tanto en EE. UU. como en Europa, doctrina y jurisprudencia maduraron la reflexión de las décadas inmediatamente precedentes. La tendencia fue enfocar el relacionamiento entre la propiedad intelectual y la defensa de la competencia como la búsqueda de un equilibrio para protección de derechos y garantía de la competencia efectiva, objetivos comunes a ambos sectores normativos. No solamente se avanzó en la consideración de las prácticas anticompetitivas en el mercado en cuanto a pactos de operadores, sino que se desarrollaron criterios de evaluación del abuso de la posición de dominio en el caso del ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual.

En la UE, en el caso *Magill, RTE & ITP v. Commission*,⁸ por primera vez se consideró la negativa a contratar derechos de propiedad intelectual como abuso de posición dominante. El caso se interpuso entre las empresas emisoras de televisión Radio Telefís Éireann e Independent Television Publications Ltd y una editorial irlandesa Magill TV Guide Ltd. Las primeras se negaron a licenciar la grilla de programación (en definitiva, una obra protegida por derecho de autor) a la

8 *RTE & ITP v. Commission* [1995] ECR I-743, TJUE, caso *Magill*.

segunda, quien recopilaba la información de todas las programaciones en la publicación de una revista semanal. Las televisoras, mediante tal negativa, potenciaban su propio monopolio de información, colocándose de esta forma en una posición dominante no solamente para su actividad comercial, sino también para mercados secundarios como el de publicación de revistas sobre programación. Ante esta situación, el Tribunal consideró que había efecto anticompetitivo del ejercicio de los derechos de las emisoras de televisión en cuestión, pues no había ninguna circunstancia excepcional que ameritara negar tal información para una guía semanal, tal como se publicaba, desde la perspectiva de la actividad empresarial de las emisoras.

Poco tiempo después, en el caso *Ladbroke*,⁹ se intentó citar la jurisprudencia *Magill*, aunque no tuvo andamio por diferencias que se consideraron sustanciales. En Francia, la asociación organizadora de las carreras de caballos, que detentaba también los derechos de autor sobre sonidos e imágenes de las carreras, se negó a concederle a Tiercé Ladbroke —empresa de apuestas de Bélgica— licencia para retransmisión en directo de las carreras de caballos francesas. Ladbroke denunció por abuso de posición de dominio, pero la Comisión rechazó el accionamiento. Asimismo, el TPI rechazó también el argumento de Ladbroke sobre fundarse en lo expresado en el caso *Magill*. El TPI explicó que no existía el deber de conceder licencias para la retransmisión en directo de las carreras de caballos francesas a una empresa que ya era el principal proveedor de servicios de apuestas en Bélgica. Hubiera existido, aclara, un deber de suministro en caso de que el acceso fuera esencial porque no hubiera sustitutos —que, evidentemente, había— para el insumo necesario para la empresa de apuestas belga reclamante.

El fortalecimiento de los conceptos o principios sobre el relacionamiento entre propiedad intelectual y el derecho de la competencia —*antitrust law* tratándose del derecho norteamericano— queda claro en varias sentencias de estos años.

Es inolvidable el sonado caso *United States v. Microsoft Corp. de 1998*,¹⁰ en el que se analizó la conducta del demandado, Microsoft

9 *Ladbroke*, T-504/93, 1997, ECR II-923.

10 *United States v. Microsoft Corp. de 1998*, 147 F.3d 935, 939 (D.C. Cir. 1998).

Corp. Esta compañía integró el navegador web llamado Internet Explorer en su sistema operativo Windows 95, de manera que imponía un navegador a través del acceso al uso de un *software* (bien de la propiedad intelectual, particularmente, derecho de autor) de uso generalizado. En este caso, se analizó la diferencia entre la vinculación anticompetitiva de dos productos y la integración tecnológica que promueve la eficiencia. Entendiendo que se daba la primera situación; Microsoft Corp. debió desligar comercialmente al navegador de su sistema operativo.

Otro caso relevante es *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*¹¹ Intergraph era titular de la patente de invención conocida como Clipper, esencial para el funcionamiento de sus estaciones de trabajo utilizadas para crear gráficos por computadora. En un momento dado, decidió dejar de utilizar los microprocesadores Clipper y cambiar por los de otro proveedor, Intel. Luego del cambio, Intergraph declaró que Intel había infringido sus patentes Clipper al desarrollar nuevos productos y la demandó, solicitando una medida cautelar. El tribunal de distrito falló liminarmente a favor de Intergraph y otorgó la medida cautelar solicitada. Sin embargo, Intel apeló la decisión ante el Tribunal Federal del Circuito y éste revocó la decisión de la instancia anterior, quedando sin efecto la medida concedida. Los magistrados entendieron que Intergraph no había presentado pruebas suficientes de la infracción de patentes, pero, en particular, se fundamentaron en que la medida cautelar solicitada por Intergraph podría haber tenido un impacto negativo en la competencia en el mercado de los microprocesadores. En paralelo a este accionamiento, la conducta de Intel Corporation dio lugar también a una denuncia ante la FTC, que culminó con un acuerdo ese mismo año (1999), implicando reconocimiento por parte del denunciado de actos en infracción al derecho *antitrust*. El caso fue muy controvertido y dejó enseñanzas en la valoración de la negativa para contratar en particular cuando involucra derechos de la propiedad intelectual, aunque no existen reglas claras para determinar cuándo dicha negativa constituye un abuso de posición dominante (García Cachafeiro, 1999, pp. 548 y ss.).

En esta época en particular, la corrección de las tensiones entre

11 *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999).

derechos de la propiedad intelectual y la defensa de la competencia se realizó introduciendo normas específicas en las leyes referidas a patentes de invención, especialmente a derechos de autor. A las disposiciones presentes en el derecho internacional y nacional comparado a nivel global referidas a licencias obligatorias en materias de patentes de invención, Vidarrueta (2021) las ha denominado “anti-cuerpo pro – competitivo” (p. 127), como previsión que opera dentro del sistema de patentes. Se debe, para este autor, a que por constituir una posibilidad de flexibilización del ejercicio de los derechos de patentes terminan incentivando llegar a licencias en términos de cierta razonabilidad para ambas partes, algo preferible antes que una resolución estatal de licencia obligatoria. En un grado menor, en las leyes sobre signos distintivos, predominan en cuanto a derecho de la competencia las disposiciones del sector que prohíbe conductas calificables como competencia desleal.

4.5 Siglo XXI: economía digital, nuevas tecnologías, globalización

Con el comienzo del siglo XXI y la inmersión de la economía y la sociedad en la llamada “revolución digital”, los conceptos clásicos, así como las consideraciones de equilibrio a las cuales se llegó en el siglo XX, se vieron desafiadas por la tecnología digital.

Las plataformas digitales de intercambio de bienes y servicios, públicos y privados, la masificación de los datos y la evolución de las tecnologías de la inteligencia artificial condujeron al cuestionamiento de soluciones ya alcanzadas, así como al análisis de nuevos escenarios de tensión o necesidad de equilibrio entre la propiedad intelectual y la defensa de la competencia. En este escenario digital, aparece especialmente el derecho de autor y los derechos conexos involucrados en la aplicación convergente con la defensa de la competencia, manteniéndose la frecuencia de situaciones referidas a patentes y marcas.

En la UE, uno de los casos más relevantes es *Huawei v. ZTE* (2015) tramitado ante el Tribunal de Justicia de la UE,¹² que estableció un

12 *Huawei v. ZTE* (2015) C-170/13, TJUE.

marco fundamental para el manejo de patentes esenciales para estándares en el contexto del derecho de la competencia. El TJUE estableció ciertas condiciones bajo las cuales el titular de una patente esencial puede solicitar medidas cautelares contra un presunto infractor, sin abusar de su posición dominante, basándose en la correspondiente normativa del artículo 102 del TFUE. En este sentido, estableció que el titular debe alertar al presunto infractor sobre la violación, así como presentar una oferta específica de licencia en términos FRAND (*acrónimo para Fair, Reasonable, And Non-Discriminatory, justo, razonable y no discriminatorio en español*), calificando la exigencia del *clausulado de licencias*. A su vez, el presunto infractor debe responder diligentemente a la oferta. Si el titular la rechaza, debe presentar una contraoferta en términos FRAND. Si, en definitiva, no se llega a un acuerdo, las partes pueden recurrir a un tercero independiente.

En la UE ha habido otros casos, y se siguen presentando, tanto en materia de patentes esenciales como en cuanto a derechos de autor referidos al *software* utilizado en plataformas digitales y licencias.

En cuanto a EE. UU., destacamos el caso *Federal Trade Commission v. Qualcomm Inc.*¹³ Se discutió la presunta conducta anticompetitiva de la demandada sobre la base de licencias de las cuales era parte abarcando varias patentes esenciales para diversos estándares de comunicaciones inalámbricas. Es el escenario de las licencias FRAND. La autoridad competente analizó los efectos anticompetitivos que podían generar y entendió que la empresa aplicaba la política “no hay licencia, no hay chips”, condicionando el acceso de sus clientes al cumplimiento de cláusulas abusivas. Concretamente, reclamó que la demandada no podía negarse a licenciar sus patentes a competidores directos, en su mercado de productos relevante, ni imponer una tarifa adicional a las ventas de chips rivales a través de la licencia de su patente. Qualcomm se opuso a todas las consideraciones. La magistrada del tribunal de distrito, Lucy Koh, en primera instancia, le dio la razón a la FTC, entendiendo que tanto las negativas a licenciar a competidores como las cláusulas reclamadas constituían infracción al derecho *antitrust*. Sin embargo, en la siguiente instancia, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Noveno Circuito

13 *Federal Trade Commission v. Qualcomm Inc.*, No. 19-16122 (9th Cir. 2020).

decidió revertir por unanimidad la decisión del tribunal de distrito al argumentar que la FTC no pudo probar a través de su análisis de la regla de la razón que las políticas de Qualcomm tuvieran un efecto negativo considerable hacia el consumidor en el mercado de chips celulares ni demás argumento por los que se perseguía a la empresa.

Si bien este punto hace referencia a jurisprudencia, igualmente mencionamos que en la Unión Europea, en el año 2022, se aprobó la denominada Ley de Mercados Digitales (DMA), adoptada desde ese año y en vigencia desde 2023, Reglamento (UE) 2022/1925. Se trata de disposiciones normativas verdaderamente precursoras que regulan las grandes plataformas tecnológicas —denominadas *gate-keepers*—. Tiene como objetivo procurar que los mercados digitales sean competitivos, lo que redundará en beneficio de los consumidores y usuarios, protegiendo la innovación en dicha medida. Defensas y pronunciamientos jurisdiccionales en el ámbito europeo tienen, en adelante, en la DMA un claro fundamento para el accionamiento.

5 La determinación del derecho aplicable al caso concreto

5.1 Conceptos generales

La determinación del derecho aplicable en la intersección normativa que estamos estudiando o, más precisamente, definir el umbral que no puede cruzar el ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual en una situación concreta resulta muy complejo.

No se trata de conflicto de leyes ni de anomia. Entiendo que ni siquiera se puede afirmar que pueda haber una anomia por antinomia dado que no se trata de normas con preceptos directamente opuestos entre sí. La propiedad intelectual y la defensa de la competencia regulan aspectos distintos de las relaciones de competencia en el mercado. No se trata de preceptos opuestos, sino de efectos de la aplicación de una u otra ley que se plantean como contradictorios frente a los objetivos del otro sector normativo, ambos aplicables a la misma relación de competencia. Las normas involucradas en cada caso presentan igual jerarquía con ámbitos de aplicación específicos, que se desarrollan con particularidades separadamente. No hay una “defensa de la competencia de la propiedad intelectual”, se trata de la aplicación de los conceptos jurídicos correspondientes a materia

de competencia para definir la calificación legal del ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual.

En todo caso, para llegar a la definición, se transita un proceso cuyas etapas no se encuentran fijadas en ninguna disposición. La evolución en conceptos económicos de la competencia, así como el escenario de mercado e incluso la evolución tecnológica, hacen variable este proceso a lo largo del tiempo. De todas maneras, sea como sean las opciones que se presenten ante las autoridades competentes para decidir, la actuación y las consideraciones deben ajustarse al marco legal a todo nivel.

Actualmente, hay un instrumento interesante, la antes mencionada Recomendación del Consejo de la OCDE sobre derechos de propiedad intelectual y competencia de 2023, que constituye una muy útil referencia para las autoridades competentes en la decisión. Las recomendaciones no son vinculantes; constituyen un compromiso político para los países miembros. Para los países que ni siquiera son miembros o adherentes, esta Recomendación es una guía sensata de actuación.

A modo demostrativo del contenido de dicho documento, se transcribe a continuación la Recomendación II:

RECOMIENDA que los Miembros y no Miembros que se hayan adherido a esta Recomendación (en adelante, los “Adherentes”) apliquen efectivamente la ley de competencia contra las prácticas comerciales anticompetitivas relacionadas con la PI. A tal efecto, los Adherentes deberán:

- 1) Aplicar los mismos principios de competencia a los derechos de PI que a otras formas de propiedad, teniendo en cuenta las características únicas de los derechos de PI. 6.
- 2) Aplicar los mismos principios de competencia a diferentes derechos de PI, teniendo en cuenta las diferencias relevantes entre los tipos de derechos de PI.
- 3) Aplicar un enfoque caso por caso y un análisis basado en los efectos reales o probables (excepto las restricciones analizadas según las reglas *per se* o por objeto) al revisar las circunstancias específicas del mercado en el que ocurren las prácticas comerciales relacionadas con la PI.

- 4) Tener en cuenta la existencia de derechos de propiedad intelectual al definir los mercados relevantes sin equiparar el alcance del derecho de PI con el alcance del mercado relevante.
- 5) Tratar la existencia del derecho de PI como uno de los factores relevantes para evaluar el poder de mercado, sin suponer que confiere inherentemente poder de mercado al titular del derecho.
- 6) Aplicar, cuando corresponda, las excepciones de la ley nacional de competencia para los derechos de propiedad intelectual estrictamente, teniendo en cuenta la importancia de preservar la competencia efectiva.

Enumeramos a continuación características generales de los métodos de análisis aplicados a efectos de la determinación de la normativa aplicable.

a) Ámbito de análisis del caso

Cada país organiza el sistema para la dilucidación de los distintos conflictos, sea en el ámbito judicial o en el administrativo.

Los conflictos sobre temas de ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual se deciden en el Poder Judicial, en la generalidad en el derecho comparado, eventualmente, en procesos arbitrales. Sin embargo, para las cuestiones referidas a defensa de la competencia, en muchos países hay un ámbito de jurisdicción administrativa —además del ámbito judicial— denominado “comisión o tribunal” para los asuntos de derecho de la competencia o de defensa de la competencia.

A menos que la ley de la jurisdicción competente imponga otra solución, entiendo que podrá tratarse en cualquier jurisdicción —ya sea, en general, en el Poder Judicial, donde se considera el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, o en la específica, correspondiente a la defensa de la competencia (que puede no ser el Poder Judicial)—, pues involucra simultáneamente ambas materias. Tema distinto será qué facultades en cuanto a sanciones o actuación para ejecutar la sentencia pueda tener una u otra. En el caso de Uruguay, por ejemplo, los temas relacionados con el ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual se debaten en el Poder Judicial, mientras que en materia de defensa de la competencia hay dos jurisdicciones

competentes: el Poder Judicial o la Comisión para la Promoción y Defensa de la Competencia, esta última, dentro del sistema administrativo nacional.

b) Consideración casuística

Es fundamental enfocar el análisis de la situación que se presente reconociendo que cada relación de competencia tiene una definición única. Corresponde en cada caso determinar el mercado relevante donde analizar las tensiones planteadas y el efecto que el ejercicio del instituto de la propiedad intelectual del que se trate pueda tener en el territorio y en relación con el producto o servicio correspondiente.

Se han formulado diferentes teorías respecto del relacionamiento entre la propiedad intelectual y la defensa de la competencia buscando alguna regla sustancial que permita implementar un método de aplicación, partiendo del estudio de la experiencia de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales (Cabanellas, 2006). Las diversas críticas y dificultades de generalización correspondientes han llevado a fortalecer el enfoque del necesario estudio específico de cada situación (Petit, 2016). No es admisible que los derechos de la propiedad intelectual, por su carácter de exclusivos y su objetivo de promover la innovación, efectivamente la promuevan en todos los casos (Cotter, 2020). Por ello se sostiene el necesario estudio de los efectos de cada situación.

Coincido en la apreciación de que corresponde calificar como necesariamente casuística la aplicación del derecho al caso concreto, tratándose del tema a estudio. Es decir, corresponde analizar las circunstancias de cada caso concreto evitando generalizaciones.

c) Cada sector normativo involucra derechos de tutela constitucional, sin que la definición de la cuestión sea necesaria o directamente a dicho nivel
Pensando tanto en la propiedad intelectual como en la defensa de la competencia, se encuentran diversos derechos constitucionales involucrados en sus respectivos objetivos de protección.

En relación con la propiedad intelectual, se pueden destacar dos derechos constitucionales. Por un lado, el derecho a la propiedad en el ámbito privado, que alcanza tanto a la propiedad material como a la inmaterial. Por otro lado, la libertad de industria, que, como pro-

ductor/creador de bienes inmateriales, protege la libertad de crear obras artísticas, literarias, científicas y técnicas, así como obtener el provecho económico derivado de ellas. En el derecho constitucional uruguayo en particular, se protege el trabajo del creador intelectual autor o inventor (artículo 33 de la Constitución vigente), lo que añade otro nivel de tutela de máxima jerarquía jurídica.

En cuanto a la defensa de la competencia, también pueden mencionarse preceptos tuitivos de orden constitucional referidos a libertades: libertad de empresa y comercio, para realizar cualquier actividad económica legítima en el mercado; libertad de asociación y contratación, para el establecimiento de relaciones comerciales según voluntad y conveniencia de cada empresario. Se añade también al respecto el derecho a la igualdad, que en el plano económico implica las mismas oportunidades ante la Ley, impidiendo discriminación y privilegios injustificados. En cuanto al mercado, en algunas constituciones modernas se hace referencia a la protección al consumidor. En la Constitución uruguaya vigente, en particular, el artículo 50 dispone que toda organización comercial o industrial *trustificada* estará bajo el contralor del Estado, norma que durante muchos años —hasta inicio del siglo XXI— fue el único precepto general relacionado con la defensa de la competencia en el Uruguay.

El análisis de las situaciones de convergencia normativa que estamos planteando no implica comparar derechos de tutela constitucional. Ese es otro tipo de conflicto, ajeno al objeto de este estudio. Se trata de analizar los efectos económicos de los derechos de exclusiva de la propiedad intelectual en casos concretos, procurando dilucidar si pueden calificarse como anticompetitivos desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Se tomarán en cuenta los objetivos de cada marco legal para calificar si el ejercicio de derechos de la propiedad intelectual genera efectos anticompetitivos que transgreden los propios fines de la defensa de la competencia, tal como se verá más adelante.

d) Enfoque económico como base de análisis casuístico

Para alcanzar una solución la, situación debe examinarse mediante análisis económicos en general y también mediante el análisis económico del derecho, tanto desde la perspectiva de la propiedad in-

telectual como de la defensa de la competencia. En este sentido, se ha afirmado desde mediados del siglo XX en materia de patentes y derecho *antitrust* que el estudio de su relacionamiento requiere la referencia frecuente a conceptos económicos (Baxter, 1966, p. 280), apreciación extensible a cualquier escenario de institutos de la propiedad intelectual. Quienes aplican el derecho o aprueban políticas públicas se enfrentan a la búsqueda del equilibrio económico óptimo, entendido este como el fomento de la innovación manteniendo al mínimo —si no se puede impedir totalmente— el comportamiento anticompetitivo en los mercados de productos y servicios (Wolman y Balto, 2003 p. 429).

La defensa de la competencia implica necesariamente la consideración de conceptos económicos que, cuando involucran institutos de la propiedad intelectual, deben contemplar la existencia de un monopolio de base legal. La valoración económica, de todas maneras, es insuficiente e inadecuada *per se*. Debe estar acotada a una determinación legal para que los resultados sean razonables (Cabannellas, 2006, pp. 17 y ss.). Respecto de la expresión “monopolio de base legal”, típica de las valoraciones económicas, se puede añadir que se considera una “exclusividad legal”, en referencia general desde la legislación.

La determinación del mercado relevante o el reconocimiento del poder de mercado de la o las empresas involucradas, aun manteniendo el mismo concepto, presentan ciertos matices. El poder de mercado, por ejemplo, parte de la base de que la existencia de un instituto de la propiedad intelectual implica derechos de exclusión y el ejercicio de ciertos derechos acorde con estos que el legislador otorga en cumplimiento de objetivos específicos. De manera que la consideración de efectos anticompetitivos comienza a partir del reconocimiento del *jus excludendi*; no puede implicar su cancelación como tales. El efecto será una limitación a la modalidad de ejercicio de los derechos en ciertos casos, que incluso podría haber provocado un daño.

5.2 Metodologías de análisis de las situaciones concretas

En los distintos casos que se han estudiado para la definición de las situaciones objeto de este trabajo, se han propuesto distintas aproxi-

maciones de análisis y metodologías para la calificación del conflicto. Algunos de ellos son característicos del sistema legal involucrado, es decir, que resultan por lo menos difícilmente trasladables o generalizables a otra circunscripción. Por otra parte, se aprecia que se puede aplicar más de una modalidad de análisis, ya sea conjunta o sucesivamente a los casos presentados.

Seguidamente, planteamos algunas de las más destacables metodologías que se presentan en la doctrina y jurisprudencia comparadas.

5.2.1 Primera aproximación al estudio de los casos

En el derecho europeo, tradicionalmente se plantean tres perspectivas para la resolución de los conflictos en derecho de la competencia, aplicables a la intersección normativa que estamos analizando (Gómez Segade, 1978, pp. 106 y ss.). Entiendo que este triple planteo constituye un primer nivel de análisis a todo nivel normativo.

En primer lugar, se propone el estudio según la tesis del uso normal o razonable, que implica valorar si el caso se trata del ejercicio normal o razonable de los derechos sobre bienes inmateriales en función de la normativa específica de la propiedad intelectual.

En segundo lugar, corresponde valorar la llamada “tesis de las restricciones inherentes”, según la cual cabe reconocer que los derechos de exclusiva que concede la propiedad intelectual dan lugar a limitaciones a la libertad de la competencia, que son naturales de los propios objetivos de este sector normativo. Corresponde que tales restricciones sean toleradas por la defensa de la competencia. Es decir, habría que determinar si se trata de una restricción de competencia tolerable dentro de los objetivos de la propiedad intelectual.

La respuesta afirmativa en estos dos momentos resuelve la cuestión, en el sentido de que no corresponde limitación alguna a los derechos ejercidos por el titular de la propiedad intelectual.

En tercer lugar, cuando la situación fáctica no queda comprendida en las consideraciones anteriores, corresponde aplicar las normas de la defensa de la competencia. Es decir, queda abierto el camino para determinar cuáles son los efectos que genera en el mercado el ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual que se analiza y, una vez determinados, valorarlos desde el punto de vista jurídico para

calificar si se encuentran comprendidos —o no— en el ámbito de las prohibiciones establecidas para proteger la libertad de competencia.

5.2.2 Valoración de los efectos competitivos/anticompetitivos: regla de la razón, regla *per se*

Como precedente de valoración jurídica concurrencial para definir las situaciones que constituyen objeto de este estudio, antes del desarrollo técnico normativo en derecho comparado de la defensa de la competencia, se argumentó muchas veces, inicialmente, sobre la base del abuso de derecho. Es decir, identificar en la conducta de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual un ejercicio que trascendía los parámetros esperables o de buena fe.

La casuística tan diversa en la materia puede mostrar situaciones en las que un planteo de ejercicio abusivo de derechos, en tal sentido, podría excepcionalmente ser pertinente. Se plantea como posible reclamar por abuso de derechos de la propiedad intelectual sobre la base de la función social que esta tiene (Uribe Piedrahita et al., 2019).

Sin embargo, en la visión de la competencia y el derecho del mercado, entiendo que no es este el basamento correspondiente para calificar los efectos en el mercado. Hay disposiciones en la defensa de la competencia que establecen prohibiciones expresas, que constituyen el referente específico para el análisis de las situaciones.

Dicha enunciación de prohibiciones, por su parte, se aplica según la legislación indique que están sujetas a la regla de la razón o a la regla *per se*.

La regla de la razón (*rule of reason*) se aplica en el derecho de la competencia para evaluar la legalidad de ciertas prácticas comerciales. Ello se da con frecuencia en casos relacionados con la propiedad intelectual. Implica, muy sintéticamente, analizar si determinada conducta constituye restricción de la competencia no razonable o si esta puede considerarse provechosa tanto para el mercado como para consumidores y usuarios. Exige un examen detallado de los hechos y circunstancias de cada caso concreto.

Partiendo del análisis del mercado relevante y el poder de mercado de la o las empresas objeto de cuestionamiento de conducta,

se estudian los efectos competitivos de la conducta, tanto los anti-competitivos como los procompetitivos. Si los primeros superan a los segundos, se entiende que no tiene razonabilidad la conducta o práctica analizada. Una conducta en apariencia restrictiva puede así considerarse, en definitiva, procompetitiva.

En cuanto a temática de la propiedad intelectual, se ha aplicado esta regla en casos de licencias exclusivas, especialmente en materia de patentes de invención y en casos de acuerdos de colaboración limitados por plazos de exclusiva en paralelo a derechos de propiedad intelectual involucrados. De esta manera, se evalúan los posibles beneficios de la conducta, que, en relación con la propiedad intelectual, tienen que ver con la medida en que se identifica la promoción de la innovación, la protección de inversiones o la mejora de la eficiencia. Otro de los parámetros de análisis consiste en relevar si se encuentran alternativas menos restrictivas para alcanzar iguales objetivos legítimos.

Caso hipotético y aplicación de esta regla: empresa farmacéutica titular de patente de invención sobre un medicamento que fija precios altos. En este caso, si se plantea el análisis antes mencionado por considerarlo excesivo, hay que determinar si ese precio provoca efectos anticompetitivos en el mercado, estudiando: la posible existencia de medicamentos sustituibles al patentado y la eventual existencia de barreras de entrada para medicamentos genéricos; si ese precio desincentiva la innovación en otros medios de tratamiento; y si tal precio resulta necesario para recuperar la inversión de los titulares de la patente y demás inversores.

Su aplicación es criticada en ocasiones por entenderse que la flexibilidad en cuanto a la apreciación deja márgenes de discrecionalidad a la autoridad competente en la decisión.

Como aplicación de la regla de la razón, se encuentra el caso *American Needle, Inc. v. National Football League* (2010), muy importante a efectos prácticos por el ámbito donde se desarrolló. La demandada concentraba los derechos de propiedad intelectual de todos los clubes deportivos de la competencia, distribuyendo ganancias equitativamente entre todos ellos. Desde 1963 a 2000, realizó tal actividad otorgando licencias no exclusivas a distintos proveedores, como por ejemplo a la empresa actora. A partir de 2000, los clubes decidieron

que las licencias fueran exclusivas y la demandada otorgó contrato por diez años con Reebok para fabricar y vender gorras con las marcas de los 32 equipos involucrados. Naturalmente, no renovó a American Needle, que reclamó al respecto. En sentencia del 24 de mayo del 2010, la SCOTUS entendió que, por los términos de contratación, había un acuerdo en infracción a la Ley Sherman Antitrust, sección 1. Es decir que la conducta analizada era ilegal según las reglas del *antitrust law*, valorando que los efectos de bloquear el acceso a terceros a través del acuerdo del número total de titulares de derechos de exclusiva (marcas) eran ilegales aunque lo canalizaran a través de una sola persona jurídica y aunque la demandada fuera una liga nacional.

La regla *per se* —o “per se rule”— se aplica tradicionalmente en el derecho de la competencia en caso de determinadas conductas de tal nivel de perjuicio para la competencia que admiten la presunción de ilegalidad sin que se analice más que el efectivo acaecimiento de tal conducta. Es decir: se aplica a conductas consideradas intrínsecamente anticompetitivas, con fundamento en la naturaleza del acto del que se trate. Ejemplo de ello son los cárteles o acuerdos de fijación de precios.

No son muy frecuentes los casos de aplicación de la regla *per se*, tratándose del ejercicio de algunos derechos de propiedad intelectual. En particular, en un escenario de derechos monopólicos de base legal, como es el caso, una regla en este sentido presenta riesgos de constituir un incumplimiento a las leyes. La opción por la aplicación de la regla de la razón, en lugar de la regla *per se* para estos casos, se ha calificado como actitud benigna en opinión de parte de la doctrina norteamericana (Coco, 2008, p. 25). No obstante, hay algunas situaciones que ameritan esa aplicación, como pueden ser acuerdos de división de mercados con base en derechos de propiedad intelectual, fijación de precios pactados entre titulares de derechos de propiedad intelectual, así como impedir el acceso a competidores sobre dicho fundamento.

Se critica de la aplicación de la regla *per se* a situaciones que involucran la propiedad intelectual que implica mayor riesgo de que se condenen conductas procompetitivas y que dé lugar a absolver conductas anticompetitivas. Ello se debe a la naturaleza monopólica de base legal de los derechos de la propiedad intelectual, que no puede desconocerse en el análisis de toda esta temática.

Hovenkamp et al (2003) analizaron la efectiva valoración de los efectos anticompetitivos del ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual, y concluyeron que es una tarea tan difícil y larga que en sí misma pone en riesgo los propios beneficios de resolver la controversia. Sugieren, por su parte, que la primera medida de los tribunales —la autoridad competente a quien le corresponda decidir— procure evitar la investigación, para lo que enumeran dos posibilidades. Una de ellas es verificar que el acuerdo no viole las leyes *antitrust*, analizando, por ejemplo, que las patentes sean válidas o que no exista infracción de patentes. La otra posibilidad, siguiendo el mismo ejemplo, es que exista infracción a las leyes *antitrust* aun en caso que las patentes sean válidas o se estén infringiendo los derechos que le conceden al titular.

Entienden los mencionados autores que generalmente los casos se dilucidan por medio de principios del derecho *antitrust*, pues en pocas ocasiones la decisión del tribunal depende de la perspectiva de estudio de la aplicación del derecho de la propiedad intelectual. De su trabajo se destaca una clasificación de situaciones de las que se concluye cuáles casos merecen realmente una investigación desde el punto de vista sustancial de la propiedad intelectual, en una perspectiva aplicable a la temática tanto de las patentes de invención que enfocan como de cualquier otro instituto de dicho sector normativo.

5.2.3 Valoración económica de los efectos competitivos/anticompetitivos en caso de regla de la razón

A diferencia del caso de aplicación de la regla *per se* en que, probados los hechos o actos que constituyen una prohibición para la defensa de la competencia, deviene la calificación de ilegalidad del acto correspondiente, tratándose de la aplicación de la regla de la razón, deben realizarse ulteriores valoraciones comparativas de orden económico. A continuación, se presentan algunos de los métodos que se han considerado aplicables al efecto. Se trata de valoraciones desde la economía para definir en los distintos casos concretos.

a) Determinación del punto de equilibrio entre ambos sectores normativos

Una de los fundamentos que se han desarrollado para analizar la con-

vergencia entre los efectos del ejercicio de derechos regulados por la propiedad intelectual y la defensa de la competencia es la necesidad de determinar cuál es el punto de equilibrio de la tutela de la innovación y libertad de la competencia en cada caso (Anderman y Ezrachi, 2011). Se argumenta que este camino ofrece como ventaja que permite valorar todos los elementos de la relación de competencia comparando los efectos de la situación problemática o cuestionada con la situación deseable. También permite comparar la dimensión beneficiosa de la innovación, frente a lo que puede ser ganancias de la competencia efectiva y no solamente considerar ganancias cuantificadas.

Esta posición se ha utilizado desde las últimas décadas del siglo XX como criterio para el análisis de casos de conflicto en la materia cuyo estudio nos ocupa.

La búsqueda del punto de equilibrio también lleva o puede llevar a un cotejo de equilibrios entre uno y otro sector normativo involucrados. Para realizar dicho cotejo también se habrá de tener en cuenta si la innovación de que trata la situación a definir se convirtió en el estándar de la tecnología o si queda espacio para que los competidores avancen con innovaciones en el mercado (Quintana Sánchez, 2006, p. 276). De dicha consideración, que implica el análisis de las facilidades esenciales depende la consideración general del tema.

b) Aplicación del concepto de competencia dinámica para definir si los efectos son pro o anticompetitivos

También se recurre al concepto de competencia dinámica a efectos del análisis comparativo. Se parte de la realidad de lo que ha sido la competencia en cierto mercado relevante, para analizarlo tanto a lo largo del tiempo pasado como con proyección al futuro a partir de los datos de la realidad que se presenta a estudio (Drexler, 2008). El criterio se opone al de competencia estática, que implica posicionarse exclusivamente en la valoración del presente. De esta forma, dicen sus seguidores que se podrá definir si la protección de la propiedad intelectual que en determinado momento sea cuestionable promueve innovación y potencia la competencia en el futuro, habilitando los beneficios correspondientes. Si no se verifica esta posibilidad, habrá de considerarse una situación pasible de la aplicación de las normas de la defensa de la competencia por actos anticompetitivos.

El concepto de dinamismo se plantea también en términos de análisis de la eficiencia del mercado, sea ésta estática o dinámica, relacionada particularmente con la innovación y las políticas públicas para su desarrollo en el mercado. Cuando la innovación es fuente de poder de mercado, como en las patentes de invención —por ejemplo, como desarrollo con objetivos a futuro para el mercado—, el análisis de la eficiencia dinámica sería la única forma de evaluar el éxito o fracaso de la intervención pública (Petrecola y Stanley, 2008, pp. 39-40).

El uso de este concepto para resolver la relación entre la propiedad intelectual y el derecho de la competencia elimina algunas de las dificultades de la primera alternativa, como ser la determinación de un punto de equilibrio. Sin embargo, tiene como desventaja que requiere que las ANC y los tribunales hagan una valoración de la probabilidad de innovación y de los resultados de las ganancias de eficiencia, entre otros factores de mejoramiento de la competencia.

Solo permite tener en cuenta para la calificación de la situación los cálculos de beneficios de la innovación o de la competencia a futuro.

c) Análisis de los efectos de red

Un análisis que ha adquirido importancia particular en los últimos años es el de los efectos de red, potenciado por la economía digital y las plataformas de intercambio que involucran bienes y servicios protegidos por la propiedad intelectual.

La teoría de los efectos de red explica que la utilidad que un usuario obtiene del consumo de un bien aumenta con el número de otros agentes que lo consumen (Katz y Shapiro, 1985). Un ejemplo tradicional al respecto es la necesidad de aumento de clientes y establecimientos comerciales que hace exitoso al modelo de negocios de la tarjeta de crédito. Actualmente, el escenario de las plataformas es el punto de mayor análisis y debate en la temática.

Los efectos de red son un factor determinante en la dinámica competitiva cuando se combinan con derechos de propiedad intelectual. Este monopolio puede limitar la competencia al restringir el acceso a tecnologías o productos clave, lo que, a su vez, puede consolidar la posición dominante de una plataforma. Puede también crear

barreras significativas para eventuales nuevos competidores y consolidar el poder de quienes ya se encuentran actuando, lo que requiere un enfoque cuidadoso por parte de las autoridades reguladoras para asegurar un mercado competitivo y justo.

La incidencia en la competencia de la combinación del efecto de red y la propiedad intelectual involucrada en la contratación y operativa de las plataformas digitales muestra la posibilidad de diversos riesgos. Se pueden crear barreras de entrada muy altas para nuevos competidores, pues, una vez que la plataforma alcanzó una masa crítica de usuarios, será difícil que nuevos competidores atraigan un número suficiente de usuarios para competir con la primera. Ello da lugar a la existencia de monopolios u oligopolios.

En cuanto a poder de mercado, las plataformas dominantes están en condiciones de abusar de su posición de mercado para imponerles condiciones desfavorables a sus competidores, proveedores o consumidores. Podrían llegar a imponer tarifas excesivas, por ejemplo. Todo ello limita la innovación, la desalienta. Las empresas dominantes estarán más interesadas en proteger su posición de poder que en desarrollar nuevos productos o servicios.

Finalmente, la propiedad intelectual podría ser utilizada para limitar la interoperabilidad entre diferentes plataformas, surgiendo de esta manera dificultades para que los consumidores cambien de un proveedor a otro, reforzando la propia posición dominante de las empresas establecidas.

5.3 Medidas aplicables como sanción y medidas de prevención

Una vez definida una situación en la cual el ejercicio de derechos de titulares de bienes protegidos por la propiedad intelectual genera efectos anticompetitivos en el mercado a tenor de las prohibiciones que establece la defensa de la competencia, corresponde la aplicación de medidas que se encuentran previstas en este último sector normativo. Se los denomina *remedies*, a veces traducido literalmente como “remedios”.

Más allá de las sanciones pecuniarias, se toman muchas veces resoluciones que imponen conductas para el futuro, para que se reviertan los efectos negativos o para evitarlos. Como ejemplos se pueden

mencionar la imposición de condiciones en la contratación, el ajuste de cláusulas y aceptar por parte de los denunciados que no se llevarán a cabo determinadas conductas a futuro.

Asimismo, se considera que lo más eficiente es evitar tales perjuicios mediante medidas preventivas (me refiero a todo el desarrollo de medidas o *remedies ex ante*) o de aviso previo a la autoridad de competencia para que pueda analizar la viabilidad de los actos o contratos que implican riesgos para el mercado. En este último caso en particular, de lo que puede requerirse como aviso previo, si el escenario en el que puede darse tal situación es una concentración de empresas, fusión o adquisición de empresas, en el derecho comparado se establecen usualmente umbrales para la comunicación a la autoridad nacional de competencia. En caso de otro tipo de escenarios, puede ser más complejo el establecimiento de medidas de prevención.

En cualquier caso, se trata de definiciones que se adoptan en el ámbito administrativo estatal propio de la defensa de la competencia, siguiendo principios de legalidad y proporcionalidad.

6. Reflexiones desde Latinoamérica y el Uruguay a modo de conclusión

El análisis del ejercicio de derechos de la propiedad intelectual y su valoración como generador de posibles efectos anticompetitivos según las disposiciones legales de la defensa de la competencia no es un tema nuevo en la evolución jurídica, como vimos, aunque sí en expansión relativamente reciente.

Su calificación concreta como problema se encuentra en el inicio de la regulación específica de la competencia en el mercado a fines del siglo XIX. Su planteo ha tenido lugar en forma creciente a lo largo del siglo XX, y actualmente, en el siglo XXI, diversos factores lo han potenciado. En la actualidad, la aceleración del desarrollo tecnológico provoca que se recurra cada vez más a registros de patentes y marcas para las actividades económicas, mientras que las distintas tecnologías de *software* —especialmente empleadas en plataformas digitales— sustentadas en la protección autoralista han expandido y globalizado las situaciones relacionadas con la competencia en el

mercado. Es el caso, por ejemplo, de la interoperabilidad de plataformas o entre aplicaciones informáticas generalizadas, para cuya efectiva concreción las posibles limitaciones al ejercicio de derechos de propiedad intelectual —por generar efectos anticompetitivos— constituyen un tema clave de estudio (Lundqvist, 2018).

La expansión comercial por diversas modalidades de licenciamiento y contratación en general añaden nuevas circunstancias de problemas y estudio. Esto implica que todo el mundo, dado el acceso global al comercio a través de plataformas, es o puede ser escenario de tales tensiones o conflictos.

La normativa a nivel internacional y nacional no tiene soluciones expresas o directas para este tipo de problemas. Corresponde realizar un análisis casuístico, que se presenta con características únicas en cada caso, derivadas de la propia naturaleza de los sectores normativos involucrados.

Las pautas de análisis —llámense guías o recomendaciones— favorecen el tratamiento ponderado de tales situaciones. Ello contribuye a que se pueda ir generando una metodología de estudio para lograr una cierta estabilidad en las soluciones que añaden transparencia y certezas a todos los operadores del mercado. Mención especial cabe realizar a la Recomendación de la OCDE del año 2023 referida a este tema, ya comentada.

La contribución de la doctrina y el conjunto de pronunciamientos jurisprudenciales desde principios del siglo XXI han valorado argumentos e incluso añadido sucesivos enfoques y métodos para la valoración de los cuestionados efectos del ejercicio de derechos de la propiedad intelectual. En todo caso, debido a la propia naturaleza de la relación de competencia, se ha debido recurrir a consideraciones y definiciones de la economía. Ello constituye una nota uniforme en la aplicación en el derecho del mercado en general y en la defensa de la competencia en particular.

La doctrina ha calificado de diversa forma el denominado “relacionamiento entre propiedad intelectual y defensa de la competencia” a lo largo de los años. Incluso, puede identificarse una tendencia desde visualizarlos separados hacia entenderlos complementarios. Mientras que en los primeros estudios se utilizaron expresiones como “tensión” o “conflicto” entre los derechos, en los tiempos más

recientes predomina la consideración de que se trata de complemento entre dispositivos normativos con diversos objetivos y la necesidad de encontrar el equilibrio entre derechos en los distintos casos que plantean discusión. Una parte importante de la doctrina aprecia que se trata de sistemas complementarios, pues, si bien puede haber soluciones contradictorias en cuanto a efectos (legalidad/ilegalidad) en un caso concreto, se trata de dos formas de promoción de la competencia y regulación del mercado, aunque sus objetivos específicos difieran (Arezzo, 2007, p. 43; González de Cossio, 2007; Katz, 2013, p. 2; Lemley, 2007, p. 12-13).

Tales calificaciones, en definitiva, son visiones de la evolución del estudio del tema. Entiendo que se trata de todo eso a la vez: sectores normativos distintos regulando una misma situación fáctica, que se pueden encontrar en tensión en cierto caso, lo que genera un conflicto. Desde el punto de vista del derecho del mercado, nos encontramos ante normas complementarias que deben relacionarse en equilibrio, definiéndose en caso de convergencia en una situación con efectos contradictorios cuál es la solución que corresponde aplicar.

Las soluciones de la jurisprudencia y las propuestas de la doctrina en cuanto a cómo determinar o valorar si los efectos del ejercicio de derechos de la propiedad intelectual pueden ser considerados anti-competitivos o no según la defensa de la competencia han merecido la aplicación de diversos criterios. Hemos mencionado los más destacados en el entendido que proporcionan un marco para el estudio de tales situaciones.

A lo largo de este estudio, resulta evidente que las fuentes y referencias que manejamos reflejan la evolución y las posiciones que se han desarrollado en el mundo industrializado. En el desarrollo de este análisis, las referencias son sustancialmente de derecho europeo unionista y de derecho norteamericano. Algunos artículos —muy pocos— que se han encontrado en fuentes latinoamericanas o asiáticas estudian los mismos o similares antecedentes citados en este trabajo.

Entiendo que ello responde a cierta lógica general: la preocupación de las partes en un conflicto suele llegar a los estrados cuando hay un mercado económico importante, con normas marco evolucionadas y aplicadas con cierta fortaleza. El escenario que ha pre-

ocupado, pues, tiene que ver con mercados que movilizan mayor volumen de recursos.

Cabe entonces hacer una pregunta clave para reflexionar sobre todo este estudio: en un escenario latinoamericano en el que se presentara un conflicto en torno al tema estudiado, ¿operarían absolutamente igual las soluciones reseñadas? ¿Correspondería una visión especial desde un territorio en vías de desarrollo para el estudio de los efectos en el mercado?

El debate respecto de la temática que se analiza a lo largo de este trabajo ha comenzado a plantearse mucho más recientemente en Latinoamérica que en UE y EE. UU., en temas referidos a la economía digital y a contrataciones que involucran derechos de la propiedad intelectual (Noda Yamada, 2006, p. 177). En distintos países se han dado casos en torno a plataformas digitales que incurrir en prohibiciones de las legislaciones de defensa de la competencia. Sin embargo, los pronunciamientos hasta ahora no han generado posiciones generalizadas referidas al ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual involucrados, habiendo encontrado soluciones directamente a través de la aplicación de las normas de la defensa de la competencia.

La perspectiva que se pueda tener al respecto a efectos de responder la interrogante planteada depende de la fortaleza que tengan las disposiciones de derecho de la competencia en cada país, su desarrollo y especialmente la que tenga el sistema de aplicación de la defensa de la competencia a través de las ANC correspondientes.

La evolución del derecho de la propiedad intelectual se ha venido dando por medio de obligaciones para los Estados del mundo en torno a tratados internacionales globales ya mencionados en este estudio, como el Convenio de París o el Convenio de Berna desde el siglo XIX, así como con el AADPIC desde fines del siglo XX. En ningún caso de normas internacionales —ni siquiera las vinculadas con el comercio— se hizo referencia a la necesidad de fortalecer las legislaciones nacionales de defensa de la competencia, las cuales apoyan políticas de competencia que tutelan en la determinación de mercados relevantes específicos el bienestar de consumidores y usuarios o expresiones similares que consagran las legislaciones latinoamericanas.

La globalización como supresión de barreras del comercio y la

mayor integración de economías de los países ha tornado mucho más compleja la actividad de las ANC. En el derecho comparado de la competencia rige el principio de la extraterritorialidad, que significa que cada Estado puede reclamar jurisdicción sobre las conductas que afectan su mercado desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Sin embargo, solamente con fortaleza de base legal e institucional, la autoridad competente de cualquier Estado podrá avanzar con este tipo de procedimientos. Noda Yamanda (2006), apreciando esta situación, analiza la conveniencia de un escenario regional como foro jurisdiccional de análisis fortalecido. De todas maneras, cualquier solución que implique negociaciones diplomáticas es lenta, en el caso de que se pueda concretar.

En los últimos veinte años, puede apreciarse una evolución en las legislaciones correspondientes a la defensa de la competencia, así como un progresivo fortalecimiento de la aplicación de dicha legislación a nivel de autoridades nacionales competentes (OCDE, 2022). Si bien en algunos países no industrializados ni en desarrollo en los primeros años del siglo XXI no se consideraban a nivel de ANC casos que involucraran derechos de la propiedad intelectual, en años más recientes se aprecia que comienzan a ser estudiados y considerados tales casos (Anderson et al., 2018. p. 64).

Las situaciones son distintas en los países latinoamericanos, entre los que se suele destacar la situación de Brasil, Chile y México al respecto. En muchos otros países latinoamericanos se están realizando esfuerzos al respecto, cuya evolución se verá en los próximos años.

Las reflexiones sobre propiedad intelectual, competencia y países en desarrollo o distintos de EE. UU. y UE se han planteado desde diversas perspectivas regionales no solamente pensando en nuestra región. Hay algunas contribuciones doctrinarias que analizan el tema específicamente desde la perspectiva general del derecho de la competencia. Es relevante, tal como hemos visto en este trabajo, porque es el marco de decisión sobre el ejercicio con efectos anticompetitivos o no de derechos en general, eventualmente de derechos de la propiedad intelectual. Es el caso de Heimler y Mehta (2013), que al respecto han destacado que hacer cumplir las leyes “antimonopolio” es difícil en los países en desarrollo, pues requiere financiación, personal de alta calidad en las ANC e independencia frente a la co-

rupción. Aprecian, en una mirada global, que la obligatoriedad de comunicar las posibles fusiones de empresas, por ejemplo (establecimiento de umbrales para comunicar, del estilo que hay en Uruguay) es una forma de mejorar la situación. Notan también que institutos como el abuso de posición de dominio muestran complejidades al momento de su aplicación, así como que la mayoría de los casos que se presentan tienen como escenarios sectores regulados (energía, telecomunicaciones, por ejemplo) o discuten temas referidos a barreras de entrada a posibles competidores (Heimler y Mehta, 2013).

Si bien los autores analizan un escenario de diez años atrás en Rusia, China, India y Sudáfrica, considero que sus afirmaciones no son distantes de la situación latinoamericana.

Cheng (2012) analizó la situación en referencia concreta a las patentes de invención y el ejercicio de derechos monopólicos, con algunas afirmaciones que entiendo se pueden generalizar al ejercicio de todos los derechos de la propiedad intelectual ante un planteo respecto de posibles efectos anticompetitivos. Este autor destaca que la interfaz entre las legislaciones de patentes y de defensa de la competencia (él se refiere al *antitrust law*) es compleja de por sí y más difícil en los países en desarrollo. Esto se debe al alcance que tienen los valores u objetivos de promoción de innovación y de bienestar de la sociedad que se plantean distinto, o corresponde que se planteen distinto, según las distintas perspectivas a las que dan lugar las situaciones de los países. Propone, concretamente, la incorporación de consideraciones de desarrollo en la interfaz entre patentes y legislación antimonopolio, así como que el enfoque analítico de las cuestiones de defensa de la competencia debe adaptarse a las circunstancias económicas de un país en particular. Afirma que en los países en desarrollo se necesita un enfoque diferente y propio de la referida interfaz porque su capacidad para innovar es diferente. Es decir que la apreciación de los objetivos de la propiedad intelectual no serían iguales en los distintos países, afirmación que realiza proponiendo también enfoques sectoriales específicos.

Las consideraciones que formula Cheng (2012) son posibles de concretar, en principio, a tenor exclusivo del sistema legal, en un esquema normativo de defensa de la competencia como tenemos en los países latinoamericanos. La aplicación de las normas de la de-

fensa de la competencia comienza por una definición de “mercado” relevante que es propia y específica de cada territorio, de cada producto/servicio del que se trate y de cada relación concurrencial. La valoración se sustenta en aspectos de hecho, que hacen al mercado y la economía.

A diferencia de estos, las disposiciones de propiedad intelectual tienen enunciaciones bien claras sobre la atribución de derechos de exclusión, cuya obligación no solamente se encuentra en el ámbito legislativo nacional, sino también en el ámbito internacional, pudiendo llegar a someterse a tribunales los casos de incumplimiento. Me refiero al ámbito de los AADPIC en la OMC y sus tribunales. Este es el punto complejo de las definiciones del tema que estamos analizando, donde la política de competencia, así como su claridad y su fortaleza de aplicación a través de la legislación en el ámbito nacional, constituyen el punto central.

Corresponde añadir que, repasando la normativa del ámbito internacional destacada en este trabajo, se encuentran preceptos que abren la posibilidad de una consideración local, de lógica adaptación a la realidad de cada país.

La formulación de un criterio general para aplicar en el caso de conflictos en situaciones de aplicación convergente de propiedad intelectual y defensa de la competencia, como una especie de modelo de búsqueda de solución, no me resulta satisfactoria. El análisis de las situaciones en cada uno de los sectores normativos mencionados es casuístico, al grado que me parece difícilmente sustentable un camino en dicho sentido.

Para finalizar, queda una interrogante que plantear en las presentes reflexiones: ¿en qué posición estaría un país latinoamericano como Uruguay para resolver situaciones como las analizadas en el presente trabajo?

Como punto de partida, tenemos una legislación que en propiedad intelectual se ajusta a todos los parámetros de protección correspondientes a nivel internacional, actualizada entre los años 1998 y 2003, y en cuanto a defensa de la competencia, la ley del año 2007 con sus modificaciones y ajustes también consagra las prohibiciones correspondientes a la normativa estándar internacional.

Se podría plantear el conflicto de calificación de eventuales efec-

tos anticompetitivos del ejercicio de derechos de la propiedad intelectual tal como venimos comentando.

En cuanto a los ámbitos competentes para decidir sobre tales casos, Uruguay cuenta con una autoridad nacional de competencia que no tiene experiencia directa en esta temática. Esta misma situación es similar en toda la región (Beneke, 2021, p. 23). La mencionada Ley 18159, de 20 de julio de 2007, es la que estructura el sistema actual, existiendo antecedentes en la materia (no del tema en particular que estamos comentando) recién desde el año 2001. En realidad, sobre esta base puede considerarse relativamente escasa la experiencia en la materia en el país. No obstante, la interrelación y cooperación entre las ANC de la región y el acceso directo a información y prácticas del mundo puede dotar de las posibilidades suficientes como base de análisis. Tales aspectos se pueden cubrir en la actualidad.

Naturalmente, la dinámica de equilibrio entre la promoción de la innovación y la protección del trabajo intelectual tutelado por la propiedad intelectual, en consonancia con el objetivo de

fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados. (artículo 1º de la referida ley de defensa de la competencia)

Este sería el punto más complejo para definir. Esa misma idea de procurar el bienestar está en el artículo 7 del AADPIC, marco de las obligaciones internacionales del Uruguay en materia de propiedad intelectual —antes transcripto—, cuando da relevancia como objetivo de la protección y observancia de la propiedad intelectual a favorecer “el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”.

En Uruguay, como en otros países de la región, no hay enunciaciones claras sobre políticas públicas en materia de propiedad intelectual ni otro enunciado referido a políticas de competencia que el contenido en la Ley 18159 sobre la base de la libertad de competencia. Es de incumbencia de las autoridades de aplicación, sea a nivel administrativo o judicial, la interpretación y definición en ese sentido.

Sería muy positivo avanzar hacia tal tipo de pronunciamientos, que sabemos son muy difíciles. La verdad es que no basta con normas legales actualizadas ni tampoco con disponer de recursos desde el punto de vista administrativo para implementar la operativa de las ANC. Si bien los factores mencionados tienen innegable importancia, una definición sólida y específica de la correlativa política de competencia a tenor de los objetivos que impone el derecho positivo es muy importante. No existiendo esto, las autoridades competentes deberán pronunciarse analizando el alcance del “bienestar de consumidores y usuarios” en relación con los demás mecanismos propios de la situación económica, buscando llegar a un punto de equilibrio cuya definición es siempre compleja.

En definitiva, se pueden realizar dos afirmaciones en relación con la última interrogante.

Por un lado, que el estudio de la evolución de las circunstancias en las cuales el ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual podría generar efectos anticompetitivos desde la perspectiva de las prohibiciones de la defensa de la competencia permite tener sólidas bases para tratar esta temática en Uruguay, que dispone de legislación actualizada al respecto. Por otro lado, que la autoridad decisora tiene instrumentos legales para dimensionar el análisis al mercado del que se trate, teniendo en cuenta las características nacionales uruguayas.

En cada caso corresponde preguntarse si los derechos de la propiedad intelectual de los que se trate, así ejercidos como se presentan, promueven efectivamente la innovación, interrogante que se viene analizando en todo el mundo (Beneke, 2021, p. 22).

Es una tarea que en países industrializados, así como en países en desarrollo o en cualquier otro, presenta complejidad. Para que la solución sea justa, la aplicación de la norma deberá mostrar las particularidades que correspondan a cada mercado y sociedad, de manera que se pueda lograr, tal como explicara Hovenkamp (2019), optimizar los efectos agregados de la propiedad intelectual y de la política de competencia.

Bibliografía

- Anderman, S., Ezrachi, A. (2011). *Intellectual property and competition law: new frontiers*. Oxford University Press.
- Anderson, R. D., Chen, J., Müller, A. C., Novozhilkina, D., Pelletier, P., Sen, N. y Sporysheva, N. (2018). Competition agency guidelines and policy initiatives regarding the application of competition law vis-à-vis intellectual property: An analysis of jurisdictional approaches and emerging directions. WTO Working Papers, No. 2018/02. World Trade Organization (WTO). <http://dx.doi.org/10.30875/93999131-en>
- Arezzo, E. (2007). Intellectual Property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 24(3), 1-45. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=935047
- Baxter, W. F. (1966). Legal Restrictions on the Exploitation of Patent Monopoly: An Economic Analysis. *Yale Law Journal*, 76(2), 267-370. <https://openyls.law.yale.edu/entities/publication/f08c944c-318f-49cd-ab6d-2af5da62fb54>
- Baylos Corroza, H. (1993). *Tratado de Derecho Industrial* (2ª ed.). Civitas.
- Beneke, F. (2021). Introducción. En Rengifo García, E. (Dir.) y Beneke Ávila, F. E. (Coord.), *Los derechos de propiedad intelectual y la libre competencia* (pp. 18-31). Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/69b4c242-4a77-4965-97c0-033e0a02f4cd/content>
- Bercovitz, A. (1975). La formación del derecho de la competencia. En *Actas de Derecho Industrial* (Tomo 2, pp. 61-82). Montecorvo.
- Bodenhausen, G. H. (1969). Guía para la aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial revisado en Estocolmo. Birpi. https://tind.wipo.int/record/35059/files/wipo_pub_611.pdf
- Bork, R. H. (1983). *The Antitrust Paradox*. Free Press.
- Bowman, W., Jr. (1973). *Patent & Antitrust law: a legal and economic appraisal*. University of Chicago Press.
- Cabanelas, G. (2006). *Propiedad intelectual y libre competencia*. Instituto Nacional de la Propiedad Industrial/Organización Mundial de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_jpi_bue_06/ompi_jpi_bue_06_8.pdf
- Cheng, T. K. (2012). A Developmental Approach to the Patent-Antitrust Interface. *Northwestern Journal International Law & Business*, 3(1). 1-79. <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol33/iss1/1>
- Coco, R. (2008). Antitrust Liability for Refusal to License Intellectual Property: A Comparative Analysis and the International Setting. *Marquette Intellectual Property Law Review*, 12(1), 1-47. <https://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol12/iss1/1>
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo. (2004).

- Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia.* <https://digitallibrary.un.org/record/529359/files/Manual.pdf?ln=ar>
- Cotter, T. (2020). Antitrust, Intellectual Property, and Dynamic Efficiency: An Essay in Honor of Herbert Hovenkamp. *Concurrences*, (3). <https://ssrn.com/abstract=3687013>
- Drexel, J. (2008). Is There a 'More Economic Approach' to Intellectual Property and Competition Law? Drexel, J. (Ed.). *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*. Edward Elgar Publishing.
- Fikentscher, W. (1984). Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio). *Revista de Derecho Mercanti*, (172-173).459-486.
- Franceschelli, R. (1961). *Trattato di Diritto Industriale* (Vol 1). Giuffrè.
- García Cachafeiro, R. (1999). Negativa unilateral a conceder licencias sobre derechos de propiedad intelectual en el derecho antitrust norteamericano. En *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* (Tomo XX). Marcial Pons.
- Ghidini, G. (2006). *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*. Edward Elgar.
- Gómez Segade, J. A. (1978). Panorámica del derecho de la libre competencia en la C.E.E. *Actas de Derecho Industrial* (Tomo 5). Montecorvo.
- González de Cossio, F. (2007). Competencia económica y propiedad intelectual. ¿Complementarios o antagonicos? *Jurídica*, (31), 181-196 <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11656>
- Heimler, A. y Mehta, K. (2013). *Monopolization in Developing Countries*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2335653>
- Hovenkamp, H. (2019). Intellectual Property and Competition. En Depoorter, B., Menell, P. y Schwartz, D. (Eds.), *Research Handbook on the Economics of Intellectual Property*. Institute for Law & Economic Research, University of Penn, Paper No. 17-36. University of Iowa Legal Studies. Research Paper No. 15-08. <https://ssrn.com/abstract=2569129>
- Hovenkamp, H., Janis, M. y Lemley, M. (2003). Anticompetitive Settlement of Intellectual Property Disputes. *Minnesota Law Review*. 87. 1719-1766. <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2015/06/Anticompetitive-Settlements-of-Intellectual-Property-Disputes.pdf>
- Katz, A. (2013). Copyright and Competition Policy. En Towse, R. y Handke, C. (Eds.), *Handbook of the Digital Creative Economy* (pp. 209-221). Edward Elgar. <https://ssrn.com/abstract=2231811>
- Katz, M. y Shapiro, C. (1985). Network Externalities, Competition and Compatibility. *American Economic Review*, 75(3). 424-440. https://neconomides.stern.nyu.edu/networks/phdcourse/Katz_Shapiro_Network_externalities_competition_and_compatibility.pdf
- Lemley, M. (2007). A New Balance between IP and Antitrust. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 13, 1-19. <https://ssrn.com/abstract=980045>
- Locke, J. (1980 [1690]). *Second Treatise of Government*. McPherson, Hackett Publishing Company. <https://www.johnlocke.net/p/two-treatises-of-government-book-ii.html>

- Lundqvist, B. (2018). *Regulating Competition and Property in the Digital Economy – The Interface Between Data, Privacy, Intellectual Property, Fairness and Competition Law*. Research Paper No. 54. Faculty of Law, Stockholm University. <https://ssrn.com/abstract=3103870>
- Marzetti, M. (2012). ¿Antagonismo o complementariedad? Breve aproximación a la compleja y poco estudiada relación entre propiedad intelectual y derecho de la competencia. Una perspectiva latinoamericana. *Revista Derecho Competencia*, 8(8), 141-158. <https://centrocedec.wordpress.com/wp-content/uploads/2010/06/6-marzetti-antagonismo.pdf>
- Noda Yamada, C. R. (2006). La política de defensa de la competencia en un mundo globalizado: Una perspectiva realista. *Foro Jurídico*, (05), 174-179. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18417>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2022). *Tendencias sobre competencia en Latinoamérica y el Caribe 2022*. OECD Business and Finance Policy Papers. <https://doi.org/10.1787/f19a5033-es>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2023). *Recomendación del Consejo sobre los derechos de propiedad intelectual y la competencia de 8 de junio de 2023*. <https://legalinstruments.oecd.org/api/download/?uri=/public/8c65cabd-f1b3-41eb-9fe2-76cca61e2112.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2025). *Competencia y propiedad intelectual en América Latina y el Caribe*. No. 325. <https://doi.org/10.1787/30bff586-es>
- Petit, N. (2016). The Antitrust and Intellectual Property Intersection in European Union Law. En Blair, R. D. y Sokol, D. D. (Eds.), *Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech* (pp. 1-38). Cambridge University. <https://ssrn.com/abstract=2796670>
- Petrecolla, D. y Stanley, L. (2008). Derechos de propiedad intelectual y defensa de la competencia: ¿tensión permanente o creciente compatibilidad? *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*. 4(6), 35-48. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/69>
- Quintana Sánchez, E. (2006). ¿Evadiendo la exclusividad de la Propiedad Intelectual a través de las normas de la libre competencia? En *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, 2. Palestra.
- Roffe, P. y Santa Cruz, M. (2006). *Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados*. Cepal. Naciones Unidas. División de Comercio Internacional e Integración. <https://ideas.repec.org/p/ecr/col025/4416.html>
- Sullivan, E.T. (2000). The Confluence of Antitrust and Intellectual Property at the New Century, *Minnesota Intellectual Property Review*, 1(1), 1-31. <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol1/iss1/1>
- Tassano, H. (2019). La convergencia entre el derecho de la competencia y los derechos de propiedad intelectual. *Derecho PUCP*, 74, 237-248. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13595/14219>

- Tom, W. y Newberg, J. (1997). Antitrust and Intellectual Property: From Separate Spheres to a Unified Field. *Antitrust Law Journal*, 66. 167-229.
- Unión Europea. (2014). *Reglamento (UE) n.º 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32014R0316>
- Unión Europea. (2022). Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022R1925>
- Uribe Piedrahita, C. A., Contreras Jaramillo, J. C. y Arbouin Gómez, F. (2019). La aplicación de la función social de la propiedad intelectual a través del abuso del derecho: Un análisis necesario para el sistema de derecho civil. *Vniversitas*, 68(139). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj139.afsp>
- U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission. (1995). *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. <https://www.justice.gov/atr/archived-1995-antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property>
- U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission. (2017). *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1049793/ip_guidelines_2017.pdf?utm_source=govdelivery
- Vidarrueta, G. (2021). *Uso público no comercial y licencias obligatorias en América Latina*. South Centre. https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/10/Bk_2021_Uso-Publico-No-Comercial-y-Licencias-Obligatorias-en-America-Latina_ES.pdf
- Wolman, A. y Balto, D. (2003). Intellectual Property and Antitrust: General Principles. *IDEA: The Journal of Law and Technology*, 43(4), 413-494.

Jurisprudencia citada

Estados Unidos de América

- Intel Corporation, In the Matter of* (1999), Federal Trade Commission. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/1999/08/intel.do__0.htm
- United States v. Microsoft Corp.*, Civil Action No. 98-1232 (CKK), Sentencia final de 12 de noviembre de 2002. <https://www.justice.gov/atr/case-document/final-judgment-133>
- Federal Trade Commission v. Qualcomm Inc.*, No. 19-16122 (9th Cir. 2020). <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/19-16122/19-16122-2020-08-11.html>
- American Needle, Inc. v. NFL*, 560 U.S. 183 (2010), sentencia del 24 de mayo de 2010. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/560/183/>

United States v. Microsoft Corp., 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998), sentencia de 23 de junio de 1998. <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/147/935/634923/>

Intergraph Corp. v. Intel Corp., 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999), sentencia de 5 de noviembre de 1999. <https://caselaw.findlaw.com/court/us-federal-circuit/1293045.html>

Mercoid Corp. v. Minneapolis-Honeywell Regulator Co., 320 U.S. 680 (1944), sentencia de 3 de enero de 1944. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/680/>

Henry v. A.B. Dick Co., 224 U.S. 1 (1912), sentencia de 11 de marzo de 1912. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/224/1/>

Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502 (1917), sentencia de 9 de abril de 1917. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/243/502/>

Unión Europea (antes Comunidad Económica Europea)

Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH, caso 78/70, sentencia de 8 de junio de 1971. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0078>

Établissements Consten S.à.R.L. y Grundig-Verkaufs-GmbH contra Comisión de la Comunidad Económica Europea, casos 56 y 58 /64 (asuntos acumulados), resolución de 13 de julio de 1966. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A61964CJ0056>

Huawei v. ZTE, (2015) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, C-170/13).

Parke, Davis and Co. v. Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm, caso 24/67, sentencia del 29 de febrero de 1968. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61967CJ0024>

RTE & ITP v. Commission [1995] ECR I-743, TJUE, caso Magill, sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-241/91%20P>

Huawei Technologies Co. Ltd contra ZTE Corp., sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de julio de 2015. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62013CJ0170>

Sirena v. Eda, Caso 40/70, sentencia del 18 de febrero de 1971. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0040>

Tiercé Ladbroke SA v Commission of the European Communities, T-504/93, 1997, ECR II-923. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=en&jur=C,T&num=t-504/93>

* * * *

Roles de autoría y conflicto de intereses

La autora manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.bug>

Del *terroir* a las indicaciones geográficas en Mendoza: valorización diferencial del vino argentino

* * * *

Patricio T. Murphy

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

pmurphy.arg@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0007-1091-6353>

Recibido: 14 de octubre de 2025

Aceptado: 13 de noviembre de 2025

Resumen

Mendoza ha sido históricamente una provincia clave para la industria vitivinícola argentina. En los últimos años, la provincia se ha alzado como escenario de investigaciones científicas cuyo objeto radica en demostrar la diversidad de *terroirs* existentes en su territorio y, en efecto, la elaboración de vinos con perfil fenólico y tipicidad sensorial heterogéneos, incluso producidos desde una misma variedad de uva. Estas investigaciones se han dado, mayormente, a partir de la articulación público-privada.

La legislación argentina sobre designación y presentación de vinos, adoptada tras la implementación interna del Acuerdo los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, prevé la posibilidad de reconocimiento y protección de indicaciones geográficas con base en la singularidad del terruño (*terroir*).

En este escenario, la tendencia incremental sobre estudios para identificación y análisis de *terroirs* en la provincia no solo provee un importante acervo científico para la industria vitivinícola, sino que exhibe perspectivas favorables a nivel comercial para los productores y a nivel socioeconómico para las áreas geográficas involucradas.

La elección de Mendoza como sede de celebración del último Congreso Internacional del Terroir, el primero en su tipo que tiene lugar en América Latina, sumada a las óptimas calificaciones otorgadas por reconocidas publicaciones a vinos que

reivindican distintos *terroirs* de la provincia, son los frutos más tangibles de este interés creciente sobre dicho elemento.

Palabras clave: propiedad industrial, indicaciones geográficas, *terroir*, vino, industria vitivinícola, desarrollo económico, Mendoza, Argentina.

From *terroir* to Geographical Indications in Mendoza: Differential Valorization of Argentine Wine

Abstract

Mendoza has historically been a key province for the Argentine wine industry. In recent years, it has come out as a scene for research aimed at demonstrating the diversity of *terroirs* within its territory and as a result, the production of wines presenting multiple phenolic profiles and sensory tipicity, even those produced from the same grape variety. These studies have largely been conducted through public-private partnerships.

Argentine legislation on the designation and presentation of wines, adopted following the domestic implementation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, provides for the possibility of recognition and protection of Geographical Indications based on the unique features of a *terruño* (*terroir*).

In this context, the increasing trend toward research for the identification and analysis of *terroirs* in the province provides not only a scientific knowledge base for the wine industry but also commercial and socioeconomic prospects for producers and the geographic areas involved, respectively.

The selection of Mendoza as venue for the latest International Terroir Congress, the first of its kind to take place in Latin America, along with excellent ratings awarded by renowned publications to wines showcasing *terroirs* of the province are the most tangible results of this growing interest in this element.

Key words: industrial property, geographical indications, *terroir*, wine, wine industry, economic development, Mendoza, Argentina.

Do *terroir* às indicações geográficas em Mendoza: valorização diferencial do vinho argentino

Resumo

Mendoza tem sido historicamente uma província relevante para a indústria vinícola argentina. Nos últimos anos, a província tornou-se palco de pesquisas cujo objetivo é demonstrar a diversidade de *terroirs* existentes no seu território e, à vista

disso, a produção de vinhos com perfil fenólico e tipicidade sensorial heterogênea, mesmo produzidos a partir da mesma casta. Esses estudos foram conduzidos em maior parte por meio de parcerias público-privadas.

A legislação argentina sobre a designação e apresentação dos vinhos, adotada após a implementação interna do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, prevê a possibilidade de reconhecimento e proteção das Indicações Geográficas com base na singularidade do *terruño* (*terroir*). Neste cenário, a tendência incremental de estudos para identificação e análise de *terroirs* na província não só proporciona um importante patrimônio científico para a indústria vitivinícola, mas também apresenta perspectivas favoráveis a nível comercial para os produtores, e socioeconômico para as áreas geográficas envolvidas. A escolha de Mendoza como sede do último Congresso Internacional do Terroir, o primeiro do seu tipo realizado na América Latina; somadas às excelentes classificações atribuídas por publicações reconhecidas aos vinhos que reivindicam os diferentes *terroirs* da província, são os frutos mais tangíveis deste interesse crescente por este elemento.

Palavras-chave: propriedade industrial, indicações geográficas, *terroir*, vinho, indústria vinícola, desenvolvimento econômico, Mendoza, Argentina.

1. Introducción

Argentina es uno de los principales productores de vino a nivel global. Su tradicional identificación con el denominado “Nuevo Mundo”,¹ especialmente desde la perspectiva europea, implica que los vinos argentinos han empleado, en general, estrategias de diferenciación y presentación centradas en la variedad de uva y el posicionamiento de marca.

Sin embargo, desde la adopción de un marco jurídico propicio a comienzos del siglo XXI, muchos productores han recurrido cada vez más al uso de indicaciones geográficas (IG) para destacar las cualidades del vino vinculadas a su origen.

1 La distinción entre “Viejo Mundo” (países de Europa) y “Nuevo Mundo” (países por fuera de Europa, especialmente Argentina, Australia, Chile, Estados Unidos y Sudáfrica) implica distintas estrategias de diferenciación y presentación de vinos. Mientras que los del “Viejo Mundo” suelen hacer hincapié en su origen y añada, los del “Nuevo Mundo” se caracterizan, en general, por destacar la variedad de uva y el uso de marcas comerciales. Sin embargo, el uso de la expresión “Nuevo Mundo” es discutido por especialistas en países como Argentina, donde la elaboración de vinos data del año 1550.

De acuerdo con la normativa nacional, las IG para vinos pueden reconocerse en función de varios factores, entre ellos, la existencia de un “terruño” (*terroir*) o “conjunto de terruños” que, por sus atributos distintivos, resultan aptos para la producción de vinos de alta calidad.

Mendoza se erige, sin dudas, como una provincia clave para la actividad vitivinícola argentina. Su heterogeneidad geográfica y climática, sumada al aporte humano, propició que se convirtiera en escenario ideal para investigaciones científicas orientadas a demostrar la diversidad de *terroirs* existentes en la provincia y, en efecto, la posibilidad de elaborar vinos con perfil fenólico² y tipicidad sensorial múltiples, incluso dentro de una misma variedad.

Este impulso científico se ha intensificado en los últimos años, en gran medida gracias a la articulación público-privada. Los estudios realizados constituyen no solo un aporte científico al sector vitivinícola, sino también una oportunidad comercial y socioeconómica para las zonas involucradas, al ampliarse el espectro para reivindicar nuevas IG con fundamento en el *terroir*.

La celebración del último Congreso Internacional del Terroir en la ciudad de Mendoza, así como las óptimas calificaciones otorgadas por reconocidas publicaciones a vinos que reivindican distintos *terroirs* de la provincia, constituyen una evidencia concreta de la creciente valorización de este concepto a nivel local.

El artículo se organiza del siguiente modo: el apartado 2 presenta el marco conceptual e histórico del concepto *terroir*, su evolución y su vínculo con las IG; el apartado 3 expone el marco jurídico internacional y nacional en materia de protección de origen; el apartado 4 analiza la centralidad de Mendoza en la vitivinicultura argentina y su condición de escenario propicio para el desarrollo de estudios sobre *terroirs*; el apartado 5 examina, por un lado, la evidencia científica generada en dichos estudios y, por otro, la celebración del Congreso Internacional del Terroir (2024), ambos, frutos de la articulación público-privada; el apartado 6 aborda el valor comercial y socioeconómico de las IG; y el apartado 7 ofrece

2 Los compuestos fenólicos son componentes del vino que influyen en sus características sensoriales, por ejemplo: el aroma, el color y la astringencia.

ejemplos de vinos mendocinos que conjugan reputación internacional y reivindicación del *terroir*.

2. Marco conceptual

2.1 Antecedentes históricos de *terroir* en Francia

El origen francés del vocablo *terroir* — derivado, a su vez, del latín *terra* o *territorium*—, así como ciertos antecedentes históricos relativos a la construcción de su significado sociocultural y normativo en Francia, parecen no estar en discusión.

La antigua noción de que la vid y su entorno deben corresponderse habría sido introducida en Francia por los griegos y romanos (Musolf, 2022). Durante la Edad Media, particularmente entre los siglos XI y XII, el desarrollo de *clos*³ en Borgoña por parte de monjes cistercienses y benedictinos contribuyó a dar forma al concepto de *terroir* como la expresión de las características singulares de un producto derivadas de su lugar y condiciones de origen (Ballantyne et al., 2019). La disolución de los monasterios durante la Revolución Francesa, junto con la confiscación y subasta de las propiedades de la Iglesia, favoreció la expansión del modelo capitalista en la agricultura, lo que impulsó nuevas formas de explotación y un aumento en la productividad. En efecto, la consolidación y distinción de parcelas agrícolas específicas asistió aún más al arraigo del concepto de *terroir* (Ballantyne et al., 2019; Deseau, 2023; Unwin, 1991).

3 Un *clos* es un viñedo cercado, tradicionalmente rodeado por muros que protegían las vides y creaban un microclima estable. Entre los *clos* más emblemáticos figuran el Clos de Vougeot (1098), el Clos de Tart (1141) y el Clos Saint-Denis (siglo XI). En Borgoña, muchos *clos* forman parte del mosaico de *climats*, parcelas delimitadas con precisión según su suelo, exposición y microclima, que constituyen la máxima expresión del *terroir*. La personalidad de cada *climat* en los vinos se expresa añada tras añada, y sujeto al *savoir-faire* del viticultor. No todo *climat* es un *clos*, ya que este último designa específicamente los viñedos históricamente amurallados



Figura 1. Ilustración en un manuscrito del siglo XIII que muestra a un monje bebiendo vino. Fuente: *Li Livres dou Santé*.⁴

Durante el siglo XIX, tuvieron lugar en Francia ciertos acontecimientos que, en distinta medida, incidieron en la industria vitivinícola. A principios del centenio, la aparición de etiquetas sobre origen, y en su segunda mitad, la plaga de la *phylloxera* que dio lugar a la importación de vinos —sobre todo desde Argelia— provocaron el incremento de prácticas de comercio desleales en el mercado vitivinícola. En especial, este último evento llevó a que ciertos actores sociales, como viñateros y comerciantes de vino, presionaran al Estado francés para que implementara una legislación dirigida a proteger a la industria doméstica y a sus productos considerados “únicos” (Barham, 2003; Simpson, 2004; Trubek, 2008; Meloni y Swinnen, 2012).

El primer antecedente normativo se inicia con la Ley del 1 de agosto de 1905, orientada a prevenir fraudes relacionados con el origen de los vinos y proteger la autenticidad de los productos vitivinícolas. Por su parte, la Ley del 6 de mayo de 1919 introdujo for-

4 British Library, Londres, manuscrito Sloane 2435, f. 44v.

malmente la figura de las denominaciones de origen, estableciendo sanciones frente al uso indebido de los nombres de los productos y afianzando el vínculo entre el producto y su lugar de producción.

Posteriormente, el Decreto Ley del 30 de julio de 1935 instituyó la figura de *Appellation d'Origine Contrôlée* (AOC, Denominación de Origen Controlada), protegiendo tanto el nombre del producto como sus características vinculadas a un *terroir* específico. Esta norma estableció un órgano competente, actualmente conocido como Institut National de l'Origine et de la Qualité (INAO, Instituto Nacional de Origen y Calidad), encargado de los aspectos administrativos, judiciales y profesionales del sistema. La eficacia del sistema de AOC fue tal que en 1990 se extendió a lácteos y otros productos agroalimentarios, consolidando así el modelo francés de regulación de origen y calidad.

Aun cuando se encuentra amparada por un marco jurídico, la noción de *terroir* en el sistema francés conserva su impronta histórica y su carácter de construcción sociocultural. En ese sentido, el INAO (s.f.) señala que

[u]n *terroir* es un espacio geográfico delimitado, en el cual una comunidad humana construye, a lo largo de su historia, un saber colectivo de producción, basado en un sistema de interacciones entre un medio físico y biológico y un conjunto de factores humanos. Los itinerarios socio-técnicos así puestos en juego revelan una originalidad, confieren una tipicidad y dan lugar a una reputación para un bien originario de ese espacio geográfico. (s.p.)

En el campo técnico-científico, autores como Vaudour (2002, 2003, 2017) señalan que *terroir*

(...) es un término francés que designa áreas delimitadas con características ambientales homogéneas, capaces de conferir cualidades típicas al vino, y que son reconocidas e identificadas a través de la memoria colectiva y transmitidas de generación en generación dentro de un territorio, en interacción con un contexto social y prácticas culturales específicas. (Vaudour, 2017, p. 2)

2.2 “Exportación” del concepto *terroir*

Para los más puristas, el término *terroir* se presenta como un vocablo intraducible que los franceses emplean casi como un mantra, lo que implicaría que su uso debería ser exclusivamente francés (Ballantyne et al., 2019). Desde esta perspectiva, se explica la revalorización que adquiere el concepto en Francia durante la segunda mitad del siglo XX, especialmente a partir de la década de 1960, en un contexto de cambios culturales que acontecen en el país galo derivados de la modernización y de la globalización (Barham, 1997, 2003). En ese contexto, los *produits de terroir* se erigieron como un símbolo de afirmación de “lo francés”, una forma de reivindicar la historia y la identidad colectiva a través de los alimentos, en un proceso muchas veces inconsciente para los propios consumidores (Barham, 2003).

Sin perjuicio de las particularidades lingüísticas o históricas, el concepto de *terroir* —ya sea como fundamento de un sistema normativo o como noción técnico-científica— se ha proyectado más allá de las fronteras francesas.

En el plano jurídico, si bien acuerdos internacionales como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial —junto con sus revisiones— ya contemplaban de manera general la protección de las “indicaciones de procedencia” y las “denominaciones de origen”, fue el sistema normativo francés, centrado en la vinculación entre origen y calidad, el que se consolidó como modelo de referencia para otras legislaciones (Barham, 2003; Meloni y Swinnen, 2012).

En esa línea, la Unión Europea adoptó un régimen de calidad que distingue entre la denominación de origen protegida (DOP) —que garantiza que un producto provenga de una región específica y cumpla normas estrictas de producción y características— y la indicación geográfica protegida (IGP), que reconoce la relación con un área geográfica, aunque con requisitos más flexibles.⁵

5 La normativa sobre protección de origen en la Unión Europea evolucionó de manera gradual. Las primeras disposiciones relativas a los vinos de calidad se introdujeron con los Reglamentos (CEE) n.º 816/70 y 817/70, que organizaron el mercado común vitivinícola y protegieron los vinos procedentes de determinadas regiones. Posteriormente, el Reglamento (CEE) n.º 2081/92 instauró un régimen europeo de protección de las indicaciones geográficas y

La influencia del sistema francés también se evidencia en legislaciones nacionales, como la argentina. Tal como se analizará más adelante, la Ley 25163 (Ley de Vinos y Bebidas Espirituosas de Origen Vínico) establece un régimen de reconocimiento, protección y registro de IG cuando la calidad y las características del producto se encuentran vinculadas a su origen.

La noción de *terroir* ha despertado un creciente interés en el ámbito técnico-científico (Vaudour et al., 2015), especialmente en los países del denominado “Nuevo Mundo” (Ballantyne et al., 2019). Este abordaje más analítico ha generado cierta disyuntiva para la vitivinicultura europea —particularmente la francesa—, al enfrentar el desafío de conciliar el carácter histórico, cultural y humano tradicionalmente asociado al *terroir* con una interpretación más objetiva y científica del concepto. En este sentido, debe considerarse que el factor humano no siempre es un diferencial en todos los viñedos del mundo, lo que ha llevado incluso a algunos autores a proponer el uso del término “zona vitivinícola” como sustituto de *terroir* (Vaudour y Shaw, 2005).

En línea con lo anterior, puede sostenerse que, en el ámbito técnico-científico, se distinguen dos vertientes principales. La primera concibe al *terroir* como la interacción, en un espacio determinado, entre factores naturales —ambientales y biológicos— y el factor humano, representado por los componentes culturales, socioeconómicos y las prácticas vitícolas y enológicas aplicadas (Hidalgo Togores, 2012; Seguí, 1986; Van Leeuwen y Seguí, 2006). La segunda vertiente, en cambio, minimiza la influencia humana y centra su

las denominaciones de origen, extendiendo la lógica del modelo francés al conjunto de la Unión. La normativa se modernizó con el Reglamento (UE) 1151/2012, que reorganizó los esquemas de calidad y estableció reglas modernas de registro y control. Por su parte, el Reglamento (UE) 1308/2013 actualizó la organización común de mercados, permitiendo a los Estados miembros mantener requisitos más estrictos para vinos con denominación y preservar la especificidad de los regímenes de origen, como las normas más exigentes de las AOC francesas. En conjunto, esta evolución refleja un proceso continuo de consolidación y armonización del reconocimiento del origen y la calidad en la UE, garantizando, al mismo tiempo, márgenes de flexibilidad a nivel nacional.

atención en la fertilidad biológica natural del suelo. Desde esta perspectiva, el interés se orienta a observar cómo las raíces de la vid colonizan progresivamente el terreno, conformando un sistema radicular capaz de absorber la mayor cantidad posible de elementos orgánicos y minerales (Bourguignon y Bourguignon, 2008; Hidalgo Togores, 2012).

En el año 2010, la Asamblea General de la Organización Internacional de la Viña y el Vino (OIV), mediante la Resolución OIV/VITI 333/2010, definió que

El “*terroir*” vitivinícola es un concepto que se refiere a un espacio sobre el cual se desarrolla un saber colectivo de las interacciones entre un medio físico y biológico identificable y las prácticas vitivinícolas aplicadas, que confieren unas características distintivas a los productos originarios de este espacio. (...) El “*terroir*” incluye características específicas del suelo, de la topografía, del clima, del paisaje y de la biodiversidad.

Sin perjuicio de ello, en el ámbito técnico-científico no existe una definición única ni universalmente aceptada (Ballantyne et al., 2019; Molina, 2020). Se ha señalado, incluso, que el *terroir* constituye un concepto dinámico por naturaleza (Barham, 2003) y que puede considerarse “polimorfo” (Whalen, 2007). Esta falta de consenso refleja, probablemente, la diversidad de antecedentes sociales y técnicos que influyen en la caracterización de cada vino (Ballantyne et al., 2019). Más aún, la noción de *terroir* presenta distintos matices —aunque interrelacionados— según la perspectiva desde la que se analice: histórico-sociocultural, técnico-científica o jurídica.

2.3 Alcance pedagógico de términos

Habida cuenta de la ausencia de un concepto universalmente aceptado del vocablo *terroir*, resulta necesario, a los fines pedagógicos de este artículo, adoptar una definición lo más consistente posible. En este marco, se entenderá al *terroir* como la interacción de factores ambientales (suelo, clima, topografía), biológicos (planta, microbio-ma) y humanos (prácticas vitivinícolas) que confieren características

distintivas a los productos originarios de un espacio determinado. El componente “humano” se interpretará en este artículo en un sentido técnico, vinculado a las prácticas de manejo del viñedo y de producción del vino (riego, labranza, conducción, cosecha, entre otras), sin asociarlo necesariamente a un trasfondo histórico o cultural, como suele enfatizarse en la tradición europea, particularmente la francesa. Esta elección no es arbitraria, sino que responde tanto a la definición adoptada por la OIV como al enfoque conceptual presente en investigaciones recientes realizadas en la provincia de Mendoza, que serán analizadas en este artículo (Muñoz et al., 2021, 2023; Urvieta et al., 2024).

Asimismo, los vocablos *terroir* y “terruño” se utilizarán de manera indistinta. Esta elección permite conciliar, por un lado, el sentido atribuido al primer término en las publicaciones científicas consideradas y, por otro, el alcance previsto en la legislación argentina para la protección de un “terruño” como IG. La decisión se justifica porque la definición normativa de “terruño” se basa principalmente en criterios técnico-científicos, en consonancia con lo dispuesto por la OIV y con la aproximación adoptada en el párrafo precedente. Este aspecto será analizado con mayor detalle en secciones posteriores.

Por último, la IG constituye la categoría jurídica mediante la cual los *terroirs* o terruños encuentran resguardo en el sistema normativo. Esta figura, inscrita dentro de los derechos de propiedad intelectual, ha sido definida por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, 2025) como “un signo que se utiliza en productos que proceden de un lugar geográfico concreto y que tienen cualidades o una reputación que se deben a ese lugar” (s.p.). Su tratamiento detallado se desarrollará en apartados posteriores.

En síntesis, el concepto de *terroir* encuentra en la noción de terruño su equivalente aplicado al contexto argentino, mientras que la IG constituye el instrumento jurídico que protege dichos espacios y sus cualidades específicas. Esta relación permite armonizar la perspectiva científica con la normativa vigente a nivel nacional e internacional. *Terroir*, terruño e indicación geográfica se presentan así como conceptos complementarios que articulan, en conjunto, la dimensión natural, humana y jurídica del reconocimiento de la calidad ligada al origen geográfico.

3. Marco normativo

A nivel internacional, los antecedentes de la protección del origen se encuentran en el Convenio de París (1883), el Arreglo de Madrid (1891) y el Arreglo de Lisboa (1958), que contemplaron las figuras de “indicaciones de procedencia” y las “denominaciones de origen”. Posteriormente, el Acuerdo sobre los ADPIC (Organización Mundial del Comercio, 1994) previó la categoría de “indicaciones geográficas”. Este último, al formar parte del sistema multilateral de comercio, constituye el instrumento de mayor reconocimiento a nivel mundial en la materia (Vivas-Eugui y Spennemann, 2016). Según Drahos (1998), el Acuerdo sobre los ADPIC marcó el inicio de la era de la propiedad intelectual global.

En su artículo 22.1, el Acuerdo sobre los ADPIC define a las IG como aquellas “(...) que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico.

Seguidamente, el artículo 23.1 establece una disposición específica para IG aplicables a vinos y bebidas espirituosas, disponiendo que

[c]ada Miembro establecerá los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir la utilización de una indicación geográfica que identifique vinos para productos de ese género que no sean originarios del lugar designado por la indicación geográfica de que se trate, o que identifique bebidas espirituosas para productos de ese género que no sean originarios del lugar designado por la indicación geográfica en cuestión, incluso cuando se indique el verdadero origen del producto o se utilice la indicación geográfica traducida o acompañada de expresiones tales como “clase”; “tipo”, “estilo”, “imitación” u otras análogas.

El Acuerdo sobre los ADPIC fue incorporado al derecho interno argentino a fines de 1994.⁶ No obstante, recién en 1999 se sancionó

6 Mediante Ley 24425, sancionada el 7 de diciembre de 1994, promulgada el 23 de diciembre de 1994, quedaron aprobados, entre otros documentos, el

una norma específica destinada a regular la designación y presentación de vinos y bebidas espirituosas de origen vínico.⁷ Se trata de la Ley 25163, que estableció un régimen de reconocimiento, protección y registro de IG para dichos productos. Más allá de responder a los compromisos asumidos por el país en el sistema multilateral de comercio, esta norma fue precedida por investigaciones —especialmente realizadas por el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA)— que habían demostrado la posibilidad de individualizar ciertos vinos argentinos en función de su origen (Catania y Avagnina del Monte, 1991; Molina, 2020; Neyra, 1987). La Ley 25163 fue finalmente reglamentada en 2004, a través del Decreto 57/2004, quedando desde entonces plenamente operativo el régimen legal en la materia.

La Ley 25163 establece un sistema escalonado de protección del origen geográfico, contemplando tres categorías diferenciadas: la indicación de procedencia (IP), la IG y la denominación de origen controlada (DOC).⁸ Si bien tanto la IG como la DOC pueden sustentarse en la existencia de “un terruño o conjunto de terruños” distintivos, la DOC representa el nivel más alto de protección dentro del régimen argentino, al establecer requisitos significativamente más estrictos. Según los artículos 13 y ss. de la ley, la DOC exige que la totalidad del proceso productivo —desde el cultivo de la vid hasta la elaboración y el fraccionamiento del vino— sea realizado íntegramente dentro del área geográfica delimitada bajo condiciones técni-

Acuerdo de Marrakech por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio y sus anexos, entre ellos, el Anexo 1C, que contiene al Acuerdo sobre los ADPIC.

7 La identificación de vinos según su origen geográfico contaba ya con antecedentes en Argentina. A fines de 1950, se estableció por medio de la Ley 14878 (Ley General de Vinos) la categoría de “Vinos Regionales” para identificar aquellos provenientes de provincias específicas como Salta, La Rioja y Catamarca, siempre que estuvieran elaborados con uvas locales y fraccionados en origen. Incluso, durante la primera mitad de la década de 1990, habían sido reconocidas en Mendoza las primeras denominaciones de origen controlada, de conformidad con la normativa provincial: Luján de Cuyo y San Rafael.

8 Ley 25163, arts. 2, 3, 4 y 13.

cas rigurosamente controladas.⁹ Asimismo, la DOC impone límites más estrictos en materia de rendimiento por hectárea, variedades admitidas y prácticas enológicas permitidas, con un sistema de control y certificación más exhaustivo que el previsto para las IG.¹⁰ Esta distinción resulta relevante en tanto ambas figuras pueden amparar vinos cuya calidad y características derivan de las particularidades del *terroir*, aunque bajo marcos regulatorios de diferente intensidad.

Nuestro análisis se focaliza en las IG debido a que constituyen la figura en la que convergen la normativa multilateral y la legislación nacional. A su vez, representa la categoría más utilizada en Mendoza y la más relevante en el marco de los estudios científicos reseñados en el apartado 5.

La Ley 25163 ofrece una definición propia de las IG, alineada con la noción establecida en el Acuerdo sobre los ADPIC. Según la norma IG consiste en:

(...) el nombre que identifica un producto originario de una región, una localidad o un área de producción delimitada del territorio nacional no mayor que superficie de una provincia o de una zona interprovincial ya reconocida, la IG sólo se justificará cuando determinada calidad y las características del producto sea atribuible fundamentalmente su origen geográfico. (Art. 4)

Por “producto originario”, la norma entiende a aquel “(...) elaborado y envasado en el área geográfica determinada, empleando uvas provenientes de cepas de *Vitis vinífera* L, en el caso que éstas hayan sido totalmente producidas, cosechadas y envasadas en la misma” (Art. 4).

En Argentina, las IG pueden delimitarse según distintos criterios. La Ley 25163, al definir “área geográfica”, deja abierta la posibilidad de reconocer IG basadas en límites administrativos o históricos. Por su parte, al abordar el concepto de “área de producción delimitada”, extiende tal reconocimiento a aquella área “(...) constituida por un terruño o conjunto de terruños, situados dentro de un área geográ-

9 Ley 25163, art. 13.

10 Ley 25163, arts. 13, 20 y ss.; Decreto 57/2004, art. 20 y Anexo III c.

fica que por la naturaleza de sus suelos y su situación ambiental, son reconocidos como aptos para la producción de vinos de alta calidad” (Art. 4).

Por su parte, la reglamentación de la Ley establece que la delimitación del “área de producción” deberá considerar:

(...) los elementos agronómicos que concurran, comprendidos los factores climáticos, la uniformidad del suelo y su fertilidad, la homogeneidad de las características de las plantaciones y del cultivo, y en general todos aquellos factores que condicionan el cultivo de la vid o que afectan a su producción. (Decreto 57/2004, Anexo II, 2 a)

En resumen, las IG pueden delimitarse en función de criterios administrativos, históricos o según las particularidades del *terroir* —o un conjunto de estos—.

La particularidad del régimen de IG radica en que una puede encontrarse contenida dentro de otra, configurando un esquema anidado comparable al de las “muñecas rusas”. En términos generales, cuanto más acotada sea la delimitación espacial, mayor será el grado de identidad atribuible a los productos amparados por dicha IG. A modo ilustrativo, un vino puede ostentar una IG reconocida con base en límites administrativos, como el de un departamento de la provincia de Mendoza. Sin embargo, si dentro de ese departamento se identifican distintos *terroirs* cuyas características diferenciadas inciden en el perfil final del producto, estos podrán ser reconocidos, a su vez, bajo una IG propia.

La Ley 25163 y su reglamentación reconocen a la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca, a través del Instituto Nacional de Vitivinicultura (INV),¹¹ como autoridad de aplicación del régimen que instaura, en particular, para el reconocimiento, registro y protección de las IG, asignándole funciones de carácter técnico y administrativo. El régimen normativo dispone que la autoridad de aplicación será competente, entre otras funciones, para: i) delimitar y reconocer las áreas geográficas y de producción correspondientes a

11 Ley 25163, arts. 36 y ss.; Decreto 57/2004, art. 36 y ss.

cada una de las categorías previstas en la ley (IP, IG, DOC); ii) proceder al trazado de las fronteras de tales áreas y a la individualización de la expresión que se utilizará para su identificación; iii) coordinar los servicios de inspección, análisis y degustación de los vinos comprendidos en el régimen, así como el control y verificación de los viñedos, bodegas y demás establecimientos involucrados, y de las condiciones de producción y elaboración según sea el caso; iv) expedir los certificados de registro y aprobación a los beneficiarios que lo soliciten; v) notificar y solicitar el registro de las áreas reconocidas bajo alguna de las categorías previstas en el sistema y protegidas a nivel nacional ante los organismos internacionales pertinentes, conforme a los acuerdos y tratados internacionales vigentes en la materia; vi) propiciar la celebración de acuerdos bilaterales y/o multilaterales, fundados en los principios de reciprocidad y no discriminación, para el reconocimiento, protección y registro de alguna de las categorías, nacionales o extranjeras; y vii) ejercer la representación nacional ante los organismos internacionales competentes.

Cabe señalar que, mediante la Resolución C.39/2009, el INV creó el Departamento de Protección de Origen —Ley 25163—, al cual se le encomendó la ejecución de las acciones técnico-administrativas previstas en dicha norma, en coordinación con otras áreas del organismo.

Si bien el INV cuenta con amplias facultades para la delimitación y el control de las áreas en cuestión, la aplicación práctica del régimen conlleva ciertas complejidades, tanto por la naturaleza técnica de los estudios requeridos como por los intereses económicos involucrados.

Se encuentran legitimados para solicitar la inscripción de la IG el propio INV, los productores vitícolas o sus organizaciones representativas y los elaboradores de vinos y bebidas espirituosas de origen vínico, así como las entidades dedicadas a la promoción o defensa de los intereses vinculados a dicha producción.¹²

La normativa argentina contempla también la clasificación de las variedades de uva consideradas “aptas” para la elaboración de vino

12 Ley 25163, art. 8.

de calidad amparados por una IG.¹³ El INV tiene la facultad de incorporar o excluir variedades de las listas oficiales, las cuales comprenden variedades tintas, rosadas y blancas.¹⁴

Desde la adopción del régimen legal vigente, se han registrado numerosas IG en todo el territorio argentino. En la provincia de Mendoza, este proceso ha implicado tanto la reivindicación de áreas de producción tradicionales —como Luján de Cuyo o Maipú¹⁵ reconocidas con base en límites administrativos o históricos— como la identificación de áreas definidas por las particularidades de sus *terroirs*, entre las que se destacan Paraje Altamira,¹⁶ Pampa El Cepillo¹⁷ o Cordón El Cepillo,¹⁸ todas ellas ubicadas en el Valle de Uco.

4. Mendoza como escenario de estudio

Como es de notorio conocimiento, Mendoza reviste una importancia central para la industria vitivinícola argentina. Los orígenes de la industria moderna pueden rastrearse en la segunda mitad del siglo XIX, cuando tuvo lugar en dicha provincia una serie de acontecimientos fundacionales, entre ellos, la creación de instituciones públicas dedicadas al estudio y la mejora de las prácticas vitivinícolas, la llegada masiva de inmigrantes europeos —principalmente italianos, españoles y franceses— y el desarrollo de infraestructuras clave, como la expansión del ferrocarril (Lacoste, 2003).

En la actualidad, Mendoza concentra la mayor producción vitivinícola del país, con el 71% de la superficie nacional cultivada con vid (Instituto Nacional de Vitivinicultura, 2024a) y el 93% de las exportaciones argentinas de vino en volumen (Instituto Nacional de Vitivinicultura, 2024b).

En la provincia cuyana, confluyen entidades públicas y privadas que desempeñan un papel clave en el desarrollo de la industria vitivi-

13 La Resolución INV 57/2024 es la norma más reciente que actualiza los listados de las variedades.

14 Decreto 57/2004, Anexo II, apartado 2.c.III.

15 Resolución INV N° C 32/2002.

16 Resolución INV N° C. 44/2013.

17 Resolución INV N° 1/2019.

18 Resolución INV N° 7/2022.

nícola. Entre las primeras, se destacan organismos de contralor como el INV de formación, como la Facultad de Ciencias Agrarias de la Universidad Nacional de Cuyo (UNCuyo); y de investigación aplicada, como el Instituto de Biología Agrícola de Mendoza (IBAM), dependiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y la UNCuyo. En el ámbito privado, operan empresas de capital nacional y extranjero de distintos tamaños, que se nutren de los recursos humanos formados en el entramado educativo mendocino, al tiempo que generan oportunidades de desarrollo profesional. Estas entidades mantienen, además, vínculos de cooperación con organismos radicados en otras partes del país, como ha sido el caso, en los últimos años y con fines de investigación, con la Agencia Nacional de Promoción de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación (Agencia I+D+i), con sede en la Ciudad de Buenos Aires.

Mendoza presenta una notable diversidad geográfica y climática, lo que posibilita la elaboración de vinos con perfiles diferenciados, incluso dentro de una misma variedad. La primera clasificación territorial vinculada al origen de los vinos en la provincia se basa en la existencia de “zonas” (Figura 2), las cuales, a su vez, pueden constituir o abarcar IG reconocidas según límites administrativos o históricos o por las características particulares de sus *terroirs*.

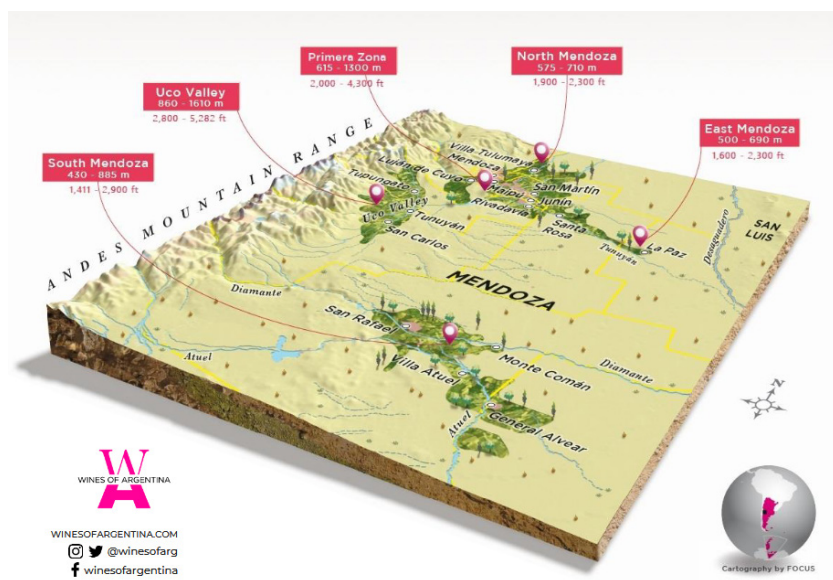


Figura 2. Zonas vitivinícolas de la provincia de Mendoza. Fuente: Wines of Argentina (s.f.).

La denominada “Primera zona” (Luján de Cuyo y Maipú) configura el área vitivinícola más antigua de la provincia. Cercana a la ciudad capital y ubicada a una altura que oscila entre los 615 y 1.300 msnm,¹⁹ se caracteriza por ser mayormente aluvial y por presentar un subsuelo pedregoso compuesto por sedimentos de arcilla, arena y limo.

Por su parte, la “Zona Este” (Rivadavia y San Martín, entre otros departamentos) se distingue por sus suelos profundos y, en varias localidades, por su composición pedregosa y arenosa. Su elevación no supera los 700 msnm, lo que hace que sea ligeramente más cálida que el resto de la provincia, tanto de día como de noche.

Otra zona es el Valle de Uco (San Carlos, Tunuyán y Tupungato), situada al sudoeste de la ciudad de Mendoza y próxima a la Cordillera de los Andes, con elevaciones que varían entre los 860 msnm y los 1.610 msnm. Este valle se caracteriza por la alta exposición al sol, la marcada amplitud térmica diaria y sus suelos de origen aluvial, heterogéneos, pedregosos y con frecuente presencia de calcáreo. El Valle

19 Los parámetros de altitud de las regiones pueden variar levemente según distintas fuentes consultadas.

de Uco constituye la expresión más representativa de la reorientación que experimentó gran parte de la industria vitivinícola argentina desde la década de 1990 hacia un paradigma modernizador y la producción de vinos de calidad acordes a la demanda internacional.

Finalmente, en Mendoza existen otras zonas productoras relevantes, como los “oasis del Norte” (Lavalle y Guaymallén) y el “oasis del Sur” (San Rafael).

Si bien la referencia a “zonas” constituye una primera aproximación al origen de los vinos mendocinos, no configura por sí misma una clasificación conforme al régimen legal de IG. Al adentrarse en este último, se observa que una zona como Valle de Uco (Figura 3) ha sido inscripta como IG sobre la base de límites geográficos e históricos.²⁰ A su vez, dicho territorio comprende otras IG de menor escala, ya sean reconocidas según límites administrativos —como Tunuyán y Tupungato—²¹ o en función de las particularidades de su *terroir*, como Paraje Altamira, Pampa El Cepillo y Cordón El Cepillo (Figura 4).

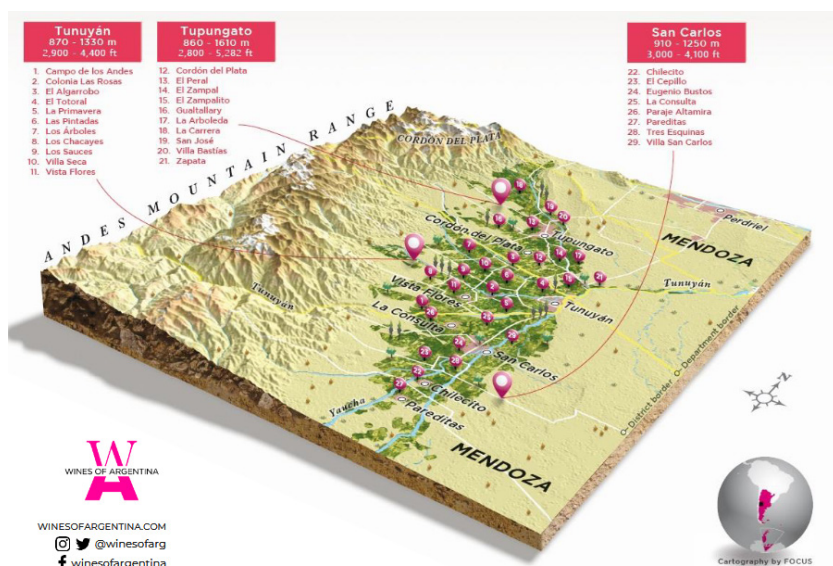


Figura 3. IG en Valle de Uco. Fuente: Wines of Argentina (s.f.).

20 Resolución INV C. 37/2002.

21 Resolución INV C. 32/2002.



Figura 4. Mayor perspectiva de la zona sur del Valle de Uco. Fuente: Hidalgo (2023).

El trabajo de identificación y análisis de *terroirs* requiere tanto recursos económicos como capacidades técnicas, en particular, involucramiento científico de disciplinas como la enología, la geología y la climatología, entre otras. En este sentido, no resulta sorprendente que en Argentina este tipo de iniciativas se desarrollen, en gran medida, a través de esquemas de cooperación público-privada.

A continuación, se presentarán cronológicamente investigaciones orientadas hacia dicho propósito, las cuales reflejan cómo la búsqueda y caracterización del *terroir* se ha convertido en una tendencia creciente en la provincia de Mendoza.

5. Cuando la tierra habla. Un mayor foco sobre los *terroirs*

En los últimos años, Mendoza ha sido escenario de una tendencia creciente hacia la investigación de *terroirs*, orientada a demostrar la correlación entre los distintos perfiles de uvas y vinos y su lugar de origen. Este último puede abarcar desde grandes parajes hasta fincas o incluso pequeñas parcelas (Figura 5). En este contexto, se amplía el espectro para el reconocimiento de nuevas IG sustentadas en las particularidades del *terroir*.

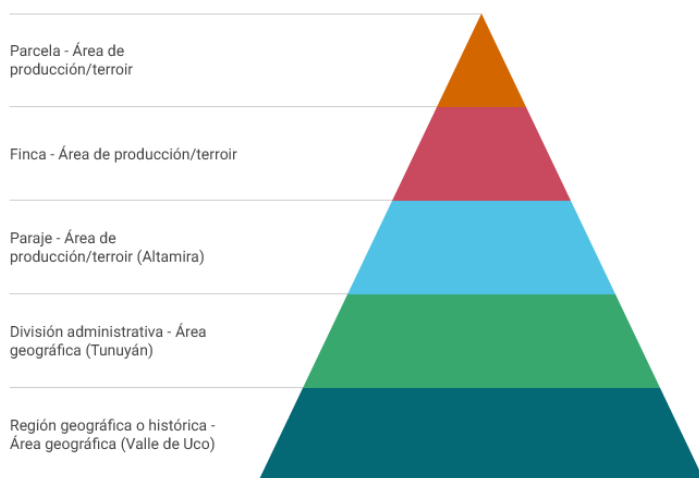


Figura 5. Rango de vinos según su origen en Mendoza. Fuente: elaboración propia.

5.1 El caso de Paraje Altamira

El caso de la IG Paraje Altamira representa un hito en Argentina y en la región, al haberse materializado a partir de un esquema de cooperación público-privada y culminado con el reconocimiento de una IG sustentada en la singularidad de su *terroir*.

Ubicado al sur del Valle de Uco, a unos 1.100 msnm, al pie de la Cordillera de los Andes, esta zona se caracteriza por una marcada amplitud térmica y por un suelo de origen aluvial y heterogéneo, compuesto por arcilla, arena, limo y piedras calcáreas, con presencia de carbonato de calcio. Dichas condiciones favorecen la elaboración de vinos de gran intensidad, estructura y expresión mineral.

En 2009, varias empresas vitivinícolas le encargaron a la Cátedra de Edafología de la Facultad de Ciencias Agrarias de la UNCuyo un estudio sobre la geología, geomorfología, factores edáficos y clima en este terreno (Reginato, 2017). La singularidad del *terroir* demostrada a partir de esta investigación llevó a que Paraje Altamira fuera reconocido como IG en 2013, comprendiendo una superficie inicial de poco más de 4.500 hectáreas.²²

²² Resolución INV 44/2013.

Mientras que en 2013 se aprobó una delimitación inicial basada en parámetros técnicos, simultáneamente se rechazó una oposición presentada por ciertos productores que sostenían que el área debía ampliarse e incluir sus propiedades. En 2017, tras nuevos estudios avalados por el INTA y la UNCuyo, el INV resolvió ampliar los límites de la IG, extendiéndolos a 9.290 hectáreas²³ (Figura 6) (Larsimont y Martín, 2024; Molina, 2020; Reginato, 2017).

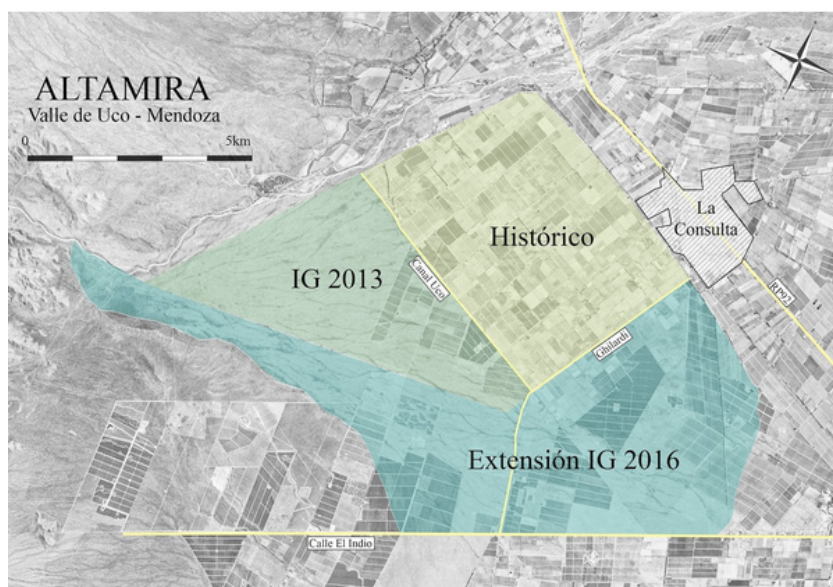


Figura 6. Delimitaciones del Paraje Altamira. Fuente: Corona (2024).

El proceso de delimitación y posterior ampliación de la IG Paraje Altamira evidenció la importancia del involucramiento del sector privado e instituciones públicas de investigación para la fundamentación de las decisiones administrativas del INV. A la vez, puso de relieve la complejidad de delimitar áreas productivas con base en criterios biofísicos —rasgo característico para delimitar IG de acuerdo a su *terroir*—, al tiempo que mostró la capacidad del régimen para incorporar nueva evidencia científica y ajustar delimitaciones previamente establecidas (Larsimont y Martín, 2024).

23 Resolución INV E 82/2017.

Actualmente, Paraje Altamira cuenta con aproximadamente 2.780 hectáreas cultivables de las 9.290 que en total abarca. Allí conviven tanto grandes empresas como *pymes* elaboradoras de vino. Malbec, cabernet sauvignon y cabernet franc son algunas de las variedades que se producen en esta área, dando lugar a vinos altamente apreciados entre especialistas de todo el mundo.

5.2 Una tendencia en auge

Paraje Altamira fue una suerte de punto de partida para la realización de posteriores estudios sobre *terroirs* en Mendoza,²⁴ los cuales, en gran medida, se caracterizaron por la articulación entre el sector público y privado. La mayoría de estas investigaciones se financiaron mediante fondos de la Agencia I+D+i,²⁵ la UNCuyo y la bodega Catena Zapata. Además, contaron con la participación de científicos del IBAM y del Catena Institute of Wine (CIW).²⁶ A

24 En 2010, había sido publicado un estudio realizado de manera conjunta entre el INTA, la Universidad de Chile (Chile) y la Universitat Rovira i Virgili (España), todas ellas entidades públicas. El estudio, que también representa un antecedente relevante en el país, reivindicó estudiar por primera vez la composición fenólica del *malbec* de Mendoza. Para ello, se tomaron diferentes muestras de dicha variedad provenientes de distintas zonas geográficas de la provincia (Fanzone et al., 2010).

25 El financiamiento otorgado por la Agencia I+D+i contó, por su parte, con fondos del Banco Interamericano de Desarrollo.

26 El CIW ya había desarrollado investigaciones en colaboración con la Universidad de California, Davis, con la cual mantiene actualmente una alianza en materia de I+D. En 2014, se publicó un estudio comparativo de muestras de *malbec* elaboradas en distintas locaciones de Mendoza y California, con el objetivo de definir y contrastar sus características sensoriales y químicas (King et al., 2014). Un año más tarde, otra investigación conjunta analizó nuevamente muestras de *malbec* de ambas regiones, enfocándose en la comparación de su composición fenólica (Buscema y Boulton, 2015). Según fuentes especializadas, este último trabajo constituyó un antecedente relevante para establecer la metodología de los estudios sobre *terroirs* desarrollados posteriormente en Argentina. En estudios subsiguientes, se evaluaron muestras de la misma variedad de ambas regiones con el fin de observar la evolución de los compuestos fenólicos y la concentración de elementos durante la crianza (Agazzi et al., 2018), así como la evolución del perfil aromático tras

continuación, se presentan algunas investigaciones en orden cronológico:²⁷

- En 2018, se publicó en la revista científica *Food Chemistry* un estudio realizado a partir de muestras de malbec provenientes de 27 parcelas distribuidas en seis departamentos de las zonas Primera, Este y Valle de Uco (Urvieta et al., 2018). Los vinos analizados, correspondientes a una misma añada, fueron elaborados bajo condiciones estandarizadas. La investigación —que reivindicó ser la primera en su tipo realizada en Argentina— tuvo por objeto analizar el perfil fenólico y las características sensoriales de las distintas muestras.
- Para examinar el perfil fenólico, se empleó la *cromatografía líquida con detector de arreglo de diodos* (HPLC-DAD), técnica que permite separar y caracterizar mezclas químicas en función de sus propiedades físicas y químicas. En cuanto al análisis sensorial, las muestras —tras seis meses de guarda en botella— fueron evaluadas mediante un “análisis sensorial descriptivo” (ASD) efectuado por un panel de voluntarios previamente entrenados. Los datos fueron procesados con asistencia de un *software* especializado y categorizados a través de diversas técnicas estadísticas.
- Los resultados evidenciaron que el origen geográfico, sumado a los atributos del *terroir*, influía en la composición fenólica y atribución sensorial de los distintos malbecs. Asimismo, se observó un grado de asociación fenólica y sensorial (similitud) entre los vinos producidos dentro de cada departamento.
- En febrero de 2021, *Scientific Reports* publicó una nueva inves-

un período prolongado de guarda en botella (Pellegrino Vidal et al., 2023). En su sitio web, el CIW manifiesta sostener una visión compartida y trabajar en proyectos de I+D junto a entidades públicas, como la Universidad Nacional de Cuyo, el Conicet y el IBAM (Conicet-UNCuyo). <https://www.catenainstitute.com/>

27 Los estudios consultados fueron publicados en revistas y fuentes científicas de reconocido prestigio y se encuentran disponibles en la web, contribuyendo así a conformar un acervo científico accesible para su conocimiento y aprovechamiento por terceros. Ello no obsta a la existencia de otras investigaciones realizadas y conservadas de forma privada.

tigación centrada en el malbec (Urvieta et al., 2021). Este estudio, considerado innovador en la industria, comparó más de 200 malbecs provenientes de 23 parcelas distribuidas en 12 IG de Mendoza. Se aplicaron condiciones de elaboración estandarizadas y se utilizó nuevamente el método HPLC-DAD para la identificación de compuestos químicos.

- Los resultados demostraron una correlación entre la composición fenólica de las muestras y las condiciones climáticas de las IG involucradas, destacando una mayor concentración de antocianos²⁸ y polifenoles²⁹ en las provenientes de IG ubicadas a gran altitud y expuestas a bajas temperaturas. A su vez, el estudio confirmó la posibilidad de asociar un malbec con su *terroir* de origen independientemente de su añada —en este caso, se emplearon vinos de 2016, 2017 y 2018— y sugirió que, para conocer las características definitivas que le aporta un *terroir* a un vino, resultaba necesario analizar distintas cosechas a fin de descartar efectos extraordinarios de cada periodo.
- Esta investigación reforzó en Argentina la noción de “vino de parcela”, que alude a producciones provenientes de superficies pequeñas, pero muy distintivas por la impronta que su suelo y clima dejan sobre el vino.
- En julio del 2021, *Frontiers in Sustainable Food Systems* publicó un estudio sobre cabernet sauvignon que demostró cómo la interacción entre el material vegetal y su lugar de cosecha —influido, a su vez, por las condiciones climáticas— incide en los atributos del vino, en particular en el rendimiento de la fruta y en su perfil fenólico (Muñoz et al., 2021). El experimento se realizó con muestras de uvas cosechadas a un mismo nivel de madurez durante los años 2018 y 2019 en distintas locaciones de Mendoza: Altamira,

28 Los antocianos son pigmentos que se encuentran en la piel de la uva y son en parte responsables del color del vino rojizo, morado o azul.

29 Los polifenoles son compuestos químicos que se encuentran en la piel, semillas y tallos de la uva y que influyen en la intensidad del color, aroma, astringencia y textura del vino.

Agrelo,³⁰ El Cepillo³¹ y Gualtallary,³² de las cuales las tres primeras cuentan actualmente con reconocimiento como IG.

- 30 Agrelo, situado en el departamento de Luján de Cuyo dentro de la denominada “Primera Zona”, fue reconocido como IG mediante la Resolución INV C 21/2005, conforme a los límites administrativos del distrito homónimo. Su territorio se extiende entre los 900 y los 1.250 msnm. Se caracteriza por su clima seco y amplia exposición solar. Sus suelos profundos, arenosos y arcilloso-limosos —aunque, a mayor altura, más pedregosos— les permiten a las raíces de la vid expandirse en el terreno y mantener a la planta húmeda. Estas condiciones naturales contribuyen a definir el perfil distintivo de sus vinos, particularmente de las variedades malbec y cabernet sauvignon, reconocidos por ser expresivos, de buen cuerpo, carácter frutado y taninos amables.
- 31 El Cepillo, junto a Paraje Altamira, se encuentran en la superficie del cono aluvial del río Tunuyán, en San Carlos, Valle de Uco. Paraje Altamira ocupa la mitad norte del cono, que, al tener exposición solar norte, cuenta con temperaturas más elevadas. El Cepillo se encuentra en la mitad sur del cono y tiene una pendiente noroeste-sudeste, lo que hace que esta zona sea mucho más fría al recibir menos energía solar. El Cepillo se divide, a su vez, en dos zonas: Pampa El Cepillo, reconocida como IG por la Resolución INV. 1/2019 y ubicada al sudeste del cono, siendo la parte más baja y susceptible a heladas por su pendiente de 1°; y en la parte sudoeste, Cordón El Cepillo, reconocido como IG por la Resolución INV. 7/2022, la cual, al tener una pendiente de 3°, hace que el frío circule hacia zonas más bajas por la noche, haciéndolo menos propenso a las heladas en comparación con el sudeste del cono. Mientras que Pampa El Cepillo y Altamira poseen un suelo similar, conformado por piedras de origen aluvional de distinto origen que descienden desde la cordillera y que se van puliendo a lo largo de un trayecto de 30-50 km, en Cordón El Cepillo las piedras más cercanas a la superficie están menos erosionadas por haber viajado un menor trayecto, lo que influye en una menor mezcla de componentes en el suelo, a diferencia de las otras dos IG. Los vinos de El Cepillo se caracterizan por su frescura y notas de frutas maduras y florales. El malbec, cabernet franc y el bonarda son vinos que encuentran su expresión en esta zona.
- 32 Gualtallary se encuentra al norte del cono aluvional del Río Tunuyán, en Tupungato, al norte del Valle de Uco. Está ubicado al pie de la Cordillera de los Andes, entre 1.200 y 1.600 msnm. No está reconocido como IG en tanto, a pesar del interés de diversos productores, dicho vocablo se encuentra registrado como marca a nombre de una sociedad anónima. Se caracteriza por un clima frío, marcada amplitud térmica y lenta exposición al sol, además de suelos aluvionales, arenosos y pedregosos. Tienen un carácter pobre en lo que refiere a la materia orgánica y un notable drenaje que le permite a la planta llegar a capas profundas. El resultado arroja vinos frescos, intensos, de buena estructura y concentración y textura singular que se distingue como

- Los vinos fueron elaborados bajo condiciones estandarizadas; y sus compuestos fenólicos, identificados por *cromatografía líquida con matriz de diodos y detección fluorescente* (HPLC-DAD-FLD). Los resultados evidenciaron una correlación directa entre la mayor concentración de antocianos y la altitud. Asimismo, confirmaron el concepto de “plasticidad fenotípica”, que alude a la capacidad del material genético de la uva (genotipo) para expresar distintas características —como color, aroma, acidez, astringencia y expresión en boca (perfil fenotípico)— en función de la interacción entre el material vegetal y el ambiente del lugar de la cosecha.

También se han desarrollado estudios que emplean técnicas combinadas, integrando métodos químicos —como la ya mencionada HPLC-DAD— con análisis sensométricos, en un enfoque conocido como “análisis de factores múltiples”. En otros casos, las investigaciones se basaron exclusivamente en evaluaciones sensoriales. A continuación, se reseñan dos estudios representativos:

- En 2023, *ACS Food Science & Technology* publicó una investigación centrada en la variedad cabernet franc (Muñoz et al., 2023). Se utilizaron uvas cosechadas en 2019 en distintas locaciones de Mendoza (Agrelo, Gualtallary, Paraje El Cepillo y Altamira) y los análisis sensoriales se realizaron sobre vinos con seis meses de guarda en botella. Los resultados mostraron un alto grado de correlación entre los perfiles fenólicos y sensoriales de las muestras de cada origen, atribuibles principalmente a los efectos del clima sobre las vides.
- En febrero y octubre de 2024, la *npj Science of Food* —revista perteneciente a *Nature Portfolio*— publicó nuevos estudios que exploraron la variedad malbec a partir de muestras provenientes de 29 parcelas distribuidas en tres zonas vitivinícolas de Mendoza: la zona Este, la Primera Zona y el Valle de Uco, comprendiendo en conjunto a 12 IG distintas (Urvieta et al., 2024). Las muestras correspondieron a las cosechas 2016, 2017 y 2018.

polvorienta en boca. Es el lugar de malbec y otras variedades como cabernet franc, pinot noir, chardonnay y sauvignon blanc.

Lo distintivo de estas investigaciones radicó en la utilización del ASD como único método destinado a identificar y mensurar la intensidad de aromas, sabores y sensaciones en boca. El ASD fue realizado por un panel de catadores previamente entrenados y los resultados fueron procesados mediante un *software* especializado, lo que permitió establecer correspondencias consistentes entre los distintos *terroirs* y determinados descriptores sensoriales. Si bien descriptores como el aroma, el sabor y la textura variaron según la añada, otros permanecieron inalterables, evidenciando la impronta constante del *terroir* a lo largo del tiempo. En suma, se trató de un estudio innovador que demostró, únicamente a través de técnicas sensoriales, la existencia de diferentes tipicidades de malbec en Mendoza.³³

La tendencia creciente hacia el estudio de los *terroirs* en la provincia de Mendoza, así como la presencia de profesionales altamente capacitados en Argentina, quedó evidenciada con la celebración del 15° Congreso Internacional de Terroir en su ciudad capital en noviembre de 2024 (Figura 7). Fue el primero de su tipo en realizarse en América del Sur desde la inauguración de este ciclo de encuentros en 1996. Este congreso, de gran repercusión a nivel mundial en el sector, fue coorganizado por la UNCuyo, el IBAM (CONICET-UNCuyo), el CIW y el Gobierno de Mendoza; reunió a actores públicos y privados del ámbito académico y de organismos internacionales.

33 En este estudio también participaron investigadores de la Universidad de California, Davis (UC Davis). Miembros del CIW y de la UC Davis ya habían llevado a cabo trabajos conjuntos en años anteriores.



Figura 7. Presentación del 15° Congreso Internacional del Terroir. Fuente: 15th International Terroir Congress (s.f.).

En concreto, la última edición del Congreso, resultado de la articulación entre los sectores público y privado, además de reconocer el trabajo realizado en los últimos años sobre la caracterización de los *terroirs*, contribuyó a consolidar la visibilidad internacional de la vitivinicultura argentina.

6. El valor comercial y socioeconómico involucrado

La tendencia creciente de estudios orientados a la identificación y análisis de los *terroirs* en Mendoza, además de su aporte científico, reviste un importante valor socioeconómico. Estas investigaciones amplían el horizonte para el reconocimiento y la protección de IG basadas en las particularidades del *terroir*; con ello, favorecen la generación de un activo intangible de valor agregado. Dicho alcance abarca desde amplios territorios vitivinícolas hasta unidades de producción más acotadas, pero de singular incidencia, en las características y calidad del vino, que pueden clasificarse, en orden decreciente, como parajes, fincas y parcelas.

Las IG reconocidas y con cierto grado de prestigio poseen un valor económico que puede explicarse a partir de las teorías de la información y la reputación. Se trata de signos que contribuyen a reducir las asimetrías entre productores y consumidores, al propor-

cionar una señal de calidad cuando los factores vinculados al origen geográfico (condiciones geográficas, material vegetal, técnicas de producción, entre otros) le confieren cualidades diferenciales al producto (Bramley et al., 2009).

En el caso particular del vino de calidad, un producto altamente diferenciable en el que la uva constituye tan sólo uno de sus atributos, la apelación a una IG puede influir de manera significativa en la decisión de compra de los consumidores. Esto se comprende a partir del “método de precios hedónicos”, según el cual el valor de un bien depende de la combinación de sus características intrínsecas —que se perciben principalmente al momento del consumo (variedad de uva, grado alcohólico, presencia de compuestos fenólicos, entre otros aspectos)— y sus características extrínsecas, tales como la mención del *terroir* de origen o una calificación favorable otorgada por un crítico de prestigio. Diversos enfoques incluso destacan el peso predominante de los atributos extrínsecos, relativizando la influencia de los intrínsecos en la decisión final del consumidor (Unwin, 1999).

En síntesis, en la decisión de compra de un vino de calidad, la IG actúa como un atributo extrínseco, como una señal de calidad (Estrella Orrego et al., 2012).

Cabe señalar que el mero reconocimiento formal de una IG no resulta suficiente para que esta opere efectivamente como signo distintivo de calidad. Su funcionamiento eficaz exige la construcción previa de una reputación asociada al territorio, mediante esfuerzos sostenidos —técnicos, logísticos, económicos, entre otros— por parte de los productores y de las instituciones que los representan. Dichos esfuerzos deben orientarse a alcanzar estándares verificables de calidad, consolidar una base de consumidores y asegurar un posicionamiento estable en el mercado.

En este sentido, se ha señalado que la IG constituye la “institucionalización de la reputación”, esto es, la formalización jurídica de un reconocimiento social y económico preexistente a través de su protección por parte de la autoridad competente (Belletti, 1999). Tal institucionalización puede involucrar tanto a entidades públi-

cas como privadas,³⁴ dependiendo del marco normativo aplicable (Bramley et al., 2009).

En tales condiciones, la IG adquiere naturaleza de activo intangible, asimilable al *goodwill* o “buena fama” que acompaña a los productos que la ostentan (Fernández-Novoa, 2001).³⁵

Desde la perspectiva del productor, la IG —y la reputación que le es inherente— se configura como un instrumento de gestión estratégica, que permite orientar la oferta hacia nichos de mercado específicos y capturar un precio *premium* por parte de los consumidores dispuestos a pagarlo, es decir, los “fieles” (Rangnekar, 2004; Stigler, 1961). Asimismo, refuerza la competitividad, al contribuir a acortar las cadenas de intermediación, facilitar el acceso directo o abreviado al consumidor final y posibilitar que el productor capture una mayor proporción del precio pagado (Dogan y Gokovali, 2012; Moran, 1993).

En su dimensión defensiva, el reconocimiento y la protección jurídica de una IG les otorgan a los productores un resguardo efectivo frente a prácticas desleales de comercio, que asiste a preservar el segmento del mercado. En otras palabras, la IG actúa como una barrera de entrada para operadores ajenos al territorio delimitado o, incluso dentro de él, para aquellos que no cumplan con los estándares técnicos y de producción establecidos (Bramley et al., 2009; Rangnekar, 2004).

Desde la perspectiva del consumidor, la protección y uso de la IG, en tanto señal de calidad y garantía de origen, contribuyen a re-

34 La ley 25.163 (art. 5, y 36 y ss.) prevé que el INV será la Autoridad de Aplicación del régimen establecido por dicha norma y, en particular, confiere a dicho organismo competencia exclusiva en lo que refiere al procedimiento para determinación del área de producción de una IG, las condiciones de su empleo y control.

35 Fernández Novoa desarrolla el concepto de “goodwill” en el ámbito marcario. El autor señala que la función de la marca radica en condensar progresivamente su “goodwill” o buena fama, que se manifiesta en la preferencia del público por los productos o servicios identificados con ella y en la expectativa razonable de su adquisición o contratación reiterada. Por analogía, y en virtud de su naturaleza como signo distintivo, este razonamiento puede extenderse a las IG, en la medida que cristalizan una reputación asociada al origen y a determinados estándares de calidad.

ducir los costos de información asociados a la decisión de compra. El precio *premium* de un producto con IG se justifica, además de por su reputación, porque asiste a reducir el tiempo y esfuerzos necesarios para seleccionar el bien que promete mayor utilidad (Bramley et al., 2009; Stigler, 1961).

Las IG no sólo generan efectos en el ámbito comercial, sino que también pueden desempeñar un papel relevante como vectores de desarrollo territorial. Ello se explica por la posibilidad de canalizar las ganancias derivadas del precio *premium* hacia la mejora de las condiciones locales de producción, la profesionalización del capital humano, el fortalecimiento de infraestructuras y la creación de encadenamientos productivos dentro del ecosistema económico comprendido por la IG o en áreas colindantes.³⁶

La relevancia de las IG, tanto en el plano comercial como en el socioeconómico, ha sido tal que este activo intangible ha adquirido un lugar destacado en negociaciones internacionales recientes, como el acuerdo entre el Mercosur y la Unión Europea, o entre el primer bloque y países como Singapur.

7. De *terroirs* mendocinos hacia el mundo: casos en concreto

El creciente interés por los *terroirs* mendocinos ha trascendido el ámbito científico, proyectándose hacia la esfera comercial y comunicacional del sector vitivinícola. Este interés encuentra su expresión más visible en las estrategias de posicionamiento adoptadas por diversas bodegas que han incorporado al *terroir* como elemento de diferenciación y valorización de sus productos.³⁷ En paralelo, en los últimos años se ha observado un aumento en el reconocimiento internacional, evidenciado en las altas calificaciones otorgadas a vinos elaborados en *terroirs* mendocinos, tal como se detalla a continuación:

36 Ya sea impulsando otros productos (por ejemplo, insumos) o servicios (por ejemplo, turismo)

37 Tal estrategia se da tanto en casos donde el *terroir* fue protegido formalmente como IG como en otros donde no.

- En 2022, The Wine Advocate publicó el informe *Argentina: The Search for Terroir Continues*,³⁸ elaborado por el experto Luis Gutiérrez (2022), en el que vinos como el malbec Zuccardi Piedra Infinita Supercal 2019 (Paraje Altamira), el cabernet franc Gran Enemigo Gualtallary 2019 (Gualtallary), el blend malbec/cabernet franc PerSe La Craie (Gualtallary) fueron calificados con 100 Puntos Parker, la máxima puntuación.
- En su último informe sobre Argentina, Patricio Tapia (2024), crítico de Descorchados, otorgó por primera vez en la historia de dicha publicación la máxima puntuación (100 puntos) a dos vinos argentinos: el malbec Catena Zapata Adrianna Vineyard Mundus Bacillus Terrae 2021 (Gualtallary) y el malbec Zuccardi Piedra Infinita Supercal 2021 (Paraje Altamira).
- También en 2024, el reconocido crítico James Suckling (2024) publicó su *ranking* de los mejores vinos argentinos, en cuyo podio se ubicaron el Altos Las Hormigas malbec Paraje Altamira Valle de Uco Los Amantes 2021 (Paraje Altamira), el chardonnay Catena Zapata Mendoza Adrianna Vineyard White Bones 2022 (Gualtallary) y el malbec Matías Riccitelli Los Chacayes Viñas Extremas 2021 (Los Chacayes).³⁹

38 En español, “Argentina: la búsqueda del *terroir* continúa”.

39 Mediante la Resolución INV 249-E/2017 se reconoce a Los Chacayes como IG. Mediante la Resolución INV 20/2023 se amplían los límites de dicha IG. Ambas resoluciones señalan que, de acuerdo con los antecedentes presentados ante el INV y los estudios realizados por los sectores competentes de tal Instituto, el área de producción cuya delimitación o ampliación se solicitaba —respectivamente—, se encontraba formada por terruños con cualidades distintivas, aptos para la producción de vinos de calidad. Los Chacayes está compuesto por tres abanicos aluvionales que contribuyen a la variabilidad de los suelos en lo que respecta a cantidad de arenas, limos y carbonatos, además de tipos de conglomerados. Los vinos de esta IG, al variar en altura, son diversos en cuanto a capas de aromas y texturas. Se caracterizan por un tanino distinto, sabor y aroma especiados vinculados a la flora autóctona. Además del malbec y del cabernet franc, el *terroir* se ha adaptado a otras variedades como garnacha, el monastrell, el marsanne y el roussanne, denominadas como “mediterráneas”. La Asociación Civil de Productores de Los Chacayes, entidad creada en 2019, se encarga de comunicar las cualidades del *terroir* y de los vinos elaborados en esta región (Orsini, 2024).

Como puede observarse en la presentación de algunos de los vinos mencionados (ver Figuras 6, 7 y 8), las etiquetas conjugan la identificación de marca, la variedad y la referencia al *terroir* de origen, configurando una estrategia híbrida que combina rasgos del Viejo y del Nuevo Mundo.

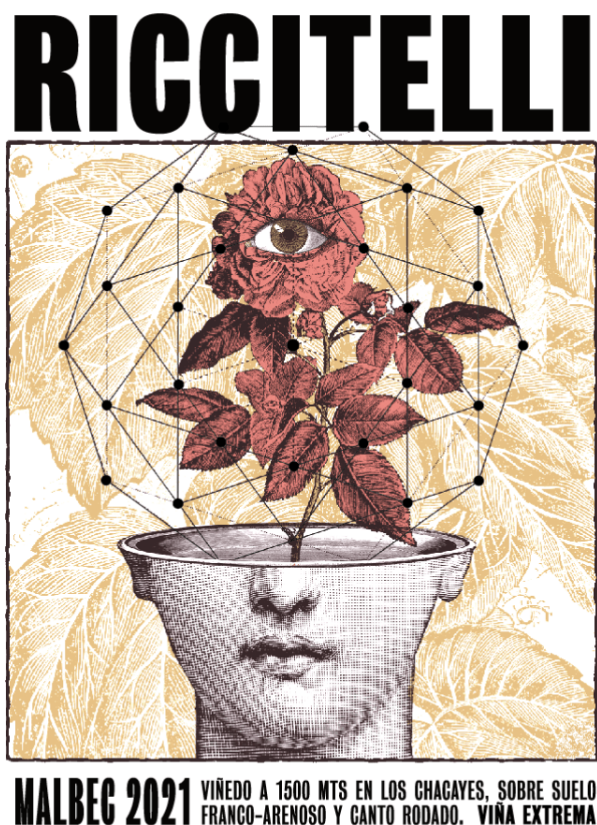


Figura 8. La etiqueta del malbec Matías Riccitelli Los Chacayes Viñas Extremas 2021 refiere a las características del suelo presente en la IG Los Chacayes. Fuente: Matías Riccitelli Wines (s.f.).



Figura 9. La presentación del malbec Altos Las Hormigas Paraje Altamira Valle de Uco Los Amantes 2021 incluye a la ya emblemática IG precursora en la región. Fuente: Altos Las Hormigas (s.f.).

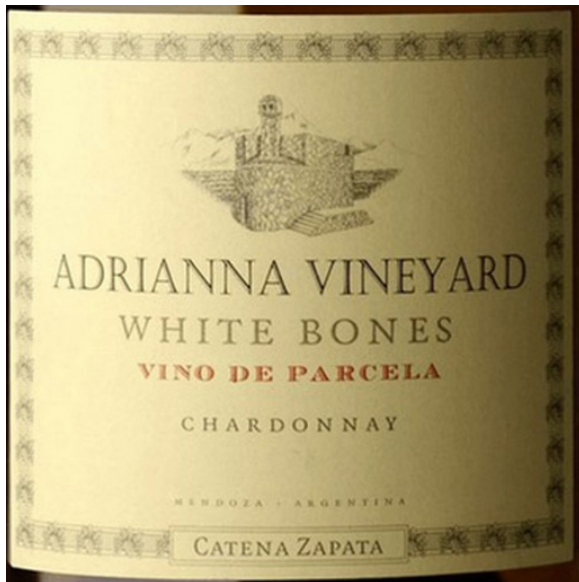


Figura 10. Dado que "Gualtallary" fue registrada como marca comercial a nombre de un tercero, el chardonnay Catena Zapata Mendoza Adrianna Vineyard White Bones 2022 hace referencia a "vino de parcela" para referir a la cualidad de origen. Fuente: Bodega Catena Zapata (s.f.)

El hecho de que vinos argentinos alcancen las máximas calificaciones otorgadas por este tipo de publicaciones y críticos no es un dato menor, especialmente si se considera que se trata de un fenómeno relativamente reciente (Portelli, 2022). Esta exposición contribuye a captar la atención de los consumidores más exigentes en el mercado internacional y, progresivamente, a consolidar una reputación en la percepción del consumidor promedio. Al mismo tiempo, pone de relieve que en Mendoza coexisten múltiples perfiles de vinos, tantos como *terroirs* pueden distinguirse, reflejando una diversidad que en el pasado solía ser objeto de cuestionamiento, particularmente en el caso del malbec (Cuculiansky, 2021).

8. Conclusión

La provincia de Mendoza se erige como escenario pionero, a nivel nacional, en el estudio y valorización de los *terroirs* y su influencia sobre los vinos de calidad. Esta tendencia se ha evidenciado en la proliferación de investigaciones científicas, cuyo rasgo común ha sido la articulación público-privada en su desarrollo. A ello se suma la estrategia adoptada por diversos productores orientada a proteger determinados *terroirs* mediante su reconocimiento como indicaciones geográficas.

La celebración del último Congreso Internacional del Terroir en Mendoza, junto con las altas calificaciones otorgadas por publicaciones especializadas a vinos provenientes de *terroirs* locales, constituyen un reconocimiento implícito a dichos esfuerzos.

El paradigma vigente asiste a promover un mayor interés por los *terroirs* —incluso en otras provincias— y amplía las posibilidades de reconocimiento de nuevas IG fundadas en ese elemento. Este fenómeno reviste particular relevancia, en tanto les permite a los productores de Argentina articular una estrategia de diferenciación que combine marca, variedad y referencia al origen. Al mismo tiempo, este proceso contribuye al desarrollo socioeconómico de las zonas de producción involucradas.

Bibliografía

- 15vo International Terroir Congress. (s.f.). *Congress Terroir*. https://congressterroir.com.ar/?utm_source=chatgpt.com \t “_new”
- Agazzi, F., Nelson, J., Tanabe, C., Doyle, C., Boulton, R., Buscema, F. (2018). Aging of Malbec wines from Mendoza and California: Evolution of phenolic and elemental composition, *Food Chemistry*, 269, 103-110. <https://doi.org/10.1016/j.foodchem.2018.06.142>
- Altos Las Hormigas. (s.f.). *Jardín de Hormigas Los Amantes 2021*. <https://altoslas-hormigas.com/vino/jardin-de-hormigas-los-amantes-2021/>
- Ballantyne, D., Terblanche, Nic. S., Lecat, B. y Chapuis, C. (2019). Old world and new world wine concepts of terroir and wine: perspectives of three renowned non-French wine makers, *Journal of Wine Research*, 30(2), 1-22. <https://doi.org/10.1080/09571264.2019.1602031>
- Barham, E. (1997). Social movements for sustainable agriculture in France: A Polanyian perspective. *Society & Natural Resources*, 10(3), 239-249.
- Barham, E. (2003). Translating terroir: The global challenge of French AOC labeling. *Journal of Rural Studies*, 19(1), 127-138. [https://doi.org/10.1016/S0743-0167\(02\)00052-9](https://doi.org/10.1016/S0743-0167(02)00052-9)
- Bellelli, G. (1999). *The socio-economics of origin labelled products in agro-food supply chains: spatial, institutional and co-ordination aspects*. 67th EAAE Seminar, Le Mans, Francia.
- Bodega Catena Zapata. (s.f.). *White Bones 2022*. <https://catenazapata.com/white-bones-2022-es/>
- Bourguignon, C. y Bourguignon L. (2008). *Le sol, la terre et les champs: pour retrouver une agriculture saine*. Sang de la terre.
- Bramley, C., Biénabe, E. y Kirsten, J. (2009). The Economics of Geographical Indications: Towards a Conceptual Framework for Geographical Indication Research in Developing Countries. En World Intellectual Property Organization, *The Economics of Intellectual Property. Suggestions for Further Research in Developing Countries and Countries with Economies in Transition* (pp. 109-141). WIPO. <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=289>
- Buscema, F. y Boulton, R. (2015). Phenolic composition of Malbec: A comparative study of research-scale wines between Argentina and the United States. *American Journal of Enology and Viticulture*, 66, 30-36. <https://www.ajevonline.org/content/66/1/30>
- Catania, C. y Avagnina del Monte, S. (1991). Sistema vitivinícola para la obtención de vinos con denominación de origen controlada en el Valle de Tupungato. *Boletín de la Bolsa de Comercio*, (328).
- Corona, G. [@geografiadelvino]. (26 de julio de 2024). ¿Qué es Altamira? Este nombre se puso muy en boga en la última década gracias... [Fotografía]. Instagram. <https://www.instagram.com/p/C95rTaNhBDP/>
- Cuculiansky, S. (25 de septiembre de 2021). El ADN del malbec argentino. Por qué el terroir ya no es algo exclusivo de los vinos franceses. *La Nación*. <https://>

- www.lanacion.com.ar/la-nacion-revista/el-adn-del-malbec-argentino-porque-el-terroir-ya-no-es-algo-exclusivo-de-los-vinos-franceses-nid25092021/
- Deseau, A. (2023). *Land Reform and Productivity: Evidence from the Dissolution of the French Monasteries* (LIDAM Discussion Paper IRES/2023/09). Institut de Recherches Économiques et Sociales, Université catholique de Louvain. <https://sites.uclouvain.be/econ/DP/IRES/2023009.pdf>
- Dogan, B. y Gokovali, U. (2012). Geographical Indications: The Aspects of Rural Development and Marketing Through the Traditional Products. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 62(24), 761-765. <https://doi.org/10.1016/j.sbspro.2012.09.128>
- Drahos, P. (1998). *The universality of intellectual property rights: Origins and developments*. WIPO. https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=7604
- Estrella Orrego, M. J., Defrancesco, E. y Gennari, A. (2012). Modelo de precios hedónicos aplicado al vino del “Viejo y del Nuevo Mundo”: estado del arte. *Revista de la Facultad de Ciencias Agrarias. Universidad Nacional de Cuyo*, 44(1), 205-220. https://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-86652012000100018&lng=es&tlng=es
- Fanzone, M., Peña-Neira, A., Jofre, V., Assof, M. y Zamora, F. (2010). Phenolic characterization of Malbec wines from Mendoza province (Argentina). *Journal of Agricultural and Food Chemistry*, 58, 2388-2397. <https://doi.org/10.1021/jf903690v>
- Fernández-Nóvoa, C. (2001). *Tratado sobre derecho de marcas*. Marcial Pons.
- Gutiérrez, L. (2022). *Argentina: The Search for Terroir Continues*. The Wine Advocate. <https://www.robertparker.com/articles/GX6rYJ8i6wcgWnSAQ>
- Hidalgo, J. (10 de abril de 2023). *Cómo se hace una Indicación Geográfica*. Wines of Argentina Blog. <https://blog.winesofargentina.com/es/news-nl/como-se-hace-una-indicacion-geografica/>
- Hidalgo Togores, J. (2012). El concepto del “terroir” en el viñedo. En Tobes Velasco, A. (Coord.), *Innovación Vitivinícola en la Ribera del Duero. Sostenibilidad II: [ponencias del XII Curso de Verano Viticultura y Enología en la D.O. Ribera del Duero, 2012]* (pp. 9-46).
- Institut National de l’Origine et de la Qualité. (s.f.). *Appellation d’origine protégée / contrôlée (AOP / AOC)*. <https://www.inao.gouv.fr/aop-appellation-origine-protegee>
- Instituto Nacional de Vitivinicultura. (2024a). *Informe anual de superficie 2023*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/10/informe_anual_de_superficie_2023.pdf
- Instituto Nacional de Vitivinicultura. (2024b). *Mercado externo de productos vitivinícolas 2023*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/10/informe_anual_exportaciones_2023.pdf
- King, E., Stoumen, M., Buscema, F., Hjelmeland, A., Ebeler, S., Heymann, H. y Boulton, R. (2014). Regional sensory and chemical characteristics of Malbec

- wines from Mendoza and California. *Food Chemistry*, 143(15), 256-267. <https://doi.org/10.1016/j.foodchem.2013.07.085>
- Lacoste, P. (2003). *El vino del inmigrante: los inmigrantes europeos y la industria vitivinícola argentina: su incidencia en la incorporación, difusión y estandarización del uso de topónimos europeos 1852-1980* (1ª ed.). Consejo Empresario Mendocino. https://cem.org.ar/wp-content/uploads/2012/10/Vino_del_Inmigrante.pdf
- Larsimont, R. y Martín, F. (2024). Disputas corporativas en torno a la creación de indicaciones geográficas vitivinícolas en Mendoza, Argentina. *Perspectiva Geográfica*, 29(3), 1-20. <https://doi.org/10.19053/uptc.01233769.16670>
- Matías Riccitelli Wines. (s.f.). *Vino de Los Chacayes*. <https://matiasriccitelli.com/tienda/vino-de-los-chacayes/>
- Meloni, G. y Swinnen, J. (2012). *The political economy of European wine regulations*. Centre for Institutions and Economic Performance (LICOS) Discussion Paper No. 320/2012. KU Leuven. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2279338>
- Molina, M. (2020). Las indicaciones de origen geográfico de vinos en la legislación argentina. *Revista de la Facultad de Derecho*, (49), e103. <https://doi.org/10.22187/rfd2020n49a>
- Moran, W. (1993). Rural Space as Intellectual Property. *Political Geography*, 12(3), 263-277. [https://doi.org/10.1016/0962-6298\(93\)90057-E](https://doi.org/10.1016/0962-6298(93)90057-E)
- Muñoz F., Urvieta R., Buscema F, Rasse M., Fontana A. y Berli F. (2021) Phenolic Characterization of Cabernet Sauvignon Wines From Different Geographical Indications of Mendoza, Argentina: Effects of Plant Material and Environment. *Frontiers in Sustainable Food Systems*, 5, 700642. <https://doi.org/10.3389/fsufs.2021.700642>
- Muñoz, F, Urvieta, R, Catania, A, Buscema, F, Berli, F y Fontana, A. (2023). Classification of Cabernet Franc Wines from Different Geographical Indications of Mendoza, Argentina, by Descriptive Sensory Analysis and Phenolic Profiles. *ACS Food Science & Technology*, 3(8), 1334-1343. <http://dx.doi.org/10.1021/acsfoodscitech.3c00121>
- Musolf, P. (2022). *Round trip to nowhere: A brief genealogy of wine terroir. Territoires du vin*, (14). <https://doi.org/10.58335/territoiresduvin.2508>
- Neyra, G. (1987). *Antecedentes para la implementación para la denominación de origen Torrontés riojano-Nonogasta en la Provincia de La Rioja. Argentina*. XIX Simposio internacional de denominaciones de origen. La Serena, Chile, 20 a 25 de noviembre de 1987.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s.f.). *Indicaciones geográficas*. WIPO. <https://www.wipo.int/es/web/geographical-indications>
- Orsini, N. (2024). *Los Chacayes, un terruño con historia*. Wines of Argentina Blog. <https://blog.winesofargentina.com/es/destacadas/los-chacayes/>
- Pellegrino Vidal, R., Boulton, R., Olivieri, A. y Buscema, F. (2023). Aging of malbec wines from Mendoza and California: Evolution of volatile composition. *American Society for Enology and Viticulture*, 74(1), 1-2023, 1-10. <https://www.ajevonline.org/content/74/1/0740019>

- Portelli, F. (8 de diciembre de 2022). Los tres vinos argentinos mejor puntuados que quieren marcar un hito en la historia vitivinícola del país. *Infobae*. <https://www.infobae.com/tendencias/2022/12/08/los-tres-vinos-argentinos-mejor-puntuados-que-quieren-marcar-un-hito-en-la-historia-vitivinicola-del-pais/>
- Rangnekar, D. (2004). The Socio-Economics of Geographical Indications. A Review of Empirical Evidence from Europe. *UNCTAD-ICTSD Project on Intellectual Property Rights and Sustainable Development*. Paper Issue N° 8. United Nations Conference on Trade and Development-International Centre for Trade and Sustainable Development. https://unctad.org/system/files/official-document/ictsd2004ipd8_en.pdf
- Reginato, L. (2017). La Indicación Geográfica (IG) Paraje Altamira: consideraciones generales. *Revista Iberoamericana de Viticultura, Agroindustria y Ruralidad*, 4(12), 179-188. <https://www.redalyc.org/journal/4695/469552915011/>
- Seguín, G. (1986). 'Terroirs' and pedology of vinegrowing, *Experientia*, (42), 861-873.
- Stigler, G. J. (1961). The economics of information. *The Journal of Political Economy*, 69(3), 213-225. <https://home.uchicago.edu/~vlma/courses/econ200/spring01/stigler.pdf>
- Simpson, J. (2004). *Phylloxera, Price Volatility and Institutional Innovation in France's Domestic Wine Markets, 1870-1911* [Working Paper 04-46]. Universidad Carlos III de Madrid. <https://hdl.handle.net/10016/411>
- Suckling, J. (2024). *Top 100 Wines of Argentina 2024*. James Suckling. <https://www.jamessuckling.com/wine-tasting-reports/top-100-wines-argentina-2024>
- Tapia, P. (2024). *Informe Argentina 2024*. Descorchados. <https://guiadescorchados.cl/archivos/originales/ce61075675512156386ad23af820e999.pdf>
- Trubek, A. B. (2008). *The Taste of Place: A Cultural Journey into Terroir*. University of California Press.
- Unwin, T. (1991). *Wine and the vine: An historical geography of viticulture and the wine trade*. Routledge.
- Unwin, T. (1999). Hedonic price indexes and the qualities of wines. *Journal of Wine Research*, 20(2), 95-105.
- Urvieta, R., Buscema, F., Bottini, R., Coste, B. y Fontana, A. (2018). Phenolic and sensory profiles discriminate geographical indications for Malbec wines from different regions of Mendoza, Argentina. *Food Chemistry*, 265(1), 120-127. <https://doi.org/10.1016/j.foodchem.2018.05.083>
- Urvieta, R., Heymann, H., Cantu, A., Catania, A., Buscema, F., Bottini, R. y Fontana, A. (2024). Tracing the origin of Argentine Malbec wines by sensometrics. *npj Sci Food*, 8, 14. <https://doi.org/10.1038/s41538-024-00252-3>
- Urvieta, R., Jones, G., Buscema, F., Bottini, R. y Fontana, A. (2021). Terroir and vintage discrimination of Malbec wines based on phenolic composition across multiple sites in Mendoza, Argentina. *Scientific Reports*, 11, 2863. <https://doi.org/10.1038/s41598-021-82306-0>

- Van Leeuwen, C. y Seguin G. (2006). The concept of terroir in viticulture. *Journal of Wine Research*, 17(1), 1-10. <https://doi.org/10.1080/09571260600633135>
- Vaudour, E. (2002). *The Quality of Grapes and Wine in Relation to Geography: Notions of Terroir at Various Scales*. *Journal of Wine Research*, 13(2), 117-141. <https://doi.org/10.1080/0957126022000017981>
- Vaudour, E. (2003). *Les terroirs viticoles*. Dunod.
- Vaudour, E. (2017). *Soil and culture viewed through the prism of viticultural terroir*. *Geophysical Research Abstracts*, 19, EGU2017-14430. European Geosciences Union (EGU) General Assembly 2017. <https://hal.science/hal-01534643v1/document>
- Vaudour, E., Costantini, E., Jones, G. V. y Mocali, S. (2015). An overview of the recent approaches to terroir functional modelling, footprinting and zoning. *SOIL*, 1(1), 287-312. <https://doi.org/10.5194/soil-1-287-2015>
- Vaudour, E. y Shaw, A. B. (2005). *A worldwide perspective on viticultural zoning*. *South African Journal of Enology and Viticulture*, 26(2), 106-115. <https://doi.org/10.21548/26-2-2125>
- Vivas-Eugui, D. y Spennemann, C. (2016). *The evolving regime for geographical indications in WTO and in free trade agreements (1996-2015)*. En Correa, C. M. y Yusuf, A. A. (Eds.), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement* (3ª ed., pp. 193-250). Kluwer Law International.
- Whalen, P. (2007). *Vins, vignes et gastronomie bourguignonne selon Gaston Roupnel*. Terres en Vues.

Legislación citada

- Comunidad Económica Europea. (1970a). *Reglamento (CEE) n.º 816/70 del Consejo, de 28 de abril de 1970, por el que se establecen disposiciones complementarias para la organización común del mercado vitivinícola*. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 99, 1-12.
- Comunidad Económica Europea. (1970b). *Reglamento (CEE) n.º 817/70 del Consejo, de 28 de abril de 1970, relativo a las disposiciones especiales para los vinos de calidad producidos en regiones determinadas*. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 99, 13-18.
- Comunidad Económica Europea. (1992). *Reglamento (CEE) n.º 2081/92 del Consejo, de 14 de julio de 1992, sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios*. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 208, 1-8.
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas (1900), Washington (1911), La Haya (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) y Estocolmo (1967), y enmendado el 28 de septiembre de 1979. (1883-1979). *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)*. Disponible en: <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/>
- Decreto 57/2004, emitido el 14 de enero de 2004, publicado el 16 de enero de 2004.
- Decreto Ley del 30 de julio de 1935 relativo a la defensa del mercado de los vinos

- y al régimen económico del alcohol. (30 de julio de 1935). *Diario Oficial de la República Francesa*.
- Ley 14878 —Ley General de Vinos—, sancionada el 23 de octubre de 1959, promulgada el 6 de noviembre de 1959.
- Ley 24425, sancionada el 7 de diciembre de 1994, promulgada el 23 de diciembre de 1994.
- Ley 25163 de Vinos y Bebidas Espirituosas de Origen Vínico, sancionada el 15 de septiembre de 1999, promulgada de hecho el 6 de octubre de 1999.
- Ley del 1 de agosto de 1905 sobre la represión de fraudes y falsificaciones en materia de productos y servicios. (1 de agosto de 1905). *Diario Oficial de la República Francesa*.
- Ley del 6 de mayo de 1919 relativa a la protección de las denominaciones de origen y a la represión de fraudes. (6 de mayo de 1919). *Diario Oficial de la República Francesa*.
- Ley 90-558 del 2 de julio de 1990 relativa a las denominaciones de origen controladas de los productos agrícolas o alimentarios, en bruto o transformados. (2 de julio de 1990). *Diario Oficial de la República Francesa*. https://www.legi-france.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000167733?utm_source=chatgpt.com
- Organización Mundial del Comercio. (15 de abril de 1994). Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.
- Resolución C 21/2005 del INV, emitida el 1 de agosto de 2005 y publicada el 9 de noviembre de 2005.
- Resolución E 82/2017, emitida el 11 de mayo de 2017, publicada el 5 de junio de 2017.
- Resolución INV 20/2023, emitida el 20 de julio de 2023, publicada el 4 de septiembre de 2023.
- Resolución INV 249-E/2017, emitida el 5 de octubre de 2017, publicada el 3 de noviembre de 2017.
- Resolución INV 57/2024, emitida el 5 de diciembre de 2024, publicada el 9 de diciembre de 2024, es la norma más reciente que actualiza los listados de las variedades.
- Resolución INV 7/2022, emitida el 5 de diciembre de 2022 y publicada el 26 de diciembre de 2022
- Resolución INV C. 37/2002, emitida el 16 de diciembre de 2002, publicada el 24 de diciembre de 2002.
- Resolución INV C. 39/2009, emitida el 30 de diciembre de 2009, publicada el 19 de enero de 2010.
- Resolución INV N° 1/2019, emitida el 12 de agosto de 2019, publicada el 17 de septiembre de 2019.
- Resolución INV N° C 32/2002, emitida el 14 de noviembre de 2002, publicada el 25 de noviembre de 2002.
- Resolución INV N° C. 44/2013, emitida el 24 de mayo de 2013, publicada el 31 de mayo de 2013.

Resolución OIV/VITI 333/2010 sobre Definición de “terroir” vitivinícola, emitida el 25 de junio de 2010.

Unión Europea. (2012). *Reglamento (UE) n.º 1151/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios*. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 343, 1-29.

Unión Europea. (2013). *Reglamento (UE) n.º 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios*. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 347, 671-854.

* * * *

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.mur>

¿Las IA generativas pueden generar estado de la técnica de patentes?

* * * *

Tarso Mesquita Machado

Socio de Kasznar Leonardos (Brasil)

tarso.machado@kasznarleonardos.com

<https://orcid.org/0000-0003-3585-173X>

Rafael Augusto Marques da Costa

Especialista Técnico en Patentes de Kasznar Leonardos (Brasil)

rafael.costa@kasznarleonardos.com

<https://orcid.org/0009-0003-9305-9350>

Recibido: 14 de octubre de 2025

Aceptado: 15 de diciembre de 2025

Resumen

Aunque los sistemas de inteligencia artificial generativa (IAG) han posibilitado una transformación significativa en la forma en que se crea la información, se han generado muchos debates sobre el uso de obras protegidas en el entrenamiento de sistemas de IAG, así como sobre la protección de las obras creadas por IAG. Este trabajo aborda una cuestión aún poco explorada acerca de las condiciones para determinar la aceptación (o no) de publicaciones generadas por IAG durante el examen de solicitudes de patentes. En un contexto futuro de herramientas de IAG cada vez más innovadoras, se espera un aumento significativo en el volumen de publicaciones técnicas producidas automáticamente. Este crecimiento puede ampliar el acceso a la información, pero genera preocupaciones respecto al potencial de que dichas publicaciones presenten contenido técnicamente defectuoso o erróneo. Otras preocupaciones también se relacionan con eventuales hipótesis en las que un número de invenciones humanas no logren ser patentadas debido a un estado de la técnica creado por IAG, o que estas publicaciones autónomas dificulten que los inventores humanos obtengan patentes. El objetivo de este estudio es, entonces, evaluar el impacto de esta transformación en el sistema de patentes. Para ello, se presentan conceptos generales de inteligencia artificial, así como los requisitos de patentabilidad y estado de la técnica. A continuación, se analizan los

marcos legislativos y regulatorios de patentes en Brasil en comparación con las oficinas del IP5 (EE. UU., Europa, China, Japón y Corea del Sur), con el fin de trazar criterios de lo que podría considerarse estado de la técnica y los requisitos para que una divulgación sea pertinente, garantizando seguridad y previsibilidad al sistema y equilibrando la protección de la innovación con los beneficios sociales aportados por los sistemas de IA.

Palabras clave: patentes, estado de la técnica, requisitos de patentabilidad, inteligencia artificial, inteligencia artificial generativa, IP5, Ley de Propiedad Industrial Brasileña (LPI), directrices de examen de patentes.

Can Generative AIs Generate Patent Prior Art?

Abstract

Although generative artificial intelligence (GAI) systems have enabled a significant transformation in the way information is created, many debates have arisen regarding the use of protected works in the training of GAI systems, as well as the protection of works created by GAIs. This paper addresses a still little-explored issue concerning the conditions for determining the acceptance (or not) of publications generated by GAI during the examination of patent applications. In a future context of increasingly innovative GAI tools, a significant increase in the volume of automatically produced technical publications is expected. This growth may broaden access to information but also raises concerns regarding the potential for such publications to present technically flawed or erroneous content. Other concerns involve possible situations in which a number of human inventions might not be patentable due to a prior art created by GAI, or that these autonomous publications may hinder human inventors from obtaining patents. The objective of this study is, therefore, to assess the impact of this transformation on the patent system. To this end, general concepts of artificial intelligence are presented, as well as the requirements of patentability and prior art. Then, the legislative and regulatory patent frameworks in Brazil are analyzed in comparison with those of the IP5 offices (U.S., Europe, China, Japan, and South Korea), in order to outline criteria for what could be considered prior art and the requirements for a disclosure to be deemed relevant, thus ensuring security and predictability in the system and balancing the protection of innovation with the social benefits brought by AI systems.

Key words: patents, prior art, patentability requirements, artificial intelligence, generative artificial intelligence, IP5, Brazilian Industrial Property Law (LPI), patent examination guidelines.

IA generativas podem gerar estado da técnica de patentes?

Resumo

Embora os sistemas de inteligência artificial generativa (IAG) tenham possibilitado uma transformação significativa na forma com que a informação é criada, muitos debates têm sido gerados sobre o uso de obras protegidas no treinamento de sistemas de IAG, bem como sobre a proteção das obras criadas por IAGs. Este trabalho aborda uma questão ainda pouco explorada sobre condições para determinar a aceitação (ou não) de publicações geradas por IAG durante o exame de pedidos de patentes. Em um contexto futuro de ferramentas de IAG cada vez mais inovadoras, é esperado um aumento expressivo no volume de publicações técnicas produzidas automaticamente. Este crescimento pode ampliar o acesso à informação, mas gera preocupações com relação ao potencial dessas publicações apresentarem conteúdo tecnicamente falho ou errôneo. Outras preocupações também envolvem eventuais hipóteses de um número de invenções humanas não conseguirem serem patenteadas por conta de um estado da técnica criado por IAG, ou que estas publicações autônomas dificultem que inventores humanos obtenham patentes. O objetivo deste estudo é, então, avaliar o impacto dessa transformação para o sistema patentário. Para isso, são apresentados conceitos gerais de inteligência artificial, bem como os requisitos de patenteabilidade e estado da técnica. Em seguida, são analisados os arcabouços legislativos e regulatórios de patentes no Brasil em comparação com os escritórios do IP5 (EUA, Europa, China, Japão e Coreia do Sul) de modo a traçar critérios do que poderia ser considerado estado da técnica e os requisitos para que uma divulgação seja pertinente, garantindo segurança e previsibilidade ao sistema e equilibrando a proteção da inovação com os benefícios sociais trazidos pelos sistemas de IA.

Palavras-chaves: patentes, estado da técnica, requisitos de patenteabilidade, inteligência artificial, inteligência artificial generativa, IP5, Lei da Propriedade Industrial do Brasil (LPI), diretrizes de exame de patentes.

1. Introducción

El rápido y sin precedentes avance de los sistemas digitales ha impactado profundamente en la sociedad en las últimas décadas. En particular, los sistemas de inteligencia artificial (IA) han ganado notoriedad en los últimos años por su potencial para resolver problemas complejos en cortos períodos de tiempo. La IA se define como un campo de la ciencia de la computación que busca crear máquinas que exhiban comportamientos inteligentes, inspirados en la inteligencia humana, como la toma de decisiones, el reconocimiento de

patrones, la comprensión del lenguaje natural y el aprendizaje a partir de experiencias previas (Tan y Lim, 2018).

Los desarrollos más disruptivos de los sistemas de IA actualmente incluyen las IA generativas (IAG). Estos sistemas son capaces de crear texto, imágenes u otras formas de medios mediante la utilización de modelos generativos. Además, las IAG adquieren una comprensión de los patrones y estructuras en sus datos de entrenamiento, generando posteriormente nuevos datos con características similares (Sengar et al., 2024). Se han observado numerosos debates sobre los impactos y las mejores formas de utilización de estos sistemas en diversas esferas de la sociedad, debido a la capacidad de los modelos de IAG de generar un gran volumen de información con o sin supervisión o revisión humana.

Una de las principales aplicaciones de las IAG es la generación de lenguaje natural mediante modelos de lenguaje a gran escala (LLM, por *large language model*), a través de *chatbots* capaces de escribir artículos, historias, responder dudas de los usuarios, generar programas de computadora y realizar traducciones y revisiones de documentos, entre otras actividades, como los sistemas ChatGPT de OpenAI y Gemini de Google. Otras aplicaciones incluyen la generación de imágenes mediante modelos capaces de crearlas a partir de una entrada de texto o de otras imágenes, como los sistemas Dall-E de OpenAI y Make-A-Scene de Meta; generación de música y voz; y edición y generación de videos (Ministerio de Cultura, Deportes y Turismo & Comisión de Derechos de Autor de Corea del Sur, 2023).

Estudios recientes apuntan al crecimiento acelerado de la presencia de contenidos generados por IAG en internet, indicando un cambio significativo en el ecosistema informacional digital. Los análisis muestran que aproximadamente el 74,2% de las nuevas páginas publicadas en la web en abril de 2025 contenían contenido producido por IAG, mientras que estimaciones académicas sugieren que al menos el 30% de los textos en páginas activas de la web ya tienen origen automatizado (Law, 2025; Spennemann, 2025). En plataformas específicas, esta tendencia también es evidente: del 40% al 47% de las publicaciones recientes en Medium y aproximadamente el 5% de los nuevos artículos de Wikipedia presentan algún grado de con-

tribución de IAG (Knibbs, 2025; Stokel-Walker, 2024). Estos datos evidencian no solo el alcance de la IAG, sino también los desafíos éticos, legales y técnicos asociados a la confiabilidad y autenticidad de la información en línea.

Desde la perspectiva de la propiedad intelectual, las disputas sobre la autoría de contenido generado por IAG y sobre la autorización para el uso de obras protegidas por derechos de autor para el entrenamiento de IAG han sido cada vez más frecuentes en los tribunales de todo el mundo. En 2023, un grupo de escritores, incluidos nombres como George R. R. Martin, Jodi Picoult y John Grisham, presentó una acción colectiva contra OpenAI, acusando a la empresa de haber supuestamente descargado ilegalmente sus obras para entrenar sus sistemas generativos y obtener beneficios al escribir nuevas obras con los estilos de los autores (Korn, 2023). Por otro lado, las empresas desarrolladoras de sistemas de IAG generalmente se defienden alegando que el uso de obras protegidas por derechos de autor respeta el principio de *fair use*¹ al crear nuevas obras significativamente diferentes de las originales, y que el pago de regalías por la totalidad del gran volumen de obras utilizadas para entrenar sistemas de IAG sería financieramente inviable y retrasaría considerablemente el desarrollo de esta tecnología (*AI and copyrights...*, 2025).

Otras discusiones judiciales sobre IAG también incluyen la autoría de invenciones, como el famoso caso DABUS, en el cual se solicitaron patentes en diferentes jurisdicciones indicando a una IA —el sistema Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience (DABUS)— como inventora. Las principales oficinas de patentes rechazaron tales solicitudes bajo el argumento de que solo las personas naturales pueden ser reconocidas legalmente como inventoras, lo que llevó a la empresa a litigar la cuestión en distintas jurisdicciones. Diversas decisiones judiciales, como por ejemplo la decisión J 0008/20 en Europa, ratificaron el entendimiento de los

1 Es una doctrina de limitación del derecho de autor que permite determinados usos de obras protegidas sin necesidad de autorización o pago al titular cuando dichos usos son considerados socialmente beneficiosos o necesarios para promover los objetivos constitucionales del derecho de autor —en especial, el progreso de la ciencia y de las artes— (Patry, 2013).

institutos de que solo las personas naturales pueden ser acreditadas como inventoras de una patente (European Patent Office, 2021).

Además, el advenimiento de la IA presenta desafíos en la evaluación de la patentabilidad de invenciones implementadas por IA (Machado y Winter, 2023) y sobre la consideración de documentos del estado de la técnica que fueron generados por IAG durante el examen de solicitudes de patentes. En el segundo caso, ya es posible observar iniciativas prácticas que utilizan IAG para influir directamente en el estado de la técnica disponible para el examen de patentes. Por ejemplo, el sitio allpriorart.com es una iniciativa para divulgar materiales desarrollados íntegramente por IAG con el objetivo de intentar bloquear a nuevos solicitantes de obtener protección patentaria. Estas iniciativas buscan entrenar IA para generar nuevas supuestas invenciones a partir de una serie de combinaciones de documentos de patentes previamente depositados en las bases públicas de las oficinas de patentes. Después de todo, ¿estos tipos de documentos pueden ser considerados por los examinadores durante el análisis de solicitudes de patentes como anterioridad válida? ¿O, además, sería aceptado que un tercero presentara este tipo de documentos para intentar anular patentes ya concedidas en procesos de nulidad en el ámbito administrativo o judicial?

En este contexto, en 2024, la Oficina de Marcas y Patentes de Estados Unidos (USPTO) lanzó una consulta pública para recibir comentarios de la sociedad estadounidense sobre los impactos de la proliferación de la IA en la generación del estado de la técnica, en el conocimiento de un técnico en la materia y en las determinaciones de patentabilidad realizadas por la oficina de patentes. Adicionalmente, un completo informe de la Oficina de Patentes de Japón (JPO, por sus siglas en inglés) de 2024 presenta los resultados de una encuesta con expertos de Japón y de otros países sobre la protección de invenciones a la luz de los avances de sistemas de IA. El informe debate principalmente la protección de invenciones asistidas o implementadas por IA, pero también aborda otros temas como la elegibilidad de *outputs* de IA (los resultados generados por un sistema de inteligencia artificial) como estado de la técnica para el análisis de novedad y actividad inventiva de solicitudes de patentes. Tales iniciativas muestran la creciente preocupación de las oficinas nacionales de patentes por la proliferación de documentos generados por IA.

En vista de este escenario, el objetivo del presente artículo es evaluar los actuales criterios de aceptación para divulgaciones fruto de IAG como estado de la técnica pertinente para la evaluación de solicitudes de patentes, así como verificar el marco regulatorio sobre el tema en Brasil en comparación con las oficinas del IP5 (Estados Unidos, Europa, China, Japón y Corea del Sur). Se presentarán las definiciones de IA e IAG a fin de entender cómo estos modelos generan contenido, así como las definiciones de patentes, requisitos de patentabilidad y estado de la técnica en Brasil para comparar con las oficinas de patentes del IP5. Adicionalmente, se presentarán detalles sobre los cuestionamientos del USPTO y respuestas de algunas entidades a ellos, además de las conclusiones del estudio realizado por la JPO. Por último, se analizarán las legislaciones y directrices de examen brasileñas en comparación con entendimientos internacionales para determinar qué forma parte del estado de la técnica y los requisitos para que una divulgación sea considerada pertinente en Brasil para la discusión patentaria, para luego responder al cuestionamiento abordado en el título del artículo.

Este trabajo está organizado de la siguiente manera: el apartado 2 aborda conceptos generales de IA e IAG, estado de la técnica y requisitos de patentabilidad; el apartado 3 presenta el entendimiento del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de Brasil (INPI) sobre patentabilidad y estado de la técnica en Brasil; el apartado 4 expone el entendimiento sobre el estado de la técnica por parte de las oficinas del IP5; el apartado discute los entendimientos de Brasil y del IP5 para evaluar la aceptación de documentos generados por IA en el examen de patentabilidad; y, por último, el apartado 6 presenta las conclusiones del trabajo.

2. IA e IA generativas y estado de la técnica y requisitos de patentabilidad

2.1 Fundamentos de IA e IAG

La conceptualización de IA se discute ampliamente en la literatura, existiendo alcances más amplios y otros más restringidos, sufriendo incluso modificaciones a lo largo de las décadas con el desarrollo de esta tecnología. Sin embargo, de forma simplificada, los

sistemas de IA son sistemas computacionales que tienen la capacidad de imitar la inteligencia humana, ejecutando diversas tareas que requieren pensamiento y aprendizaje a partir de experiencias pasadas, resolución de problemas y toma de decisiones (Shabbir y Anwer, 2018).

Dentro del campo de la IA, los algoritmos de aprendizaje automático (ML, por *machine learning*), como las redes neuronales artificiales (RNA), utilizan grandes conjuntos de datos de entrenamiento para reconocer patrones y aprender a tomar decisiones o hacer predicciones (Cozman et al., 2020). Inspiradas en redes neuronales biológicas, las RNA están formadas por capas de neuronas artificiales que procesan salidas mediante funciones de activación aplicadas a sumatorios de entradas ponderadas y sesgos, cuyos pesos se ajustan durante el entrenamiento, permitiéndole a la red generalizar para nuevos datos (Tan y Lim, 2018).

En los últimos años, el desarrollo de estas redes neuronales para manejar una cantidad masiva de datos dio origen al campo de estudio del aprendizaje profundo (DL, por *deep learning*), versiones más complejas de estos primeros modelos de RNA que utilizan capas jerárquicas para segregar y gestionar la salida final. La red neuronal profunda comienza con una capa de entrada que, posteriormente, progresa a una serie de capas ocultas intermedias, cada una respondiendo a diferentes características de la entrada. Estas capas permiten un aumento en la comprensión a medida que la entrada se profundiza, posibilitando el desarrollo de modelos sin instrucciones explícitamente programadas. A medida que la máquina estudia un concepto específico en múltiples capas, el algoritmo existente es entonces capaz de refinarse sucesivamente a medida que nuevos datos se hacen disponibles. Similar al funcionamiento del cerebro humano, la máquina es capaz de hacer relaciones a partir de conexiones en múltiples niveles jerárquicos de datos (Cozman et al., 2020).

Los sistemas de IAG, a partir de técnicas de DL, son capaces de adquirir una comprensión de patrones y estructuras subyacentes dentro de sus datos de entrenamiento, y posteriormente producir nuevos datos que comparten características y rasgos similares para generar textos, imágenes u otras formas de medios. Algunos de los principales modelos de IAG incluyen las redes generativas adversa-

rias (GAN, por *generative adversarial networks*) y los modelos basados en *transformers* (TRM, por *transformer-based models*) (Sengar et al., 2024).

En particular, las GAN se usan para generar imágenes mediante la interacción entre un generador, que crea datos sintéticos, y un discriminador, que distingue entre datos reales y artificiales. Por su parte, los TRM se aplican en la generación de texto en modelos de lenguaje natural, como ChatGPT, utilizando mecanismos de atención para identificar relaciones entre elementos de grandes volúmenes de datos sin necesidad de etiquetas, trazando patrones estadísticos que estiman la probabilidad de ocurrencia conjunta de letras, palabras y frases en un contexto (Sengar et al., 2024).

Se observa que, dado que la predicción de la próxima palabra por los *transformers* se basa en la probabilidad de coocurrencia, la palabra que sigue no tiene relación alguna con su significado semántico o con lo que es verdad en el mundo real. En cambio, la palabra seleccionada por la IA está relacionada con lo que se consideró más probable al analizar todas las palabras y dónde ocurren en el conjunto de entrenamiento. Es decir, la elección de la próxima palabra al formar una frase por el modelo es una probabilidad estadística basada en el uso pasado, no algo vinculado a los hechos del mundo real y, de hecho, no existen mecanismos internos que confirmen la veracidad de la información generada. Por este motivo, los datos de entrenamiento influyen críticamente en este proceso de generación de texto. Si para un determinado cuestionamiento al modelo no hay un volumen de datos de entrenamiento fácticos consistente, o incluso si un determinado tema es controvertido o no hay consenso sobre él, los modelos *transformers* tienden a llenar los vacíos con confianza y presentando respuestas incorrectas. Así, a pesar de su enorme potencial, estos modelos son susceptibles de sufrir alucinaciones cuando se generan respuestas que parecen realistas, pero que, sin embargo, son falsas, sin sentido o no fácticas (Waldo y Boussard, 2024).

En 2023, un caso emblemático de alucinación de IAG se hizo famoso en un proceso judicial de una persona física contra una compañía aérea. El abogado de la persona física utilizó IAG para complementar la alegación presentada al tribunal, sin notar que había sugerido jurisprudencias inventadas, que no existían. Al ser descu-

bierto, el abogado admitió haber usado la herramienta sin conocer que podía proporcionar datos falsos (Weiser, 2023).

Como se verá en los apartados siguientes, la posibilidad de que estos modelos fallen y presenten información falsa o sin sentido es una de las grandes preocupaciones cuando se discute el uso de publicaciones generadas por IA como estado de la técnica para análisis de patentes.

2.2 Patentes, requisitos de patentabilidad y estado de la técnica

Una patente es un derecho de exclusividad otorgado por un Gobierno para proteger una invención, la cual se define como un producto o proceso que proporciona una nueva solución técnica a un problema. En la práctica, el titular de una patente tiene el derecho de impedir, por tiempo limitado, que terceros utilicen, fabriquen o comercialicen su invención sin autorización (World Intellectual Property Organization [WIPO], 2019). A cambio de tal privilegio, los inventores están obligados a divulgar en sus solicitudes de patentes los detalles sobre el funcionamiento, construcción y constitución de la invención, de manera que, tras el período de vigencia de la protección patentaria, la sociedad tenga pleno acceso a esta tecnología. Este principio se denomina “función social de las patentes” y garantiza que estas sean un instrumento de estímulo a la innovación, al progreso, al bienestar social y a la difusión de conocimientos (Portella, 2006).

Para la obtención de tal derecho, es necesario que la invención cumpla con requisitos legales, los cuales están relativamente armonizados a través de las principales oficinas de patentes mediante tratados internacionales. El artículo 27 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS) establece que las patentes estarán disponibles para cualquier invención, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial (Presidencia de la República, Palacio do Planalto, 1994). Se observa que la novedad presupone que la invención no esté íntegramente anticipada por documentos o conocimientos previamente disponibles, mientras que la actividad inventiva exige

que la solución propuesta no sea obvia para un técnico en la materia a partir del estado de la técnica (Machado y Winter, 2023). La aplicación industrial requiere que la invención pueda ser utilizada o producida en cualquier tipo de industria (Instituto Nacional da Propriedade Industrial [INPI], 2016).

Los requisitos de novedad y actividad inventiva se evalúan con base en el estado de la técnica, que se constituye por todo aquello hecho accesible al público antes de la fecha de depósito o de prioridad de la solicitud de patente mediante descripción escrita u oral, por uso o cualquier otro medio, localmente o en el extranjero (WIPO, 2024a).

Con el advenimiento de las IAG, se han planteado recientes cuestionamientos sobre la consideración o no de material generado de manera autónoma como estado de la técnica relevante para la evaluación de patentes y los potenciales impactos de esto en el sistema de patentes. Las principales preocupaciones, incluyendo aquellas señaladas por la USPTO (United States Patent and Trademark Office, 2024) en su consulta pública, incluyen: (i) la validez de documentos de anterioridad con algún o cualquier grado de autoría no humana; (ii) la confiabilidad técnica de estos materiales frente al riesgo de alucinaciones y falta de reproducibilidad; (iii) los criterios diferenciados, si los hubiera, para tratar publicaciones generadas por IAG en comparación con documentos generados por humanos; (iv) la necesidad de transparencia y notificación a las oficinas de patentes cuando una parte presenta evidencia producida por IAG; y (v) el riesgo de sobrecarga sistémica por el volumen excesivo de publicaciones automáticas, que podría dificultar la localización de información relevante por parte del examinador o de terceros interesados.

En este contexto, hay autores que argumentan que documentos producidos en masa y generados íntegramente por IAG amenazarían con anular la patentabilidad de invenciones humanas merecedoras y, por lo tanto, el incentivo para que los inventores desarrollen y divulguen sus invenciones, defendiendo que publicaciones enteramente escritas por IAG no sean consideradas estado de la técnica (Yordy, 2021). Para estos autores, las doctrinas actuales del derecho de patentes están mal preparadas para lidiar con los problemas específicos asociados a documentos generados por IA, como alucinaciones,

eventual mala calidad técnica y volumen masivo de publicaciones. Se propone entonces crear un requisito de concepción y eliminar la presunción de descripción suficiente para documentos generados por IAG. En particular, el requisito de concepción garantizaría que un documento generado por IAG solo sería considerado como anterioridad válida si existiera algún nivel de demostración de concepción humana. La intención es evitar que contenidos producidos de manera totalmente autónoma por sistemas de IA sean aceptados como estado de la técnica sin pasar por una evaluación mínima de autoría, participación y/o validación humana (Yordy, 2021).

Por otro lado, hay autores que defienden que la legislación de patentes actual ya es lo suficientemente flexible para afrontar los cambios traídos por las IAG, considerando que los documentos generados por IA pueden ser estado de la técnica si cumplen con los requisitos legales, correspondiéndole al examinador verificar su precisión, como ocurre con las referencias humanas (Computer & Communications Industry Association, 2024).

En los apartados 3 y 4, se analizarán los requisitos legales para que los documentos puedan ser considerados como estado de la técnica relevante durante el examen de patentes en Brasil y en otras jurisdicciones.

3. Entendimiento del INPI sobre patentabilidad y estado de la técnica en Brasil

En Brasil, los criterios de novedad, actividad inventiva, aplicación industrial y suficiencia descriptiva están previstos en los Artículos 11, 13, 15 y 24 de la Ley de Propiedad Industrial (LPI) (Presidencia de la República, Palacio do Planalto, 1996), respectivamente. En particular, el concepto de estado de la técnica para la legislación brasileña se establece junto con el de novedad en el Artículo 11 como constituidos por todo aquello hecho accesible al público antes de la fecha de depósito o de prioridad de la solicitud de patente, mediante descripción escrita u oral, por uso o cualquier otro medio, en Brasil o en el extranjero, resguardado el período de gracia.

La Resolución 169/2016 del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI), que establece directrices de examen de patentes en

el ámbito de la autarquía, aporta más detalles sobre lo que la oficina brasileña entiende que puede configurar estado de la técnica patentaria y los requisitos para ello. En primer lugar, el documento debe estar disponible al público antes de la fecha de depósito o de prioridad de la solicitud de patente, salvo período de gracia. Los ítems 3.4 y 3.5 de la Resolución 169/2016 establecen, además, que no pueden existir cuestiones de confidencialidad que restrinjan el uso o difusión de dicho contenido y que, si existiera alguna duda sobre la fecha de divulgación del documento, este no podría ser considerado (INPI, 2016).

Por ejemplo, en la decisión TBR593/22 divulgada en la 6ª edición de Colectáneas de Decisiones de Segunda Instancia del INPI, los examinadores decidieron desestimar documentos citados por ser páginas de internet sin comprobación de la fecha de publicación. Algo similar ocurrió en la decisión TBR86/22, en la que se presentó un folleto publicitario sobre un determinado producto como estado de la técnica, sin embargo, no presentaba fecha de publicación y tampoco se presentó otro documento, como una factura, que comprobara la publicación antes de la fecha de prioridad de la solicitud analizada (INPI, 2023).

Adicionalmente, el documento del estado de la técnica debe tener una descripción suficiente del material revelado, de manera que un técnico en la materia pueda reproducir su información considerando su conocimiento general en la época de la prioridad o depósito de la solicitud. En particular, el documento no puede ser una mera abstracción, sino factible de realización (conforme a los ítems 3.6 y 3.7 de la Resolución 169/2016) (INPI, 2016).

Un ejemplo práctico de descripción suficiente del estado de la técnica se presenta en la decisión TBR525/23 divulgada en la 7ª edición de Colectáneas de Decisiones de Segunda Instancia del INPI. Los examinadores decidieron no considerar un documento señalado por un tercero durante el examen de una nulidad de patente dado que este documento describía el uso de un determinado medicamento para el tratamiento de una enfermedad sin presentar pruebas *in vivo* de dicho uso. Por este motivo, los examinadores consideraron que el documento no presentaba información suficiente para que un técnico en la materia pudiera aplicar el uso del medicamento en el

tratamiento de la enfermedad, siendo esta enseñanza, por lo tanto, meramente especulativa (INPI, 2024).

Asimismo, se destaca que descripciones genéricas y amplias del estado de la técnica no anticipan invenciones más específicas. Por ejemplo, la anterioridad que define un producto hecho de metal no anticipa una invención de un producto hecho de cobre, conforme al ítem 4.11 de la Resolución 16/2016 (INPI, 2016). No obstante, el INPI entiende que documentos con información errónea pueden ser considerados como estado de la técnica para evaluar la patentabilidad de una invención, siempre que el técnico en la materia pueda identificar claramente que dicho documento contiene errores e identificar una única posibilidad de corrección, conforme a los ítems 3.56 y 3.57 de la Resolución 169/2016 (INPI, 2016).

Esta tolerancia a errores claramente identificables y corregibles, sin embargo, se pone a prueba con el advenimiento de las IAG. La capacidad de estos sistemas para producir documentos en masa, potencialmente conteniendo errores sutiles o alucinaciones complejas, genera dudas sobre la propia confiabilidad del estado de la técnica generado automáticamente. Además, ¿hasta qué punto debe el técnico en la materia presumir la capacidad de corrección de información errónea en documentos generados por IAG, considerando, por ejemplo, las alucinaciones?

En lo que respecta a la IA, el instituto se ha pronunciado sobre aspectos de la protección patentaria que podrían ser impactados por estas tecnologías. Por ejemplo, la oficina brasileña, en colaboración con las demás oficinas de patentes de los BRICS, elaboró un documento con el objetivo de analizar y comparar prácticas y procedimientos relacionados con el examen de invenciones implementadas por IA entre las oficinas de los BRICS. El documento destaca cuestiones centrales como la definición de criterios de elegibilidad, la necesidad de descripción suficiente de las invenciones y la delimitación entre algoritmos abstractos y aplicaciones técnicas concretas. En el caso de Brasil, el INPI cita la Portaria 411/2020, que establece directrices específicas para invenciones implementadas por computadora, clasificando las creaciones de IA en diferentes categorías (desde modelos y algoritmos hasta invenciones generadas por IA), destacando que solo aquellas que presen-

ten aplicación y efecto técnicos medible pueden ser consideradas patentables (De Paula et al., 2022).

Al momento de la redacción de este trabajo, el INPI no ha instituido directrices específicas para invenciones implementadas por IA ni que aborden el examen de solicitudes a la luz de documentos generados por IAG. Sin embargo, en agosto de 2025, lanzó una consulta pública para recopilar opiniones de la sociedad sobre una propuesta de directrices de examen de este tipo de invenciones. La propuesta brasileña está alineada en diversos aspectos con la posición de la European Patent Office (EPO) sobre el tema y refuerza la postura de que las invenciones implementadas por IA deben tener una aplicación técnica para resolver un problema técnico, proporcionando ejemplos de aplicaciones técnicas y no técnicas.

En ausencia de normativa oficial del INPI sobre aceptación y evaluación del estado de la técnica generado por IAG, se entiende que estos documentos vienen siendo aceptados como estado de la técnica, siempre que cumplan con los criterios establecidos en la LPI y la Resolución 169/2016.

4. Entendimiento del estado de la técnica por las oficinas del IP5

El grupo de mayores oficinas de patentes del mundo, denominado IP5, comprende las oficinas de Estados Unidos, Europa, China, Japón y Corea del Sur. A continuación, se abordará el entendimiento del estado de la técnica en estas jurisdicciones con fines comparativos, debido a la importancia de estos territorios.

4.1 European Patent Office

El Artículo 54 del Convenio Europeo de Patentes (EPC) establece que una invención se considerará nueva si no forma parte del estado de la técnica, y define que este comprende todo lo que ha sido hecho disponible al público mediante descripción escrita u oral, por uso o por cualquier otro medio, antes de la fecha de depósito de la solicitud de patente europea, salvo período de gracia (European Patent Office, 2020).

El capítulo IV de la parte G de las directrices de examen de la EPO,

en su versión más reciente, aclara con mayor detalle lo que sería aceptado o no como estado de la técnica por la oficina europea. De manera general, las directrices definen que no existen restricciones en cuanto a la ubicación geográfica donde la información fue puesta a disposición del público, ni en cuanto a la forma o el idioma en que fue proporcionada. Tampoco hay límite de antigüedad estipulado para los documentos u otras fuentes de información (European Patent Office, 2025a).

Sin embargo, las directrices requieren que, cuando un documento del estado de la técnica revele materia relevante para la novedad y/o actividad inventiva de la invención reivindicada, la divulgación de dicho documento debe ser tal que el técnico pueda reproducir esa materia utilizando conocimientos generales comunes a la fecha relevante de la solicitud (descripción suficiente). Para ello, la European Patent Office (2025a) define como ejemplo un documento que revela un compuesto químico fabricado mediante un determinado proceso sin, empero, indicar cómo se obtienen los materiales iniciales en el proceso. Si el técnico en la materia no es capaz de identificar estos materiales con base en su conocimiento general, el documento se considera una divulgación insuficiente para dicho compuesto y no puede considerarse estado de la técnica.

Además, decisiones judiciales aclaran esta cuestión de la descripción suficiente de documentos del estado de la técnica. Una divulgación afecta la novedad de una solicitud de patente únicamente si la enseñanza contenida en ella es reproducible, es decir, puede ser aplicada por el técnico en la materia (conforme decisiones judiciales T 1437/07, T 1457/09, T 1045/21). Además, la materia descrita en un documento solo puede considerarse puesta a disposición del público y, por lo tanto, incluida en el estado de la técnica si la información proporcionada al técnico en la materia es suficiente para permitirle, en la fecha relevante del documento, practicar la enseñanza técnica que es objeto del documento. Esto, considerando también los conocimientos generales en el área que se esperan del técnico en la materia en ese momento (conforme decisiones judiciales T 26/85, T 206/83, T 491/99, T 719/12) (European Patent Office, 2025b). Asimismo, en líneas generales, la carga de probar la descripción suficiente y la fecha de publicación de un documento recae inicialmente

sobre el examinador, similar al entendimiento brasileño (conforme ítem 3.6 de la Resolución 169/2016). Esto significa que los requerimientos técnicos formulados durante el examen de solicitudes de patentes deben estar bien fundamentados. Por ejemplo, el examinador necesita señalar qué parte de un documento del estado de la técnica revela la materia de la solicitud en análisis y por qué. Le corresponde, entonces, al solicitante probar lo contrario, es decir, la carga de la prueba pasa al solicitante (European Patent Office, 2025a).

La European Patent Office (2025a) reconoce, además, que los documentos del estado de la técnica pueden contener errores. En particular, el documento se considera aceptable si el técnico en la materia, basándose en sus conocimientos generales, puede identificar el error y señalar una única solución posible. Por otro lado, dicho documento será considerado inaceptable cuando el técnico en la materia pueda identificar más de una corrección plausible para el mismo error. Adicionalmente, si el técnico en la materia no puede identificar que el documento contiene un error basándose en su conocimiento general, este documento también es aceptado.

En cuanto a documentos disponibles en internet, la decisión judicial T 1553/06 estableció una prueba de localización para determinar si un determinado documento disponible en internet sería efectivamente clasificado como accesible al público. La prueba propuesta requiere dos etapas para evaluar si un documento disponible en internet mediante un URL (*uniform resource locator*) puede considerarse relevante. El primer paso de la prueba evalúa si antes de la fecha relevante de la solicitud o patente el documento puede ser encontrado con la ayuda de un motor de búsqueda público en la web, utilizando una o más palabras clave, todas relacionadas con la esencia del contenido de dicho documento. A continuación, se evalúa si el documento permanece accesible en ese URL por un período de tiempo suficiente para que un miembro del público, es decir, alguien sin obligación de mantener el contenido del documento en secreto, tenga acceso directo e inequívoco al documento. El tiempo mínimo de disponibilidad del URL se definiría caso por caso. Cumpliendo estos dos requisitos, el documento puede entonces considerarse inequívocamente disponible al público (European Patent Office, Technical Board of Appeal, 2012). En este contexto, la decisión T 1553/06

destaca la relevancia de distinguir entre la mera accesibilidad teórica y la disponibilidad efectiva e inequívoca al público de documentos en internet al establecer que no solo el acceso práctico satisface el criterio de “documento disponible al público”.

Los autores de este trabajo no encontraron decisiones específicas sobre la aceptación de documentos generados por IAG como estado de la técnica. Sin embargo, se entiende por las decisiones citadas y los extractos de las Directrices de Examen de la EPO abordados que dichos documentos serían aceptados por la EPO siempre que se cumplan los requisitos de descripción suficiente, disponibilidad al público, fecha de divulgación verificable y localización del documento.

4.2 United States Patent and Trademark Office

En los Estados Unidos, la sección 102 del título 35 del código de los Estados Unidos (35 U.S.C. § 102) establece que una persona tiene derecho a una patente a menos que la invención reivindicada haya sido patentada, descrita en una publicación impresa o en uso público, a la venta o de otra forma disponible al público antes de la fecha efectiva de presentación de la invención reivindicada, salvo período de gracia (Estados Unidos, 2011).

Documentos que no presentan información suficiente para que sus modalidades sean implementadas u operacionalizadas por un técnico en la materia tampoco son considerados relevantes. Sin embargo, a diferencia de las prácticas de patentes brasileñas y europeas, la carga de probar que determinado documento del estado de la técnica no posee operabilidad y/o descripción suficiente recae en el solicitante, no en el examinador. Si un documento anticipa una invención, el examinador asume que dicho documento presenta una descripción suficiente y corresponde al solicitante probar lo contrario. No obstante, si un documento no presenta por sí solo una descripción suficiente (sin necesidad de experimentos o análisis profundo), el solicitante puede invertir la carga de la prueba hacia el examinador con un argumento superficial, sin necesidad de presentar argumentaciones elaboradas (Asociación Americana de Derecho de Propiedad Intelectual [AIPLA], 2024).

En 2024, la USPTO lanzó una consulta pública para escuchar

comentarios de la sociedad estadounidense sobre los impactos de la proliferación de la IA en la generación de estado de la técnica, en el conocimiento de un técnico en la materia y en las determinaciones de patentabilidad hechas por la oficina de patentes (USPTO, 2024). Entre las respuestas de algunas entidades interesadas, la AIPLA argumenta que definir límites claros entre la contribución humana y la de sistemas de IA sería impracticable, dado el rápido avance de la tecnología. Cualquier intento de establecer criterios rígidos sobre lo que constituye estado de la técnica podría generar altos costos e imprevisibilidad en el sistema de patentes, especialmente porque las publicaciones técnicas no siempre traen información bibliográfica suficiente para diferenciar el origen del contenido (American Intellectual Property Law Association, 2024).

La AIPLA también llama la atención sobre proyectos de IA desarrollados para atacar el sistema de patentes, como el *allpriorart.com*. Aunque muchas de esas publicaciones no poseen una descripción técnica adecuada, su volumen puede imponer una carga excesiva a los solicitantes de patentes y al sistema en su conjunto. En ese contexto, la AIPLA señala tres enfoques posibles: introducir eventuales enmiendas legislativas en los Estados Unidos, reinterpretar la Sección 102 del Título 35 del Código de ese país o crear directrices y herramientas procesales específicas. La organización apoya el tercer enfoque, que prioriza el desarrollo de directrices de examen para el tratamiento de publicaciones generadas por IAG y recomienda cautela respecto a cambios legislativos hasta que se observe el impacto real de la proliferación de ese contenido (American Intellectual Property Law Association, 2024).

La AIPLA aclara inicialmente que no hay, en la actualidad, base legal para exigir que un documento de técnica anterior sea de autoría humana ni para distinguir entre documentos producidos por IA y generados por humanos. Además, cualquier publicación generada por IA, con o sin interacción humana, podría ser considerada técnica anterior, siempre que esté disponible públicamente y cumpla con los requisitos de la Sección 102 del Título 35 del código de los Estados Unidos, independientemente de la forma de publicación, siempre que se cumplan los requisitos de accesibilidad pública (American Intellectual Property Law Association, 2024).

La Asociación enfatiza el deber de franqueza y buena fe de las partes de informar a la USPTO sobre las divulgaciones de sus conocimientos, incluidas aquellas generadas por IA, y de notificar si hubiera inexactitud técnica conocida (alucinaciones). Asimismo, observa que la legislación y las directrices actuales no distinguen entre documentos de IA y recomienda que el USPTO proponga nuevas directrices y capacitación de examinadores. No obstante, la Asociación afirma que los requisitos de descripción suficiente, operabilidad y accesibilidad pública, en su forma actual, ayudan a filtrar publicaciones con errores técnicos o inoperantes. Finalmente, la Asociación admite que no es posible prever el impacto exacto del volumen futuro de documentos generados por la IA, lo que, incluso con los filtros existentes, todavía es posible que en el futuro un volumen de publicaciones generadas por IA se vuelva tan grande que un técnico en la materia no sea capaz, desde un punto de vista práctico, de encontrar la aguja en un pajar de divulgaciones sin sentido (American Intellectual Property Law Association, 2024).

La Asociación Internacional de Marcas Registradas (INTA, por sus siglas en inglés), al igual que la AIPLA, insta a la USPTO a proporcionar orientaciones claras, como en nuevas directrices de examen, sobre si divulgaciones generadas por IA, en particular aquellas sin participación humana, pueden ser calificadas como estado de la técnica, de acuerdo con la sección 102 del título 35 del Código de los Estados Unidos, a fin de evitar que un gran volumen de documentos pueda llegar a inviabilizar patentes de creaciones humanas. Aunque la legislación estadounidense actual define la invención como limitada a personas físicas, de forma que un sistema computacional no pueda ser acreditado como inventor de una patente, la INTA observa ambigüedad en cómo eso afecta el estatus de estado de la técnica para publicaciones impresas o divulgaciones públicas generadas exclusivamente por sistemas de IA (International Trademark Association [INTA], 2024).

Fuera de las asociaciones relacionadas con el área de PI, la Asociación de la Industria de Computadoras y Comunicaciones (CCIA) cree que la legislación de patentes existente en los Estados Unidos es lo suficientemente flexible y robusta para adaptarse a los cambios tecnológicos traídos por las IA, no habiendo necesidad de alteracio-

nes estatutarias en este momento. Para la CCIA, todo y cualquier documento generado por IA podría eventualmente ser considerado estado de la técnica, siempre que cumpla con los requisitos legales para ello. La Asociación argumenta que la posibilidad de que una IA genere documentos con información incorrecta (alucinaciones) no debe descalificar este documento *a priori* como estado de la técnica, dado que documentos de autoría humana con frecuencia contienen información incorrecta o ejemplos ficticios. Para la Asociación, la obligación de verificar la precisión y la descripción suficiente de una referencia corresponde a quien la analiza, independientemente de su origen humano o de máquina (Computer & Communications Industry Association, 2024).

A diferencia de las otras asociaciones, la CCIA no cree que el volumen de documentos generado por IA cree una barrera a la patentabilidad de invenciones creadas por humanos, ya que los requisitos de operabilidad, descripción suficiente y accesibilidad pública funcionarían como filtros. Además, la CCIA defiende que la propia tecnología de IA proporcionará herramientas más avanzadas para investigar y localizar información relevante en ese vasto universo de datos (Computer & Communications Industry Association, 2024).

4.3 China National Intellectual Property Administration (CNIPA)

El párrafo 5º del Artículo 22 de la Ley de Patentes china establece que el estado de la técnica es toda tecnología conocida por el público nacional y/o internacional antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente, salvo período de gracia. Además, el contenido técnico revelado en el estado de la técnica y en solicitudes conflictivas incluye tanto el contenido técnico claramente registrado en ellos como el contenido técnico que puede ser determinado directa e indubitadamente por un técnico en la materia (WIPO, 2025). A pesar de que las directrices de examen de patentes en China no presentan ninguna orientación sobre descripción suficiente o errores en documentos del estado de la técnica, decisiones de la corte suprema china decidieron invalidar documentos de estado de la técnica que poseían errores significativos en su descripción (Wisdom International Patent & Law Office, 2023).

Recientemente, organismos regulatorios chinos establecieron requisitos obligatorios de etiquetado para contenidos generados por IA, con inicio de vigencia en septiembre de 2025. Las nuevas reglas determinan que textos, imágenes, audios, videos y otros materiales sintéticos sean claramente identificados por medio de marcas explícitas e implícitas (metadatos), buscando aumentar la transparencia, reducir riesgos de desinformación y reforzar la responsabilización de las plataformas digitales (Luo y Dan, 2025). Esta medida podría ser una opción para identificar de forma menos costosa el grado de utilización de IAG en la generación de un determinado documento para evaluar si estudios técnicos más precisos son necesarios.

4.4 Japan Patent Office

La Ley de Patentes japonesa define “estado de la técnica” en su artículo 29 como cualquier invención puesta a disposición del público antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente, sin ninguna confidencialidad, incluso por medios no formales. Algunos ejemplos incluyen: conferencias, presentaciones orales en congresos abiertos al público o demostraciones públicas donde los detalles de la invención pueden ser comprendidos, uso público o comercialización y publicaciones distribuidas o puestas a disposición por medios de telecomunicaciones, incluyendo textos publicados, artículos en línea, documentos técnicos y entre otros, salvo período de gracia (Japan Compliance, 2025).

En 2024, la JPO publicó una investigación con especialistas de Japón y de otros países sobre diversos aspectos del impacto de las IAG en el sistema de patentes. Uno de los ejes del informe de la JPO fue la elegibilidad de los *outputs* de IA como estado de la técnica para el análisis de novedad y actividad inventiva de solicitudes de patentes. El estudio concluye que, aunque existe un consenso teórico de que tales *outputs* deben, en principio, ser considerados elegibles como estado de la técnica, su aplicación práctica se ve mitigada por desafíos sustantivos. Las principales conclusiones destacan desafíos sobre la confiabilidad y la verificabilidad de los *outputs* generados por IA debido a alucinaciones y a la dificultad de comprobar su existencia y contenido en el momento de la presentación de la solicitud de patente (Japan Patent Office, 2024).

Asimismo, empresas y despachos de abogados de diversos países consultados por la JPO divergen sobre el momento exacto en que *outputs* o documentos generados por IAG serían considerados de conocimiento público con fines de determinación de estado de la técnica. Tres entendimientos sobre la fecha de publicidad del contenido generado por IAG fueron señalados: i) en el momento en el que la IA es distribuida al público; ii) en el momento en el que el *output* de la IA es de hecho emitido; o iii) en el momento en el que el *output* es publicado después de ser generado (Japan Patent Office, 2024). En el estudio, la primera posición les fue atribuida con más fuerza a los entrevistados de Corea del Sur, que defendieron que determinados modelos de LLM podrían ser considerados como libros cerrados en una biblioteca: la información ya estaría allí disponible debido al entrenamiento previo, bastaba con que alguien la accediera. La segunda posición es defendida por entrevistados de Estados Unidos, al entender que la información solo se concreta y se torna accesible en el instante exacto en que es generada y exhibida al usuario, antes de eso, era apenas una posibilidad estadística dentro del modelo. Por último, la tercera posición es defendida por los entrevistados europeos y chinos, que alegan que la generación del contenido para un único usuario no es suficiente; sería necesario que el *output* se torne público, por ejemplo, siendo publicado en una plataforma accesible al público general y no solo para el usuario que hizo la consulta (Japan Patent Office, 2024).

El informe defiende, por lo tanto, un enfoque cauteloso, en el cual los examinadores deben fundamentar objeciones con evidencias concretas y objetivas, señalando la necesidad de evolución en las directrices de examen y en el desarrollo de herramientas que aseguren la integridad del sistema de patentes frente a este nuevo paradigma tecnológico (Japan Patent Office, 2024).

4.5 Korean Intellectual Property Office (KIPO)

El Artículo 29 de la Ley de Patentes de Corea prevé que una invención susceptible de aplicación industrial puede ser patentada, excepto una invención públicamente conocida o públicamente ejecutada nacional o internacionalmente antes del depósito de una solicitud de

patente. Otras excepciones incluyen también una invención publicada en una publicación distribuida nacional o internacionalmente antes del depósito de una solicitud de patente o puesta a disposición del público por medio de líneas de telecomunicaciones, salvo período de gracia (WIPO, 2024b).

La práctica coreana se diferencia de la japonesa y china en lo que respecta a la inconsistencia de informaciones en un documento del estado de la técnica. Por ejemplo, en China, en caso de inconsistencia en el estado de la técnica, debe realizarse un análisis y juicio completos desde la perspectiva del técnico en la materia para evaluar si dicho documento es válido. En Japón, un documento solo puede ser estado de la técnica si esa descripción puede ser reproducida por un técnico en la materia (descripción suficiente). En Corea del Sur, aunque el documento anterior constituya una expresión incompleta o haya un error en alguna parte, puede ser citado en la evaluación de la novedad y de la actividad inventiva, cuando el técnico en la materia pueda comprender fácilmente las características técnicas de la invención reivindicada con base en conocimiento técnico común o reglas empíricas (Korean Intellectual Property Office, 2013).

No se encontraron fragmentos de las directrices de examen de esos países que abordasen explícitamente de quién es la carga de probar la descripción suficiente de documentos del estado de la técnica: si del titular o del examinador al formular una exigencia técnica. En ausencia de normativa oficial sobre aceptación y evaluación de estado de la técnica generado por IAG, se entiende que estos documentos serían también aceptados en la CNIPA, la JPO y la KIPO, en caso de que cumplan con los criterios generales de aceptación del estado de la técnica.

5. Síntesis interpretativa

En la investigación realizada en el presente trabajo se destacan dos grupos de discusiones del tema, teniendo cada uno tres ejes de defensa. El primer grupo está relacionado con la aceptación o no de documentos generados por IA, mientras que el segundo se dirige a debatir, en caso de aceptación, cuál sería la fecha de publicación de esos documentos. Para el primer grupo, las siguientes posiciones son

posibles: 1) ningún documento generado enteramente por IA debería ser aceptado como estado de la técnica patentaria; 2) diferenciar documentos del estado de la técnica generados por IA de los generados por humanos, especificando criterios de descripción suficiente y operabilidad específicos para creaciones de IAG; y 3) tratar documentos generados por IAG de forma igual a documentos generados por humanos. Dentro del grupo de los que defienden, en algún grado, la aceptación de esos documentos generados por IA, aún existen debates sobre la fecha en la que estas revelaciones serían consideradas de conocimiento público: si en el momento de la disponibilidad del modelo de IAG al público, si en el momento de la generación del contenido y presentación al usuario o si en el momento en el que el contenido generado fue puesto a disposición en una plataforma de acceso al público general.

No existen elementos en el marco legal y regulatorio, en su forma actual, en Brasil o en los países del IP5 que puedan ser utilizados para tratar de forma diferente el estado de la técnica generado por IAG en cualquier nivel. Respetando el principio de la divulgación pública antes de la fecha relevante de la solicitud de patente y resguardado el derecho al período de gracia, cualquier documento podría ser a priori considerado como estado de la técnica. Sin embargo, estos documentos, sean generados por humanos o por IAG, necesitan cumplir otros requisitos como no dejar dudas sobre la fecha de publicación, la operabilidad y la descripción suficiente de las informaciones reveladas.

Este es un punto sensible en documentos generados por IAG. Como se vio en el apartado 2.1, por el principio de funcionamiento de las IAG, estos modelos pueden eventualmente sufrir de “alucinaciones” al generar contenido que parece verdadero, pero que no lo es. En este sentido, se nota que pequeñas alucinaciones, que podrían ser fácilmente identificadas y solucionadas por un técnico en la materia, no serían suficientes para invalidar un documento del estado de la técnica en Brasil o en ciertas oficinas del IP5, como la EPO, la CNIPA y la KIPO, dado que las directrices de examen locales prevén y aceptan que determinados errores sean relevados en esas circunstancias. Sin embargo, si la alucinación proporciona un error significativo que requiera que el técnico en la materia realice experi-

mentaciones indebidas en su corrección, este documento podría ser clasificado como inoperante o que no presenta descripción suficiente y, entonces, ser invalidado como estado de la técnica relevante.

Aun con relación a la descripción suficiente, la decisión TBR525/23 del INPI de Brasil muestra que un documento que asocia un medicamento al tratamiento de una enfermedad sin presentar pruebas relevantes que comprueben esa asociación podría ser desconsiderado como estado de la técnica por ser meramente especulativo. En ese sentido, considerando una hipótesis de modelos de IAG siendo entrenados, por ejemplo, para generar millones de listados de secuencias de aminoácidos y asociar cada una de esas secuencias al tratamiento de miles de enfermedades. Aunque esas informaciones estén disponibles al público general —por ejemplo, por medio de una página en la web—, ese documento podría ser desconsiderado como estado de la técnica, dado que no presenta pruebas que comprueben esas asociaciones (ausencia de descripción suficiente).

Además, en la decisión judicial europea T 1553/06 queda claro que no basta con que la información esté disponible en internet para ser considerada de acceso público, es preciso que sea localizable a través de mecanismos de búsqueda utilizando diligencia rutinaria de un técnico en la materia. Visto esto, incluso si en el futuro modelos de IAG pudieran generar millones de documentos y hacerlos públicos de cualquier forma y que, eventualmente, algunos de esos documentos llegaran a revelar enteramente una invención creada por humanos, puede ocurrir aun que un técnico en la materia, utilizando una diligencia rutinaria, nunca consiga encontrar ese documento en un universo tan grande de informaciones, lo que de cierto modo también podría proteger el sistema de patentes contra creaciones en masa por sistemas de IAG.

En el apartado 2.2 se observaron también propuestas de limitar la aceptación de documentos creados por IAG (Yordy, 2021). Sin embargo, se observa que intentar trazar una línea clasificatoria entre documentos generados por humanos y documentos generados por IAG podría ser extremadamente difícil e infructuoso debido a las diversas formas de interacción IA-humano para generar un documento, la no identificación o indexación de contenido generado por IA y el rápido desarrollo de estos modelos generando documentos

cada vez más técnicamente sofisticados. Trazar reglas y características de lo que podría ser clasificado como un documento generado por IA aceptado o no aceptado a partir del nivel de la contribución de la IAG para la generación de ese documento dependería de informaciones subjetivas que no estarían claramente dispuestas en las fichas bibliográficas de esos documentos, acarreando imprevisibilidad en los sistemas patentarios y un aumento de costos (American Intellectual Property Law Association, 2024).

De esa forma, criterios claros de operabilidad, descripción suficiente, accesibilidad al público, fecha de divulgación verificable y localización de documentos pueden auxiliar significativamente a examinadores y usuarios del sistema de patentes a diferenciar documentos que pueden ser estado de la técnica relevante para la evaluación patentaria de aquellos con informaciones aleatorias y sin sentido, que deben ser desconsiderados. Aunque algunos de estos criterios ya estén establecidos en los marcos legislativos y regulatorios de Brasil y de los países del IP5, es importante que consideraciones específicas para documentos generados por IAG sean proporcionadas, de modo de auxiliar a la sociedad en un escenario futuro de gran volumen de publicaciones generadas por IAG.

Por último, a pesar de la posibilidad de que sistemas de IAG elaboren un gran volumen de divulgaciones en las más variadas áreas, estas herramientas también pueden auxiliar en la investigación y localización más precisa de documentos, de hecho, relevantes para una determinada solicitud de patente. Plataformas de IA pueden auxiliar a las partes a generar estrategias de búsqueda más precisas, de hecho, buscar documentos relevantes o incluso generar resúmenes más precisos e inteligentes de documentos para evaluar características en el contexto de una determinada invención. Estos nuevos recursos tienen un potencial significativo de economizar tiempo de búsqueda y de análisis de documentos, incluso en un universo mayor de posibles divulgaciones de estado de la técnica.

6. Conclusiones

El avance de las tecnologías de IAG ha impactado profundamente la forma en que la información es producida y utilizada, volviéndose

indispensable evaluar su papel en el sistema de patentes mundial. Aunque los autores de este trabajo no hayan encontrado decisiones específicas sobre la aceptación de documentos generados por IAG como estado de la técnica en Brasil o en las oficinas del IP5, el tema ya viene siendo discutido explícitamente en el ámbito de la USPTO y de la JPO. Con base en el análisis desarrollado a lo largo de este trabajo, se concluye que no existe fundamento jurídico, en el marco legal y regulatorio actualmente vigente en Brasil o en los países del IP5 para excluir de forma automática los documentos generados por sistemas de IA generativa del concepto de estado de la técnica.

Observando la normativa sobre lo que se considera estado de la técnica en Brasil y en las oficinas del IP5, las legislaciones y reglamentos locales de todos estos organismos convergen en admitir, al menos en teoría, que los documentos generados por IAG puedan integrar el estado de la técnica, siempre que cumplan los requisitos tradicionales de accesibilidad pública, fecha de publicación verificable y descripción suficiente, aunque exista divergencia en cuanto al grado de fiabilidad y verificabilidad exigidos. La EPO y la JPO adoptan una postura más cautelosa, enfatizando la necesidad de que la divulgación sea reproducible por el técnico en la materia y que su existencia y contenido en la fecha relevante puedan ser comprobados, mientras que la USPTO tiende a ser más flexible, considerando dichos documentos como técnica anterior siempre que sean públicamente accesibles, manteniendo la carga de probar la insuficiencia técnica en el titular de la solicitud. La CNIPA no cuenta con orientaciones específicas, pero la reciente política china de etiquetado obligatorio de contenido generado por IA sugiere una preocupación creciente por la transparencia y la validación. Por su parte, la KIPO mantiene criterios similares a los de Japón, aunque con diferencias en el tratamiento de inconsistencias en los documentos. En contraste, Brasil (INPI) presenta entendimientos similares a los de la EPO sobre lo que se considera estado de la técnica en patentes, incluyendo que la carga de probar la suficiencia de la descripción recae inicialmente en el examinador y la aceptación como anterioridades de documentos con cierto grado de inconsistencias. Además, de acuerdo con la LPI y las directrices de examen de patentes de Brasil, los requisitos de publicidad, fecha de publicación y descripción suficiente constituyen

criterios importantes para hacerle frente al gran volumen de divulgaciones sintéticas que previsiblemente serán proporcionadas por el desarrollo de los sistemas de IAG en el futuro.

El sistema de patentes, tal como está estructurado, es neutro en cuanto a la autoría humana o no humana de las divulgaciones, centrándose esencialmente en la existencia de una divulgación pública anterior a la fecha de presentación relevante de la solicitud. Así, el intento de diferenciar documentos generados por humanos de aquellos generados por IAG, o de crear categorías intermedias basadas en el grado de intervención humana, resulta poco práctico, técnicamente difícil y potencialmente generador de inseguridad jurídica y de aumento de costos. La solución más coherente, por lo tanto, es tratar los documentos generados por IAG, en principio, de manera equivalente a los demás documentos del estado de la técnica, sometiéndolos a los mismos criterios objetivos ya consolidados en los sistemas de examen, siempre que se cumplan los requisitos de publicidad, fecha de publicación y descripción suficiente.

Por otro lado, la aceptación de estos documentos no es irrestricta, estando condicionada al cumplimiento de requisitos clásicos y esenciales, tales como fecha de divulgación verificable, accesibilidad y en-contrabilidad por el público, operabilidad y descripción suficiente. En este contexto, debe prestarse especial atención a las limitaciones intrínsecas de las IAG, en particular al riesgo de “alucinaciones”, que pueden comprometer la suficiencia descriptiva o convertir una divulgación en meramente especulativa o inoperante. Los documentos generados en masa, aunque sean formalmente públicos, podrán ser desestimados como estado de la técnica relevante si: 1) no son técnicamente creíbles; 2) no pueden ser reproducidos por un técnico en la materia sin un esfuerzo indebido; o 3) no son encontrables mediante una diligencia rutinaria. De este modo, criterios claros y aplicados de manera consistente funcionan como un mecanismo natural de filtrado, preservando la seguridad y la racionalidad del sistema de patentes, al tiempo que permiten la incorporación equilibrada de documentos generados por IAG en un escenario futuro de creciente volumen informacional.

Los autores proponen, entonces, que las oficinas de patentes nacionales discutan el tema con la sociedad, mediante consultas públi-

cas, según lo realizado por la USPTO, a fin de encontrar un punto de equilibrio que fortalezca el sistema de patentes y permita la utilización de tecnologías de IAG en beneficio social. Además, es importante que haya actualizaciones en las directrices de examen de patentes para especificar ejemplos de lo que sería descripción suficiente de documentos del estado de la técnica generados por IAG y criterios claros de publicidad y localización de esos documentos. A partir de ello, sería posible equilibrar la protección de la innovación con los beneficios sociales aportados por la IA. Por último, a pesar de los desafíos impuestos, es importante enfatizar que los sistemas de IAG pueden actuar como herramientas útiles para examinadores e inventores en la identificación y el análisis de información relevante frente al aumento exponencial de las publicaciones.

Bibliografía

- AI and copyrights: The fight for fair use.* (2025). The Economic Times. <https://economictimes.indiatimes.com/tech/artificial-intelligence/ai-and-copyrights-the-fight-for-fair-use/articleshow/122091363.cms>
- American Intellectual Property Law Association. (2024). *AIPLA comments to USPTO on AI Generated prior art*. Arlington, VA: AIPLA. <https://www.aipla.org/detail/news/2024/07/30/aip-la-comments-to-uspto-on-ai-generated-prior-art>
- Computer & Communications Industry Association. (2024). *Comments on the impact of artificial intelligence on prior art and the PHOSITA (PTO-P-2023-00004)*. <https://ccianet.org/wp-content/uploads/2024/07/USPTO-CCIA-Comments-on-the-Impact-of-AI-on-Prior-Art-and-the-PHOSITA-PTO-P-2023-00004.pdf>
- Cozman, F. G., Plonski, G. A. y Neri, H. (2021). *Inteligência artificial: avanços e tendências*, Portal de Livros Abertos da USP. Portal de Livros Abertos da USP. <https://doi.org/10.11606/9786587773131>
- De Paula, L. L. V., Santos Júnior, M. P. y Soares, P. L. L. (2022). *Final Report IP BRICS Offices*. <http://www.ipbrics.net/secondpage/project/Patent%20Processes%20and%20Procedure%20-%20AI%20Study%20Report.pdf>
- European Patent Office. (2025a). *Guidelines for Examination in the European Patent Office*. European Patent Office. <https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc>
- European Patent Office. (2025b). 4.12. *Reproducibility of the content of the disclosure. Em Case Law of the Boards of Appeal*. European Patent Office. https://www.epo.org/en/legal/case-law/2025/clr_i_c_4_12.html

- Instituto Nacional da Propriedade Industrial. (2016). *Resolução INPI/PR n.º 169, de 15 de julho de 2016 – Diretrizes de Exame de Pedidos de Patente – Bloco II: Patentabilidade*. Diário Oficial da União. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/legislacao/legislacao/bloco-ii-patenteabilidade-resolucao-169-2016.pdf>
- Instituto Nacional da Propriedade Industrial. (2020). Portaria INPI/PR nº 411, de 23 de dezembro de 2020: Institui a nova versão das Diretrizes de Exame de Pedidos de Patente envolvendo Invenções Implementadas em Computador (IIC). *Revista da Propriedade Industrial*, (2608). https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/legislacao/arquivos/documentos/portariainpir4112020_dirpainvenesimplementadasemcomputador_05012021.pdf
- Instituto Nacional da Propriedade Industrial. (2023). *Decisões de 2ª Instância em Patentes. Coordenação Técnica de Recursos Administrativos de Nulidade de Patentes* (6ª ed.). https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/recursos-e-nulidades/d2ip_c2_pdf-2023_todos_correcoes_revisao-sei-52402-002585_2023-78-2.pdf
- Instituto Nacional da Propriedade Industrial. (2024). *Decisões de 2ª Instância em Patentes. Coordenação Técnica de Recursos Administrativos de Nulidade de Patentes* (7ª ed.). https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/recursos-e-nulidades/d2ip_c2_pdf-2024_todos_rev-versao-final.pdf
- Instituto Nacional da Propriedade Industrial. (2025). *Minuta das diretrizes para exame de pedidos de patente relacionados à Inteligência Artificial*. <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/consultas-publicas/Minutadasdiretrizes.pdf>
- International Trademark Association. (2024). *Comments on the impact of the proliferation of artificial intelligence on prior art (submitted to the United States Patent and Trademark Office)*. https://www.inta.org/wp-content/uploads/public-files/advocacy/testimony-submissions/20240729_Comments-Impact-of-AI-on-Prior-Art.pdf
- Japan Compliance. (2025). *Beyond the basics: What are the key patentability hurdles (novelty, inventive step) in Japan?* <https://japancompliance.com/beyond-the-basics-what-are-the-key-patentability-hurdles-novelty-inventive-step-in-japan>
- Japan Patent Office. (2024). *AI 技術の進展を踏まえた発明の保護の在り方に関する調査研究報告書 [Informe de investigación sobre la protección de las invenciones a la luz de los avances en la tecnología de IA]*. https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/document/zaisanken_kouhyou/2024_05.pdf
- Knibbs, K. (2024). *AI Slop Is Flooding Medium*. Wired. <https://www.wired.com/story/ai-generated-medium-posts-content-moderation/>
- Korean Intellectual Property Office. (2013). *JP-CN-KR Comparative Table of Novelty*. https://www.kipo.go.kr/upload/en/download/JP-CN-KR_Comparative_Table_of_Novelty.pdf
- Korn, J. (2023). *George R. R. Martin, Jodi Picoult and other famous writers join Authors Guild in class action lawsuit against OpenAI*. CNN. <https://edition.cnn.com/2023/09/20/tech/authors-guild-openai-lawsuit/index>
- Law, R., Guan, X. y Soulo, T. (2025). *74 % of New Webpages Include AI Content*

- (*Study of 900k Pages*). Ahrefs. <https://ahrefs.com/blog/what-percentage-of-new-content-is-ai-generated/>
- Luo, Y. y Dan, X. (2025). *China releases new labeling requirements for AI-generated content*. Inside Privacy. <https://www.insideprivacy.com/international/china/china-releases-new-labeling-requirements-for-ai-generated-content/>
- Machado, T. M. y Winter, E. (2023). Artificial intelligence and patents in Brazil: Overview on patentability and comparative study on patent filings. *World Patent Information*, 72, 102177.
- Ministerio de Cultura, Deportes y Turismo & Comisión de Derechos de Autor de Corea del Sur. (2023). *A Guide on Generative AI and Copyright*. https://www.copyright.or.kr/eng/doc/etc_pdf/Guide_on_Generative_AI_and_Copyright.pdf
- Patry, W. F. (2013). *Patry on Fair Use*. Thomson Reuters.
- Portella, A. C. L. B. (2006). A função social e a propriedade industrial. *Revista de Direito da ADVOCEF*, 2(3), 163-198.
- Presidencia de la República, Palacio do Planalto. (1994). *Decreto que introduz o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS)*. Diário Oficial da União, Seção I, p. 21 394. <https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>
- Sengar, S. S. S., Hasan, A. B., Kumar, S. y Carroll, F. (2024). *Generative Artificial Intelligence: A Systematic Review and Applications*. 2405.11029.
- Shabbir, J. y Anwer, T. (2018). Artificial intelligence and its role in near future. *arXiv*, 1804.01396.
- Spennemann, D. H. R. (2025). Delving into: The quantification of AI-generated content on the internet (synthetic data). *arXiv*, 2504.08755. [Preprint]. <https://doi.org/10.48550/arXiv.2504.08755>
- Stokel-Walker, C. (2024). *One in 20 new Wikipedia pages seem to be written with the help of AI*. New Scientist. <https://www.newscientist.com/article/2454256-one-in-20-new-wikipedia-pages-seem-to-be-written-with-the-help-of-ai/>
- Tan, K. H. y Lim, B. P. (2018). The artificial intelligence renaissance: deep learning and the road to human-level machine intelligence. *APSIPA Transactions on Signal and Information Processing*, 7, e6.
- United States Patent and Trademark Office. (2024). *Request for comments regarding the impact of the proliferation of artificial intelligence on prior art, the knowledge of a person having ordinary skill in the art, and determinations of patentability made in view of the foregoing*. Federal Register, 89 Fed. Reg. 34217–34220. <https://www.federalregister.gov/documents/2024/04/30/2024-08969/request-for-comments-regarding-the-impact-of-the-proliferation-of-artificial-intelligence-on-prior>
- Waldo, J. y Boussard, S. (2024). GPTs and hallucination: why do large language models hallucinate? *Queue*, 22(4), 19-33.
- Weiser, B. (2023). Here's what happens when your lawyer uses ChatGPT. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2023/05/27/nyregion/avianca-airline-lawsuit-chatgpt.html>

- Wisdom International Patent & Law Office. (2023). *Whether Erroneous Prior Art Disclosure Supports Obviousness—Comparison between Taiwan, China, US and Europe Practice: Part II*. Wisdom International Patent & Law Office. <https://www.wisdomlaw.com.tw/m/405-1596-112649,c12252.php?Lang=en>
- World Intellectual Property Organization. (2019). *Introduction to the Patent System – Challenges Facing Small Offices (Material do seminário regional sobre o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes – PCT, Gaborone, Botswana)*. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/pct/en/wipo_pct_gbe_19/wipo_pct_gbe_19_topic_1b.pdf
- World Intellectual Property Organization. (2024a). *Introdução ao marco jurídico internacional da propriedade intelectual (1ª ed.)*. <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo-pub-1081-1-pt-introduction-to-the-international-intellectual-property-legal-framework.pdf>
- World Intellectual Property Organization. (2024b). *Patent Act, Republic of Korea (amended up to Act No. 20322 of February 20, 2024)*. WIPO Lex. <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/22666>
- World Intellectual Property Organization. (2025). *Patent-Judicial Guide: Administrative cases involving invention and utility model patent grant and confirmation*. <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-1079-en-an-international-guide-to-patent-case-management-for-judges.pdf>
- Yordy, L. R. (2021). The library of Babel for prior art: using artificial intelligence to mass produce prior art in patent law. *Vanderbilt Law Review*, 74, 521.

Legislación citada

- Presidencia de la República, Palacio do Planalto. Ley 9279, de 14 de mayo de 1996. Regula los derechos y obligaciones relativos a la propiedad industrial. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm
- European Patent Office. (2020). Artículo 54 – Novedad. En *Convention on the grant of European patents (European Patent Convention, EPC)*. <https://www.epo.org/en/legal/epc/2020/a54.html#A54>
- Estados Unidos. 35 U.S.C. § 102 – Condiciones para patentabilidad; novedad [Código de los Estados Unidos, título 35, sección 102]. (2011). Recuperado de <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2023-title35/pdf/USCODE-2023-title35-partII-chap10-sec102.pdf>

Jurisprudencia citada

- European Patent Office, Technical Board of Appeal. (1986). *T 0206/83 (Herbicides)*. European Patent Office. ECLI: ECLI:EP:BA:1986:T020683.19860326. <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/t830206ex1>
- European Patent Office, Technical Board of Appeal. (1988). *T 0026/85 (Thickness of magnetic layers)*. European Patent Office. ECLI: ECLI:EP:BA:1988:T002685.19880920. <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/t850026ex1>

- European Patent Office, Technical Board of Appeal. (2000). *T 0491/99 (Caisse octogonale / OTOR)*. European Patent Office. ECLI: ECLI:EP:BA:2000:T049199.20001024. <https://www.epo.org/fr/boards-of-appeal/decisions/t990491fu1>
- European Patent Office, Technical Board of Appeal. (2009). *T 1437/07 (Botulinum toxin for treating smooth muscle spasm/ALLERGAN)*. European Patent Office. ECLI: ECLI:EP:BA:2009:T143707.20091026. <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/t071437eu1>
- European Patent Office, Technical Board of Appeal. (2012). *T 1553/06 (Public availability of documents on the World Wide Web / PHILIPS)*. European Patent Office. Identificação Europeia de Jurisprudência (ECLI): ECLI:EP:BA:2012:T155306.20120312. <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/t061553eu1>
- European Patent Office, Technical Board of Appeal. (2014). *T 1457/09 (CTL epitopes of WT-1/GANYMED PHARMACEUTICALS)*. European Patent Office. ECLI: ECLI:EP:BA:2014:T145709.20140117. <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/t091457eu1>
- European Patent Office, Technical Board of Appeal. (2015). *T 0719/12*. European Patent Office. ECLI: ECLI:EP:BA:2015:T071912.20151029. <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/t120719eu1>
- European Patent Office, Boards of Appeal. (2021). *Decision J 0008/20 (Designation of inventor/DABUS)*. European Patent Office. <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/j200008eu1>
- European Patent Office, Technical Board of Appeal. (2023). *T 1045/21 (Edaravone for treating ALS/MITSUBISHI TANABE)*. European Patent Office. ECLI: ECLI:EP:BA:2023:T104521.20230905. <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/t211045eu1>

* * * *

Roles de autoría y conflicto de intereses

Todos los autores contribuyeron en la concepción de la idea, diseño del estudio, el proceso de investigación, la recolección, análisis e interpretación de los datos y en la redacción del artículo.
Se declara que los autores no poseen conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.mes>

La cláusula general de competencia desleal en Chile y su integración mediante casos típicos¹

* * * *

Manuel Bernet Páez

Universidad de los Andes (Chile)

mbernet@uandes.cl

<https://orcid.org/0000-0002-8668-9528>

Recibido: 15 de octubre de 2025

Aceptado: 12 de diciembre de 2025

Resumen

La Ley 20169, que regula la competencia desleal en Chile, estableció una regla de carácter genérica para sancionar los ilícitos desleales no especialmente tipificados, la cual es conocida como cláusula general. El propósito de este texto es presentar una tesis de cómo se puede dotar de contenido normativo a la cláusula general. Además, se introducirá una sistematización de un conjunto de tipos o casos comunes que conforman infracciones a la cláusula general de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales chilenos.

Palabras claves: competencia desleal, cláusula general de competencia desleal, buena fe, buenas costumbres.

1 Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt Regular N° 1240224 “La cláusula general de competencia desleal. Propuesta de integración mediante casos típicos y su aplicación a nuevas formas de comercialización”, del que el autor es investigador responsable.

The General Clause on Unfair Competition in Chile and its Integration Through Typical Cases

Abstract

Law 20169, which regulates unfair competition in Chile, established a generic rule for the purpose of punishing unfair practices that are not specifically classified, known as the general clause. The purpose of this text is to present a thesis on how to give normative content to the general clause. In addition, a systematization of a set of common types or cases that constitute violations of the general clause will be introduced in accordance with the jurisprudence of the Chilean courts.

Key words: unfair competition, general clause against unfair competition, good faith, honest practices.

A cláusula geral de concorrência desleal no Chile e sua integração por meio de casos típicos

Resumo

A Lei 20169, que regulamenta a concorrência desleal no Chile, estabeleceu uma regra genérica com o objetivo de punir práticas desleais que não são especificamente classificadas, conhecida como cláusula geral. O objetivo deste texto é apresentar uma tese sobre como dar conteúdo normativo à cláusula geral. Além disso, será introduzida uma sistematização de um conjunto de tipos ou casos comuns que constituem infrações à cláusula geral, de acordo com a jurisprudência dos tribunais chilenos.

Palavras-chave: concorrência desleal, cláusula geral contra a concorrência desleal, boa-fé, práticas honestas.

1. Introducción

La Ley 20169 que regula la competencia desleal (en adelante, LCD) en Chile dispone la siguiente estructura de infracciones normativas. Se establece una regla de carácter genérica para sancionar los ilícitos desleales, conocida como “cláusula general” (art. 3 de la LCD) y un conjunto de conductas especiales descritas, identificadas como “tipos especiales” (art. 4 de la LCD). Respecto de la cláusula general, su tenor es el siguiente: “En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres

que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”.

El propósito de este texto es examinar la denominada “cláusula general de competencia desleal”. En especial, nuestro interés es presentar una tesis respecto a la manera en cómo se puede dotar de contenido normativo a conceptos jurídicamente indeterminados, como son la buena fe y las buenas costumbres, en el ámbito del derecho de la competencia desleal. Acto seguido, se introducirá una sistematización de un conjunto de tipos o casos comunes que conforman infracciones a la cláusula general de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales.

Los planteamientos que se desarrollan con ocasión de este estudio presentan una evidente relevancia práctica, en atención a la ausencia de criterios estables sobre la materia en la doctrina y la jurisprudencia. De este modo, en este análisis se sugiere un conjunto de pautas interpretativas específicas a los usuarios para que la cláusula general goce de una amplia utilización por la judicatura, a fin de sancionar aquellas conductas no específicamente descritas por el legislador en los tipos especiales.

2. La evolución histórica de la cláusula general de competencia desleal

El derecho de la competencia desleal tiene su origen en el siglo XIX, una vez que se proclamó en Europa la libertad de comercio, la cual permitió la comisión de ciertas conductas reñidas con las prácticas usuales, como lo era el engaño o la falsificación de productos (Bercovitz, 1992, p. 13).

Así, el punto de partida de esta disciplina se encuentra en la responsabilidad civil, y en particular, en la jurisprudencia francesa elaborada en torno a los antiguos arts. 1382 y 1383 del Código Civil francés (que corresponden a los actuales arts. 1240 y 1241 del *Code*). Este modelo, posteriormente, fue seguido por diversos países europeos, como Bélgica o Italia (Henning-Bodewig, 2013, p. 1; Menéndez, 1988, pp. 37-38). Sin embargo, en el caso de Alemania, a pesar de que la dogmática propiciaba de que se siguiera el ejemplo francés, los tribunales fueron renuentes al efecto, por lo que la solución fue

legislativa mediante la sanción en el año 1896 de la primera ley de competencia desleal (Beier, 1985, p. 142). Sin embargo, dicha normativa resultaba insuficiente, puesto que sólo contemplaba prohibiciones especiales, impidiendo con ello sancionar comportamientos no tipificados, no constituyendo, por ende, un sistema articulado de competencia desleal (De Vrey, 2006, p. 150).

De este modo, en 1909 se dictó una segunda ley de competencia desleal que incluía como novedad en su § 1 la denominada “cláusula general” (*Generalklausel*), que prescribía: “Quien en el tráfico económico desarrolle comportamientos con fines competitivos que sean contrarios a las buenas costumbres (*guten Sitten*) puede ser demandando para que cese en los mismos y para que indemnice los daños causados”. La importancia histórica de este precepto es relevante, puesto que, por medio de éste, se les permitió por casi 100 años a los tribunales alemanes enjuiciar todo tipo de conductas realizadas en el mercado, siendo por ello la cláusula general la norma dominante de la ley de competencia desleal, con independencia del establecimiento de tipos especiales, como la publicidad engañosa (Schricker, 1996, p. 2).

En este sentido, los autores están contestes que la dinámica de la competencia sólo se puede afrontar con una cláusula general, puesto que con su flexibilidad se puede adaptar continuamente a los vaivenes propios de la actividad comercial.² En este sentido, se señala que por dicha cualidad la cláusula general sirvió para enjuiciar en el año 1910 la distribución gratuita de cervezas para atraer clientes, y, en el año 2003, para resolver la deslealtad de las subastas celebradas en internet, cuyos precios descienden hasta que se produzca la aceptación (Ohly, 2005, p. 241).

Es así como, valorando esta solución, se afirma que la competencia desleal es como el dios Proteo —que tiene mil caras— (Fernández Nóvoa, 2006, p. 2), o como una hidra cuyas cabezas rebrotan al ser cortadas, por lo que el único mecanismo apto para atajar las nuevas conductas desleales que van surgiendo es por medio de una cláusula general que despliega una función de norma de cierre del sistema (Gómez Segade, 2010, p. 331).

2 Sobre el concepto de cláusula general en el derecho: Engisch (1967, pp. 152-153); Luna (2019, pp. 123-151).

El influjo de esta creación germana es innegable, puesto que los diversos sistemas continentales más representativos —con exclusión de Francia— incorporaron en sus legislaciones internas una cláusula general de competencia desleal, aunque variando el parámetro de deslealtad. Así, en Italia, en vez de emplear la noción de buenas costumbres, se utilizó la expresión “corrección profesional” (*correttezza professionale*, ex art. 2598 *Codice Civile*). En el caso de Suiza, se escogió el concepto indeterminado de buena fe (art. 2 de la Ley de 19 de diciembre de 1986), mismo término que fue posteriormente recepcionado por el legislador español (art. 4.1. de la Ley 3/1991).

Del mismo modo, es importante dar cuenta de esta aproximación semejante en instrumentos internacionales importantes, como es el Convenio de la Unión de París para la protección de la Propiedad Industrial (art. 10 bis 2). Finalmente, en el ámbito latinoamericano, han seguido este modelo teutón de cláusula general, con ciertos matices, las legislaciones de Colombia (art. 7° de la Ley 256, de 1996), del Perú (art. 6.2. de la Ley de la represión de la competencia desleal), de la Argentina (art. 9° del Decreto 274/2019 de Lealtad Comercial) y, por cierto, el legislador chileno en el art. 3° de la Ley 20169.

3. Funciones de la cláusula general de competencia desleal

Una vez descrito en términos breves el desarrollo histórico de la cláusula general, a continuación, es necesario mencionar cuáles son sus funciones más representativas, lo que permitirá fijar adecuadamente nuestra tesis.

Así, su primera función es servir para delimitar el ámbito de aplicación de la ley de competencia desleal frente al derecho común de la responsabilidad civil o aquiliana (Bernet, 2018, p. 449).

En segundo término, la cláusula general contiene una verdadera prohibición por la cual se declaran inadmisibles para el ordenamiento jurídico ciertas conductas, lo que da pie para que la víctima pueda ejercer un conjunto de acciones judiciales en contra del infractor (Gómez Segade, 2010, p. 332; Köhler et al., 2025, § 3, marg 2.2). De esta manera, dicha norma dispone de un estándar de conducta o arquetipo que nos permite enjuiciar si una conducta es potencialmente desleal y, por ello, sancionable (Martínez, 2009, pp. 63-64).

En tercer lugar, se menciona que la cláusula general cumple un rol interpretativo respecto de los tipos especiales, en particular cuando éstos contienen conceptos indeterminados que requieren de una lectura acorde a los fines perseguidos por la ley (García Pérez, 2008, p. 80).

Una cuarta función que se le asigna a la cláusula general, en especial por la doctrina española, es fijar los caracteres generales del ilícito bajo esta normativa, a saber: ser objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual (Massaguer, 1999, p. 151). Es interesante que, en el ámbito de la doctrina germana, a partir de la reforma de 2004 a la ley de competencia desleal, se ha considerado que pierde todo interés en la determinación de la deslealtad de una conducta la conciencia o el conocimiento que sobre la ilicitud haya tenido el hechor sobre esta, de ahí que el ilícito deba entenderse como objetivo (Köhler et al., 2025, § 3, marg 2.16).

En quinto lugar, la cláusula general cumple un rol como norma de cierre del sistema, puesto que permite declarar la deslealtad de conductas no expresamente tipificadas por la ley (Tato et al., 2010, p. 70), lo que autoriza que sean reputados desleales supuestos no especialmente descritos, ya sea porque el legislador no los tuvo presentes al momento de la aprobación de la ley o bien porque tales prácticas desleales eran del todo desconocidas al tiempo de su promulgación (Emparanza, 2000, p. 157; Nazar, 2019, p. 37).³

Finalmente, en sexto término, se destaca que la cláusula general cumple una función de delegación, puesto que autoriza al juez a crear una regla de conducta que se adapte al supuesto sometido a su decisión, lo que configura a la competencia desleal como una disciplina en la que el desarrollo judicial del derecho (*Richterrecht*) cumple un rol central en desmedro del legislador (Barona, 2008, T. I., p. 319; Ohly y Sosnitza, 2023, § 3, marg. 13).

Ahora bien, como veremos a continuación, ello no significa que la cláusula general sea entendida como un mero principio o estándar, sino que se trata de una norma legal completa, de la cual se derivan deberes jurídicos precisos para sus destinatarios y cuya infracción permite declarar la deslealtad de una conducta, con plena

3 En la dogmática alemana, se sostiene que este rol de captura subsidiaria de

autonomía de los tipos especiales (Köhler et al., 2025, § 3, marg. 2.7; Massaguer, 2003, pp. 108-109).

4. Dificultades de la aplicación de la cláusula general en la práctica

Como puede apreciarse, la cláusula general despliega un conjunto de funciones relevantes dentro de la competencia desleal, siendo particularmente importantes la función de prohibición y de delegación. Sin embargo, si la cláusula general contiene como parámetros de deslealtad conceptos jurídicos abstractos, como es la buena fe o las buenas costumbres, cabe indagar de qué manera el juez puede crear la regla *decidendi* para el caso concreto. De ahí que se sostenga que uno de los problemas de más difícil solución de los que se presentan en el derecho de la competencia desleal es cómo determinar si una conducta se ajusta a la corrección que debe imperar en los mercados (Schricker 1970, p. 185).

Por ello, no han faltado objeciones a la cláusula general por parte de cierta doctrina. Así, se ha mencionado que una norma de estas características no se ajustaría con el valor de la seguridad jurídica y la necesaria previsibilidad que debe presentarse en las decisiones judiciales.⁴ Tal desvalor se acrecienta, puesto que los criterios de enjuiciamiento de la deslealtad van variando con el tiempo, fenómeno que es llamado por Paz-Ares (1981, p. 9) como hiperhistoricidad de la competencia desleal.

Asimismo, se afirma que los jueces —al carecer de directrices específicas— tienen como tendencia aumentar de forma progresiva el ámbito de lo prohibido, sancionando conductas de baja lesividad, como se ha denunciado por un sector de la dogmática alemana (Schricker, 1996, p. 3).

Finalmente, se destaca por cierta doctrina española que la aplica-

la deslealtad que despliega la cláusula general es especialmente fértil en el ámbito de la economía digital, en el cual las ventas en plataformas *online* o la economía de datos todavía se encuentra en sus etapas iniciales; por todos: Gloy et al. (2019, § 3, marg. 15).

4 Recoge estas opiniones, aunque luego las controvierte, Ohly (1997, p. 236).

ción de la cláusula general por los jueces está plagada de subjetivismo y ausencia de rigor, siendo usual que se sustituya un concepto indeterminado como el de “buena fe” por otras nociones jurídicas imprecisas, como lo son la honradez, la lealtad o el justo reparto de la propia responsabilidad (Areán y García Pérez, 2013, pp. 356-357).⁵

A pesar de que estos reparos pueden resultar ajustados, la doctrina de manera mayoritaria mantiene su posición acerca de la bondad de la cláusula general para reglamentar la competencia desleal (Fezer et al., 2016, § 3, marg. 303). Por de pronto, en el derecho alemán, su Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones se ha pronunciado acerca de que la cláusula general es compatible con la seguridad jurídica, puesto que se reconoce que el legislador no puede *ex ante* regular todas las actividades comerciales (Ohly y Sosnitza, 2023, § 3, marg. 11), siendo menor el riesgo de imprevisibilidad de los pronunciamientos judiciales al disponer los tribunales inferiores de un corpus jurisprudencial estimable de decisiones previas que evitarían sentencias arbitrarias (Köhler et al., 2025, § 3, marg. 1.13).

Por lo tanto, se debe aceptar que por medio de la cláusula general el juez está autorizado para crear derecho en este ámbito, lo cual no significa que estemos ante una delegación de facultades absolutamente libre (Engisch, 1967, p. 156), sino, por el contrario, los tribunales estarán sometidos en su aplicación a un conjunto de directrices de orden constitucional como de naturaleza sistemática. Así, desde un prisma constitucional, se ha sostenido que la aplicación de la cláusula general debe ser respetuosa de los derechos fundamentales (Köhler et al., 2025, § 3, marg. 1.14), lo cual impediría declarar la deslealtad de ciertos comportamientos (v. gr., la publicidad desagradable o con contenido impactante), puesto que con ello se afectaría significativamente la libertad de expresión.⁶

Del mismo modo, si bien el juez se encuentra legitimado para crear una regla de deslealtad, tal labor no está exenta de control,

5 En la doctrina germana también se efectúan reproches similares al emplearse “fórmulas vacías”, como lo es el “exceso de competencia”. Sobre esto, véase: Gloy et al. (2019, § 3, marg. 43).

6 Esta cuestión fue especialmente tratada por el Tribunal Constitucional alemán en el caso *Benetton*, véase: Hartwig (2001, p. 791), Ohly (2005, p. 235).

puesto que no puede ir en contra de las directrices económicas impuestas por el modelo de competencia instaurado por la Constitución (Ghidini, 1999, p. 32), como también por las leyes especiales vinculadas al fenómeno concurrencial, en particular por la legislación *antitrust* (Font y Miranda, 2005, p. 27). Acerca de esto, la doctrina germana ha postulado que la cláusula general debe ser objeto de una interpretación funcional, lo cual supone que debe perseguirse preferentemente en su aplicación una lectura que tienda a asegurar un correcto desempeño del mercado, esto es, libre de interferencia o de trabas, ya que, en definitiva, el propósito protector de la ley no es otro que la tutela de la competencia (Sosnitza, 2020, § 3, marg. 23).

Por lo tanto, el juicio de deslealtad no puede basarse en otros intereses generales, como lo es la salud pública o la protección del empleo, puesto que la única función del derecho de la competencia es garantizar el funcionamiento de la competencia como un instrumento de la economía de mercado (Ohly y Sosnitza, 2023, § 3, margs. 20-21). En este mismo sentido, se destaca que no es posible justificar la sanción de un acto de competencia ejecutado por un agente en el mercado si tal medida no es particularmente necesaria y adecuada para conseguir los fines perseguidos por esta legislación, según dispone el principio de proporcionalidad (Köhler et al., 2025, § 3, marg. 2.24).

5. Mecanismos para dotar de certeza a la aplicación de la cláusula general

A partir de lo dicho, en la actualidad no es discutido que la cláusula general es un método imprescindible para enfrentar el fenómeno concurrencial (Barros, 2020, T. II, p. 964). Ahora bien, ello conlleva el riesgo de la inseguridad jurídica, puesto que en el derecho continental, al no existir una regla de precedente obligatorio (*Stare decisis*), el gran cúmulo de decisiones judiciales puede dar lugar a una disciplina del todo fragmentada (Paz-Ares, 1981, p. 145).

Este problema fue percibido tempranamente por la dogmática germana, una vez aprobada la ley de 1909, por lo cual, a fin de evitar que este derecho se transformara en una maraña ininteligible de decisiones, la doctrina empezó a sistematizar los casos bajo determi-

nados criterios (*Fallgruppen*) de manera gradual (De Vrey, 2006, p. 165), siendo la clasificación efectuada por Baumbach y Hefermehl la que recibió una mayor aceptación entre los autores (García Menéndez, 2004, pp. 72-73; Podszun, 2016, § 3, marg. 21). En ella se identifican cinco grupos de casos típicos: (i) los actos de captación de clientela (*Kundenfang*); (ii) los actos de obstaculización a los competidores (*Behinderung*); (iii) los actos de explotación de los esfuerzos ajenos (*Ausbeutung*); (iv) la creación de una ventaja competitiva por infracción de norma (*Rechtsbruch*); y (iv) los actos de perturbación del mercado (*Marktstörung*).

Adicionalmente, esta clasificación se fue incrementando con nuevos supuestos que conformaban categorías nuevas o subgrupos, de acuerdo con la elaboración de la dogmática, apreciándose un verdadero diálogo entre los autores y los jueces (Ohly y Sattler, 2016, p. 1235). Dicho esto, la formación de estos grupos de casos típicos no tenía un interés meramente académico u ordenador, sino que se pretendía proporcionar pautas de valoración al juez para que pudiese decidir la lealtad o no de un determinado acto (Menéndez, 1988, p. 122).

Por ello, se trataba del punto de partida para el análisis de la lealtad de un comportamiento, ya que el juez, al ubicar una conducta en un determinado caso típico, a continuación tenía acceso a los criterios orientativos para la solución del supuesto concreto sometido a su decisión, todo ello, según reglas ya medianamente asentadas en la jurisprudencia. De este modo, la formación de grupos de casos cumplía un rol de guía para los distintos actores, dotando de cierta previsibilidad o certidumbre sobre la legalidad de un comportamiento en el mercado (Gloy et al., 2019, § 3, marg. 43).

Este mecanismo se enriqueció con la labor de la dogmática que desarrolló para cada clase de grupos una regla general o premisa mayor, que fijaba la ponderación de los intereses involucrados, con lo cual se facilitaba la expansión de esta clasificación a supuestos de hecho no inicialmente cubiertos (Ohly, 1997, p. 300), siendo un ejemplo de aquello el principio de libre imitación de las prestaciones ajenas (*Nachahmungsfreiheit*) que se emplea como premisa mayor para reglamentar las diferentes hipótesis de imitación desleal, siendo sólo sancionables aquellas imitaciones de productos o signos distin-

tivos ajenos cuando concurren circunstancias especialmente lesivas, como es la probabilidad de confusión o el aprovechamiento indebido de la reputación ajena (Ohly, 2009, p. 356).

De igual forma, otra de las herramientas empleadas por la dogmática para reducir la incertidumbre jurídica al momento de aplicar la cláusula general es la técnica de la ponderación de los intereses involucrados en el caso concreto. Así, este proceso explicitado por la jurisprudencia germana consistiría en una secuencia de tres etapas: en la primera, el juez debe determinar los intereses jurídicos afectados en el supuesto enjuiciado, a continuación, el tribunal deberá verificar si tales intereses merecen o no una tutela por la ley de competencia desleal. Finalmente, en el caso de colisión de intereses dignos de protección por la ley, el juez deberá sopesar unos con relación a otro (Sosnitza, 2020, § 3, marg. 68).

En este extremo, la doctrina alemana sostiene que el juez deberá privilegiar entre los distintos intereses en conflicto aquel que propenda al funcionamiento adecuado de los mercados (Podszun, 2016, § 3, marg. 162-163), posición que también comparte la doctrina española, al decir que, si una práctica enjuiciada permite apreciar un conflicto de intereses en torno a esta, se ha de priorizar el interés general en el correcto funcionamiento del sistema de competencia económica (Tato et al., 2010, p. 76).

Como cierre, no se debe olvidar que la cláusula general es una norma técnica completa por la cual se puede enjuiciar un supuesto sometido a la decisión de un juez, para lo cual éste —junto con las herramientas dogmáticas examinadas— deberá atender a una evaluación general de todas las circunstancias que rodean el comportamiento competitivo impugnado, como lo son: su causa específica, los medios utilizados, su propósito y los efectos alcanzados (Sosnitza, 2020, § 3, marg. 69).

6. El estado de la cuestión en el derecho chileno

La inclusión de la cláusula general como el método más adecuado para enfrentar la competencia desleal fue reconocida en las distintas etapas del *iter* legislativo de la Ley 20169. Así, en la moción parlamentaria que dio origen al proyecto de ley, se explicitó que esta

herramienta permitiría que la legislación no se quedara atrás ante la aparición de nuevos comportamientos (Biblioteca del Congreso Nacional, 2007, p. 7).

De este modo, la actual redacción del art. 3° de la ley obedece esencialmente a una indicación de los senadores Cariola, García y Orpis, los cuales esgrimieron que la competencia desleal debe definirse sobre la base de estándares generales, pues la experiencia comparada muestra que es ineludible recurrir a una regla general ante la dificultad de definir *ex ante* todos los ilícitos.⁷ Ahora bien, los criterios de deslealtad elegidos por el legislador chileno son dos, a saber: las buenas costumbres y la buena fe.

Respecto del primero, en la historia de la norma se hace presente que se prefirió la noción de “buenas costumbres” por la de “honestidad”, ya que esta última tiene una connotación más bien corporativista.⁸ Sobre el sintagma “buena fe”, se afirmó que otorgaría mayor certeza sobre la deslealtad, puesto que, en el caso de las “buenas costumbres”, podría modificarse a través del tiempo.⁹

De este modo, lamentablemente, en la *Historia de la Ley N° 20.169* (Biblioteca del Congreso Nacional, 2007, p. 7) no es posible conocer elementos hermenéuticos expresos sobre qué se debe comprender por “buenas costumbres” o “buena fe” en el ámbito específico de la competencia desleal y, con ello, dar orientaciones a los jueces para la creación de una regla al caso concreto.

Respecto de la doctrina, Tapia (2007, p. 88) fue el primer autor que examinó dogmáticamente la LCD, y en cuanto a la cláusula general, sostuvo que este tipo de regla es necesaria ante la dificultad de determinar *ex ante* todos los ilícitos que se pueden cometer en el mercado. En cuanto al concepto de buenas costumbres, alude que es un término ocupado en el derecho comparado y es semejante al contenido en el art. 10 bis 2 del Convenio de París. Adicionalmente, en relación con la buena fe, indica que debe tratarse de conductas especialmente reprochables.

Por su parte, Contreras (2012) sobre este punto indica que: “(...)

7 *Ibidem*, p. 155.

8 *Ibidem*, p. 156.

9 *Ibidem*, p. 158.

el juez calificará la buena fe de un conducta según si esta se adecúa o no a las creencias ético-valorativas imperantes en un tiempo definido, desde un punto de objetivo” (p. 154), y luego agrega:

(...) siguiendo a la legislación suiza a fin de aclarar los conceptos de buena fe y de buenas costumbres que utiliza nuestra cláusula prohibitiva general, necesariamente debemos remitirnos a los ‘usos del tráfico’, a fin de determinar cuáles son las exigencias de la conducta social media (...). (p. 155)

Como puede apreciarse, este autor postula que para integrar valorativamente la noción de buena fe el juez debe acudir a criterios externos al derecho, como son las creencias éticas imperantes, o bien a ciertos patrones de conducta derivados de reglas de naturaleza social aplicables al tráfico.

Una línea más propiamente normativa se observa en Inostroza (2017), que, siguiendo a la doctrina española, argumenta que: “(...) podemos concluir que, desde un punto de vista positivo, observa una conducta ajustada a la buena fe el empresario que capta clientela en base al mérito o eficiencia de las prestaciones que ofrece (...)” (p. 33).¹⁰

Finalmente, Barros indica que la exigencia a las buenas costumbres contenida en la cláusula general tiene por propósito dar cuenta de que no basta la falta de diligencia del competidor para constituir el ilícito, por lo que esta regla no puede ser usada para interferir con la competencia (Barros, 2020, T. II, pp. 964-965).

Por el lado de la jurisprudencia, es difícil atenuar elementos hermenéuticos que nos permitan obtener claridad sobre esta cuestión, recogiendo sólo frases o fórmulas generales carentes de especificidad sobre qué se debe comprender por los sintagmas “buenas costumbres” o “buena fe” en el ámbito de la competencia desleal.¹¹

Del mismo modo, es llamativa la presencia de sentencias emanadas de los tribunales superiores de justicia en donde se aprecian distintos criterios sobre este asunto.

10 Similar posición se expresa por Schopf (2017, p. 589).

11 A modo de ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de julio de 2010, rol N° 5181-2009, se nos indica: “Cuarto: Que la buena

Así, en sentencia de 20 de septiembre de 2018 de la Corte Suprema, rol N° 9198-2017, se señala que los actos de competencia desleal serán aquellos contrarios a la “moral de los negocios”, de forma que en la determinación de la deslealtad se deberá estar a criterios extralegales, como pueden ser los usos o costumbres en el tráfico. Por el contrario, en la sentencia de 18 de julio de 2018 de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 11482-2017, se conciben los actos desleales desde un prisma esencialmente normativo, puesto que se expresa que, para dotar de contenido a la cláusula general, se deberá estar a las guías hermenéuticas dispuestas por los tipos especiales y por el bien jurídico protegido por esta legislación especial, a saber, la competencia leal.

A modo de síntesis, el estado del arte tanto en la doctrina como en la jurisprudencia chilena no es satisfactorio, puesto que no es posible encontrar guías hermenéuticas específicas para determinar la deslealtad de un comportamiento según los términos de la cláusula general. En este sentido, sólo es posible visualizar dos posiciones generales sobre este asunto: la primera que postula que, para integrar la cláusula general, se deberá atender a elementos extrajurídicos —como es la moral de los negocios— y la segunda, que se inclina por entender que esta cláusula necesariamente deberá ser desarrollada desde un prisma normativo. Esta última corriente consideramos que es la correcta, como tendremos ocasión de revisar en el siguiente apartado.

7. La cláusula general de competencia desleal debe ser integrada normativamente

A nuestro parecer, para determinar qué debemos entender por “buena fe” o “buenas costumbres” en este ámbito, debemos acudir a estándares normativos y no de naturaleza extrajurídica.

Los argumentos para sostener tal postura son de carácter histórico, sistémico y teleológico.

En cuanto a los primeros, se debe dar cuenta de que la posición

fe y buenas costumbres deben analizarse en el ámbito de los mercados y, por lo tanto, desde un punto de vista económico”.

del legislador chileno, que consta en la *Historia de la Ley N° 20.169* (Biblioteca del Congreso Nacional, 2007, pp. 155 y 235), fue instaurar un sistema universal de competencia desleal, en el cual se tuvieran a la vista todos los intereses de los agentes que participan en el mercado. De esta forma, se rechazó una mirada exclusivamente corporativista o empresarial de la competencia desleal. Por lo tanto, criterios de deslealtad extralegales —como es la moral de los negocios— deberían ser desestimados.

Lo expresado es coincidente por lo dicho por la Corte Suprema, que ha señalado en forma reiterada que el enfoque de la LCD tiene una: “(...) ‘impronta social’, que refleja su interés de brindar protección a la colectividad, formada por todos los agentes del mercado”.¹² De este modo, si se tuvieran consideradas sólo las prácticas o usos de los empresarios para determinar la deslealtad de una conducta, se podrían ver vulnerados los intereses de los demás partícipes, como son los consumidores o los proveedores.

Lo anterior es consistente con el argumento sistemático, esto es, con una lectura armónica de los artículos 1° y 10° de la Ley. Esta última norma dispone de sanciones administrativas para el infractor, haciendo evidente que esta disciplina no se ciñe sólo a resolver contiendas entre competidores, sino que se convierte en un derecho ordenador de todas las conductas en el mercado, por lo cual pierden importancia los meros usos de los empresarios como criterios de enjuiciamiento.

Así, siguiendo a la doctrina comparada, en caso alguno el control de lealtad de una conducta puede cimentarse en las costumbres o prácticas comerciales usuales en el tráfico, sino que estas deben subordinarse a las prescripciones normativas contenidas en la ley. De ahí que pueda acontecer que un comportamiento se ajuste a los usos comunes, pero aun así pueda ser objetado conforme a las prescripciones de la ley (Podszun, 2016, § 3, marg. 124-127; Suñol, 2009, pp. 88-89; Virgos, 1993, p.19).

En tercer lugar, estimamos que en la determinación de la deslealtad de un comportamiento económico se deberá estar al propósito

12 Sentencia de la Corte Suprema, 25 de noviembre de 2015, rol N° 23680-2014.

protector perseguido por la LCD, y que consta en su art. 1°, que prescribe: “Esta ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal”.

De este modo, el juez —en su labor de fijar la deslealtad de una conducta sometida a su decisión— deberá efectuar una evaluación integral de los intereses implicados, a saber: de los competidores, de los consumidores y el de otros participantes en el mercado, como son los proveedores u otras empresas no vinculadas en una relación de competencia con el eventual infractor (Ohly y Sosnitza, 2023, § 3, marg. 21).

Por lo tanto, en atención a este examen omnicomprendivo de los intereses involucrados, bajo ninguna perspectiva el juez, al fijar la lealtad (o falta de ella) de una conducta, podrá atender sólo a los intereses de los empresarios —que se concretan en sus prácticas habituales o comunes— en desmedro de los otros sujetos comprometidos.

8. La integración sistemática de la cláusula general

Un primer acercamiento a esta compleja materia es aquel expresado por la doctrina comparada, en particular la alemana, la italiana y la española, que sitúan a la competencia desleal como un eslabón más del denominado “derecho de la competencia” (Virgos, 1993, p. 20). Esta mirada es consistente con la historia fidedigna de la LCD, en la que se destaca el rol integrador de esta para los otros sectores normativos, como es el derecho del consumidor o el derecho de la libre competencia, afirmándose que por medio de la LCD se “(...) complementa debidamente el derecho chileno de la competencia” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2007, p. 7).

De esta manera, a nuestro parecer, la cláusula general puede ser integrada normativamente acudiendo a las diversas partes del derecho chileno de la competencia, distinguiéndose, por un lado, el sistema externo de la LCD y, por el otro, el sistema interno de la ley.

Así, con relación a una integración normativa de faz externa, el primer punto de partida para comprender cómo se integra la cláusula general en materia de competencia desleal es situar esta disciplina dentro de la denominada “Constitución económica” (Ghidini,

1999, pp. 34-37) o, en otras palabras, por las directrices normativas impuestas por el sistema económico establecido en la Constitución (Suñol, 2009, p. 98).

En este extremo, es una opinión común que la Constitución chilena impone un sistema de libertad de empresa,¹³ por lo que sería contrario a la cláusula general toda conducta que afecte el contenido mínimo de las exigencias propias de un proceso competitivo, como lo son la libertad de acceso y salida de los mercados por los operadores, la libertad de los agentes para fijar el contenido de las ofertas, la libre decisión de los consumidores y usuarios al momento de adoptar decisiones de consumo, la transparencia en el mercado que permita diferenciar las ofertas presentes y que la actuación de los agentes económicos se base en su propio esfuerzo o mérito, entre otras (Massaguer, 1999, p. 154).

Un segundo paso de integración normativa de naturaleza externa es insertar la LCD —y, con ello, su cláusula general— dentro del entramado de disciplinas que le son afines, particularmente la Ley de defensa de la libre competencia, la Ley de propiedad industrial, la Ley de propiedad intelectual y la Ley de protección a los derechos de los consumidores. La comunicación de estas leyes con la LCD aparece de su propio texto, como lo son sus artículos 1°, 2° y 10.

Acerca de esta integración normativa, surge con particular interés el vínculo entre la LCD con la Ley de defensa de la libre competencia, en cuanto a que ambos ordenamientos deben privilegiar una intensa lucha entre los competidores entre sí para beneficio de los consumidores. Ahora bien, esa disputa, que incluso puede conllevar la expulsión de los rivales del mercado, se debe basar en los propios méritos o esfuerzos competitivos de los agentes y no en prácticas de obstaculización o de falseamiento de la competencia (Domínguez, 2003, p. 126). Cuando esto último ocurre, tales comportamientos deberán ser considerados desleales en atención a que el éxito adquirido por esos sujetos tiene como causa circunstancias ajenas a una mejor oferta, en cuanto a precio y calidad, lo que destruye en definitiva el funcionamiento de una sana economía (Cabanellas et al., 2014, p. 262).

13 Véase: Sentencia de la Corte Suprema, 24 de febrero de 2020, rol N° 44.266-2017.

Del mismo modo, esta conexión comentada fue objeto de un pronunciamiento específico en su historia fidedigna, así se menciona que

(...) la represión de la competencia desleal se justifica en la cautela de diversos bienes jurídicos: la protección del consumidor y del competidor frente a malas prácticas comerciales; la cautela de la propiedad intelectual e industrial; la libre competencia que puede ser afectada de manera refleja por actos de competencia desleal. (Biblioteca del Congreso Nacional, 2007, p. 235)

Una vez asentadas las coordenadas valorativas de la LCD desde un plano externo, me abocaré a mencionar en qué consistiría integrar normativamente la cláusula general desde una faz interna.

Sobre esto, existe consenso en la doctrina comparada de que los tipos especiales (que en nuestra ley se contienen en el art. 4°) deben ser la primera fuente de integración de la cláusula general en sede de competencia desleal (Cabanellas et al., 2014, p. 260; García-Cruces, 2014, p. 1185). Así, a partir de la tipificación que el legislador realiza de los supuestos especiales, pueden deducirse criterios de carácter general, que exceden los tipificados, pero que sirven para conocer lo que el legislador entiende como desleal (Bercovitz, 2011, p. 102).

Esta posición también ha sido compartida por la jurisprudencia chilena, siendo relevante lo dicho por la Corte de Apelaciones de Santiago al respecto:

Que, en este orden de ideas, la cláusula general del artículo 3° tiene como propósito recoger aquellas conductas que, en la dinámica de los negocios y de la actividad del mercado, se pueden ir generando y de las que las previsiones legislativas no son capaces de anticipar. Sin embargo, pese a esta aparente amplitud, dicha disposición legal está llamada a actuar como una figura residual respecto del artículo 4° de esa ley, en cuanto contiene una enunciación casuística de casos de competencia desleal, a vía ejemplar. Desde esa óptica, las situaciones que se señalan a modo de ejemplo conforman un marco referencial para la descripción genérica que les antecede, en términos que unas y la otra respondan a un denominador común,

que no es otro que la tutela del bien jurídico consistente en la competencia decente y leal.¹⁴

De esta apretada síntesis del sistema externo e interno de la LCD, es posible concluir que la integración de la cláusula general debe alejarse de resabios extralegales, como lo son los usos habituales en el comercio, siendo por ello una tarea eminentemente normativa. En tal sentido, seguimos la doctrina germana en cuanto a sostener que los códigos de autorregulación acordados por asociaciones de empresarios, en el mejor de los casos, podrían ser considerados como un elemento indiciario de la deslealtad de una conducta, empero, no puede sustituir la apreciación que debe hacer el juez a la luz de las prescripciones normativas de la LCD (Köhler et al., 2025, § 3, marg. 2.31; Ohly y Sosnitza, 2023, § 3, marg. 29).

Ahora bien, tal tarea no significa que la cláusula general pasará a ser automáticamente operativa, puesto que ello sólo nos entrega un marco referencial de donde se extraen los criterios valorativos a partir de los cuales se pueden efectuar los enjuiciamientos particulares.

Por lo tanto, como un segundo escalón de este análisis, a nuestro parecer se requiere efectuar una elaboración de grupos de casos sistematizados en torno a la cláusula general, lo que proporcionará previsibilidad y certidumbre a los operadores jurídicos sobre la licitud de sus comportamientos concurrenciales (Emparanza, 2000, p. 178; Suñol, 2003, p. 13).

9. La integración de la cláusula general por medio de la elaboración de casos típicos

Como ya se ha dicho, al momento de aplicar la cláusula general de competencia desleal, por su indeterminación, al intérprete no le es posible simplemente subsumir el supuesto examinado respecto a la norma en cuestión. Por ello, el juez, cada vez que resuelve sobre un asunto en virtud de la cláusula general, crea la norma de conducta.

De este modo, tal como revisamos *supra* en el caso del derecho

14 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de marzo de 2019, rol N° 5771-2018.

alemán, desde principios de siglo XX sus tribunales tuvieron especial predilección en orientarse en decisiones anteriores y finalmente formar grupos de casos que tenían características similares entre sí (Beater, 1997, p. 917). En el ámbito del derecho civil chileno, Schopf (2017), al tratar las buenas costumbres, se aproxima en similares términos al decir que: “(...) el exacto significado de las buenas costumbres se pone esencialmente al descubierto en una serie de concreciones específicas, casos típicos y ejemplos” (p. 527).

Por lo tanto, lo que se sugiere a continuación es la necesidad de efectuar una sistematización de los casos típicos de competencia desleal en nuestro derecho, para lo cual nos serviremos de la jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia.¹⁵

Las ventajas de nuestra propuesta no se limitan sólo proporcionar una mayor previsibilidad o certidumbre acerca de la valoración de la deslealtad a la luz de la cláusula general (Suñol, 2003, p. 13), sino que, además, un sistema de casos típicos debidamente contrastados servirá como un patrón de orientación a los jueces para aproximarse inicialmente al supuesto de hecho sometido a su decisión (Luna, 2019, p. 230; Ohly, 2001, p. 39).

Asimismo, la sistematización de un grupo de casos, con los debidos resguardos, facilita la aplicación de la cláusula general, debido a que, si están debidamente descritos los supuestos típicos, la labor jurisdiccional se asemejará de alguna forma a la operación de subsumción normativa (Miquel, 1997, p. 309).

Finalmente, la formación de una constelación de casos típicos cumple una tarea precodificadora, puesto que tiene lugar una verdadera interacción entre los jueces y el legislador, debido a que las hipótesis ya asentadas por la jurisprudencia con posterioridad podrían transformarse en casos típicos recogidos por la legislación, que ya cuentan con examen efectuado por la dogmática y la praxis (Beater, 1994, p. 86), siendo lo que ocurrió con la reforma de la ley alemana

15 Se debe mencionar que Barros (2020, T. II, pp. 965-967) presenta una sistematización para el derecho chileno, que distingue entre actos de entorpecimiento, engaño al público y apropiación de atributos ajenos. Esta ordenación sigue los pasos expresados por Köhler y particularmente por Nerreter y Ulmer. Cfr. Beater (1997, p. 918).

de competencia desleal en 2004, cuando los casos típicos creados por la doctrina y la jurisprudencia pasaron a formar parte de la ley (Henning-Bodewig, 2005, p. 424).

Ahora bien, lo anterior no significa que la metodología que se propone no esté exenta de riesgos en su utilización, como lo ha descrito la dogmática. Así, Ohly (1997) ha destacado que algunos casos son contruidos por la doctrina con base en términos abstractos de difícil aprehensión, como, a modo ejemplo, la “buena reputación” que se emplea en el supuesto denominando “aprovechamiento indebido de la buena reputación ajena”, lo cual transforma estas hipótesis típicas en “pequeñas cláusulas generales” (p. 304).

Adicionalmente, se afirma que la dogmática no debe llevar a cabo esta labor creadora de tipos con un ánimo de exhaustividad, sino que debe atenerse a la probabilidad de que el sistema de casos que se plantea pueda ser incompleto, quedando por definición abierta la posibilidad de nuevas constelaciones de hechos, que, por sus particularidades, no encajen en los tipos ya concebidos (Corral, 2020, pp. 120-121; Schopf, 2018, pp. 140-141).

Por otro lado, se debe mencionar que, si bien uno de los elementos importantes para integrar valorativamente la cláusula general son los tipos especiales contenidos en la ley, no se debe cometer el error de concebir que los criterios de deslealtad extraídos por los tipos modelan de forma exclusiva la cláusula general, ya que, con ello, tal norma disminuye su eficacia o inclusive se corre el riesgo de petrificarse (Areán y García Pérez, 2013, p. 365).

Se debe reiterar que por medio de la aplicación de la cláusula general no se pueden subvertir orientaciones dispuestas por la Constitución, en las leyes especiales y en los tipos especialmente descritos en la LCD (Massaguer, 2003, p. 115). Por eso, la cláusula general no puede ser usada para precisamente restringir la competencia (Barros, 2020, T. II, p. 965), lo que ocurría, a modo de ejemplo, si a través de la cláusula general se crearan derechos de exclusiva distintos a las tutelas especiales de la ley de propiedad industrial o intelectual (Bernet, 2014, pp. 108-110).

Asentadas las coordenadas valorativas de nuestra tesis, a continuación efectuaremos un análisis de las prácticas desleales que se han enjuiciado por la jurisprudencia chilena acudiendo a la cláusula

general, destacando que en tal tarea los tribunales no han dado una justificación específica e íntegra respecto de su condena, de ahí que el interés de este trabajo sea dar las razones que permitan motivar estas decisiones judiciales y, con ello, poder ser una guía para su aplicación para futuros casos similares o análogos.

De esta manera, estimamos que es posible identificar los siguientes grupos de casos derivados de la cláusula general, estos son: (i) la publicidad molesta o agresiva a los consumidores; (ii) el aprovechamiento indebido de la reputación ajena de un signo distintivo notorio; (iii) la afectación a la reputación de un signo distintivo renombrado; (iv) los actos de obstaculización a los competidores; y (v) el aprovechamiento indebido de los esfuerzos ajenos de un competidor.

En los siguientes epígrafes, efectuaremos el análisis por separado de estos tipos, lo que no implica que, como hemos revisado, existan otros potenciales ilícitos sancionables a través de la cláusula general, como lo es la violación de normas o la publicidad de tono emocional, empero, todavía esas conductas no han recibido una sanción específica por los tribunales de justicia de Chile, por lo que su examen será objeto de otro estudio.

10. La publicidad molesta o agresiva a los consumidores

Por “publicidad molesta o agresiva” nos referimos a aquellas técnicas de *marketing* directo en las que los consumidores son invadidos de forma significativa en su esfera privada por proveedores, ya sea a través de insistentes llamadas telefónicas o bien por medio de mensajes SMS o correos electrónicos no deseados (Emparanza, 2011, p. 163). Esta práctica publicitaria no es nueva, siendo uno de los primeros casos detectados en el derecho el ofrecimiento de servicios funerarios a los deudos del occiso en hospitales o en lugares cercanos a un accidente (Massaguer, 2003, p. 139, 2010, p. 18).

La sanción de esta práctica en el derecho de la competencia desleal es una elaboración de la doctrina y jurisprudencia germanas (*belästigende Werbung*), la cual fue inicialmente proscrita mediante la cláusula general de competencia desleal de la Ley de competencia desleal de 1909 y actualmente se castiga al amparo del § 7 de la Ley

de competencia desleal vigente (González Pons, 2019, p. 77; Köhler et al., 2025, § 7, marg. 1).

Los motivos que se esgrimen para penalizar estas conductas son variados.

Así, se sostiene que la publicidad molesta podría dañar la libertad de decisión de los consumidores, quienes estarían privados de adoptar una elección reflexiva sobre las diversas ofertas que se les presenten. Asimismo, se indica que esta práctica lesionaría el funcionamiento de los mercados, puesto que el público consumidor no optaría por las prestaciones más adecuadas, lo cual se contrapone con el modelo de competencia basada en la eficiencia. Del mismo modo, se indica que la publicidad molesta supondría una invasión en la esfera privada de los consumidores, destacándose que el anunciante tiene diversas alternativas menos gravosas para aproximarse a ofrecer sus productos o servicios. Finalmente, se agrega que, de admitirse este tipo de comportamientos, se corre el riesgo de que ciertas prácticas se generalicen, lo cual da pie a la degradación de la competencia (Montero, 2012, pp. 177-178; Tato et al., 2010, pp. 184-185).

Ahora bien, junto con estos argumentos expuestos por la doctrina para rechazar la figura de la publicidad molesta, de modo reciente se ha esbozado que las nuevas formas de *marketing* directo —como son las llamadas telefónicas automáticas, mensajes SMS o los correos electrónicos no deseados— se deben sancionar debido a que se realizan a expensas del destinatario, quien debe utilizar importantes recursos para su eliminación sin haber requerido tal información comercial. En este punto, se destaca que esta publicidad no sólo disminuye la capacidad de almacenamiento de los equipos móviles o informáticos, sino que, además, distrae al receptor de emplear su tiempo en actividades más rentables (Fezer et al., 2016, § 7, marg. 47).

En la LCD no hay una descripción típica de la publicidad molesta o agresiva, a diferencia de otras leyes, como es la española o la alemana. Ello no impide que no se pueda acudir a la cláusula general del art. 3° para intentar sancionar estos comportamientos indeseables en atención a su carácter de norma de cobertura. En tal sentido, sostenemos que fluye con naturalidad que sería contraria a la buena fe o las buenas costumbres que deben imperar en los mercados algunas de las modalidades de publicidad molesta, puesto que restringen

severamente el derecho de los consumidores para elegir libremente los bienes o servicios ofrecidos en el comercio (López, 2023, pp. 166-168).

Del mismo modo, esta línea de razonamiento es consistente con una interpretación sistemática de la LCD, ya que de los tipos especiales de publicidad engañosa (art. 4, letra b.) y de la publicidad denigratoria (art. 4, letra c.) se aprecia con nitidez que el legislador repugna todo comportamiento que afecte la libertad de decisión de los consumidores, como sería el supuesto de la publicidad altamente irritante.

Asentado como premisa que toda publicidad puede generar algún nivel de molestia a los consumidores (Castro, 2024, p. 112), lo que cabe es determinar bajo qué criterios normativos una publicidad puede ser calificada como molesta al efectivamente dañar o lesionar la libertad de elección de los consumidores, o bien invadir su esfera íntima y, con ello, que sea sancionable por la LCD (Tato et al., 2010, pp. 182).

A partir de este supuesto, a continuación presentamos las circunstancias normativas que deben ser consideradas para el enjuiciamiento de estas prácticas a la luz del art. 3 de la LCD, las que deberán ser moduladas conforme a los aspectos fácticos del caso sometido a la decisión del sentenciador (Köhler et al., 2025, § 7, marg. 23-27.)

El primer canon para tener en cuenta es que, para catalogar una determinada publicidad como molesta, no se debe atender a su contenido, sino exclusivamente a los medios empleados, de ahí que resulte irrelevante examinar si esta es portadora de un mensaje desagradable o de mal gusto (Köhler et al., 2025, § 7, marg. 20). Por tanto, el énfasis se encuentra en la forma en cómo se transmiten las comunicaciones publicitarias, las cuales son percibidas como irritantes por los consumidores, al ser impuestas sin —o en contra de— su voluntad (Fezer et al., 2016, § 7, marg. 45).

El segundo elemento para considerar es precisar el grado de intensidad de la invasión en la esfera privada de los destinatarios. Así, se ha estimado que pueden ser casos de publicidad molesta las visitas reiteradas y sorpresivas efectuadas por un vendedor al domicilio de un consumidor, dando cuenta de que sólo dejará de realizar estas apariciones no consentidas hasta que su potencial cliente adquiera los artículos que ofrece (González Pons, 2019, pp. 90-91).

La tercera pauta formulada es si el anunciante puede efectuar su actividad publicitaria por un medio menos intrusivo, de forma que le cause una mínima molestia al consumidor. Así, esta regla se complementa con la cuarta, que atiende a la cantidad de tiempo, trabajo y costos que debe asumir el destinatario del mensaje para deshacerse de la publicidad (Köhler et al., 2025, § 7, marg. 24-25). Así, siguiendo estos criterios, no sería una publicidad molesta la entrega de material publicitario a los peatones en la calle, ya que ellos pueden desechar rápidamente ese mensaje, empero, sí sería una publicidad irritante si un peatón es abordado en la calle por un oferente y se lo retiene hasta hacerlo entrar a un establecimiento mercantil para que adquiera un producto (González Pons, 2019, pp. 99).

Adicionalmente, se formula como un quinto patrón valorativo de estos comportamientos la masividad o la reiteración del hostigamiento efectuado por un anunciante. En este sentido, se señala que puede ocurrir que una práctica en sí misma puede no ser considerada molesta, como una llamada telefónica, pero si esta es reiterada en el tiempo, puede volverse insoportable para los afectados (Köhler et al., 2025, § 7, marg. 27). Así, se sostiene en este tipo de acto la hipótesis de que algunos clientes, a fin de librarse de esa presión reiterada de llamados telefónicos, terminan por rendirse y aceptar la propuesta presentada por el oferente con el exclusivo deseo de librarse del acoso (González Pons, 2019, pp. 97).

Por otro lado, el sexto elemento normativo para calificar si una publicidad es de tono molesto consiste en valorar tal conducta bajo el prisma del consumidor medio que forma parte del círculo al cual va dirigido el mensaje publicitario (Köhler et al., 2025, § 7, marg. 21). Es a partir de esta noción que la doctrina ha esgrimido que deben rechazarse planteamientos excesivamente proteccionistas a favor de los consumidores, ya sea por considerarlos crédulos, influenciados o de escaso nivel de formación (Tato et al., 2010, p. 96). No obstante, esta regla sufre una excepción al tratarse de comunicaciones publicitarias destinadas a consumidores vulnerables, ya sea por enfermedades físicas, trastornos mentales o edad. En este supuesto, la valoración del acto publicitario se realizará bajo el ángulo del consumidor promedio que forme parte de este colectivo especialmente vulnerable (Aguilar, 2020, p. 77).

Finalmente, se debe mencionar que este tipo de publicidad desleal ha sido castigada en Chile por los tribunales acudiendo a la cláusula general. Así, en el litigio caratulado *Preuniversitario Pedro de Valdivia con Establecimientos Educaciones La Alameda*,¹⁶ la actora acusaba a la demandada que empleaba como técnica de *marketing* directo la presencia de su fuerza de venta en las puertas del establecimiento educacional de la demandante, de forma que, cuando los consumidores se acercaban para matricular a sus hijos, se les persuadía de no contratar los servicios de la actora a través de afirmaciones denigratorias en su contra y, además, se les ofrecía los servicios de taxi para que fueran trasladados de inmediato al centro educacional de la infractora. Así, en vistas de estos hechos asentados en la causa, la Corte de Apelaciones de Santiago condenó a la demandada por actos de competencia desleal, esgrimiendo, entre otras razones, que estos actos de propaganda realizados por la infractora constituían un acoso a los potenciales consumidores, a quienes se les abordaba ejerciendo una presión excesiva para ofrecer sus servicios.

11. El aprovechamiento indebido de la reputación ajena de un signo distintivo notorio

Este ilícito desleal derivado de la cláusula general es particularmente interesante en el derecho chileno en atención a que la Ley de Propiedad industrial (en adelante, LPI) no dispensa una protección satisfactoria a favor de los titulares de las marcas notoriamente conocidas, puesto que su tutela sólo se limita al riesgo de confusión, dejando sin sanción la normativa especial a las conductas parasitarias, como es el aprovechamiento indebido de la reputación ajena condensada en un signo distintivo.

Así, ante la ausencia de una protección específica de la marca notoriamente conocida en la LPI, es posible apreciar —con algunos ripios— que tal laguna se ha integrado a través de la LCD, conforme a los siguientes pronunciamientos de los tribunales, aunque también se ha acudido a la LPI en ciertas ocasiones.

16 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2014, rol N° 7334-2013.

El primero de ellos es la sentencia recaída en el asunto *Columbia*, en la cual dicha reconocida marca de vestir deportivo demandó en sede de competencia desleal el cese del uso de este signo distintivo por un tercero para distinguir ropa de hogar, principalmente toallas y cubrecamas. El Tribunal estimó la acción al señalar que:

(...) el hecho de encontrarse un artículo avalado por una marca induce a que el cliente o destinatario final del producto incurra en un error toda vez que asocia una marca determinada a un signo, y éstos a su vez a un prestigio (...).¹⁷

La segunda decisión pertinente es la dictada en el litigio *Dominó*, conforme a la cual esta conocida cadena de fuentes de soda demandó —bajo la LPI— la infracción a sus derechos marcarios respecto de la expresión “Dominó”. El infractor, en este caso, era un propietario de un local de comida rápida que promocionaba sus alimentos bajo la siguiente leyenda: “Completo estilo Dominó”. El tribunal aseveró como motivo para acoger la acción lo siguiente:

(...) si bien en el cartel se expresa la palabra ‘estilo’, por la cual se manifiesta que no es la misma marca, lo cierto es que resulta claro que el establecer en su cartel que comercializa ‘completo estilo Dominó’, lo que se busca por el demandado es mejorar sus opciones de venta atribuyéndose a sus productos una calidad similar a los productos que vende el actor como propaganda para que en virtud de ello, el público los adquiera mediante precisamente, la utilización de la etiqueta y marca registrada por el demandante.¹⁸

Por último, es de interés lo dicho por la Corte Suprema en el caso *L'oreal con Prater*. En ese juicio, esta renombrada casa de perfumes reclamó en sede competencia desleal (art. 4, letras a. y b. de la LCD) la imitación de la presentación comercial de sus productos Hypnôse de Lancôme, Trésor y Amor Amor de Cacharel. En lo que nos inte-

17 Sentencia del 19° Juzgado Civil de Santiago, 26 de enero de 2012, rol N° 5640-2010.

18 Sentencia del 16° Juzgado Civil de Santiago, 4 de diciembre de 2013, rol

resa, se resuelve por la Corte Suprema que: “(...) la demandada se ha aprovechado de la reputación ajena para incrementar sus ventas en perjuicio de la actora y ha hecho uso de signos distintivos de envases y colores y aún de nombres de tres perfumes que imitan (...)”.¹⁹

Acerca de las decisiones revisadas, se debe mencionar que los tribunales realizan un meritorio esfuerzo para tutelar la marca notoriamente conocida, ocupando para ello la figura del riesgo de confusión. Sin embargo, conforme a los hechos de cada uno de los casos, se aprecia que, más que estar ante un ilícito de confusión, nos encontramos ante un supuesto de aprovechamiento indebido de la reputación ajena, siendo revelador al respecto la sentencia *Dominó*, en la que se sanciona la denominada publicidad adhesiva, hipótesis típica de este ilícito especial no sancionable por el art. 19 bis D de la LPI (López, 2024, pp. 540 y 553).²⁰

Sin perjuicio de los esfuerzos desplegados por los tribunales de justicia mencionados *supra*, estimamos que lo correcto sería sancionar el ilícito de aprovechamiento indebido de la reputación ajena acudiendo para ello a la cláusula general del art. 3° de la LCD, en atención a que este supuesto típico no se recoge en el catálogo del art. 4° de la LCD.

Para lo anterior, el primer alcance que debemos formular es cuál sería el fundamento normativo para castigar este ilícito. En tal sentido, en la doctrina se han ensayado como motivos el respeto a la competencia por méritos como principio ordenador de la competencia (Monteagudo, 1995, p. 255) o el carácter pluriofensivo de esta conducta, en cuanto a que daña tanto al empresario afectado por la usurpación de la marca notoria —que se le expolia de su ventaja competitiva condensaba en su reputación— como a los consumidores, en cuanto a verse expuestos a una información incorrecta que inciden en sus elecciones o preferencias (García Pérez, 2008, p. 315; Massaguer, 1999, pp. 364-365).

19.674-2012.

19 Sentencia de la Corte Suprema, 21 de noviembre de 2016, rol N° 15.897-2015.

20 Esta autora indica que la publicidad adhesiva podría ser sancionada tanto por el art. 19 bis D de la LPI como por el art. 3 de la LCD.

Reconociendo que tales motivos pueden resultar ajustados para cimentar la prohibición comentada, podemos aportar que también sería contrario a la cláusula general de competencia desleal toda conducta que afecte el contenido mínimo de las exigencias propias del proceso competitivo, siendo una de ellas la transparencia que debe imperar en el mercado para diferenciar las ofertas presentes.

De esta manera, la reputación de un empresario que se condensa en su marca comercial notoria comporta un caudal informativo que ordena y facilita el normal desarrollo del mercado, debiendo por ello ser tutelada en interés de todos los participantes del tráfico (Fernández Nóvoa, 2014, p. 54), lo cual es consistente con la finalidad de la LCD que se establece en su art. 1°. Así, siguiendo a Cruz (2024, pp. 332-333), la reputación de estos signos notorios no se protege por afectarse un derecho de exclusiva, sino por el valor que tiene dicho renombre para el adecuado funcionamiento del mercado.

Ahora bien, se debe advertir que la concesión de una tutela exorbitada a la marca notoriamente conocida puede ser perjudicial para el sistema jurídico, puesto que puede favorecer de manera desequilibrada a sus titulares en desmedro de consumidores u otros partícipes, lo que se reflejaría en un incremento de precios o restricciones a otros valores, como es la libertad de expresión. De este modo, este ilícito debe ser construido a partir de la cláusula general, teniendo a la vista todos los intereses concurrentes, a saber: del empresario pionero, del imitador y del público general.

A partir de esta directriz hermenéutica, postulamos que los requisitos que deben configurarse para sancionar el ilícito de aprovechamiento indebido de la reputación ajena con ocasión de la utilización de una marca notoria son cinco, los cuales deben ser evaluados de manera conjunta, puesto que se encuentran estrechamente entrelazados.

El primero, como es natural, es que el signo notorio se encuentre fuertemente implantado en el mercado, ya que eso facilitará la capacidad de atracción al público; en otras palabras, a mayor reputación, será más probable la ocurrencia de este ilícito (Monteagudo, 1995, p. 257). El segundo es el grado de identidad o similitud de las marcas enfrentadas, lo que permite que la marca posterior evoque a la anterior en la mente de los consumidores, lo que no implica la existencia de un riesgo de confusión (Suñol, 2022, p. 153). El tercero

es el grado de proximidad competitiva de las partes involucradas, de modo que, entre más estrecha sea esa relación, más evidente será el riesgo de la expoliación de la reputación ajena (Massaguer, 1999, p. 370). El cuarto es que no concurra alguna causal que justifique la utilización por el tercero de la marca en cuestión, como puede ser un uso expresivo (Bernet, 2023, pp. 279-294), destacándose que, probablemente, el empleo a título decorativo de una marca ajena sería considerado como desleal (Suñol, 2022, p. 155), como también su uso como publicidad adhesiva (práctica muy común en la industria de la perfumería por equivalencia: Gómez García, 2017 pp. 152-153). Y quinto, se podrá atender si el mercado en el que tiene lugar la supuesta infracción existe una práctica constante de un pago de un canon por la licencia de una marca de otro, lo cual, a su vez, es un reflejo de un ahorro de costes por parte del imitador (Köhler et al., 2025, § 4, marg. 3.51a).

En el caso de que se cumplan los requisitos mencionados —construidos bajo un delicado equilibrio competitivo—, será posible tutelar en el derecho chileno la marca notoria que sea utilizada por un tercero en una hipótesis distinta al riesgo de confusión, como lo es su aprovechamiento indebido de la reputación ajena, recurriendo para tales efectos a la cláusula general del art. 3 de la LCD.

12. La afectación a la reputación de un signo distintivo renombrado

Este ilícito que puede afectar un signo distintivo renombrado carece de sanción por la LPI. Asimismo, tampoco se recoge como un tipo especial en el art. 4 de la LCD, debiendo, por tanto, acudir a la cláusula general para reprimir tal comportamiento reprobable.

En tal sentido, la Corte Suprema, en la importante decisión *Parfums Christian Dior con Tais*, sancionó este ilícito por medio de la cláusula general. Los hechos que motivaron este litigio consistían en que la demandada, una vez terminado un contrato de distribución exclusiva con esta conocida casa de fragancias, en vez de restituírle a ésta los productos que quedaban en su inventario como ordenaba tal convenio, procedió a comercializarlos a precios muy bajos y en establecimientos comerciales que carecían de la imagen propia del lujo.

Para fundamentar su decisión, la Corte Suprema esgrimió los siguientes argumentos:

(...) es posible inferir que dentro del tráfico comercial en un mercado del lujo —que progresivamente se ha ido abriendo paso en nuestro país— la regla de conducta básica de un empresario correcto y decente (usando los términos de Barros), es aquella que impone el deber de no realizar actos que puedan lesionar la imagen de exclusividad del producto de que se trate, lo que significa, entre otros, cuidar los lugares donde se comercializan y el precio y la forma en que se ofrecen, en la medida que ello mantiene la segmentación del consumidor, asociado a una escasez de demanda propia de ese tipo de mercado, ciertamente, no masivo. En el caso que nos ocupa, ha quedado establecido que los demandados, en términos objetivos, realizaron actos que no se ajustan a la regla anotada, desde que comercializaron bienes de lujo producidos por la demandante (...) en ventas a precios especiales, con fuertes rebajas, en la bodega del demandado ubicada en calle Emilio Vaisse 376, de la comuna de Providencia. Esos hechos, dañan la percepción que los consumidores de dicho mercado de lujo tienen de la marca de la demandante —mundialmente conocida— y son susceptibles de generar una desviación de la clientela de su actual distribuidor. Recordemos que estamos en presencia de un ilícito de peligro, por lo que basta la amenaza de que aquello suceda.²¹

En cuanto a las razones para justificar esta tutela especial a las marcas renombradas en el seno de la cláusula general, consideramos que son similares a las expresadas respecto al ilícito de aprovechamiento indebido de la reputación ajena, en atención a que actuaciones que lesionan el renombre de un signo distintivo en el mercado, como es la venta a pérdida o en lugares de escaso gusto, no sólo lesionan su aura de prestigio, sino que, además, alteran la transparencia que debe imperar en los mercados. Acerca de ello, se debe recordar que el *goodwill* condensado en la marca renombrada muchas veces es

21 Sentencia de la Corte Suprema, 25 de noviembre de 2015, rol N° 23.680-2014.

el elemento que induce a los consumidores a comprar un determinado producto, de ahí que una perturbación significativa a esta especial cualidad podría introducir un falseamiento en la competencia.

13. Los actos de obstaculización a los competidores

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el alemán, la LCD no regula como un ilícito especial los actos de obstaculización dirigidos en contra de un particular competidor y por ello, para su sanción, debemos recurrir a la cláusula de competencia desleal.

Lo característico de estas prácticas es que perjudican a un rival específico en el mercado, impidiéndole acceder o mantenerse en él; por ello también se lo denomina “obstrucción selectiva” (Köhler et al., 2025, § 4, marg. 4.1). Son ejemplos de estos actos el boicot, la destrucción de material publicitario, la interrupción en los procesos operativos, los daños ilícitos en las instalaciones, el registro de signos distintivos ajenos que impidan promocionar productos o servicios o la captación de trabajadores ajenos (Köhler et al., 2025, § 4, marg. 4.8; Massaguer, 2003, p. 127; Suñol, 2003, p. 14).

El fundamento que motiva la represión de esta conducta se encuentra en que la obtención de una mayor participación en el mercado por un agente debe ser fruto de su propio esfuerzo o mérito y, en consecuencia, estamos ante una práctica desleal si tal resultado se obtiene únicamente mediante técnicas de naturaleza obstruccionistas, las cuales desvirtuarían las bases propias de la competencia (Suñol, 2003, p. 14; Tato et al., 2010, p. 78; Casado, 2022, p. 95). Debemos recordar que la cláusula general, en cuanto a su integración, se nutre del derecho de la libre competencia y, por ello, resultaría contrario a tales reglas una conducta que distorsiona el correcto funcionamiento de los mercados. Asimismo, conforme a lo que hemos llamado “integración interna de la LCD”, su artículo 4° letra g) contempla como un ilícito especial: “El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado”, lo que nos permite sostener que el legislador repugna las vías obstaculizadoras de la competencia, siendo una especie de ellas este ilícito desleal tipificado por el legislador, dando pie a sancionar otras formas de obstrucción selectiva a través de la cláusula general.

Ahora bien, calificar un acto competitivo como obstruccionista no es una tarea fácil, puesto que toda actuación que genera un beneficio para un agente del mercado naturalmente causará un perjuicio para otro, de ahí que sea de interés en este ámbito seguir las directrices dadas por la doctrina autorizada. Así, para ella, el umbral de obstaculización desleal se supera cuando, conforme a circunstancias objetivas, la actuación examinada no pretende promover las propias prestaciones del sujeto en cuestión, sino únicamente perjudicar a un rival. De ahí que deba tratarse de acciones que produzcan efectos significativos para los partícipes en el mercado, en especial si son ejecutados por un agente con poder de mercado en contra de un competidor vulnerable. Además, una herramienta que resulta útil en este examen es acudir al principio de proporcionalidad a fin de averiguar si el hechor tuvo a su disposición otras alternativas —distinta de la ejecutada— para alcanzar el resultado deseado sin causar un daño mayor a su competidor (Köhler et al., 2025, § 4, marg. 4.11).

Para comprender este ilícito, resulta útil acudir al examen de la sentencia recaída en el asunto *Parque de Concepción*. Los antecedentes fácticos de este caso se remontan a una licitación pública efectuada por la Municipalidad de Concepción para adjudicar la concesión del nuevo cementerio comunal denominado “Parque de Concepción”. En dicho proceso licitatorio, participaron las partes de este proceso judicial, siendo interesante mencionar que la demandada, antes de presentar su oferta en dicho concurso, solicitó ante la oficina de marcas de Chile (INAPI) el registro de la denominación “Parque de Concepción”. Con posterioridad, la demandada se excusó de seguir adelante en la licitación, empero, no abandonó su intención de registrar a su nombre la marca mencionada. De esta manera, la demandante, una vez que se le adjudicó el proyecto de cementerio por la Municipalidad, fue notificada de una acción judicial por infracción marcaria deducida por la demandada en su calidad de titular de ese signo distintivo.

A partir de estos hechos, la demandante interpuso una demanda por competencia desleal, argumentando que las actuaciones de la contraria eran actos de obstaculización, en particular, mediante la inscripción abusiva de la marca y el ulterior ejercicio arbitrario de acciones judiciales para impedir el desarrollo legítimo de su acti-

vidad comercial. El tribunal acogió la acción deducida y, para ello, manifestó las siguientes consideraciones:

En este sentido, es preciso destacar que, a juicio de esta sentenciadora, la actuación de la demandada sólo buscaba prohibir o evitar la inscripción de una marca con la cual se denominó públicamente al proyecto, y utilizar consecuentemente las acciones judiciales que resguardan dicha inscripción, teniendo el efecto de impedir la competencia en el mercado del eventual adjudicatario y que si bien, no utilizó medios ilegales, son subterfugios que exceden el derecho que les reconoce la propiedad industrial, en definitiva, configurándose como conductas contrarias a las normas, principios y bases sobre las cuales se desarrolla una libre y leal competencia en una economía que se jacta de llevar el calificativo de 'Social de Mercado'.²²

Por último, otra especie del ilícito de obstrucción es la desorganización de un rival, pudiéndose mencionar que la jurisprudencia chilena la ha recepcionado en casos de vaciamiento de activos esenciales, operación que es ejecutada respecto a una sociedad por un administrador infiel, el cual traspasa tales bienes indispensables para su funcionamiento a un valor inferior del mercado a una entidad competidora que es de su propiedad. En concreto, en el juicio *Sociedad Riquelme Limitada con Sociedad Agroindustrial y procesadora de Frutas Limitada* se resuelve acoger la demanda invocando al efecto la cláusula general del art. 3° de la LCD razonado que:

(...) el comportamiento de la sociedad demandada, a través de su representante legal, quien asimismo era el administrador de la actora, incurrió en una conducta reprochable al privar del activo a una sociedad de la cual tenía la responsabilidad legal y moral de resguardar (...).²³

22 Sentencia del 13° Juzgado Civil de Santiago, 11 de agosto de 2009, rol N° 11.487-2008.

23 Sentencia de 2° Juzgado Civil de Chillán, 19 de agosto de 2015, rol N° 2991-2014.

14. El aprovechamiento indebido de los esfuerzos ajenos de un competidor

Se sostiene que los actos de expolio pueden ser sancionados acudiendo a la cláusula general, puesto que su ejecución socava el principio de competencia por mérito o por eficiencia, directriz propia del sistema económico que se recoge en el sistema externo de la LCD. En tal sentido, no sería ajustado a la LCD si se permitiera que ciertos agentes obtuviesen ventajas ilegítimas a costa de sus competidores. Así, las hipótesis más comunes de este tipo es la captación de clientela por parte de trabajadores de la empresa afectada, los cuales, valiéndose de la organización y de la información confidencial de tal entidad, compiten con ella arrebatándole sus clientes (Massaguer, 1999, p. 156).

De este modo, las sentencias que mencionamos a continuación comparten como supuesto fáctico común la participación de un administrador, ejecutivo principal o dependiente que, en virtud de la posición que ostentaban en una compañía, le permitía conocer sus secretos comerciales, haciéndose de tal información para su provecho personal o de terceros relacionados, y, en lo que nos interesa, utilizaban tal conocimiento reservado para competirle a su empleador mediante vehículos especiales que creaban al efecto durante su vínculo con la compañía a la que le debían lealtad.

Un primer ejemplo de lo dicho es el asunto *Desarrollo de Tecnologías y Sistemas Limitada con Holdtech S.A.* En este litigio, la actora se percató de que su gerente general y otros altos ejecutivos constituyeron una sociedad que absorbió en su totalidad los servicios de *call center* que prestaban inicialmente a una gran compañía de telefonía. Es interesante en este caso que el tribunal recurrió a los deberes fiduciarios para dar cuenta de la ilicitud de los medios empleados para competir por parte de los demandados, tal como se indica a continuación:

(...) la utilización de medios ilegítimos, vale decir que las vías utilizadas por el competidor para desplazar a su competencia negocios o clientela, hayan sido ilícitos según las leyes vigentes; es posible expresar que para el caso en comento tales actos resultan evidentes, ello porque el señor Montecinos incumplió sus obligaciones como gerente general de la empresa DTS, consagradas en la Ley sobre so-

ciedades anónimas, especialmente los de lealtad, fidelidad y confidencialidad; convengamos en que es lógico concluir que los miembros de la sociedad demandada hicieron uso de la información que manejaban respecto de la sociedad demandante, para colocarse en una posición ventajosa frente a DTS, y los servicios que se ofrecieron prestar a Claro.²⁴

Otra arista interesante de este ilícito se aprecia en el caso *Azer S.A. con Quintero Mármol-López y otros*. En este proceso judicial, el elemento determinante para resolver sobre la ilegitimidad de los medios para competir por los demandados es el incumplimiento de una cláusula de no competencia, la que se había estipulado en los respectivos contratos de trabajo de los ejecutivos principales de la demandante. Así lo indica la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago:

(...) es dable concluir que la demandada Angélica Mar a Jara Orellana ha incurrido en actos de competencia desleal en contra de la sociedad demandante, Azer S.A. consistente en que, estando ligada por un vínculo contractual con la empresa Azer S.A., por medio del cual le estaba prohibido participar en otra empresa del mismo giro que su empleadora, intervino en la formación de una sociedad paralela con el mismo giro de aquella —Evaluaciones Quality Trust Limitada.— y participo desde esa nueva empresa en la licitación de prestación de servicios, compitiendo con Azer S.A., utilizando, debido al rol que desempeñaba como gerente de operaciones de esta última, los conocimientos y secretos de su ex-empleadora, con el objeto de desviar clientela hacia su nueva empresa (...).²⁵

Una similar posición a la expresada se contempla en *Bell Technologies S.A. con Miguel Ángel Montecinos Aguirre*, en la cual la Corte Suprema afirma que los hechos probados

24 Sentencia del 17° Juzgado Civil de Santiago, 31 de marzo del 2015, rol 23.573-2012.

25 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de julio de 2018, rol N° 12.675-2016.

(...) dan cuenta que Belltech S.A. y Mobius S.A. participaron en el proceso de licitación privada N° 4726 del Banco Estado, que el demandado se desempeñó para ambas, no obstante que se lo impedía el contrato de trabajo que celebró con la primera, dado que el giro comercial de ambas coincidían, y en la calidad de gerente de ventas tuvo a su disposición toda la información que conformó la propuesta que fue presentada a dicha institución bancaria, editando la versión final y asumiendo la calidad de persona de contacto en el referido proceso (...).²⁶

Asimismo, junto con la utilización de secretos comerciales ajenos, es posible mencionar alguna controversia en la que un administrador empleó sin autorización bienes inmateriales de su empleadora. Así, en el caso *El Postino S.A. con Encina y otros*,²⁷ los demandados —uno de ellos que tenía la calidad de gerente de área de la actora— constituyeron una sociedad competidora de la empleadora, y, a los efectos de promocionar los servicios de georreferenciación, utilizaron en una presentación de Power Point tablas confeccionadas por la actora. Dichas tablas fueron elaboradas por la demandante con información reservada entregada por un cliente en virtud de un contrato de prestación de servicios, de ahí que carecían de autorización los demandados para hacerse de esos datos.

Por último, nuestro análisis jurisprudencial no estaría íntegro si no mencionáramos como hipótesis de expolio sancionable por la cláusula general la sustracción de secretos comerciales de un competidor mediante técnicas de espionaje industrial. De ello se trató la causa *Biols SpA con Rendering Chile S.A.*

En este juicio, la actora le imputaba a la demandada la sustracción de secretos empresariales vitales para el funcionamiento de su negocio. Así, para llevar a cabo tal operación ilícita, la demandada se valió de uno de sus trabajadores, el cual, de manera temporal, pasó a prestar sus servicios como dependiente de la actora para luego renunciar, esgrimiendo un supuesto cambio de domicilio.

26 Sentencia de la Corte Suprema, 29 de mayo de 2020, rol N° 15.267-2017.

27 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de mayo de 2014, rol N° 1604-2013.

Sin embargo, en los hechos, tal trabajador, antes de darse de baja de su empleo, efectuó una copia de una planilla con información estratégica de la actora, la que almacenó en un *pendrive* y la remitió vía correo electrónico a la demandada.

De esta manera, la Corte Suprema considera cometido el ilícito desleal por la inducción por la demandada a la sustracción de los secretos empresariales de la víctima, al señalar:

(...) Nada hay, entonces, que reprocharle al señor Inarejo por el solo hecho de cambiar de un trabajo a otro, aun cuando las empresas compitan entre sí, como bien apunta la sentencia de primer grado, Biols SpA también ha contratado a empleados de Rendering Chile S.A. El problema se encuentra en la sustracción de información estratégica, y eso, evidentemente, no está amparado por la libertad de trabajo. A esta conclusión no obsta que, inevitablemente, un trabajador adquiera ciertos conocimientos en una empresa y no se le pueda impedir utilizarlos totalmente en otra. En esto se puede estar de acuerdo con la sentenciadora de primera instancia; el punto es que, en este caso particular, el tipo de información sustraída no era de aquella que, inevitablemente, un trabajador incorpora en su actividad laboral. Habrá que recordar la enorme cantidad de datos de que se trataba. El hecho que la haya almacenado en un *pendrive* y se le haya enviado por correo electrónico muestra, justamente, que no se trataba de conocimientos de la especie que, inevitablemente, se desplazan con una persona de un lugar a otro.²⁸

15. Conclusiones

En este trabajo, hemos presentado como tesis que la cláusula general de competencia desleal contenida en el art. 3 de la LCD debe ser integrada normativamente y, por ello, no debe acudir para dotar de contenido a criterios extrajurídicos, como lo son los denominados “usos del tráfico”. En tal sentido, sostenemos que esta tarea debe

²⁸ Sentencia de la Corte Suprema, 20 de septiembre de 2018, rol N° 9198-2017, C° 5.

efectuarse teniendo a la vista el sistema externo e interno de la LCD, del cual se pueden extraer los criterios valorativos para el enjuiciamiento de los comportamientos no especialmente tipificados por el legislador en el art. 4 de la LCD. No obstante, para facilitarles esta actividad integradora a los operadores jurídicos, hemos identificado un grupo de casos derivados de la cláusula general que ya han sido modelados por los tribunales de justicia, estos son: la publicidad molesta o agresiva a los consumidores, el aprovechamiento indebido de la reputación ajena de un signo distintivo notorio, la afectación a la reputación de un signo distintivo renombrado, los actos de obstaculización a los competidores y el aprovechamiento indebido de los esfuerzos ajenos de un competidor.

Bibliografía

- Aguilar, Y. (2020). *Las prácticas agresivas desleales en el mercado y la tutela del consumidor*. Aranzadi-Thomson Reuters.
- Areán, M. y García Pérez, R. (2013). El enquistamiento de la jurisprudencia sobre competencia desleal. En Tobío Rivas, A. M. (Coord.), *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade* (pp. 355-368). Marcial Pons.
- Barona, S. (2008). *Competencia desleal: Tutela jurisdiccional –especialmente proceso civil– y extrajurisdiccional*. Tirant lo Blanch.
- Barros, E. (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- Beater, A. (1994). Generalklauseln und Fallgruppen. *Archiv für die civilistische Praxis*, 194(1), 82-92.
- Beater, A. (1997). Schutzzweckdenken im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb. *JuristenZeitung*, (19), 916-922.
- Beier, F. K. (1985). The law of unfair competition in the European Community – Its development and present status. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, (2), 139-147.
- Bercovitz, A. (1992). Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal. En Bercovitz, A. (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991* (pp. 13-34). BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid.
- Bercovitz, A. (2011). Artículo 4. Cláusula general. En Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (pp. 93-113). Aranzadi-Thomson Reuters.

- Bernet, M. (2014). *La presentación comercial en el derecho de la competencia desleal: Evolución en el derecho comparado y su protección en Chile*. Legal Publishing.
- Bernet, M. (2018). El ámbito subjetivo de aplicación de la ley de competencia desleal. *Ius et Praxis*, (2), 431-468.
- Bernet, M. (2023). Los usos expresivos de las marcas comerciales. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 43, 279-294.
- Biblioteca del Congreso Nacional. (2007). *Historia de la Ley N° 20.169*. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5425/>
- Cabanelas, G., Palazzi, P., Sánchez, A. y Serebrinsky, D. (2014). *Derecho de la Competencia Desleal*. Heliasta.
- Casado, A. (2022). *Consecuencias negativas de las prácticas desleales contra los consumidores. Relaciones entre el Derecho contractual de consumo y el Derecho de la competencia desleal*. Marcial Pons.
- Castro, S. (2024). *Las prácticas comerciales agresivas como acto de competencia desleal: Análisis y aplicación pública y privada*. Bosch.
- Contreras, O. (2012). *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Corral, H. (2020). El principio de buena fe en el derecho civil: Riquezas y miserias. En *La buena fe en el derecho* (pp. 107-124). Tirant lo Blanch.
- Cruz, M. (2024). *Las relaciones entre propiedad intelectual y el derecho de la competencia desleal: Un análisis a partir de la complementariedad de protecciones en España y Alemania*. Tirant lo Blanch.
- De Vrey, R. (2006). *Towards a European Unfair Competition Law: A clash between legal families. A comparative study of English, German and Dutch law in light of existing European and international legal instruments*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Domínguez, E. (2003). *Competencia Desleal a Través de Actos de Imitación Sistemática*. Thomson-Aranzadi.
- Emparanza, A. (2000). *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*. Civitas.
- Emparanza, A. (2011). Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: Un supuesto de prácticas agresivas por acoso. *Actas de Derecho Industrial*, (31), 153-178.
- Engisch, K. (1967). *Introducción al pensamiento jurídico* (Trad. E. Garzón Valdés). Ediciones Guadarrama.
- Fernández-Nóvoa, C. (2006). La directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales. *Diario La Ley*, (6408).
- Fezer, K. H., Büscher, W. y Obergfell, E. (2016). *Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*. Beck.
- Font, J. I. y Miranda, L. M. (2005). *Competencia desleal y antitrust: Sistemas de ilícitos*. Marcial Pons.
- García-Cruces, J. A. (2014). Finalidad y ámbito de aplicación de la ley de competencia desleal. La cláusula general de deslealtad. En García-Cruces, J. A. (Dir.), *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad* (Vol. II, pp. 1091-1206). Tirant lo Blanch.

- García Menéndez, S. (2004). *Competencia Desleal. Actos de desorganización del competidor*. LexisNexis.
- García Pérez, R. (2008). *Ley de competencia desleal*. Aranzadi.
- Ghidini, G. (1999). *Della concorrenza sleale*. Giuffrè.
- Gloy, H., Loschender, M. y Erdmann, W. (2019). *Handbuch des Wettbewerbsrechts*. Beck.
- Gómez García, E. (2017). *La situación jurídica de la perfumería de equivalencia: Marca olfativa, derechos de autor y competencia desleal*. Tirant lo Blanch.
- Gómez Segade, J. A. (2010). La nueva cláusula general en la LCD. En: Gómez Segade, J. A y García Vidal, A. (Eds.), *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* (pp. 331-344). Marcial Pons.
- González Pons, E. (2019). *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*. Boletín Oficial del Estado.
- Hartwig, H. (2001). Image advertising under unfair competition law and the Benetton campaign. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, (7), 777-794.
- Henning-Bodewig, F. (2005). A new act against unfair competition in Germany. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, (4), 421-432.
- Henning-Bodewig, F. (2013). A. Introduction. En Henning-Bodewig, F. (Ed.), *International Handbook on Unfair Competition* (pp. 1-37). Beck-Hart-Nomos.
- Inostroza Sáez, M. (2017). El ilícito concurrencial general de la Ley N° 20.169 sobre competencia desleal. *Ius et Praxis*, (1), 21-66.
- Köhler, C., Feddersen, J., Alexander, C., Odörfer, B. y Scherer, I. (2025). *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*. Beck.
- López, P. (2023). Las prácticas agresivas y la tutela del consumidor: Una aproximación desde el derecho chileno. *Latin American Legal Studies*, 11(2), 115-181.
- López, P. (2024). El uso y la alusión a la marca ajena a través de la publicidad comercial sin la autorización de su titular: Un análisis desde el derecho de consumo y desde la competencia desleal. En *Estudios de Derecho Comercial XI Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (pp. 535-559). Tirant lo Blanch.
- Luna, A. (2019). *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*. Dykinson.
- Martínez, F. (2009). Artículo 5. Cláusula general. En Martínez Sanz, F. (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de competencia desleal* (pp. 61-77). Tecnos.
- Massaguer, J. (1999). *Comentarios a la ley de competencia desleal*. Civitas.
- Massaguer, J. (2003). La cláusula de prohibición de la competencia desleal. En Ferrándiz Gabriel, J. R. (Dir.), *Competencia desleal y defensa de la competencia* (pp. 93-142). Consejo General del Poder Judicial.
- Massaguer, J. (2010). Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (27), 17-32.
- Menéndez, A. (1988). *La competencia desleal*. Civitas.

- Miquel, J. M. (1997). Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (1), 297-326.
- Monteagudo, M. (1995). *La protección de la marca renombrada*. Civitas.
- Montero, P. (2012). La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores. *Actas de Derecho Industrial*, (32), 173-194.
- Nazar, M. (2019). La protección contra la competencia desleal. Un horizonte esperanzador para el caso argentino. En Del Pino, M. y Chamatropulos, D. A. (Dirs.), *Competencia desleal. Análisis del Decreto 274/2019* (pp. 21-41). Thomson Reuters-La Ley.
- Ohly, A. (1997). *Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs – ein Methodenvergleich des englischen und des deutschen Rechts*. Carl Heymanns.
- Ohly, A. (2001). Generalklausel und Richterrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, (1), 1-47.
- Ohly, A. (2005). La nueva ley alemana contra la competencia desleal (UWG) en la encrucijada entre el derecho comunitario, el derecho constitucional y la liberalización. *Actas de Derecho Industrial*, (25), 227-256.
- Ohly, A. (2009). The freedom of imitation and its limits. *Actas de Derecho Industrial*, (29), 352-372.
- Ohly, A. y Sattler, A. (2016). 120 Jahre UWG im Spiegel von 125 Jahren GRUR. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, (12).
- Ohly, A. y Sosnitza, O. (2023). *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*. Beck.
- Paz-Ares, C. (1981). El ilícito concurrencial: De la dogmática monopolista a la política antitrust (Un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal). *Revista de Derecho Mercantil*, (159), 7-147.
- Podszun, R. (2016). § 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen. En Har-te-Bavendamm, H. y Henning-Bodewig, F. (Eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*. Verlag C.H. Beck.
- Schopf, A. (2017). Las buenas costumbres en el derecho privado. En Schopf Olea, A. y Marín González, J. C. (Eds.), *Lo público y lo privado en el derecho: Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (pp. 521-586). Legal Publishing.
- Schopf, A. (2018). La buena fe contractual como norma jurídica. *Revista de Derecho Privado*, (31), 109-153.
- Schricker, G. (1970). *Gesetzesverletzung und Sittenverstoß*. Beck.
- Schricker, G. (1996). Centenario de la ley alemana contra la competencia desleal: luces y sombras. *Actas de Derecho Industrial*, XVII. Vlex. <https://vlex.com/vid/262669>
- Sosnitza, O. (2020). § 3 UWG Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen. En Heermann, P. W. y Schlingloff, J. (Dirs.), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*. Beck.
- Suñol, A. (2003). La aplicación de la cláusula general prohibitiva de actos de competencia a los actos de obstaculización. *Aranzadi Civil*, (10). Westlaw. <https://www.westlaw.es/bib/2003/1011>

- Suñol, A. (2009). *El secreto empresarial: Un estudio al artículo 13 de la Ley de competencia desleal*. Civitas-Thomson Reuters.
- Suñol, A. (2022). *Estudios sobre la función y la protección de las marcas*. Comares.
- Tapia, M. (2007). Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el Derecho chileno. En González Iturra, M. A. (Ed.), *Competencia desleal: Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007* (pp. 85-93). Universidad de los Andes.
- Tato, A., Fernández, P. y Herrera, C. (2010). *La reforma de la Ley de competencia desleal*. La Ley.
- Virgos, M. (1993). *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal (Un análisis del art. 4 de la Ley española de Competencia Desleal de 1991)*. Civitas.

Legislación citada

Código Civil francés.

Convenio de París para la Protección de la PROPIEDAD INDUSTRIAL, Diario Oficial, 30 de septiembre de 1991.

Decreto 274/2019 de Lealtad Comercial [Argentina], Boletín Oficial de la Argentina, 22 de abril de 2019.

Decreto con Fuerza de Ley 4, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 19039 de Propiedad Industrial, Diario Oficial, 6 de agosto de 2022.

Decreto Legislativo 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal [Perú], Plataforma del Estado Peruano, 25 de junio de 2008.

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) [Ley de competencia desleal de Alemania], 6 de mayo de 2024.

Ley 20169 regula la competencia desleal, Diario Oficial, 2 de febrero de 2007.

Ley 256 “Por la cual se dictan las normas sobre competencia desleal” [Colombia], Diario Oficial, 18 de enero de 1996.

Ley 3/1991 de competencia desleal [España], 10 de enero de 1991.

Ley Federal de Competencia Desleal [Suiza], 19 de diciembre de 1986.

Jurisprudencia citada

Alemania

Tribunal Constitucional Federal, sentencia de 12 de diciembre de 2000 – 1 BvR 1762/95 [Publicidad chocante / Benetton].

Chile

Azer S.A. con Angélica María Jara Orellana, Rodrigo Quintero Mármol-López y Quality Trust y Compañía Limitada (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de julio de 2018, rol N° 12.675-2016.

Bell Technologies S. A. con Montecinos Aguirre Miguel Ángel (2020): Corte Suprema, 29 de mayo de 2020, rol N° 15.267-2017.

- Biols SpA con Rendering Chile S.A.* (2018): Corte Suprema, 20 de septiembre de 2018, rol N° 9198-2017.
- Columbia Sportswear Company con Comercial Windsor Limitada* (2012): 19° Juzgado Civil de Santiago, 26 de enero de 2012, rol N° 5640-2010.
- Comercial Visión Trading S.A con The Sofa Factory S.A* (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de julio de 2018, rol N° 11482-2017.
- Conadecus con Cencosud* (2020): Corte Suprema, 24 de febrero de 2020, rol N° 44.266-2017.
- Corrosión Integral y Tecnología Limitada con Inex Chile S.A.* (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de marzo de 2019, rol N° 5771-2018.
- Corrosión Integral y Tecnología Limitada con Inex Chile S.A.* (2019): Corte de Preuniversitario Pedro De Valdivia con Establecimientos Educacionales Laej Limitada (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2014, rol N° 7334-2013.
- Desarrollo de Tecnologías y Sistemas Limitada con Luis Reinaldo Montecinos Aguirre y Holdtech S.A.* (2015): 17° Juzgado Civil de Santiago, 31 de marzo del 2015, rol 23.573-2012.
- El Postino S.A. con Daniel Encina Tapia, Víctor Vilchez Díaz y Geo Global SpA* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de mayo de 2014, rol N° 1604-2013.
- L'Oreal Chile S.A. con Laboratorios Prater S.A.* (2016): Corte Suprema, 21 de noviembre de 2016, rol N° 15897-2015.
- Maquival-Chile Limitada con Eserma S.A.* (2015): Corte Suprema, 25 de noviembre de 2015, rol N° 23680-2014.
- Parfums Christian Dior S.A. con Fernando García Herranz y Tais S.A.* (2015): Corte Suprema, 25 de noviembre de 2015, rol N° 23680-2014.
- Parque de Concepción S.A. con Inmobiliaria Parque San Pedro S.A.* (2009): 13° Juzgado Civil de Santiago, 11 de agosto de 2009, rol N° 11487-2008.
- Productos Alimenticios Donuts Limitada con Marín* (2013): 16° Juzgado Civil de Santiago, 4 de diciembre de 2013, rol 19674-2012.
- Riquelme Peña y Otra Limitada con Sociedad Agroindustrial y Procesadora de Frutas Orgánicas Limitada* (2015): 2° Juzgado Civil de Chillán, 19 de agosto de 2015, rol N° 2991-2014.
- Rojas Olmedo con Lexis Nexis* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de julio de 2010, rol N° 5181-2009.

* * * *

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.ber>

Bienes culturales digitales y gobernanza cooperativa del conocimiento: fundamentos para un nuevo paradigma regulatorio del derecho de autor

* * * *

Fernando A. Ramos-Zaga

Universidad Privada del Norte (Perú)

fernandozaga@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-6301-9460>

Recibido: 25 de julio de 2025

Aceptado: 6 de diciembre de 2025

Resumen

El fenómeno de la piratería digital revela una fractura estructural entre las categorías jurídicas tradicionales y las condiciones sociotecnológicas de la contemporaneidad, en la que la abundancia informacional y la inmaterialidad de los bienes culturales invalidan los supuestos de escasez y exclusividad que sustentaban el derecho de autor clásico. En ese marco, el objetivo del presente artículo es analizar críticamente la piratería digital como expresión moral y sociotecnológica de justicia distributiva, con el fin de formular un paradigma regulatorio que integre equidad en el acceso, sostenibilidad del ecosistema digital y confianza institucional. Los hallazgos muestran que las políticas punitivas y los sistemas tecnológicos restrictivos resultan ineficaces e incluso contraproducentes, pues debilitan la legitimidad del sistema y refuerzan las actitudes de resistencia moral. En contraste, los contextos donde existen alternativas legales accesibles, precios adaptativos y licencias abiertas presentan mayores niveles de cumplimiento voluntario. La evidencia sugiere que la sostenibilidad regulatoria depende menos de la coerción que de la percepción de justicia y participación social en la formulación de las normas. En consecuencia, se concluye que la reconstrucción de la legitimidad institucional

requiere transitar de la lógica del control a la de la cooperación, estableciendo un marco de gobernanza digital basado en equidad distributiva, transparencia y confianza como pilares de una regulación legítima y sostenible del conocimiento.

Palabras clave: derechos culturales, bienes comunes digitales, gobernanza digital, tecnología de la información, regalías.

Toward a Cooperative Governance of Digital Cultural Goods: Limits and Transformations of the Classical Copyright Paradigm

Abstract

The phenomenon of digital piracy exposes a structural rift between traditional legal categories and the sociotechnological conditions of contemporary society, in which the informational abundance and immateriality of cultural goods undermine the assumptions of scarcity and exclusivity that once sustained classical copyright law. Within this framework, the aim of this article is to critically examine digital piracy as a moral and sociotechnological expression of distributive justice, in order to propose a regulatory paradigm that integrates equitable access, sustainability of the digital ecosystem, and institutional trust. The findings indicate that punitive policies and restrictive technological systems are ineffective and even counterproductive, as they erode the legitimacy of the system and reinforce moral resistance. In contrast, contexts that provide accessible legal alternatives, adaptive pricing, and open licensing exhibit higher levels of voluntary compliance. The evidence suggests that regulatory sustainability depends less on coercion than on perceptions of justice and social participation in the formulation of norms. Consequently, the study concludes that rebuilding institutional legitimacy requires a shift from a logic of control to one of cooperation, establishing a digital governance framework grounded in distributive equity, transparency, and trust as the foundations of legitimate and sustainable knowledge regulation.

Key words: cultural rights, digital commons, digital governance, information technology, royalties.

Rumo a uma governança cooperativa dos bens culturais digitais: limites e transformações do paradigma autoral clássico

Resumo

O fenômeno da pirataria digital revela uma fratura estrutural entre as categorias jurídicas tradicionais e as condições sociotecnológicas da contemporaneidade, nas quais a abundância informacional e a imaterialidade dos bens culturais invali-

dam os pressupostos de escassez e exclusividade que sustentavam o direito autoral clássico. Nesse contexto, o objetivo deste artigo é analisar criticamente a pirataria digital como expressão moral e sociotecnológica de justiça distributiva, a fim de formular um paradigma regulatório que integre equidade no acesso, sustentabilidade do ecossistema digital e confiança institucional. Os resultados indicam que as políticas punitivas e os sistemas tecnológicos restritivos mostram-se ineficazes e até contraproducentes, pois enfraquecem a legitimidade do sistema e reforçam atitudes de resistência moral. Em contraste, contextos em que existem alternativas legais acessíveis, preços adaptativos e licenças abertas apresentam níveis mais elevados de conformidade voluntária. As evidências sugerem que a sustentabilidade regulatória depende menos da coerção do que da percepção de justiça e da participação social na formulação das normas. Conclui-se, portanto, que a reconstrução da legitimidade institucional requer uma transição da lógica do controle para a da cooperação, estabelecendo um marco de governança digital baseado na equidade distributiva, na transparência e na confiança como pilares de uma regulação legítima e sustentável do conhecimento.

Palavras-chave: direitos culturais, bens comuns digitais, governança digital, tecnologia da informação, royalties.

1. Introducción

El ecosistema digital contemporáneo ha transformado de manera irreversible las dinámicas de producción, circulación y acceso a los bienes culturales y del conocimiento. La expansión de internet, la ubicuidad de los dispositivos de reproducción y la masificación de plataformas de intercambio han generado un entorno caracterizado por la abundancia informacional y la inmaterialidad de los objetos culturales. En este escenario, la piratería digital emerge no solo como práctica extendida, sino también como síntoma de un desajuste estructural entre la arquitectura jurídica de la propiedad intelectual y las condiciones sociotecnológicas actuales. La tensión entre legalidad formal y legitimidad moral, evidenciada en la disonancia entre la prohibición normativa y la aceptación social de las descargas no autorizadas, revela un desafío central para la teoría jurídica contemporánea (Karaganis, 2011; Svensson y Larsson, 2012).

El pensamiento jurídico moderno se edificó sobre categorías derivadas del mundo material, donde la escasez y la rivalidad en el consumo justificaban la apropiación exclusiva (Locke, 1960). Sin embargo, los bienes informacionales digitales son, por naturaleza,

no rivales y reproducibles sin costo marginal, lo que invalida los supuestos clásicos de la exclusión como condición de justicia (Benkler, 2006; Boyle, 2008). La teoría de los bienes comunes (Ostrom, 1990), las aproximaciones distributivas de la justicia (Rawls, 1971; Sen, 1999) y las perspectivas sobre legitimidad procedimental (Tyler, 2006) ofrecen marcos teóricos complementarios para reinterpretar el fenómeno. Tales corrientes confluyen en una comprensión del cumplimiento normativo como proceso social sustentado en la equidad y la confianza, más que en la coerción o la sanción.

A pesar del avance en la literatura sobre los aspectos tecnológicos y económicos de la piratería, persiste una brecha significativa en la comprensión de sus dimensiones morales, cognitivas e institucionales. La mayoría de los estudios se centra en la disuasión legal o en el impacto económico de la infracción, mientras se descuida la relación entre percepción de justicia, legitimidad y comportamiento normativo (Feldman y Nadler, 2006; Svensson y Larsson, 2012). Dicha ausencia impide articular una respuesta regulatoria coherente con las dinámicas culturales y cognitivas que moldean las prácticas digitales contemporáneas.

El análisis crítico que se plantea busca subsanar dicha brecha mediante una revisión interdisciplinaria que vincule la teoría jurídica, la psicología moral y la economía política de la información. La pertinencia de esta aproximación radica en que permite superar la visión reduccionista de la piratería como problema penal, interpretándola como expresión de un conflicto entre justicia distributiva y legitimidad institucional. Al situar el fenómeno en el cruce entre moralidad social y estructura normativa, se busca proponer un marco regulatorio capaz de integrar la sostenibilidad del ecosistema digital con la equidad en el acceso.

Las implicaciones prácticas de esta revisión son amplias, ya que abren la posibilidad de formular políticas públicas más eficaces y socialmente aceptables. La evidencia sugiere que los enfoques basados en accesibilidad y cooperación generan mayores niveles de cumplimiento voluntario que los regímenes centrados en la sanción (Aguar y Waldfogel, 2018; Danaher et al., 2014). Reformular los principios de la propiedad intelectual desde criterios de equidad distributiva, licencias abiertas y precios adaptativos podría mejorar tanto la legiti-

midad institucional como la sostenibilidad económica de las industrias culturales.

El desafío se inscribe, además, en un contexto global donde la gobernanza del conocimiento se ha convertido en eje estratégico para la democracia y la innovación. La desigualdad digital, la concentración corporativa y la exclusión informacional plantean dilemas éticos y políticos que trascienden la dimensión económica del problema. En sociedades interconectadas, la legitimidad de los marcos regulatorios depende de su capacidad para equilibrar el derecho a la retribución creativa con el derecho colectivo al acceso a la cultura (Benkler, 2011; Nussbaum, 2011).

En consecuencia, el objetivo general de la investigación consiste en analizar críticamente la piratería digital como fenómeno socio-tecnológico y moral que evidencia la insuficiencia de las categorías jurídicas tradicionales, con el propósito de formular un paradigma regulatorio alternativo basado en equidad, sostenibilidad y confianza institucional. La contribución radica en ofrecer un marco conceptual que reinterpreta la relación entre legitimidad y cumplimiento y que plantea rutas de transición hacia un modelo de gobernanza digital fundado en cooperación, justicia participativa y sostenibilidad normativa.

2. Limitaciones estructurales del derecho clásico ante la legitimidad moral de la piratería digital

La arquitectura conceptual del derecho de propiedad intelectual moderno se erigió sobre una ontología derivada del mundo material, estructurada en torno a la escasez, la rivalidad en el consumo y la exclusión física como condiciones necesarias para la apropiación legítima. La tradición lockeana, al fundamentar la propiedad en el trabajo individual aplicado sobre bienes tangibles limitados, estableció un principio normativo según el cual la apropiación resulta legítima siempre que no prive a otros de acceso suficiente ni deteriore el bien común (Locke, 1960). Dicho principio fue posteriormente extrapolado a las creaciones intelectuales, cuando el surgimiento de la imprenta exigió mecanismos institucionales para regular la reproducción mecánica de obras y garantizar la remuneración de los autores (Rose, 1993).

No obstante, la naturaleza digital de los bienes informacionales contemporáneos altera radicalmente los supuestos sobre los cuales se construyó ese régimen jurídico. Los archivos digitales pueden ser replicados indefinidamente sin deterioro, pérdida de calidad ni incremento marginal significativo en los costos de producción. Además, su consumo simultáneo por múltiples usuarios no reduce la disponibilidad del bien, lo que contradice el principio de rivalidad en el que se sustenta la lógica propietaria tradicional (Boyle, 2008; Benkler, 2006). De ahí que la equiparación entre copia digital y robo físico, utilizada como núcleo retórico del discurso penalizador, se revele conceptualmente insostenible. Mientras que el robo implica privación material y daño verificable, la reproducción digital no sustrae el bien original, sino que multiplica su existencia en entornos intangibles donde la noción de pérdida deviene metafórica (Lessig, 2004).

A partir de esta ruptura ontológica, se comprende la creciente disonancia entre ilegalidad formal y legitimidad social de la piratería digital. En distintos estudios empíricos se observa que amplios sectores poblacionales, incluso con alto nivel educativo y poder adquisitivo, no consideran la descarga no autorizada como un acto moralmente condenable, sino como una práctica aceptable frente a estructuras percibidas como injustas (Svensson y Larsson, 2012; Wingrove et al., 2011). En un análisis comparativo que abarcó veintitrés países, aproximadamente el sesenta por ciento de los usuarios de internet admitió haber accedido a contenidos protegidos sin autorización durante el año previo, porcentaje que se elevaba hasta el ochenta por ciento en segmentos juveniles urbanos (Karaganis, 2011).

Asimismo, investigaciones recientes confirman que la brecha entre la norma jurídica y la percepción moral persiste en el entorno digital contemporáneo, pues la práctica de la piratería se asocia más con juicios situacionales que con una valoración ética universal. De hecho, se ha demostrado que incluso individuos que suelen cumplir la ley justifican la descarga no autorizada en función de criterios contextuales, como el acceso restringido, la percepción de precios injustos o la defensa del derecho a la circulación del conocimiento, lo que refuerza la idea de que la piratería digital responde a una lógica de legitimidad social más que de transgresión moral (Belchior-Rocha et al., 2024).

En términos normativos, tales comportamientos no pueden entenderse sin considerar la relación entre legitimidad percibida y cumplimiento. De acuerdo con la teoría de la legitimidad procedimental, la obediencia a las normas depende más de la percepción de justicia y equidad que de la severidad de las sanciones (Tyler, 2006). Cuando el sistema jurídico se percibe como instrumento de protección de intereses concentrados o desproporcionados respecto del daño causado, la motivación para acatarlo disminuye. En el ámbito digital, la disposición a respetar los derechos de autor se correlaciona con la confianza en la equidad del régimen, mientras que el aumento de sanciones muestra efectos disuasorios marginales (Feldman y Nadler, 2006; Svensson y Larsson, 2012).

La neutralización ética de la piratería digital se explica, en gran medida, por la ausencia de víctima visible y daño concreto. La psicología moral ha mostrado que la percepción de perjuicio tangible constituye un elemento decisivo para la activación de la culpa y la evaluación moral negativa (Greene, 2013; Haidt, 2012). En la copia digital, el daño se formula en términos de ingresos hipotéticos no percibidos, una categoría abstracta que carece de resonancia emocional. En consecuencia, las transgresiones donde el perjuicio es indirecto o difuso tienden a ser juzgadas como menos graves, especialmente cuando la afectación se distribuye entre actores impersonales (Cushman, 2008; Petrinovich et al., 1993).

Por otra parte, la estructura corporativa de la industria cultural contribuye a debilitar la empatía hacia los titulares de derechos. La representación pública de grandes conglomerados transnacionales, asociados con estrategias de precios percibidas como abusivas, erosiona la identificación moral del usuario con la figura del afectado (Hinduja, 2008; Yar, 2005). Se ha documentado que muchos consumidores justifican la descarga no autorizada al considerar que los artistas reciben una porción mínima de los beneficios y que las corporaciones intermediarias ejercen control monopólico sobre la distribución (Larsson et al., 2014). Esta narrativa de resistencia moral transforma la infracción en un acto simbólico de reparación frente a un sistema considerado inequitativo.

La mediación tecnológica intensifica este fenómeno al generar una distancia psicológica entre el acto y sus consecuencias. La teoría

del nivel de construal sugiere que cuanto mayor es la distancia temporal, espacial o social respecto de las consecuencias de una acción, más abstracto y menos emocional resulta su procesamiento cognitivo (Trope y Liberman, 2010). En entornos digitales, dicha distancia se amplifica: el usuario no presencia el efecto de su descarga ni interactúa con una víctima identificable y la acción se ejecuta con un mínimo esfuerzo físico, lo que atenúa la percepción de transgresión (Gunkel, 2008).

Adicionalmente, la psicología del autoengaño moral ha mostrado que las personas tienden a justificar transgresiones leves cuando el beneficio personal percibido es alto y el daño es bajo o socialmente normalizado (Ariely, 2012; Mazar et al., 2008). En el ámbito de la piratería, tales racionalizaciones permiten preservar una autoimagen moral positiva mientras se incurre en prácticas ilícitas. Los discursos más frecuentes incluyen la idea de que la descarga no constituye robo por no implicar sustracción física, que las corporaciones ya obtienen beneficios excesivos o que el acceso no autorizado funciona como una forma legítima de evaluación previa a la compra (Hinduja, 2003; Smallridge y Roberts, 2013).

En ese sentido, la revisión crítica de las categorías jurídicas tradicionales y su progresiva desvinculación respecto de la legitimidad moral permite comprender que la piratería digital no constituye únicamente un problema de incumplimiento legal, sino también un fenómeno social complejo que expresa tensiones estructurales entre equidad, acceso y justicia cultural. Desde esta perspectiva, resulta pertinente desplazar el análisis hacia los marcos de justicia distributiva y reciprocidad social, a fin de interpretar la piratería no como mera infracción normativa, sino como una práctica funcional que emerge ante desequilibrios percibidos en la distribución de bienes informacionales y en la estructura de recompensas del sistema autoral.

3. Piratería digital como expresión moral de justicia distributiva en el ecosistema informacional

La persistencia estructural de la piratería puede entenderse de manera más rigurosa cuando se examina a través de los marcos teóricos de la gobernanza de los bienes comunes y de la justicia distributiva.

En ese sentido, la naturaleza de los bienes informacionales digitales como recursos no rivales y difícilmente excluibles cuestiona la legitimidad de su regulación bajo regímenes de propiedad privada absoluta. La evidencia teórica sobre la gestión de recursos compartidos demuestra que la cooperación normativa emerge únicamente cuando las reglas son percibidas como justas, cuando se construyen de forma participativa y cuando existen mecanismos eficaces de monitoreo y sanción proporcional (Ostrom, 1990). De esa estructura se desprende que la sostenibilidad regulatoria depende de la congruencia entre normas y condiciones locales, de la participación activa de los usuarios en la elaboración normativa y de la proporcionalidad entre transgresión y castigo.

A partir de esta perspectiva, la evolución histórica de la regulación de los bienes informacionales evidencia una tendencia hacia la privatización mediante marcos de propiedad intelectual cada vez más expansivos. La ampliación de los plazos de protección autoral desde los catorce años renovables previstos en el *copyright* original de 1790 hasta los setenta años posteriores a la muerte del autor, así como la criminalización de prácticas que antes se consideraban legítimas y la imposición de sistemas tecnológicos de control restrictivo, han ocurrido sin procesos efectivos de deliberación pública (Boyle, 2008; Lessig, 2004). En consecuencia, la ampliación retroactiva de los derechos, que no genera incentivos para la creación de nuevas obras, revela una captura regulatoria orientada por intereses corporativos con influencia política desproporcionada (Drahos y Braithwaite, 2002).

Desde un punto de vista sociológico, la piratería puede interpretarse como una forma de reequilibrio normativo informal, en tanto práctica de resistencia frente a un sistema percibido como rígido y desvinculado de los valores culturales contemporáneos. En términos de cooperación normativa, la reciprocidad social se sostiene únicamente cuando las cargas y beneficios del sistema son percibidos como equitativos (Fehr y Gächter, 2000; Ostrom, 1998). Por tanto, cuando los usuarios perciben precios excesivos en relación con los costos de producción digital, restricciones tecnológicas que limitan usos legítimos o ventanas geográficas arbitrarias, se activa una reciprocidad negativa que debilita la disposición a acatar la norma.

En ese mismo sentido, la teoría de la reciprocidad fuerte sostiene que la sanción moral y social depende del consenso sobre la equidad y el beneficio colectivo de la norma (Bowles y Gintis, 2011; Gintis, 2000). Cuando tal consenso se fractura, la desaprobación social de la piratería se disuelve y la transgresión se justifica a través de narrativas de reparación simbólica. La investigación empírica confirma que en comunidades de intercambio de archivos predomina la percepción de estar corrigiendo asimetrías de poder y democratizando el acceso cultural, lo cual legitima moralmente la distribución no autorizada (Burkart, 2014; Larsson, 2011).

A la luz de la justicia distributiva, la piratería también puede entenderse como síntoma de desigualdades estructurales en el acceso a bienes culturales y educativos. La teoría de las capacidades plantea que los derechos formales carecen de significado si no se traducen en libertades reales para usar y acceder a recursos culturalmente valiosos (Sen, 1999). Desde esa perspectiva, la brecha en conectividad, ingresos y disponibilidad de contenidos legales impide que amplios sectores poblacionales, especialmente en el Sur Global, participen plenamente en la esfera cultural y democrática (Nussbaum, 2011).

La evidencia empírica refuerza tal diagnóstico al mostrar que las tasas de piratería son mayores en contextos con ingresos bajos y escasa oferta legal de contenidos digitales (Karaganis, 2011; Peukert et al., 2017). En esos escenarios, donde el precio de un producto cultural representa una fracción considerable del ingreso mensual o donde ciertos materiales académicos simplemente no están disponibles, la piratería funciona como estrategia informal de acceso. Además, el descenso de la piratería en contextos donde existen servicios de *streaming* asequibles y accesibles sugiere que el problema radica menos en una preferencia por la transgresión que en la falta de mecanismos equitativos de acceso (Aguar y Waldfogel, 2018; Danaher et al., 2014).

En el plano normativo, el principio de diferencia postulado en la teoría de la justicia sostiene que las desigualdades solo son moralmente legítimas si benefician a los sectores menos favorecidos (Rawls, 1971). Aplicado al ámbito de la propiedad intelectual, dicho principio implica que la protección autoral debe equilibrarse con políticas que garanticen un acceso justo al conocimiento y la cultu-

ra. Sin embargo, la concentración del mercado cultural en corporaciones globales con poder oligopólico ha generado una percepción de que el régimen actual protege intereses privados en detrimento del bien común (Benkler, 2011). Tal concentración, expresada en la capacidad de unos pocos conglomerados para controlar producción, distribución y consumo cultural, intensifica las preocupaciones sobre abuso de poder y extracción de rentas monopólicas (Doyle, 2013).

A su vez, las investigaciones sobre las motivaciones de los usuarios evidencian que, además de factores económicos, la percepción de injusticia en las restricciones territoriales y temporales de acceso a contenidos constituye un motor relevante de la piratería (Lobato, 2012). En muchos casos, la persistencia de ventanas de distribución heredadas de la era analógica se percibe como discriminación arbitraria que justifica el recurso a vías no autorizadas. La sincronía global que caracteriza la cultura digital contemporánea entra así en conflicto con las barreras geográficas impuestas por los titulares de derechos, generando experiencias de exclusión que minan la legitimidad del sistema (Zahrádka y Schmücker, 2022).

El análisis de la piratería digital desde la justicia distributiva y cooperación en los bienes comunes permite reconocer su carácter adaptativo frente a un régimen normativo percibido como desproporcionado y excluyente. No obstante, para comprender plenamente su persistencia y su normalización en amplios sectores sociales, es necesario analizar los mecanismos cognitivos y sociológicos que posibilitan la desvinculación moral del individuo frente a la infracción. Así, el enfoque psicológico y cultural se vuelve indispensable para explicar cómo se suspenden las restricciones éticas que, en otros contextos, sostendrían la conformidad normativa.

4. Dinámicas cognitivas y sociológicas de la legitimación moral de la transgresión digital

La comprensión integral de la persistencia de la piratería digital requiere examinar cómo los individuos neutralizan las inhibiciones morales que, en condiciones ordinarias, restringirían conductas consideradas ilícitas. En este sentido, la teoría de la desvinculación mo-

ral describe un conjunto de mecanismos cognitivos que permiten reconstruir acciones potencialmente reprochables de modo que no activen la autocensura ética (Bandura, 1986). Dichos mecanismos incluyen la justificación moral mediante apelación a fines superiores, la minimización del daño percibido, el desplazamiento de la responsabilidad hacia factores externos, la despersonalización de las víctimas y la distorsión de las consecuencias. Así, la transgresión no requiere el rechazo de los valores morales, sino su reinterpretación situacional para mantener la autoimagen de coherencia ética.

Al mismo tiempo, la mediación tecnológica característica de los entornos digitales introduce formas de distanciamiento psicológico que debilitan la respuesta moral frente a la infracción. Conforme a la teoría del nivel de construal, los eventos percibidos como distantes tienden a procesarse con menor carga afectiva y mayor abstracción conceptual (Trope y Liberman, 2010). En los entornos digitales, la distancia espacial se expresa en la ausencia de contacto con posibles afectados, la distancia social en la representación de las víctimas como entidades corporativas impersonales, y la distancia temporal en la desconexión entre la descarga y sus consecuencias económicas (Gunkel, 2008). Tal estructura perceptiva reduce la empatía y facilita la desvinculación emocional respecto de los efectos de la acción.

A su vez, las investigaciones sobre juicio moral en situaciones de daño indirecto confirman que los individuos califican como menos graves aquellas conductas cuyos efectos negativos están mediados por múltiples pasos causales, aun cuando el resultado final sea equivalente (Cushman, 2008; Greene, 2013). En consecuencia, la arquitectura distribuida de los sistemas *peer-to-peer*, donde cada usuario descarga fragmentos de múltiples fuentes sin interactuar con un proveedor identificable, amplifica esa mediación causal y diluye la atribución individual de responsabilidad.

Por otra parte, el anonimato digital y la reducción de señales identitarias generan un contexto propicio para la desinhibición moral. La evidencia empírica muestra que la percepción de anonimato incrementa la probabilidad de conductas transgresoras al reducir tanto el riesgo de sanción formal como la posibilidad de desaprobación social directa (Joinson, 1998; Suler, 2004). En términos psicológicos, la invisibilidad percibida interrumpe el vínculo entre acción

y reputación, debilitando los mecanismos internos de autocontrol que, en contextos presenciales, sustentan la conformidad normativa (Voggeser et al., 2018).

De manera complementaria, la normalización social de la piratería consolida un entorno donde la transgresión deja de ser percibida como desviación. La teoría de las normas sociales señala que la conducta individual se regula más por la percepción de lo que otros hacen y aprueban que por las normas formales existentes (Cialdini et al., 1990). En consecuencia, cuando un individuo percibe que gran parte de su entorno participa en la copia no autorizada sin enfrentar sanciones ni censura social, la inhibición moral disminuye de forma significativa. La investigación empírica ha demostrado que la disposición a participar en la piratería se correlaciona estrechamente con la percepción de su prevalencia y aceptación en el grupo de referencia (Hinduja, 2008; Smallridge y Roberts, 2013).

A lo anterior se suma la circulación de narrativas justificatorias que confieren sentido moral positivo o neutral a la práctica. Los discursos predominantes en comunidades digitales de intercambio interpretan la copia como acto sin víctima, como forma legítima de acceso frente a un sistema de distribución obsoleto o como expresión de resistencia contra estructuras monopólicas (Burkart, 2014; Larsson, 2011). Tales marcos interpretativos no constituyen simples racionalizaciones posteriores, sino esquemas culturales que modelan la percepción de la acción y reducen su carga de transgresión moral.

La criminología aporta una explicación convergente mediante la teoría de la neutralización, que sostiene que los individuos no abandonan los valores normativos dominantes, sino que los suspenden temporalmente mediante mecanismos de justificación situacional (Sykes y Matza, 1957). La negación de responsabilidad, la minimización del daño, la deslegitimación de la víctima o la apelación a valores superiores permiten mantener la coherencia moral mientras se actúa en contravención de la norma. Investigaciones aplicadas al entorno digital confirman la operatividad de estas técnicas y su correlación con actitudes favorables hacia la piratería (Hinduja, 2007; Morris y Higgins, 2008).

En un nivel estructural, la concentración corporativa del sector cultural y la percepción de prácticas abusivas amplifican los mecanismos

de neutralización moral. Cuando las industrias creativas son vistas como actores que ejercen poder de mercado excesivo, extienden los plazos de protección autoral sin justificación pública o imponen sistemas restrictivos que limitan usos legítimos, su autoridad moral para reclamar cumplimiento normativo se erosiona (Draho y Braithwaite, 2002). A ello se añade la percepción de hipocresía institucional, donde las mismas corporaciones que sancionan la copia individual han construido su posición a partir de la apropiación de bienes públicos o de contratos inequitativos con los creadores (Vaidhyathan, 2001).

La dimensión generacional profundiza este proceso, ya que las cohortes formadas en entornos digitales tienden a concebir la copia como una práctica cultural normalizada. La exposición temprana a la libre circulación de contenidos genera una relación instrumental con la propiedad intelectual, donde la ilegalidad formal se percibe como obsoleta y desconectada de la realidad tecnológica (Palfrey y Gasser, 2008; Prensky, 2001). En consecuencia, la participación en la piratería no produce disonancia cognitiva significativa, sino que se integra a un repertorio habitual de consumo cultural (Svensson y Larsson, 2012).

Por otro lado, los sesgos cognitivos identificados por la economía del comportamiento explican la persistencia de tales conductas incluso en individuos que reconocen su ilegalidad. El sesgo de optimismo induce a subestimar la probabilidad de sanción o detección (Sharot, 2011), mientras que el descuento temporal hiperbólico prioriza el beneficio inmediato de la descarga gratuita sobre los costos diferidos de una posible penalización (Kahneman, 2011). A ello se suma la ilusión de control, que genera una confianza infundada en la eficacia de las herramientas de anonimización o en la selectividad de la vigilancia digital (Langer, 1975).

En ese sentido, la desvinculación moral y las condiciones tecnológicas que facilitan la piratería digital se encuentra profundamente mediada por factores cognitivos, emocionales y contextuales. Sin embargo, tal comprensión cobra mayor sentido al contrastarse con las respuestas institucionales que buscan revertir el fenómeno mediante estrategias de control. De allí surge la necesidad de analizar críticamente la eficacia del paradigma punitivo y sus efectos contraproducentes que han generado sobre la legitimidad y el cumplimiento voluntario.

5. Políticas punitivas y gobernanza del control: evaluación crítica de su eficacia y legitimidad ética

La respuesta institucional predominante frente a la persistencia de la piratería digital ha consistido en la intensificación del paradigma punitivo, expresado en la aprobación de legislaciones más severas y en el desarrollo de tecnologías de control cada vez más intrusivas. Este enfoque descansa en la presunción implícita de que los individuos actúan conforme a cálculos racionales de costo y beneficio, una premisa que ha sido ampliamente refutada por la economía del comportamiento y por la psicología moral. En realidad, la evidencia empírica acumulada demuestra que la coerción punitiva ha mostrado una eficacia marginal para reducir la infracción y que, en contextos específicos, ha generado efectos adversos que debilitan la legitimidad del sistema y refuerzan las actitudes de resistencia.

En distintos países, las evaluaciones de políticas públicas ofrecen resultados consistentes sobre la limitada efectividad de las sanciones severas como instrumento disuasorio. En el caso francés, por ejemplo, el sistema de respuesta graduada instaurado por la ley HADOPI redujo temporalmente el uso de redes *peer-to-peer*, pero provocó un desplazamiento inmediato hacia canales de intercambio más difíciles de rastrear, como servicios de descarga directa o redes privadas virtuales (Bodó et al., 2018; Danaher et al., 2014). Además, el costo administrativo de la implementación resultó desproporcionado respecto de los beneficios obtenidos, lo que llevó a su posterior dismantelamiento parcial. Esta experiencia sugiere que la mera severidad de las sanciones carece de capacidad transformadora cuando no se acompaña de estrategias adaptativas de legitimación y cooperación social.

Asimismo, la política estadounidense de sanciones civiles millonarias contra usuarios individuales produjo efectos reputacionales contrarios a los objetivos perseguidos. La desproporción entre la magnitud de las multas impuestas y el daño económico real de las descargas activó percepciones de injusticia estructural, reforzando las narrativas que interpretan la piratería como resistencia legítima frente a un sistema punitivo desmesurado (Sag, 2012; Tehranian, 2007). La difusión mediática de estos casos, lejos de generar disuasión, incrementó la hostilidad pública hacia la industria del entretenimiento

y redujo la disposición a cumplir voluntariamente las normas autorales (Svensson y Larsson, 2012).

La ineficacia de este modelo punitivo puede explicarse a la luz de la teoría de la disuasión, que distingue entre severidad, certeza y celeridad de la sanción (Nagin, 2013). La investigación criminológica muestra que la certeza percibida de castigo influye mucho más en la prevención de conductas ilícitas que la severidad de este. Sin embargo, en el ámbito digital, la probabilidad efectiva de detección y sanción es extremadamente baja, dada la escala global del fenómeno y las limitaciones técnicas de vigilancia. En consecuencia, el aumento de la severidad legal carece de impacto cuando la percepción de riesgo es casi inexistente (LaRose y Kim, 2007; Levin et al., 2007).

Además, los mecanismos tecnológicos de control, especialmente los sistemas de gestión de derechos digitales, han provocado respuestas de rechazo incluso entre los usuarios que preferirían consumir contenidos de forma legal. De acuerdo con la teoría de la reactancia psicológica, las restricciones percibidas como arbitrarias sobre libertades previamente disfrutadas inducen comportamientos orientados a restaurar la autonomía amenazada (Brehm, 1966; Steindl et al., 2015). Así, los sistemas de gestión de restricciones digitales (DRM, por sus siglas en inglés) que limitan el número de dispositivos de reproducción, impiden copias de respaldo o generan incompatibilidades artificiales entre plataformas son percibidos como instrumentos de coerción que vulneran derechos legítimos de uso.

Existen, por otro lado, evidencias empíricas que demuestran los efectos contraproducentes de tales controles. Cuando determinadas empresas eliminaron restricciones DRM, observaron incrementos en las ventas, lo que sugiere que la accesibilidad y la experiencia de usuario pesan más en la decisión de consumo que el miedo al castigo (Doctorow, 2008). De manera análoga, la eliminación de DRM en las principales plataformas de distribución musical se asoció con mejoras en la satisfacción de los consumidores y en la fidelización de usuarios, sin que ello implicara un aumento sustantivo en la piratería (Danaher et al., 2010). En tales casos, la reducción del control técnico resultó en mayor cooperación voluntaria, lo que confirma la hipótesis de que la coerción excesiva debilita, en lugar de fortalecer, la adhesión normativa.

Desde la perspectiva de la percepción social, los sistemas de control digital se interpretan con frecuencia como mecanismos abusivos que restringen libertades legítimas y perpetúan desequilibrios de poder. La investigación cualitativa sobre motivaciones de incumplimiento muestra que la frustración frente a restricciones irrazonables constituye un motivo frecuente de recurrencia a fuentes no autorizadas (Giblin y Doctorow, 2022; Larsson et al., 2014). Casos de obsolescencia forzada, pérdida de acceso tras el cierre de plataformas o imposibilidad de transferir contenidos adquiridos refuerzan la narrativa de que la piratería no representa un acto antisocial, sino una forma racional de autonomía frente a un sistema percibido como arbitrario.

En contraste con el paradigma punitivo, la evidencia comparativa demuestra que los enfoques basados en la accesibilidad y la oferta legal atractiva son más efectivos para reducir la piratería. La introducción de servicios de *streaming* de bajo costo se correlaciona con descensos sostenidos en las tasas de infracción, resultado que supera ampliamente los logros obtenidos mediante campañas de *enforcement* intensivo (Danaher et al., 2014; Aguiar y Waldfogel, 2018). Este hallazgo refuerza la idea de que el cumplimiento normativo no depende tanto de la amenaza de castigo como de la existencia de alternativas legítimas percibidas como justas y funcionales.

El marco explicativo más sólido para comprender esta dinámica proviene de la teoría de la legitimidad procedimental, según la cual la obediencia normativa se sostiene en la percepción de justicia, equidad y participación en la formulación de las reglas (Tyler, 2006). Cuando las normas se imponen sin transparencia o sin considerar la proporcionalidad de sus efectos, la coerción se percibe como ilegítima y genera resistencia activa. Por ello, el fortalecimiento de la gobernanza digital no puede depender de la intensificación del castigo, sino de la reconstrucción de legitimidad mediante mecanismos de equidad distributiva, accesibilidad y participación pública.

En términos comparativos, los países con menores niveles de piratería no se caracterizan por la severidad de sus marcos sancionatorios, sino por la coexistencia de instituciones confiables, precios ajustados al poder adquisitivo y disponibilidad de contenidos legales adaptados a las condiciones locales (Peukert et al., 2017). Los entor-

nos que priorizan la coerción por encima de la legitimidad tienden, por el contrario, a profundizar la polarización social y a consolidar subculturas de resistencia que interpretan la transgresión como una forma de desobediencia civil simbólica frente a un régimen percibido como injusto.

Por consiguiente, la ineficacia del control punitivo y de los mecanismos tecnológicos restrictivos pone de manifiesto la urgencia de reconfigurar el marco regulatorio desde principios de legitimidad, equidad y cooperación. En lugar de fortalecer la coerción, el desafío contemporáneo del derecho radica en reconstruir las condiciones sociales que hacen posible el cumplimiento voluntario y sostenible. Así, la reflexión debe orientarse hacia la formulación de un paradigma alternativo que combine incentivos, participación y justicia distributiva en la gobernanza de los bienes informacionales digitales.

6. Fundamentos de un paradigma regulatorio legítimo en el ecosistema digital global

Las limitaciones del paradigma punitivo y las condiciones estructurales que sostienen la piratería digital plantean la necesidad de contar con un marco regulatorio desde una lógica de legitimidad, equidad y cooperación normativa. Tal revisión requiere desplazar la dependencia de la coerción hacia un modelo que articule la confianza institucional con la participación activa de los actores involucrados. La gobernanza del entorno informacional debe responder a las particularidades ontológicas de los bienes digitales, garantizar un acceso justo a la cultura y el conocimiento y generar incentivos para el cumplimiento voluntario.

En este sentido, la reformulación conceptual del régimen de propiedad intelectual constituye un punto de partida ineludible. El reconocimiento de la naturaleza no rival de los bienes digitales cuestiona la validez moral y económica de los derechos exclusivos en su configuración actual. Aunque la teoría económica tradicional justifica los monopolios temporales como instrumentos de incentivo para la producción de bienes públicos (Arrow, 1962; Landes y Posner, 1989), la evidencia empírica sugiere que los niveles contemporáneos de protección exceden ampliamente el umbral socialmente óptimo.

Al respecto, estudios recientes sobre las extensiones de *copyright* muestran que tales incrementos no se traducen en mayor producción creativa, mientras que los costos de exclusión y los efectos de bloqueo sobre la innovación derivativa resultan sustanciales (Heald, 2008; Pollock, 2009). Simulaciones econométricas incluso han estimado que la duración óptima de la protección autoral debería situarse en un rango considerablemente inferior al vigente (Akerlof et al., 2002), lo que refuerza la necesidad de reequilibrar los incentivos hacia un sistema que priorice el acceso y la reutilización cultural.

De esta premisa se desprende la conveniencia de reducir progresivamente los plazos de exclusividad, en la medida en que la expansión del dominio público amplía las oportunidades de creación y fortalece la circulación del conocimiento (Parc y Messerlin, 2021). La experiencia histórica respalda la viabilidad de sistemas con protección más breve sin detrimento de la producción cultural (Pabón, 2009). Además, la ampliación del acceso a obras en dominio público favorece tanto a los consumidores como a los creadores, al facilitar procesos de recombinación, *remix* y producción derivativa que amplían el acervo cultural (Benkler, 2006; Lessig, 2004).

En paralelo, la adopción de políticas de precios adaptativos resulta esencial para atender las asimetrías económicas entre regiones. El modelo de precio único global genera exclusión estructural cuando el poder adquisitivo varía en órdenes de magnitud entre países. La evidencia sugiere que la diferenciación de precios según contexto socioeconómico puede incrementar simultáneamente el acceso legal y los ingresos de los productores (Karaganis, 2011; Peukert et al., 2017). En mercados digitales, la aplicación de mecanismos de geolocalización y verificación de residencia permite instrumentar tales estrategias sin generar costos administrativos significativos. Los análisis econométricos muestran que la reducción de precios en contextos de bajo ingreso no erosiona las ganancias globales debido a la segmentación natural de la demanda y a la baja elasticidad del arbitraje (Waldfoegel, 2017).

La flexibilización de los modelos de licenciamiento representa otra dimensión crítica en esta transformación. Los sistemas de licencias abiertas, como los desarrollados bajo esquemas de Creative Commons, han demostrado que la coordinación entre libertad creativa

y reconocimiento de autoría es posible sin los costos de transacción del modelo tradicional (Benkler, 2006; Lessig, 2004). La promoción pública de tales instrumentos, especialmente en obras financiadas con recursos estatales, responde al principio de justicia epistémica, según el cual el conocimiento producido con fondos públicos debe mantenerse accesible al conjunto de la sociedad (Suber, 2012). La evidencia derivada de las políticas de acceso abierto en el ámbito científico confirma beneficios sustanciales en términos de eficiencia, innovación y democratización cognitiva (Tennant et al., 2016).

La actualización del régimen jurídico también requiere revisar las excepciones y limitaciones al derecho de autor, adaptándolas a las dinámicas de producción cultural en entornos digitales. Las doctrinas tradicionales de uso justo o trato justo fueron diseñadas para contextos analógicos y resultan insuficientes frente a las prácticas contemporáneas de creación transformativa. Los entornos digitales diluyen las fronteras entre consumo y producción, de modo que la criminalización de actividades como el *remix* o el *sampling* genera desconexión normativa con la cultura participativa contemporánea (Aufderheide y Jaszi, 2011; Palfrey y Gasser, 2008). En cambio, la incorporación explícita de excepciones para usos transformativos, preservación digital, accesibilidad y reutilización científica ofrecería seguridad jurídica y reduciría la distancia entre norma y práctica cultural (Crews, 2020). Además, los análisis comparativos muestran que las jurisdicciones con marcos de excepciones más amplios no reducen su producción creativa, sino que incrementan la innovación y la participación (Hugenholtz y Senftleben, 2011).

En coherencia con esta lógica, la sustitución de sistemas tecnológicos restrictivos por mecanismos proporcionales de control debe asumirse como una prioridad. Los sistemas DRM que limitan la interoperabilidad o el uso legítimo de contenidos erosionan la confianza del consumidor y perpetúan efectos de bloqueo anticompetitivos. La protección del derecho a la ingeniería inversa para fines de accesibilidad, interoperabilidad y preservación constituye una condición necesaria para el equilibrio entre innovación tecnológica y libertad de uso (Giblin y Doctorow, 2022). En este sentido, la regulación debería orientarse hacia principios de proporcionalidad y transparencia que impidan que la arquitectura técnica suplante la deliberación jurídica.

El fortalecimiento de la legitimidad institucional exige además mecanismos de gobernanza participativa que integren a todos los actores relevantes. La captura regulatoria del sistema por intereses corporativos ha distorsionado los objetivos originales del derecho de autor, desplazando la función social de promoción del conocimiento por la protección de rentas monopólicas (Draho y Braithwaite, 2002). La inclusión de creadores, consumidores, instituciones culturales y sociedad civil en la formulación de políticas públicas incrementaría la legitimidad procedimental del régimen y reduciría la percepción de arbitrariedad (Bannerman, 2016).

La creación de entornos de competencia efectiva en el mercado de distribución digital completa esta reconfiguración. La reducción de barreras de entrada, la eliminación de cláusulas contractuales que fragmentan mercados y la promoción de estándares de interoperabilidad incrementan la disponibilidad de alternativas legales atractivas, que se ha demostrado son el factor más decisivo en la reducción de la piratería (Aguiar y Waldfogel, 2018). La política regulatoria debe orientarse a garantizar pluralidad de oferta antes que endurecer la coerción.

Asimismo, la educación y la sensibilización cultural deben sustituir la lógica de la amenaza por la de la corresponsabilidad. Las campañas que enfatizan las sanciones tienden a activar reactancia psicológica y a reducir la eficacia de los mensajes normativos (Li y Shi, 2025). En cambio, las estrategias que muestran la distribución real de beneficios, que visibilizan el trabajo creativo y que apelan a la equidad en el financiamiento cultural resultan más efectivas para generar cooperación voluntaria (Wingrove et al., 2011).

La implementación de este marco propuesto exige coordinación internacional, aunque puede iniciarse en el ámbito nacional mediante reformas graduales que generen evidencia empírica sobre su impacto. Los casos donde se han adoptado excepciones amplias o licencias colectivas extendidas, como en Israel o los países nórdicos, confirman su viabilidad y sus beneficios en términos de acceso y cumplimiento normativo (Senftleben, 2004). La evaluación sistemática de estas experiencias mediante indicadores de acceso cultural, producción creativa e ingresos de los creadores permitirá consolidar una política de propiedad intelectual más coherente con los principios de justicia, innovación y legitimidad democrática.

Tras la propuesta planteada, es necesario aclarar que el paradigma propuesto no busca suprimir la protección autorral, sino ajustar su alcance para equilibrar los diversos fines sociales implicados. La legitimidad del sistema depende de su capacidad para responder a expectativas de equidad y de ofrecer mecanismos de cumplimiento proporcionales. Por tanto, la sostenibilidad del entorno digital exige así un tránsito desde la coerción hacia la cooperación, la reciprocidad y la confianza institucional.

7. Conclusiones

El examen crítico del fenómeno analizado permite reafirmar la necesidad de replantear las categorías jurídicas que rigen la propiedad intelectual en entornos digitales. La piratería, lejos de reducirse a un problema de incumplimiento legal, revela una crisis estructural del paradigma normativo heredado del mundo material. La falta de correspondencia entre escasez física y abundancia digital cuestiona los fundamentos de la exclusividad, lo que obliga a reconsiderar los vínculos entre justicia, acceso y sostenibilidad. Desde esa tensión emerge un argumento central: la regulación contemporánea solo podrá alcanzar legitimidad si se redefine a partir de la equidad y la cooperación social.

En el ámbito teórico, la piratería digital se configura como una práctica funcional que expresa un déficit de justicia distributiva y una crisis de legitimidad institucional. En términos analíticos, la contribución radica en articular los marcos de la justicia de las capacidades, la teoría de los bienes comunes y la legitimidad procedimental para construir una comprensión integrada del ecosistema digital. Tal aproximación propone un desplazamiento conceptual del control coercitivo a la gobernanza participativa, donde la confianza y la equidad se erigen como condiciones indispensables para la sostenibilidad normativa.

Con respecto a las implicaciones prácticas, el análisis realizado permite delinear orientaciones concretas para rediseñar las políticas públicas y los marcos jurídicos. La reducción de la coerción punitiva, la implementación de precios adaptativos, la promoción de licencias abiertas y la ampliación de las excepciones de uso transformativo

se presentan como medidas prioritarias. Tales estrategias se alinean con la evidencia empírica que demuestra que la accesibilidad y la equidad son factores más determinantes para el cumplimiento que la amenaza de sanción. La reconstrucción de la confianza requiere, por tanto, mecanismos de participación ciudadana, transparencia institucional y coherencia entre regulación técnica y principios jurídicos.

El horizonte para futuras investigaciones debe orientarse hacia la evaluación empírica de los modelos regulatorios alternativos, con especial atención a sus efectos sobre la producción cultural, el acceso equitativo y la legitimidad institucional. Resulta pertinente examinar comparativamente las experiencias nacionales que han adoptado esquemas de licenciamiento flexible o gobernanza cooperativa, con el propósito de identificar condiciones de éxito y obstáculos contextuales. Asimismo, la interacción entre factores cognitivos, tecnológicos y normativos ofrece un campo fértil para comprender cómo se configuran las motivaciones de cumplimiento en entornos digitales y cómo puede fortalecerse la reciprocidad social.

En consecuencia, la transición hacia un paradigma regulatorio sustentado en la justicia participativa implica reconocer que la sostenibilidad del ecosistema digital no se funda en la imposición, sino en la legitimidad. La protección del conocimiento y la cultura requiere equilibrar la retribución creativa con el derecho colectivo al acceso. En ese equilibrio radica la posibilidad de reconstruir la confianza institucional y de reconciliar el derecho con las transformaciones tecnológicas y morales de la era digital. El análisis realizado permite concebir la regulación no como un límite, sino como un instrumento para promover cooperación, equidad y sentido público en la esfera informacional contemporánea.

Bibliografía

- Aguiar, L. y Waldfogel, J. (2018). As streaming reaches flood stage, does it stimulate or depress music sales? *International Journal of Industrial Organization*, 57, 278-307. <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2017.06.004>
- Akerlof, G. A., Arrow, K. J., Bresnahan, T. F., Buchanan, J. M., Coase, R. H.,

- Cohen, L. R., Friedman, M., Green, J. R., Hahn, R. W., Hazlett, T. W., Hemphill, C. S., Litan, R. E., Noll, R. G., Schmalensee, R., Shavell, S., Varian, H. R. y Zeckhauser, R. J. (2002). *The Copyright Term Extension Act of 1998: An economic analysis* (Brief 02-1). American Economic Association.
- Ariely, D. (2012). *The (honest) truth about dishonesty: How we lie to everyone - especially ourselves*. HarperCollins.
- Arrow, K. J. (1962). *Economic welfare and the allocation of resources for invention*. En Nelson, R. R. (Ed.), *The rate and direction of inventive activity: Economic and social factors* (pp. 609–626). Princeton University Press for the National Bureau of Economic Research.
- Aufderheide, P. y Jaszi, P. (2011). *Reclaiming fair use: How to put balance back in copyright*. University of Chicago Press.
- Bandura, A. (1986). *Social foundations of thought and action: A social cognitive theory*. Prentice-Hall.
- Bannerman, S. (2016). *International copyright and access to knowledge*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139149686>
- Belchior-Rocha, H., Arslan, A. y Yener, S. (2024). Unveiling the ethical dilemmas of digital piracy: A comprehensive exploration of motivations, attitudes, and behaviors. *Social Sciences*, 13(11), 579. <https://doi.org/10.3390/socs-ci13110579>
- Benkler, Y. (2006). *The wealth of networks: How social production transforms markets and freedom*. Yale University Press.
- Benkler, Y. (2011). *The penguin and the leviathan: How cooperation triumphs over self-interest*. Crown Currency.
- Bodó, B., Gervais, D. y Quintais, J. P. (2018). Blockchain and smart contracts: The missing link in copyright licensing? *International Journal of Law and Information Technology*, 26(4), 311-336. <https://doi.org/10.1093/ijlit/eay014>
- Bowles, S. y Gintis, H. (2011). *A cooperative species: Human reciprocity and its evolution*. Princeton University Press.
- Boyle, J. (2008). *The public domain: Enclosing the commons of the mind*. Yale University Press.
- Brehm, J. W. (1966). *A theory of psychological reactance*. Academic Press.
- Burkart, P. (2014). *Pirate politics: The new information policy contests*. MIT Press.
- Cialdini, R. B., Reno, R. R. y Kallgren, C. A. (1990). A focus theory of normative conduct: Recycling the concept of norms to reduce littering in public places. *Journal of Personality and Social Psychology*, 58(6), 1015-1026. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.58.6.1015>
- Crews, K. D. (2020). *Copyright law for librarians and educators: Creative strategies and practical solutions* (4ª ed.). American Library Association.
- Cushman, F. (2008). Crime and punishment: Distinguishing the roles of causal and intentional analyses in moral judgment. *Cognition*, 108(2), 353-380. <https://doi.org/10.1016/j.cognition.2008.03.006>
- Danaher, B., Dhanasobhon, S., Smith, M. D. y Telang, R. (2010). Converting

- pirates without cannibalizing purchasers: The impact of digital distribution on physical sales and internet piracy. *Marketing Science*, 29(6), 963-1169. <https://doi.org/10.1287/mksc.1100.0600>
- Danaher, B., Smith, M. D., Telang, R. y Chen, S. (2014). The effect of graduated response anti-piracy laws on music sales: Evidence from an event study in France. *The Journal of Industrial Economics*, 62(3), 541-553. <https://doi.org/10.1111/joie.12056>
- Doctorow, C. (2008). *Content: Selected essays on technology, creativity, copyright, and the future of the future*. Tachyon Publications.
- Doyle, G. (2013). *Understanding media economics* (2nd ed.). SAGE Publications.
- Drahos, P. y Braithwaite, J. (2002). *Information feudalism: Who owns the knowledge economy?* Earthscan.
- Fehr, E. y Gächter, S. (2000). Cooperation and punishment in public goods experiments. *American Economic Review*, 90(4), 980-994. <https://doi.org/10.1257/aer.90.4.980>
- Feldman, Y. y Nadler, J. (2006). The law and norms of file sharing. *San Diego Law Review*, 43, 577-618. <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol43/iss3/5>
- Giblin, R. y Doctorow, C. (2022). *Chokepoint capitalism: How big tech and big content captured creative labor markets and how we'll win them back*. Beacon Press.
- Gintis, H. (2000). Strong reciprocity and human sociality. *Journal of Theoretical Biology*, 206(2), 169-179. <https://doi.org/10.1006/jtbi.2000.2111>
- Greene, J. D. (2013). *Moral tribes: Emotion, reason, and the gap between us and them*. Penguin Press.
- Gunkel, D. J. (2008). Rethinking the digital remix: Mash-ups and the metaphysics of sound recording. *Popular Music and Society*, 31(4), 489-510. <https://doi.org/10.1080/03007760802053211>
- Haidt, J. (2012). *The righteous mind: Why good people are divided by politics and religion*. Knopf Doubleday Publishing Group.
- Heald, P. J. (2008). Property rights and the efficient exploitation of copyrighted works: An empirical analysis of public domain and copyrighted fiction best-sellers. *Minnesota Law Review*, 92, 1031-1063.
- Hinduja, S. (2003). Trends and patterns among online software pirates. *Ethics and Information Technology*, 5(1), 49-61. <https://doi.org/10.1023/A:1024910523384>
- Hinduja, S. (2007). Neutralization theory and online software piracy: An empirical analysis. *Ethics and Information Technology*, 9(3), 187-204. <https://doi.org/10.1007/s10676-007-9143-5>
- Hinduja, S. (2008). Deindividuation and internet software piracy. *CyberPsychology & Behavior*, 11(4), 391-398. <https://doi.org/10.1089/cpb.2007.0048>
- Hugenholtz, P. B. y Senfleben, M. R. (2011). Fair use in Europe: In search of flexibilities. *Amsterdam Law School Research Paper*, (39). <https://doi.org/10.2139/ssrn.1959554>

- Joinson, A. N. (1998). Causes and implications of disinhibited behavior on the Internet. En Gackenbach, J. (Ed.), *Psychology and the Internet: Intrapersonal, interpersonal, and transpersonal implications* (pp. 43-60). Academic Press.
- Kahneman, D. (2011). *Thinking, fast and slow*. Farrar, Straus and Giroux.
- Karaganis, J. (Ed.). (2011). *Media piracy in emerging economies*. Social Science Research Council.
- Landes, W. M. y Posner, R. A. (1989). An economic analysis of copyright law. *Journal of Legal Studies*, 18(2), 325-363. <https://doi.org/10.1086/468150>
- Langer, E. J. (1975). The illusion of control. *Journal of Personality and Social Psychology*, 32(2), 311-328. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.32.2.311>
- LaRose, R. y Kim, J. (2007). Share, steal, or buy? A social cognitive perspective of music downloading. *CyberPsychology & Behavior*, 10(2), 267-277. <https://doi.org/10.1089/cpb.2006.9959>
- Larsson, S. (2011). *Metaphors and norms: Understanding copyright law in a digital society* (Tesis doctoral). Lund University. <https://portal.research.lu.se/en/publications/metaphors-and-norms-understanding-copyright-law-in-a-digital-soci/>
- Larsson, S., Svensson, M. y De Kaminski, M. (2014). Online piracy, anonymity and social change. *Convergence*, 19(1), 95-114. <https://doi.org/10.1177/1354856512456789>
- Lessig, L. (2004). *Free culture: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. Penguin Press.
- Levin, A. M., Dato-on, M. C. y Manolis, C. (2007). Detering illegal downloading: The effects of threat appeals, past behavior, subjective norms, and attributions of harm. *Journal of Consumer Behaviour*, 6(2-3), 111-122. <https://doi.org/10.1002/cb.211>
- Li, Z. y Shi, J. (2025). Message effects on psychological reactance: Meta-analyses. *Human Communication Research*, 00, 1-15. <https://doi.org/10.1093/hcr/hqaf016>
- Lobato, R. (2012). *Shadow economies of cinema: Mapping informal film distribution*. British Film Institute. <https://doi.org/10.5040/9781838710330>
- Locke, J. (1960). *Two treatises of government* (2ª ed.). Cambridge University Press.
- Mazar, N., Amir, O. y Ariely, D. (2008). The dishonesty of honest people: A theory of self-concept maintenance. *Journal of Marketing Research*, 45(6), 633-644. <https://doi.org/10.1509/jmkr.45.6.633>
- Morris, R. G. y Higgins, G. E. (2008). Neutralizing potential and self-reported digital piracy: A multitheoretical exploration among college undergraduates. *Criminal Justice Review*, 34(2), 173-195. <https://doi.org/10.1177/0734016808325034>
- Nagin, D. S. (2013). Deterrence in the twenty-first century. *Crime and Justice*, 42(1), 199-263. <https://doi.org/10.1086/670398>
- Nussbaum, M. C. (2011). *Creating capabilities: The human development approach*. Harvard University Press.

- Ostrom, E. (1990). *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge University Press.
- Ostrom, E. (1998). A behavioral approach to the rational choice theory of collective action. *American Political Science Review*, 92(1), 1-22. <https://doi.org/10.2307/2585925>
- Pabón, J. A. (2009). Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 13, 59-104. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/457/436>
- Palfrey, J. y Gasser, U. (2008). *Born digital: Understanding the first generation of digital natives*. Basic Books.
- Parc, J. y Messerlin, P. (2021). The true impact of shorter and longer copyright durations: From authors' earnings to cultural creativity and diversity. *International Journal of Cultural Policy*, 27(5), 607-620. <https://doi.org/10.1080/10286632.2020.1829608>
- Petrinovich, L., O'Neill, P. y Jorgensen, M. (1993). An empirical study of moral intuitions: Toward an evolutionary ethics. *Journal of Personality and Social Psychology*, 64(3), 467-478. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.64.3.467>
- Peukert, C., Claussen, J. y Kretschmer, T. (2017). Piracy and box office movie revenues: Evidence from megaupload. *International Journal of Industrial Organization*, 52, 188-215. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2176246>
- Pollock, R. (2009). Forever minus a day? Calculating optimal copyright term. *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 6(1), 35-60. <https://ssrn.com/abstract=1436186>
- Prensky, M. (2001). Digital natives, digital immigrants Part 1. *On the Horizon*, 9(5), 1-6. <https://doi.org/10.1108/10748120110424816>
- Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Harvard University Press.
- Rose, M. (1993). *Authors and owners: The invention of copyright*. Harvard University Press.
- Sag, M. (2012). Orphan works as grist for the data mill. *Berkeley Technology Law Journal*, 27(3), 1503-1550. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2038889>
- Sen, A. (1999). *Development as freedom*. Oxford University Press.
- Senftleben, M. R. F. (2004). *Copyright, limitations and the three-step test: An analysis of the three-step test in international and EC copyright law* (Tesis doctoral). University of Amsterdam, Kluwer Law International. <https://hdl.handle.net/11245/1.224623>
- Sharot, T. (2011). The optimism bias. *Current Biology*, 21(23), R941-R945. <https://doi.org/10.1016/j.cub.2011.10.030>
- Smallridge, J. L. y Roberts, J. J. (2013). Crime specific neutralizations: An empirical examination of four types of digital piracy. *International Journal of Cyber Criminology*, 7(2), 125-140.
- Steindl, C., Jonas, E., Sittenthaler, S., Traut-Mattausch, E. y Greenberg, J. (2015). Understanding psychological reactance: New developments and findings. *Zeitschrift für Psychologie*, 223(4), 205-214. <https://doi.org/10.1027/2151-2604/a000222>

- Suber, P. (2012). *Open access*. MIT Press.
- Suler, J. (2004). The online disinhibition effect. *CyberPsychology & Behavior*, 7(3), 321-326. <https://doi.org/10.1089/1094931041291295>
- Svensson, M. y Larsson, S. (2012). Intellectual property law compliance in Europe: Illegal file sharing and the role of social norms. *New Media y Society*, 14(7), 1147-1163. <https://doi.org/10.1177/1461444812439553>
- Sykes, G. M. y Matza, D. (1957). Techniques of neutralization: A theory of delinquency. *American Sociological Review*, 22(6), 664-670. <https://doi.org/10.2307/2089195>
- Tehrani, J. (2007). Infringement nation: Copyright reform and the law/norm gap. *Utah Law Review*, 2007(3), 537-551. <https://dc.law.utah.edu/ulr/vol2007/iss3/1/>
- Tennant, J. P., Waldner, F., Jacques, D. C., Masuzzo, P., Collister, L. B. y Hartgerink, C. H. (2016). The academic, economic and societal impacts of Open Access: An evidence-based review. *F1000Research*, 5, 632. <https://doi.org/10.12688/f1000research.8460.3>
- Trope, Y. y Liberman, N. (2010). Construal-level theory of psychological distance. *Psychological Review*, 117(2), 440-463. <https://doi.org/10.1037/a0018963>
- Tyler, T. R. (2006). *Why people obey the law*. Princeton University Press.
- Vaidhyathan, S. (2001). *Copyrights and copywrongs: The rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York University Press.
- Voggeser, B. J., Singh, R. K. y Göritz, A. S. (2018). Self-control in online discussions: Disinhibited online behavior as a failure to recognize social cues. *Frontiers in Psychology*, 8, 2372. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2017.02372>
- Waldfoel, J. (2017). How digitization has created a golden age of music, movies, books, and television. *Journal of Economic Perspectives*, 31(3), 195-214. <https://doi.org/10.1257/jep.31.3.195>
- Wingrove, T., Korpas, A. L. y Weisz, V. (2011). Why were millions of people not obeying the law? Motivational influences on non-compliance with the law in the case of music piracy. *Psychology, Crime & Law*, 17(3), 261-276. <https://doi.org/10.1080/10683160903179526>
- Yar, M. (2005). The novelty of 'cybercrime': An assessment in light of routine activity theory. *European Journal of Criminology*, 2(4), 407-427. <https://doi.org/10.1177/147737080556056>
- Zahrádka, P. y Schmücker, R. (2022). "We are sorry this video is not available in your country": An ethical analysis of geo-blocking audio-visual online content. *Journal of Media Ethics*, 37(1), 2-17. <https://doi.org/10.1080/23736992.2021.2014850>

* * * *

Declaración de uso de IA

Se usó el modelo extenso de lenguaje GPT-4o con el propósito de realizar correcciones ortográficas, de puntuación y de estilo. El comando empleado fue “busca y corrige errores de redacción y ortografía”. Una vez obtenido el texto de respuesta, se verificó que el tono e intención se mantuviera de acuerdo con el borrador original.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió los roles de conceptualización, curación de datos, análisis formal, investigación, metodología, redacción borrador original, redacción revisión y edición en el presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.ram>

La autoría en tiempos de ChatGPT: nuevos desafíos para el derecho de autor¹

* * * *

Germán Darío Flórez Acero

Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia (Colombia)

gdflorez@ucatolica.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-0850-1307>

Mayerly Andrea Acero Alba

Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia (Colombia)

maacero23@ucatolica.edu.co

Recibido: 4 de junio de 2025

Aceptado: 12 de diciembre de 2025

Resumen

El desarrollo de herramientas basadas en inteligencia artificial generativa, como ChatGPT, ha transformado múltiples actividades humanas, facilitando la producción automatizada de textos, análisis y respuestas en tiempo real. No obstante, este avance tecnológico plantea serias interrogantes en materia de propiedad intelectual y derechos de autor. En primer lugar, surge el debate sobre la titularidad de las obras generadas por sistemas de IA: si estas creaciones no son fruto de la intervención directa de un ser humano, ¿pueden ser protegidas por el derecho de autor? ¿A quién le correspondería, entonces, la titularidad de tales obras?

-
- 1 Este trabajo es producto del desarrollo de la investigación del Grupo de Investigación en Derecho Privado y Propiedad Intelectual de la Universidad Católica de Colombia en el marco del proyecto *“cambios y transformaciones en las instituciones del derecho privado: hacia un derecho privado centrado en la eficacia de los derechos constitucionales y convencionales – fase iv”*. Igualmente, agradecemos especialmente la ayuda dada para esta investigación por la Cátedra Iberoamericana de Cultura Digital y propiedad intelectual de la Organización de Estados Iberoamericanos OEI y la Universidad de Alicante.

En segundo lugar, se examinan los posibles actos de infracción que podrían derivarse del entrenamiento de modelos de IA, los cuales se alimentan de vastas cantidades de contenido protegido por derechos de autor sin, en muchos casos, el consentimiento expreso de los titulares. Este uso no autorizado plantea desafíos jurídicos complejos en cuanto a la licitud del procesamiento masivo de datos y textos en el marco de las excepciones y limitaciones al derecho de autor.

Finalmente, se abordan los dilemas éticos y legales derivados del uso de las respuestas generadas por IA en entornos sensibles como el judicial. La utilización de estos contenidos en decisiones que afectan derechos fundamentales genera cuestionamientos sobre su fiabilidad, trazabilidad, imparcialidad y respeto por la creación original de terceros. Además, se analiza el riesgo de reproducir contenidos que, al estar protegidos, podrían implicar violaciones indirectas a los derechos de propiedad intelectual. Este estudio propone un análisis integral que combine perspectivas jurídicas y éticas, a fin de determinar los límites normativos y de responsabilidad en el uso de la inteligencia artificial generativa en contextos creativos, técnicos y decisionales.

Palabras clave: propiedad intelectual, derecho de autor, ChatGPT, Chatbox, información, datos, inteligencia artificial (IA), autor.

Authorship in the Age of ChatGPT: New Challenges for Copyright Law

Abstract

The development of generative artificial intelligence tools such as ChatGPT has profoundly transformed a wide range of human activities by enabling the automated production of text, analysis, and real-time responses. However, this technological breakthrough raises significant concerns in the field of intellectual property and copyright law. First, it challenges the traditional concept of authorship: if a work is generated without direct human creativity, can it be protected under copyright law? And if so, who should be recognized as its rightful owner?

Second, the training processes of large language models often involve ingesting vast datasets that include copyrighted material, frequently without the explicit consent of rights holders. This raises complex legal issues concerning the permissibility of such data processing and whether it qualifies under existing exceptions or limitations to copyright protection.

Finally, the use of generative AI outputs in sensitive domains — particularly in legal or judicial contexts — introduces ethical and legal dilemmas. Relying on AI-generated content to support decisions that affect fundamental rights brings into question issues such as reliability, traceability, impartiality, and respect for third-party intellectual creations. Moreover, such use may inadvertently lead to indirect copyright infringements.

This study offers a comprehensive analysis that integrates legal and ethical perspectives in order to clarify the normative and liability boundaries associated with the use of generative artificial intelligence in creative, technical, and decision-making contexts.

Key words: intellectual property, copyright, ChatGPT, Chatbox, information, data, artificial intelligence (AI), author.

A autoria na era do ChatGPT: novos desafios para o direito autoral

Resumo

O desenvolvimento de ferramentas baseadas em inteligência artificial generativa, como o ChatGPT, transformou diversas atividades humanas, facilitando a produção automatizada de textos, análises e respostas em tempo real. No entanto, esse avanço tecnológico levanta sérias questões no campo da propriedade intelectual e dos direitos autorais. Em primeiro lugar, surge o debate sobre a titularidade das obras geradas por sistemas de IA: se essas criações não resultam da intervenção direta de um ser humano, podem ser protegidas pelo direito autoral? A quem caberia, então, a titularidade dessas obras?

Em segundo lugar, são examinados os possíveis atos de infração decorrentes do treinamento dos modelos de IA, os quais são alimentados por vastas quantidades de conteúdo protegido por direitos autorais, muitas vezes sem o consentimento expresso dos titulares. Esse uso não autorizado levanta desafios jurídicos complexos quanto à legalidade do processamento massivo de dados e textos no âmbito das exceções e limitações ao direito autoral.

Por fim, abordam-se os dilemas éticos e jurídicos resultantes do uso das respostas geradas por IA em contextos sensíveis como o judiciário. A utilização desses conteúdos em decisões que afetam direitos fundamentais gera questionamentos sobre sua confiabilidade, rastreabilidade, imparcialidade e respeito à criação original de terceiros. Além disso, analisa-se o risco de reprodução de conteúdos que, estando protegidos, podem implicar violações indiretas aos direitos de propriedade intelectual.

Este estudo propõe uma análise abrangente que combine perspectivas jurídicas e éticas, a fim de determinar os limites normativos e de responsabilidade no uso da inteligência artificial generativa em contextos criativos, técnicos e decisórios. Este trabalho é resultado do desenvolvimento da pesquisa do Grupo de Pesquisa em Direito Privado e Propriedade Intelectual da Universidade Católica da Colômbia, no âmbito do projeto *Mudanças e Transformações nas Instituições do Direito Privado: Rumo a um Direito Privado Centrado na Efetividade dos Direitos Constitucionais e Convencionais – Fase IV*.

Palavras-chave: propriedade intelectual, direito autoral, ChatGPT, Chatbot, informação, dados, inteligência artificial (IA), autor.

1. Introducción

Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la propiedad intelectual² comprende “las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, así como los símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI], 2020). Este conjunto de derechos, reconocido y protegido por la legislación de cada país, tiene como finalidad fomentar la creatividad, promover la innovación y asegurar un equilibrio entre los intereses individuales de los autores y el interés colectivo de acceso al conocimiento (OMPI, 2021). Por ello, los derechos de autor, las patentes, las marcas, los diseños industriales y los secretos comerciales han sido tradicionalmente considerados pilares del desarrollo económico y cultural, y han recibido una especial atención por parte de los legisladores en todo el mundo.

En la actual sociedad de la información, profundamente interconectada y globalizada, los datos circulan con rapidez a través de internet, plataformas digitales y redes sociales, transformándose en insumos esenciales para prácticamente todas las actividades humanas. En este contexto, el surgimiento de herramientas de inteligencia artificial (IA) generativa, como ChatGPT, ha potenciado aún más esta dinámica, al permitir la producción automática de textos que responden a preguntas formuladas por usuarios en lenguaje natural. Estas respuestas, que a menudo se perciben como novedosas, útiles y coherentes, son el resultado de un complejo entrenamiento algorítmico sobre enormes volúmenes de datos, muchos de los cuales están protegidos por derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, este tipo de sistemas plantea profundos desafíos. Por un lado, su funcionamiento se basa en la recopilación masiva de información existente incluida obra protegida, sin que necesariamente medie una autorización de los titulares de derechos. Por otro lado, los resultados generados carecen de una trazabilidad verificable que permita determinar con certeza el origen de cada fragmento de contenido, lo cual abre la puerta a posibles infracciones por repro-

2 La OMPI es un organismo que promueve la propiedad intelectual a nivel mundial y busca la innovación y la creatividad en aras de un futuro mejor y más sostenible.

ducción no autorizada, uso indebido de obras ajenas o incluso difusión de información falsa o “alucinada”. Esta situación ha llevado a algunos países, como Italia, a imponer restricciones o prohibiciones temporales sobre el uso de estas herramientas, invocando tanto la protección de la propiedad intelectual como el resguardo de los derechos fundamentales de sus ciudadanos (BBC News Mundo, 2023).

En el plano jurídico, una de las cuestiones más debatidas es si los contenidos generados por inteligencia artificial pueden ser considerados obras protegidas por el derecho de autor.³ En el caso colombiano, es bastante claro que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 23 de 1982 (Congreso de la República de Colombia, 1982), se establece que únicamente las personas naturales pueden ostentar la calidad de autor, lo cual excluye expresamente a sistemas automatizados como ChatGPT de ostentar la titularidad originaria de una obra.⁴ En consecuencia, ni la plataforma ni sus desarrolladores pueden ser considerados titulares de derechos sobre las respuestas generadas, lo que sitúa al usuario en una posición de especial responsabilidad frente al uso, divulgación o apropiación de dichos contenidos.

Este escenario plantea interrogantes sustanciales: ¿puede considerarse original una creación realizada a partir de una interacción con una inteligencia artificial? ¿Es posible atribuirle protección legal si deriva de información preexistente y potencialmente protegida? ¿Hasta qué punto puede el uso de estos sistemas afectar los derechos de autores humanos cuyas obras han sido utilizadas, directa o indirectamente, para entrenar a los modelos?

Estas preguntas serán desarrolladas a lo largo del presente análisis con el propósito de reflexionar sobre la necesidad de redefinir los

3 La OMPI define los derechos de autor como los derechos de los creadores sobre sus obras literarias y artísticas que requieren ser protegidos y amparados. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_450_2020.pdf.

4 El art 1 de la Ley 23 de 1982 considera autores a creadores de obras literarias, científicas y artísticas, quienes gozarán de protección para sus obras, así como también los intérpretes o ejecutantes, a los productores de programas y a los organismos de radiodifusión en sus derechos conexos a los del autor, y el art. 2 establece que recae sobre las obras científicas literarias y artísticas, las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico.

conceptos clásicos de autoría, originalidad y responsabilidad jurídica en el contexto de la inteligencia artificial generativa. A su vez, se estudiarán los avances normativos en distintas jurisdicciones, en particular en la Unión Europea (UE) y los Estados Unidos, con el fin de comprender los caminos regulatorios emergentes frente a un fenómeno tecnológico que, si bien ofrece oportunidades, también amenaza con desestabilizar los fundamentos tradicionales de la propiedad intelectual.

2. Metodología, estado de la cuestión y relevancia del estudio de la propiedad intelectual en relación con la inteligencia artificial

El presente trabajo se inscribe en una metodología cualitativa de corte dogmático comparado (Vega, 2024), centrada en el análisis de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales relativas a la interacción entre inteligencia artificial generativa y derecho de autor. En particular, se realizará una revisión de la legislación y la jurisprudencia más relevante de Colombia, Estados Unidos y la Unión Europea en materia de la inteligencia artificial y la propiedad intelectual, complementada con documentos de organizaciones internacionales como la OMPI, la UNESCO y la Unión Europea, así como con aportes doctrinales recientes sobre propiedad intelectual y tecnologías disruptivas. Esta aproximación nos permitirá identificar convergencias y tensiones entre distintos sistemas jurídicos frente a los desafíos que plantea la IA generativa (Sierra, 2025).

La selección de Colombia, Estados Unidos y la Unión Europea como jurisdicciones de referencia responde a criterios metodológicos, normativos y jurisprudenciales que hacen de estos sistemas escenarios especialmente relevantes para examinar los desafíos que la inteligencia artificial generativa plantea al derecho de autor.

En primer lugar, *Colombia* constituye un caso paradigmático en América Latina debido a su doble dimensión: por un lado, integra el régimen supranacional de la Decisión Andina 351 sobre propiedad intelectual; por otro, su Dirección Nacional de Derecho de Autor y su Corte Constitucional han emitido decisiones recientes y pioneras sobre obras generadas con IA, derechos digitales y uso de herra-

mientas algorítmicas en la administración pública y la justicia (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-323, 2024).

En segundo lugar, *Estados Unidos* ofrece el marco jurisprudencial más influyente en materia de *copyright* a nivel global, especialmente en torno a la doctrina del *fair use*, la exigencia de autoría humana (U.S. Copyright Office, 2023) y los casos emblemáticos que han analizado la generación automatizada de contenido, el entrenamiento de modelos con obras protegidas y la responsabilidad por el uso de sistemas de IA en litigios, como *Thomptson Reuters v. Ross intelligence*, *Thaler* y *Mata v. Avianca*, entre otros que se abordarán en este artículo. La elección de estos casos obedece a la importancia que han generado por la influencia del uso de la inteligencia artificial tanto en la sustentación de argumentos como en la relación con derechos de propiedad intelectual. Estos casos, al ser pioneros en el mundo, han marcado una línea importante de referencia para casos homólogos en diferentes jurisdicciones a nivel global y en referencias académicas (Palacio Puerta y Monroy Rodríguez, 2024).

Finalmente, la *Unión Europea* presenta el ecosistema regulatorio más robusto y estructurado del mundo en materia de inteligencia artificial, combinando la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital, los regímenes de texto y minería de datos *text and data mining* (TDM) y la reciente Ley de Inteligencia Artificial (AI Act) de 2024, que establece obligaciones específicas para modelos generativos y sistemas de alto riesgo. Así, la articulación comparada de estos tres sistemas: uno latinoamericano híbrido, uno de *common law* con fuerte impronta jurisprudencial y uno de derecho continental con regulación avanzada permite identificar patrones comunes, tensiones conceptuales y posibles rutas de armonización en torno a autoría, licitud del entrenamiento y responsabilidad por el uso de IA.

En cuanto al estado de la cuestión, diversos autores —desde hace ya varios años— han llamado la atención sobre la necesidad de analizar las categorías clásicas del derecho de autor, como autoría, originalidad y titularidad a la luz de las obras generadas o asistidas por IA (Guadamuz, 2017). La doctrina especializada en propiedad intelectual ha advertido que la automatización de procesos creativos y la reutilización masiva de datos protegidos cuestionan el modelo tradi-

cional de protección basado en la creación individual y en el vínculo personal del autor con la obra (Bracamonte y Lizano, 2025) (Palacio Puerta y Monroy Rodríguez, 2024). A su vez, estudios más recientes sobre inteligencia artificial y derecho han analizado los riesgos de opacidad algorítmica, sesgos, falta de trazabilidad de las fuentes y eventual infracción masiva de derechos de autor durante las fases de entrenamiento y uso de estos sistemas (Hutson, 2024).

Desde una perspectiva comparada, los debates actuales se estructuran en torno a tres grandes ejes: i) la posibilidad de reconocer protección autoral a contenidos generados por IA y el rol que podría tener la intervención humana en obras “híbridas”; ii) la licitud del entrenamiento de modelos algorítmicos a partir de grandes volúmenes de datos que incluyen obras protegidas, a la luz de las excepciones y limitaciones al derecho de autor o el *fair use* en el sistema anglosajón; y iii) el impacto del uso de herramientas de IA generativa en entornos especialmente sensibles, como la administración de justicia, donde se ponen en juego derechos fundamentales y garantías procesales. Este artículo se sitúa en ese cruce, con el propósito de articular las discusiones sobre autoría y uso legítimo de contenidos con los riesgos específicos que supone la automatización de tareas en el campo jurídico.

Así, nuestro análisis se estructura en torno a tres ejes problemáticos: (1) la titularidad de las obras generadas con inteligencia artificial, a partir de los estándares de originalidad y autoría humana vigentes en sistemas de *common law* y de derecho continental; (2) la legalidad del uso no autorizado de contenidos protegidos para el entrenamiento de modelos de IA generativa, examinando tanto normas internas (como la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351) como desarrollos recientes en la Unión Europea y Estados Unidos; y (3) el uso de IA en entornos judiciales, con énfasis en cómo estas herramientas pueden incidir en la motivación de las decisiones, la independencia judicial y el respeto de los derechos de propiedad intelectual. No se pretende, por tanto, ofrecer un inventario exhaustivo de todos los desarrollos normativos y jurisprudenciales, sino analizar un conjunto acotado de casos paradigmáticos que ilustran los desafíos más relevantes para el derecho de autor en tiempos de ChatGPT.

3. La propiedad intelectual: fundamentos, evolución y desafíos ante la inteligencia artificial

El progreso humano, impulsado por la creatividad y la innovación, ha dado lugar a innumerables invenciones, obras y soluciones que han transformado radicalmente nuestra forma de vida. En este contexto, la protección de dichas creaciones se ha convertido en un componente esencial para garantizar que los autores, inventores y artistas puedan beneficiarse legítimamente del fruto de su trabajo. De esta necesidad ha surgido y evolucionado el régimen jurídico de la propiedad intelectual (PI), que reconoce el valor económico, moral y social de las creaciones humanas y promueve su protección como un incentivo para la investigación, el desarrollo y la creatividad (Rengifo, 1997).

De acuerdo con la OMPI (2020), la PI abarca invenciones, obras literarias y artísticas, símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio. Esta concepción reconoce que científicos, artistas, escritores, inventores y empresas dedican tiempo, recursos y habilidades intelectuales a generar productos originales y valiosos. En consecuencia, se ha consolidado la necesidad de que cada país cuente con una legislación nacional robusta en materia de propiedad intelectual, orientada a fomentar la innovación, regular el uso de las creaciones y garantizar los derechos de quienes las producen (OMPI, 2021).

Dentro del sistema de PI, el derecho de autor ocupa un lugar central. Según la (OMPI, 2020), este derecho no solo protege libros, música, obras plásticas, esculturas o películas, sino también programas de *software*, bases de datos, anuncios, mapas y dibujos técnicos. Asimismo, extiende su protección a quienes tienen una relación directa con las obras protegidas, como los artistas intérpretes o ejecutantes, los organismos de radiodifusión y los productores de fonogramas (Dirección Nacional de Derechos de Autor, 2021). Esta amplitud normativa busca equilibrar los derechos de los creadores con el interés público en el acceso a la cultura, la información y la educación (Lipszyc, 2017).

El derecho de autor se divide en dos dimensiones fundamentales: los derechos patrimoniales y los derechos morales (OMPI, 2020). Los derechos patrimoniales le otorgan al titular el control exclusivo sobre el uso económico de su obra, incluyendo su reproducción,

traducción, distribución, transformación, puesta a disposición y comunicación pública, así como cualquier forma de explotación económica de la obra (Flórez y Woolcott, 2015). Su vulneración puede dar lugar a sanciones civiles o penales (Olarte y Rojas, 2015) y su titularidad puede transferirse mediante licencia, cesión, contrato de obra por encargo, contrato laboral, contrato de servidores públicos o inclusive por herencia (Sáenz, 2018). Por su parte, los derechos morales garantizan esa relación intrínseca del autor con la obra y propenden, entre otros, el reconocimiento de la autoría y la integridad de la obra, protegiendo la reputación del creador frente a alteraciones no autorizadas o usos que afecten su honor y reputación (Flórez, 2025).

Desde el punto de vista doctrinal, diversas teorías han fundamentado la existencia del derecho de autor y de la propiedad intelectual en general. La primera de ellas, de carácter naturalista, considera que la protección surge del vínculo entre el autor y su obra, como expresión directa de su personalidad y esfuerzo creativo (Heinemann, 2012). La segunda teoría, basada en criterios de recompensa, sostiene que debe otorgarse al creador un derecho exclusivo como compensación por su aporte al conocimiento o la cultura (Antequera, 2021). Una tercera perspectiva se enfoca en la necesidad de garantizar exclusividad sobre las invenciones, especialmente en el campo de las patentes, para promover la inversión y la competencia leal (Heinemann, 2012).

El reconocimiento jurídico de la propiedad intelectual tiene raíces históricas profundas. En la Venecia del siglo XV, ya se concedían privilegios a inventores como forma de proteger sus creaciones (Heinemann, 2012). En el Reino Unido, ya en 1709 hubo una importante codificación en materia de derechos de autor con el Estatuto de la reina Ana. (Bently et al., 2010). Posteriormente, se consolidaron tratados internacionales clave, como el Convenio de París (1883) para la protección de la propiedad industrial, el Convenio de Berna (1886) sobre obras literarias y artísticas y el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (1970), entre otros (Lipszyc, 2017). Estas normas sentaron las bases del sistema multilateral de PI que sigue vigente hoy.

No obstante, el avance acelerado de las tecnologías digitales

(Dash et al., 2021) y, en particular, de la inteligencia artificial (IA) ha desafiado los límites tradicionales de la PI (Sopilko et al., 2023) y ha generado una urgente necesidad de actualización normativa. Las obras creadas o generadas con el apoyo de herramientas de IA, como ChatGPT, ponen en cuestión nociones fundamentales como autoría, originalidad, titularidad y responsabilidad. Además, la reutilización masiva de datos, muchos de ellos protegidos por derechos de autor, para entrenar modelos de lenguaje suscita preocupaciones sobre posibles infracciones y apropiaciones indebidas.

Ante estos desafíos, la comunidad internacional ha comenzado a adoptar nuevos instrumentos y tratados que complementan los marcos clásicos. Ya desde la irrupción de internet en el mundo, se han destacado instrumentos regulatorios de propiedad intelectual y derechos de autor a nivel internacional, como el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 (WCT), el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996 (WPPT) y el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales de 2012 (OMPI, 2020).

Sin embargo, todavía es necesario avanzar hacia una regulación más precisa y actualizada de los escenarios relacionados con la IA y la propiedad intelectual que logre proteger tanto los derechos de los creadores humanos como la circulación ética del conocimiento en la era digital. En los siguientes apartados indagaremos sobre los esfuerzos que están haciendo bloques de países y Gobiernos en general para generar herramientas que, aunque por lo pronto son del llamado *soft law*, están sirviendo de base a lo que podría ser una regulación internacional del derecho de autor y la propiedad intelectual alrededor de la inteligencia artificial.

4. ChatGPT: características, funcionamiento e implicaciones de la inteligencia artificial generativa

La inteligencia artificial generativa (IA generativa) es una rama de la inteligencia artificial que permite a las máquinas crear contenido nuevo y original a partir de datos existentes. A diferencia de otras formas de IA que se limitan a clasificar, identificar o predecir resultados con base en información previamente estructurada, los mo-

delos generativos tienen la capacidad de producir texto, imágenes, audio, video o código de manera autónoma (Kissinger et al., 2022). Esta tecnología ha sido aplicada con éxito en múltiples sectores: por ejemplo, herramientas como DALL-E y Midjourney generan ilustraciones e imágenes a partir de descripciones textuales, mientras que plataformas como Synthesia permiten crear presentadores de video completamente digitales que imitan el habla y la gestualidad humana. En el ámbito musical, modelos como Jukebox de OpenAI han sido entrenados para componer piezas musicales originales que imitan estilos y géneros diversos (Susskind, 2025).

Estas tecnologías, si bien ofrecen oportunidades creativas sin precedentes, también han planteado desafíos importantes en el plano ético, jurídico y cultural. ¿Quién es el autor de una obra creada por una máquina? ¿Puede una inteligencia artificial generar una obra original o simplemente remezcla contenido ya existente? (Aucejo y Ramón, 2023).

Estas preguntas cobran especial relevancia con el desarrollo de modelos de lenguaje como ChatGPT, uno de los ejemplos más emblemáticos de IA generativa textual. Diseñado por OpenAI, es capaz de producir respuestas detalladas, redactar documentos, explicar conceptos, resolver problemas y mantener conversaciones fluidas en lenguaje natural, lo que lo convierte en una herramienta de amplio alcance, pero también en un objeto de debate jurídico, especialmente en lo que respecta a los derechos de autor, la fiabilidad de sus respuestas y el uso de contenido protegido en su entrenamiento (Malench, 2024).

ChatGPT es una herramienta basada en inteligencia artificial fundada en el año 2015. Desde su aparición pública en 2022, se ha consolidado como uno de los modelos de lenguaje más avanzados del mundo, con múltiples aplicaciones que incluyen la generación de texto, la traducción automática, la redacción de correos, artículos, presentaciones, resúmenes, estructuras de blogs, discursos y, en sus versiones más recientes, incluso generación de imágenes, videos y capacidades de síntesis de voz (OpenAI, 2022) (Aucejo y Ramón, 2023).

El término *ChatGPT* surge de la combinación de *chat* (conversación) y “GPT” (Generative Pre-trained Transformer), haciendo referencia a una arquitectura de red neuronal basada en transfor-

madores.⁵ Esta arquitectura, introducida en 2017, revolucionó el procesamiento del lenguaje natural al permitir que el modelo analizara relaciones complejas entre palabras sin necesidad de procesarlas secuencialmente, gracias a mecanismos como la *autoatención* (*self-attention*). Esto se traduce en una mayor eficiencia para comprender el contexto de una frase, generar respuestas más coherentes y reducir significativamente los tiempos de procesamiento (Ballen Riveros, 2023).

La eficacia de ChatGPT depende tanto de su arquitectura algorítmica como de los conjuntos de datos (*datasets*) sobre los que fue entrenado. Estos *datasets*, compuestos por grandes volúmenes de información textual disponible públicamente, constituyen la base sobre la cual el modelo “aprende” a generar nuevas respuestas (Ortiz, 2024). De ahí que la calidad, diversidad y licitud de los datos utilizados en el entrenamiento tengan implicaciones técnicas, jurídicas y éticas de gran relevancia (Perlman, 2023).

Desde el punto de vista funcional, ChatGPT se comporta como un sistema de interacción conversacional hombre-máquina. El usuario formula preguntas o solicitudes en lenguaje natural sin preocuparse por una sintaxis formal, y el modelo responde generando texto nuevo que simula razonamiento humano (Kissinger et al., 2022). A diferencia de los motores de búsqueda tradicionales, no proporciona vínculos o listas de documentos, sino que “sintetiza” información a partir de patrones y estructuras aprendidas, lo cual puede mejorar la precisión aparente, pero también plantea riesgos de opacidad, falsedad o uso indebido de contenidos protegidos (Aucejo y Ramón, 2023).

Las principales aplicaciones de ChatGPT (Ortiz, 2024) pueden resumirse en ocho grandes ámbitos (Susskind, 2025):

1. *Generación automática de texto*: el modelo puede crear respuestas, artículos, ensayos, guiones, resúmenes, entre otros, de forma coherente, lógica y contextualizada.

5 La inteligencia artificial permite a las máquinas imitar habilidades humanas como aprender, comprender y tomar decisiones. Sus aplicaciones pueden reconocer objetos, entender lenguaje, aprender de la experiencia, hacer recomendaciones y actuar de forma autónoma, como en el caso de los autos sin conductor. Ver: <https://www.ibm.com/mx-es/think/topics/artificial-intelligence>

2. *Mejoras en sistemas de búsqueda*: gracias a su capacidad para comprender la intención del usuario, puede mejorar la experiencia de consulta, aunque la exactitud de los datos sigue siendo cuestionable.
3. *Desarrollo de chatbots y asistentes virtuales*: su capacidad de mantener conversaciones naturales lo convierte en una herramienta ideal para tareas de atención automatizada.
4. *Procesamiento del lenguaje natural (PLN)*: se emplea en sistemas de traducción, análisis de sentimientos, clasificación textual y extracción de información.
5. *Traducción multilingüe en tiempo real*: traducción instantánea entre más de 50 idiomas, manteniendo el contexto y el tono del texto original.
6. *Interacción por voz*: modo de conversación por voz, permitiendo diálogos naturales y fluidos con el asistente.
7. *Análisis y generación de imágenes*: interpretación de imágenes proporcionadas por el usuario, ofreciendo descripciones detalladas, así como la generación de imágenes a partir de descripciones textuales, incluyendo ilustraciones y gráficos.
8. *Programación y depuración de código*: escritura, revisión y corrección de código en múltiples lenguajes de programación y explicación de fragmentos de código y sugerencias para optimización.

En el campo jurídico, ChatGPT ha comenzado a utilizarse con fines diversos, desde la búsqueda rápida de jurisprudencia y doctrina hasta la generación de borradores de documentos o análisis preliminares de normas. Algunas de sus aplicaciones más destacadas en el entorno legal incluyen (Perlman, 2023):

- Investigación jurídica asistida.
- Elaboración de contratos, demandas o resúmenes legales preliminares.
- Atención a usuarios a través de sistemas automatizados de orientación legal básica.
- Apoyo en análisis normativos o argumentativos mediante simulaciones textuales.

Sin embargo, estas utilidades también abren debates cruciales sobre la precisión de las respuestas, la posible reproducción de sesgos, la falta de trazabilidad de fuentes y la posible infracción de derechos de propiedad intelectual. En particular, el hecho de que el modelo haya sido entrenado con datos extraídos de obras potencialmente protegidas, como artículos, libros, trabajos académicos o código fuente, plantea dudas sobre la licitud del proceso de entrenamiento y la autoría de los textos generados.

La versión GPT-4 Turbo, lanzada en noviembre de 2023, incluyó mejoras significativas como una ventana de contexto ampliada de hasta 128.000 *tokens* (aproximadamente 300 páginas de texto), capacidades multimodales (visión y voz) y un entrenamiento actualizado hasta abril de 2023. Estas mejoras tecnológicas elevaron aún más su capacidad, pero también aumentan su alcance potencial de impacto en ámbitos creativos, jurídicos, académicos y comerciales (Aucejo y Ramón, 2023).

La versión más reciente de ChatGPT es GPT-4o (la “o” significa *omni*), lanzada por OpenAI el 13 de mayo de 2024. Este modelo multimodal es capaz de procesar y generar texto, imágenes y audio en tiempo real, ofreciendo una experiencia de interacción más natural y fluida. A partir del 30 de abril de 2025, GPT-4 fue retirado de ChatGPT y reemplazado por completo por GPT-4o. Éste es más rápido y eficiente que sus predecesores, con mejoras significativas en la comprensión y generación de contenido en múltiples formatos. Además, está disponible de forma gratuita para todos los usuarios de ChatGPT, aunque los suscriptores de ChatGPT Plus tienen un límite de uso cinco veces mayor (Levin, 2024).

En definitiva, ChatGPT es mucho más que un *chatbot*. Es una manifestación concreta de la inteligencia artificial generativa, cuya versatilidad promete transformar múltiples industrias, pero su utilización también exige una profunda reflexión jurídica, especialmente en relación con la autoría, la responsabilidad, la fiabilidad de sus contenidos y la protección de los derechos de terceros en los entornos digitales.

5. Riesgos jurídicos del uso de ChatGPT frente a la propiedad intelectual y el derecho de autor

Frente al avance acelerado de las tecnologías basadas en inteligencia artificial diversos países han comenzado a implementar marcos regulatorios destinados a evitar posibles vulneraciones a la propiedad intelectual y los derechos de autor. En la Comunidad Andina, por ejemplo, la Decisión 351 regula desde 1993 la protección de programas de ordenador (artículos 3 al 8), estableciendo que los derechos de autor recaen en los creadores o titulares del *software*, quienes definen las condiciones de uso, la modificación y la reproducción del código fuente u objeto (Comunidad Andina de Naciones, 1993). Sin embargo, la irrupción de herramientas como ChatGPT —capaces de generar contenidos complejos mediante algoritmos entrenados con grandes volúmenes de datos— ha desatado un debate jurídico global en torno a la titularidad, uso legítimo y responsabilidad frente al contenido producido por estas plataformas (Guillén, 2023).

Como lo hemos advertido en este artículo investigativo, desde el lanzamiento de la primera versión de ChatGPT en 2015, se han desarrollado múltiples versiones con capacidades ampliadas que han generado preocupación entre académicos, legisladores y juristas. Las principales tensiones giran en torno a la falta de trazabilidad de las fuentes utilizadas por estos modelos, el potencial uso indebido de obras protegidas y el riesgo de que los resultados generados por la IA sean utilizados sin verificación o atribuidos erróneamente a humanos. Esto ha llevado a que en algunos países se prohíba su uso, mientras que en otros se promuevan investigaciones para evaluar su impacto y se implementen regulaciones progresivas.

En ese contexto, el trabajo de investigadoras (Wegrzyn y Khan, 2023) resulta interesante para evidenciar los riesgos derivados del uso de ChatGPT, especialmente en los ámbitos académico, jurídico y empresarial. En 2023 los abogados Kate Wegrzyn y Shabbi Khan realizaron un experimento comparativo entre un abogado humano y ChatGPT para analizar los principales desafíos legales del uso de inteligencia artificial generativa en el entorno laboral. Mientras que ChatGPT generó rápidamente un texto legible y conciso, careció de profundidad y omitió advertencias sobre posibles errores o “alucinaciones” en sus respuestas. Por otro lado, el análisis humano, aunque

más lento, proporcionó una evaluación más detallada y crítica de los riesgos legales asociados al uso de estas herramientas (Wegrzyn y Khan, 2023).

El artículo destaca diez cuestiones legales clave, incluyendo la posible infracción de derechos de autor tanto en el entrenamiento como en los resultados generados por la IA, la falta de claridad sobre la autoría de los contenidos producidos, los riesgos de confidencialidad al ingresar información sensible y la posibilidad de sesgos o inexactitudes en las respuestas. Se enfatiza la necesidad de que las organizaciones establezcan políticas claras sobre el uso de IA generativa, revisen los términos de uso de estas herramientas y verifiquen la precisión y legalidad de los contenidos antes de su utilización o difusión. Este experimento subraya la importancia de la supervisión humana y el juicio crítico al integrar tecnologías de IA en entornos profesionales.

En este sentido, los riesgos legales en torno a la propiedad intelectual y el derecho de autor pueden verse en los siguientes aspectos:

• **Uso de datos y trazabilidad incierta**

ChatGPT genera contenido a partir de modelos de lenguaje entrenados con grandes volúmenes de datos, lo que le permite ofrecer respuestas aparentemente “nuevas” ante las consultas de los usuarios. No obstante, al no contar con un sistema que garantice la trazabilidad o el origen preciso de las fuentes, existe el riesgo de que su contenido esté construido a partir de obras protegidas por derechos de autor sin autorización previa (López, 2024). Más adelante exploraremos algunos casos que se han venido presentando sobre este aspecto. Según las políticas de OpenAI, los datos empleados durante el entrenamiento incluyen información extraída de múltiples fuentes disponibles públicamente o con licencia, lo cual puede generar resultados similares a textos preexistentes sin que el usuario lo sepa. Esta incertidumbre en el origen de la información se convierte en un riesgo latente de infracción cuando los usuarios finales reproducen o difunden el contenido sin verificar su licitud (Kawase, 2024).

• **Posibles violaciones al derecho de autor**

Se identifica una fuerte preocupación sobre los productos que resul-

tan de los sistemas de IA utilizados por los usuarios (en este caso, el ChatGPT), identificándose una posible violación sobre los derechos de autor en dos casos: cuando se produce desarrollo y aprendizaje de la IA y cuando se da la generación y uso (Kawase, 2024).

En el primer caso, cuando se produce desarrollo y aprendizaje de la IA, es importante tener claro que los resultados del ChatGPT surgen de la configuración del algoritmo de la IA, nutrido por información tomada de diferentes fuentes que se encuentran en la red, cuyos datos pueden ser abiertos o con derechos de autor, debido a que el sistema solo busca brindar una respuesta lógica según el requerimiento del usuario, por ello es importante que las empresas generadoras de la IA utilicen información abierta y, en caso de información con derechos de autor, se evite su uso o se adquiera a través de licencias con el fin de no incurrir en faltas (Wegrzyn & Khan, Foley & Lardner, 2023). Ante esta realidad, se ha analizado la posibilidad de considerar que se solicite la eliminación o transformación de los algoritmos que hayan sido nutridos con datos que tienen información de derechos de autor, se solicite su eliminación o transformación.

Actualmente, los datos producidos por la IA ChatGPT son similares a los originales, por lo que el aplicativo establece que le “correspondería al usuario asegurarse de estar cumpliendo con los derechos de autor y cualquier otra restricción legal antes de usar cualquier contenido generado por mi (ChatGPT)” (Rodríguez, 2023, párr. 7), es decir que, de no realizarse dicha verificación, pueden llevar al usuario a violar las leyes establecidas en cada país sobre los derechos de autor y exponerse si se atribuye esta producción y la hace pública o la expone.

A esto también se le suma el desconocimiento que puedan tener los usuarios frente a las obras que tienen o no derechos de autor. Por lo que se considera importante realizar la debida verificación sobre los propietarios de la información a la que el ChatGPT hace referencia para darle un manejo adecuado.

Adicionalmente, existe a nivel general una gran polémica sobre la autoría de la información que sale de las consultas realizadas en el ChatGPT, debido a que el sistema indica:

El autor generó este texto en parte con GPT-4o, el modelo de generación de lenguaje a gran escala de OpenAI. Al generar un borrador de lenguaje, el autor revisó, editó y revisó el idioma a su gusto y asume la responsabilidad final del contenido de esta publicación.

Es decir, es responsabilidad del usuario la información que se generó (Rodríguez, 2023), cuando en realidad esta fue producto de un *software* de IA y que en ningún caso fue generada por el humano, por ello se puede afirmar que dicha información no tiene un autor determinado (Wegrzyn y Khan, 2023).

En consecuencia, podemos evidenciar cómo el uso de inteligencia artificial generativa como el ChatGPT plantea riesgos jurídicos tanto en el proceso de entrenamiento de la IA como en la generación y difusión de contenidos por parte de los usuarios. Durante la fase de desarrollo, si los algoritmos son alimentados con obras protegidas sin la debida autorización o sin licencias válidas, puede configurarse una infracción directa a los derechos de autor. De igual forma, cuando el usuario emplea los resultados generados por la IA sin evaluar su originalidad o procedencia, existe el riesgo de que incurra en plagio o uso indebido de obras de terceros. OpenAI señala expresamente que es responsabilidad del usuario verificar que el contenido generado cumpla con las restricciones legales aplicables, lo cual refuerza la necesidad de adoptar criterios estrictos de revisión antes de difundir o comercializar cualquier producto derivado de ChatGPT (Wegrzyn y Khan, 2023).

• **Confidencialidad y protección de datos sensibles**

Otro riesgo relevante es la posible exposición de datos personales o información confidencial al interactuar con ChatGPT. Si bien OpenAI establece que no utiliza las conversaciones individuales para fines de entrenamiento en sus versiones de suscripción profesional, es importante subrayar que el contenido introducido por los usuarios puede ser almacenado y, eventualmente, utilizado en procesos de mejora del modelo. Esto puede representar un riesgo si se introducen nombres, documentos, contratos u otros elementos protegidos por cláusulas de confidencialidad o secretos comerciales. Por ello, se recomienda abstenerse de ingresar información sensible en este tipo

de plataformas sin una evaluación previa del marco legal aplicable (Wegrzyn y Khan, 2023).

• **Términos de uso y licencias**

El desconocimiento de los términos y condiciones de uso de herramientas como ChatGPT puede generar consecuencias legales significativas. Las plataformas de IA deben especificar con claridad qué derechos de uso se conceden sobre el contenido generado, incluyendo si está permitido su uso comercial, su modificación o su distribución. OpenAI (2022), por ejemplo, autoriza en general el uso comercial del contenido generado por sus modelos, pero recalca que los usuarios deben garantizar que dicho uso no infringe los derechos de terceros. Ante esta ambigüedad, se recomienda a los usuarios leer detenidamente los términos legales, las políticas de privacidad y las licencias aplicables antes de incorporar estos contenidos en procesos productivos, académicos o legales (Kawase, 2024).

• **Sesgos algorítmicos e inexactitud**

Una de las principales críticas hacia ChatGPT es la posibilidad de que genere contenido sesgado, parcial o directamente incorrecto. Debido a la forma en que los algoritmos han sido entrenados, los modelos pueden reproducir prejuicios sociales, sesgos discriminatorios o errores fácticos. Además, el fenómeno de las “alucinaciones”—respuestas inventadas que parecen verosímiles— puede inducir a los usuarios a tomar decisiones equivocadas basadas en información falsa. Esto es particularmente delicado cuando se trata de contenidos jurídicos, científicos o académicos. Por tanto, resulta indispensable validar de manera independiente toda la información proporcionada por la herramienta, especialmente si se prevé su uso en contextos formales (Wegrzyn y Khan, 2023).

• **Responsabilidad legal del usuario**

El uso de contenidos generados por ChatGPT puede acarrear responsabilidades civiles o incluso penales si se demuestra una infracción a derechos de autor o a otras disposiciones legales. Por ejemplo, la distribución de textos sin verificar su originalidad puede ocasionar demandas por daños y perjuicios. En algunos ordenamientos,

como el colombiano, la infracción del derecho de autor puede derivar en sanciones económicas, decomiso de material y, en ciertos casos, penas privativas de la libertad (Kawase, 2024). Por ello, se reitera que la responsabilidad sobre el uso y publicación de contenido generado por IA recae exclusivamente en el usuario, quien debe ejercer una revisión crítica, contrastar fuentes y, de ser necesario, abstenerse de divulgarlo si no cuenta con plena certeza de su licitud (Kawase, 2024).

Se podría concluir entonces que el ChatGPT debe usarse de forma adecuada, realizando consultas pertinentes para que genere resultados verídicos y apropiados, y que dichos resultados sean manejados de forma responsable por los usuarios, porque no se puede olvidar que el ser humano es quien tiene el criterio suficiente y un conocimiento específico para hacer uso adecuado de los resultados que arroja el sistema, los cuales se recomienda deben ser cotejados para no incurrir en plagio o en infracciones y que la información sea incorrecta, dando resultados inverosímiles que pueden llegar a afectar investigaciones u obras que se generen, y que se muestre un aviso de advertencia en el que se indique que esa información es tomada del ChatGPT.

6. Principio de originalidad, obras generadas por la inteligencia artificial generativa y el derecho de autor: una mirada comparada

El principio de originalidad constituye una de las piedras angulares del derecho de autor. Este principio establece que, para que una creación sea protegida, debe reflejar un grado mínimo de creatividad o impronta personal del autor (Jaramillo, 2010). Sin embargo, la irrupción de la inteligencia artificial generativa (como ChatGPT, DALL·E o Midjourney) ha puesto en tensión este criterio clásico, al introducir creaciones que, si bien novedosas y expresivas, no provienen de un ser humano, sino de un algoritmo entrenado con grandes volúmenes de datos (Urtubey, 2024).

Desde la perspectiva del derecho anglosajón, la originalidad se evalúa en términos de “esfuerzo intelectual” y “elección independiente”. La jurisprudencia de Estados Unidos, por ejemplo, estable-

ce desde el caso *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* (1991) que una obra debe ser el resultado de una autoría humana con un mínimo de creatividad. En consecuencia, la (U.S. Copyright Office, 2024) ha sostenido en varias directrices que las obras creadas de forma completamente autónoma por sistemas de IA no son susceptibles de protección bajo la Copyright Act, ya que carecen del componente humano necesario para cumplir con el requisito de originalidad. Esta doctrina fue recientemente reafirmada en 2023 en la negativa de registro del cómic *Zarya of the Dawn* en sus partes generadas por Midjourney (U.S. Copyright Office, 2023).

En 2022, la autora Kristina Kashtanova solicitó el registro de derechos de autor ante la U.S. Copyright Office para su cómic titulado *Zarya of the Dawn*. La obra incluía texto escrito por la autora y una serie de imágenes generadas con el modelo de inteligencia artificial Midjourney, una plataforma que les permite a los usuarios crear imágenes a partir de comandos escritos. El registro fue inicialmente otorgado, pero, al hacerse público que las ilustraciones fueron generadas por IA, la Copyright Office inició una revisión del caso (Sans, 2023).

En febrero de 2023, la Oficina concluyó que las imágenes generadas por Midjourney no cumplían con los requisitos necesarios de originalidad para ser protegidas por derechos de autor, ya que no fueron creadas por una persona humana y no había suficiente control creativo por parte de la autora sobre los resultados. En consecuencia, el registro fue modificado para excluir las imágenes creadas con IA, limitando la protección únicamente al texto, a la disposición creativa de las páginas y a los elementos seleccionados por la autora (U.S. Copyright Office, 2023).



Figura 1. *Zarya of the Dawn*. Fuente: Pina (2023).

Este caso es clave en la jurisprudencia contemporánea de los Estados Unidos porque reafirma el criterio de la autoría humana como requisito esencial para la protección bajo la U.S. Copyright Act. También sienta un precedente en cuanto a la evaluación de obras híbridas en las que interviene una IA generativa y sugiere la necesidad de mayor transparencia y regulación sobre el grado de intervención humana en la creación.

Sin embargo, hay casos como el de *Jason M. Allen v. U.S. Copyright Office*, que se originó cuando el artista estadounidense Jason Allen intentó obtener protección por derechos de autor para su obra *Théâtre D'opéra Spatial*, una imagen generada con la herramienta de inteligencia artificial Midjourney a partir de más de 600 *prompts* y posteriormente editada con *software* adicional, y que había ganado un primer premio en el Colorado State Fair (Kanoonpedia, 2025).

La U.S. Copyright Office denegó en 2022 su solicitud de registro al considerar que la obra no exhibía “autoría humana” suficiente porque el contenido principal había sido generado por IA, lo que, según el criterio de la Oficina, excluye la protección bajo la ley de derechos de autor de los Estados Unidos. Allen respondió en septiembre de 2024 presentando una demanda ante un tribunal federal de Colorado para que se revirtiera esa decisión, argumentando que

su intervención creativa en el proceso, la concepción de la idea, la selección de *prompts*, los ajustes y la edición posterior merecían el reconocimiento de autoría y protección jurídica.⁶

Desde el punto de vista jurídico, el análisis destaca varias líneas argumentativas críticas: por un lado, Allen sostiene que la negativa de la Oficina no se ajusta al enfoque tradicional de originalidad y creatividad (*minimal level of creativity*) que ha sido aceptado incluso cuando se usan herramientas tecnológicas, y citas precedentes (como *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*) que reconocen obras creadas con ayuda de aparatos técnicos siempre que exista control creativo. Por otro lado, critica que la restricción impuesta por la Oficina al relegar la aportación humana frente a la “contribución de IA” rompe con el principio de neutralidad tecnológica y podría desalentar la innovación artística asistida por IA. Allen argumenta que sus decisiones diseñadas para lograr el resultado final, selección de parámetros, ajustes iterativos y edición posterior constituyen una autoría válida y que la postura de la Oficina termina por imponer límites inconstitucionales o no fundados en la ley de copyright existente.⁷

El caso refleja las tensiones actuales entre las prácticas artísticas asistidas por IA y los estándares tradicionales de la ley de *copyright*, en los cuales la creatividad y la contribución humana siguen siendo requisitos fundamentales para la protección autoral y emergen preguntas muy interesantes como ¿que se consideraría como creación humana cuando hay alguna intervención de la IA? o ¿cómo se adaptarán los sistemas tradicionales de *copyright* a la era de la inteligencia artificial?

6 *Allen v. Perlmutter*, 1:24-cv-02665, (D. Colo.), 2024.

7 Ídem.



Figura 2. *Théâtre D'opéra Spatial*. Fuente. McDermott (2024).

Precisamente en la evolución que ha tenido el uso de herramientas de IA para la generación de obras recientemente y de manera sorpresiva apareció el caso de la obra *The Single Piece Of American Cheese*, decisión relevante de la U.S. Copyright Office en la que, el 30 de enero de 2025, se aceptó el registro de una obra visual generada con herramientas de inteligencia artificial tras comprobarse una contribución humana creativa significativa en el proceso de creación. El solicitante, Invoke AI, explicó que no se trató de una simple salida automática de un modelo generador, sino de un proceso compuesto por múltiples etapas en las que un autor humano realizó la selección, coordinación, disposición creativa y refinamientos manuales (como la expansión del lienzo y el uso de técnicas de *inpainting*), lo cual, según la Oficina, cumplió con los requisitos de originalidad y autoría humana exigidos por el Título 17 de la U.S. Copyright Act. En este sentido, la Oficina confirmó que las obras generadas íntegramente por IA siguen siendo irregistrables bajo la legislación vigente, pero que aquellas que contienen aportaciones humanas sustanciales pueden ser protegidas, reafirmando que la autoría humana es un requisito indispensable para la protección por derechos de autor (Romeral, 2025).

Este pronunciamiento se inscribe en un contexto más amplio de deliberación normativa dentro de la U.S. Copyright Office, que ha venido publicando guías y evaluando casos de forma individual para establecer criterios claros sobre material generado con IA. En decisiones previas como las relacionadas anteriormente en este artículo con obras producidas por sistemas sin intervención creativa humana, la Oficina había denegado registros por falta de aportación humana directa, reforzando la idea de que la mera instrucción a una IA no basta para conferir derechos de autor. La resolución con Invoke AI, por tanto, no modifica el principio de exigencia de autoría humana, pero lo hace operativo al reconocer que determinar la suficiente creatividad humana exige un análisis caso por caso, evaluando no solo la presencia técnica de IA en el proceso, sino también el grado y la calidad de la intervención humana en la obra final (Romeral, 2025).



Figura 3. *A Single Piece of American Cheese*. Fuente: Kahn (2025).

Por el contrario, los sistemas continentales, como el europeo y el latinoamericano (incluido Colombia), vinculan más estrechamente el derecho de autor con la personalidad del creador. En el modelo civilista, la originalidad no se limita a la novedad formal, sino que exige la manifestación de la individualidad del autor (Antequera,

2021). Esto explica por qué tanto el *Convenio de Berna de 1886 sobre derechos de autor*, así como las legislaciones nacionales en Francia, Alemania, Argentina, Chile o Colombia, condicionan el reconocimiento de una obra a la autoría humana. La Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) en Colombia ha reiterado en sus conceptos técnicos que una obra solo puede protegerse si proviene de una persona natural, descartando así que los textos, imágenes o composiciones musicales generadas por IA puedan acceder a derechos exclusivos, salvo que haya una intervención creativa significativa de un humano en el resultado.

A continuación, se resumen algunas de las resoluciones más relevantes de la DNDA:

- *Resolución 137 del 2 de mayo de 2023*. Se negó el registro de la obra *Conversaciones poéticas con ChatGPT: Poesía de la mente artificial* al considerar que, aunque el usuario proporcionó poemas como inspiración, la respuesta generada por ChatGPT no implicó una creación intelectual humana. (Dirección Nacional de Derecho de Autor DNDA, 2023). La DNDA concluyó que el contenido generado por la IA carece de originalidad y, por tanto, no es objeto de protección por el derecho de autor (Vázquez, 2024).
- *Resolución 147 del 18 de mayo de 2023*. Se rechazó el registro de la obra *El poder de la inteligencia artificial: cuentos de ciencia ficción escritos por ChatGPT*, argumentando que las creaciones generadas por IA, incluso con instrucciones humanas, no cumplen con el requisito de ser producto del ingenio humano, esencial para la protección autoral (Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2023).
- *Resolución 185 del 14 de junio de 2023*. Se denegó el registro de varias obras de arte digital creadas mediante la herramienta Midjourney (Dirección Nacional de Derecho de Autor, DNDA, 2023). La DNDA señaló que, aunque el solicitante proporcionó instrucciones a la IA, no hubo una intervención concreta en el proceso creativo del material generado, lo cual es necesario según la normativa vigente para considerar una obra como protegible (Ámbito Jurídico Legis, 2024).

Estas resoluciones reflejan la postura de la DNDA de que, bajo la legislación actual, las obras creadas exclusivamente por inteligencia artificial no pueden ser objeto de derechos de autor, ya que no cumplen con el requisito de originalidad derivada del ingenio humano. Esta posición está en línea con las disposiciones de la Ley 23 de 1982 y de la Decisión Andina 351 de 1993, que establecen que solo las personas naturales pueden ser reconocidas como autoras de obras protegidas.

Una diferencia importante entre ambos sistemas es la manera en que se trata la coautoría o la colaboración entre humanos e inteligencia artificial. En Estados Unidos, se acepta que una obra que combine aportes humanos sustanciales y componentes generados por IA pueda ser parcialmente protegida, siempre que el segmento humano cumpla con el estándar de originalidad, como en caso de *Zarya of the down*. En cambio, en el sistema continental, la noción de coautoría requiere un vínculo jurídico entre autores humanos y la IA no puede figurar ni como sujeto ni como coautor. Esto genera incertidumbre jurídica sobre cómo proteger obras híbridas y qué parte del proceso creativo es atribuible legalmente al humano.

Este dilema se agrava con la falta de transparencia en los sistemas generativos. Las obras producidas por IA no siempre revelan con claridad el grado de intervención humana ni permiten identificar si se trata de una creación “guiada” por un autor o una generación automática. Esta opacidad pone en entredicho tanto la protección de la obra resultante como la posibilidad de asignar responsabilidad en casos de infracción. La Unión Europea ha abordado este aspecto parcialmente a través del Reglamento de Inteligencia Artificial (Consejo de la Unión Europea, 2021), que impone deberes de transparencia a los proveedores de modelos fundacionales, aunque sin resolver directamente el problema de la originalidad en el derecho de autor.

En suma, mientras el sistema anglosajón busca reinterpretar la doctrina del *fair use* y la noción de “autoría humana mínima”, el modelo continental defiende la exclusividad humana como criterio absoluto. Esta divergencia no solo plantea desafíos para la protección de nuevas expresiones artísticas y culturales, sino que también tensiona los regímenes internacionales de derecho de autor al no existir un consenso global sobre cómo definir la originalidad en la era de la

inteligencia artificial generativa (Palacio Puerta y Monroy Rodríguez, 2024). El debate sobre si debe crearse una categoría *sui generis*, si debe reformularse la noción de autor o si se debe establecer una titularidad derivada al programador o usuario de la IA continúa abierto y es uno de los mayores retos del derecho de autor contemporáneo.

Así, los derechos de autor para las obras generadas por IA, al ser un tema tan reciente, no encuentran una normativa unificada y la interpretación sobre la protección de este tipo de contenidos digitales puede variar de un país a otro, aunque la posición mayoritaria está en la aplicación de protección únicamente de las obras que posean el requisito de la originalidad (Jiménez Cardona, 2024). El derecho global (Zamora, 2023) apunta a la necesidad de generar una regulación para la inteligencia artificial frente a los derechos de autor y propiedad intelectual (entre estos, el ChatGPT), pues cuenta con una gran influencia frente a la creación y protección de obras.

En Estados Unidos, las leyes de derecho de autor no protegen las obras creadas únicamente por una computadora, pero existe una excepción, la cual se produce cuando un humano puede demostrar su participación en el producto de la IA de forma sustancial, por lo que podría solicitar la protección de sus derechos de autor ((Wegrzyn y Khan, 2023).

En Estados Unidos, La Comisión Federal de Comercio (FTC)⁸ ha generado mecanismos como la desagregación algorítmica con el fin de identificar si la información utilizada para segregar un algoritmo por parte de una empresa sea legítima y veraz, sin violentar los derechos de autor y que, en caso de presentarse dicha situación, deben eliminarse los datos con los que se nutrió la IA o el algoritmo o los modelos utilizados para generar los modelos de información que serán utilizados por diversos usuarios (Wegrzyn y Khan, 2023).

Es importante tener en cuenta que el autor es una persona física, por lo que existe desde el derecho de autor un fuerte cuestionamiento sobre si las obras generadas por un algoritmo podrían ser originales y si una máquina podría considerarse autora. En este orden de

8 La FTC es la agencia de protección al consumidor de Estados Unidos. Su misión es proteger a las personas de prácticas engañosas y fraudulentas y promover la competencia.

ideas, resulta necesario que la inteligencia artificial, en relación con sus creaciones, deben ser reguladas, dando patrones específicos que permitan un grado de distinción entre la originalidad y la autoría de la obra.

También es importante considerar la validez de las obras ya existentes que han sido modificadas por la inteligencia artificial, pues hay regímenes —como las licencias de Creative Commons— tienen como objeto el restablecimiento del equilibrio entre los derechos de autor, las industrias culturales y el acceso público a la cultura (Aucejo y Ramón, 2023, p. 10).

Por otro lado, algunas legislaciones, como las de Hong Kong, India, Irlanda, Nueva Zelanda y el Reino Unido, han optado por atribuirle la autoría de obras generadas por inteligencia artificial al programador o a quien organiza su creación. En el Reino Unido, la sección 9.3 de la Copyright, Designs and Patents Act, establece que, en obras generadas por computador sin autor humano identificable, el autor será quien haya hecho los arreglos necesarios para su producción. Esta norma reconoce el papel activo del programador o usuario humano, extendiendo la protección del derecho de autor a creaciones automatizadas donde no hay intervención creativa directa de una persona (Guadamuz, 2017). Sin embargo, en el Reino Unido el criterio de originalidad en la protección de las obras está ligado a lo que los británicos llaman el *personal touch* o “toque personal”, que debe estar presente en la creación de la obra para que esta pueda ser protegida (Ong, 2025).

Un ejemplo de esto es el caso *THJ Systems Ltd v. Sheridan*⁹ que se originó por un conflicto entre Andrew Mitchell, creador del *software* financiero OptionNET Explorer (ONE), y Daniel Sheridan, su socio en una firma conjunta. Tras la disolución de la sociedad, Sheridan continuó utilizando gráficos generados por dicho *software* en sus actividades comerciales, lo que llevó a THJ Systems a demandarlo por infracción de derechos de autor y otros incumplimientos contractuales.

El Tribunal de Apelación del Reino Unido determinó que los gráficos generados por ONE podían recibir protección bajo el derecho de autor, ya que reflejaban decisiones creativas del desarrolla-

9 *THJ Systems Ltd v. Sheridan* ([2023] EWCA Civ 1354).

dor, como el diseño, los colores y la disposición visual, cumpliendo así el estándar europeo de “creación intelectual propia”. Aunque la protección era limitada por el bajo grado de originalidad, la copia no autorizada constituía una infracción (Vicente, 2024). Este caso reafirma que, incluso en obras generadas por computador, se puede reconocer autoría cuando existe intervención creativa humana, sin necesidad de recurrir a la Sección 9(3) de la Copyright, Designs and Patents Act (Blum y Headdon, 2023).

Este caso reafirma que, en el Reino Unido, el estándar de originalidad en el derecho de autor requiere una “creación intelectual propia”, incluso para obras generadas por computadora. Las decisiones creativas, aunque mínimas, pueden ser suficientes para otorgar protección, pero la extensión de esa protección será proporcional al nivel de creatividad involucrado. Además, el caso destaca la importancia de establecer claramente los derechos y obligaciones en acuerdos de licencia y sociedad, especialmente en contextos donde se utilizan herramientas tecnológicas para crear contenidos que podrían estar protegidos por derechos de autor.

Otro caso emblemático en el que analizó la sección 9.3 de la Copyright, Designs and Patents Act en el Reino Unido fue *Nova Productions Ltd v. Mazooma Games Ltd & Ors*.¹⁰ En este caso, Nova Productions Ltd. desarrolló y comercializó un videojuego de billar llamado Pocket Money, lanzado en 2001. Este incluía ciertas características visuales y funcionales particulares en su presentación, como la disposición de la mesa de billar, los ángulos de cámara y la interacción del jugador con la bola blanca mediante un cursor. Nova alegó que otros videojuegos producidos por Mazooma Games Ltd., como Jackpot Pool, Trick Shot y Cue Ball, habían copiado elementos sustanciales de su videojuego, constituyendo una infracción de derechos de autor.

La acusación de Nova se basaba principalmente en la idea de que el *look and feel* (apariencia general y experiencia de usuario) de sus juegos había sido replicado por los demandados, así como ciertos gráficos estáticos generados por el *software* durante el juego. Sin embargo, no se presentó evidencia de copia directa del código fuente ni

10 *Nova Productions Ltd v. Mazooma Games Ltd & Ors* ([2007] EWCA Civ 219).

de elementos artísticos fijos, sino más bien de similitudes funcionales y estéticas generales.

La defensa argumentó que, aunque los juegos compartían elementos típicos del género (como el uso de una mesa de billar y bolas numeradas), las expresiones visuales y los códigos de programación eran distintos, y que Nova no podía reclamar monopolio sobre ideas o conceptos generales de juego.

El tribunal determinó que las similitudes entre los videojuegos en cuestión se referían a ideas generales y no a la expresión específica de esas ideas. En particular, se concluyó que una serie de imágenes estáticas generadas por computadora no constituía una obra artística única protegida por derechos de autor. Además, en cuanto a las obras literarias, se estableció que las ideas subyacentes a un programa de computadora no están protegidas por derechos de autor; solo la expresión concreta de esas ideas, como el código fuente, puede ser objeto de protección.

El tribunal rechazó la noción de que la apariencia y sensación general (*look and feel*) de un videojuego estuviera protegida por derechos de autor. Se enfatizó que, sin una copia sustancial del código fuente o de elementos gráficos específicos, no se puede considerar que haya una infracción de derechos de autor, incluso si el producto final tiene una funcionalidad o apariencia similar (Stephens et al., 2010).

La decisión reafirmó principios establecidos en casos anteriores, como *Navitaire v. easyJet*, donde se concluyó que replicar la funcionalidad de un programa sin copiar su código fuente no constituye una infracción de derechos de autor. El tribunal también destacó que la protección por derechos de autor no se extiende a ideas, métodos de operación o conceptos abstractos, y que intentar ampliar esta protección podría convertir el derecho de autor en una herramienta opresiva en lugar de un incentivo para la creatividad.

Así, el Gobierno del Reino Unido está considerando la posibilidad de derogar la Sección 9(3) debido a su ambigüedad ya la evolución de los estándares de originalidad que enfatizan la creatividad humana. La ausencia de un sistema formal de registro de derechos de autor en el Reino Unido dificulta la recopilación de datos sobre cómo se aplica la Sección 9(3) en la práctica, lo que complica la evaluación de su relevancia actual (Ong, 2025).

La Unión Europea maneja un sistema donde no está claramente establecida la protección de los derechos de autor y la propiedad intelectual¹¹ de los resultados de una consulta realizada a la IA. Lo anterior, debido a que se considera que la creatividad humana expresada a través de la IA no genera una vulneración, motivo por el cual pueden identificarse derechos de autor en ciertas obras de arte que no son protegidas y las empresa o autores no tiene cómo hacer valer sus derechos de autor o propiedad intelectual; de allí la importancia de tener protección de derechos de autor (Aucejo y Ramón, 2023, p. 7).

Por ejemplo, en España, el Real Decreto 611/2023, de 11 de julio (Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual), especifica que el registro debe indicar claramente el nombre completo y los datos de identificación del autor o titular de los derechos de propiedad intelectual de la obra, actuación o producción (Aucejo & Ramón, 2023, p. 8).

Por otra parte, el Parlamento Europeo, en su Directiva (UE) 2019/789, estableció “las normas sobre derechos de autor para las transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión”, y en la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre “los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital” se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. Esto generó un cambio sobre los derechos de autor dentro del entorno digital, estableciendo un buen funcionamiento del mercado y que la prestación de servicios en línea determinados para programas de radio y televisión tuvieran las garantías necesarias para que la información retransmitida fuera protegida, incluyendo a los titulares de derecho de contenido digital (Aucejo y Ramón, 2023).

En casos como *Infopaq*, en la Unión Europea, se ha reforzado el criterio de originalidad para otorgar titularidad sobre una obra.

11 Artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/1996: “La propiedad intelectual incide todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”.

Este caso se originó en Dinamarca cuando Infopaq, una empresa dedicada al monitoreo de medios, utilizaba un proceso automatizado para escanear artículos de prensa, convertirlos a texto digital y extraer fragmentos de once palabras que luego enviaba a sus clientes. La Asociación Danesa de Editores de Periódicos (Danske Dagblades Forening) alegó que esta práctica infringía los derechos de autor, al reproducir partes sustanciales de obras protegidas sin autorización. Infopaq argumentó que su proceso era legal porque solo copiaba fragmentos breves y lo hacía de forma transitoria.¹²

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) falló en 2009 que incluso la reproducción de fragmentos tan breves como once palabras puede estar protegida por derechos de autor si esos fragmentos contienen elementos que reflejen la expresión intelectual y original del autor. El Tribunal sostuvo que el derecho de autor en la Unión Europea protege toda obra que sea resultado de una creación intelectual propia, y que cualquier reproducción que contenga esa expresión, aunque sea mínima, requiere autorización. Esta decisión sentó un precedente clave al definir el estándar de originalidad y su aplicación incluso a partes pequeñas de una obra, influyendo significativamente en cómo se entienden los límites del uso justo y la extracción de contenido en entornos digitales.

A pesar de que el caso *Infopaq* no tuvo que ver directamente con IA, ya que fue resuelto en 2009 por el TJUE (o sea, antes de la popularización de la inteligencia artificial generativa actual), el caso es absolutamente relevante en los debates actuales sobre la titularidad de obras generadas por inteligencia artificial (Ong, 2025).

Como vimos, el caso se centró en la digitalización y extracción de fragmentos de texto mediante un proceso automatizado, lo cual involucraba escaneo, reconocimiento óptico de caracteres (OCR, por sus siglas en inglés) y análisis de contenido, pero no en sistemas que “crean” o “generan” contenido, como los actuales modelos de IA (e. g., ChatGPT o Midjourney).

Sin embargo, *Infopaq* es relevante para el debate contemporáneo sobre IA porque estableció un criterio amplio de protección para fragmentos breves de obras protegidas si estos reflejan originalidad.

12 *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening* (C-5/08), 2009).

Este principio ha sido invocado en discusiones sobre si los fragmentos utilizados para entrenar modelos de IA —como textos, imágenes o música— están protegidos por derechos de autor, incluso si se usan parcialmente o de forma fragmentaria, así que sus fundamentos jurídicos son clave para analizar la legalidad del entrenamiento y la salida de modelos de IA generativa desde la perspectiva del derecho de autor.

Frente al uso del ChatGPT en la docencia y la investigación, se considera que puede darse de forma racional y positiva para que contribuya al aprendizaje, pero ya se han presentado casos en los cuales ha sido utilizada para realizar investigaciones utilizando la IA (Aucejo y Ramón, 2023), de allí la importancia de que se produzca una regulación adaptada a los diferentes tipos de invenciones, pues no es lo mismo una obra literaria que una obra artística o audiovisual, producciones musicales o audiovisuales o investigaciones científicas (OMPI, 2020), donde los derechos de autor están basados en su originalidad y son resultado de su trabajo, esfuerzo y análisis durante un tiempo determinado.

Frente a la falta de regulación, la Unión Europea emitió un primer reglamento sobre la inteligencia artificial en el año 2021, que concluyó con la Ley Europea de Inteligencia Artificial de 2024, la cual tiene por objeto garantizar el desarrollo y la utilidad de los sistemas de inteligencia artificial, que incluyen mecanismos para la protección de los derechos de autor y la propiedad intelectual (Consejo de la Unión Europea, 2021).

En esta ley se establecieron cuatro niveles de riesgo: 1) *riesgo mínimo* o nulo: cuando los sistemas de IA no plantean riesgos y no están regulados ni afectados por el reglamento; 2) *riesgo limitado*: aplica para los *chatbots* o los sistemas de IA generadores de contenido obligados a informar a los usuarios que los resultados obtenidos son producto de la IA, para que así puedan tomar las decisiones sobre su uso posterior; 3) *riesgo alto*: los sistemas de IA utilizado en el diagnóstico de enfermedades, la conducción autónoma y la identificación biométrica de personas implicadas en actividades delictivas u objeto de investigaciones penales deben cumplir requisitos y obligaciones estrictos basados en la transparencia y la supervisión humana; 4) *riesgo inaceptable*: está prohibido el uso de la inteligencia artificial

que amenace la seguridad, los derechos y la subsistencia de las personas (Consejo de la Unión Europea, 2021).

La definición de estos riesgos también conlleva la aplicación de sanciones por incumplimiento, basados en un porcentaje del volumen de negocios de la empresa en el año anterior o un importe determinado, y si se trata de pymes y empresas emergentes, se aplicarán multas proporcionadas (Consejo de la Unión Europea, 2021).

Por otra parte, el Parlamento Europeo ha definido la necesidad de generar una ley integral para regular la inteligencia artificial, así como diferentes organizaciones ya han generado recomendaciones, guías y principios para el manejo de la IA (Parlamento Europeo, 2023). Ante esa situación, la Unión Europea ha aprobado en junio de 2023 la “Primera ley integral del mundo sobre inteligencia artificial”, basada en la resolución (2020/2015(INI) del Parlamento Europeo sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial (Parlamento Europeo, 2023). Esta ley buscó que los sistemas IA utilizados en la UE sean seguros, transparentes, trazables, no discriminatorios y respetuosos con el medioambiente, pero que, a su vez, sean supervisados por personas para evitar resultados erróneos y perjudiciales (Aucejo y Ramón, 2023, p. 14).

Esta ley mantiene los niveles de riesgo de la reglamentación de 2020, pero, a la vez, incluye requisitos de transparencia frente a la protección de los derechos de autor y el contenido generado por la IA. Un ejemplo se da con las imágenes, audios o vídeos que son generados o modificados, los cuales deben ser debidamente etiquetados con las anotaciones correspondientes al ser generados por el ChatGPT.

El análisis comparado demuestra que el principio de originalidad sigue siendo el eje central de la protección autoral, pero enfrenta una profunda tensión ante la emergencia de la inteligencia artificial generativa. Mientras que el derecho anglosajón ha optado por reafirmar la necesidad de una intervención humana mínima como criterio habilitante —excluyendo, en principio, las obras completamente generadas por IA—, el derecho continental ha mantenido una visión más rígida, basada en la conexión entre la obra y la personalidad del autor humano. La postura de oficinas como la U.S. Copyright

Office y autoridades como la DNDA colombiana ilustra la tendencia dominante: sin autoría humana, no hay obra protegible. Sin embargo, los sistemas anglosajones parecen más proclives a aceptar esquemas híbridos donde exista una contribución humana discernible, mientras que los sistemas continentales carecen de herramientas conceptuales y normativas claras para tratar estos supuestos.

Frente a esta falta de armonización, es urgente avanzar hacia una regulación internacional que reconozca la complejidad de las obras generadas por IA, sin desdibujar los principios fundantes del derecho de autor. Esta regulación debería contemplar al menos tres vías posibles: reconocer derechos sobre obras híbridas cuando haya intervención humana sustancial, definir una categoría *sui generis* para obras generadas exclusivamente por IA y establecer obligaciones de transparencia y trazabilidad en los modelos de IA generativa. Además, resulta necesario replantear la función del derecho de autor en el entorno digital, garantizando el equilibrio entre la innovación tecnológica, los derechos de los autores humanos y el acceso a la cultura. En este nuevo panorama, el debate sobre la originalidad ya no es solo una cuestión estética o filosófica, sino un desafío normativo de primer orden en la construcción del derecho de autor del siglo XXI.

7. Infracción a los derechos de autor en torno al entrenamiento de los sistemas de inteligencia artificial generativa

El entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial generativa plantea serios desafíos para el derecho de autor, especialmente en lo relacionado con el uso de obras protegidas sin autorización. Estos modelos, como ChatGPT, Midjourney o Stable Diffusion, requieren grandes volúmenes de datos para aprender patrones de lenguaje, imagen o sonido. Muchos de esos datos provienen de repositorios en línea, bases de datos abiertas o incluso de contenidos protegidos por derechos de autor que han sido extraídos sin licencia expresa de los titulares. El problema jurídico central radica en determinar si este proceso de “entrenamiento” constituye una forma de reproducción o uso ilícito conforme a las legislaciones nacionales e internacionales sobre derecho de autor (Palacio Puerta y Monroy Rodríguez, 2024).

Desde la perspectiva estadounidense, la defensa más invocada por

los desarrolladores de IA es el *fair use* o uso justo. Este principio permite ciertos usos de obras protegidas sin autorización si cumplen con criterios como el carácter transformativo, el efecto en el mercado de la obra original y la cantidad utilizada. No obstante, casos como el de *Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.* (2015), que permitió la digitalización de libros con fines de indexación, han sido utilizados como justificación para entrenar sistemas de IA con obras protegidas. Sin embargo, críticos como Pamela Samuelson (2023) han advertido que el entrenamiento de modelos generativos va más allá del uso meramente funcional o informativo, ya que los sistemas pueden producir contenidos que compiten o imitan las obras originales, afectando el mercado y la explotación económica de los autores.

En Europa, la Directiva (UE) 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital establece ciertas excepciones para la minería de textos y datos (*text and data mining*, TDM), permitiendo el uso de obras para estos fines, siempre que se respeten condiciones como el acceso legal a los contenidos y la posibilidad de que los titulares excluyan sus obras mediante una reserva expresa. El artículo 4 de la Directiva permite la TDM, incluso con fines comerciales, lo cual ha generado preocupación sobre la amplitud del uso permitido por parte de desarrolladores de IA (European Parliament, 2019). Países como Francia y Alemania han expresado reservas sobre la falta de transparencia y trazabilidad de los datos utilizados, señalando el riesgo de vulneración sistemática del derecho de reproducción y del derecho moral de los autores.

Casos recientes como *Getty Images v. Stability AI* han mostrado cómo estas tensiones pueden llegar a los tribunales.¹³ Este caso constituye uno de los litigios más significativos en materia de propiedad intelectual frente a la inteligencia artificial generativa y se desarrolló ante el High Court of Justice del Reino Unido. Getty Images demandó a Stability AI, la empresa detrás del modelo generativo *Stable Diffusion*, por presunta infracción de derechos de autor, derechos de base de datos y marcas registradas al utilizar sin permiso millones de imágenes protegidas de su archivo para entrenar al modelo y al permitir que *Stable Diffusion* generara contenidos que reproducían

13 *Getty Images (US), Inc. and others v. Stability AI, Inc.*, 2025.

o incluían marcas de agua asociadas a esas obras. La demanda se centró en si el proceso de *scraping* y utilización de dichas imágenes para entrenar modelos de IA constituía una copia no autorizada y si la exportación o el uso de ese modelo en el Reino Unido podía entenderse como una infracción secundaria de derechos de autor o de bases de datos (Moreno, 2025).

En su fallo del 4 de noviembre de 2025, la High Court desestimó la mayoría de los reclamos de infracción de derechos de autor, determinando que el modelo *Stable Diffusion* no contiene ni almacena copias reproducibles de las obras protegidas por derechos de autor de Getty y, por tanto, no puede considerarse una “copia infractora” bajo la normativa británica de *copyright*. Solo acogió parcialmente las reclamaciones por infracción de marca registrada relacionadas con la aparición de marcas de agua de Getty en algunos resultados generados, aunque estas violaciones fueron consideradas de alcance muy limitado. En consecuencia, el tribunal negó que la importación o el uso del modelo en el Reino Unido configurara una infracción secundaria de derechos de autor, en gran parte porque las actividades de entrenamiento se llevaron a cabo fuera de la jurisdicción y no se demostraron actos infractores reproducidos en el modelo mismo. Este resultado deja sin resolver de forma clara la cuestión de si el entrenamiento de modelos de IA con contenidos protegidos sin autorización constituye infracción de derechos de autor, creando un precedente importante, pero limitado, en cuanto a la regulación de la IA y la propiedad intelectual en el Reino Unido y el derecho de *copyright* (Moreno, 2025).

Sin embargo, en Europa continental —puntualmente en Alemania—, en el caso de la demanda presentada ante el Tribunal Regional de Múnich por parte de GEMA, la entidad alemana de gestión colectiva, contra OpenAI, se alegó que los modelos de IA —específicamente GPT y Sora— fueron entrenados utilizando sin autorización obras musicales y audiovisuales del repertorio administrado por GEMA. Según el documento, ésta sostiene que OpenAI realizó copias no autorizadas de obras protegidas durante el proceso de entrenamiento, infringiendo el derecho exclusivo de reproducción reconocido por la ley alemana y la europea de derechos de autor. Además, GEMA argumenta que la explotación comercial de modelos

entrenados con estas obras compromete el derecho de comunicación pública, pues los usuarios pueden generar contenidos que imitan estilos, composiciones o estructuras protegidas.¹⁴

El Tribunal Regional de Múnich, tras estudiar la admisibilidad y el fundamento preliminar de la acción, admitió parcialmente la demanda, considerando que existían indicios suficientes de infracción para abrir el caso a un examen judicial más profundo. El Tribunal reconoció la relevancia jurídica del proceso de entrenamiento, señalando que la creación de copias técnicas —incluso transitorias— puede constituir una reproducción infractora si no existe consentimiento del titular de derechos. Asimismo, el Tribunal subrayó que la eventual licitud del TDM no puede ser invocada de manera absoluta cuando la actividad de entrenamiento tiene fines comerciales y no se ajusta a las excepciones europeas aplicables, especialmente cuando los titulares han manifestado oposición expresa. En consecuencia, el caso avanzará hacia fases probatorias, consolidándose como uno de los litigios europeos más relevantes en la determinación de si el entrenamiento de modelos de IA constituye una infracción de derechos de autor (Pascua Vicente, 2025).

En América Latina, aunque los marcos legales aún no han abordado de manera específica el entrenamiento de IA, entidades como la DNDA (2023) en Colombia han comenzado a emitir conceptos sobre la protección de obras frente al uso no autorizado por parte de algoritmos. En un contexto global de incertidumbre, resulta indispensable avanzar en estándares internacionales que obliguen a los desarrolladores de IA a garantizar licencias válidas, mecanismos de exclusión (*opt-out*) efectivos y registros transparentes sobre los datos utilizados para el entrenamiento. De lo contrario, la expansión de la inteligencia artificial generativa podría comprometer seriamente la sostenibilidad del derecho de autor como herramienta de incentivo a la creación.

Un ejemplo emblemático acerca de este tema lo encontramos en el caso *Thomson Reuters Enterprise Centre GmbH v. Ross Intelligence Inc.*, el cual representa un hito en la jurisprudencia estadounidense al abordar por primera vez si el uso de obras protegidas por derechos de autor para entrenar sistemas de inteligencia artificial constituye

14 *GEMA vs. OPENAI*, 2025.

una infracción. En 2020, Thomson Reuters demandó a Ross Intelligence, una *startup* que desarrollaba una herramienta de búsqueda legal basada en IA, por utilizar sin autorización los resúmenes de jurisprudencia (*headnotes*) y el sistema de clasificación Key Number de su plataforma Westlaw para entrenar a su modelo de procesamiento de lenguaje natural. Aunque Ross Intelligence intentó inicialmente obtener una licencia, al ser rechazada, recurrió a un tercero para generar *bulk memos* que, según el tribunal, reproducían sustancialmente el contenido protegido de Westlaw (Wallis, 2025).

En febrero de 2025, el juez Stephanos Bibas del Tribunal de Distrito de Delaware otorgó un fallo parcial a favor de Thomson Reuters, concluyendo que Ross Intelligence infringió los derechos de autor en al menos 2.243 *headnotes*. El tribunal desestimó las defensas de Ross Intelligence, incluyendo uso legítimo (*fair use*), uso inocente, fusión de ideas y escenas *à faire*. En su análisis de los cuatro factores del *fair use*, el juez determinó que el uso de Ross Intelligence no era transformativo y tenía un propósito comercial directo, lo que pesó en contra de la aplicación de esta doctrina.¹⁵

Este fallo es significativo porque establece que el uso de contenido protegido para entrenar sistemas de IA no generativos, especialmente cuando se desarrolla un producto que compite directamente con el original, no califica como uso legítimo. El Tribunal enfatizó que, aunque los sistemas de IA pueden requerir datos para su entrenamiento, esto no justifica la reproducción no autorizada de obras protegidas, especialmente cuando afecta el mercado potencial del titular de los derechos.

El caso sienta un precedente importante en el debate sobre los límites del uso de obras protegidas en el entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial. Aunque la decisión se centró en una IA no generativa, plantea interrogantes sobre cómo se aplicará la doctrina del *fair use* en contextos de IA generativa. Además, resalta la necesidad de que los desarrolladores de IA obtengan licencias adecuadas o utilicen datos no protegidos para evitar infracciones, marcando un punto de inflexión en la intersección entre derechos de autor y tecnología emergente (Hunton, 2025).

15 Thomson Reuters Enter. Ctr. GmbH v. Ross Intel. Inc., 2025.

Probablemente, estos antecedentes han impulsado a que algunas empresas de inteligencia artificial que entrenan sus modelos con repertorios de obras protegidas por el derecho de autor hayan comenzado a llegar a acuerdos con sociedades de autores. Es el caso del acuerdo entre Warner Music Group (WMG) y Suno, una plataforma de inteligencia artificial generativa de música que representa, lo que representa un hito significativo en la interacción entre los derechos de autor tradicionales y las tecnologías de generación automatizada de contenido. El conflicto se originó cuando WMG y otros sellos discográficos demandaron a Suno, alegando que el entrenamiento de sus modelos con material musical protegido sin autorización constituía una infracción de derechos de autor y una competencia desleal, dado que el sistema generaba composiciones que replicaban estilos, estructuras y, en algunos casos, patrones asociados a obras humanas. La disputa no solo puso de relieve la ausencia de marcos normativos claros sobre el uso de repertorio protegido para entrenar modelos de IA, sino también la tensión fundamental entre la innovación tecnológica y la protección de los intereses de los creadores y titulares de derechos en la industria musical (Shulman, 2025).

La resolución del caso mediante un acuerdo de colaboración y licencia cambia el curso de la disputa de una lógica estrictamente confrontativa a una de cooperación regulada. Según el pacto, Suno desarrollará nuevas versiones de sus modelos basadas en material con licencia de WMG y se establecerán mecanismos para que artistas y compositores puedan optar por permitir el uso de sus obras, voces e identidades en contenidos generados por IA, con compensación económica y control creativo. Este resultado refleja un enfoque pragmático que reconoce que la IA generativa está destinada a permanecer como una herramienta creativa emergente, pero que su integración en el ecosistema cultural y comercial exige acuerdos contractuales y licencias que preserven la autoría humana y la retribución justa. Desde la perspectiva del derecho de autor, el caso ilustra la urgencia de marcos regulatorios que equilibren la protección de los derechos de los creadores con la promoción de innovación tecnológica y sugiere que soluciones híbridas entre licenciamiento y supervisión ética son hoy más efectivas que litigios prolongados en tribunales (Shulman, 2025).

De hecho, actualmente existen varias disputas jurisdiccionales dirigidas a OpenAI y su modelo de IA, ChatGPT, de los cuales se mencionarán algunos casos donde existe una controversia en el hecho de si hay o no violación de los derechos de autor y propiedad intelectual.

7.1 Caso *Canadian News Outlets vs. OpenAI*

Esta demanda se instauró ante el Tribunal Superior de Justicia de Ontario el 28 de noviembre de 2024¹⁶ por el Grupo de Compañías de medios de comunicación canadienses de gran formato contra OpenAI, incluyendo OpenAI Inc., OpenAI GP, LLC, OpenAI LLC, OpenAI Startup Fund I, LP, OpenAI Startup Fund GP I, LLC, OpenAI Startup.

Los demandantes afirman que existe una infracción de derechos de autor por parte de OpenAI al usar contenido de los medios de comunicación canadienses líderes, como Toronto Star, CBC/Radio-Canada, Globe and Mail, Postmedia, Metroland y Canadian Press, porque utiliza sus contenidos para entrenar al ChatGPT sin autorización de uso de derechos de autor.

Los medios de comunicación canadienses argumentan que OpenAI es responsable de la vulneración de derechos de autor y propiedad intelectual por las siguientes causas: 1) reproducir artículos de noticias y otros contenidos protegidos por derechos de autor para entrenar a sus modelos de lenguaje de gran escala (LLM) sin contar con la autorización legal de los titulares de dichos derechos; 2) eludir intencionalmente las medidas tecnológicas de protección implementadas por los demandantes para impedir el respaldo y la copia no autorizada de su contenido; 3) aprovecharse de forma injusta del material protegido al utilizarlo para mejorar productos como ChatGPT, obteniendo así beneficios comerciales y competitivos sin ofrecer compensación alguna a los editores o titulares de los derechos.

Ante estos argumentos, OpenAI afirma que los datos utilizados para el entrenamiento y aprendizaje del ChatGPT son de “uso justo”, por lo que se considera que no se está vulnerando ningún derecho.

16 Caso No/Archivo Judicial NoCV-24-00732231-00CL

Sin embargo, el Tribunal ha manifestado que, en caso de demostrarse algún acto deliberado para cometer esta infracción, deberá asumir las consecuencias y asumir sanciones e indemnizaciones que apliquen.

Se considera que este es un caso sin precedentes, debido a que es el primero de este tipo en Canadá, por lo que podría sentar las bases legales en torno a las leyes de derechos de autor y la IA y cambiar la forma en cómo las empresas recopilan y entrenan los modelos de IA, pues, para evitar vulneración a los derechos de autor, sería necesario obtener permisos o licencias de uso, así como pagar tarifas por el contenido que desean utilizar.

7.2 Caso *The Intercept Media v. OpenAI y Microsoft*

Esta demanda se instauró ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos Distrito Sur de Nueva York el 28 de febrero de 2024¹⁷ entre La Intercept Media Inc. contra OpenAI, Inc., OpenAI Group, LLC, OpenAI, LLC, OpenAI OpCo, LLC, OpenAI Global LLC, OAI Corporation, LLC, OpenAI Holdings, LLC y Microsoft Corporation por considerar que existe Violación de la Ley de Derechos de Autor para el Milenio Digital (DMCA).

La Intercept Media Inc. afirma que OpenAI y Microsoft han cometido una infracción a los derechos de autor, conforme la Ley de Derechos de Autor para el Milenio Digital (DMCA, por sus siglas en inglés), al eliminar su información registrada dentro del administrador que tiene la Copyright Act, incluyendo el registro de los usuarios que hicieron uso del sistema de IA de algunos de sus artículos. Además, afirman que, al hacerlo, OpenAI y Microsoft permitieron la infracción de derechos de autor por parte de los usuarios de OpenAI.

La demanda se basa en los siguientes argumentos: 1) violar la DMCA al eliminar o alterar la información de gestión de derechos de autor presente en los artículos de *The Intercept*, incluyendo nombres de autores, títulos, condiciones de uso y otros metadatos relevantes, vulnerando los derechos de quienes realizaron las obras originales; 2) publicar contenido creado con inteligencia artificial que infringe los derechos de autor de los demandantes, que, al eliminar la informa-

17 Caso No1:24-cv-01515.

ción de los derechos de autor, lleva a que los usuarios utilicen dicha información; 3) no obtener una licencia para el uso del contenido de *The Intercept*, a pesar de que OpenAI ha suscrito acuerdos de licencia con otros editores, como Associated Press.

Dentro de las pretensiones de la parte demandante, solicitan una indemnización por los daños y perjuicios causados por OpenAI y Microsoft, para que se elimine el material al cual le fue suprimida la información de derechos de autor y que asuman las costas del proceso.

Actualmente, el proceso está en curso y seguramente se constituirá en un importante precedente de este tipo de procesos sobre la protección y garantías que debe mantenerse sobre los derechos de autor, quienes pueden verse afectados al borrar de sus obras o creaciones sus datos de origen y legalidad. En caso de que los creadores de los modelos de IA requieran de esa información para sus entrenamientos, lo justo sería realizar el pago de licencias y que estos respeten los derechos de autor.

7.3 Caso *Raw Story Media, Inc. y Alternet Media Inc. vrs. OpenAI*

Esta demanda se instauró ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos Distrito Sur de Nueva York el 28 de febrero de 2024,¹⁸ por Raw Story Media, Inc. y AlterNet Media, Inc. contra OpenAI, Inc., OpenAI Group, LLC, OpenAI, LLC, OpenAI OpCo, LLC, OpenAI Global LLC, OAI Corporation, LLC, OpenAI Holdings, LLC por considerar que existe violación de la DMCA.

La demanda de Raw Story y AlterNetans manifiesta que OpenAI violó la DMCA al eliminar la información de administración de derechos de autor de sus obras originales con derechos de autor y usar las versiones alteradas para entrenar a sus modelos de IA sin permiso, basándose en los siguientes argumentos: 1) violar la DMCA eliminando intencionalmente detalles de derechos de autor como nombres de autores, títulos y avisos de derechos de autor de las obras de los demandantes; 2) al eliminar esta información, les permite a los usuarios de ChatGPT participar sin saberlo en la infracción de

18 Caso No 1:24-cv-0154.

derechos de autor al compartir o copiar salidas generadas por AI basadas en los trabajos con derechos de autor de demandantes, 3) no otorgar licencias a los titulares de contenido con derechos de autor, aunque OpenAI ha celebrado acuerdos de licencia con otros editores en el pasado.

Este es otro caso que pretendía marcar un precedente que permitiera que los periodistas y creadores de contenido tuvieran una mayor protección sobre sus derechos de autor y que esa información no sea utilizada dentro de los modelos de IA sin autorización y que su uso se realice de forma transparente y licenciada.

El 7 de noviembre de 2024, la jueza Colleen McMahon desestimó el caso, determinando que los demandantes carecían de legitimación activa según el Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos. La corte concluyó que los demandantes no demostraron una lesión concreta y particularizada, ya que no presentaron evidencia de que ChatGPT reprodujera sus obras sin la Copyright Management Information CMI ni que esto les causara un perjuicio real. La jueza señaló que la verdadera queja de los demandantes parecía ser el uso de sus artículos para desarrollar ChatGPT sin compensación, lo cual no constituye el tipo de daño reconocido por la Sección 1202(b)(1) de la DMCA. Aunque se les permitió a los demandantes presentar una queja enmendada, la corte expresó escepticismo sobre la posibilidad de que pudieran alegar una lesión cognoscible.

Ante esa situación, es importante tener en cuenta que, al no contarse con una norma general aplicada a los modelos de IA, estos deberán irse acogiendo a la normativa que aplique en cada país para su uso, creación y generación de información y obras de parte de los usuarios, así como la composición de la información que es tomada para alimentar el aprendizaje de su algoritmo.

7.4 Caso *The New York Times Company v. Microsoft Corporation, OpenAI Inc.*

Esta demanda se instauró ante el Tribunal Federal de Distrito en Manhattan el 27 de diciembre 2023¹⁹ por The New York Times

19 Caso No 1:23-cv-11195.

Company contra Microsoft Corporation, Openai Inc., Openai LLC, Openai Global LLC por considerar que existe infracción de derechos de autor.

The New York Times presentó una demanda contra OpenAI por infracción de derechos de autor por haber utilizado varios artículos del periódico sin permiso para entrenar a sus modelos de IA (ChatGPT y la plataforma Copilot). El New York Times afirma que OpenAI ha entrenado sus modelos de IA con un lenguaje (LLM), que, al producir resultados, genera resúmenes casi textuales sobre los artículos generados por el periódico y con un estilo muy similar al de sus autores (periodistas y grupo de editores), infringiendo sus derechos de autor y teniendo que asumir daños legales y reales por las reclamaciones de las compañías, que se han visto afectadas con el manejo descontrolado de esta información exclusiva del *The New York Times*.

Esta demanda busca generar un precedente importante sobre cómo los tribunales deben definir el impacto que puede tener darle un mal uso al contenido de las noticias, así como la influencia de los modelos de IA en los medios de comunicación, y proteger las garantías de los derechos de autor: que al determinarse una vulneración de derechos, se asuman las consecuencias legales, como el daño causado por el uso ilegal de su trabajo para crear modelos de IA.

Con más y más demandas relacionadas con la infracción de derechos de autor en OpenAI de varias organizaciones de medios de comunicación, los resultados de estos casos podrían establecer precedentes legales para el área gris actual entre la IA y los derechos de autor y ayudar con la legislación alrededor de este tema.

En suma, el análisis comparado de los distintos litigios y posiciones regulatorias revela que el entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial generativa se ha convertido en uno de los puntos más críticos y aún no resueltos del derecho de autor contemporáneo. Aunque algunos tribunales, como la High Court del Reino Unido en *Getty Images v. Stability AI*, han adoptado interpretaciones restrictivas sobre lo que constituye una reproducción infractora en el ámbito del entrenamiento algorítmico, otros órganos judiciales, como el Tribunal de Múnich en el caso *GEMA v. OpenAI* o el Tribunal de Delaware en *Thomson Reuters v. Ross*, han mostrado mayor disposición a considerar que la copia técnica inherente al entrenamiento

puede configurar una vulneración significativa de los derechos exclusivos de reproducción y, en ciertos casos, de comunicación pública. Esta fragmentación jurisprudencial evidencia que los marcos tradicionales de *copyright* no fueron diseñados para enfrentar los modelos de extracción masiva de datos y análisis algorítmico característicos del *machine learning* actual, generando una tensión estructural entre innovación tecnológica, explotación legítima de obras y sostenibilidad económica de los creadores.

De igual manera, los acuerdos recientes como el celebrado entre Warner Music Group y Suno indican que, ante la ausencia de reglas claras y uniformes, las soluciones contractuales y los esquemas de licenciamiento comienzan a emerger como mecanismos pragmáticos para gestionar el conflicto. Sin embargo, dicha privatización de la gobernanza del acceso a datos no puede sustituir la necesidad de un marco normativo multijurisdiccional que establezca criterios mínimos de transparencia, trazabilidad, licenciamiento y mecanismos efectivos de exclusión para los titulares de derechos. La multiplicidad de demandas en Estados Unidos y Canadá, especialmente las que giran en torno a la remoción de información de gestión de derechos o al uso masivo de contenidos periodísticos sin autorización, demuestra que la litigiosidad seguirá en aumento mientras persista la ambigüedad jurídica. En este contexto, la construcción de estándares internacionales robustos se perfila como un imperativo para equilibrar de manera sostenible la innovación en inteligencia artificial con la protección efectiva del derecho de autor en el ecosistema digital global.

8. Legislaciones a nivel mundial sobre derechos de autor en torno a la inteligencia artificial generativa

Debido a la polémica que ha generado el uso de inteligencia artificial generativa como el ChatGPT y los resultados que esta genera, es importante analizar las medidas que cada país está tomando frente a su legalidad y la vulneración de los derechos de autor y propiedad intelectual en estos entornos.

En España, se considera que el ChatGPT es una IA que maneja un gran volumen de datos traídos de textos y documentos, muchos

de los cuales no son de libre circulación y que son objeto de regulación conforme con el Real Decreto-ley 24/2016 (Covadonga Maestro, 2023). A su vez, también se muestra la información que se encuentra en internet, es decir, utiliza información de terceros, desconociendo su origen, pues el ChatGPT se nutre de datos disponibles que pueden ser públicos o privados, pero que, al estar en la red, no significa que puedan ser utilizados libremente (Rodríguez, 2023).

Consideran que existen tres formas legítimas en las cuales se puede utilizar la información de terceros para fines de entrenamiento o minado del ChatGPT (Covadonga Maestro, 2023):

- a. Utilizando obras que estén en dominio público respetando los derechos morales de la obra, de conformidad con el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).
- b. Información habilitada en una base de datos autorizadas para el entrenamiento del ChatGPT dentro del artículo 133 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual (Covadonga Maestro, 2023).
- c. Contenidos amparados dentro de los límites a los derechos de explotación para la minería de textos y datos²⁰ (artículos 31 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual).

El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (Covadonga Maestro, 2023). En el Art. 1 se establece que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica le pertenece a su autor, la cual está limitada por lo establecido en el Art. 5, que indica que dicha autoría recae sobre una persona natural y que se pueden beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente establecidos en la ley; y el Art. 10. indica que son objeto de la propiedad intelectual todas

20 En la Unión Europea, bajo el límite de la minería de textos y datos previsto en la Directiva 2019/790 OpenAI podría utilizar libremente contenidos de terceros para entrenar al ChatGPT si: (a) OpenAI realizase minería de datos con fines de investigación científica (entendemos que no es el caso); o (b) si OpenAI hubiese obtenido un acceso legítimo a una obra y el titular de los derechos de dicha obra no se hubiese reservado los derechos para utilizar la obra con fines minería de textos y datos.

las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (Aucejo y Ramón, 2023).

En Alemania, por el contrario, no se ha admitido ninguna excepción al principio de autoría. En lugar de atribuir globalmente el derecho, incluyendo las facultades morales a la persona jurídica que, salvo pacto en contrario, edita y divulga la obra bajo su nombre, resultaría más adecuado establecer una presunción de cesión de todas las facultades patrimoniales a favor de dicha entidad, de este modo, se preservaría el principio de autoría (Aucejo y Ramón, 2023). Para dotar de mayor coherencia a esta solución, el derecho moral debería atribuirse a la persona o personas que realmente hayan concebido y ejecutado la obra, es decir, a los verdaderos coordinadores del resultado fruto de múltiples aportaciones individuales (Kawase, 2024).

En abril de 2023, Italia se convirtió en el primer país en bloquear el ChatGPT debido a que se consideró que podrían verse afectados los derechos de autor y que la privacidad de la información de los usuarios no tendría garantías, al no contarse con una base legal sobre los datos utilizados para entrenar al ChatGPT, debido a que se presentó una violación de datos relacionados con las conversaciones de los usuarios y la información de pagos (BBC News Mundo, 2023).

También se cuestiona el criterio ético, debido a que la máquina no tiene la capacidad de determinar la edad del usuario, por lo que los menores estarían expuestos a respuestas inapropiadas acorde con su edad (BBC News Mundo, 2023).

En mayo de 2025, la Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos, en su informe denominado *Copyright and Artificial Intelligence Part 3: Generative AI Training*, concluye que el uso de obras protegidas por derechos de autor en el entrenamiento de modelos de inteligencia artificial generativa plantea desafíos complejos que no se resuelven fácilmente con la doctrina actual de *fair use* ni con los mecanismos de licenciamiento voluntario existentes. Las prácticas actuales, especialmente el uso de grandes volúmenes de contenido sin autorización explícita, pueden perjudicar los intereses económicos y morales de los autores (U.S. Copyright Office, 2025).

Aunque algunos usos podrían considerarse “transformativos” en

el sentido jurídico, la reproducción sistemática de obras enteras o sustanciales sin licencia ni atribución y con fines comerciales puede afectar negativamente los mercados actuales y potenciales de las obras originales. Esto se agrava cuando los modelos generan contenido que compite directamente con los creadores humanos. El informe sugiere que, aunque los sistemas actuales de derecho de autor pueden acomodar parcialmente estos desarrollos, será necesario evaluar opciones regulatorias más estructuradas. Entre ellas se encuentran: (i) la adopción de esquemas de licenciamiento colectivo extendido; (ii) la obligatoriedad de transparencia respecto de los datos utilizados en el entrenamiento; y (iii) la creación de vías para que los titulares de derechos opten por excluir sus obras de los procesos de entrenamiento (U.S. Copyright Office, 2025).

La Oficina de Copyright analiza cómo se aplica el *fair use* al entrenamiento de IA, evaluando los cuatro factores tradicionales: propósito y carácter del uso (transformatividad y comercialidad), naturaleza de la obra utilizada, cantidad utilizada y efecto en el mercado. Aunque no se pronuncia sobre casos específicos, destaca que el *fair use* no siempre ampara el entrenamiento masivo y automatizado con obras protegidas, especialmente cuando se afecta el mercado o la posibilidad de licenciamiento. El informe explora alternativas de licenciamiento voluntario, licencias colectivas ampliadas y modelos de tipo legal obligatorio. Resalta que los desafíos actuales no solo son legales, sino también prácticos: es difícil obtener licencias masivas, pero también es necesario compensar de manera justa a los titulares de derechos. Se propone fomentar esquemas flexibles, transparentes y técnicamente viables que garanticen tanto el desarrollo de la IA como la sostenibilidad de la producción cultural (U.S. Copyright Office, 2025).

Finalmente, se hace un llamado a mantener el equilibrio entre la innovación tecnológica y la protección de la creatividad humana, destacando que cualquier regulación futura deberá asegurar que el ecosistema creativo no sea erosionado en beneficio exclusivo del desarrollo tecnológico.

Por su parte, la Unión Europea —también en mayo de 2025— estableció el informe ejecutivo de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), titulado *The Development of Ge-*

nerative Artificial Intelligence from a Copyright Perspective, en el que examina cómo la inteligencia artificial generativa (GenAI) interactúa con el derecho de autor en la Unión Europea. El estudio aborda aspectos técnicos, legales y económicos, centrándose en el uso de contenido protegido para el entrenamiento de modelos de IA, las herramientas disponibles para que los titulares de derechos reserven sus obras y las tecnologías emergentes para identificar contenidos generados por IA. Destaca la necesidad de equilibrar la innovación tecnológica con la protección de los derechos de los creadores, en un contexto donde la transparencia en los procesos de entrenamiento y generación de contenido por parte de la IA es limitada (European Union Intellectual Property Office, 2025).

El informe subraya que el acceso a contenido de alta calidad es esencial para el desarrollo de servicios de GenAI. Sin embargo, muchos desarrolladores de IA utilizan obras disponibles en línea sin la autorización previa de los titulares de derechos. Aunque se están desarrollando mecanismos para que los titulares de derechos puedan excluir sus obras del entrenamiento de IA, como las declaraciones de exclusión (*opt-out*) y tecnologías de marcado, aún no existe una solución única y efectiva. La EUIPO señala que la falta de estándares armonizados y mecanismos de cumplimiento eficaces dificulta la protección de los derechos de autor en el entorno de la IA generativa (European Union Intellectual Property Office, 2025).

Además, el estudio explora las oportunidades de licenciamiento directo entre titulares de derechos y desarrolladores de IA, señalando que algunos acuerdos ya se han establecido, como los de Shutterstock y OpenAI con diversas organizaciones de medios. La EUIPO también anuncia la creación de un Centro de Conocimiento sobre Derechos de Autor, destinado a proporcionar información práctica y apoyo técnico a los titulares de derechos y desarrolladores de IA. Este centro busca facilitar la implementación de mecanismos de exclusión y transparencia, promoviendo un entorno donde la innovación tecnológica y la protección de los derechos de autor coexistan de manera equilibrada (European Union Intellectual Property Office, 2025).

Estas conclusiones refuerzan la necesidad de un diálogo legislativo y judicial continuo, con enfoque comparado que permita abordar la creciente tensión entre la inteligencia artificial generativa y los

derechos de autor desde una perspectiva de sostenibilidad cultural, económica y ética.

9. Inteligencia artificial y el riesgo de la automatización jurídica: casos, límites y desafíos

Las decisiones judiciales no son meros productos formales, sino el resultado de una operación argumentativa compleja que combina valoración probatoria, interpretación normativa, ponderación de principios y justificación racional ante las partes y la sociedad. Para sustentar estas ideas, analizaremos brevemente algunas de las ideas de destacados filósofos del derecho en los últimos años sobre la decisión judicial.

La sentencia constituye, en este sentido, el cierre de un proceso de construcción de razones en el que el juez debe articular hechos, normas y precedentes bajo criterios de coherencia, motivación suficiente e imparcialidad. Esta dimensión argumentativa, y no solo el dispositivo final, es la que garantiza el respeto del debido proceso, la independencia judicial y la confianza pública en la administración de justicia, de tal manera que las cargas de argumentación delimitan la discrecionalidad del juez. Como lo señala Carlos Bernal Pulido en el estudio introductorio de la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy en 2007: “De este modo, es claro para el juez qué es lo que tiene que fundamentar y para la opinión pública, qué es lo que tiene que controlar en la decisión judicial” (p. 26).

En este orden de ideas, Alexy (2007) ha señalado que la decisión judicial se centra en la argumentación racional y la ponderación de principios en el Estado constitucional, superando al positivismo jurídico al vincular derecho y moral mediante la pretensión de corrección y justicia. Sostiene que las decisiones judiciales, especialmente ante colisiones de derechos fundamentales, deben usar un procedimiento racional (como la fórmula del peso) para aplicar principios (como la dignidad o la vida) y lograr una solución justa y proporcionada, no solo lógica.

La posibilidad de utilizar herramientas de inteligencia artificial como apoyo en la decisión judicial o incluso delegar parcialmente dicha decisión en sistemas tecnológicos introduce un dilema filosó-

fico y jurídico de gran envergadura. La tradición positivista, desde Hans Kelsen (1960), ha enfatizado que la función judicial implica la aplicación de la norma general al caso concreto mediante un proceso racional humano y, en consecuencia, no podría ser plenamente automatizado, pues presupone interpretación, ponderación y discrecionalidad dentro de un marco de validez normativa.

En términos similares, H. L. A. Hart (1994) sostuvo que los jueces actúan en una “zona de penumbra”, donde la regla no es completamente determinante y se requiere juicio práctico para resolver los casos difíciles, de tal manera que, donde las reglas no son claras, los jueces deben ejercer su discreción, expandiendo o interpretando el derecho más allá de lo obvio, en esa zona gris entre lo claro y lo oscuro. En ese orden de ideas, la experiencia humana del juez es fundamental para tomar esas decisiones en los casos difíciles, de tal manera que una inteligencia artificial difícilmente podría llegar a impartir o apoyar sustancialmente una decisión justa, pues esta se alimenta de datos que analiza a través de unos patrones dados por su algoritmo, pero carece de ese sentido humano que el juez tiene y donde puede analizar las diferentes situaciones que se den en esa llamada “zona de penumbra”.

Por su parte, Ronald Dworkin (1989), aunque apartado de la idea de Hart (1994) de que el derecho es solo un sistema de reglas y que le juez también tiene que aplicar principios morales y políticos en aquellos casos difíciles, profundizó la visión de la decisión basada en los principios de experiencia del juez, al afirmar que el juez debe construir la mejor interpretación posible del derecho bajo un ideal de integridad, lo que exige una comprensión moral y coherente del ordenamiento jurídico (Rodríguez C. , 1997) que difícilmente puede ser sustituida por modelos algorítmicos. Para Dworkin (1989), el juez es como un Hércules, una persona ideal con capacidades sobrehumanas que busca la “respuesta correcta” aplicando principios morales y políticos para construir la mejor interpretación de la ley, oponiéndose a la discrecionalidad judicial y, consecuentemente, al uso de la inteligencia artificial en la decisión de estos casos, ya que esta carece de principios morales o políticos, aun cuando analiza una gran cantidad de información.

En esta línea, la decisión judicial no es solo la selección lógica de

una respuesta correcta entre múltiples opciones, sino una actividad hermenéutica cargada de valores constitucionales, principios y compromisos éticos que hasta ahora descansan en la racionalidad humana.

De esta forma, la introducción de sistemas de inteligencia artificial en esta operación racional plantea desafíos adicionales: los modelos pueden reforzar sesgos estructurales, replicar patrones discriminatorios aprendidos en sus datos de entrenamiento o producir respuestas que, aunque lógicamente plausibles, resulten jurídicamente inadecuadas o materialmente injustas. La apariencia de objetividad tecnológica puede inducir al juez a un uso acrítico del resultado algorítmico, erosionando la responsabilidad humana en la valoración probatoria y en la interpretación normativa. La literatura contemporánea sobre ética algorítmica, incluyendo a autores como Hildebrandt (2020), ha advertido que la opacidad de los modelos fundacionales y la falta de trazabilidad de las fuentes dificultan evaluar la legitimidad del razonamiento automatizado en contextos donde están en juego derechos fundamentales.

Cuando la IA pasa de ser una herramienta de apoyo a un elemento sustancial en la toma de decisiones, el riesgo no es únicamente técnico, sino también constitucional: una decisión “lógica” desde la perspectiva estadística puede ser incompatible con los principios de igualdad, debido proceso e imparcialidad que sustentan la judicatura. Por ello, el desplazamiento del juicio humano por automatismos algorítmicos no solo representa un desafío práctico, sino también un problema moral y jurídico que exige límites claros, supervisión estricta y una teoría robusta sobre el lugar de la racionalidad humana en la función jurisdiccional (Flórez, 2025b).

La introducción de herramientas de inteligencia artificial generativa en este ámbito no implica simplemente incorporar una tecnología de apoyo neutra, sino modificar potencialmente algunas etapas de esa operación argumentativa: búsqueda y selección de información relevante, reconstrucción de los hechos, identificación de normas aplicables, sugerencia de soluciones típicas e incluso redacción preliminar de motivos. De ahí que el problema jurídico no se reduzca a “si se puede o no usar IA en los tribunales”, sino a determinar en qué fases del trabajo judicial es admisible su uso, en qué condiciones de transparencia y supervisión humana y con qué límites para no

desdibujar la responsabilidad del juez ni las garantías del proceso (Flórez, 2025b).

Desde la perspectiva de la propiedad intelectual, además, el uso de IA en entornos judiciales introduce una tensión específica: los modelos empleados pueden haber sido entrenados con obras protegidas sin autorización, y los textos que generan, incluidas eventuales motivaciones, resúmenes de jurisprudencia o propuestas de decisión, pueden incorporar fragmentos de obras ajenas sin trazabilidad clara. El análisis de los casos colombianos y estadounidenses que se presentan a continuación permite observar esta doble dimensión del problema: por un lado, el impacto de la IA en la organización del trabajo judicial y en la imparcialidad del juzgador; por otro, los riesgos de reproducir contenidos protegidos y de debilitar los estándares de respeto por el derecho de autor en la práctica forense.

El desarrollo de herramientas de inteligencia artificial generativa, como ChatGPT, ha dado lugar a un notable acercamiento de estas tecnologías a actividades tradicionalmente ejecutadas por seres humanos, ahora realizadas de forma más ágil y automatizada. Esta capacidad ha llevado a diversos expertos a considerar que ciertos oficios o funciones podrían ser sustituidos, al menos parcialmente, por estos modelos. Un ejemplo evidente es la sustitución parcial de motores de búsqueda tradicionales, ya que ChatGPT puede redactar textos, elaborar ensayos, traducir idiomas, generar imágenes y ofrecer respuestas inmediatas con aparente precisión (Fernández, 2025). Sin embargo, uno de los principales límites de estas respuestas radica en la incertidumbre sobre la procedencia de la información utilizada, ya que el modelo opera sobre una base de datos entrenada previamente sin citar fuentes ni garantizar trazabilidad con precisión.

En este contexto, se ha planteado que los resultados generados por ChatGPT no están protegidos por derechos de autor, dado que no son productos de una creación humana original en los términos exigidos por la normativa vigente. Esta situación ha impulsado el diseño de nuevas regulaciones sobre el uso y desarrollo de la inteligencia artificial, como la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, ante el riesgo de que se produzcan infracciones derivadas del uso no autorizado de datos protegidos o del acceso y difusión de contenidos confidenciales o privados. ChatGPT, al estar basado en

un algoritmo que procesa grandes volúmenes de información, no cuenta con un sistema de citación, clasificación o verificación de la autenticidad de las fuentes, lo cual puede derivar en la reproducción de contenidos plagiados, tergiversados o directamente falsos (Rodríguez, 2023).

En el ámbito jurídico, la herramienta ha demostrado ser útil para apoyar tareas como la redacción de documentos, la elaboración de conceptos preliminares (Susskind, 2025) o la revisión de escritos legales (Perlman, 2023). No obstante, sigue siendo indispensable que los profesionales del derecho ejerzan un juicio crítico frente a los resultados generados por la IA, dado que ChatGPT no posee conciencia jurídica, capacidad de ponderación ni criterio moral para la toma de decisiones. De hecho, sus términos y condiciones advierten que no debe ser usada para reemplazar conceptos legales de operadores jurídicos o abogados. La responsabilidad del uso de estos contenidos recae exclusivamente en el usuario, quien debe garantizar el respeto de los derechos de autor y las restricciones legales aplicables. En ese sentido, la propia plataforma advierte que le correspondería al usuario asegurarse de estar cumpliendo con los derechos de autor y cualquier otra restricción legal antes de usar cualquier contenido generado por esta. (Rodríguez, 2023).

Un ejemplo paradigmático en Colombia fue la decisión del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, que resolvió una acción de tutela en favor de un menor con trastorno del espectro autista (TEA), exonerándolo del pago de copagos ante su Entidad Prestadora de Salud (EPS). En dicha sentencia, el juez declaró expresamente haber consultado a ChatGPT como parte del proceso argumentativo, citando en el fallo el uso de la herramienta para ampliar el análisis jurídico.²¹ Si bien el caso no derivó en una vulneración de derechos, generó una intensa discusión pública sobre la validez del uso de la inteligencia artificial como fundamento en decisiones judiciales y la necesidad de mantener un control riguroso sobre la información utilizada.

Es por ello que este caso fue analizado por la Corte Constitucional de Colombia que en la Sentencia T-323 de 2024, en la cual abordó

21 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela No. 032, 2023.

el uso de la IA en la administración de justicia, específicamente en el contexto de una acción de tutela, y si el uso del de segunda instancia de la herramienta ChatGPT 3.5 para complementar la motivación de su fallo afectaba la validez del fallo en torno al debido proceso y la autonomía judicial.²² La Corte concluyó que, en este caso particular, no se violó el debido proceso, ya que la decisión judicial fue tomada antes de consultar con la herramienta de IA, utilizándola únicamente como apoyo complementario. Sin embargo, enfatizó la necesidad de establecer un marco regulatorio claro para el uso de la IA en el ámbito judicial, destacando principios como la transparencia, la responsabilidad y la no sustitución de la racionalidad humana (Cotino, 2024).

Además, la Corte le ordenó al Consejo Superior de la Judicatura que, en un plazo de cuatro meses, emitiera guías y lineamientos específicos sobre la implementación de la IA en la rama judicial, con un enfoque particular en el uso de herramientas como ChatGPT. Estas regulaciones deben alinearse con los principios establecidos en la sentencia, asegurando que el uso de la IA no comprometa la independencia judicial ni la garantía del debido proceso. También exhortó a todos los jueces de la República a evaluar cuidadosamente el uso de herramientas de IA, aplicando siempre los más altos estándares éticos y legales, y subrayó que la IA debe ser un complemento, no un sustituto del juicio humano (Arenas, 2024).

Un aspecto crucial de la Sentencia T-323 de 2024 es el desarrollo jurisprudencial sobre los límites y condiciones para el uso de inteligencia artificial en decisiones judiciales. La Corte Constitucional advirtió que herramientas como ChatGPT no deben ser utilizadas como fuentes autónomas de argumentación, lo cual tiene una relación muy directa con los derechos de propiedad intelectual, ni como reemplazo de los deberes sustanciales del juez, como la motivación, la valoración de pruebas o la interpretación normativa.

Asimismo, subrayó que el uso de IA debe ser transparente: el juez tiene el deber de informar expresamente cuándo se ha apoyado en una herramienta automatizada, especificando su alcance y relevancia dentro del razonamiento judicial (UNESCO, 2024). Finalmente, la

22 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-323, 2024.

Corte estableció que el uso de IA debe garantizar el respeto por los derechos fundamentales de las partes, evitar cualquier tipo de discriminación algorítmica y no comprometer el principio de independencia judicial ni el deber de motivación racional, pilares esenciales del Estado de derecho.²³

Producto de esta sentencia, el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, en diciembre de 2024, elaboró el Acuerdo PCS-JA24-12243, que establece los principios, definiciones, buenas prácticas y restricciones que deben guiar el uso de herramientas de inteligencia artificial en la rama judicial, con énfasis en la inteligencia artificial generativa. Reconoce el potencial de estas tecnologías para mejorar el acceso a la justicia, la eficiencia administrativa y la producción documental, pero advierte también sobre los riesgos asociados, como la exposición de datos personales, la falta de transparencia algorítmica, las alucinaciones y los sesgos discriminatorios (Consejo Superior de la Judicatura, 2024). Por ello, impone un marco de responsabilidad, supervisión humana y respeto por los derechos fundamentales, en consonancia con los estándares internacionales (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO, Organización para la Cooperación y el Desarrollo OCDE o la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) y con lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-323 de 2024. El acuerdo se construyó de manera participativa, tras una encuesta nacional, talleres y el apoyo técnico de la UNESCO (2024).

En cuanto al uso práctico, el acuerdo diferencia entre actividades administrativas (como redacción de oficios, organización de agenda o traducción), tareas judiciales con revisión humana (búsqueda jurisprudencial, redacción asistida o anonimización de datos) y usos que exigen especial precaución (resúmenes de hechos, simulación de decisiones o asistencia en juicios de valor). Se prohíbe expresamente que la IA sustituya la motivación de decisiones judiciales, la valoración probatoria o la interpretación normativa. Además, exige transparencia total cuando se usen estas herramientas: los jueces deben declarar qué herramienta usaron, en qué condiciones y qué contenidos fueron

23 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-323, 2024.

generados por IA. La implementación de proyectos institucionales deberá cumplir con análisis de impacto algorítmico, protección de datos, neutralidad tecnológica y control ético. Finalmente, se incluye un plan de capacitación obligatoria y un sistema de seguimiento liderado por la Unidad de Transformación Digital e Informática del Consejo Superior de la Judicatura (2024).

De igual manera, en Estados Unidos se presentó un caso ampliamente criticado por el uso indebido de ChatGPT en el ámbito judicial. En 2023, el abogado Steven A. Schwartz, representante del demandante Roberto Mata en un proceso contra la aerolínea Avianca, presentó argumentos jurídicos basados en decisiones judiciales inexistentes, generadas por ChatGPT (Weiser, 2023). El tribunal comprobó que los casos citados no figuraban en ninguna base de datos oficial y que las decisiones invocadas eran completamente ficticias.²⁴ Aunque el abogado alegó haber actuado de buena fe al confiar en la herramienta, el juez concluyó que hubo una “evasión consciente y presentación engañosa de información al tribunal”, imponiendo una sanción económica de 5.000 dólares a los responsables (Merken, 2023).

Estos casos ilustran la tensión creciente entre el uso práctico y eficiente de la inteligencia artificial y los riesgos legales que pueden derivarse de su mal uso. Diversos autores coinciden en que, si bien la IA permite acelerar procesos y generar soluciones inmediatas, no exime a los usuarios del deber de análisis, verificación y responsabilidad jurídica (Guevara, 2024). Por ello, resulta indispensable avanzar en el desarrollo de marcos regulatorios específicos que garanticen el respeto a los derechos de autor y la propiedad intelectual en el contexto de la inteligencia artificial generativa. Este desafío es aún mayor ante el surgimiento de versiones más potentes como GPT-4 y GPT-4o, que incorporan capacidades avanzadas de procesamiento multimodal, lo cual dificulta aún más la trazabilidad del contenido y la delimitación de la autoría (Aucejo y Ramón, 2023).

De igual forma, los casos presentados en Colombia y Estados Unidos ponen de relieve una tensión jurídica esencial: si bien la inteligencia artificial generativa como ChatGPT puede ser una herramienta útil para facilitar ciertas labores jurídicas, administrativas y

24 *Mata v. Avianca, Inc.*, 2023.

creativas, su uso sin criterios de verificación humana puede conducir a consecuencias graves, como la generación de contenido ficticio o la vulneración de derechos de autor. Desde la perspectiva de la propiedad intelectual, estos casos muestran cómo el uso no controlado de IA puede dar lugar a apropiaciones indebidas de obras protegidas, plagios no intencionados o atribuciones erróneas de autoría. En ambos contextos —una tutela judicial en Colombia y un escrito procesal sancionado en Estados Unidos—, los riesgos no estuvieron únicamente en los errores argumentativos, sino también en el uso de contenidos que podrían haber infringido derechos de terceros si no se realiza un análisis responsable de su origen y licitud.

A partir de estos casos, la tutela colombiana revisada por la Corte Constitucional, el Acuerdo PCSJA24-12243 del Consejo Superior de la Judicatura y la sanción en el caso *Mata v. Avianca*, se puede sostenerse que el uso de IA en la administración de justicia solo es compatible con el Estado de derecho si se somete a tres condiciones mínimas: (i) preservación de la centralidad del juez humano en la motivación, valoración probatoria e interpretación normativa; (ii) transparencia reforzada sobre el uso de herramientas automatizadas, incluyendo la obligación de revelar qué sistemas se emplean, con qué finalidades y cuáles son sus márgenes de error; y (iii) control *ex ante* y *ex post* de los riesgos de sesgo, alucinación y reproducción de contenidos protegidos por derechos de autor. En todos los casos analizados, los problemas no derivan simplemente de la existencia de la tecnología, sino del modo en el que los operadores jurídicos delegan o pretenden delegar funciones centrales en sistemas cuya lógica interna y fuentes de entrenamiento no son plenamente accesibles.

Precisamente, en el marco de estos riesgos que tiene el uso no responsable de la inteligencia artificial en las decisiones judiciales, recientemente la Corte Suprema de Justicia de Colombia anuló un fallo del Tribunal de Sincelejo que fundamentó su decisión en el contenido de unas sentencias inexistentes. La decisión STC17832-2025 de la Corte Suprema de Justicia constituye un precedente relevante en materia de deberes de motivación y verificación judicial, particularmente en un contexto donde el uso de herramientas de inteligencia artificial se ha vuelto habitual en la elaboración de providencias. El Tribunal Superior de Sincelejo fundamentó la terminación del

proceso por desistimiento tácito en citas atribuidas a las sentencias STC13560-2023 y STC4734-2025, pero la Corte comprobó que tales citas eran inexistentes y no se encontraban en el contenido real de las providencias referenciadas. Esta tergiversación, que la Corte califica como una “equivocación trascendente”, vulneró el debido proceso y configuró un defecto fáctico y sustantivo por motivación aparente, al resolver el caso con base en fundamentos inexistentes. El fallo destaca que la indebida verificación de fuentes jurisprudenciales afecta la legitimidad de la decisión, puesto que la motivación judicial cumple una función constitucional de transparencia, razonabilidad y control ciudadano.²⁵

Aunque la sentencia no afirma expresamente que la magistratura haya empleado IA, introduce una advertencia institucional que conecta directamente con los riesgos de “alucinaciones” propias de los sistemas generativos, citando la sentencia T-323/2024 de la Corte Constitucional antes mencionada. En ella se recuerda que, ante el uso creciente de IA, los jueces están sometidos a una alta diligencia de verificación y fiabilidad de la información y no pueden incorporar en sus decisiones textos, citas o argumentos generados por herramientas tecnológicas sin validación estricta. La Corte Suprema recoge esta doctrina y reafirma que la motivación debe basarse en fuentes auténticas, verificables y pertinentes, pues la inclusión acrítica de contenidos falsos provenientes de IA o no compromete la imparcialidad, la coherencia del razonamiento judicial y la confianza pública en la administración de justicia. Así, el fallo se convierte en un llamado directo a que la IA no solo se utilice de manera responsable, sino también bajo un control riguroso que garantice que ninguna automatización suplante el deber humano de contrastar, interpretar y decidir conforme al derecho vigente.²⁶

En este mismo sentido, la UNESCO —muy recientemente, en diciembre de 2025— expidió el documento *Guidelines for the Use of AI Systems in Courts and Tribunals*. Allí señala que la incorporación de sistemas de inteligencia artificial en los tribunales abre oportunidades evidentes para mejorar la eficiencia administrativa, optimi-

25 Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC17832-2025, 2025.

26 Ídem.

zar la gestión judicial y facilitar el acceso a la justicia. Sin embargo, como lo subrayan las Directrices, estas tecnologías solo son compatibles con el Estado de derecho en la medida en que preserven el núcleo racional, interpretativo y humano de la función judicial. La decisión judicial no es un acto meramente técnico ni una operación mecánica de selección de respuestas; es un proceso hermenéutico que requiere ponderación, comprensión del contexto, deliberación ética y responsabilidad institucional. Por ello, cualquier herramienta de IA debe entenderse como un complemento subordinado al juicio humano y nunca como un sustituto de la motivación judicial que exige nuestra tradición constitucional (UNESCO, 2025).

Al mismo tiempo, la UNESCO (2025) advierte que el despliegue de estos sistemas entraña riesgos significativos: reproducción de sesgos, afectaciones a poblaciones vulnerables, opacidad algorítmica y potenciales distorsiones en el razonamiento jurídico. La apariencia de objetividad tecnológica puede invitar a un uso acrítico de sus resultados, desplazando de manera indebida la responsabilidad del juez y erosionando principios esenciales como la igualdad, la no discriminación, la transparencia y la debida motivación. En este sentido, la IA en el ámbito judicial solo puede admitirse cuando existen salvaguardias claras de derechos humanos, mecanismos robustos de explicabilidad y trazabilidad, auditorías continuas y un marco institucional capaz de evaluar los riesgos en todas las etapas del ciclo de vida del sistema.

La experiencia comparada, incluida la jurisprudencia colombiana, que la propia UNESCO destaca como referente muestra que la legitimidad de la IA en la justicia depende de su gobernanza ética y de la claridad de los límites que se impongan a su uso. Lejos de concebirse como una autoridad autónoma, la IA debe insertarse en una arquitectura de control humano, supervisión judicial y responsabilidad pública. De esta manera, la automatización no se convierte en un riesgo para la independencia del juez ni para la protección de los derechos fundamentales, sino en una herramienta que, bien regulada, puede contribuir a una administración de justicia más eficiente sin sacrificar su esencia democrática. En definitiva, la IA puede apoyar, pero nunca reemplazar, la función jurisdiccional; su implementación debe fortalecer el sistema judicial, no reconfigurarlo a costa de los valores que lo sostienen (UNESCO, 2025).

En este contexto, los marcos regulatorios recientes —como la Sentencia T-323 de 2024 y el Acuerdo PCSJA24-12243 en Colombia, la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea y las Directrices de la UNESCO para el uso de IA en tribunales— deben ser leídos no solo como instrumentos orientados a proteger el derecho de autor frente al entrenamiento y uso de modelos generativos, sino como mecanismos más amplios para asegurar que la automatización jurídica no erosione las garantías propias de la función jurisdiccional. La jurisprudencia colombiana más reciente confirma esta preocupación: la Sentencia STC17832-2025 de la Corte Suprema evidenció que la falta de verificación rigurosa de fuentes, incluidas aquellas potencialmente generadas por IA, puede conducir a errores graves, motivaciones aparentes y afectaciones directas al debido proceso, subrayando la necesidad de una alta diligencia judicial en el uso de información asistida tecnológicamente. Precisamente, las Directrices de UNESCO (2025) insisten en que toda implementación de IA en tribunales debe garantizar supervisión humana efectiva, explicabilidad, trazabilidad y ausencia de sesgos, reafirmando que la racionalidad judicial no puede ser sustituida por automatismos opacos o por contenidos cuya autenticidad no haya sido corroborada.

Desde esta perspectiva, abordar el uso de IA en entornos judiciales como un capítulo diferenciado dentro de este trabajo resulta indispensable: en él confluyen, de manera especialmente intensa, los tres ejes analizados: la titularidad de contenidos generados por IA, la licitud del uso de obras protegidas en el entrenamiento y la responsabilidad por el uso de resultados automatizados, en un espacio donde está en juego, simultáneamente, la eficacia de los derechos fundamentales, la integridad del razonamiento judicial y la vigencia del régimen de propiedad intelectual. Así, las lecciones derivadas de los fallos recientes y de los estándares internacionales reafirman que la IA, utilizada sin controles adecuados, no solo plantea riesgos para la protección de obras y datos, sino también para la legitimidad misma de la justicia, y que, por ello, cualquier avance tecnológico en este ámbito exige marcos normativos robustos, supervisión constante y un compromiso ineludible con la preservación del juicio humano como núcleo de la función jurisdiccional.

10. Aspectos morales y éticos frente al uso de la IA generativa y el ChatGPT en la toma de decisiones y su relación con el derecho de autor

Uno de los cuestionamientos más amplios sobre el uso del ChatGPT se da con relación a obtener resultados precisos y confiables, debido a que, por la cantidad de información que maneja —de la cual no se tiene conocimiento de su origen y si es actualizada o no o si cuenta o no con derechos de autor—, puede llevar a que se cometan errores graves frente al uso que se le dé al producto u obra generada por la IA (Perlman, 2023), por lo que la teoría de que el ChatGPT y otras plataformas reemplazarán muchos oficios puede ser parcialmente cierta, debido a que quien tiene la capacidad de análisis, comprensión y juicio solo es el ser humano, que puede generar una interpretación profunda basada en su conocimiento, así como en valores y principios que le lleven a dar un uso adecuado de la información.

Sin embargo, existe una preocupación desde el punto ético frente a su uso, especialmente en el campo legal, porque, de acuerdo con la evolución que pueda llegar a tener a futuro el ChatGPT, podría reemplazar a los abogados u otros profesionales con actividades específicas para ciertas labores. Otra preocupación surge al considerarse que el ChatGPT pueda usarse para manipular o tergiversar información para engañar a otros, por ejemplo, con la generación de un documento legal falso (Perlman, 2023).

Ante estos y otros cuestionamientos, en diciembre de 2022, la revista *Scientific Report* publicó un experimento realizado usando una serie de preguntas con criterios morales dentro de sus respuestas, que luego aplicaron al ChatGPT para ver sus resultados (Krügel et al., 2023).

Esta prueba consistió en tres preguntas: 1) ¿es correcto sacrificar la vida de una persona para salvar a cinco otros (asesoramiento moral)?; 2) presentamos a los sujetos con el problema del tranvía, que expone este dilema exacto junto con la respuesta de ChatGPT y les pedimos su juicio; y 3) les preguntamos si habrían tomado el mismo juicio sin el consejo (Krügel et al., 2023).

Este experimento dio como resultado que, para la primera pregunta, el ChatGPT dio un consejo moral, pero en la segunda se contradice, demostrando que no tiene una postura moral fija y que sus

resultados sí pueden influir en el pensamiento o criterio que tenga el usuario de acuerdo con los argumentos dados (Krügel et al., 2023).

Esto nos lleva a confirmar que la IA, realiza una serie de procesos que facilitan las actividades del ser humano y que está basado en la configuración dada a un algoritmo, sin embargo, no se puede considerar que una máquina tenga un criterio ético o moral para tomar una decisión, resolver un caso o realizar una interpretación adecuada y profunda de un tema específico, porque se requiere del raciocinio humano, criterio ético y poder de comprensión para dar uso o no de la información que otorga el ChatGPT, por lo que, en este sentido, no podría reemplazar al hombre.

Uno de los principales desafíos que plantea el uso de inteligencia artificial generativa —como ChatGPT— en relación con el derecho de autor radica en la opacidad de sus fuentes de información. Dado que los resultados generados por estos modelos se basan en enormes volúmenes de datos cuyo origen muchas veces es desconocido o no está verificado, existe un alto riesgo de infringir derechos de autor al utilizar o difundir estos contenidos. Esta falta de trazabilidad no solo compromete la fiabilidad del contenido, sino que también plantea serias implicaciones legales para quienes lo utilicen sin una revisión crítica. Como lo advierte Perlman (2023), si bien estas herramientas pueden automatizar tareas y optimizar ciertos procesos, el juicio, la ética y la interpretación contextual siguen siendo competencias exclusivas del ser humano, especialmente cuando se trata de aplicar el conocimiento jurídico respetando los marcos normativos de propiedad intelectual.

A este riesgo legal se suma una preocupación de carácter ético. Experimentos como el publicado en *Scientific Reports* (Krügel et al., 2023) han demostrado que ChatGPT puede influir en la toma de decisiones morales de los usuarios, a pesar de no tener una postura coherente o fundamentada. En el ámbito del derecho, esta indeterminación es especialmente problemática: un algoritmo que ofrece consejos jurídicos sin criterio moral ni responsabilidad podría ser utilizado para tergiversar información o incluso crear documentos falsos. De este modo, si bien la IA puede complementar el trabajo legal, su uso requiere un marco ético y jurídico claro que garantice que su implementación no sustituya la racionalidad humana ni vulnere

los derechos de terceros, como los derechos de autor sobre los datos y contenidos que procesa (Bozo de Carmona, 2025).

11. Conclusiones

Uno de los desarrollos tecnológicos más destacados en los últimos años son los generados por la inteligencia artificial, entre ellos, el ChatGPT, herramienta que para muchos se ha convertido en el salvavidas para el desarrollo de sus tareas diarias, pero que para otros es una amenaza para sus oficios o profesiones por considerar que pueden ser reemplazados por dicha tecnología, de allí la importancia que tiene darle un uso adecuado a la información que genera la plataforma.

Tan relevante es el tema que hay que tener claro que el ChatGPT es un modelo de IA cuyo algoritmo está basado en una gran cantidad de información tomada de las redes, lo que puede producir sesgo en la información (Rozado, 2023). Es allí donde existe una línea delgada entre el hecho de tomar una información abierta y de uso público para el desarrollo del ChatGPT o plataformas similares y la información con derecho de autor —privada o confidencial— que toma el sistema para dar una respuesta lógica y rápida a las consultas realizadas por los usuarios.

Ante esta situación, se realizó un análisis de los problemas que presenta el ChatGPT, identificándose, por una parte, que las empresas desarrolladoras de IA deben ser conscientes del uso de los datos manejados para estos modelos, debido a que se considera que existe una vulneración a las obras y creaciones que tienen derechos de autor o propiedad intelectual al no contar con autorizaciones para su uso, por lo que ha surgido la necesidad de establecer el manejo de licencias que permitan el uso de determinada información para el entrenamiento de estos sistemas.

Por otra parte, se identificó que existe otro tipo de riesgo, que es el uso de los resultados del ChatGPT generados por las consultas de los usuarios. El ChatGPT tiene la posibilidad de dar una respuesta rápida y, en cierta medida, satisfactoria a los usuarios. Es allí donde el ser humano debe tener el criterio para dar un buen uso de esta información; debe realizar un proceso de cotejo y verificación para no incurrir

en falsedad o vulneraciones a los derechos de autor, debido a que la plataforma no tiene la capacidad de mostrar las fuentes de origen de la información, por lo cual, al no identificarse, podría existir una infracción y vulneración de derechos solo por el hecho de considerar que dichos resultados son “nuevos o similares a la realidad” cuando en ocasiones se trata de información inventada por el sistema.

Este tipo de riesgos ha producido una alerta sobre las vulneraciones e infracciones a los derechos de autor y la propiedad intelectual, motivo por el cual la Unión Europea ha generado la primera ley que reglamenta el uso de inteligencia artificial, debido a que, al ser un tema tan reciente, no existen bases legales de cómo deben los Estados aplicar normas para proteger estos derechos.

Esto ha llevado que otros organismos —como la UNESCO y las Naciones Unidas inicien la implementación de medidas para tener un control y un límite sobre el uso del ChatGPT y para que sean implementadas por los países a través de leyes.

Sin embargo, puede existir un descontento por parte de las empresas desarrolladoras de IA porque, a su criterio, están brindando herramientas que facilitan la vida de los usuarios y que, a su vez, les permiten obtener mayores ingresos por sus avances tecnológicos, sin que sea relevante dejar de lado criterios éticos con el fin de lograr su objetivo.

En el ámbito jurídico existen diferentes disyuntivas porque, a criterio de varios juristas, se están presentando infracciones a los derechos de autor al no tener claridad sobre las fuentes de la información, lo que puede llevar a un uso indebido de la información o de las invenciones que se realicen con el ChatGPT, lo que podría conducir al usuario a caer en sanciones o demandas (por ejemplo, por responsabilidad civil o penal) según las leyes de cada país. Un ejemplo claro se dio en el ya citado caso de Avianca, siendo esta una de las miles de situaciones que se pueden presentar por el uso indebido del ChatGPT.

Al no contar con una normativa frente al tema, puede ocurrir que los jueces no sepan cómo actuar y resolver un caso específico sobre una posible vulneración de derechos de autor por la utilización de ChatGPT, lo que ha llevado a que en varios países se prohíba su uso por considerar que ese modelo de IA pone en riesgo a la sociedad, la

información de las personas o empresas (datos privados o confidenciales) y hasta puede afectar el criterio ético, porque sus respuestas pueden influir en los juicios de racionamiento de una persona para la toma de decisiones (BBC News Mundo, 2023). Adicionalmente, cualquier persona tiene la posibilidad de usar el ChatGPT, por lo que, en caso de menores de edad, el sistema dará respuesta inmediata a las consultas que realice, pero no va a tener la capacidad de determinar la edad del usuario, lo que podría generar un riesgo para un niño o adolescente (BBC News Mundo, 2023).

Frente a los casos de las demandas que se han presentado contra el OpenAI y su modelo ChatGPT desde el año 2023 (la mayoría, en Estados Unidos, Europa y el Reino Unido), pueden dar un precedente de cómo la justicia puede actuar ante estos casos. Conforme con las decisiones que se han tomado en algunas de estas demandas, se ha definido que no existe vulneración de los derechos de autor porque no se ha demostrado de manera clara el uso de información con derechos de autor, y se indica que el ChatGPT ha sido entrenado con información tomada de la red (datos abiertos), basándose en el principio del “uso justo”.

Sin embargo, debido a que a nivel mundial se considera que el autor o inventor es una persona natural o empresa, no es posible que se considere que el ChatGPT tenga derechos de autor, pues, como bien lo indica en sus políticas y advertencias, el uso de los resultados de las consultas o creaciones generadas con el apoyo del ChatGPT son de responsabilidad del usuario (ser humano) y no de la máquina.

Podemos concluir que, debido a la evolución de los sistemas tecnológicos y a la velocidad con la que se adelantan los procesos, se va a ir teniendo más desarrollo de la IA. Al ser la información una de las principales fuentes para las actividades de los seres humanos y estando en un mundo globalizado donde existe un gran tráfico de datos, se considera importante contar con leyes que regulen el manejo de la información por parte de las empresas creadoras de IA, como también deben existir límites para el uso de los resultados de las plataformas como el ChatGPT; camino que se ha venido dando a paso lento debido a que es un tema nuevo dentro de la jurisprudencia, pero que se espera que se den los mejores resultados para brindar las garantías y la protección necesarias a todos aquellos que desarrollan

obras, proyectos e investigaciones con un gran esfuerzo y dedicación, pero que pueden verse afectados en sus derechos como autores y su propiedad intelectual, por lo que se espera que, a futuro, contemos con las herramientas suficientes para tener un manejo efectivo y adecuado de la información sin vulnerar a otros.

Bibliografía

- Ámbito Jurídico Legis. (2024). *¿Debe permitirse registrar obras creadas mediante inteligencia artificial?* https://www.ambitojuridico.com/noticias/comercial/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/debe-permitirse-registrar-obras?utm_source=chatgpt.com
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bozo de Carmona, A. J. (2025). La condición posmoderna: el modelo epistemológico, la subjetividad, la ética y la historia. *Novum Jus*, 1(19), 131-155.
- Antequera, R. (2021). *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*. Temis.
- Arenas, J. F. (2024). *El impacto de la sentencia T-323 de 2024 en el uso de la IA en la justicia colombiana*. https://hgdsas.com/el-impacto-de-la-sentencia-t-323-de-2024-en-el-uso-de-la-ia-en-la-justicia-colombiana/?utm_source=chatgpt.com
- Atienza, M. (2007). *Robert Alexy. Derechos fundamentales, principios jurídicos y ponderación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aucejo, E. A. y Ramón, F. (2023). Inteligencia Artificial: “chat GPT” versus la Ley y el Derecho. *Revista de Educación y Derecho*, (28), 1-21. <https://doi.org/10.1344/REYD2023.28.43933>
- Ballen Riveros, J. S. (28 de febrero de 2023). ¿Y qué es eso de ChatGPT? El Blog del Departamento de Propiedad Intelectual, Universidad Externado de Colombia. <https://propintel.uexternado.edu.co/y-que-es-eso-de-chatgpt/>
- BBC News Mundo. (2023). *BBC News Mundo*. ChatGPT: Italia se convierte en el primer país occidental en bloquear el acceso al programa de inteligencia artificial: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65142505>
- Bently, L., Suthersanen, U. y Torremans, P. (2010). *Global Copyright Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*. Edwar Elgar.
- Blum, J. y Headdon, T. (7 de diciembre de 2023). *El Tribunal de Apelación del Reino Unido dicta sentencia sobre los derechos de autor en las GUI*. <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/12/07/uk-court-of-appeal-rules-on-copyright-in-guis/>
- Bracamonte, G. y Lizano, J. (2025). Los Nuevos Retos de la Inteligencia Artificial: Implicancias Jurídicas y Económicas para el Derecho de Autor y el Derecho

- Comercial. *Revista de Actualidad Mercantil*, 9, 79-86. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/30907>
- Cotino, L. (2024). *Sentencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el uso de IA generativa en Justicia: lineamientos y futura regulación*. https://www.cotino.es/colombia/?utm_source=chatgpt.com.
- Covadonga Maestro, B. A. (2023). *ChatGPT y Derechos de Propiedad Intelectual*. CMS. <https://cms.law/es/esp/publication/chatgpt-y-derechos-de-propiedad-intelectual>
- Dash, L., Patnaik, S., Dash, S. y Silpalika, B. (2021). Inteligencia colaborativa y propiedad intelectual: humanos y humanoides en el contexto del sistema sanitario. *Novum Ius*, 15, 103-126. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2021.15.E.10>
- Dirección Nacional de Derecho de Autor. (2023). *Concepto técnico sobre protección de obras generadas por inteligencia artificial*.
- Dirección Nacional de Derecho de Autor. (2023). *Resolución N.ª 137 del 2 de mayo de 2023*.
- Dirección Nacional de Derecho de Autor. (2023). *Resolución No. 185 del 14 de junio de 2023*.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. (2021). *Manual de derechos de autor para Alcaldías y Gobernaciones*.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. (2023). *Resolución No. 147 del 18 de mayo de 2023*.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Fernández, Y. (2025). *ChatGPT: qué es, cómo usarlo y qué puedes hacer con este chat de inteligencia artificial GPT*. Xataka Basics. <https://www.xataka.com/basics/chatgpt-que-como-usarlo-que-puedes-hacer-este-chat-inteligencia-artificial>
- Flórez, G. (2025a). Responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia por violación al derecho moral de paternidad. *Revista De Actualidad Mercantil*, (9), 273-285. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/30922>
- Flórez, G. D. (2025b). The Use of Artificial Intelligence in Arbitration: Friends with Benefits. *Vniversitas*, 74, 1-16. [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/74\(2025\)/6722763004/index.html](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/74(2025)/6722763004/index.html)
- Flórez, G. y Woolcott, O. (2015). *Protección del Derecho de Autor. Implicaciones del TLC entre Colombia y Estados Unidos*. Astrea/Universidad Católica de Colombia.
- Guadamuz, A. (2017). La inteligencia artificial y el derecho de autor. *Revista de la OMPI*, 1-11. <https://www.wipo.int/es/web/wipo-magazine/articles/artificial-intelligence-and-copyright-40141>
- Guillén, F. J. (2023). La finalización de la obra inacabada. Especial atención a la intervención de la inteligencia artificial en el proceso creativo. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (19), 37-62. <https://doi.org/10.26422/RIPI.2023.1900.rav>
- Hart, H. L. (1994). *The Concept of Law*. Oxford University Press.

- Heinemann, A. (2012). *Propiedad intelectual*. University of Zurich.
- Kissinger, H., Schmidt, E. y Huttenlocher, D. (2022). *The Age of AI: And Our Human Future*. Back Bay Books.
- Hildebrandt, M. (2020). La inteligencia artificial del Derecho de la Unión Europea. *Revista de derecho Alemán*, 21(1), 74-79.
- Hunton. (18 de febrero de 2025). *Fair Warning: AI's First Copyright Fair Use Ruling*, Thomson Reuters v. ROSS.
- Hutson, J. (2024). The Evolving Role of Copyright Law in the Age of AI-Generated Works. *Journal of Digital Technologies and Law*, 2(4), 886-914. <https://doi.org/10.21202/jdtl.2024.43>
- Jaramillo, A. V. (2010). *Manual de derecho de autor*. Dirección Nacional de Derecho de Autor.
- Jiménez Cardona, N. (2024). El 'uso transformador' de las empresas de IA: entre la libertad creativa y los derechos de propiedad intelectual. *Revista de Internet, Derecho y Política*, (40), 1-11. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i40.421926>
- Kahn, N. (2025). *An AI-Generated Image Gets Copyright, Should You Be Worried?* The Phoblographer. <https://www.thephoblographer.com/2025/02/19/an-ai-generated-image-gets-copyright-should-you-be-worried/>
- Kanoonpedia. (2025). *The Jason Allen Case: Legal Analysis of AI Generated Art and Copyright*. <https://kanoonpedia.com/the-jason-allen-case-legal-analysis-of-ai-gen-art/>
- Kawase, T. (2024). ¿Cuáles son los riesgos de utilizar ChatGPT para fines comerciales? Explicación sobre problemas legales. Monolith Law Office. <https://monolith.law/es/it/chatgpt-legal-issues>
- Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Universitaria Buenos Aires.
- Krügel, S., Ostermaier, A. y Uhl, M. (2023). *ChatGPT's inconsistent moral advice influences users' judgment*. Scientific Reports. <https://www.nature.com/articles/s41598-023-31341-0>
- Guevara, L. (2024). El impacto de las tecnologías en el proceso judicial: una mirada a partir de los conceptos de juez digital y debido proceso. *Novum Jus*, 18(3), 179-207. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2024.18.3.7>
- Levin, D. E. (2024). *An Exploratory Study of GPT-4o Poetry 2024*. Alljo Publishing.
- Lipszyc, D. (2017). *Derechos de autor y derechos conexos*. CERALC.
- López, E. F. (2024). Proteger o no proteger: el dilema de la propiedad de los datos. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (21), 135-166. <https://doi.org/10.26422/RIPI.2024.2100.fan>
- Malench, S. (2024). *AI And Writing: Dangers to Journalists and Creative Writers*. Stephanie Malench.
- Mantecón, M. L. (2021). *Inteligencia Artificial y Derecho de Autor*. Reus. https://www.editorialreus.es/static/pdf/primeraspaginas_9788429025552_inteligencia-artificial-y-derecho-de-autor_reus.pdf
- McDermott, E. (26 de septiembre de 2024). *El autor de una obra generada con IA rechazada por la Oficina de Derechos de Autor afirma que la falta de protec-*

- ción lo ha aplastado*. IP Watchdog. <https://ipwatchdog.com/2024/09/26/author-ai-generated-work-lack-protection-crushed/>
- Merken, S. (2023). *Abogados de Nueva York sancionados por usar casos falsos de ChatGPT en resumen legal*. Thomson Reuters. <https://www.reuters.com/legal/new-york-lawyers-sanctioned-using-fake-chatgpt-cases-legal-brief-2023-06-22/>
- Moreno, A. S. (2025). *Getty Images vs Stability AI: Caso paradigmático*. Blog Jurídico - Tech, Universidad Externado de Colombia. <https://telecomunicaciones.uexternado.edu.co/getty-images-vs-stability-ai-caso-paradigmatico/>
- Olarte, J. M. y Rojas, M. (2015). *La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito penal*. Dirección Nacional de Derecho de Autor.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2020). *Derecho de autor. ¿Qué es el derecho de autor?* <https://www.wipo.int/es/web/copyright>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2021). *Publicación de la OMPI N.º 450S/21*.
- Ong, S. (19 de mayo de 2025). *The UK's Curious Case of Copyright for AI-Generated Works: What Section 9(3) Means Today*. <https://www.authorsalliance.org/2025/05/19/the-uks-curious-case-of-copyright-for-ai-generated-works-what-section-93-means-today/>
- OpenAI. (30 de noviembre de 2022). *Presentamos ChatGPT*. <https://openai.com/index/chatgpt/>
- Ortiz, P. (2024). *Chat GPT: qué es, para qué sirve y su aplicación en la economía [explicado por Chat GPT]*. EDEM. <https://edem.eu/chat-gpt-que-es-para-que-sirve-y-su-aplicacion-en-la-economia-explicado-por-chat-gpt/>
- Palacio Puerta, M. y Monroy Rodríguez, J. C. (2024). La inteligencia artificial generativa en la música y el derecho de autor colombiano. *Novum Jus*, 3(18), 69-93. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2024.18.3.3>
- Pascua Vicente, S. (2024). *Reino Unido: Un tribunal se pronuncia sobre la protección por el derecho de autor de las interfaces gráficas de usuario*. Instituto de Autor. <https://institutoautor.org/reino-unido-un-tribunal-se-pronuncia-sobre-la-proteccion-por-el-derecho-de-autor-de-las-interfaces-graficas-de-usuario/>
- Pascua Vicente, S. (2025). *Alemania: Un tribunal se pronuncia sobre el uso de contenido protegido para entrenar y operar sistemas de inteligencia artificial sin autorización*. Instituto de Autor. <https://institutoautor.org/alemania-un-tribunal-se-pronuncia-sobre-el-uso-de-contenido-protegido-para-entrenar-y-operar-sistemas-de-inteligencia-artificial/>
- Perlman, A. (2023). *The Implications of ChatGPT for Legal Services and Society*. Center on the Legal Professional, Harvard Law School. <https://clp.law.harvard.edu/knowledge-hub/magazine/issues/generative-ai-in-the-legal-profession/the-implications-of-chatgpt-for-legal-services-and-society/>
- Pina, C. (16 de marzo de 2023). *Copyright and AI-Generated Works: Zarya of the Dawn*. Garrigues Digital. https://www.garrigues.com/en_GB/garrigues-digital/copyright-and-ai-generated-works-zarya-dawn
- Real Academia Española. (2024). *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/chat?m=form>

- Rengifo, E. (1997). *Propiedad Intelectual: El Moderno Derecho de Autor*. Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial. El debate Hart Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Rodríguez, N. (2023). *Implicaciones en el uso de ChatGPT en relación con los Derechos de Propiedad Intelectual*. El Blog del Departamento de Propiedad Intelectual, Universidad Externado de Colombia. <https://propintel.uexternado.edu.co/implicaciones-en-el-uso-de-chatgpt-en-relacion-con-los-derechos-de-propiedad-intelectual/>
- Romeral, L. G. (2025). *EE. UU. La Oficina de Derechos de Autor registra una creación generada con la participación de la inteligencia artificial*. Instituto de Autor. <https://institutoautor.org/ee-uu-la-oficina-de-derechos-de-autor-registra-una-creacion-generada-con-la-participacion-de-la-inteligencia-artificial/>
- Rozado, D. (2023). *The Political Biases of ChatGPT*. Social Sciences.
- Sáenz, D. (2018). La propiedad intelectual en el caso del autor trabajando en relación de empleo asalariado (autor-empleado). *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (11), 1-26. <https://ojs.austral.edu.ar/ripi/article/view/464>
- Samuelson, P. (13 de julio de 2023). La IA generativa se encuentra con los derechos de autor. *Science*, 381(6654), 158-161.
- Sans, N. (2023). The U.S. Copyright Office's Zarya Decision, and the Uncertain Future of AI Comics. *The Columbia Journal of Law & the Arts*. <https://journals.library.columbia.edu/index.php/lawandarts/announcement/view/617>
- Krügel, S., Ostermaier, A. y Uhl, M. (2023). ChatGPT's inconsistent moral advice influences users judgment. *Scientific Reports*, 13, 4569. <https://www.nature.com/articles/s41598-023-31341-0>
- Shulman, M. (2025). *Suno and Warner Music announce settlement and partnership. AI generated music is here to stay*. Chat GPT is eating the world. <https://chatgptiseatingtheworld.com/2025/11/25/suno-and-warner-music-announce-settlement-and-partnership-ai-generated-music-is-here-to-stay/>
- Sierra, M. P. (2025). Inteligencia artificial generativa y derechos de autor: análisis de titularidades. *ESADE Law Review*, 147-157. <https://www.esadelawreview.com/inteligencia-artificial-generativa-y-derechos-de-autor-analisis-de-titularidades/>
- Sopilko, I., Filinovich, V, Pankov, L. Obshalov, S. y Chaplynskyi, K. (2023). Protection of Intellectual Property Rights from Cyber Threats in the Global Information Environment. *Novum Ius*, 17(1), 237-258. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/4582/4656>
- Stephens, K., Fuller, Z. y Stephens, R. (2010). *Look and feel infringement*. https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5613e0ff-454f-4ba0-b250-dea8556f2cc3&utm_source=chatgpt.com
- Stryker, C. y Kavlakoglu, E. (9 de agosto de 2024). *¿Qué es la inteligencia artificial (IA)?* <https://www.ibm.com/mx-es/think/topics/artificial-intelligence>
- Susskind, R. (2025). *How To Think About AI: A Guide For The Perplexed*. Oxford University Press.

- U.S. Copyright Office. (2023). *Zarya of the Dawn decision letter*.
- U.S. Copyright Office. (2025). *Copyright and Artificial Intelligence Part 3: Generative AI Training pre-publication version*.
- UNESCO. (2024). *Inteligencia Artificial en la sala de audiencias: Fallo histórico de la Corte Constitucional de Colombia cita las herramientas de IA de la UNESCO*. https://www.unesco.org/es/articles/inteligencia-artificial-en-la-sala-de-audiencias-fallo-historico-de-la-corte-constitucional-de?utm_source=chatgpt.com
- UNESCO. (2025). *Guidelines for the Use of Ai Systems in Courts and Tribunals*.
- Urtubey, F. (2024). Copyright en obras generadas con inteligencia artificial en Estados Unidos. Un análisis de cinco casos jurídicos actuales. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (20), 89-119. <https://doi.org/10.26422/RIPI.2024.2000.utu>
- Vázquez, L. G. (25 de enero de 2024). *Colombia: La DNDA se pronuncia sobre el registro de creaciones desarrolladas con inteligencia artificial*. https://institutoautor.org/colombia-la-dnda-deniega-el-registro-de-creaciones-desarrolladas-con-inteligencia-artificial/?utm_source=chatgpt.com
- Vega, D. A. (2024). La investigación dogmática en el derecho: un análisis reconstructivo sobre el quehacer académico de los juristas. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 54(141), 1-22. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v54n141.a9>
- Wallis, J. C. (20 de febrero de 2025). *Thomson Reuters v. Ross Intelligence: A Landmark Case on AI Training and Copyright*. Munck, Wilson, Mandala. https://www.munckwilson.com/news-insights/thomson-reuters-v-ross-intelligence-a-landmark-case-on-ai-training-and-copyright/?utm_source=chatgpt.com
- Wegrzyn, K. y Khan, S. (2023). *IP Lawyer vs. ChatGPT: Top 10 Legal Issues of Using Generative AI at Work*. Foley & Lardner. <https://www.foley.com/insights/publications/2023/03/ip-lawyer-vs-chatgpt-top-10-legal-issues-ai-work/>
- Weiser, B. (2023). Esto es Lo Que Sucede Cuando Su Abogado Utiliza ChatGPT. *The New York Times*.
- Zamora, P. A. (2023). Las globalizaciones, el derecho internacional y las implicaciones del nuevo orden mundial. *Novum Jus*, 1(17), 9-12. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2023.17.1.0>

Legislación citada

- Comunidad Andina de Naciones. (1993). *Decisión 351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Lima, Perú.
- Congreso de la República de Colombia. (1982). *Ley 23 de 1982. Sobre derechos de autor*. *Diario Oficial No. 35.961*. Bogotá.
- Consejo de la Unión Europea. (21 de abril de 2021). *Reglamento de Inteligencia Artificial*. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/artificial-intelligence/#:~:text=El%20Reglamento%20de%20Inteligencia%20Artificial,-sean%20seguros%2C%20%C3%A9ticos%20y%20fiabiles>
- Consejo Superior de la Judicatura. (2024). *Acuerdo PCS/JA24-12243*. Bogotá.

- European Parliament. (2019). *Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market*.
- European Union Intellectual Property Office. (2025). *The Development of Generative Artificial Intelligence from a Copyright Perspective*.
- Parlamento Europeo. (2023). *Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*. <https://www.europarl.europa.eu/topics/es/article/20230601STO93804/ley-de-ia-de-la-ue-primer-normativa-sobre-inteligencia-artificial>

Jurisprudencia citada

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-323, Expediente T-9.301.656 (2 de agosto de 2024).
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC17832-2025, Radicación n° 11001-02-03-000-2025-05001-00 (Corte Suprema de Justicia 5 de noviembre de 2025).
- Court of Appeal (Civil Division), *England and Wales. Nova Productions Ltd v. Mazooma Games Ltd & Ors*, ([2007] EWCA Civ 219) (14 de marzo de 2007).
- Court of Chancery England and Wales, *Navitaire v. easyJet*, [2005] ECDR 17; [2005] ECC 30; [2006] RPC 3; [2005] Info TLR 1; [2004] EWHC 1725 (Ch) (30 de julio de 2004).
- England and Wales Court of Appeal, *THJ Systems Ltd v. Sheridan*, ([2023] EWCA Civ 1354) (7 de noviembre de 2023).
- High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales, *Getty Images (US), Inc. and others v. Stability AI, Inc.*, [2025] EWHC 2863 (Ch) (Intellectual Property List (ChD) 4 de noviembre de 2025).
- Juzgado 1 Laboral de Cartagena, Colombia, Sentencia de Tutela No. 032, Radicado No. 13001410500420220045901 (30 de enero de 2023).
- Superior Court of Commercial Justice, Court File No./N° du dossier du greffe: CV-24-00732231-00CL (28 de noviembre de 2024).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening* (C-5/08), C-5/08 (16 de julio de 2009).
- Tribunal Regional de Múnich, *GEMA vs. OPENAI*, LG München I, 11.11.2025 (2025).
- United States District Court Southern District of New York, Case 1:23-cv-11195 (27 de diciembre de 2023).
- United States District Court for the District of Delaware, *Thomson Reuters Enter. Ctr. GmbH v. Ross Intel. Inc.*, 694 F. Supp. 3d 467 (D. Del. 2023). (11 de febrero de 2025).
- United States District Court for the Southern District of New York, United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202 (16 de octubre de 2015).
- United States District Court for the Southern District of New York, *Mata v. Avianca, Inc.*, No. 1:2022cv01461 - Document 55 (S.D.N.Y. 2023) (22 de junio de 2023).

United States District Court of Colorado, *Allen v. Perlmutter*, 1:24-cv-02665, (D. Colo.), (26 de septiembre de 2024).

United States District Court Southern District of New York, Case 1:24-cv-01515 (28 de febrero de 2024).

United States Supreme Court, *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*, 499 U.S. 340 (1991) (9 de enero de 1991).

* * * *

Roles de autoría y conflicto de intereses

Los autores manifiestan haber cumplido los siguientes roles de autoría:

Flórez, G. y Acero, M.: conceptualización, metodología, curación de datos, escritura, borrador original, visualización, escritura, revisión y edición.

Los autores declaran no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.flo>

Nombres artísticos o seudónimo: naturaleza jurídica ¿derecho personalísimo y/o derecho exclusivo?

* * * *

Tirso Fernando Castro Rodríguez

Universidad Nacional Autónoma de México (México)

tirsofcastropi@outlook.com

Berenice Hernández Deleyja

Universidad Nacional Autónoma de México (México)

berenice.studiolo@gmail.com

Recibido: 15 de octubre de 2025

Aceptado: 22 de diciembre de 2025

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad analizar la factibilidad jurídica de que terceros, ajenos al creador y titular original de un nombre artístico o seudónimo, puedan hacer uso y explotación de éste una vez que dicho titular ha fallecido. El estudio se centra en el nombre adoptado por una persona física como medio de identificación en el desarrollo de sus actividades artísticas y/o culturales.

Lo anterior tiene su justificación debido a que, tras la muerte de los artistas o personas que se identificaron con un “nombre” (conocido como “nombre artístico” o “seudónimo”) para el desarrollo y ejercicio de sus actividades artísticas, terceros que no se encuentran legitimados explotan de forma económica un elemento icónico que identificaba a una persona que ya falleció, considerándolo un bien meramente económico, ajeno al de su naturaleza de derecho de la personalidad inalienable y extrapatrimonial.

En consecuencia, estos terceros usan de forma exclusiva y se benefician de forma económica de un derecho relacionado al ámbito personalísimo de su creador que, dependiendo de la fama o notoriedad que haya alcanzado su creador y titular en el ejercicio de su actividad artística, pueden llegar generar cuantiosas ganancias por

permitir el uso de los nombres artísticos o seudónimos, o, en su caso, prohibir su uso con independencia del fin para el que se vaya a utilizar.

Por tanto, es importante determinar si, partiendo de la naturaleza jurídica del nombre artístico o seudónimo y de acuerdo con su regulación en México (haciendo un análisis comparado de otras legislaciones de la región latinoamericana), es posible darle un tratamiento normativo diverso o ampliarlo de conformidad al que actualmente se encuentra vigente en el país y teniendo en cuenta, fundamentalmente, que un nombre artístico o seudónimo, es un derecho de la personalidad.

Palabras clave: seudónimo, nombre artístico, nombre, derechos personalísimos, derechos exclusivos.

Artistic Names or Pseudonyms: Legal Nature — Personal Right and/or Exclusive Right?

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the legal feasibility of third parties, unrelated to the creator and original holder of an artistic name or pseudonym, making use of and exploiting such name once its holder has passed away. The study focuses on the name adopted by a natural person as a means of identification in the course of his or her artistic and/or cultural activities.

This issue arises because, following the death of artists or individuals who identified themselves with a “name” (commonly referred to as an “artistic name” or “pseudonym”) for the development and exercise of their artistic activities, unauthorized third parties economically exploit an iconic element that identified a deceased person, treating it merely as an economic asset, detached from its nature as an inalienable and extra-patrimonial personality right.

Consequently, such third parties make exclusive use of and derive economic benefit from a right intrinsically linked to the personal sphere of its creator. Depending on the fame or notoriety achieved by the creator and holder in the exercise of his or her artistic activity, such exploitation may generate substantial profits by allowing the use of artistic names or pseudonyms; or, alternatively, by prohibiting their use regardless of the intended purpose.

Therefore, it is essential to determine whether, based on the legal nature of the artistic name or pseudonym and in accordance with its regulation in our country (through a comparative analysis of other Latin American jurisdictions), it is possible to provide a different or broader normative treatment than that currently in force in the country, bearing in mind, fundamentally, that an artistic name or pseudonym constitutes a personality right.

Key words: pseudonym, artistic name, name, personality rights, exclusive rights.

Nomes artísticos ou pseudônimos: natureza jurídica — direito da personalidade e/ou direito exclusivo?

Resumo

O presente trabalho tem por finalidade analisar a viabilidade jurídica de que terceiros, alheios ao criador e titular originário de um nome artístico ou pseudônimo, possam fazer uso e exploração deste após o falecimento do referido titular. O estudo concentra-se no nome adotado por uma pessoa física como meio de identificação no desenvolvimento de suas atividades artísticas e/ou culturais.

Tal questão se justifica pelo fato de que, após a morte de artistas ou pessoas que se identificaram com um “nome” (conhecido como “nome artístico” ou “pseudônimo”) para o exercício de suas atividades artísticas, terceiros não legitimados passam a explorar economicamente um elemento icônico que identificava uma pessoa já falecida, tratando-o como um bem meramente econômico, desvinculado de sua natureza de direito da personalidade, inalienável e extrapatrimonial.

Em consequência, tais terceiros utilizam de forma exclusiva e beneficiam-se economicamente de um direito relacionado ao âmbito personalíssimo de seu criador que, dependendo da fama ou notoriedade alcançada pelo criador e titular no exercício de sua atividade artística, pode vir a gerar ganhos substanciais ao permitir o uso de nomes artísticos ou pseudônimos; ou, em seu caso, ao proibir o uso independentemente da finalidade para a qual se destine.

Portanto, é importante determinar se, partindo da natureza jurídica do nome artístico ou pseudônimo e de acordo com sua regulamentação em nosso país (realizando uma análise comparada com outras legislações da região latino-americana), é possível conferir-lhe um tratamento normativo diverso ou ampliado em relação ao atualmente vigente no país, tendo em conta, fundamentalmente, que um nome artístico ou pseudônimo constitui um direito da personalidade.

Palavras-chave: pseudônimo, nome artístico, nome, direitos da personalidade, direitos exclusivos.

1. El nombre

El *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia define (s.f.-a) “nombre”, en sus diferentes acepciones, como: “1) Palabra que designa o identifica seres animados o inanimados; 2) Nombre propio; 3) Fama, opinión, reputación o crédito”. Para efectos del presente artículo, nos enfocaremos sobre lo que es el nombre propio y sus efectos jurídicos para las personas físicas.

El fundamento constitucional del nombre en México se encuentra previsto en su artículo 29, segundo párrafo:

... En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, *al nombre*, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos...¹

En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, definió, dentro del amparo en revisión 2424/2011,² al derecho humano al nombre como

el conjunto de signos que constituyen un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad; este derecho está integrado por el nombre propio y los apellidos; lo rige el principio de autonomía de la voluntad, pues debe elegirse libremente por la persona misma, los padres o tutores, según sea el momento del registro; y, por tanto, no puede existir algún tipo de restricción ilegal o ilegítima al derecho ni interferencia en la decisión; sin embargo, puede ser objeto de reglamentación estatal, siempre que ésta no lo prive de su contenido esencial.

A nivel internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 18,³ regula el derecho al nombre en el sentido de que: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

1 Énfasis añadido.

2 Tesis 1ª. XXV/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, página 653, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000213>

3 Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Asimismo, algunos autores han definido al nombre de la siguiente manera:

1) Rafael de Pina (2015) señala que el nombre es “el signo que distingue a una persona de las demás en sus relaciones jurídicas y sociales” (p. 210).

2) Rafael Rojina Villegas (2009), determinó que: “El nombre cumple una función de policía administrativa para la identificación de las personas y desde el punto de vista civil constituye una base de diferenciación de los sujetos para poder referir a ellos consecuencias jurídicas determinadas” (p. 199).

En este sentido, tradicionalmente se encuentran tres teorías para definir la naturaleza jurídica del nombre (Aguas Ángel, 2013): a) el derecho al nombre es objeto del derecho de propiedad; b) el derecho al nombre es un derecho de familia; y c) el derecho al nombre es un derecho de la personalidad. No obstante, también ha surgido una nueva teoría que se le debe reconocer como un derecho humano (Aude Díaz et al., 2024).

Con base en lo antes expuesto, el nombre es un elemento indispensable para individualizar e identificar a cada persona y, al retomar lo analizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debe examinarse a partir del principio de autonomía de la voluntad, pues debe elegirse libremente por la persona misma.

Teniendo en cuenta el objeto del presente artículo, el contexto antes expuesto nos da la pauta para entender lo que es el nombre y cómo ha ido evolucionando su concepción, naturaleza y protección jurídica, así como la posibilidad de permitir la libre elección de las personas para designarse e identificarse por medio de un seudónimo o nombre artístico para el desarrollo de sus actividades artísticas (como un derecho humano del libre desarrollo de la personalidad y personalísimo de toda persona).

2. Nombre artístico o seudónimo

El *Diccionario de la Lengua Española*, al definir lo que es un seudónimo, nos provee tres acepciones: “1) Dicho de un autor: que oculta con un nombre falso el suyo verdadero, 2) Dicho de una obra: firmada con seudónimo y 3) Nombre utilizado por un artista en sus actividades, en vez del suyo propio” (Real Academia Española, s.f.-b).

Las tres acepciones comprenden la idea central del uso de un nombre diferente, el cual se adopta en vez del verdadero en el desarrollo de alguna actividad (principalmente de carácter artístico) y permiten establecer que el seudónimo es un medio identificador de una persona.

Es en este último aspecto en el que el *seudónimo* se identifica indubitavelmente con el *nombre*. Incluso, el *Diccionario Jurídico Mexicano* ve al seudónimo como un “elemento circunstancial no esencial del nombre” (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 2606).

Ignacio Galindo Garfias (1991) comenta: “El pseudónimo es el empleado por los artistas y literatos para distinguirse de los demás; quién lo adopte se propone —en el medio en el que lo usa— que se identifique como artista u hombre de letras” (p. 353).

La diferencia entre el nombre y el nombre artístico o seudónimo se encuentra en sus elementos y el contexto de utilización. En cuanto a los elementos, el nombre de una persona normalmente se conforma con un nombre de propio o de pila y un apellido o dos. En cambio, el nombre artístico o seudónimo puede ser, incluso, una sola palabra o más del propio nombre, una combinación de partes del nombre y otras palabras o una sustitución completa del nombre.

Por ejemplo, el artista mexicano conocido por el nombre artístico o seudónimo “Espinoza Paz” lo construyó a partir de uno de sus apellidos, siendo su nombre real Isidro Chávez Espinoza. Un seudónimo puede estar también conformado por sólo un nombre de pila, como es el caso de la cantante “Madonna”, cuyo nombre real es Madonna Louise Ciccone; o puede usarse una palabra o conjunto de palabras completamente distintas a los elementos del nombre real, como es el caso del pintor conocido como “Dr. Atl”, cuyo nombre es Gerardo Murillo Conrado; o incluso usarse un símbolo, como el que adoptó el artista Prince en el año 1993.

En cuanto a los efectos, debe tenerse claro que el seudónimo no sustituye al nombre, el cual sigue siendo obligatorio en todos los actos jurídicos en los que intervienen las personas, pese a la adopción de un seudónimo (Galindo Garfias, 1991, p. 353).

También debe señalarse que el nombre cumple una doble función, pues es medio de identificación y un signo de filiación. El seudónimo, por su parte, sólo tendría una función: la de identificación.

Lo que es un hecho es que un seudónimo identifica a una persona, de manera que su ubicación en el derecho, al ser un nombre creado que una persona adopta libremente, es una extensión del nombre de la persona, que la identifica en determinados contextos y que, por tanto, la doctrina ha asimilado su naturaleza jurídica con la del nombre civil, por lo que es inalienable e imprescriptible, aunado a que se trata de una expresión de la personalidad (Satanowsky, 1954, p. 539).

Al seguir esta tesis, es dable concluir que el seudónimo forma parte de los derechos de la personalidad de una persona y componen su “patrimonio moral”, cuyo contenido no es necesariamente económico (De la Parra Trujillo, 2014a, p. 39).

En consecuencia, nos encontramos dentro de un gran paradigma que, desde el sistema normativo mexicano, sólo se ha regulado y protegido desde el aspecto de la propiedad intelectual, a través de ciertas figuras jurídicas —como las marcas— y, además, un caso especial en el mundo: las reservas de derechos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico mexicano ha dejado de lado la debida regulación y protección desde el ámbito civil como un derecho personalísimo o como un atributo de la personalidad.

Lo anterior ha dado como resultado una omisión flagrante por parte del legislador mexicano dado la amplia y basta presencia, a lo largo de la historia de nuestro país de autores y artistas mexicanos y extranjeros que han aportado, a través de sus actividades artísticas y su talento, a gran parte de nuestra cultura y que han encontrado en los nombres artísticos o seudónimos la forma de identificarse y ocultar su verdadera identidad para el desarrollo de sus actividades. Por lo tanto, la protección jurídica del nombre artístico o seudónimo desde las figuras previstas en el espectro de la propiedad intelectual ha limitado su alcance a un aspecto patrimonial de carácter económico, dejando en total omisión su protección desde el aspecto civil como un derecho personalísimo.

En esta tesitura, en los siguientes apartados se abordarán el uso y protección del nombre artístico o seudónimo desde el ámbito de la propiedad intelectual en México y en el extranjero y se planteará la posibilidad de su debida regulación como un derecho de la personalidad o personalísimo. También se destacan los países donde, dentro

de sus respectivos ordenamientos jurídicos, han regulado y protegido esta valiosa figura como un derecho personalísimo al homologar al nombre artístico o seudónimo como el nombre civil.

3. El uso de los nombres artísticos y seudónimos en materia de propiedad intelectual

Las personas relacionadas con las actividades artísticas y culturales, tales como la actuación, el arte, el cine, la escultura, la música, entre otros, debido al propio desarrollo de sus respectivas actividades, adoptan sobrenombres para que las personas puedan identificarlos durante su trayectoria artística, esto es, un “nombre artístico o seudónimo”, que en México puede ser objeto de protección exclusivamente como bien económico, en materia de propiedad intelectual, a través de dos figuras: las marcas y las reservas de derechos.

El Convenio de Berna, el tratado más importante en derechos de autor (al ser la base de todas las disposiciones legales de todos los miembros parte de la Unión de Berna) establece en su artículo 15.1 la presunción de que el autor de obras artísticas y literarias pueda ejercer sus derechos, reconociéndole tal calidad a aquel cuyo nombre o “seudónimo” aparezca estampado en la obra.

En específico, este Convenio establece sobre el seudónimo que “por lo conocido no deje duda sobre la identidad del autor”.

En este sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), nuestra autoridad rectora en el mundo en esta materia, establece en su glosario de términos (OMPI, 1980) que el seudónimo “es el nombre ficticio elegido por un autor para identificar su paternidad sin revelar su verdadera identidad”.

De esta manera, un seudónimo, también conocido como “nombre artístico” en el mundo del arte, proviene de la creatividad de un artista mediante el cual pretende identificarse e individualizarse respecto de otros para que el público pueda identificarlos plenamente en los diferentes ámbitos artísticos.

En el campo de la literatura, el cine, la música y, en general, en las artes, se suele hablar de “nombre artístico”.

Si bien es cierto que un seudónimo puede ser utilizado en actividades diversas a las artísticas, para fines del presente trabajo sólo li-

mitaremos su utilidad al ámbito de las actividades artísticas y no sobre personajes como componentes de una obra, que también pueden identificarse con seudónimos, pese a ser conscientes de que, a veces, un personaje trasciende a la persona y se identifica en el ámbito artístico con un personaje interpretado, como es el caso de la “Chilindrina”.

Tal es la importancia de un nombre artístico o seudónimo que diversas personas han utilizado estos nombres para identificarse en el pleno desarrollo artístico de sus actividades, que son más conocidos por estos nombres que por sus nombres reales (los cuales pocas veces se conocen).

En México, se encuentran casos claros en los cuales el nombre artístico o seudónimo de cierto autor y/o artista ha obtenido tal notoriedad o fama que son y han sido conocidos a nivel internacional más por estos nombres que por sus propios nombres reales: Roberto Gómez Bolaños, mejor conocido como “Chespirito”; Mario Moreno, mejor conocido como “Cantinflas”; Germán Genaro Cipriano Gómez Valdés Castillo, mejor conocido como “Tin Tan”; Rufino del Carmen Arellanes Tamayo, mejor conocido como Rufino Tamayo; Francisco Benjamín López Toledo, mejor conocido como Francisco Toledo; Alberto Aguilera Valadez, mejor conocido como “Juan Gabriel”; José Rómulo Sosa Ortiz, mejor conocido como “José José”.

La lista podría continuar, ya que sólo son ejemplos de artistas de origen mexicano, por lo que la implicación sobre una debida regulación y protección a nivel mundial debe ser la correcta para su uso y protección. Y no sólo limitando su protección desde el aspecto económico, ya que la importancia y trascendencia de este “nombre” no debe ser enfocada únicamente desde la perspectiva económica, sino también desde el ámbito de la protección como un derecho de la personalidad o personalísimo.

En esta tesitura, dichos autores y artistas han tenido que valerse de las marcas y, en el caso especial de México, de las reservas de derechos para proteger sus nombres artísticos o seudónimos de terceros que pretendan obtener un beneficio económico no autorizado y que pueda generar un daño y perjuicio que no debería de ocurrir; sin embargo, en todos los casos, cuando dichos personajes fallecen, la explotación de sus nombres artísticos o seudónimos recae en quien finalmente detente su titularidad.

Es decir, al tratarse de derechos exclusivos, intangibles, que surgen a partir del otorgamiento de su registro como marca —por conducto del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI)— y como reservas de derechos —por conducto del Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR)—, existe la posibilidad de su protección a través de acciones administrativas, civiles y penales que frenen o traten de frenar actos de competencia desleal cuando terceros totalmente ajenos hacen uso de estos derechos exclusivos sin autorización.

Tal es el caso de José Alberto Flores Jandete, mejor conocido en el medio artístico como “Chuponcito”, quien fue vulnerado en sus derechos exclusivos por imitadores suyos no autorizados, quienes obtuvieron beneficios económicos sin tener derecho a ello (*‘Chuponcito’ atento a la comedia pirata*, 2017).

Por lo que, actualmente, la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, la Ley Federal del Derecho de Autor, el Código Civil Federal y el Código Federal de Procedimientos Civiles (próximamente, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares), así como el Código Penal Federal, establecen y regulan las acciones y procedimientos que, acorde su naturaleza, puedan emplear y hacer valer los titulares de las marcas y reservas de derechos que protegen los nombres artísticos o seudónimos.

Sin embargo, la incógnita es latente en el sentido de que, al ser reconocidos únicamente como derechos exclusivos a partir de un registro otorgado por una autoridad administrativa, esto sea suficiente para poder proteger debidamente y reprimir estos actos de competencia desleal totalmente lesivos en perjuicio de sus creadores y/o titulares. Esto es, que al ser un derecho exclusivo, no necesariamente sus respectivos creadores serán los titulares de los derechos, siempre y cuando se cumplan con los requisitos que establecen las leyes de la materia aplicables.

Es decir, ¿realmente es la única forma en la que nuestro sistema jurídico mexicano puede proteger los nombres artísticos o seudónimos?

4. Derecho personalísimo y su relación con los nombres artísticos o seudónimos

Como ha sido parte de la base de estudio del presente trabajo, el nombre es un elemento intrínseco de toda persona al momento de nacer, toda vez que, a partir de este hecho jurídico, todo ser humano tiene derecho al nombre, a ser nombrado. Derecho fundamental previsto en convenios internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tal y como ya vimos con anterioridad. Sin embargo, ¿cómo se regula este derecho?

Como ya comentamos, surge a partir del nacimiento de una persona. De tal manera, se entiende por persona “al sujeto de derechos y obligaciones” (Galindo Garfias, 1995, p. 303), y para poder ejercitar esos derechos y obligarse, debe hacerlo por conducto de la personalidad. Por tal motivo, la idea de personalidad va ligada inseparablemente a la noción de persona: quien es persona tiene personalidad, quien tiene personalidad, es persona (De la Parra Trujillo, 2001, p. 140).

En este orden de ideas, la personalidad se protege a través de los derechos de la personalidad o personalísimos con la idea de poder interactuar como ese ente sujeto de derechos y obligaciones.

La doctora Eleonora Lamm (2025) define los derechos de la personalidad o personalísimos como “aquellos que constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral” (párr. 6).

De esta manera, Lamm señala que

estos derechos esenciales a toda persona corresponden a poderes que le ha otorgado el ordenamiento para la salvaguarda de algunos atributos que le corresponden, en consideración no tanto a aquellos atributos cuanto a los derechos a ellos atribuidos; se ha operado algo así como una separación entre el estatus de persona y esos atributos, naciendo de ellos los correspondientes derechos subjetivos. (párr. 10)

Pero ¿qué características tienen estos derechos? Diferentes autores han coincidido en que este tipo de derechos son *erga omnes*, innatos,

extrapatrimoniales, inembargables, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.

En este sentido, Lucía Alejandra Mendoza Martínez (2014, p. 29)), en su obra *La Acción Civil del Daño Moral*, señala, adicionalmente, que una de las características de los derechos de la personalidad o personalísimos es que son bienes morales, no patrimoniales. Esto es, parte de un origen no económico, más propio e inherente de la personas por el hecho de ser humanos tales como su imagen, su voz y, por supuesto, su nombre.

Dentro de estos derechos de la personalidad o personalísimos se encuentra el derecho al nombre. Derecho fundamental que es la base al nombre artístico o seudónimo, ya que en virtud del derecho en el libre ejercicio de la autonomía individual y del derecho al desarrollo de la personalidad es que permiten a la persona identificarse en su entorno social, profesional, entre otros, y frente al Estado.

En esta tesitura, el seudónimo (Pedraza Córdoba, s.f.) es una denominación bajo la cual una persona, ya sea autora y/o artista (haciendo la limitación al objeto de este artículo), oculta su identidad a través de una decisión libre en pleno ejercicio de sus derechos como cualquier persona.

En consecuencia, en el libre ejercicio de sus derechos personalísimos, cualquier autor y artista que haya empleado un nombre artístico o seudónimo en el ejercicio de su actividad artística para identificarse no es meramente para que dicho nombre sea catalogado o calificado en su naturaleza jurídica como un bien intangible (marca y reserva de derecho) y derecho exclusivo derivado de un registro, sino, como se ha planteado en este punto, también debe reconocerse, en su naturaleza jurídica, como un derecho de la personalidad o personalísimo inherente a cualquier persona que por la relevancia o notoriedad que puedan tener y lograr se extingan con la muerte.

Esto es, al considerarse como un derecho que se extingue con la muerte de la persona, quien se identificó en vida con cierto nombre artístico o seudónimo que fue conocido por muchas o todas las personas derivado del ejercicio de su trayectoria artística, es ilógico que un tercero pueda atribuirse la titularidad de ese derecho una vez que su legítimo creador y titular haya fallecido.

Por lo cual, este absurdo es actualmente posible, ya que existe la

posibilidad de que terceros (personas físicas y/o morales) puedan explotar económicamente este derecho exclusivo, siempre y cuando cumplan con el requisito que prevé en México la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (para el registro de marcas) y la Ley Federal del Derecho de Autor (para el registro de reservas de derechos).

En consecuencia, los nombres artísticos o seudónimos no pueden limitarse a la distinción o identificación de productos y servicios, así como a la facultad de usar exclusivamente o prohibir su uso derivado de un registro. Como hemos expuesto, constituyen medios para individualizar e identificar a las personas que los crearon y quienes les han dado, derivado del ejercicio de sus actividades artísticas, el reconocimiento y la notoriedad para que la generalidad o parte de una comunidad los conozcan.

En este sentido, debemos entender primero lo que es “notorio”, lo que se entiende por “notoriedad”.

Derivado de la Controversia Constitucional 24/2005, se emitió la jurisprudencia P./J. 74/2006,⁴ en la cual se definió al hecho notorio en dos sentidos: concepto general⁵ y jurídico. Los hechos notorios son

aquellos que por el conocimiento humano se consideran ciertos e indiscutibles, ya sea que pertenezcan a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a las vicisitudes de la vida pública actual o a circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda persona de ese medio esté en condiciones de saberlo.

Ahora bien, la notoriedad, en la materia de propiedad intelectual se encuentra ligada a las marcas, y esto lo vemos reflejado en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial. El artículo 190, en su primer párrafo, establece que, para

4 Tesis P./J. 74/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, Junio de 2006, página 963, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/174899>

5 Para efectos de este trabajo, sólo nos enfocaremos en el concepto general.

efectos de esta Ley, se entenderá que una marca es notoriamente conocida en México cuando un sector determinado del público o de los círculos comerciales del país, conoce la marca como consecuencia de las actividades comerciales desarrolladas en México o en el extranjero por una persona que emplea esa marca en relación con sus productos o servicios o bien, como consecuencia de la promoción o publicidad de la misma.

En esta línea de pensamiento, el doctor José Manuel Magaña Rufino (2010), en su libro titulado *Las marcas notoria y renombrada en el derecho internacional y mexicano*, señala que

... la notoriedad de una marca nada tiene que ver con el hecho de que haya sido o no presentada a registro ante una oficina de inscripción de marcas, sino con la intensidad de conocimiento en el sector pertinente del público, al cual se dirige... (pp. 4-5)

Retomando estos conceptos y con la intención de adecuarlos al presente artículo, un nombre artístico o seudónimo es notorio cuando es del conocimiento del ser humano como consecuencia del desarrollo de las actividades artísticas que emplea el autor y/o artista, ya sea en México o en el extranjero, y, además, que el grado de notoriedad no está supeditado a que se registre, sino al conocimiento que tengan las personas derivado de la historia y/o por los acontecimientos de la vida actual.

En consecuencia, y como veremos adelante en el ejercicio de derecho comparado respecto de algunas legislaciones latinoamericanas, es totalmente factible que en el sistema normativo mexicano se pueda regular y establecerse también, en cuanto a su naturaleza jurídica, al nombre artístico o seudónimo como un derecho de la personalidad o personalísimo, toda vez que esta figura, análogamente, puede protegerse como el nombre civil o propio y, además, cuando llegue a ser notorio, cumpliría un requisito esencial y especial para su protección como derecho personalísimo.

5. Protección de los nombres artísticos o seudónimos a nivel internacional y nacional

Teniendo en cuenta que el nombre artístico o seudónimo no se limita a los autores, sino que también son empleados por artistas intérpretes o ejecutantes como identificador en las actividades artísticas de su día a día, es de vital importancia saber cuál es la forma en la que los países lo han regulado y, por ende, protegido.

5.1 Internacional

En diferentes legislaciones de Latinoamérica, la regulación jurídica del nombre o seudónimo le ha otorgado la debida protección y reconocimiento como protección desde el aspecto económico (derecho exclusivo como una marca). Sin embargo, en diferentes países, su tratamiento normativo también se da como “un derecho personalísimo”, como un atributo de la personalidad.

En este sentido, es importante destacar que parte de una doble protección en diversos países donde su protección se da al mismo nivel que el nombre, pero que el nombre artístico o seudónimo también se puede proteger como marca, así como es una prohibición para obtener la exclusividad de ese signo distintivo cuando el solicitante no es su legítimo titular:

5.1.1 Derecho exclusivo

En este sentido, se reconoce su naturaleza y protección desde un sentido protegido por un registro que otorga una exclusividad para quien detente sus derechos, es decir, un derecho exclusivo a partir de la concesión otorgada por el Estado, impactando principalmente en un aspecto económico.

Por tal motivo, la protección recae desde el aspecto del derecho marcario. Por lo cual, diversas legislaciones han adoptado los criterios para su reconocimiento y protección; o, en su caso, estableciendo las prohibiciones cuando no se tenga el derecho a dicha exclusividad:

a) *Argentina*. De conformidad con lo que establece la Ley 22362 de marcas y designaciones (Ley Nº)⁶ en su artículo 3, inciso h: “h) *el nombre, seudónimo*⁷ o retrato de una persona, sin su consentimiento o el de sus herederos hasta el cuarto grado inclusive”.

Prohibición que limita la obtención del registro sin el consentimiento del titular o de sus herederos, en su caso.

b) *Chile*. En el país andino, el artículo 20, letra c de la Ley 19039 establece Normas Aplicables a los Privilegios Industriales y Protección de los Derechos de Propiedad Industrial:⁸ no podrán registrarse como marca comercial

el nombre, el seudónimo o el retrato de una persona natural cualquiera, salvo consentimiento dado por ella o por sus herederos, si hubiera fallecido. Sin embargo, serán susceptibles de registrarse los nombres de personajes históricos cuando hubieran transcurrido, a lo menos, 50 años de su muerte, siempre que no afecte su honor. Con todo no podrán registrarse los nombres de personas cuando ello constituya infracción a las letras e), f), g) y h).⁹

En este sentido, y limitando el análisis del seudónimo, la protección es correcta, ya que sólo podrá obtener el registro cuando la persona que detenta el nombre artístico o seudónimo otorgue su consentimiento, o, en su defecto, los herederos cuando la persona haya fallecido.

c) *Comunidad Andina*. De acuerdo con el artículo 136, inciso e de la Decisión 486 del 2000,¹⁰ donde se implementa el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, se establece que no podrá registrarse como marca lo siguiente:

6 Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-22362-18803/actualizacion>

7 Énfasis añadido.

8 Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30406>

9 Énfasis añadido.

10 Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC486.pdf>

consistan en un signo que afecte la identidad o prestigio de personas jurídicas con o sin fines de lucro, o personas naturales, en especial, tratándose del *nombre*, apellido, firma, título, hipocorístico, *seudónimo*, imagen, retrato o caricatura de una persona distinta del solicitante o identificada por el sector pertinente del público como una persona distinta del solicitante, salvo que se acredite el consentimiento de esa persona o, si hubiese fallecido, el de quienes fueran declarados sus herederos.¹¹

Limitación que otorga certeza a la protección de esta figura para evitar que cualquiera que no tenga derecho alguno sobre dicho nombre artístico o seudónimo pueda obtener la exclusividad correspondiente.

d) *Uruguay*. Siguiendo lo estipulado por la Ley 17011 de Marcas,¹² su artículo 5, inciso 3° establece que no podrán ser registrados como marcas:

Los nombres o los retratos de las personas que vivan, mientras no se obtenga su consentimiento, y los de los fallecidos mientras no se obtenga el de quienes hayan sido declarados judicialmente sus herederos, entendiéndose por nombres, a los efectos de esta disposición, los de pila seguidos del patronímico, así como el solo apellido, *los seudónimos* o los títulos cuando individualicen tanto como aquéllos.¹³

Finalmente, dicha legislación es congruente con el resto de las antes mencionadas, es decir, la legislación uruguaya tiene la finalidad de proteger dicho elemento artístico y creativo ligado al nombre hasta tanto se acredite la relación con su legítimo titular.

5.1.2 Reconocimiento

Desde el aspecto del derecho de autor, se ha reconocido al seudónimo como una de las formas en las que puede llevarse a cabo la inscripción bajo estos términos.

11 Énfasis añadido.

12 Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17011-1998>

13 Énfasis añadido.

La facultad de paternidad (que deriva de los derechos morales de autor) “contempla la posibilidad de que el autor decida que la obra se difunda en forma anónima (lo que incluye el pseudónimo que oculta la identidad del autor)” (De la Parra Trujillo, E. (2014b, p. 57).

El Convenio de Berna, en su artículo 15, inciso 1¹⁴ establece:

Para que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual. El presente párrafo se aplicará también cuando ese nombre sea seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda sobre la identidad del autor.

En Costa Rica, la Ley 6683 de Derechos de Autor y Derechos Conexos¹⁵ establece en su artículo 98 que: “El autor que emplee seudónimo podrá inscribirlo en el Registro Nacional de Derechos de Autor y Conexos”.

Finalmente, en Ecuador, en su Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, señala:

Art. 544.- Presunción de derecho de autor.- Salvo prueba en contrario, para que el autor de una obra protegida sea admitido como tal bastará que su nombre o *seudónimo*, o cualquier otra denominación que no deje dudas sobre su identidad, conste en la obra en la forma usual.¹⁶

14 Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/283694>

15 Disponible en: https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=3396

16 Énfasis añadido.

5.1.3 Derecho personalísimo

En Argentina, en el artículo 72 del Código Civil y Comercial de la Nación¹⁷ se establece que el seudónimo notorio goza de la tutela del nombre.

En Brasil, el Código Civil¹⁸ establece en su artículo 19 que el seudónimo adoptado goza de la misma protección que se le otorga al nombre.

En Colombia, en el Decreto 1260¹⁹ de 1970 por el cual se expide el estatuto del registro del estado civil de las personas, en sus artículos 3 y 5 establece que las personas tienen derecho al seudónimo, que debe registrarse para su reconocimiento.

En Costa Rica, en el Código Civil, en su artículo 58,²⁰ se establece: “El seudónimo usado por una persona en forma que haya adquirido la importancia del nombre, puede ser tutelado al tenor de los artículos precedentes de este capítulo”. Esto es, la protección del seudónimo como un derecho de la personalidad.

Finalmente, en El Salvador, la Ley de la Propiedad Intelectual²¹, en su artículo 18, establece: “El pseudónimo literario o artístico es un derecho exclusivo y personalísimo de la persona natural del autor; su uso se protege por la ley, sin necesidad de previo depósito en el registro”.

Es decir, con base en lo señalado en las legislaciones de los países latinoamericanos antes indicados, se ha reconocido, regulado y protegido esta importante figura como un derecho personalísimo inherente a la propia personalidad del ser humano que lo creó (aunque en algunos de ellos sólo se da ese carácter cuando ha alcanzado cierto grado de notoriedad y reconocimiento), ya que se homologan los nombres artísticos o seudónimos como el nombre que se le asigna a cualquier persona.

17 Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#6>

18 Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/9615>

19 Disponible en: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/decreto_1260_de_1970.pdf

20 Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Costa_Rica.pdf

21 Disponible en: <https://elsalvador.eregulations.org/media/LEY%20DE%20PROPIEDAD%20INTELECTUAL.pdf>

Doctrina a la que, por lo antes señalado, nos adherimos, debido a que esta figura debe ser considerada como un derecho extrapatrimonial y, en esta tesis, sólo debe ser un nombre para identificar a su creador y un nombre para identificar al artista en sus actividades artísticas, mas no deben ser considerados como bienes que sean susceptibles, en principio, de valoración pecuniaria, porque son inválables, inalienables y no son susceptibles de enajenarse, cederse o transmitirse por actos *inter vivos* o *mortis causa*. En suma, el nombre le pertenece a la persona y no a su patrimonio.

5.2 Nacional

5.2.1 Derecho exclusivo

Al tener en consideración la división clásica de la propiedad intelectual en México, que considera, por una parte, la propiedad industrial y, por otra, los derechos de autor (en sentido amplio y estricto), es posible establecer que los seudónimos pueden ser susceptibles de protección en México de la forma siguiente:

- Desde el punto de vista de la propiedad industrial, a través de las marcas, pues el artículo 171 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial,²² al definir lo que es una marca, inicia con el señalamiento de que es “todo signo perceptible por los sentidos”; y en su artículo 172, al establecer el tipo de signos que pueden constituir marca, incluye en su fracción IV²³ “el nombre propio de una persona física, siempre que no se confunda con una marca registrada o un nombre comercial publicado”.

Aun este señalamiento no hace referencia específica al “seudónimo”, consideramos que en esta hipótesis se incluiría la posibilidad de registrar un seudónimo, porque, como se ha visto, es un elemento circunstancial del nombre y tiene la misma función de identifica-

22 “Artículo 171.- Se entiende por marca todo signo perceptible por los sentidos y susceptible de representarse de manera que permita determinar el objeto claro y preciso de la protección, que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado”.

23 “Artículo 172.- Pueden constituir una marca los siguientes signos: (...) IV.- El nombre propio de una persona física, siempre que no se confunda con una marca registrada o un nombre comercial publicado”.

ción, por lo que válidamente cabría el registro de un seudónimo como marca.

El registro de nombres o seudónimos como marcas es posible tanto en México como en otros países, por ejemplo, Carolina Herrera (nombre) y “Coco” Chanel (seudónimo) ya que su nombre real era Gabrielle Chanel.

- Desde el punto de vista del derecho autoral, en México existe la figura de la reserva de derechos al uso exclusivo, establecida en el artículo 173, fracción IV de la Ley Federal del Derecho de Autor,²⁴ que da una facultad exclusiva de uso y explotación a su titular por un plazo de cinco años²⁵ renovables por periodos iguales.²⁶

Así, la protección y regulación que se le otorga en México al nombre artístico es totalmente distinta a los países latinoamericanos citados, ya que es considerado como un derecho de carácter patrimonial cuando se trata de identificar a una persona en un ámbito artístico. Lo anterior es así ya que, como hemos visto, existe una protección específica en la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA), que en su artículo 173 establece lo siguiente:

Artículo 173.- La reserva de derechos es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicados, de acuerdo con su naturaleza, a alguno de los siguientes géneros:

I. Publicaciones periódicas: Editadas en partes sucesivas con varie-

24 “Artículo 173.- La reserva de derechos es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicados, de acuerdo con su naturaleza, a alguno de los siguientes géneros: (...) IV. Personas o grupos dedicados a actividades artísticas, y (...)”.

25 “Artículo 190.- La vigencia del certificado de la reserva de derechos será de cinco años contados a partir de la fecha de su expedición cuando se otorgue a: (...) II. Nombres o denominaciones de personas o grupos dedicados a actividades artísticas, o (...)”.

26 “Artículo 191.- Los plazos de protección que amparan los certificados de reserva de derechos correspondientes, podrán ser renovados por periodos sucesivos iguales (...)”.

- dad de contenido y que pretenden continuarse indefinidamente;
- II. Difusiones periódicas: Emitidas en partes sucesivas, con variedad de contenido y susceptibles de transmitirse;
- III. Personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos;
- IV. Personas o grupos dedicados a actividades artísticas, y
- V. Promociones publicitarias: Contemplan un mecanismo novedoso y sin protección tendiente a promover y ofertar un bien o un servicio, con el incentivo adicional de brindar la posibilidad al público en general de obtener otro bien o servicio, en condiciones más favorables que en las que normalmente se encuentra en el comercio; se exceptúa el caso de los anuncios comerciales.

De la simple lectura del precepto normativo reproducido se desprende que la protección de un nombre artístico o seudónimo es a través de una figura jurídica única en el mundo, conocida como *reserva de derecho*, protección *sui generis*, dado que en materia de derechos de autor no se otorga una protección como obra, en tanto que el seudónimo no estaría identificando una obra sino a una persona, tan es así que la fracción V de su artículo 14 de dicha ley determina lo siguiente:

LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

Artículo 14.- No son objeto de la protección como derecho de autor a que se refiere esta Ley:

V. Los nombres y títulos o frases aislados;

Es decir, los nombres y títulos o frases aislados no son protegidos por la legislación de derechos de autor en sentido estricto.

En este sentido, el doctor Jesús Parets Gómez (2018), en su libro titulado *Originalidad, creatividad y registro del derecho de autor*, señala lo siguiente:

Los nombres y títulos aislados constituyen medios de identificación de personas, de publicaciones, de productos, de servicios o de diversos medios, entre otros, que al utilizarse separados de una obra —independientes— no son protegidos por el derecho de autor, y, por ende, no son susceptibles de registro.

En consecuencia, y derivado de la necesidad de proteger los nombres artísticos o seudónimos como tales, se reguló su protección a través de la figura conocida como *reserva de derechos*, la cual se constituye en un derecho exclusivo de carácter patrimonial una vez que sea concedido y registrado por el INDAUTOR.

La diferencia entonces entre la protección de un nombre artístico o seudónimo como marca o como reserva de derechos es el elemento que identifican, pues mientras que el uso del nombre artístico o seudónimo como marca serviría para identificar un determinado producto o servicio buscando asociar el signo (seudónimo inclusive) con el producto o servicio determinado, la reserva de derechos se refiere a la posibilidad de explotar y usar exclusivamente el nombre de la persona o seudónimo para la identificación de una persona en un ámbito artístico o cultural.

Ciertamente, en ambos casos, aun cuando antes vimos que los nombres forman parte del “patrimonio moral” de las personas, en los casos de la legislación en materia de propiedad intelectual un seudónimo (circunstancial al nombre) puede tener usos que trascienden la esfera de patrimonio moral y personalísima de su titular, de manera que puede convertirse en un bien de tipo económico. Pero no debe perderse de vista que, de inicio, es un derecho de la personalidad inalienable e imprescriptible por sí.

En esta tesitura, es importante precisar, como ya se ha puesto de manifiesto en el presente estudio, que el origen del nombre artístico o seudónimo parte de la creación intelectual de su autor, que se encuentra estrechamente ligada a la personalidad de esta persona. Por tal circunstancia, como se planteó en un punto anterior, la dualidad con la que debería operar la naturaleza jurídica de esta figura en nuestro sistema normativo mexicano no debe ser únicamente como derecho exclusivo de carácter patrimonial, sino que debe de ser reconocido también como un derecho personalísimo.

5.2.2 Reconocimiento

Desde el aspecto del derecho de autor, en México la Ley Federal del Derecho de Autor establece, en diferentes artículos, la protección de una obra cuando su autor se identifica a través de un seudónimo:

LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

Artículo 4.- Las obras objeto de protección pueden ser:

A. Según su autor:

(...)

III. Seudónimas: Las divulgadas con un nombre, signo o firma que no revele la identidad del autor;

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

(...)

II. Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o *seudónima*;

Artículo 77.- La persona cuyo nombre o *seudónimo*, *conocido* o registrado, aparezca como autor de una obra, será considerada como tal, salvo prueba en contrario y, en consecuencia, se admitirán por los tribunales competentes las acciones que entable por transgresión a sus derechos.

Respecto de las obras firmadas bajo *seudónimo* o cuyos autores no se hayan dado a conocer, las acciones para proteger el derecho corresponderán a la persona que las haga del conocimiento público con el consentimiento del autor, quien tendrá las responsabilidades de un gestor, hasta en cuanto el titular de los derechos no comparezca en el juicio respectivo, a no ser que existiera convenio previo en contrario.²⁷

Este reconocimiento que hace el Estado mexicano para la protección de la facultad de paternidad para que los autores libremente puedan identificarse a través del seudónimo da esa pauta para la debida correlación de sus obras con éstos.

Además, en su artículo 77, da un pequeño esbozo de la relación de los autores con sus seudónimos aun cuando estos no se encuentren registrados. Lo anterior refuerza el hecho de no limitar la protección de los nombres artísticos o seudónimos como meros derechos exclusivos derivados de un registro, sino partiendo del conocimiento que se tengan de estos por su notoriedad (tal y como ya lo expusimos).

27 Énfasis añadido.

5.2.3 Derecho personalísimo

En nuestra legislación civil federal no existe una disposición o regulación normativa que prevea un tratamiento al nombre artístico o seudónimo con el mismo carácter que el nombre propio o civil, lo que deja un vacío normativo a nivel federal respecto a determinar la dualidad de la naturaleza jurídica. Sin embargo, algunas legislaciones locales de ciertos estados parte de la República mexicana ya han dado ciertos pasos para regular, de cierta manera, al nombre artístico o seudónimo en el ámbito civil.

En este sentido, la Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza establece en su artículo 19 lo siguiente: “No se emplearán como nombres propios los que puedan ser peyorativos o denigrantes, así como el nombre y apellidos correspondientes a personajes ilustres nacionales, estatales o internacionales”.

Es decir, esta ley local del estado de Coahuila de Zaragoza da protección y, a la vez, establece una limitante al principio de autonomía de la voluntad y al derecho humano al nombre, dado que establece cuáles son las limitantes para aquellas personas que viven en ese estado y pretendan nombrar a sus descendientes de tal manera, por lo cual, estas deben considerar dichas situaciones previo a designar el nombre a su hijo o hija.

Lo anterior resulta ampliamente aplicable para el estudio del presente asunto, dado que, indirectamente, esta legislación civil del estado de Coahuila establece una protección para el nombre (sin especificar si aplica únicamente al propio o también abarcaría a los nombres artísticos o seudónimos) de personajes ilustres mexicanos y extranjeros. Por lo tanto, además de impedir que las personas puedan ser nombradas de tal forma, la regulación en cuestión reconoce a aquellas que puedan considerarse ilustres, ya sean nacionales o extranjeras. Es importante de destacar que dicha disposición normativa es ambigua al no definir qué se considera por ilustre; sin embargo, para el caso en concreto, nos da un punto de partida respecto de que los nombres de estos personajes son de una categoría distinta y, como tales, tienen una protección particular.

Por otro lado, el Código Civil del estado de Jalisco en su artículo 63 establece lo siguiente:

No estará permitido el cambio de nombre a persona alguna, pero si alguien hubiere sido conocido con nombre diferente al que aparece en su acta de nacimiento, o tuviere un seudónimo; declarado este hecho por sentencia ejecutoriada, se anotará la referida acta en tal sentido, subsistiendo el nombre de la persona que primeramente se haya asentado en los libros del Registro Civil.

Dicha disposición da pauta a la protección del nombre artístico y seudónimo para que las personas, si así lo deciden, puedan cambiarse su nombre propio o civil y adaptarlo, siempre y cuando sea determinado mediante una sentencia ejecutoriada. Si bien esto es diferente a lo que se plantea en este trabajo, existe un reconocimiento del seudónimo mediante el cual ha sido conocido una persona, por lo que se da la pauta para que se permita formar parte del nombre y, como tal, se reconozca como un derecho personalísimo.

En esta tesitura, estos esbozos sirven como punto partida y nos permite entender que en México ya hay intentos de reconocer a los nombres artísticos o seudónimos como un derecho personalísimo al darle un tratamiento normativo análogo al nombre civil o propio. No obstante, expresamente no existe un reconocimiento ni tratamiento de dicha índole.

En consecuencia, al comparar las legislaciones latinoamericanas y ver esta protección, consideramos que el Estado mexicano ha incumplido al no reconocer al nombre artístico o seudónimo como un derecho personalísimo para aquellos autores y artistas que han enriquecido nuestra cultura y conocimiento con su trayectoria y legado. Si bien no es una tarea sencilla, sí debe de ser un proyecto legislativo pendiente y próximo a resolverse.

6. Casos internacionales y nacionales

Tal es la relevancia de este tema que, tanto en México como en otras latitudes, se han analizado a nivel jurisdiccional diferentes asuntos que han resuelto aspectos sobre los nombres artísticos o seudónimos desde diferentes ópticas:

6.1 Internacional

A nivel internacional, diferentes casos se han suscitado derivado de la forma en que tienen regulado el nombre artístico o seudónimo. Dentro dichos casos, exponemos los siguientes que han surgido en la región latinoamericana:

a) Argentina. El 22 de diciembre de 1998, la Sala C de la Cámara Nacional Civil, dentro del asunto *A., Nélida H. y otros vs Conjunto Folklórico Y.K. y otros*,²⁸ se manifestaron respecto al derecho al seudónimo de la siguiente manera: “El derecho al seudónimo participa de la naturaleza jurídica del nombre, porque viene a ser el signo evidente de una personalidad y su usurpación comporta un delito igual a la del nombre verdadero”. “La notoriedad que exige el seudónimo, no es por cierto calificada de grande o muy destacada, pues basta que sea modesta, pequeña, ya de un artista, de un saltimbanqui, de un gran clérigo o de un humilde religioso”.

Con base en ese contexto, se reitera que el seudónimo parte de la decisión individual de la persona que se lo elige derivado de su personalidad y el libre desarrollo de esta, provocando que su uso no sea grande, sino que esté ligado a la persona en el ejercicio de sus actividades.

Sin embargo, este caso denota una característica importante para la protección del seudónimo: la notoriedad que haya obtenido, lo que se ve como un requisito indispensable establecido en las legislaciones latinoamericanas citadas para su protección y reconocimiento como un derecho personalísimo.

b) Costa Rica. En el país centroamericano, se han destacado asuntos derivados de temas electorales.

El Tribunal Supremo de Elecciones y el Registro Civil²⁹ con base en la jurisprudencia emitida desde la resolución N° 578-E-00 determinó lo siguiente:

Partiendo de lo que dispone el Código Civil costarricense en su

28 Asunto de la Sala C de la Cámara Civil de Argentina. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/225.pdf>

29 Resolución del Tribunal Supremo de Elecciones y el Registro Civil. Disponible en: <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/?s=ResolucionesUso+del+%E2%80%9CCo-nocido+Como%E2%80%99D+o+Seud%C3%B3nimo>

artículo 58, de este asunto se concluyeron dos puntos: 1) que la persona que se identifique con un seudónimo puede usarlo libremente como sustituto de su nombre; y 2) que el seudónimo puede protegerse cuando éste haya adquirido la importancia del nombre.

Ahora bien, con base en el asunto con resolución 1696-E- 2001, se determinó lo siguiente:

Por ello, el Partido Liberación Nacional al desconocer la petición de la señora Zapata Castro propició un proceso electoral en el cual los participantes no lo hacían en igualdad de condiciones, produciendo un desequilibrio entre participantes y lesionando gravemente derecho al sufragio pasivo de la recurrente; ya que, es claro que ella promocionó la propuesta política confiada de que en las papeletas aparecería el nombre “LUCY”, que es como la conoce la mayor cantidad de personas en su comunidad. Esta omisión del Partido impidió a los simpatizantes de la señora Zapata Castro vincular su oferta política con el nombre que apareció en las papeletas, propiciando que los votantes eligieran en una papeleta que no consignaba la identidad de su oferta política.”

Con base en esto, dicho Tribunal determinó que al ser las papeletas el medio más importante del proceso electoral para que el elector pueda plasmar su voluntad respecto al candidato de su preferencia, estas deben contener los elementos necesarios para la adecuada identificación de los candidatos. En consecuencia, la omisión del seudónimo “Lucy” para la candidata Zapata fue vital en el proceso electoral y, por ende, provocó un vicio que invalida el proceso electoral.

Es importante destacar que la relevancia que se le da al seudónimo en el Código Civil de ese país permitió darle la debida importancia a esta gran figura jurídica, resaltando su protección, siendo de suma importancia para la individualización de la persona con la que se encuentra ligada y de quién ha generado su reconocimiento.

Es decir, proteger, respetar y reconocer mediante el nombre o seudónimo con el que se identifican las personas cuando han hecho lo necesario para que se los individualice indudablemente.

c) *Chile*. En la nación andina, resaltan diversos criterios jurisprudencia-

denciales derivados de asuntos en materia de marcas³⁰ por parte del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial:

- 1) En sentencia recaída en la solicitud 625267, marca DARÍO SALAS, solicitada para distinguir servicios de educación de la clase 41, se acogió la oposición fundada en la letra c) del artículo 20 de la ley 19.039 interpuesta por don DARÍO SALAS SOMMER, por no contar con autorización de él, y corresponder a su nombre.
- 2) Caso Picasso. Solicitud N°1222515. Se rechazó a registro la marca PICASSO, para distinguir específicos productos de la clase 16, Se rechazó de oficio dicho registro, por incluir el conjunto pedido el pseudónimo o parte del nombre de Pablo Ruiz Picasso y resulta inductivo a error, sin acompañar autorización de los herederos de quien fuera un pintor y escultor español de fama mundial, no habiendo.
- 3) Caso JACKIE K. La solicitud fue rechazada por considerarse que Jackie K es el nombre por cual era conocida J.K., viuda de J.F.K., presidente de los Estados Unidos. Luego de enviudar y casarse con A.O. fue conocida también como J.O. Falleció en Nueva York el 19 de mayo de 1994. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia, que complementó destacando que era un “hecho público y notorio que JACKIE K. es el nombre de un personaje histórico, correspondiendo a la forma en que se conocía a J.K.. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el nombre “es la palabra que designa o identifica a un ser animado o inanimado”. Si bien, el nombre civil debe comprender dos elementos: a) el nombre de familia o apellido, y b) el nombre propio, siendo que la causal de irregistrabilidad antes citada sólo se refiere al nombre y no al nombre civil, de manera que incluye expresiones que puedan identificar a personas determinadas, tratándose en el caso en particular de un personaje público ampliamente conocido.”
- 4) Caso MADIBA. La solicitud fue rechazada por considerarse que corresponde al nombre de un personaje histórico, respecto del cual no han transcurrido más de 50 años desde su fallecimiento. En

30 Disponibles en: https://www.inapi.cl/docs/default-source/default-document-library/viii_h_nombre_pseudonimo.pdf?sfvrsn=a90cf7be_0

razón de que MADIBA es el seudónimo con el cual fue universalmente conocido el líder y ex Presidente sudafricano, Premio Nobel de la Paz 1993. La expresión MADIBA N.M. corresponde a un título honorífico otorgado por los ancianos del clan de Mandela (tribu Xosa) y se usó para referirse familiarmente, por el común de las personas, a N.M., lo que incluso fue recogido en películas cinematográficas.

Estos casos han emitido criterios jurisprudenciales de conformidad con lo determinado en su ley marcaria y debidamente en apego a la protección del seudónimo, ya que se resaltan casos donde terceros buscaron la protección como marca sin autorización, pero acertadamente la oficina de marcas chilena las negó al no contar con dicho consentimiento.

d) Colombia. El 3 de noviembre de 2021, dentro del expediente SP4923-2021,³¹ la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia resolvió una controversia dirigida en contra de Amín “El Chiche” Martínez Barreto por usurpación de derechos de propiedad Industrial.

Tal caso inicia en el año 2015 con la cesión del registro de marca “Los Chiches Vallenatos”.

En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio, en la Resolución 00066003, le expuso a Amín Martínez Barreto las razones por las que la marca “Amín Martínez El Chiche Vallenato”, derivado de la existencia del registro antes señalado y el riesgo de confundir a los consumidores.

No obstante, Amín Martínez Barreto decidió cambiar su nombre ante la Registraduría Nacional del Estado Civil y llamarse ahora Amín El Chiche Martínez Barreto.

Con lo cual, dicha persona ejerció y publicitó sus actividades artísticas con ese nombre. Por lo tanto, al identificarse como Amín El Chiche Martínez, Amín El Chiche Martínez Barreto, Amín “El Chiche Vallenato”, “El Chiche Vallenato” Amín Martínez, Amín Martínez “El Chiche”, Amín Martínez “El Chiche Vallenato” gene-

31 Disponible en: [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1dic2021/SP4923-2021\(54802\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1dic2021/SP4923-2021(54802).pdf)

ró una asociación con la marca registrada “Los Chiches Vallenatos” para ofrecer y vender servicios de entretenimiento como conciertos, discos, presentaciones musicales, etcétera.

En consecuencia, Amín El Chiche Martínez Barreto usurpó los derechos de propiedad industrial derivados del registro de la referida marca tipificando así la conducta punible descrita y sancionada en el artículo 306 del Código Penal colombiano.

En este sentido, correctamente la Corte determinó dicha situación y no existió una violación al derecho humano del libre desarrollo de la personalidad y al nombre del acusado, ya que tenía pleno conocimiento que su nombre y el uso empleado para sus actividades artísticas no se podían vincular derivado a que un tercero tenía la exclusividad de tal denominación.

En conclusión, el debido reconocimiento de un seudónimo que transitó al nombre civil no debe dejar la naturaleza de derecho exclusivo que tiene esta figura jurídica, por lo que nadie se puede aprovechar de derechos de terceros cuando originalmente la persona que pretende beneficiarse de estos no los ha utilizado primero y sin generar la notoriedad en su beneficio.

e) Perú. En 2008, la Sala de Propiedad de Intelectual del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual en la resolución 1340-2008/TPI-INDECOPI³² expuso lo siguiente:

Cabe precisar que el derecho de paternidad se presenta bajo dos perspectivas, una positiva que se refiere a que el autor tiene la facultad de decidir que la obra se haga conocida con su nombre u otro signo que lo identifique y una negativa, que se refiere a la creación se divulgue como anónima o bajo seudónimo.

En síntesis, y con base en el reconocimiento que hace el derecho de autor, los autores pueden divulgar sus obras en el pleno ejercicio de su derecho de paternidad bajo el seudónimo que ellos decidan, por lo que se reitera la importancia de su debida protección.

32 Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1423.pdf>

Finalmente, un caso internacional que hace énfasis en la relevancia del nombre artístico o seudónimo y su manera de ejercitarlo es el relacionado con el artista mundialmente conocido como “Banksy” (Cortés, 2020). En septiembre de 2020, la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) decidió nulificar la marca registrada de su obra *The Flower Thrower* por no haber hecho uso del signo y porque la EUIPO consideró que el artista actuó de mala fe al no tener nunca la intención de usar dicha marca.

Banksy es un claro ejemplo de cómo el seudónimo sirve para ocultarle al público la verdadera identidad del autor, pues sólo la firma que lo representa y sus conocidos realmente saben quién es. Que el público muchas veces no sepa quién es realmente un artista reitera la importancia de una debida regulación legislativa.

6.2 Nacional

Hace unos años, el actual Tribunal Federal de Justicia Administrativa dio un indicio de protección y reconocimiento al nombre artístico o seudónimo como derecho personalísimo. Al respecto, en su tesis³³ “Nombres artísticos.- No son materia de reserva de derechos a favor de las empresas televisoras, aquellos que se deriven del nombre de la persona que dio origen al nombre artístico salvo que medie consentimiento de ésta”, se establece una limitante a que las personas morales tengan derecho a registrar a su nombre como reservas de derechos los nombres artísticos. En esta tesis hace, un análisis muy interesante que debe servir como pauta para darle la verdadera protección legal que esta figura se merece:

para que una empresa televisora obtenga la reserva de derechos de un nombre artístico, por la difusión, uso o explotación que le ha dado de manera habitual e ininterrumpida en el territorio nacional o en el extranjero, en los casos en que el nombre artístico haya surgido de manera parcial o total del nombre y/o apellidos de la persona interesada (artista), debe mediar forzosamente el consen-

33 Disponible en: <https://indautor.gob.mx/documentos/marco-juridico/JTTF-JFA-1epoca6.pdf>

timiento de esa persona, ya que en la especie, es en virtud de la existencia de la persona y su nombre, como es posible crear el nombre artístico.

Como se determinó en el juicio 19497/05-17-05-2, cuando el nombre artístico surja de forma parcial o total del nombre y/o apellidos de la persona que lo creó (el artista o autor), invariablemente la existencia de dicho seudónimo está vinculada a la existencia de la persona que lo crea.

Recientemente, la misma Sala Especializada en Materia de Propiedad Intelectual resolvió un caso³⁴ en el que debía determinarse si un particular podía obtener el registro de una marca conformada por el seudónimo de un líder religioso mundialmente conocido, quien, a la fecha de la solicitud, había fallecido. La Ley de la Propiedad Industrial entonces vigente establecía como supuesto de prohibición para el registro de marcas los nombres o seudónimos de personas sin autorización de dicha persona o, si han fallecido, de personas legitimadas para autorizar el uso comercial del nombre.

El argumento del solicitante se refería a que el personaje público aludido había fallecido y no se conocía la existencia de personas que pudieran haber dado una autorización; sin embargo, la Sala destacó el carácter fundamental del derecho al seudónimo como elemento de identificación de una persona y resolvió que el hecho de que la prohibición legal no estableciera solución para los casos en los que la persona fallecida no contara con alguien que diera autorización no se traducía en la procedencia del registro, porque el bien jurídicamente tutelado por la norma es un derecho de la personalidad, cuyas excepciones deben ser interpretadas de manera restrictiva, por lo que la prohibición se vuelve absoluta.

Por su parte, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del

34 Juicio contencioso Administrativo 2277/19-EPI-01-5, resuelto por la Sala Especializada en Materia de Propiedad Intelectual del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, mediante sentencia de 3 de febrero de 2021, consultable en el Sistema de Consulta de Sentencias Públicas del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Disponible en: <http://sentencias.tjfa.gob.mx:8080/SICSEJLDOC/faces/content/public/consultasentencia.xhtml>

Primer Circuito emitió una tesis aislada³⁵ derivada del amparo en revisión 372/2010 titulada “Regalías. litisconsorcio activo necesario. Los directores de obras audiovisuales se encuentran dentro de la hipótesis de excepción prevista en el cuarto párrafo del artículo 80 de la ley federal del derecho de autor, por lo que están en posibilidad de hacer valer sus derechos en la parte que les corresponda, de forma individual”, donde se analizan los derechos de los autores en las obras en coautoría y sus alcances. Por lo que en el texto de dicha tesis se resalta la siguiente parte:

... de acuerdo con la doctrina española, la facultad de exigir el reconocimiento de la condición de autor se materializa a través de la inclusión; con la preeminencia necesaria, del nombre o seudónimo en los títulos de créditos iniciales o finales de la obra junto con una mención expresa al tipo de autoría, lo cual es coincidente con lo previsto en los artículos 21 y 23 de la Ley Federal del Derecho de Autor, de modo que con la inclusión en los créditos que aparecen, ya sea al inicio o al finalizar la obra audiovisual, resulta fácil advertir la participación autoral de quienes la conforman...

A diferencia del criterio emitido por el Tribunal Federal, este resalta el derecho que tienen los autores al reconocimiento del crédito por su colaboración como autor y de su nombre o seudónimo como autor de su respectiva obra (lo que genera una regulación y protección al seudónimo como un elemento de identificación de una persona en el desarrollo de su actividad artística como autor).

Finalmente, la extinta Primera Sala de nuestro más alto tribunal emitió una tesis jurisprudencial³⁶ titulada “*Derechos de autor. Características y prerrogativas en su vertiente moral*”, en la que, derivado de la violación del derecho moral de un autor por la alteración de sus obras musicales, determinó las características y prerrogativas que le corresponden al derecho moral de autor. Por lo que es preciso destacar la siguiente parte:

35 Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160362>

36 Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027525>

... 2. El derecho de paternidad que se traduce en el reconocimiento de su calidad de autor, así como en la posibilidad de determinar si en la divulgación de la obra respectiva se emplea su nombre real, un seudónimo o se divulga en forma anónima...

Es decir, hay una reiteración del más alto tribunal mexicano sobre la protección y vinculación del seudónimo como parte del derecho de paternidad para el reconocimiento de la calidad de autor, haciendo énfasis en la importancia de dicho elemento.

Respecto a temas marcarios, existen algunos casos donde el IMPI ha impedido que terceros obtengan la protección del nombre artístico o seudónimo como derecho exclusivo sin tener derecho para esto:

A) Existe una ampliación protección al nombre de Frida Kahlo y las marcas que están constituidas con dicho nombre. Tan es así que el IMPI negó la solicitud de registro “Casa Frida”³⁷ para servicios de la clase 35 internacional al considerar que indebidamente podría existir una asociación.

Sin embargo, el caso (Alegría, 2025) de Frida Kahlo (cuyo verdadero nombre fue Magdalena Carmen Frida Kahlo y Calderón) es sobre identificar quién en realidad detenta actualmente la titularidad de diversas marcas, destacando principalmente las constituidas por su nombre artístico o seudónimo.

B) Por otra parte, el mismo Instituto negó el registro de la marca “Centro Educativo Rufino Tamayo R T y Diseño”³⁸ a una escuela con el mismo nombre, dado que intentó registrar el nombre artístico o seudónimo del artista mexicano Rufino del Carmen Arellanes Tamayo.

Sin embargo, como puede observarse en el expediente electrónico de dicha marca, la escuela cuenta en su denominación social con el nombre de ese autor. Lo anterior es así dado que no existe una prohibición expresa ni limitación alguna como sí lo hace la Ley para

37 Expediente electrónico de la solicitud de marca Casa Frida: <https://acervomarcas.impi.gob.mx:8181/marcenet/vistas/common/busquedas/detalleExpedienteParcial.cgi?tipo=1&anio=1985&expediente=2755643>

38 Expediente electrónico de la solicitud de marca disponible en: <https://acervomarcas.impi.gob.mx:8181/marcenet/vistas/common/busquedas/detalleExpedienteParcial.cgi?tipo=1&anio=1985&expediente=2433378>

la Familia de Coahuila de Zaragoza (aunque ésta sea exclusiva para personas físicas).

Finalmente, estos casos resaltan la clara omisión legislativa que existe sobre esta figura desde el aspecto civil al no reconocer como derecho personalísimo el nombre artístico o seudónimo, dado que se evitarían este tipo de asuntos derivados de quién detenta la titularidad de los derechos una vez que fallece el autor y artista, o, en su caso, establecer una limitante para hacer uso de los nombres artísticos o seudónimos notorios para personas físicas y morales.

7. Consideraciones finales

Derivado de la regulación normativa mexicana vigente mediante la cual se protege el nombre artístico o seudónimo, se les permite a terceros explotar, probablemente de manera indefinida, un nombre con el cual no se identifican ni con el que han desarrollado la notoriedad que su creador sí generó. Esto es, el seudónimo de un artista, intérprete o ejecutante tiene una órbita comercial y de explotación económica sin apelar a su naturaleza de derecho personalísimo que debe tener una protección ampliada.

Por lo que seguir permitiendo que el nombre artístico o seudónimo sólo sea concebido como un derecho exclusivo de carácter patrimonial que deriva del registro obtenido por parte de la autoridad autoral y la autoridad marcaría en nuestro país desconoce su naturaleza y limita el verdadero alcance de esta figura.

En consecuencia, es imperativo reformar la legislación en materia de propiedad intelectual y regular al nombre artístico o seudónimo como derecho personalísimo desde el ámbito civil, pues actualmente el derecho marcario protege desde el punto de vista de identificación de productos y servicios y la reserva de derechos con relación al uso del nombre en actividades, pero realizadas por la persona. En ambos casos, pareciera un reconocimiento a partir de un registro por autoridades administrativas, lo que se aparta de la naturaleza del derecho, de manera que no existe un reconocimiento dirigido a la protección de la persona.

Por lo cual, una vez que la persona que se identificó en vida con dicho nombre artístico o seudónimo fallezca, se extinguiría dicho

derecho y, por ende, nadie podría detentar su titularidad ni explotarlo económicamente (por su naturaleza extrapatrimonial).

En esta tesitura, se tendría que adecuar tanto la Ley Federal del Derecho de Autor como la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, en el sentido de que tanto las reservas de derechos como las marcas que protejan y distinguan, respectivamente, los nombres artísticos o seudónimos de autores y artistas —que por su trayectoria sean notorios—, al momento de su fallecimiento, deberían caducar de pleno derecho, quedando a cargo del Estado mexicano —tanto el INDAUTOR como el IMPI, en el respectivo ámbito de su competencia— la protección de tales nombres artísticos o seudónimos, impidiéndole el registro a un tercero una vez que el autor y artista fallezca.

Asimismo, regular en los códigos civiles locales y federal el debido tratamiento de esta figura, es decir, que el nombre artístico o seudónimo adoptado que haya adquirido importancia y notoriedad goce de la misma protección que se le otorga al nombre, aun cuando no se registre.

Lo anterior, a través de la definición y reconocimiento expreso de la figura del seudónimo como derecho personalísimo con las mismas características que las del nombre civil, lo que permitiría reconocer el derecho preexistente y no percibir que se crea a partir de un registro.

Además, establecer una regulación que no descarte la explotación económica, pero que sí haga patente que es un derecho personalísimo extrapatrimonial, porque sólo así se separa la identidad de la persona del mercado.

También debe establecerse una correcta congruencia de las legislaciones, de manera que el reconocimiento no excluya la protección del mismo seudónimo a través de otras figuras, pero con la aclaración de que, en todo momento, debe respetarse la naturaleza personalísima del seudónimo y la imposibilidad de apropiación de la identidad.

Finalmente, esta postura parte de darle el debido respeto a lo que conlleva esta figura jurídica ligada a las artes y a la cultura y darles el reconocimiento que se merecen a todos esos artistas y autores que, con el fruto de su intelecto, sus lectores y/o público pueden o pudieron acceder a nuevo conocimiento. Por lo que reformular su protección jurídica no sólo se enfocaría a una cuestión de derecho, sino también de justicia.

Bibliografía

- Aguas Ángel, J. J. (2013). El Nombre. Revista *Ex Lege Electrónica*, 33(16) https://www.lasallebajio.edu.mx/delasalle/contenidos/revistas/derecho/numero_5/docentes_jesuaguas.html
- Alegria, A. (2025). 21 de agosto. Frida Kahlo en disputa: niegan uso de su nombre a marca mexicana. *La Jornada*. <https://www.jornada.com.mx/2025/08/21/economia/015n1leco>
- Álvarez, R. M. (2016). *Derecho a la identidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4242/8.pdf>
- Aude Díaz, R., Sosa Ordaz, M. A. y Matrán Sáenz, J. M. (2024). El Nombre como Derecho Humano y su modificación en Niñas, Niños y Adolescentes: Caso de la Tesis XVII.1o.C.T.2 C (11a.). *Revista Ciencia Jurídica de la Universidad de Guanajuato*, 13(25), 112-134. <https://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/484/618>
- Castillo, E. E. (2020). *La protección legal del nombre artístico*. Disruptiva. Periodismo, Ciencia y Tecnología.
- 'Chuponcito' atento a la comedia pirata. (7 de agosto de 2017). El Informador. *Informador.mx*. <https://www.informador.mx/Entretenimiento/Chuponcito-atento-a-la-comedia-pirata-20170808-0164.html>
- Cortés, I. (25 de septiembre de 2020). El caso Banksy o cómo protegen sus obras los artistas anónimos. *Cinco Días*. https://cincodias.elpais.com/legal/2020/09/23/juridico/1600873899_538201.html
- De la Parra Trujillo, E. (2001). Los derechos de la personalidad: teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (31), 139-163. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11436/10481>
- De la Parra Trujillo, E. (2014a). *El derecho a la propia imagen*. Instituto de la Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia/Tirant lo Blanch.
- De la Parra Trujillo, E. (2014b). *Introducción al derecho intelectual*. Universidad Nacional Autónoma de México/Porrúa.
- De Pina, R. (2015). *Elementos de derecho civil mexicano: introducción, personas, familia* (26ª. ed., Vol. I). Porrúa.
- Espitia Dager, M. (2019). *Alcance Jurídico del Seudónimo*. UHTHOFF. <https://uhtthoff.com.mx/alcance-juridico-del-seudonimo/>
- Estrada González, I. (2023). *De nombres a nombres. nombres artísticos, valor y protección*. Foro Jurídico. <https://forojuridico.mx/de-nombres-a-nombres-nombres-artisticos-valor-y-proteccion/>
- Galindo Garfías, I. (1991). *Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas, Familia* (10ª ed.). Porrúa.
- Galindo Garfías, I. (1995). *Derecho Civil* (14ª ed.). Porrúa.
- Gutiérrez Dávila, G., Alonso Beltrán, C. E. y Arellano Torres, E. M. (2023). *Derecho al Nombre*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2009). *Diccionario Jurídico Mexicano (I-O)*. Universidad Nacional Autónoma de México/Porrúa.
- Instituto Nacional de Propiedad industrial. (s.f.). *Nombre, pseudónimo o retrato de una persona natural cualquiera*. https://www.inapi.cl/docs/default-source/default-document-library/viih_nombre_pseudonimo.pdf?sfvrsn=a90cf7be_0
- Lamm, E. (2025). *Derechos personalísimos en el CCyCN*. RedBioética, UNESCO. <https://redbioetica.com.ar/derechos-personalisimos-en-el-ccycn/#:~:text=-Caracter%C3%ADsticas,sus%20manifestaciones%20f%C3%ADsticas%20y%20espirituales>.
- Lastra Lastra, J. M. (2016). *Derecho a la identidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Magaña Rufino, J. M. (2010). *Las marcas notoria y renombrada en el derecho internacional y mexicano*. Porrúa.
- Mendoza Martínez, L. A. (2014). *La Acción Civil del Daño Moral*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1980). *Glosario de términos*. <https://www.cultura.gob.mx/seminario/descargas/GLOSARIO-INDAUTOR.pdf>
- Parets Gómez, J. (2018). *Originalidad, creatividad y registro del derecho de autor*. Editorial SISTA.
- Pedraza Córdoba, J. *Sobre el epígrafe II: Derecho al pseudonimato*. Derechos Digitales. <https://www.derechosdigitales.gob.es/novedades/sobre-el-epigrafe-ii-derecho-al-pseudonimato>
- Real Academia Española. (s.f.-a). Nombre. *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/nombre>
- Real Academia Española. (s.f.-b). Seudónimo, ma. *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/seud%C3%B3nimo?m=form>
- Rojina Villegas, R. (2009). *Compendio de derecho civil I. Introducción, personas y familia* (40ª ed.). Porrúa, México.
- Satanowsky, I. (1954). *Derecho Intelectual* (Tomo I). Tipográfica Editora Argentina.
- Torres Maldonado, M. A. (2005). El Seudónimo: naturaleza, crítica a la percepción de Fernández Sessarego y el necesario replanteamiento doctrinal y legislativo en el Sistema Civil Peruano. *Derecho y Cambio Social*, 9(27). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5496570>
- Treviño García, R. (2002). *La persona y sus atributos*. Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23961.pdf>

Legislación citada

Código Civil de Brasil.

Código Civil de Costa Rica.

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

Decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina.

Decreto 1260 DE 1970 por el cual se expide el estatuto del registro del estado civil de las personas de Colombia.

Ley 6683 de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Ley 17011 de Marcas.

Ley 19039 establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los Derechos de Propiedad Industrial.

Ley 22362 de marcas y designaciones.

Ley de la Propiedad Intelectual de El Salvador.

Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial

Ley Federal del Derecho de Autor.

Jurisprudencia citada

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo en revisión 372/2010. Tesis: I.4o.C.331 C (9a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, página 4594

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Primer Circuito. Tesis 1ª. XXV/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, página 653.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Amparo directo 5/2022, Tesis de jurisprudencia 160/2023 (11a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 30, Octubre de 2023, Tomo II, página 1970

Tribunal Federal de Justicia Administrativa. 19497/05-17-05-2. R.T.F.J.F.A. Sexta Época. Año I. No. 6. Junio 2008. p. 322

Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P./J. 74/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, Junio de 2006, página 963.

* * * *

Roles de autoría y conflicto de intereses

Todos los autores contribuyeron en la concepción de la idea, el diseño del estudio, el proceso de investigación, la recolección, el análisis e interpretación de los datos y la redacción del artículo.

Los autores declaran no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.cas>

La resolución de disputas sobre indicaciones geográficas asistida por inteligencia artificial: una nueva frontera de gobernanza en propiedad intelectual

* * * *

Iván Vargas-Chaves

Universidad Militar Nueva Granada (Colombia)

ivargas@outlook.com

<https://orcid.org/0000-0001-6597-2335>

Recibido: 24 de julio de 2025

Aceptado: 1 de diciembre de 2025

Resumen

Las indicaciones geográficas, como activos culturales y económicos, enfrentan un volumen creciente de disputas que los métodos tradicionales de litigio no logran gestionar eficientemente. Este artículo propone una solución innovadora a esta problemática a través de la propuesta de un modelo de resolución alternativa de disputas potenciado por inteligencia artificial. Mediante una metodología de análisis documental, que incluye la revisión de tratados internacionales y literatura académica de bases de datos como Scopus y HeinOnline, se fundamenta la necesidad y viabilidad del sistema propuesto. Los resultados identifican cuatro tipos de conflictos recurrentes —uso no autorizado del nombre, imitación engañosa, conflictos internos y disputas de etiquetado— y detallan cómo un modelo de resolución alternativa de disputas sobre indicaciones geográficas potenciado por inteligencia artificial puede automatizar su detección y análisis preliminar. El modelo opera en fases, combinando un análisis técnico-jurídico por inteligencia artificial con una indispensable supervisión humana (*human-in-the-loop*) para garantizar la equidad y el debido proceso. Se concluye que un modelo de resolución alternativa de disputas potenciado por inteligencia artificial puede convertirse en una herramienta eficaz que moderniza la protección de la propiedad intelectual, permitiendo a los consejos reguladores pasar de una gestión reactiva a una proactiva,

optimizando recursos y fortaleciendo la integridad de las indicaciones geográficas en el mercado global.

Palabras clave: indicaciones geográficas, inteligencia artificial, resolución alternativa de disputas, propiedad intelectual, consejos reguladores, gobernanza digital, innovación jurídica.

Artificial Intelligence-Assisted Dispute Resolution for Geographical Indications: A New Frontier in Intellectual Property Governance

Abstract

Geographical indications, as cultural and economic assets, face a growing volume of disputes that traditional litigation methods fail to manage efficiently. This article proposes an innovative solution to this issue through the proposal of an alternative dispute resolution model enhanced by artificial intelligence. Employing a documentary analysis methodology, which includes the review of international treaties and academic literature from databases such as Scopus and HeinOnline, the necessity and viability of the proposed system are substantiated. The results identify four recurrent types of conflicts—unauthorized use of the name, misleading imitation, internal conflicts, and labeling disputes—and detail how an AI-powered alternative dispute resolution model for geographical indications can automate their detection and preliminary analysis. The model operates in phases, combining a technical-legal analysis by artificial intelligence with indispensable human-in-the-loop oversight to ensure fairness and due process. It is concluded that an AI-powered alternative dispute resolution model can become an effective tool that modernizes the protection of intellectual property, enabling Regulatory Councils to shift from reactive to proactive management, thereby optimizing resources and strengthening the integrity of geographical indications in the global market.

Key words: geographical indications, artificial intelligence, alternative dispute resolution, intellectual property, regulatory councils, digital governance, legal innovation.

A resolução de disputas sobre indicações geográficas assistida por inteligência artificial: uma nova fronteira de governança em propriedade intelectual

Resumo

As indicações geográficas, enquanto ativos culturais e econômicos, enfrentam um

volumen crescente de litígios que os métodos tradicionais de contencioso não conseguem gerir de forma eficiente. Este artigo propõe uma solução inovadora para esta problemática através da proposta de um modelo de resolução alternativa de litígios potencializado por inteligência artificial. Através de uma metodologia de análise documental, que inclui a revisão de tratados internacionais e literatura académica de bases de dados como Scopus e HeinOnline, fundamenta-se a necessidade e a viabilidade do sistema proposto. Os resultados identificam quatro tipos de conflitos recorrentes — uso não autorizado do nome, imitação enganosa, conflitos internos e disputas de rotulagem — e detalham como um modelo de resolução alternativa de litígios sobre indicações geográficas, potencializado por inteligência artificial, pode automatizar a sua deteção e análise preliminar. O modelo opera em fases, combinando uma análise técnico-jurídica por inteligência artificial com uma indispensável supervisão humana (“human-in-the-loop”) para garantir a equidade e o devido processo. Conclui-se que um modelo de resolução alternativa de litígios potencializado por inteligência artificial pode converter-se numa ferramenta eficaz que moderniza a proteção da propriedade intelectual, permitindo que os Conselhos Reguladores transitem de uma gestão reativa para uma proativa, otimizando recursos e fortalecendo a integridade das indicações geográficas no mercado global.

Palavras-chave: indicações geográficas, inteligência artificial, resolução alternativa de disputas, propriedade intelectual, conselhos reguladores, governança digital, inovação jurídica.

1. Introducción

Las indicaciones geográficas como Champagne, Tequila o Café de Colombia constituyen valiosos activos que encapsulan un patrimonio cultural y económico. Sin embargo, la salvaguardia de su integridad en un mercado globalizado representa un desafío complejo, enmarcado en una constante disputa por su control y reconocimiento (Raustiala y Munzer, 2007). Los consejos reguladores, encargados de su protección, enfrentan un volumen creciente de conflictos que saturan los lentos y costosos procedimientos tradicionales (Cañellas, 2023).

Este artículo busca responder cómo superar dicha parálisis procesal. El objetivo es proponer el diseño de un procedimiento de resolución alternativa de disputas que, en línea con la evolución de los sistemas de justicia, utiliza un modelo de inteligencia artificial. La hipótesis es que un modelo de resolución de disputas para indi-

caciones geográficas, entrenado con datos específicos, puede ofrecer soluciones rápidas y de bajo coste a las infracciones más frecuentes.

Como resultado, se identifican cuatro tipologías de conflictos recurrentes y se demuestra cómo el modelo propuesto puede abordarlas sistemáticamente mediante el análisis de texto e imagen. El flujo de trabajo, desde la presentación digital del caso hasta la generación de un informe técnico-jurídico, se alinea con la normativa internacional, como las provisiones sobre indicaciones geográficas en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante, Acuerdo sobre los ADPIC).

La discusión se centra en cómo este enfoque tecnológico no busca reemplazar a los decisores humanos, sino potenciar sus capacidades, un cambio que refleja la transformación de la profesión legal en la era digital. Al automatizar tareas repetitivas, los expertos pueden reorientar sus esfuerzos hacia desafíos estratégicos, optimizando recursos y generando un efecto disuasorio en el mercado. También se analizan los desafíos de su implementación, como la gobernanza de datos.

Finalmente, se concluye que la adopción de un sistema de resolución alternativa de disputas avanzado y potenciado por inteligencia artificial es una necesidad para la gobernanza efectiva de la propiedad intelectual. Este modelo fomenta una justicia más rápida y accesible, en línea con el desarrollo de la justicia digital, asegurando la sostenibilidad de estos valiosos activos para las futuras generaciones.

2. Metodología

Para la elaboración de este artículo, se empleó una metodología de investigación cualitativa soportada en un análisis documental. Este enfoque permitió examinar en profundidad la literatura académica y jurídica existente para construir un marco teórico sólido sobre la problemática de la resolución de disputas en materia de indicaciones geográficas y para fundamentar la propuesta de un sistema innovador que integra la inteligencia artificial en los mecanismos alternativos de resolución de disputas.

La búsqueda de información se llevó a cabo en bases de datos de alto impacto académico y jurídico, incluyendo Scopus, Web of

Science (WoS), HeinOnline, JSTOR, EBSCO y SciELO. Esta selección garantizó una cobertura exhaustiva de la producción científica global y regional, abarcando tanto perspectivas del derecho anglosajón como del derecho continental. La estrategia de búsqueda se diseñó utilizando una combinación de palabras clave en español e inglés para maximizar la recuperación de documentos pertinentes.

Las palabras clave principales incluyeron términos como “indicaciones geográficas” (*geographical indications*), “denominación de origen” (*appellation of origin*), “resolución de disputas” (*dispute resolution*), “mecanismos alternativos de resolución de disputas” (*alternative dispute resolution*), “adr”, “mediación” (*mediation*), “arbitraje” (*arbitration*), “propiedad intelectual” (*intellectual property*), “inteligencia artificial” (*artificial intelligence*) y “consejos reguladores” (*regulatory councils*).

Para refinar las búsquedas y asegurar la máxima pertinencia de los resultados, se utilizaron operadores booleanos. El operador “AND” se empleó para conectar conceptos distintos, como “*Geographical Indications*” AND “*Dispute Resolution*”, mientras que el operador “OR” se utilizó para combinar sinónimos o términos relacionados, como “mediación” OR “*mediation*” OR “arbitraje” OR “*arbitration*”. Esta técnica permitió construir ecuaciones de búsqueda precisas que filtraron eficazmente el vasto universo de publicaciones, centrándose exclusivamente en aquellas que abordaban la intersección de los temas de interés.

El análisis del material recopilado se realizó mediante un proceso de triangulación de la información. No se trató de una simple revisión sucesiva de documentos, sino de un ejercicio de contrastación y síntesis de los hallazgos provenientes de las distintas fuentes. Se cruzó la información obtenida de artículos de revisión jurídica, estudios empíricos sobre la eficacia de la resolución alternativa de disputas y análisis teóricos sobre el impacto de la inteligencia artificial. Este método aseguró la validez y fiabilidad de los argumentos presentados en el artículo, permitiendo construir una visión integral y multifacética del problema y de la solución propuesta.

Finalmente, los documentos seleccionados, incluyendo tratados internacionales fundacionales como el Convenio de París y el Acuerdo sobre los ADPIC, fueron analizados para extraer los principios

jurídicos que sustentan la protección de las indicaciones geográficas y las obligaciones de los Estados en cuanto a la observancia de dichos derechos.

3. Resultados

3.1 Sobre los conflictos recurrentes en las indicaciones geográficas y el papel de los consejos reguladores en la resolución de disputas

Las indicaciones geográficas se configuran como activos de propiedad intelectual de naturaleza compleja, que superan su función como simples identificadores de procedencia comercial. En su esencia, representan un pacto de confianza entre productores y consumidores que encapsula la herencia cultural, las condiciones naturales y el conocimiento técnico de una comunidad específica. Como señala Beresford (2007), nombres como Champagne, Tequila o Café de Colombia evocan una reputación consolidada, constituyendo un valor intangible que el derecho busca proteger activamente.

Esta protección se sustenta en un sólido marco jurídico internacional. Inicialmente, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial sentó las bases al prohibir en su Artículo 10 las indicaciones falsas sobre la procedencia de un producto (Daele, 2004). Posteriormente, el Acuerdo sobre los ADPIC estableció un estándar mínimo global. Dicho acuerdo obliga a sus países miembros a implementar mecanismos efectivos para salvaguardar estos derechos, reconociendo sus principios y objetivos fundamentales para el comercio internacional (Yu, 2009).

A nivel nacional, la gobernanza de una indicación geográfica recae en organismos designados, entre los cuales el consejo regulador, o una figura análoga, emerge como el actor principal. Esta entidad no solo administra el derecho de uso, sino que actúa como la guardiana de la promesa de calidad y origen que la indicación geográfica representa para el mercado. Su legitimidad y eficacia son, por lo tanto, indispensables para la sostenibilidad de la denominación (Cañellas, 2023).

Las responsabilidades del consejo regulador son multifacéticas y de importancia crítica. En primer lugar, funge como entidad certifi-

cadora, garantizando que solo los productores que operan en el área delimitada y cumplen con los métodos estipulados puedan usar el nombre protegido. Esta función es vital para preservar la integridad del vínculo entre producto y territorio, que constituye la base de la indicación geográfica.

Adicionalmente, el consejo ejerce un control de calidad sistemático sobre el producto final, fiscalizando el cumplimiento del pliego de condiciones, un documento técnico-jurídico que detalla cada aspecto productivo. Finalmente, tiene el mandato de defender la indicación geográfica contra usos indebidos, una misión de observancia y cumplimiento que se alinea con los derechos otorgados por la normativa (Seville, 2009).

En el ejercicio de esta función de vigilancia, los consejos reguladores enfrentan un flujo constante de disputas recurrentes que siguen patrones predecibles. La gestión de estos conflictos a través de vías tradicionales, como el litigio, consume una cantidad desproporcionada de recursos. Un análisis de estas controversias revela cuatro tipologías principales que concentran la carga procesal de estos organismos (Goebel e Gröschl, 2014).

El primer tipo de conflicto, y el más flagrante, es el uso no autorizado del nombre protegido. Esta infracción ocurre cuando un operador comercializa un producto bajo la indicación geográfica sin estar certificado. Esta práctica atenta contra el núcleo del derecho y está explícitamente regulada por el Artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, que exige proveer medios legales para impedir usos que induzcan a error al público.

Para ciertos productos, la protección se intensifica. El Artículo 23 del mismo acuerdo concede una salvaguarda adicional para vinos y bebidas espirituosas, prohibiendo el uso de una indicación geográfica incluso si se aclara el verdadero origen o se usan términos como “clase”, “tipo” o “imitación”. Así, una etiqueta de “Vino estilo Rioja hecho en California” constituiría una infracción directa.

La segunda categoría es la imitación engañosa o *passing off*, una práctica más sutil, pero igualmente perjudicial. En estos casos, el infractor evita el nombre explícito, pero emplea elementos gráficos, cromáticos o de empaque que evocan la indicación geográfica para generar confusión en el consumidor. Dicha conducta se considera

un acto de competencia desleal, prohibido por el Artículo 10bis del Convenio de París (Cook, 2010).

La tercera tipología de disputa se desarrolla en el ámbito interno, involucrando conflictos entre los propios productores registrados. La adhesión a una indicación geográfica impone un cumplimiento estricto del pliego de condiciones. Los desacuerdos sobre el uso de materias primas no autorizadas o el incumplimiento de procesos de elaboración pueden fracturar la cohesión del grupo y erosionar la calidad que la indicación garantiza.

Estos conflictos internos tienen una repercusión que trasciende el ámbito local. La protección internacional, como la ofrecida por el Arreglo de Lisboa, presupone que la denominación de origen está sólidamente protegida en su país. Una gobernanza interna débil podría comprometer su estatus y defensa en el extranjero, afectando el acceso a mercados (Viju et al., 2013).

Finalmente, la cuarta categoría recurrente abarca los conflictos de etiquetado. La información en la etiqueta es un canal de comunicación directo con el consumidor y está estrictamente regulada. Las disputas surgen por la inclusión de términos no permitidos o la omisión de datos obligatorios, siendo relevantes para mantener la transparencia y evitar el engaño.

Las complejidades del etiquetado pueden verse afectadas por las excepciones contempladas en el Artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC. Estas excepciones, que incluyen la genericidad de un término en otro país o conflictos con marcas preexistentes, generan disputas sobre la licitud del etiquetado para mercados de exportación.

Tradicionalmente, la respuesta a estas disputas ha sido un modelo reactivo basado en litigios formales. Sin embargo, la naturaleza repetitiva de estas infracciones evidencia la ineficiencia de dicho enfoque, que depende de procesos manuales y negociaciones caso por caso. Este modelo crea un cuello de botella administrativo que limita la capacidad del consejo regulador para actuar de manera proactiva y eficaz.

Para superar esta parálisis procesal, resulta indispensable la adopción de la resolución alternativa de disputas. El diseño de sistemas de disputas especializados es clave para mejorar el ecosistema de la propiedad intelectual (Lari-Williams et al., 2024). Un modelo de este tipo está concebido para abordar de manera precisa las problemáti-

cas identificadas, sirviendo como una herramienta moderna para la gobernanza.

Frente al uso no autorizado del nombre, una inteligencia artificial puede proporcionar una defensa de primera línea. Su capacidad para analizar una etiqueta, detectar la palabra protegida y verificarla contra una base de datos de productores certificados ofrece una auditoría digital casi instantánea, aportando evidencia de una posible violación de los Artículos 22 o 23 del acuerdo comercial multilateral.

Para combatir la imitación engañosa, el análisis de imagen ofrece una ventaja decisiva. En lugar de una valoración subjetiva, puede comparar un empaque sospechoso con diseños autorizados, cuantificando la similitud visual. Este análisis objetivo proporciona una base empírica sólida para argumentar la existencia de competencia desleal, conforme al Artículo 10bis del Convenio de París.

En cuanto a los conflictos internos y de etiquetado, la capacidad de la inteligencia artificial para auditar información es igualmente transformadora. El sistema puede contrastar el texto de una etiqueta con las reglas del pliego de condiciones en tiempo real, identificando usos indebidos de términos o incumplimientos de procesos, lo que provee un mecanismo de control interno sin precedentes.

Esta auditoría interna automatizada es clave para la solidez de la indicación geográfica en el escenario global. Una gobernanza apoyada por tecnología, fortalece la posición de la indicación frente a posibles impugnaciones en el extranjero basadas en las excepciones del Artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.

El rol del consejo regulador se ve, por tanto, potenciado, transitando de una entidad reactiva a un supervisor estratégico. Al proponer resoluciones escalonadas como advertencias o mediación, un sistema tecnológico dota al consejo de un marco de actuación consistente y transparente, alineado con la evolución hacia la justicia digital (Rabinovich-Einy y Katsh, 2014).

La intervención humana, lejos de ser eliminada, se eleva a una función de mayor valor. El mediador o el panel del consejo ya no se enfocan en la detección, sino en el análisis de matices y la búsqueda de equidad. Actúa respaldado por un análisis de datos objetivo, lo que permite tomar decisiones más informadas y rápidas, acelerando la resolución de disputas (Gayo, 2022).

En definitiva, los desafíos que enfrentan las indicaciones geográficas —recurrentes, específicos y de gran volumen— no pueden ser gestionados eficientemente por métodos tradicionales. La implementación de un sistema avanzado de resolución alternativa de disputas, potenciado con inteligencia artificial, es una necesidad para la gobernanza efectiva en la era digital (Caserta y Rask Madsen, 2019).

Este enfoque tecnológico les permite a los consejos reguladores hacer valer sistemáticamente los derechos conferidos por la legislación. Libera recursos esenciales que pueden reinvertirse en tareas estratégicas, como la promoción y la investigación, asegurando el prestigio y la sostenibilidad de estos valiosos activos culturales y económicos (Cremona, 2010).

3.2 La evolución de la resolución de disputas en la propiedad intelectual

La protección de la propiedad intelectual es un componente fundamental de la economía global del conocimiento. Su valor se materializa en la capacidad de los titulares para ejercer derechos exclusivos que no solo estimulan la innovación y la creatividad, sino que también son importantes para sostener la reputación y la confianza en el mercado. La globalización de los derechos de propiedad intelectual ha consolidado su rol como un pilar del derecho público y el poder privado en la escena internacional (Deere, 2009; Heath, 2010; Sell, 2003).

El marco normativo diseñado para proteger estos activos, sin embargo, enfrenta tensiones significativas. A nivel global, el Acuerdo sobre los ADPIC buscó unificar criterios. Conforme a los principios de este tratado, los procedimientos de observancia deben ser justos y equitativos. A pesar de este mandato, la implementación práctica de estas directrices presenta desafíos considerables en diversas jurisdicciones (Deere, 2008).

Los sistemas de justicia tradicionales a menudo resultan inadecuados para abordar la velocidad y la naturaleza transfronteriza de las infracciones, especialmente en el contexto del capitalismo digital. La litigación formal puede suponer una carga procesal y económica desproporcionada para los titulares de derechos (Caserta y Rask Madsen, 2019). Esta situación es particularmente grave cuando se

enfrentan a un alto volumen de disputas que, aunque menores individualmente, erosionan el valor del activo en su conjunto (Matthews, 2010; Rajagukguk, 2000; Viju et al., 2012).

Esta brecha entre el derecho reconocido y su aplicación efectiva crea una ineficiencia sistémica. Los litigios, con sus costos asociados y sus prolongados plazos, consumen recursos que podrían destinarse a la innovación o al crecimiento empresarial. La ineficacia en la lucha contra la piratería y la falsificación, por ejemplo, tiene un impacto económico tangible y adverso que ha sido documentado extensamente (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OECD], 2008). Esta problemática ha impulsado una necesaria reevaluación de los sistemas judiciales tradicionales (Hensler, 2003).

Para entidades como los consejos reguladores, responsables de proteger las indicaciones geográficas, el escenario es especialmente insostenible (Cañellas, 2023). Estas organizaciones enfrentan una lucha constante para hacer valer los derechos estipulados en los Artículos 22 y 23 del Acuerdo sobre los ADPIC (Raustiala y Munzer, 2007). Las vías procesales convencionales saturan rápidamente su capacidad operativa, al no estar diseñadas para gestionar una alta frecuencia de conflictos con patrones recurrentes, como lo demuestran las disputas sobre estas provisiones específicas (Geuze, 2009).

Frente a este panorama, ha surgido una evolución procesal hacia mecanismos más pragmáticos. Los métodos alternativos de resolución de disputas se han consolidado como una respuesta necesaria para modernizar el sistema legal (Hensler, 2003). Estos procedimientos, como la mediación y el arbitraje, ofrecen una vía para descongestionar el aparato judicial y proporcionar soluciones más ágiles y accesibles, respondiendo a una necesidad reconocida de encontrar nuevas formas de administrar justicia (Margono, 2000).

Para entender su rol, es importante detenerse un momento en la diferencia que existe entre ambos mecanismos. La mediación es un procedimiento voluntario y no vinculante, donde un tercero neutral, el mediador, facilita la comunicación entre las partes para que ellas mismas lleguen a un acuerdo mutuamente aceptable. El mediador no impone una solución. El arbitraje, en cambio, es un proceso adjudicativo en el que las partes someten su controversia a un tribunal arbitral, compuesto por uno o más árbitros, quienes emiten una

decisión final y vinculante llamada “laudo”. Dicho de otro modo, mientras la mediación busca un consenso facilitado, el arbitraje se asemeja más a un juicio privado (Morán García, 2023).

Esta distinción no es solo teórica; encuentra un respaldo sólido en el derecho internacional, donde se han creado foros especializados para atender las particularidades de la propiedad intelectual. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, por ejemplo, estableció su propio Centro de Arbitraje y Mediación, que ofrece reglamentos y listas de expertos específicamente diseñados para estos litigios. Este centro proporciona un marco de referencia global que les permite a titulares de derechos, incluyendo los de indicaciones geográficas, resolver disputas transfronterizas de una manera más predecible y neutral que si tuvieran que acudir a las cortes nacionales de una de las partes (Magaña Rufino y Sandoval, 2023).

En el campo particular de las indicaciones geográficas, esta dualidad de opciones es especialmente relevante. El arbitraje resulta una herramienta potente para casos de infracción clara que requieren una decisión final y ejecutable. Sin embargo, muchos conflictos en esta área son más sutiles y se relacionan con la coexistencia de marcas, el alcance de la protección o la preservación de relaciones comerciales a largo plazo (De la Torre Olid, 2023). Es en este tipo de escenarios donde la mediación, con su enfoque colaborativo y confidencial, suele ofrecer una vía más adecuada, permitiéndoles a los consejos reguladores y a las partes encontrar soluciones creativas que protejan la reputación del signo sin necesidad de llegar a una confrontación adjudicativa.

La adopción de estos métodos alternativos trasciende la simple búsqueda de eficiencia; representa una forma de cumplir con el espíritu del Acuerdo sobre los ADPIC. Al diseñar sistemas de disputas más efectivos, los Estados pueden garantizar la “acción eficaz contra cualquier acto de infracción” que el tratado exige (Lari-Williams et al., 2024). De este modo, los derechos de propiedad intelectual se convierten en una realidad tangible en lugar de una declaración teórica.

Dentro de este espectro, la mediación se destaca por facilitar un diálogo constructivo orientado a soluciones mutuamente beneficiosas, un enfoque para resolver conflictos preservando el valor (Fisher y Ury, 1981). Su uso específico en disputas de propiedad intelectual

permite preservar relaciones comerciales y proteger información sensible gracias a su confidencialidad, lo que la convierte en una herramienta estratégica de resolución (Gayo, 2022).

Por su parte, el arbitraje ofrece una resolución final y vinculante por parte de expertos en la materia. Esta característica es invaluable en el ámbito de la propiedad intelectual, pues asegura que las decisiones sean tomadas por personas con un profundo conocimiento técnico. En consecuencia, el arbitraje internacional se ha posicionado progresivamente como el proceso alternativo preferido para la resolución de disputas de propiedad intelectual a nivel global (Lewis, 2021).

3.3 El enfoque *human-in-the-loop* en la gobernanza de la propiedad intelectual mediante los métodos alternativos de resolución de disputas

La adopción de los métodos alternativos de resolución de disputas en el ámbito de la propiedad intelectual representa más que una simple tendencia; constituyó una primera ola de modernización procesal. La literatura especializada ha documentado cómo este movimiento ha reconfigurado progresivamente el sistema legal (Hensler, 2003). Sin embargo, el verdadero punto de inflexión en la gobernanza de estos derechos surge con la irrupción tecnológica que define la era del capitalismo digital (Caserta y Rask Madsen, 2019).

En el marco de la Cuarta Revolución Industrial, la inteligencia artificial se posiciona como el catalizador de una segunda ola evolutiva: los sistemas inteligentes de resolución alternativa de disputas. La capacidad de esta tecnología para analizar grandes volúmenes de datos, identificar patrones complejos y automatizar tareas cognitivas ofrece una solución a la altura de los desafíos del mercado global. Esta innovación permite interpretar de manera novedosa la obligación impuesta por el Acuerdo sobre los ADPIC de proveer “recursos eficaces” y “remedios rápidos” para disuadir futuras infracciones (Yu, 2009).

La propuesta de un “Modelo de Resolución de Disputas para Indicaciones Geográficas” es un ejemplo paradigmático de esta nueva frontera. Este modelo trasciende la idea de un simple portal de co-

municación para establecer un ecosistema de resolución de disputas ciber-físico. Su innovación reside en integrar la inteligencia artificial en el núcleo del procedimiento, lo que se alinea con las propuestas modernas para mejorar los sistemas de propiedad intelectual a través de un diseño de disputas más eficiente (Lari-Williams et al., 2024).

Un sistema de esta naturaleza está especialmente adaptado a las indicaciones geográficas, cuyos conflictos a menudo siguen patrones predecibles, como el uso no autorizado de un nombre o la imitación de su iconografía. Por tanto, un modelo de este tipo puede ser entrenado para reconocer y clasificar las infracciones a los derechos concedidos por el Acuerdo sobre los ADPIC, como señalan sus Artículos 22 y 23 (Geuze, 2009).

El funcionamiento de un sistema de resolución alternativa de disputas asistido por inteligencia artificial se estructura en fases que combinan la eficiencia de la automatización con el juicio humano. El proceso inicia con la presentación del caso a través de un portal en línea seguro. En esta etapa, la parte afectada carga un formulario estructurado junto con la evidencia digital de la presunta infracción. Este enfoque digital busca remodelar las fronteras tradicionales de la justicia (Rabinovich-Einy y Katsh, 2014).

Este primer paso es clave, ya que democratiza el acceso a la justicia al eliminar barreras burocráticas y geográficas. Al reducir el coste y el tiempo necesarios para iniciar una acción, se facilita que los pequeños productores puedan defender sus derechos de manera efectiva. Esto garantiza que la protección legal sea accesible en la práctica para todos los miembros de la indicación geográfica, mitigando el impacto económico de las infracciones (OECD, 2008).

Más allá de la accesibilidad, la sumisión digital centralizada posee una profunda importancia probatoria. Al cargar fotografías del producto, su etiquetado o capturas de pantalla de su comercialización, el sistema crea un registro digital inmutable con sello de tiempo. Esta evidencia es necesaria para construir un caso sólido que demuestre el “uso en el curso de una actividad comercial”, un requisito clave en la mayoría de las legislaciones de propiedad intelectual (Seville, 2009).

Esta base de datos de evidencia digital se convierte en un activo estratégico para el consejo regulador. Permite rastrear la cronología y el alcance geográfico de las infracciones, información vital para con-

trarrestar defensas basadas en excepciones, como las contempladas en el Artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC sobre el uso continuo anterior (Vivas-Egui y Oliva, 2010).

Una vez centralizada la evidencia, el sistema despliega su núcleo analítico. La inteligencia artificial realiza una evaluación mediante dos funciones primordiales. Primero, el análisis de imagen compara los elementos visuales del producto denunciado con una base de datos de diseños autorizados. Esta función es clave para detectar la imitación engañosa, un frecuente punto de conflicto entre marcas e indicaciones geográficas (Goebel y Gröschl, 2014).

Seguidamente, el análisis de texto extrae y procesa la información de la etiqueta, lo cual resulta clave para la aplicación directa del Acuerdo sobre los ADPIC. Esta función puede detectar el uso no autorizado del nombre protegido y, a la vez, identificar terminología que contravenga el pliego de condiciones, un pilar para la integridad de la indicación geográfica.

Basándose en este doble análisis, el modelo genera un informe preliminar objetivo y una propuesta de resolución. Este no es un juicio automatizado, sino una recomendación basada en criterios objetivos, un principio clave para facilitar acuerdos negociados (Fisher y Ury, 1981). El informe presenta sus hallazgos de forma cuantificada, mientras que la propuesta de resolución se alinea con el principio de proporcionalidad exigido por la normativa internacional.

Es en la siguiente fase donde el modelo demuestra su equilibrio al introducir un enfoque de “humano en el circuito” (*human-in-the-loop*). Un mediador cualificado revisa el informe de la inteligencia artificial, asegurando la equidad y la aplicación del debido proceso. Este profesional utiliza el informe como un punto de partida fáctico para enmarcar el diálogo, lo que resulta clave en la resolución de disputas sobre propiedad intelectual (Gayo, 2022).

Si las partes no alcanzan un acuerdo directo, el mediador puede convocar una sesión de mediación en línea. Durante esta sesión, los hallazgos cuantificados de la inteligencia artificial (por ejemplo, “una similitud del 85% con el logo protegido”) actúan como un ancla de realidad. Este enfoque guía a las partes hacia una solución mutuamente aceptable, haciendo que el proceso sea más eficiente y menos adversarial (Ury et al., 1993).

La viabilidad de un sistema de estas características se sostiene en un claro análisis coste-beneficio. Aunque la implementación requiere una inversión inicial, el retorno es multifacético. Al automatizar el análisis de un alto volumen de casos, se liberan recursos legales y administrativos, reduciendo drásticamente los costes directos asociados a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, un desafío económico considerable para las empresas (OECD, 2008).

Este ahorro de recursos permite una reasignación estratégica del talento humano. Los expertos del consejo regulador pueden concentrarse en litigios de alta complejidad, en el diseño de estrategias de protección a largo plazo y en la negociación para ampliar la protección de la indicación geográfica en nuevos mercados, una actividad fomentada por el propio Acuerdo sobre los ADPIC.

Además, un modelo como el propuesto puede diseñarse para ser inherentemente escalable. Aunque el conjunto de datos para entrenar el modelo es único para cada indicación geográfica, la arquitectura de *software* subyacente puede ser estandarizada. Esto abre la puerta a que la plataforma sea adaptada para otros consejos reguladores, creando un nuevo estándar en la aplicación eficiente de los derechos de propiedad intelectual en un contexto de globalización legal (Sell, 2003).

En suma, la integración de la inteligencia artificial en los procedimientos de resolución alternativa de disputas representa la próxima fase en la evolución de la justicia en materia de propiedad intelectual. Su propósito no es reemplazar el juicio humano, sino potenciarlo con herramientas de una precisión y eficiencia sin precedentes. Estos sistemas son una respuesta del siglo XXI a los desafíos de aplicar los derechos consagrados en los grandes tratados internacionales (Lari-Williams et al., 2024).

Al transformar tareas repetitivas en procesos automatizados y basados en datos, estos modelos les permiten a las organizaciones fortalecer la protección de sus activos de manera sostenible. Garantizan una justicia más rápida, consistente y accesible, reforzando la integridad de bienes culturales y económicos tan valiosos como las indicaciones geográficas en un mercado global cada vez más competitivo.

3.4 Hacia un modelo de resolución de disputas en indicaciones geográficas basado en inteligencia artificial

En el ejercicio de sus funciones de tutela y gobernanza, los consejos reguladores gestionan una serie de controversias de naturaleza notablemente recurrente (Cañellas, 2023). La mayor parte de su carga procesal y administrativa se concentra en conflictos que atentan directamente contra la integridad de la indicación geográfica y el valor económico que esta representa en el mercado, un desafío persistente en el panorama global de la propiedad intelectual (Raustiala y Munzer, 2007).

Estas disputas incluyen el uso no autorizado de la denominación protegida, una violación directa de los derechos establecidos en los Artículos 22 y 23 del Acuerdo sobre los ADPIC. También abarcan la imitación engañosa o *passing off*, una práctica que constituye competencia desleal según el Artículo 10bis del Convenio de París, lo que subraya la complejidad de los conflictos entre marcas e indicaciones geográficas (Goebel y Gröschl, 2014).

A estas infracciones externas se suman conflictos de ámbito interno, como el incumplimiento del pliego de condiciones por parte de los propios productores, y disputas sobre el correcto etiquetado. Estas últimas amenazan la homogeneidad del producto y, en consecuencia, la confianza que los consumidores depositan en la indicación geográfica.

Tradicionalmente, el paradigma para abordar estas infracciones ha sido reactivo, apoyándose en instrumentos formales como cartas de cese y desistimiento, negociaciones prolongadas o el litigio judicial. Sin embargo, este enfoque se ha revelado sistémicamente inadecuado para la realidad operativa de los consejos reguladores, lo que ha impulsado la búsqueda de diseños de sistemas de disputas más eficientes (Lari-Williams et al., 2024; Lewis, 2021).

Estos métodos convencionales tienden a tratar cada infracción como un evento aislado y complejo, ignorando la naturaleza repetitiva y predecible de la mayoría de las disputas. Esta aproximación, tal como ha sido señalado, genera un cuello de botella procesal que no solo ralentiza la capacidad de respuesta del consejo, sino que también obstaculiza la protección proactiva y eficaz del activo (Viju et al., 2013).

El núcleo de esta propuesta es un innovador modelo de gobernanza procesal para la resolución alternativa de disputas, el cual integra la inteligencia artificial para gestionar eficientemente los conflictos recurrentes en materia de indicaciones geográficas. Este procedimiento traduce los derechos de tratados internacionales en acciones concretas, preservando la equidad mediante una indispensable supervisión humana, reflejando así la transformación digital en la profesión legal (Caserta y Rask Madsen, 2019).

Paso 1. Presentación y digitalización del caso

El proceso se inicia cuando una parte legitimada presenta un caso a través de un portal en línea, reduciendo las barreras de acceso y haciendo de la protección de la propiedad intelectual una realidad más práctica. El demandante completa un formulario estructurado y carga las pruebas digitales pertinentes, lo que se alinea con el desarrollo de la justicia digital en entornos de resolución de disputas en línea (Rabinovich-Einy y Katsh, 2014).

Este acto crea un repositorio de pruebas con sello de tiempo, como fotografías del producto o capturas de pantalla de su comercialización. Dicha evidencia es importante para establecer la cronología y el alcance de la infracción, desvirtuando posibles defensas basadas en excepciones, como las contempladas en el Artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Paso 2. Análisis técnico-jurídico impulsado por inteligencia artificial

Una vez recibido el caso, un mecanismo de resolución de disputas para indicaciones geográficas despliega su capacidad analítica. El análisis de imagen compara los elementos visuales del producto denunciado con bases de datos de marcas y diseños protegidos. Esta función proporciona evidencia objetiva y cuantificable para sustentar una reclamación por competencia desleal, práctica prohibida por el Artículo 10bis del Convenio de París.

Simultáneamente, el análisis de texto extrae y procesa la información de la etiqueta, comparándola con el pliego de condiciones. Esta función es un instrumento de aplicación directa del Acuerdo sobre los ADPIC, ya que permite detectar el uso no autorizado de la indicación geográfica, una violación de sus Artículos 22 y 23.

Paso 3. Propuesta de resolución preliminar

Basándose en su análisis, el sistema genera un dictamen técnico-jurídico preliminar. Es necesario comprender que no se trata de un fallo automatizado, sino de una recomendación fundamentada en evidencia. El informe traduce los hallazgos técnicos en argumentos legales, indicando, por ejemplo: “Conclusión: Presunción de competencia desleal por similitud visual del 92% y violación del Artículo 8 del pliego de condiciones”.

La propuesta de resolución es escalonada y se alinea con el principio de proporcionalidad, un pilar en la observancia de los derechos de propiedad intelectual. Dependiendo de la gravedad y la reincidencia, la propuesta puede ir desde una advertencia formal hasta sugerir una mediación o una sanción, dotando al consejo regulador de un marco de actuación predecible y coherente (Seville, 2009).

Paso 4. Revisión humana, mediación y garantía del debido proceso

En esta fase, el modelo implementa un enfoque de “humano en el circuito” (*human-in-the-loop*), clave para garantizar la justicia. Un mediador cualificado revisa el informe de la inteligencia artificial, utilizándolo como un punto de partida objetivo para dialogar con las partes. Este profesional no es reemplazado por la tecnología, sino empoderado por ella para aplicar el contexto y el juicio que solo un humano puede proveer (Hensler, 2003).

Si la propuesta inicial es insuficiente, el mediador puede convocar una sesión de mediación en línea. El uso de la mediación como método alternativo ha demostrado ser eficaz para resolver disputas sobre derechos de propiedad intelectual (Gayo, 2022). En este entorno, el informe de la inteligencia artificial sirve para enmarcar la discusión en hechos objetivos, despojándola de la carga emocional que a menudo obstaculiza la resolución de disputas (Ury et al., 1993).

Finalmente, es válido precisar que el entrenamiento de este sistema constituye un uso legítimo de activos de propiedad intelectual para su propia defensa. El conjunto de datos se emplea con el único fin de crear una herramienta para la observancia de esos mismos derechos. Se establece así un círculo virtuoso donde la propiedad intelectual colectiva fortalece un sistema que protege y preserva el valor de dicho activo (Margono, 2023).

3.5 Viabilidad, implementación y creación de un estándar global

La viabilidad del modelo resolución de disputas basado en inteligencia artificial para indicaciones geográficas se debe materializar a través de un plan de implementación pragmático. Este plan debe articular las dimensiones tecnológicas, económicas y estratégicas indispensables para asegurar tanto su operatividad inicial como su potencial de crecimiento y escalabilidad a largo plazo.

La fase inicial se centra en el entrenamiento del modelo de inteligencia artificial dentro de un entorno computacional seguro y aislado. Este proceso es conducido bajo rigurosos protocolos de gobernanza de datos, lo que refleja la adaptación de la profesión legal a las nuevas realidades del capitalismo digital (Caserta y Rask Madsen, 2019). Dicha gobernanza es necesaria para proteger la información confidencial del consejo regulador.

El empleo de los activos de propiedad intelectual de la propia indicación geográfica, como su pliego de condiciones y sus marcas registradas, para entrenar el sistema representa un acto de autotutela. Este uso es legítimo y está orientado a fortalecer la observancia y defensa de sus propios derechos en el ecosistema digital, lo que subraya el rol evolutivo de los expertos legales en la era tecnológica (Margono, 2023).

Para el análisis de disputas históricas, se implementan técnicas de anonimización de datos. Este procedimiento es necesario para cumplir con las normativas de privacidad, preservando, al mismo tiempo, los patrones de infracción necesarios para el aprendizaje del sistema. Así, la inteligencia artificial puede identificar tácticas recurrentes sin comprometer datos sensibles, en un entorno de justicia digital que redefine los límites tradicionales (Rabinovich-Einy y Katsh, 2014).

La celeridad en la resolución de disputas genera además un importante efecto disuasorio en el mercado. Una vigilancia constante y una respuesta inmediata fortalecen la reputación de la indicación geográfica, un factor clave en la lucha global por su reconocimiento y protección (Raustiala y Munzer, 2007). Así, se asegura que el nombre siga siendo un indicador fiable de calidad y origen, preservando el valor del activo.

En cuanto a la escalabilidad y creación de un estándar global, la arquitectura del modelo de gestión de resolución de conflictos a tra-

vés de la inteligencia artificial para indicaciones geográficas ha sido concebida para ser inherentemente escalable. Aunque el conjunto de datos de entrenamiento es único para cada indicación geográfica, la estructura de *software* y los módulos analíticos son estandarizables. Esta modularidad permite que la plataforma sea adaptada para otros consejos reguladores con una inversión marginal.

Esta capacidad de adaptación es importante para mejorar el ecosistema de propiedad intelectual a través de un diseño de sistemas de disputas más eficiente y moderno (Lari-Williams et al., 2024). La adopción de una plataforma similar por parte de múltiples entidades podría sentar las bases para un nuevo estándar global en la observancia de estos derechos.

La creación de dicho estándar facilitaría una red de vigilancia colaborativa a nivel internacional. Esta red permitiría compartir datos anonimizados sobre patrones de infracción y actores transnacionales. De este modo, se podría materializar el espíritu de cooperación de los convenios internacionales y superar los desafíos asociados a la implementación de reformas de propiedad intelectual en un contexto global (Deere, 2008).

Para ilustrar mejor el flujo de trabajo propuesto, el siguiente diagrama esboza las etapas clave del proceso.

```
graph TD
    A[Step 1: Case Submission] -- Evidence Uploaded via Online Portal --> B[Step 2: AI Analysis by GI-DRM];
    B -- Image & Text Analysis --> C[Step 3: Preliminary Report & Resolution Proposal];
    C -- AI-Generated Report --> D[Step 4: Human Mediator Review];
    D -- Is Direct Resolution Possible? --> E[Decision];
    E -- Yes --> F[Resolution Implemented - e.g., Warning Issued];
    E -- No / Mediation Required --> G[Online Mediation Session with Parties];
    G -- Agreement Reached --> F;
    G -- No Agreement --> H[Case Escalated to Formal Procedure];

    subgraph "Automated Phase"
        B
        C
    end

    subgraph "Human-in-the-Loop Phase"
        D
        G
        H
    end
```

Figura 1. Diagrama de flujo para la resolución de disputas en materia de indicaciones geográficas. Fuente: elaboración propia.

Este diagrama de flujo muestra la progresión desde la presentación hasta la resolución, destacando la interacción entre el análisis automatizado de la inteligencia artificial y la [necesaria] supervisión humana.

Desde una perspectiva económica, la implementación de un modelo de gestión de resolución de conflictos a través de la inteligencia artificial para indicaciones geográficas constituye una inversión estratégica con un retorno multifacético. Aunque implica un costo inicial, la automatización del análisis de casos de alto volumen y baja complejidad optimiza los recursos humanos cualificados, generando un ahorro directo en horas de trabajo legal y administrativo.

Este enfoque se alinea con la manera en que los métodos alternativos están reconfigurando el sistema legal para lograr mayor eficiencia (Hensler, 2003). El beneficio estratégico más significativo es la capacidad de liberar a los expertos de tareas repetitivas. Esto le permite al consejo regulador reorientar su talento hacia iniciativas de alto valor, como litigios complejos o el desarrollo de estrategias de licenciamiento global.

Dicha reorientación estratégica fortalece la capacidad del consejo para participar activamente en negociaciones internacionales que buscan expandir la protección de la indicación geográfica. Esta labor es coherente con los principios y objetivos del Acuerdo sobre los ADPIC, que promueve la protección de estos activos a nivel mundial.

3.6 Caso de estudio: protección de la indicación geográfica “Café de Colombia”

Para ilustrar la aplicación y el valor estratégico del modelo de gestión de resolución de conflictos a través de la inteligencia artificial, se presenta un caso de estudio hipotético, el cual se centra en la indicación geográfica protegida “Café de Colombia”, un activo de gran valor gestionado por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

Esta Federación enfrenta el desafío continuo de proteger la integridad de esta indicación en los mercados internacionales. Este escenario refleja la lucha global por el control y reconocimiento de estos signos distintivos que, a menudo, se encuentran en el centro de complejas disputas comerciales y legales entre diferentes jurisdicciones (Raustiala y Munzer, 2007).

El escenario hipotético involucra a una empresa con sede en Estados Unidos, Andean Roast Co., que introduce una línea de café denominada Colombian Mystique. El empaque del producto utiliza de forma destacada el término “Colombian” e incluye un logotipo con la figura de un agricultor y una mula, evocando deliberadamente la icónica marca registrada Juan Valdez, que es propiedad de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

En esencia, el producto comercializado por Andean Roast Co. carece de la certificación oficial y no se elabora con café 100% colombiano, según los estándares de calidad avalados por la Federación. Esta situación constituye una clara apropiación indebida de la reputación asociada a la indicación geográfica protegida.

A continuación se presenta de forma detallada la aplicación del flujo de trabajo del modelo:

Paso 1. Inicio del procedimiento de observancia. Al detectar la posible infracción, el equipo de propiedad intelectual de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia activa el procedimiento de observancia mediante el portal seguro del modelo. En esta fase, se cargan las pruebas digitales recopiladas, como fotografías en alta resolución del empaque de Colombian Mystique y capturas de pantalla que evidencian su venta en plataformas de comercio electrónico en Estados Unidos. Este acto genera un registro digital inmutable con sello de tiempo que funge como evidencia inicial.

Pasos 2 y 3. Análisis automatizado y dictamen técnico-jurídico. Inmediatamente después, el sistema ejecuta su análisis automatizado. El módulo técnico-jurídico identifica el uso del término geográfico “Colombian”. Dado que el producto no está certificado, el sistema califica este uso como una presunta violación del Artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, al inducir a error al consumidor sobre su origen y calidad (Geuze, 2009).

De forma paralela, el módulo de análisis de imagen compara el logotipo de Andean Roast Co. con la marca Juan Valdez. El sistema calcula una similitud visual del 85%, lo que establece una base probatoria sólida para una reclamación por competencia desleal, conforme al Artículo 10bis del Convenio de París, y por infracción de marca. En cuestión de minutos, el modelo consolida los hallazgos en un informe preliminar con una recomendación de acción.

Paso 4. Decisión estratégica y acción con intervención humana. Un abogado de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia revisa el dictamen generado, el cual, al estar soportado en datos objetivos, facilita la toma de una decisión estratégica informada. Se presentan dos vías de acción principales:

A. Resolución directa. Equipado con el informe, el abogado puede iniciar acciones extrajudiciales con una elevada probabilidad de éxito. Esto incluye enviar una notificación de cese y desistimiento a Andean Roast Co. o una solicitud de retirada (*takedown notice*) a los portales de comercio electrónico, adjuntando el informe como prueba de la infracción.

B. Mediación asistida. Si se opta por una negociación, se puede iniciar un proceso de mediación en línea. El informe se convierte en el eje de la discusión, transformando el debate de una percepción subjetiva (“su logo se parece al nuestro”) a un argumento fáctico. Como sugiere la literatura sobre el tema, este enfoque factual es clave para la resolución efectiva de disputas sobre propiedad intelectual (Gayo, 2022).

La instrumentación de esta mediación digital se materializaría a través de una plataforma segura de resolución de disputas en línea, gestionada por un tercero neutral e imparcial (Vallespín Pérez, 2022). En el contexto de litigios internacionales sobre indicaciones geográficas y denominaciones de origen, este rol de mediador podría ser desempeñado por instituciones con reconocida experiencia y neutralidad, como el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Este tercero no actuaría como un juez, sino como un facilitador del diálogo, utilizando el informe de la inteligencia artificial para encuadrar la discusión en parámetros objetivos y guiar a las partes hacia una solución mutuamente aceptable. Esta es una diferencia clave entre la mediación y una negociación bilateral (Córdova Mendoza et al., 2019).

La cuestión de la jurisdicción y la ley aplicable en estos conflictos transfronterizos es compleja. La protección de una indicación geográfica o la denominación de origen se rige tanto por la ley del país de origen (*lex originis*), que define su existencia y alcance, como por la ley del país donde se comercializa y busca protección (*lex loci protectionis*), donde ocurre la presunta infracción. La mediación digital

operaría precisamente en la intersección de estos marcos, basándose en los principios establecidos en tratados internacionales que los países firmantes se comprometen a respetar, como el Convenio de París de 1883, el Arreglo de Lisboa de 1958 y, el Acuerdo sobre los Aspectos sobre los ADPIC, que establece estándares mínimos de protección (Chávez Zárate, 2021).

La integración de la inteligencia artificial en este proceso no reemplaza al mediador, sino que lo potencia. El sistema de inteligencia artificial elaboraría su informe a partir del análisis comparativo de datos objetivos y verificables, tales como: a) registros de marcas y denominaciones en bases de datos oficiales nacionales e internacionales (e. g., TMview, Global Brand Database de la OMPI); b) similitud fonética, semántica y gráfica entre los signos en conflicto; c) análisis de los canales de comercialización y del público consumidor relevante; y d) precedentes jurisprudenciales sobre casos de confusión o evocación indebida. El informe presentaría una puntuación de riesgo de conflicto y una visualización de los puntos clave de superposición, proveyendo una base empírica para la deliberación.

Para garantizar la validez, autenticidad e inalterabilidad del proceso, es imprescindible abordar la seguridad desde una perspectiva jurídica y técnica. La validación de los datos se aseguraría utilizando exclusivamente fuentes de datos autenticadas y de acceso público o licenciado, como las oficinas de propiedad intelectual. Para prevenir la alteración de datos y el *hackeo*, todo el proceso —desde la ingesta de datos hasta la generación del informe final— podría registrarse en una cadena de bloques (*blockchain*) o una tecnología de registro distribuido. Esto crearía un sello de tiempo (*time-stamping*) y una traza de auditoría inmutable, garantizando criptográficamente que el informe no ha sido modificado y que los datos y algoritmos utilizados son los que se declaran, ofreciendo así una seguridad jurídica a las partes.

La naturaleza jurídica del informe generado por la inteligencia artificial es un aspecto central. No debe ser considerado una decisión judicial ni un laudo arbitral vinculante. Su estatus más apropiado sería el de un dictamen pericial objetivo y no vinculante, generado por una herramienta tecnológica neutral. Su finalidad no es adjudicar un derecho, sino iluminar la controversia con datos fácticos, de

manera análoga a cómo un perito contable analiza los libros de una empresa en una disputa comercial. El valor de este dictamen radica en su capacidad para establecer un punto de partida común basado en evidencia, despojando a la negociación inicial de su carga emocional y subjetiva.

En términos procesales, la presentación de este informe podría constituirse como el núcleo de una etapa prejudicial obligatoria o una fase procesal preliminar estructurada para los conflictos sobre indicaciones geográficas y denominaciones de origen. Antes de poder iniciar un litigio formal, las partes estarían obligadas a someter su disputa a esta mediación asistida por inteligencia artificial. Este enfoque no solo fomenta la resolución temprana de conflictos, ahorrando costos y tiempo, sino que también sirve como un filtro, asegurando que solo los casos con una complejidad jurídica genuina, que no pudieron ser resueltos mediante un análisis fáctico, escalen al sistema judicial formal. El informe, en caso de no llegarse a un acuerdo, podría ser admitido como un elemento probatorio más dentro del litigio posterior.

Este procedimiento ilustra cómo una investigación que tradicionalmente podría consumir semanas es transformada en una acción estratégica ejecutada en cuestión de horas. El modelo de gestión de resolución de conflictos a través de la inteligencia artificial demuestra su capacidad para reducir la brecha entre los derechos otorgados por tratados internacionales y su aplicación práctica en un entorno transfronterizo.

La efectiva implementación de este modelo exige una reflexión sobre la adaptación del marco jurídico internacional. No bastaría con la voluntad de las partes; sería necesaria la modificación o creación de protocolos específicos dentro de los reglamentos de mediación existentes, como las Reglas de Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual o incluso la elaboración de una ley modelo inspirada en la de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre arbitraje comercial internacional (Chávez Zárate, 2021). Dicha regulación debería establecer estándares mínimos para la transparencia algorítmica, los requisitos de validación de datos, la ciberseguridad del proceso y definir con claridad el estatus jurídico y el valor proba-

torio de los informes generados por inteligencia artificial en los procedimientos de resolución alternativa de conflictos a nivel nacional, comunitario e internacional.

Al proveer un análisis objetivo y rápido, se constituye como una herramienta de alto valor para la protección en tiempo real de una indicación geográfica andina como “Café de Colombia”. Su implementación representa un avance en el diseño de sistemas de disputas que buscan optimizar la defensa de los activos de propiedad intelectual en la era digital (Lari-Williams et al., 2024).

Por último, y con el fin de materializar la validez jurídica del informe de inteligencia artificial, es preciso establecer un protocolo de “cadena de custodia digital” que responda directamente a las inquietudes sobre su autenticidad e inalterabilidad. Este protocolo se instrumentaría mediante la aplicación de algoritmos de *hash* criptográfico (como SHA-256) tanto a los conjuntos de datos de entrada como al informe final. El registro de estos *hashes* en una tecnología de registro distribuido o *blockchain* no solo crearía un sello de tiempo auditable, sino que también dotaría al informe de una presunción de integridad (*praesumptio iuris tantum*). Jurídicamente, esto significa que el informe se presume auténtico e inalterado, invirtiendo la carga de la prueba en la parte que alegue una posible manipulación, *hackeo* o alteración, que debería demostrar fehacientemente dicha vulneración.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el resultado de la inteligencia artificial debe ser concebido como un instrumento polivalente y adaptable al estado del conflicto. En su función inicial, dentro de la mediación, opera como un dictamen pericial no vinculante, cuyo único propósito es aportar objetividad y facilitar el acuerdo (Vallespín Pérez, 2022). Sin embargo, si la mediación fracasa y el conflicto escala a un litigio formal, el informe puede y debe ser admitido como un elemento probatorio cualificado. Su valor residiría en ser una prueba pericial de base tecnológica, cuya objetividad y trazabilidad lo harían especialmente persuasivo. De esta manera, el juez no estaría vinculado por sus conclusiones, pero sí estaría compelido a valorarlo con especial atención, sustentando las razones por las cuales podría apartarse de un análisis basado en datos empíricos y verificables, consolidando así su rol como pilar de una etapa procesal preliminar moderna y eficiente.

4. Discusión

La protección efectiva de las indicaciones geográficas, activos que representan el patrimonio cultural y económico de una comunidad, enfrenta un significativo déficit de aplicabilidad en el entorno global. Los consejos reguladores se ven desbordados por un volumen de disputas que, aunque recurrentes, saturan los mecanismos tradicionales de resolución. El litigio formal, por su lentitud y costo, resulta ineficaz frente a la escala y velocidad de las infracciones modernas, lo que limita la defensa de estos derechos.

Frente a esta problemática, se ha propuesto una evolución en la gobernanza de la propiedad intelectual: el diseño de un procedimiento de resolución alternativa de disputas potenciado por inteligencia artificial. El argumento central es que un sistema experto, entrenado con los activos jurídicos de una indicación geográfica, puede automatizar el análisis preliminar de infracciones, constituyendo un avance en el diseño de sistemas de resolución de conflictos (Lari-Williams et al., 2024)

Es importante reiterar que el modelo de gestión de resolución de conflictos a través de la inteligencia artificial no busca reemplazar el juicio humano, sino potenciarlo. Al automatizar tareas cognitivas repetitivas, la inteligencia artificial libera a los expertos legales para que se concentren en la estrategia, la negociación y la garantía del debido proceso. Este enfoque impulsa una modernización de los sistemas de resolución alternativa de disputas, trasladándolas a un entorno digital y objetivo (Rabinovich-Einy y Katsh, 2014).

No obstante, la implementación de dicho sistema no está exenta de desafíos. La inversión inicial y, de manera más crítica, el establecimiento de protocolos para la gobernanza de datos son requisitos ineludibles. Es imperativo garantizar la confidencialidad y el cumplimiento de las normativas de privacidad al manejar el acervo jurídico de un consejo regulador. La calidad del entrenamiento del modelo depende enteramente de la integridad de estos datos.

En este punto, es pertinente realizar una precisión sobre el alcance de la propuesta, la cual podría ser malinterpretada por el título del artículo. Lejos de proponer una autonomía decisoria de la tecnología, se debe entender que la inteligencia artificial no es el ente que resuelve la disputa. Se trata, más bien, de una herramienta avanzada de asistencia, un instrumento sofisticado que facilita la identificación y

constatación objetiva de posibles usos indebidos, actos de competencia desleal o fraudes. Como se ha mencionado, la intervención humana, ya sea de un mediador, un juez o un funcionario administrativo, no solo no se suprime, sino que se mantiene como el pilar central del proceso de toma de decisiones.

Este enfoque de asistencia se integra de forma natural en el esquema procesal ya existente, como el previsto en la sección segunda del Acuerdo sobre los Aspectos sobre los ADPIC. Dicho acuerdo establece reglas mínimas para los procedimientos civiles y administrativos, y la herramienta de inteligencia artificial propuesta no busca subvertir, sino complementar este marco. Dicho en otras palabras, operaría como una etapa preliminar o un soporte probatorio dentro de estos mismos procedimientos, ayudando a las partes y a la autoridad a tener una base fáctica mucho más sólida antes de que se inicien o durante el desarrollo de las acciones formales que el propio acuerdo contempla.

Considerando esto, la ruta más pragmática no parece ser la de una enmienda al texto del acuerdo internacional, lo cual sería un proceso largo y complejo. Más bien, la integración podría lograrse a través del desarrollo de protocolos adicionales o guías de buenas prácticas, tal vez impulsadas desde la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Estos protocolos podrían regular el uso de estas herramientas tecnológicas en la resolución alternativa de conflictos, estableciendo estándares para la validación de los datos y la naturaleza de los informes, asegurando que su uso sea compatible con los principios del debido proceso consagrados en el acuerdo (Deere, 2008; Hensler, 2003).

Ahora bien, un rasgo que no puede pasarse por alto es el control especialmente riguroso que la autoridad administrativa ejerce sobre las indicaciones geográficas, a diferencia de otros derechos de propiedad intelectual. Esta supervisión no se limita al registro, sino que se extiende a una fiscalización constante de su uso en el mercado. En muchos ordenamientos, las infracciones al reglamento de uso dan lugar a un procedimiento administrativo sancionatorio que se inicia y continúa de oficio. Estas sanciones, que buscan proteger el interés público y la reputación del signo, no son por naturaleza negociables ni mediables entre las partes.

En ese contexto específico, donde la mediación entre privados no es una opción, el informe generado por la inteligencia artificial adquiere un rol distinto, pero igualmente crucial. Se convierte en una herramienta de enorme valor para la propia autoridad administrativa. Le permitiría a esta entidad detectar de manera proactiva y masiva posibles transgresiones, compilar evidencia objetiva con una eficiencia sin precedentes e iniciar sus procedimientos de inspección y sanción con un fundamento mucho más sólido (Lari-Williams et al., 2024). Dicho de otro modo, la tecnología serviría para potenciar la capacidad de fiscalización del Estado en defensa del sistema de indicaciones geográficas.

Ahora bien, a la limitación técnica que trae aún la tecnología se suma la necesidad de una adaptación cultural y el desarrollo de nuevas competencias. La transición hacia un modelo de justicia asistida por inteligencia artificial exige una mayor alfabetización digital entre los profesionales del derecho, quienes deben adaptarse a un nuevo paradigma tecnológico (Caserta y Rask Madsen, 2019). Es necesario comprender que la inteligencia artificial es una herramienta de apoyo, no un oráculo, y su eficacia actual se circunscribe a disputas con patrones definidos.

A pesar de estos retos, las implicaciones de adoptar un enfoque como el propuesto son transformadoras. Se recomienda iniciar con proyectos piloto focalizados en la infracción más frecuente: el uso no autorizado del nombre. Validar la tecnología en este ámbito, que atañe directamente a los Artículos 22 y 23 del Acuerdo sobre los ADPIC, permitiría demostrar un rápido retorno de la inversión y fomentar la confianza en la colaboración humano-inteligencia artificial (Yu, 2009).

A futuro, la estandarización de la arquitectura del modelo es la puerta de entrada a su escalabilidad global. Su adaptación por parte de otras indicaciones geográficas podría fomentar una red de observancia colaborativa, donde se comparta inteligencia sobre patrones de infracción transnacionales de forma segura. Esto materializaría, desde la base, el espíritu de cooperación de los tratados internacionales.

En suma, la integración de la inteligencia artificial en los procedimientos de resolución de disputas no es una propuesta futurista, sino una respuesta pragmática a los desafíos actuales. Este enfoque

representa un puente que conecta las promesas de los marcos legales del siglo XX con las realidades tecnológicas del siglo XXI, abordando la tensión entre el poder privado y el derecho público en la era de la globalización (Sell, 2003).

5. Conclusiones

El presente artículo aborda la creciente ineficiencia de los métodos tradicionales para la gestión de disputas sobre indicaciones geográficas. La investigación partió de la hipótesis de que el diseño de un procedimiento de resolución alternativa de disputas, asistido por un modelo de inteligencia artificial, ofrecería una solución de bajo coste, rápida y consistente. Los resultados confirman la viabilidad del modelo de resolución de disputas para indicaciones geográficas, proponiendo una evolución necesaria en los sistemas de justicia.

Los hallazgos identificaron cuatro tipologías de conflictos que concentran la carga procesal: uso no autorizado del nombre, imitación engañosa, disputas por incumplimiento del pliego de condiciones y controversias de etiquetado. El modelo de resolución de disputas para indicaciones geográficas responde a estas problemáticas mediante el análisis automatizado de texto e imagen, proveyendo una base empírica para aplicar normativas como el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de París, facilitando así su implementación práctica.

La discusión subraya que el modelo no busca sustituir el juicio humano, sino potenciarlo. Al automatizar tareas de baja complejidad, el sistema permite que los expertos legales se enfoquen en la estrategia y la supervisión del debido proceso. Esta optimización de recursos transforma la función de los consejos reguladores de una entidad reactiva a una proactiva, lo que representa un nuevo enfoque en el diseño de sistemas para la resolución de disputas de propiedad intelectual.

En conclusión, la implementación de un sistema de resolución alternativa de disputas inteligente se presenta como una necesidad para la gobernanza efectiva de las indicaciones geográficas. De esta forma, es claro que, al reducir la brecha entre los derechos conferidos por tratados y su aplicación real, el modelo propuesto tiene la capa-

cidad de aportar a una justicia más rápida, accesible y consistente, expandiendo las fronteras de la resolución de conflictos al entorno digital.

Bibliografía

- Beresford, L. (2007). Geographical Indications: The Current Landscape. *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 17(4), 979-997. <https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol17/iss4/3/>
- Cañellas, A. M. (2023). Los Consejos Reguladores como autoridad de control de las indicaciones geográficas protegidas. *La Ley Mercantil*, 103 (junio). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9000313>
- Caserta, S. y Rask Madsen, M. (2019). The legal profession in the era of digital capitalism: Disruption or new dawn. *Laws*, 8(1), 1-17. <https://doi.org/10.3390/laws8010001>
- Chávez Zárate, V. (2021). Ponderación de la eficiencia y eficacia de la solución de conflictos por nombres de dominio .MX en las vías alternativa y contencioso-administrativa. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (14), 7-40. <https://doi.org/10.26422/RIPI.2021.1400.cha>
- Cook, T. (2010). *EU Intellectual Property Law*. Oxford University Press.
- Córdova Mendoza, K. T., Ochoa Espinoza, A. M. y Durán Ocampo, A. R. (2019). Algunas consideraciones sobre la mediación y arbitraje. *Revista Universidad y Sociedad*, 11(4), 287-295. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1304>
- Cremona, M. (2010). The Single Market as a Global Export Brand: Exporting the Single Market. *European Business Law Review*, 21, 663-680. <http://dx.doi.org/10.54648/EULR2010033>
- Daele, K. (2004). Regulation 1383/2003: A New Step in the Fight against Counterfeit and Pirated Goods at the Borders of the European Union. *European Intellectual Property Review*, 5, 214-232. <https://library.opi.gr/en/articles/foreign-articles/daele-k-2004-european-intellectual-property-review-26-2004-5-p-214/>
- De la Torre Olid, F. (2023). Tratamiento conjunto y concordado de la propiedad intelectual e industrial. Mecanismos de protección para su mayor significación y proyección práctica. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 272, 25-60. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19009>
- Deere, C. (2008). *The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*. Oxford University Press.
- Deere, C. (2009). *EU Intellectual Property Law and Policy*. Elgar European Law.

- Fisher, R. y Ury, W. (1981). *Getting to yes*. Houghton Mifflin Harcourt.
- Gayo, S. (2022). The use of mediation as an alternative dispute resolution in the resolution of intellectual property rights disputes. *International Journal of Asian Law, Business and Money Laundering*, 1(2), 101-106. <https://iaml.or.id/index.php/home/article/view/18>
- Geuze, M. (2009). The Provisions on Geographical Indications in the TRIPS Agreement. *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, (52). <https://ageconsearch.umn.edu/record/48792?v=pdf>
- Goebel, B. y Gröschl, M. (2014). The long road to resolving conflicts between trademarks and geographical indications. *The Trademark Reporter*, 104(3), 829-868.
- Heath, C. (2010). Customs Seizures, Transit and Trade. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, (881), 1-28.
- Hensler, D. R. (2003). Our courts, ourselves: How the alternative dispute resolution movement is re-shaping our legal system. *Penn State Law Review*, 108, 349-382. <https://insight.dickinsonlaw.psu.edu/dlr/vol122/iss1/28/>
- Lari-Williams, S., Rutten, S. y Van Zimmeren, E. (2024). Enhancing the IP system through dispute system design. *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 19(4), 269-280. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpaf005>
- Lewis, D. (2021). The adoption of international arbitration as the preferred ADR process in the resolution of international intellectual property disputes. *Białostockie Studia Prawnicze*, 26(5), 41-62. <https://reference-global.com/article/10.15290/bsp.2021.26.05.03>
- Magaña Rufino, J. M. y Sandoval, A. (2023). Centro de arbitraje y mediación de la OMPI. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (19), 63-94. <https://doi.org/10.26422/RIPI.2023.1900.mag>
- Margono, S. (2000). *Alternative dispute resolution (ADR) and arbitration: Institutional process and legal aspects*. PT. Ghalia Indonesia.
- Margono, S. (2023). The role and challenge of the IP (intellectual property) attorneys in valuation of IP asset portfolios as collateral. *Russian Law Journal*, 11(6), 146-166. <https://www.russianlawjournal.org/index.php/journal/article/view/3328>
- Matthews, D. (2010). The Lisbon Treaty, Trade Agreements and the Enforcement of Intellectual Property Rights. *European Intellectual Property Review*, 32(3), 104. <https://tind.wipo.int/record/25923?ln=en>
- Morán García, M. E. (2023). Mecanismos combinados de mediación y arbitraje en la resolución de controversias relativas a operaciones comerciales transfronterizas. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (46), 195-216. <https://doi.org/10.36151/reei.46.06>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1883). *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/288515>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1958). *Arreglo de Lisboa rela-*

- tivo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/285840>
- Organización Mundial del Comercio. (1994). *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2008). *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*. OECD Publishing.
- Rabinovich-Einy, O. y Katsh, E. (2014). Digital justice: Reshaping boundaries in an online dispute resolution environment. *International Journal of Online Dispute Resolution*, 1(1), 5-36. https://law.haifa.ac.il/wp-content/uploads/2017/05/Digital_Justice_Reshaping_Boundaries_in_an_Online_Dispute_Resolution_Environment.pdf
- Rajagukguk, E. (2000). *Arbitration in court decision*. Chandra Pratama.
- Raustiala, K. y Munzer, S. R. (2007). The Global Struggle over Geographical Indications. *European Journal of International Law*, 18(2), 338-365. <https://www.ejil.org/article.php?article=227&issue=7>
- Sell, K. (2003). *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*. Cambridge Studies in International Relations.
- Seville, C. (2009). *Enforcement of Intellectual Property Rights*. Edward Elgar.
- Ury, W., Brett, J. M. y Goldberg, S. (1993). *Getting dispute resolved*. Pan Books.
- Vallespín Pérez, D. (2022). *Mediación mercantil y eficiencia procesal*. Bosch.
- Viju, C., Yeung, M. T. y Kerr, W. A. (2013). Geographical indications, conflicted preferential agreements, and market access. *Journal of International Economic Law*, 16(2), 409-437. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgt013>
- Viju, C., Yeung, M. y Kerr, W. (2012). *Geographical Indications: Barriers to Market Access and Preferential Trade Agreements* (CATPRN Trade Policy Brief). <https://ageconsearch.umn.edu/record/122743?v=pdf>
- Vivas-Egui, D. y Oliva, J. (2010). The WTO Dispute on Trademarks and Geographical Indications: Some Implications for Trade Policymaking and Negotiations. En Correa, C. M. (Ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules, Intellectual Property in the WTO Volume II* (pp. 123-151). Edward Elgar Publishing.
- Yu, P. K. (2009). The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement. *Houston Law Review*, 46, 997-1046. <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/457/>

* * * *

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.var>

¡Luces, cámara, a... ¿algoritmo?! Reescribamos el guion regulatorio de la inteligencia artificial en la industria audiovisual peruana

* * * *

Estrella Arrasco Gálvez

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (Perú)

estrellaarrascog@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-8557-4430>

Recibido: 16 de octubre de 2025

Aceptado: 29 de diciembre de 2025

Resumen

La cuarta revolución industrial ha significado un uso amplio y democrático del internet y, más recientemente, de la inteligencia artificial. Sin embargo, en un contexto como el virtual, en donde el anonimato es la regla y las herramientas de inteligencia artificial son de fácil acceso, el derecho a la imagen y el derecho a la voz se encuentran amenazados. Así, distintos sectores del mercado han experimentado grandes transformaciones producto de la IA, y la industria audiovisual no es la excepción. Casos como las huelgas encabezadas por actores y guionistas en Estados Unidos durante 2023, la recreación de rostros de actores fallecidos, la difusión de vídeos con contenido sexual mediante *deepfake* o la reproducción no consentida de voces de actores de doblaje resultan solo breves muestras de un extenso historial de afectación a los derechos fundamentales y, sobre todo, a la dignidad humana.

En ese sentido, el presente artículo de investigación examina la evolución de la industria audiovisual desde sus manifestaciones tradicionales hasta las herramientas digitales que hoy en día han redefinido su dinámica. Al mismo tiempo, describe cómo la IA ha ganado terreno, destacando sus virtudes, pero señalando también la amenaza que ha significado para los derechos fundamentales de los actores del ecosistema audiovisual. Por otra parte, el estudio analiza qué protección se le está otorgando en el marco de la Constitución, el Código Civil, la Ley de Derecho de Autor y la Ley de Protección de Datos Personales peruanos. Todo ello, con el

propósito de esbozar un nuevo guion regulatorio para los procedimientos administrativos derivados de la vulneración a los derechos a la imagen y voz, en el que se incluyen criterios para su tratamiento por las autoridades competentes dentro del territorio nacional.

Palabras clave: inteligencia artificial, industria audiovisual, titular, derecho a la imagen, derecho a la voz, voz e imagen de terceros, *deepfake*, clonación de voz, ley y reglamento de inteligencia artificial.

Lights, Camera, and... Algorithm?! Rewriting the Regulatory Script of Artificial Intelligence in the Peruvian Audiovisual Industry

Abstract

The Fourth Industrial Revolution has brought about a broad and democratic use of the internet and, more recently, of artificial intelligence. However, in a virtual environment where anonymity is the norm and AI tools are easily accessible, the rights to one's image and voice are increasingly at risk. Thus, various sectors of the market have undergone major transformations driven by AI, and the audiovisual industry... is no exception. Cases such as the strikes led by actors and screenwriters in the United States during 2023, the digital recreation of deceased actors' faces, the dissemination of sexually explicit videos through deepfakes, or the non-consensual reproduction of dubbing actors' voices are only brief examples of a long history of violations of fundamental rights and, above all, of human dignity.

In this sense, this research article examines the evolution of the audiovisual industry, from its traditional forms to the digital tools that have now redefined its dynamics. At the same time, it describes how AI has gained ground, highlighting its virtues while also acknowledging the threats it poses to the fundamental rights of those who make up the audiovisual ecosystem. Moreover, the study analyses the protection granted to these rights under the Peruvian Constitution, the Civil Code, the Copyright Law, and the Personal Data Protection Law. All of this aims to outline a new regulatory script for administrative proceedings arising from violations of image and voice rights, incorporating criteria for how such cases may be addressed by the competent authorities within the national territory.

Key words: artificial intelligence, audiovisual industry, rights holder, right to image, right to voice, third-party image and voice, deepfake, voice cloning, artificial intelligence law and regulation.

Luzes, câmera e... algoritmo?! Reescrevamos o roteiro regulatório da inteligência artificial na indústria audiovisual peruana

Resumo

A Quarta Revolução Industrial trouxe um uso amplo e democrático da internet e, mais recentemente, da inteligência artificial. No entanto, em um contexto virtual em que o anonimato é a regra e as ferramentas de inteligência artificial são de fácil acesso, o direito à imagem e o direito à voz encontram-se ameaçados. Assim, diferentes setores do mercado passaram por grandes transformações impulsionadas pela IA, e a indústria audiovisual... não é exceção. Casos como as greves lideradas por atores e roteiristas nos Estados Unidos durante o ano de 2023, a recriação de rostos de atores falecidos, a divulgação de vídeos com conteúdo sexual por meio de *deepfake* ou a reprodução não consentida das vozes de dubladores são apenas breves exemplos de um extenso histórico de violações aos direitos fundamentais e, sobretudo, à dignidade humana.

Nesse sentido, o presente artigo de pesquisa examina a evolução da indústria audiovisual, desde suas manifestações tradicionais até as ferramentas digitais que, atualmente, redefinem sua dinâmica. Ao mesmo tempo, descreve como a IA tem ganhado espaço, destacando suas virtudes, mas também apontando as ameaças que representa aos direitos fundamentais dos atores do ecossistema audiovisual. Além disso, o estudo analisa a proteção conferida a esses direitos no âmbito da Constituição, do Código Civil, da Lei de Direito Autoral e da Lei de Proteção de Dados Pessoais do Peru. Tudo isso com o propósito de esboçar um novo roteiro regulatório para os procedimentos administrativos decorrentes da violação dos direitos à imagem e à voz, incluindo critérios para seu tratamento pelas autoridades competentes dentro do território nacional.

Palavras-chave: inteligência artificial, indústria audiovisual, titular, direito à imagem, direito à voz, voz e imagem de terceiros, *deepfake*, clonagem de voz, lei e regulamento de inteligência artificial.

1. Introducción

Durante el siglo XXI, la inteligencia artificial se ha desarrollado a pasos agigantados, expandiendo su uso a diversos sectores del mercado. Por ello, no ha de sorprendernos leer con mayor frecuencia titulares en las noticias vinculados a compañías de *tech*, como Google, Meta y Microsoft, en las que se evidencia cómo están invirtiendo millones en la carrera “armamentística de la IA”; o encontrarnos con afirmaciones tan sorprendentes como las que hace el CEO de Nvidia, quien asevera que la utilización de la IA reducirá la semana laboral

a solo cuatro días, porque “cada revolución industrial trae consigo cambios en el comportamiento social” (Lichtenberg, 2025).¹

De hecho, según el estudio llevado a cabo por la Oficina Nacional de Investigación Económica (NBER, por sus siglas en inglés), los usuarios de ChatGPT desde 2022, fecha de su lanzamiento, hasta julio del presente año representan alrededor del 10% de la población mundial adulta (National Bureau of Economic Research, 2025).² Así, casi 700 millones de personas han intercambiado más de 18.000 millones de mensajes con este *chatbot* alimentado por inteligencia artificial, utilizándolo principalmente para el cumplimiento de tareas, la redacción de documentos o la búsqueda de información.

En este contexto, una de las industrias que ha experimentado con mayor intensidad la revolución de la inteligencia artificial es la audiovisual. Anteriormente, en la producción de películas o series se utilizaban imágenes generadas por computadora o CGI;³ en las campañas de *marketing* se celebraban contratos con cantantes para utilizar sus canciones como *jingle* publicitario; se reconocía la labor de los actores de doblaje por su destreza y habilidad de comunicar no solo con el sonido de sus voces, sino también con la emoción de sus corazones; y en la radio, se remuneraba a los locutores que cada mañana nos levantaban anunciando las buenas y no tan buenas nuevas del día.

Ahora, la inteligencia artificial ha acelerado la generación de contenido creativo para la ejecución de obras, contribuyendo a la autorrealización de directores, productores, actores —artistas en el sentido más amplio de la palabra— y, por supuesto, todo ello para el disfrute de nosotros, los consumidores. Pero su proliferación tam-

1 Los titulares incluidos en el texto han sido parafraseados y adaptados del inglés al español. Su contenido original puede ser contrastado en los siguientes enlaces: <https://goo.su/3zuJB> y <https://goo.su/NUtHDA>

2 La Oficina Nacional de Investigación Económica (National Bureau of Economic Research) es un centro de investigación sin fines de lucro que realiza análisis de vanguardia sobre los principales temas económicos mundiales. Para obtener más información, puede revisar: <https://www.nber.org/about-nber>

3 Las siglas CGI significan *computer-generated imagery*, y se refieren al uso de *software* para crear o manipular personajes o escenarios dentro de imágenes o vídeos de manera sutil.

bién ha traído consigo la modificación, alteración e incluso clonación de voces e imágenes en la ejecución de obras.

Y es que, si bien el contenido generado a partir de inteligencia artificial no deja de ser innovador, por decir lo menos, también es cierto que ha generado la vulneración a derechos fundamentales como el derecho a la imagen y a la voz, e incluso al honor y a la buena reputación. Es así que estos nuevos desafíos sociales contemporáneos se deben traducir en normas y políticas públicas gestadas por los diversos operadores jurídicos, a fin de salvaguardar los derechos individuales y, por supuesto, el interés público.

A nivel internacional, existen múltiples casos en los cuales las imágenes y voces, en especial de artistas reconocidos, han sido tomadas y aprovechadas sin consentimiento alguno, menoscabando sus derechos fundamentales y afectando su trabajo. De este modo, tenemos el caso de las cantantes de género *pop* Rosalía y Taylor Swift, quienes durante 2023 y 2024, respectivamente, fueron víctimas del *deepfake* para manipular sus imágenes y difundir contenido pornográfico inexistente, pero con apariencia de real, en redes sociales.

Particularmente, el ordenamiento jurídico peruano cuenta con instituciones en sus distintos niveles que protegen el derecho a la imagen y a la voz de los individuos, precisando que su utilización no puede producirse si los titulares no otorgan autorización previa; y en el caso de los titulares fallecidos, si sus familiares o herederos no proporcionan el correspondiente asentimiento.

Por otra parte, en relación con las normas vinculadas a la utilización de la inteligencia artificial, tenemos la Ley 31814, Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país, de 2023, y su Reglamento, de setiembre del 2025. Ambas normas poseen un enfoque vinculado a la gobernanza eficiente, la transparencia de datos y la innovación tecnológica, y dentro de sus principios rectores incluyen la protección de derechos fundamentales y el respeto de los derechos de autor y derechos conexos. Sin embargo, su texto no aborda en profundidad los posibles daños derivados del uso de la inteligencia artificial.

Con base en lo anterior, es evidente que la protección jurídica que hoy se le otorga a la imagen y a la voz en el Perú resulta insuficiente para su defensa íntegra en un contexto de desarrollo tecnológico

acelerado, por lo que es necesario que las normas jurídicas evolucionen de la mano de la tecnología con el propósito de evitar y, en todo caso, reparar los daños provocados por la aplicación indebida de la inteligencia artificial.

Por consiguiente, partiendo de la experiencia extranjera y sin olvidar la tradición jurídica del *civil law*, el presente artículo pretende abordar el tratamiento jurídico local que se le puede dar a las controversias que surjan de la afectación a la imagen y a la voz de los artistas por el uso indebido de la inteligencia artificial, proponiendo una solución a partir de la reforma normativa y la cooperación interinstitucional.

2. La titularidad de los derechos de la imagen y la voz de las personas

2.1 El derecho a la imagen

Las personas somos sujetos de derecho en cuanto poseemos una serie de bienes de naturaleza distinta que deben ser protegidos por nuestro ordenamiento jurídico. Así, gozamos de bienes personales, como la vida o el honor; bienes patrimoniales, vinculados a la esfera económica del individuo; y bienes familiares o sociales, relacionados al poder que el individuo tiene en las diferentes organizaciones a las que se encuentra ligado (Wicht, 1959).

De esta manera, de dichos bienes deriva el nombre de los derechos que los protegen, como lo es el caso de los “derechos reales”, los “derechos de familia” o los “derechos de la persona”. Especialmente, estos últimos resultan la categoría más fundamental de protección de derechos, pues reúnen elementos como el nombre, la imagen y la voz, que hacen al individuo persona y que, por lo tanto, forjan su vida y personalidad.

Con relación a la imagen, este es un signo característico de nuestra individualidad, en tanto nadie puede ser despojado de esta y nos acompaña desde el inicio de nuestra existencia hasta el final de nuestros días. En cualquier caso, podríamos afirmar que esta muta con el paso de los años o con el sometimiento a procedimientos quirúrgicos, de presentarse tal situación, pero se mantiene como un elemento consustancial del cual no podemos ser desposeídos.

Sin embargo, la protección jurídica del derecho a la imagen es relativamente reciente, puesto que es a partir del siglo XIX, con el surgimiento de la fotografía, que los legisladores advierten la necesidad de tutelar este bien personalísimo del individuo.⁴ De hecho, extremando la idea de su protección, Azurmendi (1998) sostuvo que constituía una ilicitud el apropiarse de la imagen de otros, al punto de considerar un acto de legítima defensa arrebatarle la cámara a alguien y estrellarla contra el suelo para evitar la impresión de la propia imagen.⁵

Por su parte, el icónico jurista peruano Fernández Sessarego (2009), afirmó que el derecho a la imagen es un derecho que ha sido profundamente estudiado, pero que no termina de ser pacífico ni uniforme en su contenido en la doctrina. Por tal motivo, existen dos corrientes mayoritarias vinculadas a la protección de este derecho: los juristas que no admiten la existencia del derecho a la imagen y los juristas que sí la admiten.

La primera corriente, conformada por Schuster, Piola-Caselli, Josef Kohler, entre otros; argumenta que no se puede restringir o anular la exteriorización de la imagen, por lo que no se puede concebir un derecho de propiedad sobre la imagen, pues cada vez que uno se dirige al exterior, se está haciendo una *publicatio* y cualquiera podría libremente retratarnos (Wicht, 1959). Asimismo, este grupo considera que, de asignarle un derecho a la imagen, se estaría perjudicando al arte, pues sus ejecutantes no podrían inspirarse en sus congéneres para la creación de sus obras.

Por otro lado, la segunda corriente, que admite la existencia del derecho a la imagen, se subdivide a su vez en dos grupos: el que postula la admisión indirecta del derecho y el que postula su admisión directa. El grupo que cree en la admisión indirecta sostiene que el derecho al honor resulta en una institución lo suficientemente fuerte para proteger el derecho que los individuos tienen sobre su imagen (Wicht, 1959).

4 Sin perjuicio de lo descrito, antiguamente se retrataba a las personas con o sin su consentimiento, a través de pinturas, esculturas o grabados.

5 Esta afirmación nos remite a la película *El Padrino* (1972), en la que Vito Corleone, uno de los capos de la mafia, durante la escena del matrimonio de su hija, es retratado sin su consentimiento por un periodista, por lo que ordenó a su seguridad que le arrebatará la cámara y destruyera el negativo.

Y es que, para juristas como Francesco Ferrara, el derecho a la imagen carece de contenido, pues, ante una posible vulneración de la imagen, no se afecta directamente a esta, sino que es el honor o la reputación del individuo los que se ven menoscabados.⁶ En consecuencia, solo se podrá prohibir la publicación de la imagen propia cuando derive de una injuria u ofensa a la reputación de aquel que ha sido retratado.⁷

Por otra parte, el grupo que se encuentra a favor de la admisión directa de tal derecho explica que, dentro de los derechos del hombre, se encuentra su imagen, y si bien terceros pueden tener acceso a esta, debe ser pasible de protección a través de leyes que sancionen la utilización deshonesto o perjudicial de la imagen individual. Algunos de sus defensores han sido los maestros Ruiz y Tomás (1931) y Messineo (1954).

Una perspectiva más contemporánea del derecho a la imagen es la que nos otorga García Toma (1998), que comentó que el derecho a la imagen consiste en la facultad de las personas para autorizar, de manera onerosa o gratuita, o denegar que la manifestación exteriorizada de su personalidad (imagen) sea reproducida o difundida por los diversos medios de comunicación. De este modo, el fundamento de su protección radica en la autonomía del individuo sobre sí mismo.

Otra opinión es la de Flores (2006), que describió este derecho como la potestad de un individuo de evitar que se reproduzca su propia imagen por cualquier medio sin que otorgue su autorización, sea esta expresa o tácita. Además, afirmó que este derecho subjetivo posee dos vertientes: la positiva y la negativa.

La vertiente positiva nos faculta a imprimir, difundir, publicar o distribuir nuestra imagen para fines privados (álbum de fotos, retratos familiares, recuerdos de un viaje), pero también se vincula a la facultad de obtener beneficios económicos por la explotación

6 En otras palabras, el abogado se refiere a que nuestro rostro o cuerpo no se verá modificado de manera automática por el actuar malintencionado de un tercero, siendo que la imagen individual se mantiene como un elemento inalterable incluso en tales situaciones.

7 Otros doctrinarios como Ricca-Barberis (2018) admiten la existencia del derecho a la imagen como parte de la personalidad por constituir, a su criterio, parte de ella.

comercial de aquella (como lo es el caso de modelos, actores, actrices, figuras públicas que prestan su imagen para campañas o vídeos publicitarios).

Por otra parte, la vertiente negativa será entonces, la potestad que tiene el titular del derecho a la imagen para impedir su obtención, reproducción o difusión por parte de un tercero, sin que haya mediado previo consentimiento. De tal manera, si se produce un perjuicio al honor, a la reputación o a la privacidad por la divulgación de la imagen, será posible entonces su reparación por daño material o moral a través de la correspondiente indemnización.

Con base en lo anterior, entendemos que la imagen constituye la manifestación exterior y propia de la personalidad del individuo y que, por consiguiente, el ejercicio del derecho a la imagen consistirá en disponer libremente las representaciones de la propia imagen en cuanto se crea conveniente y en impedir que terceros exhiban o difundan nuestra imagen si es que resulta perjudicial para nuestro honor y/o reputación.

2.2 El derecho a la voz

El derecho a la voz se encuentra íntimamente ligado con la imagen personal, en el sentido de que ambas representan nuestra personalidad y, por consiguiente, permiten identificarnos. Y es que, aunque separadas, para la abogada Zavala de González (2011) la voz es el “segundo rostro de una persona” (p. 16), incluso si aquella no se encuentra presente.

Por su parte, García Toma (1998) describió que la voz está constituida por sonidos que permiten la emisión de expresiones orales, cánticos, gritos y silbidos. Así, es digna de protección jurídica en cuanto, al igual que la imagen, es única e irremplazable y permite identificar y diferenciar a los hombres.

Al igual que la imagen, el tratamiento jurídico de la voz es relativamente reciente. A propósito de ello, Rescigno (1986) expuso que el derecho a la voz se encuentra dentro del catálogo de los derechos de la personalidad y es una adquisición reciente de la doctrina comparada que cobra especial relevancia en el caso de los cantantes, narradores, locutores e incluso declamadores.

De igual manera, para los colombianos Valencia Zea y Ortiz (2011), el derecho a la voz se manifiesta en las siguientes direcciones: (i) la voz de cantantes para reproducción, difusión o venta; (ii) la voz de oradores, recitadores y expositores, que no puede ser reproducida sin su consentimiento o sin el de sus familiares en caso de haber fallecido; y (iii) la voz de conversaciones privadas, que tampoco puede ser reproducida sin el asentimiento del titular o el de sus familiares en caso de defunción.

De hecho, el jurista De Verda y Beamonte (2017) opinó que la voz no se vincula únicamente al derecho de la propiedad intelectual que surge de obras que utilizan la voz y le otorgan expresión, sino que también constituye un atributo específico de la personalidad que merece ser protegido como un derecho distinto al de la imagen. En consecuencia, su afectación dará lugar a un resarcimiento a favor del titular perjudicado, cuya atribución de responsabilidad estará ligada a lo previsto por el legislador civil y, en caso de interposición de un recurso de amparo, a las normas procedimentales constitucionales correspondientes.

Por otra parte, la voz también se encuentra vinculada a derechos como la privacidad, puesto que su uso en las conversaciones implica intimidad y compete a la persona que emite la voz y al receptor del mensaje, y que esta no sea distorsionada para perjudicar a su titular. Por tal razón, para juristas como Julia Ammerman (como se citó en Rubí, 2021), la voz merece un régimen de protección autónomo y diferenciado del de la imagen, sobre todo cuando la intromisión de terceros verse sobre materias diferentes a las publicitarias o comerciales.

Ammerman (2021) sostuvo que el ordenamiento jurídico español, en su Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, incluye de manera expresa o tácita supuestos de intromisiones ilegítimas al derecho a la voz. Tal es el caso de la utilización de aparatos de escucha o de filmación que captan la voz para su reproducción no consentida o con fines comerciales, publicitarios o de naturaleza análoga, así como la imitación defraudatoria, que puede conllevar a la confusión respecto a la identidad del titular de la voz.

En resumidos términos, el derecho a la voz es parte del catálogo

de derechos de la personalidad y es autónomo a la imagen, dándole vida a la comunicación entre las personas. De este modo, el derecho a la voz le permite a su titular decidir qué uso darle, oponerse a su capitación o reproducción sin autorización y accionar ante supuestos en los que se induzca a la confusión o se presente un menoscabo a su honor y/o reputación.

2.3 El valor económico del derecho a la imagen y voz de terceros

En la política nacional, el derecho a la imagen y la voz se encuentran recogidos en el artículo 2, inciso 7 de la Constitución Política de 1993, que establece que toda persona tiene derecho:

Al honor y a la buena reputación, (...) a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

De manera similar, el artículo 15 del Código Civil de 1984 dicta que la imagen y la voz de las personas no pueden ser aprovechadas sin el consentimiento previo y expreso de su titular o, en el caso de estar difunto, con el asentimiento de sus familiares. En específico, para los casos de personas notorias por el cargo que desempeñen, hechos de importancia, interés público o índole científica, didáctica o cultural, la norma dispone que dicho asentimiento no es necesario, salvo que se atente contra el honor, el decoro o la reputación del titular.

Consideramos apropiado citar también el artículo 686 del Código Procesal Civil de 1993, el cual nos precisa que, cuando un demandante pretende el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad personal o familiar y/o la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o voz propia, el juez encargado puede dictar la medida que considere necesaria para la circunstancia en particular.

Como se deslinda de los cuerpos jurídicos sustantivos y adjetivos citados precedentemente, la tutela que se le brinda al derecho a la imagen y a la voz en el Perú es a través de un tratamiento conjunto

y equivalente, reconociendo que terceros pueden afectar a sus titulares. De esta manera, rige una especie de principio general bajo el cual ni la imagen ni la voz podrán ser aprovechadas sin el asentimiento de su titular, pues, de lo contrario, los infractores serán atribuidos con responsabilidad civil.

A partir de esta regulación, la interrogante que nos surge es cuál es el componente económico-financiero que yace en la utilización de la imagen y la voz. Y es que, en párrafos precedentes, citábamos que el titular del derecho a la imagen o a la voz tiene la facultad de decidir qué uso darles, siendo que las relaciones jurídico-patrimoniales contemporáneas que tengan por objeto la utilización de la imagen y/o la voz de su titular traerán consigo una contraprestación a su titular.

En ese sentido, afirmamos que el valor económico del derecho a la imagen y a la voz radica en que ambos elementos consustanciales a nosotros pueden ser explotados económicamente. Así, contamos con plena capacidad de celebrar contratos para disponer de ellos; sea una sesión fotográfica, una campaña publicitaria o un vídeo para redes sociales, el acto jurídico llevado a cabo depende de nosotros como titulares, por lo que, de vulnerarse los términos establecidos en el contrato, se podrá pedir su nulidad.

3. La inteligencia artificial y la industria audiovisual

3.1 La inteligencia artificial

En el subacápite anterior, explicábamos que el surgimiento de la inteligencia artificial y su aplicación en las diversas industrias traen consigo nuevos supuestos de afectación al derecho a la imagen y a la voz. De esta forma, nos cuestionamos qué tan suficientes resultan las normas peruanas vigentes para hacerle frente a esta nueva tecnología en la industria audiovisual.

Así, para poder comprender mejor cómo es que se pueden presentar escenarios en los que se vulnere el derecho a la imagen y la voz, debemos partir explicando qué es la inteligencia artificial o IA, cuáles son sus características, cómo funciona y cuál es su vínculo con la industria audiovisual.

En primer lugar, McCarthy (2007) señala que la inteligencia artificial es el estudio que les permite a las máquinas ser inteligentes,

siendo que, a través de algoritmos, pueden percibir, razonar y actuar en función a la utilidad para la cual han sido diseñadas. Así, la IA emula el cerebro humano y crea un símil de nuestra red neuronal, nutriéndose de los estímulos que percibe en su medio para poder resolver problemas, sobre todo aquellos que resultan realmente complejos para el hombre.

Lo anterior se condice con lo afirmado por Russell y Norvig (2004), quienes sostienen que la IA es un agente racional cuya programación tiene un enfoque basado en las leyes de pensamiento. De esta manera, se busca que la máquina pueda hacer inferencias correctas de acuerdo con los incentivos que recibe del mundo exterior, permitiendo que, al encontrarse ante una situación específica, cuente con experiencias y conocimiento para poder actuar con base en las conclusiones que obtuvo en el pasado.

Al respecto, el Grupo de Expertos en Inteligencia Artificial la Comisión Europea⁸ (AI HLEG, por sus siglas en inglés) definió a la IA como el conjunto de sistemas diseñados por humanos que se caracterizan por realizar comportamientos inteligentes y autónomos para lograr objetivos específicos (High-Level Expert Group on Artificial Intelligence of The European Commission, 2019). Tales sistemas pueden presentarse puramente en *software* y actuar en el entorno digital o integrarse en dispositivos de *hardware*.

Con relación al *software*, están los motores de búsqueda (Google, Bing o Yahoo Search), asistentes de voz (Siri, Alexa o Bixby), programas de análisis de imágenes (Microsoft Azure AI Vision u Oracle), sistemas de reconocimiento facial y de voz (TrueFace o BioID), mientras que en el *hardware* se encuentran los robots, los coches autónomos (Tesla), drones o aplicaciones de internet.

Con base en lo expuesto, podemos afirmar que el término “inteligencia artificial” incluye distintas acepciones que hacen referencia a cómo en el campo de la informática se configuran máquinas para pensar y resolver problemas complejos de manera similar al proceso cognitivo de los humanos. Por lo tanto, aquellas serán capaces de aprender de sus errores y perfeccionar su raciocinio para dar una mejor respuesta en los diferentes escenarios que se les presenten.

8 La Comisión Europea es un órgano ejecutivo de la Unión Europea crea-

3.2 La evolución de la industria audiovisual

Tradicionalmente, suele confundirse lo “audiovisual” con medios como la televisión —e incluso, erróneamente, con la radio—. Sin embargo, este término es más amplio e incluye a todo medio que se vale de la imagen y el sonido, en conjunto, para ser comunicado. Tal es el caso de servicios como el vídeo bajo demanda,⁹ la producción, la edición, la distribución o la emisión de contenido (European Audiovisual Observatory of The Council of Europe in Strasbourg, 2024).

De acuerdo con Onaindia y Madedo (2013), se trata de una industria que combina dos aspectos que podrían parecer opuestos. Por una parte, la industria —vinculada a la producción de bienes— y, por otra, la cultural —por ser una actividad que genera impacto social a través de contenido simbólico, político e histórico—.¹⁰ Es, entonces, producto de tales características, que cobra especial relevancia en el ámbito jurídico, como analizaremos más adelante.

Ahora bien, la industria audiovisual también es un macrosector que agrupa no solo la producción de contenidos, sino también las telecomunicaciones, los medios de comunicación social y, más recientemente, el internet y las plataformas digitales (Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, 2005). La clasificación a continuación ilustra cómo ha ido superando sus primeras manifestaciones “tradicionales” y alcanzado mayor desarrollo tecnológico:

a. *Producción de contenidos*: se refiere a los sistemas tradicionales de

do en 1958, responsable de desarrollar propuestas legislativas y de aplicar las decisiones del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea. Consultar: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-commission_es

- 9 Los servicios de vídeo bajo demanda (VOD, por sus siglas en inglés) son aquellos que les permiten a los usuarios disfrutar de contenido audiovisual sin una programación específica, siendo solo necesario contar con acceso a internet en su dispositivo. Algunos de ellos son Netflix, Amazon Prime, Hulu y MUBI, entre otros.
- 10 Para los autores, el proceso histórico de una sociedad se condice con lo representado en sus producciones audiovisuales, pues se reúnen historias y personas para representar y crear una conciencia colectiva en un momento específico.

exhibición audiovisual, a través de soportes físicos como DVD o cintas de vídeo. También incluye a los videojuegos, que no son netamente audiovisuales, sino multimedia.

- b. *Telecomunicaciones*: incluye servicios de radiodifusión o televisión, que, como mencionábamos en anteriores líneas, asociamos casi de manera automática con lo audiovisual.
- c. *Medios de comunicación social*: se refiere a la telefonía y a sistemas que procesan datos para ofrecer contenidos audiovisuales a sus usuarios. Por ejemplo, el xDSL (bucle de abonado digital asimétrico), la tecnología 3G o el cable.
- d. *Internet y plataformas digitales*: es el método más novedoso y versátil, que se ha convertido en un candidato para el reemplazo de los otros sistemas audiovisuales antes mencionados.

En Perú, la industria audiovisual floreció allá por la década de 1970, siendo uno de los países de Sudamérica con mayor presencia de la televisión y la radio y la aparición de críticos, cineclubes y cines de barrio. Así, el rol del Estado peruano para impulsar la actividad audiovisual se vio fortalecido mediante la creación del Consejo Nacional de Cinematografía (CONACINE) hasta 2011 y, posteriormente, la Dirección del Audiovisual, la Fonografía y los Nuevos Medios (DAFO) (Onaindia y Madedo, 2013; Tamayo y Hendrickx, 2013).

Actualmente, la Ley 32309, Ley que crea incentivos económicos y fiscales para el fomento de las actividades cinematográfica y audiovisual del Perú, promulgada en abril de 2025, dispone que es deber del Estado fomentar actividades audiovisuales, procurando su desarrollo integral, sostenido e inclusivo. En ese sentido, es el Ministerio de Cultura (MINCUL) el encargado de promover las producciones nacionales y potenciar su reputación, así como fomentar actividades audiovisuales y disponer un plan anual para el fomento de la actividad cinematográfica en el país.

Ahora bien, en términos de avances tecnológicos, la IA se está aplicando a la industria audiovisual debido a que esta última se encuentra estrechamente ligada al entretenimiento. Tal es el caso del cine y la televisión, así como de determinadas expresiones musicales, teatrales y de espectáculos en vivo que incorporan componentes audiovisuales. Por ello, surge la necesidad de adaptar el sector audio-

visual a las nuevas tecnologías, a fin de ganar tiempo y ahorrar costos en la preproducción, producción y posproducción de imágenes, vídeos o metrajes, así como en la elaboración de guiones, pautas e incluso mejorar la escenografía del lugar en el que se graba.

De acuerdo con Torres y León (2024), hoy por hoy la inteligencia artificial ha demostrado ser efectiva en la automatización de tareas en la industria audiovisual. La edición de vídeos, la sincronización de los sonidos o la generación de efectos especiales son algunos de estos ejemplos. En el caso de posproducción, la IA contribuye a través del reconocimiento de rostros, escenas y datos para evaluar las reacciones del público cuando se muestra el filme a un grupo antes de comercializarlo.

Por su parte, Medón (2024) opinó que la industria audiovisual, lejos de ser un sector del mercado que queda ajeno a la llamada “Revolución 4.0”, se ha convertido en uno de los principales afectados por la incorporación de la inteligencia artificial en la elaboración de largos y cortometrajes, vídeos, imágenes, fotos y demás contenido captado a través de los lentes de una cámara.

Sin embargo, la autora advierte también la necesidad de que el Estado regule o limite la aplicación de la inteligencia artificial en la industria audiovisual, puesto que se están presentando situaciones en las que se está afectando el derecho a la imagen y voz de terceros. Solo por citar un ejemplo, tenemos la utilización de la voz de Bad Bunny para crear pistas sin su consentimiento en 2023, que se volvieron tendencia en redes sociales.

En suma, la aplicación de la inteligencia artificial es una realidad en la industria audiovisual, donde los potenciales afectados son actores, cantantes, artistas de voz, directores, productores, pues se enfrentan al desafío de seguir produciendo y difundiendo contenido creativo y novedoso sin tener que sacrificar sus derechos a la imagen y voz.

3.3 La normativa del sector audiovisual en el Perú

El Decreto Legislativo 822, la Ley de Derechos de Autor, promulgada el 24 de abril de 1996, dispone en su artículo 2, inciso 19 lo siguiente:

Artículo 2.- A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente: (...)

19. Obra audiovisual: Toda creación intelectual expresada mediante una serie de imágenes asociadas que den sensación de movimiento, con o sin sonorización incorporada, susceptible de ser proyectada o exhibida a través de aparatos idóneos, o por cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene, sea en películas de celuloide, en videogramas, en representaciones digitales o en cualquier otro objeto o mecanismo, conocido o por conocerse. La obra audiovisual comprende a las cinematográficas y a las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía.

Asimismo, la norma sectorial, en su artículo 5, indica que las obras audiovisuales son pasibles de protección, y más específicamente en su artículo 58 indica la presunción de coautoría en las obras audiovisuales, que incluye al director o realizador, al autor del argumento, al autor del guion o diálogos, al autor de la música compuesta como banda sonora para la obra y al dibujante (aplicable para metrajés animados).

Por otra parte, en su artículo 168, la Ley de Derechos de Autor peruana dispone que la autoridad nacional responsable de proteger el derecho de autor y los derechos conexos en vía administrativa es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

De esta manera, el organismo cuenta con autonomía técnica, administrativa y funcional para resolver en primera y segunda instancia administrativa (Comisión de Derecho de Autor y Sala Especializada en Propiedad Intelectual, respectivamente) las denuncias de parte o las acciones de oficio iniciadas por la presunta infracción a los derechos de autor y conexos.¹¹

En concordancia con lo anterior, la norma precisa en su artículo 173 que, independientemente de las acciones civiles y penales que se puedan interponer ante las autoridades judiciales competentes, los

11 Otra de las funciones del INDECOPI, específicamente de la Dirección de Derecho de Autor, es llevar el Registro Nacional del Derecho de Autor y Derechos Conexos, en donde se registran las obras intelectuales a fin de que

titulares de derechos de autor pueden denunciar la infracción de sus derechos ante el INDECOPI.

Como se puede evidenciar, la protección que brinda el ordenamiento jurídico peruano al derecho a la imagen y a la voz resulta insuficiente ante el surgimiento de una nueva problemática que desafía las formas o modalidades “tradicionales” en las cuales podrían presentarse afectaciones a estos derechos, como bien podría ser el uso de nuestra imagen sin autorización en un programa de cámara escondida o de nuestra voz para la publicidad de un producto en la radio.

Y es que, si bien las figuras públicas eran las más “propensas” a la afectación de su derecho a la imagen y a la voz por compartirlas en medios de comunicación, la contemporaneidad nos ha traído un potencial riesgo que debe ser controlado, pues la inteligencia artificial facilita la captación, modificación y difusión de nuestra imagen y voz de manera más rápida y con información que puede encontrarse fácilmente en internet o redes sociales.

Así, la masificación del uso de la inteligencia artificial y el peligro que radica el ejercicio de la libertad de expresión sin límites de los usuarios de internet tiene como consecuencia la afectación al derecho a la imagen y a la voz por su aplicación indebida, en especial en la industria audiovisual, siendo necesario emitir regulaciones sólidas y correctamente fundamentadas que puedan controlarlo.

4. La inteligencia artificial para la generación de contenido audiovisual

4.1 Los usos ventajosos de la inteligencia artificial como herramienta en la industria audiovisual

4.1.1 Elaboración de guiones

En promedio, un guionista profesional demora alrededor de doce semanas en la elaboración de un guión después de recibir las indicaciones de la casa productora (Sun, 2024). Además, tras observaciones y recomendaciones, el borrador final toma de dos a tres semanas adicionales en las grandes producciones.

Con el uso de la inteligencia artificial, ese tiempo se reduce hasta en una hora, permitiéndole al guionista crear un mejor producto.

los titulares tengan constancia de los derechos que les corresponden.

De este modo, la IA genera mayor eficiencia mejorando los guiones de películas o series, o las pautas de metrajes medianos o cortos, y ofreciendo a la audiencia giros inesperados para su satisfacción.

4.1.2 Preproducción

Esta es la etapa más desgastante en términos de tiempo y esfuerzo, pues se deben organizar las agendas de los artistas, revisar la disponibilidad de locaciones, solicitar los permisos necesarios si se trata de espacios públicos, entre otras labores. Ante ello, Ghosh (2023) ve como oportunidad que la IA sugiera escenarios en donde filmar y cree cronogramas compartidos entre los miembros de la filmación para que no se produzcan cruces de horarios.

4.1.3 Casting

A criterio de Tsiavos y Kitsios (2025), la conducción de *castings* para artistas puede ser más eficiente en términos de tiempo y costos mediante el uso de inteligencia artificial. Mediante la utilización de un *software* con un algoritmo adecuado, se pueden analizar las expresiones de los actores en su vídeo de prueba y reducir la muestra, con el objetivo de que los directores de reparto puedan hacer una selección final más certera de acuerdo con el perfil que buscan.

4.1.4 Edición y tráileres

Los algoritmos pueden ser utilizados para mejorar el sonido y calidad de los cortos que forman el metraje, así como para crear animaciones e incluso automatizar la creación de tráileres para realzar las virtudes del filme y generar mayor expectativa en los consumidores de acuerdo con las tendencias del mercado (Gavran et al., 2025).

A propósito de lo comentado, en 2016 se publicó el tráiler de la película de horror *Morgan* del estudio de cine 20th Century Fox, que fue creado a partir de la supercomputadora Watson de la compañía IBM (Ghosh, 2023).¹²

12 Para visualizar el tráiler de Morgan (2016) ingresar en: <https://www.youtube>.

4.1.5 Banda sonora

Para Ghosh (2023), la música también puede ser mejorada a partir de la inteligencia artificial, basándose en el género de la película y su trama y, en nuestra opinión, buscando evocar mayores emociones en el público espectador. Un ejemplo de música creada a partir de IA es la canción pop al estilo de los Beatles desarrollada por la compañía Sony en 2016 denominada *Daddy's Car*, en uso de su *software* Flow Machines.

4.1.6 Marketing

Según Calva et al. (2024), en las campañas publicitarias la implicancia de la IA se vincula directamente con la adopción de narrativas alineadas a los datos disponibles sobre los gustos de los consumidores, transformando la manera de contar historias.

Por otra parte, en el caso del *marketing* aplicado a metrajes, la publicidad que se le otorgue a la pieza audiovisual es igual de importante que la pieza final en sí misma, y puede incluso determinar su éxito en la taquilla. En tal sentido, la inteligencia artificial puede ayudar a los productores y artistas a organizar reuniones con los fans y mostrar adelantos de la película, analizando las preferencias del público en términos geográficos y demográficos (Ghosh, 2023).

4.1.7 Posproducción

El uso de la inteligencia artificial en la etapa final de la producción de un metraje permite lograr en menos tiempo la edición de la pieza final, la corrección de los efectos especiales, la ecualización de audios, la mejora del CGI utilizado e incluso la reducción de escenas (Liu, 2024). Además, Gavran et al. (2025) comentan que existen hallazgos que demuestran que la IA facilita la organización y la recuperación de recursos multimedia, especialmente en contextos en donde se cuenta con archivos audiovisuales pesados y su administración es compleja.

Habiendo repasado algunas de las aplicaciones de la inteligencia

artificial a la industria audiovisual que trae consigo grandes ventajas para todos los actores involucrados, como mayor eficiencia, reducción de costos, ahorro de tiempo y aumento de ingresos, surgen preocupaciones válidas por parte de este sector con relación a cuestiones como la seguridad en los puestos de trabajo, los salarios competitivos y la preservación de la autonomía de los artistas.

Tal es el caso de las huelgas de guionistas y actores estadounidenses llevadas a cabo de julio a diciembre de 2023.¹³ En ambas protestas, el foco principal fue el uso de la inteligencia artificial para el cumplimiento de tareas que normalmente realizarían actores y guionistas pagados, por lo que, el pedido principal fue la renegociación de los contratos celebrados con grandes empresas productoras de la industria audiovisual como Amazon, Disney, NBC Universal, Paramount Global y Warner Bros, entre otros (Isidore, 2023).¹⁴

En el siguiente apartado, describiremos cuáles son esos usos indebidos de la inteligencia artificial que han perjudicado a los artistas vinculados al sector audiovisual.

4.2 La aplicación indebida de la inteligencia artificial para la generación de contenido audiovisual con la imagen y la voz de terceros

4.2.1 Clonación de voz

La clonación de voz mediante inteligencia artificial permite generar réplicas de voces humanas, enfocándose en la entonación, timbre y estilo de la persona titular de la voz. Con esta técnica, los productores y artistas pueden emular voces ya existentes, pero también crear nuevas, permitiendo flexibilidad creativa y la posibilidad de ahorrar recursos económicos.

Al respecto, Fernández (2025) opina que, si bien la clonación de

13 La protesta de la asociación de guionistas, Writers Guild of America (WGA), se mantuvo hasta octubre de 2023, mientras que la del colectivo de actores, la Screen Actors Guild-American Federation of Television and Radio Artists (SAG-AFTRA), se extendió hasta inicios de diciembre.

14 La Alliance of Motion Picture and Television Producers (AMPTP) es la asociación que representó a las empresas de cine y televisión en las negociaciones colectivas llevadas a cabo con los actores y guionistas.

voces representa una producción más robusta, creativa y con mayor impacto cultural porque con ella se abaratan costos de producción, también puede simbolizar un peligro y vulneración para los artistas o sus familiares (en el caso de aquellos artistas que han fallecido) que no han otorgado su consentimiento para el uso de su voz.

4.2.2 Síntesis de imágenes a partir de texto

La síntesis de imágenes funciona a partir del aprendizaje automático y del aprendizaje profundo. Los datos que obtiene la inteligencia artificial se procesan mediante el aprendizaje profundo o *deep learning*, produciendo imágenes de alta calidad (Albar, 2024). A través del *prompt* o comando escrito, que es el texto de entrada, la inteligencia artificial procesará lo solicitado por el usuario y lo formulará en forma de imagen.

Al respecto, Lara (2023) comentó que esta herramienta también se ayuda de otras herramientas secundarias para ser más eficiente, como el caso de la mejora o repetición del texto que se le remite a la inteligencia artificial con el objetivo de que pueda entender mejor la instrucción y crear una imagen que se ajuste a lo solicitado, permitiendo que los actores del medio audiovisual exploren su creatividad.

4.2.3 Deepfake

Según Trujillo (2024), los vídeos *ex novo* o *deepfakes* son contenidos audiovisuales que aparentan ser reales, pero que han sido manipulados para hacer que las personas protagonicen situaciones o pronuncien diálogos que nunca ocurrieron. La inteligencia artificial procesa, analiza y emula las expresiones faciales, los gestos y la voz de las personas, a fin de que su modelo generativo cree nuevos movimientos o sonidos que el programador desea incluir en este nuevo vídeo y que un segundo modelo determine si el contenido generado por el primero resulta lo suficientemente realista.

De esta manera, se crea contenido falso que, ante los ojos de una persona no familiarizada con el uso de la inteligencia artificial, toda información proveniente de los *deepfakes* será percibida como verdadera. Así, esta herramienta se torna en un peligro, pues es de fácil

acceso para los usuarios de internet y ha experimentado una notable proliferación durante los últimos años, lo que ha permitido su utilización casi instantánea y sin coste.

Por su parte, Dueñas y Jiménez (2025) opinaron que, si bien la técnica del *deepfake* puede representar nuevas posibilidades de expresión artística, su uso antiético trae consigo campañas de desinformación (*fake news*) y la contribución a la ignorancia de un cibernauta expuesto a contenido respecto del cual no necesariamente hará una doble verificación para saber si es real o no.

4.3 Casos en los que se ha utilizado inteligencia artificial para manipular la imagen y/o la voz sin previa autorización de su titular

4.3.1 Anil Kapoor y Arijit Singh vs. ciudadanos (2024)

Anil Kapoor, un reconocido actor indio, obtuvo la victoria en los tribunales de Nueva Delhi contra un grupo de ciudadanos que aprovechó su imagen y voz sin previo consentimiento. El protagonista de múltiples filmes de *Bollywood* interpuso una demanda contra un grupo de ciudadanos después de que diversas imágenes, vídeos, sonidos y *gifs* fueran manipulados con inteligencia artificial en utilización de su imagen y voz.

De manera similar, el Tribunal Superior de Bombay le concedió al cantante indio Arijit Singh una medida cautelar debido a que una plataforma en uso de inteligencia artificial imitó su voz y utilizó su imagen sin su consentimiento y para fines comerciales (Rajvanshi, 2024).

4.3.2 Herederos de George Carlin vs. Dudesy Podcast (2024)

Esta fue una de las primeras demandas vinculadas a la utilización de *deepfake* con la voz de artistas fallecidos en Estados Unidos. Lo que ocurrió fue que la familia del fallecido comediante George Carlin demandó a los propietarios del *podcast* Dudesy por haber utilizado inteligencia artificial para imitar la voz del artista.

Afortunadamente, los involucrados llegaron a un acuerdo, por lo que los creadores del *podcast* se comprometieron a eliminar el

contenido que vulneraba el derecho a la voz del difunto comediante (Robins-Early, 2024).

4.3.3 Artistas de voz vs. Congreso mexicano (2025)

En julio de 2025, diversos artistas de voz (actores de doblaje, locutores, creativos, entre otros) se manifestaron para exigir que el Congreso mexicano aprobara normas vinculadas al uso de la voz. Los artistas comunicaron su preocupación por el avance acelerado de la inteligencia artificial, pues la clonación no autorizada de sus voces es una realidad que no solo amenaza sus carreras como artistas, sino que también vulnera sus derechos fundamentales.

La situación que gestó la protesta fue la utilización de la voz clonada del fallecido narrador y doblador “Pepe” Lavat por parte del Instituto Nacional Electoral (INE). La entidad pública no pidió autorización a los familiares del difunto artista, generando indignación por parte de actores del medio, como Alfonso Obregón, quien hace la voz del personaje Shrek en español latino.

Por su parte, la Asociación Mexicana de Locutores Comerciales (AMELOC) presentó un proyecto de ley a la Cámara de Diputados que pretende proteger la identidad vocal de los artistas, con el propósito de que se la reconozca como propiedad intelectual, se penalice la clonación de voces y que existan reglas claras acerca del beneficio económico que recibirían los titulares del derecho a la voz (Olivares, 2025).

4.3.4 Locutores chilenos vs. usuarios de internet (2025)

El locutor chileno Fernando Solís comentó en un telediario que su voz había sido utilizada por cibernautas para replicarla en un programa de radio que difundía música por internet. Comentó que no demandó en su momento porque no le pareció importante, pero que, tras el rápido desarrollo de esta tecnología, es una situación que ahora es imposible de ignorar (24 Horas TVN Chile, 2025).

Por su parte, Luis Alberto Villegas, presidente de Chilevoces, asociación gremial de artistas de voz, sostuvo que muchas empresas toman registros vocales de pruebas de *castings* para entrenar inteligencias artificiales o clonar aquellas voces, tornándose en un verdadero

peligro para los artistas de voz, atentando no solo contra su trabajo, sino también contra su dignidad y derechos fundamentales.

4.3.5 Lovo vs. Lehrman y Sage (2025)

Lovo Inc. es una *startup* con sede en Estados Unidos que provee servicios para transformar textos en mensajes con voz generada por inteligencia artificial, para lo cual cuenta con 500 voces diferentes y 100 idiomas. Asimismo, permite la edición de vídeos en pocos minutos.

En julio de este año, la compañía fue demandada por los actores de voz Paul Lehrman y Linnea Sage, debido a que utilizó sus grabaciones para crear clones de sus voces sin autorización previa ni compensación monetaria. Así, el tribunal admitió la demanda de manera parcial, pues desestimó la presunta infracción de derechos de autor que los actores alegaron (TFL Media, 2025).

En ese sentido, a la justicia federal del estado de Nueva York le tocará sentar un precedente respecto a cómo se debe proceder en los casos en los cuales un *software* replica la voz de una persona y qué compensación recibirá la persona afectada, en una industria en la que empresas como la demandada reducen el acceso al mercado laboral de los actores de voz.

5. El derecho como instrumento para hacerle frente al uso indebido de la inteligencia artificial por la generación de obras con la imagen y la voz de terceros

5.1 Derecho comparado

5.1.1 El caso de Dinamarca

En junio de 2024, el Parlamento de Dinamarca presentó un proyecto de ley destinado a modificar la Ley de Derechos de Autor (*Lov om ophavsret*), así como la Ley de Instituciones de Educación Artística dependientes del Ministerio de Cultura (*Lov om videregående kunstneriske uddannelsesinstitutioner under Kulturministeriet*), con el objetivo de hacerles frente a los nuevos desafíos tecnológicos que trae consigo la utilización de la inteligencia artificial (Gutierrez, 2024). De esta manera, tras el proceso legislativo correspondiente, la norma fue aprobada en junio del presente año.

Entre las principales reformas introducidas, destaca la incorporación del mecanismo de licencia colectiva extendida para los supuestos de minería de textos y datos y para el entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial. Este modelo les permite a los titulares de derechos de autor percibir una remuneración por el uso de sus obras en procesos de entrenamiento algorítmico, incluso cuando dicho uso no implica la reproducción tradicional o difusión directa de las obras protegidas.

La licencia colectiva extendida (ECL, por sus siglas en inglés) es una institución jurídica que —como su mismo nombre lo indica— extiende los efectos de una licencia otorgada por un organismo de gestión colectiva a obras cuyos titulares no se encuentran necesariamente representados por dicho organismo, pero sin afectar sus derechos patrimoniales, en tanto se les garantiza el pago de una remuneración equitativa por el aprovechamiento de sus obras (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2023).

Por otra parte, la norma dispone la posibilidad de que los titulares sean parte de una mediación, a fin de llegar a un acuerdo respecto al monto dinerario correspondiente a la licencia colectiva extendida por la utilización de la obra. Incluso, la ley precisa el uso de este tipo de licencia para la televisión, la radiodifusión y los servicios *on-demand*, a fin de que los titulares de derechos de autor y conexos puedan explotar sus obras mientras los usuarios disfrutan de contenido audiovisual sin perjudicar a sus creadores.

Pero más allá de las modificaciones antes comentadas, la novedad más grande que se gesta en esta norma es que el ordenamiento danés se vale de instituciones y técnicas propias del derecho de autor para tutelar datos biométricos como imagen, voz y cuerpo e incluso gestos, movimientos corporales y estilos de interpretación en entornos digitales (Universiteit Leiden, 2025). En ese entendido, la utilización indebida de la inteligencia artificial para alterar la voz y/o imagen del rostro o cuerpo de un tercero sin autorización dentro del ciberespacio constituye una infracción legal pasible de ser sancionada, lo cual habilita a los afectados a solicitar la eliminación inmediata del contenido no autorizado, así como una indemnización por los daños ocasionados.¹⁵

15 Cabe destacar que la ley contempla excepciones para el uso de la inteligencia

Al respecto, Ramos (2025) comentó que el Estado tomó la decisión de modificar las normas en virtud de la creciente ola de contenido generado por *deepfakes*, como propaganda, publicidad comercial, vídeos pornográficos o material audiovisual fraudulento. Además, la ley coincide con el borrador del Proyecto de Informe sobre derechos de autor e inteligencia artificial generativa (GenAI), documento que insta a los países miembros de la Unión Europea (UE) a fortalecer sus marcos legales y proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Por tal motivo, se pretende que la norma se convierta en un ejemplo de marco aplicable en el resto de los países integrantes de la UE.

De hecho, el Ministro de Cultura, Jakob Engel-Schmidt, declaró a *The Guardian* que esperaba que la normativa enviara un mensaje inequívoco de que todas las personas tienen derecho a su apariencia y su voz (Bryant, 2025). De igual manera, expresó su interés por promover iniciativas similares en el resto de Europa durante el segundo semestre de 2025, periodo en el que Dinamarca ha estado asumiendo la presidencia del Consejo de la Unión Europea.

Otro dato interesante de la nueva ley es que se vincula con el Reglamento de Servicios Digitales (DSA, por sus siglas en inglés) de la Unión Europea, que les exige a las empresas actuar de manera inmediata ante la publicación de contenido ilegal so pena de imposición de multas severas (Fleck, 2025). Cabe precisar que no se sanciona a los usuarios que compartan contenido ilegal —siempre y cuando desconozcan su carácter ilícito—, siendo así que el deber de diligencia se impone a las empresas.

Esta ley, primera en su género a nivel internacional, cambia la concepción tradicional de derechos de autor al emplear sus instituciones para regular la explotación de elementos personales como el cuerpo y la voz, razón por la cual ha sido blanco de críticas por parte de diversos expertos en la materia. Por ejemplo, a juicio del especialista en propiedad intelectual Luca Schirru, los *deepfakes* deberían ser neutralizados mediante instituciones jurídicas vinculadas a los derechos de la personalidad, pues engloban el honor, la intimidad y la dignidad humana (Fleck, 2025).

artificial —como la parodia, la sátira o la producción de contenido educativo audiovisual— con el propósito de no limitar la expresión y creación artística.

De manera similar, Alice Lana, miembro de la Junta Directiva del Instituto Observatório do Direito Autoral (IODA) y Creative Commons Brasil, sostiene que la medida distorsiona el propósito de los derechos de autor, pues, a partir de ella, surge la duda de si un rostro humano podría ser considerado una “creación original” (Fleck, 2025).

Somos de la opinión de que el régimen danés resulta atractivo para los países de tradición romano-germánica, pues se sirve de herramientas propias del derecho de autor para regular la explotación audiovisual de datos biométricos como la imagen, la voz y el cuerpo de las personas en entornos digitales, a fin de que la utilización indebida de la inteligencia artificial para alterar la voz, imagen, cuerpo, entre otros, de un tercero y sin autorización sea un supuesto de infracción legal.

Sin perjuicio de ello, pretender adaptar este modelo en el ordenamiento jurídico peruano, donde el tratamiento de la voz, el cuerpo y la imagen se enmarca, en principio, dentro de la categoría de los derechos fundamentales de la personalidad, resultaría problemático debido a las tensiones conceptuales que genera la utilización de categorías propias del derecho de autor para tutelar bienes que, tradicionalmente, no se conciben como creaciones intelectuales ni como objetos de explotación patrimonial.

A nuestro juicio, la decisión de Dinamarca no se trata de una solución que “equipare” o “iguale” la voz y/o imagen de los individuos a una “creación original”, sino una salida pragmática que se ajusta a la realidad tecnológica sobreviniente, que privilegia los mecanismos de control y compensación económica por sobre la lógica clásica de los derechos morales del autor.

En todo caso, consideramos que, ante la premura que exige la atención de los supuestos de vulneración de los derechos fundamentales a la imagen y a la voz en el entorno audiovisual peruano por la aplicación indebida de la inteligencia artificial, resulta pertinente plantear un régimen de articulación funcional entre la autoridad encargada de la tutela de los derechos de autor (INDECOPI) y la responsable de la protección de los datos personales (Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales).

Dicha articulación permitiría brindar una protección reforzada y

especializada a la imagen y la voz de las personas que complemente —sin sustituir— la tutela prevista en la codificación civil nacional, la cual actualmente resulta insuficiente frente a los riesgos propios de las tecnologías de generación y manipulación de contenido.

5.2 Derecho nacional

5.2.1 Instituciones que resuelven casos vinculados a la vulneración de los derechos de imagen y voz

5.2.1.1 El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

El INDECOPI es una entidad adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), que vela por los derechos de los consumidores, la libre competencia y los derechos de autor, según dicta su Ley de Organización y Funciones (Decreto Legislativo 1033, Artículos 1-2, 2008).

Con respecto a su competencia en materia de derechos de autor, recibe denuncias por infracciones contra los derechos de autor, resolviendo en primera y segunda instancia administrativa —la Comisión de Derechos de Autor y la Sala Especializada en Propiedad Intelectual, respectivamente— los casos que se presenten.

En específico, la labor del INDECOPI se vincula con la industria audiovisual, puesto que, si la imagen o la voz de una persona forma parte de una obra y esta es reproducida, distribuida o comunicada públicamente sin autorización, se producen infracciones a los derechos de autor, pasibles de ser sancionadas de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Derecho de Autor (Decreto Legislativo 822, 1996, artículo 183).

5.2.1.2 La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales

De conformidad con el Decreto Supremo 013-2017-JUS, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se establece en su artículo 5.2, inciso g que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MIN-JUSDH) es la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (ANPD), para lo cual puede crear oficinas en todo el país a fin

de garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales (Ley 29733, 2011, artículo 32).

En ese sentido, el MINJUSDH cuenta dentro de su estructura orgánica con el Despacho Viceministerial de Justicia, cuyas competencias incluyen asuntos vinculados a desarrollo normativo y calidad regulatoria, asuntos criminológicos, justicia y libertad religiosa y transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, entre otros (Decreto Supremo 013-2017-JUS, 2017, artículo 11).

De esta manera, a fin de cumplir con sus facultades en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, el Despacho Viceministerial de Justicia posee la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (DGTAIPD), un órgano de línea que pertenece al Despacho Viceministerial de Justicia, que cuenta, a su vez, con la Dirección de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la Dirección de Protección de Datos Personales y la Dirección de Fiscalización e Instrucción.¹⁶

Como se puede apreciar, el MINJUSDH es el encargado de hacer cumplir la Ley 29733 (2011), o Ley de Protección de Datos Personales, que establece que las entidades públicas y privadas deben declarar cuando almacenan datos personales de ciudadanos. Así, el artículo 2, inciso 4 de esta norma precisa que los datos personales están constituidos por toda aquella información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable.

De igual manera, la ley detalla en su artículo 2, inciso 5 que los datos sensibles son todos aquellos datos biométricos que permiten distinguir al titular (Ley 29733). Entre ellos, tenemos datos como el origen racial o étnico, los ingresos económicos, las opiniones o convicciones políticas o religiosas, afiliaciones sindicales e incluso información relacionada con la salud o vida sexual del titular.

Por otra parte, la norma reconoce los derechos denominados “ARCO”, es decir, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, permitiéndoles a los titulares de datos personales cono-

16 En el siguiente enlace se puede visualizar el organigrama del MINJUSDH: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1518656-organigrama-del-minjusdh>

cer si sus datos están siendo tratados de manera adecuada, así como solicitar su rectificación o cancelación cuando dicho tratamiento se realice sin su autorización. Incluso, los titulares de datos personales pueden oponerse a su tratamiento cuando no exista mandato legal que lo habilite o cuando terceros pretendan recabar dichos datos.

A propósito de los datos personales categorizados como “sensibles”, el Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales, aprobado mediante Decreto Supremo 016-2024-JUS en noviembre de 2024, señala lo siguiente:

6. Datos sensibles: Es aquella información relativa a datos genéticos o biométricos de la persona natural, datos neuronales, datos morales o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos personales que corresponden a la esfera más íntima, la información relativa a la afiliación sindical, salud física o mental u otras análogas que afecten su intimidad. (Artículo 3, inciso 6)

Como se puede apreciar en los artículos citados previamente, la Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento no incluyen de manera expresa que la voz e imagen constituyen datos personales. No obstante, de la interpretación sistemática derivada de la definición del término “datos personales” y, en específico, de “datos sensibles” se deslinda que la ANPD le concede reconocimiento administrativo a la imagen y a la voz y, por consiguiente, son pasibles de protección de las normas de datos personales.

Prueba de lo anterior es lo acontecido con el equipo editorial del semanario *Hildebrant en sus trece*, que le realizó una entrevista al primer peruano contagiado de COVID-19, siendo que la única condición que estableció el sujeto fue mantener su identidad en el anonimato. Sin embargo, el 13 de marzo de 2020 se publicó una nota (virtual e impresa) con su nombre y fotografía tomada de redes sociales sin su aprobación y pese a que enfatizó querer mantener la reserva de sus datos personales.

En su denuncia, el ciudadano relató a la ANPD que manifestó su indignación con el diario, pero que solo se disculparon y le expresaron que el equipo editorial a cargo de la entrevista no comentó su

pedido de mantener el anonimato. Por su parte, Pluton Editores S. A. C., la editorial denunciada, reconoció ante la ANPD su responsabilidad por haber difundido la información, pero se justificó en que la decisión de publicar la fotografía del entrevistado se basó en el criterio periodístico de que era importante para el público poder identificar al primer peruano infectado con el virus COVID-19.

La ANPD concluyó que los argumentos de la denunciada carecían de sustento, pues incluso el propio Gobierno había comunicado por los medios oficiales acerca de la existencia de un “paciente cero”, sin revelar la identidad del denunciante y únicamente con el fin de cumplir con el deber de informar a la población. De manera opuesta, la denunciada asoció directamente la identidad e imagen del denunciante a su estado de salud (ser el primer paciente COVID19 en el Perú), incluso cuando el denunciante solicitó de manera expresa que dicha información no fuera de conocimiento público (DGTAIPD, 2021).

Consecuentemente, la ANPD sancionó a Pluton Editores S. A. C. con una multa de 12,81 UIT por haber realizado el tratamiento de los datos personales —específicamente, datos sensibles como el nombre, fotografía e información referida al estado de salud— del denunciante sin su consentimiento (DGTAIPD, 2021).

El antecedente citado confirma, entonces, el carácter de la voz y la imagen como datos sensibles susceptibles de ser salvaguardados por la Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento, en el marco de posibles denuncias interpuestas por personajes vinculados al medio audiovisual cuyos derechos fundamentales a la imagen y a la voz se hayan visto afectados por la utilización indebida de la inteligencia artificial.

6. Un régimen aplicable a Perú

6.1 La cooperación entre la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y el INDECOPI

Antes de compartir nuestra propuesta aplicable al Perú, resulta relevante citar el ejemplo de cooperación entre la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones

(SBS) y el INDECOPI, dos instituciones que en un principio podrían aparentar no tener vínculo alguno, pero cuya alianza desde 2017 ha fortalecido la defensa y protección de los consumidores peruanos.

En 1996 se promulgó la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, cuyo objeto es el fomento de un sistema financiero y un sistema de seguros competitivo, sólido y confiable orientado a contribuir al crecimiento del país (art. 2). Es así que, en su artículo 345, dispuso que la SBS es el organismo constitucionalmente autónomo encargado de la supervisión y el control de las empresas que conforman el sistema financiero y el sistema de seguros, así como de las demás personas naturales y jurídicas incorporadas por ley.

Con el paso de los años y la democratización del acceso a la banca en el Perú, surgieron nuevos desafíos en el sector frente a los productos y servicios ofrecidos al denominado “consumidor financiero”. Dicha situación no pasó inadvertida por el Congreso de la República, que en 2005 emitió la Ley 28587, Ley complementaria a la Ley de protección al consumidor en materia de servicios financieros, que en su artículo 10 estipuló que la es la responsable de identificar y sancionar las cláusulas abusivas en materia de tasas de interés, comisiones o gastos, para lo cual emitirá normas que prohíban su realización e inclusión en los contratos.

A nuestro criterio, es a partir de dicho momento en el que surge una fórmula de separación de competencias entre el INDECOPI y la SBS respecto a los productos y servicios financieros ofrecidos al consumidor. Y es que, como habíamos comentado en secciones anteriores, el INDECOPI ejerce la función constitucional de defender el interés de todos los ciudadanos peruanos en calidad de consumidores o usuarios, garantizando su derecho a la información sobre los bienes y servicios que se ofertan en el mercado (Constitución Política, art. 65).

De hecho, como menciona Ljubica Vodanovic Ronquillo (como se citó en Zapata et al., 2015), abogada experta en regulación bancaria y financiera, mientras la labor del INDECOPI es la de tutelar el interés particular del consumidor que acude a su fuero para proteger sus derechos personales, el deber de la SBS es vigilar y encaminar la

estabilidad del sistema financiero como parte de un interés público y general.

Lo afirmado toma relevancia si es que citamos la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 29571 (2010), Ley que aprueba el Código de Protección y Defensa del Consumidor, donde se establece que la SBS resuelve de manera exclusiva las controversias de los consumidores que se encuentran afiliados a las administradoras privadas de fondos de pensiones o empresas de seguros en productos o mercados vinculados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) y relacionados, que podrían en principio constituir infracciones al consumidor. Para tal propósito, la SBS impone medidas cautelares y dispone la aplicación de medidas correctivas reparadoras y/o complementarias detalladas en el Código.

La norma también señala que el INDECOPI será el encargado de conocer los demás casos de controversias de los consumidores afiliados a una administradora privada de fondos de pensiones o empresa de seguros en productos o mercados relacionados al Sistema Privado de Pensiones que puedan constituir infracciones a las disposiciones del Código (Ley 29571). Agrega que para todos aquellos procedimientos administrativos sancionadores iniciados ante el INDECOPI que requieran de la interpretación de normas relacionadas al SPP, el órgano funcional de primera instancia a cargo de resolver el caso debe contar con la opinión escrita de la SBS antes de emitir su pronunciamiento.¹⁷

Cabe destacar que los esfuerzos colectivos entre el INDECOPI y la SBS por tutelar los derechos del denominado “consumidor financiero” no solo se han limitado a la parte normativa (formal), sino que también han abarcado la casuística (material). Es por ello que el 2 de junio de 2017 celebraron un Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional que dio fruto a PLAVIR, Plataforma Virtual SBS - INDECOPI. Este sistema ha permitido facilitar la atención de reclamos del consumidor del sistema financiero, de seguros y cooperativos que se han presentado ante la SBS, pero que son competencia del INDECOPI, permitiendo la derivación de los casos y su atención en menor tiempo.

17 Este mandato es concordante con el artículo 89 del Código de Protección y

Tal es así que, a marzo de 2023, la SBS derivó más de 12.673 casos a través de PLAVIR y atendió alrededor de 209 consultas y requerimientos de información efectuados por el INDECOPI (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, 2023). Además, el aplicativo ha permitido que el INDECOPI elabore reportes con información acerca de los reclamos registrados por los usuarios, que son de utilidad a la SBS para detectar posibles conductas infractoras por parte de las entidades del sistema financiero que supervisa.

Con base en lo anterior, es claro que la alianza articulada entre la SBS y el INDECOPI ha traído consigo el fortalecimiento del marco normativo de protección al consumidor financiero, al mismo tiempo que ha permitido una mayor eficiencia en el desarrollo de sus respectivas competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico peruano, no solo logrando hitos en términos resolutivos como la reducción de plazos de recepción de reclamos de usuarios (en el caso de INDECOPI), sino también en términos preventivos al reparar posibles conductas que vulneran el correcto funcionamiento del sistema financiero (en el caso de la SBS).

6.2 La ANPD y el INDECOPI

La experiencia peruana de cooperación entre la SBS y el INDECOPI nos demuestra que es posible tomar instituciones estatales existentes y armonizar sus competencias a fin de que puedan coadyuarse para la resolución de controversias en las cuales *a priori* podría no estar muy claro quién es la autoridad responsable y con qué marco normativo debe pronunciarse.

De igual forma, consideramos que este escenario es también posible de reproducirse entre la actividad de la ANPD y el INDECOPI, pues ambas entidades son las protagonistas en la protección del derecho a la imagen y la voz de sus titulares dentro del territorio peruano.

Lo anterior es así debido a que, cuando se utiliza la voz e imagen de un individuo sin su consentimiento, afectando sus datos perso-

Defensa del Consumidor, que señala que, a pedido del INDECOPI, la SBS se encarga de elaborar informes técnicos en relación con la interpretación de la Ley 26702 y otras normas emitidas por la entidad.

nales, la autoridad encargada de sancionar tal hecho es la ANPD, mientras que, si esa vulneración se produce por la explotación de voz e imagen sin previo permiso, constituyendo una infracción de derechos de autor o conexos e, incluso, publicidad engañosa, tal circunstancia es competencia del INDECOPI, que se encargará de imponer una sanción al acto. Sin embargo, a la fecha, el legislador no ha abordado el potencial conflicto de competencias que podría suscitarse en los casos de vulneración de estos derechos fundamentales en el ámbito de la producción y difusión de contenidos audiovisuales como consecuencia de la utilización indebida de la inteligencia artificial.

Para ilustrar esta tesis, imaginemos el siguiente escenario: una casa editorial de audiolibros para niños utiliza la voz clonada de una cantante en uso de la inteligencia artificial. ¿Ante quién debe denunciarse el hecho? ¿Es la ANPD la competente o es acaso facultad del INDECOPI? ¿Quién emite una medida cautelar para proteger los derechos del titular afectado? ¿Qué sanción aplicamos sin contravenir el principio *ne bis in idem* en sede administrativa?

Otro ejemplo ilustrativo es el de la utilización de la imagen de un actor fallecido sin previo consentimiento para un cortometraje, o el de una modelo cuyo rostro es utilizado para la campaña publicitaria de un producto de higiene personal. La cantidad y diversidad de casos a presentarse es vasta y, en la práctica jurídica, no existe realmente una manera de resolver este tipo de controversias, porque las leyes —en su momento emitidas— no preveían esta realidad que se ha venido materializando con el desarrollo de la IA durante los últimos años.

A nuestro criterio, la solución es clara: un sistema integrado que sea una especie de duplicado de lo que ya funciona en la práctica entre la SBS y el INDECOPI, el cual nos permita preservar las competencias de la ANPD y del INDECOPI sin dejar de tutelar los datos personales y los derechos de autor de los grupos de interés del ecosistema audiovisual en el Perú.

7. Reescribamos el guion regulatorio en el Perú

7.1 Modificación normativa

Para reescribir el guion regulatorio de la inteligencia artificial en la industria audiovisual peruana, en principio es necesaria una modi-

ficación a la Ley de Protección de Datos Personales, a fin de que la imagen y la voz sean reconocidas no solo como datos personales sensibles, sino también como datos biométricos de manera expresa.

La actual Ley de Protección de Datos Personales peruana y su Reglamento toman como inspiración el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo o Reglamento general de protección de datos (RGPD), que en su artículo 4 inciso 14 dicta:

14) «datos biométricos»: datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos.

En ese sentido, planteamos que se incorpore un “artículo 5. a.” en la Ley de Protección de Datos Personales peruana, cuya redacción sea la siguiente:

Tabla. 1.

Propuesta de modificación del artículo 5 de la Ley de Protección de Datos Personales peruana

Norma	Redacción actual	Modificatoria
Ley de Protección de Datos Personales	5. Datos sensibles. Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual.	5. Datos sensibles. Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual. 5. a Datos biométricos. Datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona que permitan su identificación, como su imagen (rostro y cuerpo), voz, huella dactilar o firma.

Fuente: elaboración propia.

Al mismo tiempo, es imprescindible modificar la Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley de Protección de Datos Personales, a fin de que habilite la cooperación interinstitucional entre la ANPD y el INDECOPI, pues su redacción actual es:

SÉTIMA. Competencias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)

La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales es competente para salvaguardar los derechos de los titulares de la información administrada por las Centrales Privadas de Información de Riesgos (Cepirs) o similares conforme a los términos establecidos en la presente Ley.

Sin perjuicio de ello, en materia de infracción a los derechos de los consumidores en general mediante la prestación de los servicios e información brindados por las Cepirs o similares, en el marco de las relaciones de consumo, son aplicables las normas sobre protección al consumidor, siendo el ente competente de manera exclusiva y excluyente para la supervisión de su cumplimiento la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), la que debe velar por la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada a los consumidores (Ley 29733, 2011, Séptima Disposición Complementaria Final).

Consideramos que se podría añadir un tercer párrafo que dicte:

Asimismo, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (ANPD) realizan acciones de coordinación en los casos que involucren la afectación de los derechos a la voz y a la imagen por el uso de inteligencia artificial de manera indebida en obras audiovisuales.

Finalmente, para conciliar el funcionamiento de la ANPD con el de INDECOPI, es fundamental la emisión de una ley que incorpore una Disposición Complementaria Final adicional en el Decreto

Legislativo 1033, que aprueba la ley de organización y funciones del INDECOPI. Esto, a fin de que con la modificatoria se precisen las competencias de la Comisión de Derechos de Autor y la Sala de Propiedad Intelectual en los casos de vulneración a los derechos de autor o conexos por el uso inadecuado de la inteligencia artificial.

En tal sentido, nuestro texto propuesto es el siguiente:

NOVENA. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) es competente para conocer las infracciones administrativas vinculadas al uso indebido de sistemas de inteligencia artificial cuando estas afecten derechos de autor o derechos conexos, en el marco de la explotación, reproducción, transformación o comunicación pública, interpretación y/o ejecución de obras.

Tales supuestos serán conocidos en primera instancia por la Comisión de Derecho de Autor y, de ser impugnados, en segunda instancia por la Sala Especializada en Propiedad Intelectual.

7.2 Una plataforma digital INDECOPI - ANPD

En definitiva, la modificación normativa implica la celebración de un convenio de cooperación interinstitucional al estilo SBS - INDECOPI para promover la creación de una plataforma en conjunto que derive las denuncias de acuerdo con su materia. Esta plataforma les permitiría a los titulares de la voz y/o imagen que han visto vulnerados sus derechos como consecuencia del uso de inteligencia artificial denunciar los hechos, a fin de que se revise el caso y se determine la autoridad competente.

Para las controversias asociadas al consentimiento o al tratamiento de datos personales, la encargada será la ANPD. Por el contrario, cuando se trate de infracciones en materia de derecho de autor, competencia desleal o publicidad engañosa, la autoridad competente será el INDECOPI. Ahora bien, en aquellos supuestos en los que concurran ambas vulneraciones, será necesario que la ANPD y el INDECOPI resuelvan en conjunto, articulando criterios y fijando sanciones pecuniarias a partir de una tabla compartida.

De esta forma, tanto la ANPD como el INDECOPI podrán

compartir expedientes y pruebas sin mayor conveniente, así como ordenar medidas cautelares coordinadas y agilizar el proceso de resolución de conflictos surgidos a partir de la vulneración de la imagen y/o la voz por el uso indebido de la inteligencia artificial en la industria audiovisual.

Consideramos que la propuesta planteada toma como inspiración el régimen danés con relación a su carácter práctico y urgente, pues, a partir de una institución preexistente dentro de su ordenamiento jurídico, busca dar respuesta a los desafíos que plantea la utilización indebida de la inteligencia artificial que afecta los derechos a la imagen y/o voz de las personas en el entorno audiovisual digital. Así, más allá de una trasposición mecánica de un modelo normativo extranjero, nuestra fórmula apuesta por una lectura funcional de la experiencia extranjera para resolver un fenómeno que se ha vuelto universal.

En esa línea, las modificaciones planteadas recogen y articulan leyes ya vigentes en materia de protección de datos personales y derechos de autor, con el objetivo de brindar una tutela más robusta a la voz y la imagen que aquella prevista actualmente por la codificación civil peruana, sin desnaturalizar nuestra tradición romano-germánica ni contradecir la doctrina consolidada en torno a los derechos de autor y conexos.

Así, el guion regulatorio planteado apuesta por un ajuste sistémico en el ordenamiento jurídico peruano, ponderando la cooperación interinstitucional entre entidades públicas ya existentes, fortaleciendo sus competencias y mecanismos de coordinación y evitando la creación de organismos *ad hoc*, *sui generis* o estructuras paralelas que supongan mayores costos para el Estado.

En un contexto de acelerado desarrollo tecnológico, esta propuesta busca demostrar que es posible ofrecer respuestas normativas eficaces, coherentes y fiscalmente responsables en Perú sin renunciar a la consistencia de su ordenamiento jurídico y, sobre todo, a la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

8. Conclusiones

El derecho a la imagen y a la voz constituyen dos derechos fundamentales independientes que son protegidos por el ordenamiento

jurídico peruano a nivel constitucional, civil y administrativo. En ese marco, rige un principio general conforme al cual su uso requiere del previo consentimiento de su titular y, en caso de fallecimiento, el de sus familiares, a fin de evitar que terceros causen daños al derecho al honor o la reputación.

A ello se suma que el valor del derecho a la imagen y a la voz, desde una perspectiva económico-financiera, reside en la capacidad de los titulares para celebrar contratos y disponer de ambos elementos que son consustanciales a ellos. En el caso de la industria audiovisual, este valor cobra especial relevancia puesto que son la voz y la imagen las que permiten la creación de obras y el lucro a partir de su explotación para beneficiar a todos los miembros del ecosistema audiovisual.

En este escenario, la inteligencia artificial puede manifestarse en *hardware* o *software*, y su funcionamiento se asemeja al de un cerebro humano, nutriéndose de información y alimentando su red neuronal a fin de resolver problemas complejos para el hombre. De este modo, su irrupción en el sector audiovisual ha traído consigo beneficios significativos, tales como una mayor eficiencia, reducción de costos, ahorro de tiempo y aumento de ingresos para directores, productores, actores y actores de voz, entre otros.

Sin embargo, la aplicación indebida de la inteligencia artificial en la industria audiovisual constituye una realidad innegable, pues herramientas como la clonación de voces, la síntesis de imágenes a partir de texto o los *deepfakes* han generado afectaciones a los derechos fundamentales a la imagen y a la voz. En consecuencia, el desafío actual para los miembros del medio audiovisual consiste en continuar produciendo y difundiendo contenido creativo y novedoso sin sacrificar la protección de dichos derechos.

Esta problemática no se limita al ámbito nacional. La experiencia internacional nos demuestra que los casos de vulneración al derecho a la imagen y a la voz por la aplicación indebida de la inteligencia artificial por parte de terceros constituyen una realidad transversal y universal que no termina de ser regulada por los operadores jurídicos. En ese sentido, el caso peruano representa solo un ejemplo de la necesidad de que los ordenamientos jurídicos formulen propuestas normativas orientadas a fortalecer su marco regulatorio frente al uso indebido de la inteligencia artificial.

Desde el punto de vista institucional, el sistema de cooperación entre la SBS y el INDECOPI instaurado desde 2017 resulta relevante como antecedente en la resolución de casos complejos vinculados al administrado. Ello se debe a que, mediante la armonización normativa y la articulación institucional conjunta, ambas entidades abordaron de manera coordinada una realidad entonces novedosa, caracterizada por la democratización del acceso a la banca y el incremento en la oferta de servicios y productos financieros.

Bajo estas consideraciones, en el Perú la réplica de un régimen como el de Dinamarca resultaría incompatible con la concepción local de los derechos de autor y conexos, así como con el valor jurídico del derecho a la voz y a la imagen, concebidos como derechos de la personalidad. Por tal motivo, si bien no se propone la adopción de un modelo análogo, se plantea una reforma igualmente pragmática que articule la normativa de protección de datos personales y de derechos de autor, con el objetivo de otorgar a la voz y a la imagen una tutela adicional a la prevista en la codificación civil.

Finalmente, el guion regulatorio propuesto adecúa, armoniza e integra las normas sectoriales y los procedimientos del INDECOPI y de la ANPD como autoridades competentes en materia de protección de los derechos de los administrados frente a casos de vulneración de la imagen y la voz de los miembros de la industria audiovisual por el uso indebido de la inteligencia artificial. Con ello, se busca brindar una defensa íntegra al ciudadano, tutelar con mayor eficiencia los derechos fundamentales y, sobre todo, proteger el interés público y la dignidad humana.

Bibliografía

- 24 Horas TVN Chile. (18 de agosto de 2025). *Chilevoces denuncia uso malicioso de locuciones con Inteligencia Artificial* [Archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=0jY6IEjox2I>
- Albar, P. (2024). La inteligencia artificial de generación de imágenes en arte. ¿Cómo impacta en el futuro del alumnado en Bellas Artes? *Encuentros. Revista de Ciencias Humanas, Teoría Social y Pensamiento Crítico*, (20), 145-164. <https://encuentros.unermb.web.ve/index.php/encuentros/article/view/644>

- Ammerman, J. (2021). *El derecho a la propia voz como derecho de la personalidad*. Colex.
- Azurmendi, A. (1998). *El Derecho a la Propia Imagen. Su identidad y aproximación al Derecho a la Información* (2ª ed.). Editorial Civitas.
- Balarezo, E. (2020). La regulación de la imagen y la voz, dos aspectos jurídicos relevantes de la persona humana dentro del Código Civil Peruano y su adaptación a los tiempos del COVID-19. *Lumen*, 16(1), 145-158. <https://doi.org/10.33539/lumen.2020.v16n1.2291>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2025). *Minuta: sobre proyecto de ley que regula las Deepfake en Dinamarca, otras iniciativas extranjeras y proyectos de ley en Chile*. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/37468/2/minuta_dinamarca_Deepfake_BCN2025.pdf
- Bryant, M. (27 de junio de 2025). Denmark to tackle deepfakes by giving people copyright to their own features. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/technology/2025/jun/27/deepfakes-denmark-copyright-law-artificial-intelligence>
- Calderón, C. (2024). El derecho de las personas en nuestros códigos civiles. Carlos Fernández Sessarego y los 40 años del Código Civil de 1984. *La Voz Jurídica. Revista de Derecho de la UARM*, (4), 79-92. <https://doi.org/10.53870/lvj.393>
- Calva, K., León, T. y Arpi, C. (2024). Inteligencia artificial en las redes sociales digitales. En Torres, A. y León, T. (Coords.), *ComunicAI. La revolución de la Inteligencia Artificial en la Comunicación* (pp. 15-35). <https://doi.org/10.52495/cl.emcs.23.ti12>
- Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación. (2005). *El sector audiovisual y su evolución. La televisión. Retos y oportunidades*. https://coitaoc.org/wp-content/uploads/2008/08/gretel_audiovisual._tv_retos_y_oportunidades_1cb-413bf.pdf
- De Verda y Beamonte, J. (2017). Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria. *Revista Boliviana de Derecho*, (23), 54-111. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427551159002>
- Dueñas, S. y Jiménez, F. (2025). La integración de Inteligencia Artificial Generativa en el flujo de trabajo de postproducción audiovisual: El caso de La Mesías (Movistar Plus+, 2023). *Revista Prisma Social*, (48), 96-121. <https://revista-prismasocial.es/article/view/5680>
- Durañona, S. y Peruzzotti, M. (2021). Instantáneas sobre el derecho a la propia imagen. Un análisis de la legislación y jurisprudencia actual y el derecho comparado. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (15), 91-126. <https://doi.org/10.26422/RIPI.2021.1500.dur>
- European Audiovisual Observatory of The Council of Europe in Strasbourg. (2024). *AI and the audiovisual sector: navigating the current legal land*. <https://rm.coe.int/iris-2024-3-ia-legal-landscape/1680b1e999>
- Fernández, S. (2025). *La clonación de voces de artistas mediante inteligencia artificial: retos y oportunidades en la industria de la música y el entretenimiento*. ht-

- [tps://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/748fa06a-48f0-4903-b696-a227b8920fe3/content](https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/748fa06a-48f0-4903-b696-a227b8920fe3/content)
- Fernández Sessarego, C. (2009). *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*. Motivensa.
- Fernández Sessarego, C. (2014). El Código Civil peruano de 1984: Su elaboración, sus aportes, las enmiendas que reclama. *THEMIS Revista de Derecho*, (66), 39-58. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12687>
- Fleck, G. (7 de octubre de 2025). Denmark Leads EU Push to Copyright Faces in Fight Against Deepfakes. *Tech Policy Press*. <https://www.techpolicy.press/denmark-leads-eu-push-to-copyright-faces-in-fight-against-deepfakes/>
- Flores, E. (2006). Derecho a la imagen y responsabilidad civil. En Adame, J. (Coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (pp. 371-398). <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/10858>
- García Toma, V. (1998). *Análisis Sistemático de la Constitución Peruana de 1993* (Tomo I). Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
- Gavran, I., Honcharuk, S., Mykhalov, V., Stepanenko, K. y Tsimokh, N. (2025). The Impact of Artificial Intelligence on the Production and Editing of Audio-visual Content. *Preservation, Digital Technology & Culture*, 54(3), 223-235. <https://doi.org/10.1515/pdtc-2025-0022>
- Ghosh, A. (2023). Artificial intelligence as an innovation in the film industry. *Research Inspiration*, 3(3), 12-16. https://www.researchgate.net/publication/370560855_Artificial_Intelligence_as_an_Innovation_in_the_Film_Industry/references
- Gutierrez, L. (5 de setiembre de 2024). *Dinamarca: entra en vigor la ley que modifica la normativa vigente en materia de derecho de autor*. Instituto Autor. <https://institutoautor.org/dinamarca-entra-en-vigor-la-reforma-de-la-ley-de-derechos-de-autor/7>
- High-Level Expert Group on Artificial Intelligence of The European Commission. (2019). *A definition of IA: Main capabilities and disciplines*. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>
- Hinojosa, M., Marín, I. y Maldonado, M. (2024). Inteligencia artificial y la producción audiovisual. En Torres, A. y León, T. (Coords.), *ComunicAI. La revolución de la Inteligencia Artificial en la Comunicación* (pp. 117-139). https://www.researchgate.net/publication/380538000_ComunicAI_la_revolucion_de_la_Inteligencia_Artificial_en_la_Comunicacion
- Horassandjian, J. (2021). Digitalización en la industria audiovisual: ¿Qué horizonte depara el creciente poder de las plataformas OTT en América Latina? *Perspectivas Revista de Ciencias Sociales*, 6(11), 301-312. <https://doi.org/10.35305/prcs.vi11.453>
- Innovation Origins. (7 de agosto de 2025). *Tech companies are investing billions in the AI dominance race*. Innovation Origins. <https://ioplus.nl/en/posts/tech-companies-are-investing-billions-in-the-ai-dominance-race>

- Isidore, C. (13 de julio de 2023). Actores de Hollywood se declaran en huelga tras fracaso de negociaciones con los grandes estudios y servicios de streaming. *CNN en español*. <https://cnnespanol.cnn.com/2023/07/13/actores-hollywood-huelga-fracasas-conversaciones-estudios-servicios-streaming-trax>
- Lara, J. (2023). *Generación de imágenes con Inteligencia Artificial: revisión de la situación actual y aplicaciones prácticas* (Tesis de pregrado). Universidad Miguel Hernández de Elche, Alicante, España. <https://dspace.umh.es/handle/11000/30268>
- Lichtenberg, N. (29 de agosto de 2025). Nvidia CEO Jensen Huang says AI will 'probably' bring 4-day work weeks: 'Every industrial revolution leads to some change in social behavior'. *Fortune*. <https://fortune.com/2025/08/29/nvidia-ceo-jensen-huang-4-day-work-week-productivity/>
- Liu, Z. (2024). Analysis of the Impact of Artificial Intelligence on the Media and Film Industries. *Lecture Notes in Education Psychology and Public Media*, 35(1), 219-223. <https://doi.org/10.54254/2753-7048/35/20232112>
- McCarthy, J. (2007). *What is artificial intelligence?* Computer Science Department, Stanford University. <https://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>
- Medón, M. (2024). La inteligencia artificial: ¿cómo afecta su aplicación a la industria del entretenimiento? *Revista de Literatura y Arte de la Asociación de Profesores de Literatura de Uruguay*, X(38), 96-104. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9878258>
- Mesinas, F. (2010). *Jurisprudencia civil y procesal civil de carácter constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Messineo, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Jurídicas Europa-América.
- National Bureau of Economic Research. (2025). *How People Use ChatGPT*. <https://www.nber.org/papers/w34255>
- Nightingale, S. y Farid, H. (2022). AI-synthesized faces are indistinguishable from real faces and more trustworthy. *PNAS*, 119(8), 1-3. <https://www.pnas.org/doi/epub/10.1073/pnas.2120481119>
- Nogueira, H. (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. *Revista Ius et Praxis*, 13(2), 245-285. <https://www.redalyc.org/pdf/197/19713211.pdf>
- Núñez-Alberca, A. (2025). La investigación cinematográfica en el Perú: una revisión sistematizada. *Revista de Comunicación*, 24(1), 367-387. <https://doi.org/10.26441/RC24.1-2025-3669>
- Oficina de Promoción y Difusión. (27 de setiembre de 2023). *Tres iniciativas del Indecopi fueron certificadas como buenas prácticas en la gestión pública por CAD - Ciudadanos al Día*. Gob.pe. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/840419-tres-iniciativas-del-indecopi-fueron-certificadas-como-buenas-practicas-en-la-gestion-publica-por-cad-ciudadanos-al-dia>
- Olivares, L. (14 de julio de 2025). Artistas de voz exigen ley contra uso no autorizado de voces clonadas con IA en CDMX. *Periódico Correo*. <https://periodico->

- correo.com.mx/nacional/2025/jul/14/artistas-de-voz-exigen-ley-contra-uso-no-autorizado-de-voces-clonadas-con-ia-en-cdmx-132789.html
- Onaindia, J. y Madedo, F. (2013). La industria audiovisual. *Palermo Business Review*, (8), 183-217. <https://www.palermo.edu/negocios/publicaciones/pbr/>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (OMPI). (2023). *La gestión colectiva de obras basadas en texto e imágenes*. <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo-pub-924-2023-es-collective-management-of-text-and-image-based-works.pdf>
- Rajvanshi, A. (5 de setiembre de 2024). Anil Kapoor. *Time*. <https://time.com/7012843/anil-kapoor/>
- Ramos, R. (16 de julio de 2025). ¿Derechos de autor sobre rostro y voz? Dinamarca propone ley contra los deepfakes. *LexLatin*. <https://llexlatin.com/noticias/derechos-autor-rostro-voz-dinamarca-ley-contra-deepfakes>
- Rescigno, P. (1986). Comentarios al Libro de Derecho de las Personas del Nuevo Código Civil Peruano de 1984. En *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano* (pp. 235-242). Cultural Cuzco.
- Ricca-Barberis, M. (2018). *Il Diritto Alla Propria Figura*. Forgotten Books.
- Robins-Early, N. (3 de abril de 2024). George Carlin's estate settles lawsuit over comedian's AI doppelganger. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/technology/2024/apr/03/george-carlin-dudesy-podcast-ai-lawsuit>
- Rubí, A. (2021). AMMERMAN YEBRA, Julia, El derecho a la propia voz como derecho de la personalidad, Colex, A Coruña, 2021. *Revista de Derecho Civil*, 8(4), 257-263. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/715>
- Ruiz y Tomas, P. (1931). Ensayo de un estudio sobre el derecho a la propia imagen. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 80(158), 7-164.
- Russell, S. y Norvig, P. (2004). *Inteligencia artificial: un enfoque moderno* (2ª ed.). Pearson.
- Sáez, F. (13 de febrero de 2024). De Rosalía a Taylor Swift: víctimas de montajes sexuales creados con IA. ¿Qué hacer si también nos pasa? *Forbes*. <https://forbes.es/forbes-women/404216/deepfake-sextorsion-montaje-sexual-porno-ia-inteligencia-artificial/>
- Saner, E. (31 de enero de 2024). Inside the Taylor Swift deepfake scandal: 'It's men telling a powerful woman to get back in her box'. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/technology/2024/jan/31/inside-the-taylor-swift-deepfake-scandal-its-men-telling-a-powerful-woman-to-get-back-in-her-box>
- Scherer, M. (4 de enero de 2024). The SAG-AFTRA Strike is Over, But the AI Fight in Hollywood is Just Beginning. *AI Policy y Governance, Privacy y Data*. <https://cdt.org/insights/the-sag-aftra-strike-is-over-but-the-ai-fight-in-hollywood-is-just-beginning/#:~:text=The%20Screen%20Actors%20Guild-American%20Federation%20of%20Television,discuss%20remuneration%20for%20training%20generative%20AI%20systems.>
- Sun, P. (2024). A Study of Artificial Intelligence in the Production of Film. *SHS Web of Conferences*, 183, 1-4. <https://doi.org/10.1051/shsconf/202418303004>

- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (26 de junio de 2023). *Indecopi y SBS unen esfuerzos para facilitar atención de reclamos relacionados a derechos del consumidor*. <https://www.sbs.gob.pe/noticia/detallenoticia/idnoticia/2672>
- Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria. (2025). *Unidad Impositiva Tributaria - UIT*. <https://www.sunat.gob.pe/indicestaxas/uit.html>
- Tamayo, A. y Hendrickx, N. (2013). Historia de la industria cultural cinematográfica en el Perú, 1972-2013. En Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima (Ed.), *Anuario de Investigaciones 2013* (pp. 62-63). <https://hdl.handle.net/20.500.12724/3521>
- TFL Media. (16 de julio de 2025). *A Case Over AI Voice Clones Poses First-of-Its-Kind Questions*. The Fashion Law. <https://www.thefashionlaw.com/a-lawsuit-over-cloned-voices-poses-first-of-its-kind-legal-questions-over-ai/>
- Trujillo, C. (2024). El derecho a la propia imagen (y a la voz) frente a la inteligencia artificial. *InDret*, (1), 74-113. <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/425422>
- Tsiavos, V. y Kitsios, F. (2025). The digital transformation of the film industry: How Artificial Intelligence is changing the seventh art. *Telecommunications Policy*, 49(8), 1-10. <https://doi.org/10.1016/j.telpol.2025.103021>
- Universiteit Leiden. (18 de julio de 2025). *Danish citizens to get copyright to their whole body – what about the Netherlands?* Universiteit Leiden. <https://www.universiteitleiden.nl/en/in-the-media/2025/07/danish-citizens-to-get-copyright-to-their-whole-body---what-about-the-netherlands>
- Valencia Zea, A. y Ortiz, A. (2011). *Derecho Civil. Tomo I. Parte General y Personas* (17° ed.). Temis.
- Wicht, J. (1959). El derecho a la propia imagen. *Derecho PUCP*, (18), 3-40. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13009>
- Willige, A. (13 de agosto de 2025). *Legislación sobre deepfakes: Dinamarca avanza para proteger la identidad digital*. World Economic Forum. <https://es.weforum.org/stories/2025/08/legislacion-sobre-deepfakes-dinamarca-avanza-para-proteger-la-identidad-digital/>
- Zapata, K., Calle, P., Chirinos, R., Guzmán, J., Melitón, L., Rosadio, J., Rosales Vicente, K. M. y Soto, N. (2015). Entrevista a Ljubica Vodanovic Ronquillo: Balances y perspectivas en torno a la protección del consumidor financiero. *Revista de Actualidad Mercantil*, (4), 288-292. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/14966>
- Zavala de González, M. (2011). *Tratado de daños a las personas: daños a la dignidad*. Astrea.

Legislación citada

- Código Civil del Perú. Decreto Legislativo 295. (25 de julio de 1984). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682684>
- Constitución Política del Perú (29 de diciembre de 1993). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678>

- Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor (24 de abril de 1996). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H770838>
- Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI (25 de junio de 2008). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H967426>
- Decreto Supremo 013-2017-JUS, Aprueban el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (22 de junio de 2017). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1183255>
- Decreto Supremo 016-2024-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales (30 de noviembre de 2024). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1390746>
- Decreto Supremo 115-2025-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 31814, Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país (9 de setiembre de 2025). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1415608>
- Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (9 de diciembre de 1996). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H773064>
- Ley 28587, Ley complementaria a la Ley de protección al consumidor en materia de servicios financieros. (21 de julio de 2005). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H896572>
- Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (2 de setiembre de 2010). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682697>
- Ley 29733, Ley de protección de datos personales (3 de julio de 2011). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1034642>
- Ley 31814, Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país (5 de julio de 2023). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1353263>
- Ley 32309, Ley que crea incentivos económicos y fiscales para el fomento de las actividades cinematográfica y audiovisual del Perú (25 de abril de 2025). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1402621>
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (3 de junio de 1982). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2023). *Ley Refundida sobre el Derecho de Autor, Dinamarca*. <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/22692>
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (4 de mayo de 2016). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=legissum:310401_2

Texto Único del Código Procesal Civil. Resolución Ministerial 010-93-JUS. (23 de abril de 1993). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682685>

Jurisprudencia citada

Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. Resolución Directoral 1943 -2021-JUS/DGTAIPD-DP-DP (26 de julio de 2021). https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/RD%201943-2021.pdf_LALEY.pdf

* * * *

Roles de autoría y conflicto de intereses

La autora manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.arr>

Inteligencia artificial y derecho de autor: estado de la cuestión y desafíos regulatorios emergentes a partir del caso chileno¹

* * * *

Michelle Azuaje Pirela

Universidad Alberto Hurtado (Chile)

mzuaje@uahurtado.cl

<https://orcid.org/0000-0002-8233-6928>

Recibido: 4 de noviembre de 2025

Aceptado: 16 de diciembre de 2025

Resumen

Las intersecciones entre la inteligencia artificial (IA) y el derecho de autor son diversas y complejas. Se enfocan en la legalidad del uso de obras protegidas para el entrenamiento de los sistemas, en la necesidad de adoptar —o no— nuevas excepciones para la minería de textos y datos, así como en la autoría y titularidad de las creaciones algorítmicas. El avance de las tensiones globales obliga a los ordenamientos a revisar su legislación para hacer los ajustes necesarios. En Chile, se discute un “Proyecto de Ley que regula los sistemas de Inteligencia Artificial”, parcialmente inspirado en el Reglamento de IA de la Unión Europea (RIA), que contiene aspectos relacionados con la propiedad intelectual (PI). En este artículo se analizan las principales interacciones entre la IA y el derecho de autor con énfasis en la forma en la que estas son abordadas —o no— por dicho proyecto, en contraste con las tendencias internacionales y los desafíos regulatorios sobre la materia. El trabajo concluye explicando por qué, aunque en el texto la protección a los derechos de autor es un principio fundamental, la aproximación del proyecto de ley chileno es parcial en tanto omite criterios esenciales para resolver los principales conflictos actuales en la materia.

1 Este trabajo presenta resultados de la ejecución del proyecto ANID Fondecyt Regular N° 1230895, titulado “Los límites a la adopción de decisiones automatizadas en la Administración del Estado (2023-2026)”.

Palabras clave: inteligencia artificial, derecho de autor, autoría, titularidad, minería de textos y datos.

Artificial Intelligence and Copyright: Status and Emerging Regulatory Challenges Based on the Chilean Case

Abstract

The intersections between artificial intelligence (AI) and copyright are diverse and complex. They focus on the legality of using protected works to train systems; on the need to adopt—or not—new exceptions for text and data mining; and on the authorship and ownership of algorithmic creations. The rise of global tensions is forcing legal systems to review their legislation and make the necessary adjustments. In Chile, a “Bill Law on Artificial Intelligence Systems” is being discussed, partially inspired by the European Union’s AI Regulation (RIA), which contains aspects related to intellectual property (IP). This article analyzes the main interactions between AI and copyright, with an emphasis on how these are addressed—or not—by the bill, in contrast to international trends and regulatory challenges in this area. The paper concludes by explaining why, although copyright protection is a fundamental principle in the text, the Chilean bill’s approach is partial in that it omits essential criteria for resolving the main current conflicts in this area.

Key words: artificial intelligence, copyright, authorship, ownership, text and data mining.

Inteligência artificial e direitos autorais: estado da questão e desafios regulatórios emergentes a partir do caso chileno

Resumo

As interseções entre a inteligência artificial (IA) e os direitos autorais são diversas e complexas. Elas se concentram na legalidade do uso de obras protegidas para o treinamento de sistemas, na necessidade de adotar — ou não — novas exceções para a mineração de textos e dados, bem como na autoria e titularidade das criações algorítmicas. O avanço das tensões globais obriga os ordenamentos jurídicos a rever a sua legislação para fazer os ajustes necessários. No Chile, está a ser discutido um “Projeto de Lei que regula os sistemas de Inteligência Artificial”, parcialmente inspirado no Regulamento de IA da União Europeia (RIA), que contém aspetos relacionados com a propriedade intelectual (PI). Este artigo analisa as principais interações entre a IA e os direitos autorais, com ênfase na forma como estas são abordadas — ou não — pelo referido projeto, em contraste com

as tendências internacionais e os desafios regulatórios sobre o assunto. O trabalho conclui explicando por que, embora no texto a proteção dos direitos autorais seja um princípio fundamental, a abordagem do projeto de lei chileno é parcial, uma vez que omite critérios essenciais para resolver os principais conflitos atuais na matéria.

Palavras-chave: inteligência artificial, direitos autorais, autoria, titularidade, mineração de textos e dados.

1. Introducción

En lo que se refiere a las intersecciones entre la inteligencia artificial (IA) y la propiedad intelectual (PI), si bien los debates iniciales trataban de responder si la IA puede ser “autora”, con el transcurso de los años surgieron nuevas preguntas que los ordenamientos aún intentan resolver. A medida que crecen las tensiones entre autores y desarrolladores, crecen también los desafíos regulatorios. Los autores claman por el respeto a sus derechos, que estarían siendo vulnerados por la falta de autorización, reconocimiento y remuneración por el uso de sus obras en el entrenamiento de sistemas de IA. En ese contexto, se cuestiona la legalidad —o no— del uso no autorizado de las obras y también las posibles infracciones en los contenidos generados por aplicaciones que imitan la creatividad humana, replican estilos y crean sus propias versiones a partir de lo “aprendido” de los datos de entrenamiento.

Según los desarrolladores y las empresas tecnológicas, evitar las infracciones implica obtener contratos, autorizaciones o licencias que pueden ralentizar o encarecer el proceso y generar obstáculos para la innovación basada en datos, pero el acceso a las obras para su análisis sin previa autorización ni remuneración a los autores podría infringir derechos morales y patrimoniales reconocidos por los ordenamientos jurídicos desde hace décadas. Además de los contratos y licencias, existen otras posibles alternativas para evitar las infracciones: acceder y utilizar las obras bajo el amparo de alguna de las limitaciones y excepciones al derecho de autor previstas en la ley con el propósito de equilibrar el interés de los autores con el interés público para ciertos fines. Ocurre que no todas las operaciones que se requieren para el entrenamiento de los sistemas de IA están ampa-

radadas por la legislación tradicional. Así, otro de los grandes debates actuales en el derecho de autor se relaciona con si cabe aplicar —o no— nuevas limitaciones y excepciones para la minería de textos y datos (TDM, por sus siglas en inglés) al entrenamiento de sistemas de IA, especialmente en el caso de la inteligencia artificial generativa (IAG) (Geiger et al., 2024; Guadamuz, 2024; Ordelin Font, 2025; Samuelson, 2024).

Tales discusiones, aunque incipientes, no son ajenas a Chile y están impulsando la revisión del derecho de autor para comprender sus alcances en el nuevo escenario tecnológico. La Política Nacional de Inteligencia Artificial (de 2021, actualizada en 2025) se propuso: “Promover un sistema de Propiedad Intelectual actualizado y balanceado, capaz de fomentar la innovación basada en IA y proteger derechos de creadores e innovadores”. En ese propósito, recomendó “[i]mpulsar el desarrollo y adopción de la IA resguardando de forma equilibrada los derechos de creadores e innovadores promoviendo la transparencia, la ética y las buenas prácticas en el uso de IA” (Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, 2025). Asimismo, en mayo de 2024 se presentó ante la Cámara de Diputados y Diputados el “Proyecto de ley que regula los sistemas de Inteligencia Artificial” (Boletín 16821-19-Refundido con: 15869-19, en adelante “el proyecto de ley de IA”) con disposiciones que, de ser aprobadas, impactarán en la legislación de PI.

En este artículo se realiza un análisis dogmático y comparado de las principales interacciones entre la IA y el derecho de autor en Chile con énfasis en la forma en la que estas son abordadas —o no— por el proyecto de ley de IA, en contraste con las tendencias internacionales en la materia. En la primera parte, se enuncian los aspectos generales del proyecto de ley de IA relacionados con la PI. En la segunda parte, se analiza el estado de las discusiones sobre autoría y titularidad de las creaciones algorítmicas en Chile y algunas experiencias comparadas. En la tercera parte, se analizan las posibles infracciones al derecho de autor en las entradas y salidas. Y, en la cuarta parte, se reflexiona sobre la propuesta de una nueva excepción para la TDM. El trabajo concluye resaltando algunos aspectos positivos del Proyecto, explicando también que, aunque en el texto la protección a los derechos de autor se incluye como un principio

fundamental, su aproximación es parcial e insuficiente porque omite criterios esenciales para resolver los principales conflictos actuales en la materia.

2. La propiedad intelectual en el Proyecto de Ley que regula los sistemas de inteligencia artificial chileno y su relación con la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión europea

En Chile no existe una legislación integral sobre IA, por eso, el proyecto de ley de IA pretende regular ciertos usos de estos sistemas. El texto declara estar inspirado parcialmente en el Reglamento 2024/1689, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial de la Unión Europea (en adelante, RIA). Fue presentado en mayo de 2024, aunque su redacción original ha sido objeto de modificaciones posteriores.² El artículo 1 señala como su objeto regular algunos usos de los sistemas de IA, así como “promover su creación, desarrollo, innovación e implementación”, proporcionando “un marco normativo que vele por el desarrollo sostenible y ético de la IA al servicio de las personas, respetuoso de los principios democráticos y del estado de derecho”. Esto concuerda con la reforma incorporada al artículo 19 N° 1 de la Constitución Política chilena (CPR), conforme al cual “el desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica”.

La influencia del RIA en el proyecto chileno se ve principalmente en la adopción de un enfoque basado en riesgos que clasifica a los sistemas de IA en cuatro categorías definidas en el artículo 6: riesgo inaceptable (prohibido), alto riesgo, riesgo limitado y sin riesgo evidente. En lo que interesa a este trabajo, el impacto de la normativa europea también puede apreciarse en algunos aspectos vinculados con la PI, aunque debe advertirse que ni el RIA ni el proyecto chileno incluyen criterios sobre la autoría y titularidad de las creaciones algorítmicas.

2 A la fecha de redacción de este trabajo, el proyecto se encuentra en segundo trámite constitucional. El proceso de formación de leyes en Chile está previsto en los artículos 65 y siguientes de la Constitución Política de la República. El avance del trámite puede seguirse en: <https://www.camara.cl/>

El Considerando 105 del RIA resume los principales desafíos de la irrupción de los modelos de IA de uso general y los grandes modelos de IA generativos para el derecho de autor. A este respecto, advierte que todo uso de contenidos protegidos por este derecho requiere la autorización de su titular, salvo que puedan aplicarse excepciones y limitaciones. Por su parte, el Considerando 107 señala que los proveedores de modelos de IA de uso general deberán publicar un resumen detallado sobre el contenido utilizado para su entrenamiento. Con ello se busca garantizar la transparencia respecto a los datos, incluyendo aquellos protegidos por derechos de autor, para que los titulares puedan ejercer y hacer cumplir sus derechos bajo la legislación de la Unión Europea.

El mismo Considerando 107 establece también el deber de proteger los secretos comerciales y la información confidencial, y sugiere que la Oficina de IA proporcione una plantilla simple y eficaz para que los proveedores puedan elaborar el informe público descriptivo. Esto se complementa con obligaciones de transparencia para los proveedores y responsables del despliegue de determinados sistemas de IA del artículo 50, así como con las establecidas en el artículo 53 para los proveedores de modelos de IA de uso general.³

En el Proyecto chileno, la PI se ve reflejada en tres temáticas fundamentales. En primer lugar, la “protección de los derechos de autor” es uno de los “principios aplicables a los sistemas de IA” del artículo 4. Estos deberán observarse por todos los operadores que entren en su ámbito de aplicación e implica que los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán conforme a las normas vigentes en la materia (artículo 4, N° 10).

En segundo lugar, el artículo 8 establece que la utilización de un sistema de IA será de alto riesgo cuando tenga el potencial de afectar, entre otros, “a los derechos de autor y conexos”. Además, la vulneración a estos derechos se incluye dentro de los incidentes del artículo 3, numeral 16, literal e. Esto implica que deben tomarse medidas

legislacion/proyectosdeley/tramitacion.aspx?prmID=17429&prmBOLETIN=16821-19

3 Un análisis detallado de los derechos de autor en la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea puede verse en Guadamuz (2025).

preventivas y aquellas que sean necesarias en caso de incidentes. Así, se deberá contar con políticas de protección y respeto a la PI y otras para hacer frente a incidentes en caso de fallas o mal funcionamiento (Artículo 9).

En tercer lugar, el artículo 15 N° 1 establece deberes de confidencialidad y protección de la PI y secretos comerciales sobre la información y datos del sistema que hayan obtenido personas naturales, jurídicas u órganos de administración del Estado en el ejercicio de sus funciones y actividades para el cumplimiento de la ley; esto incluye el código fuente. Esta última propuesta, similar al artículo 78 del RIA, permitiría ofrecer ciertos resguardos frente a eventuales obligaciones de acceso y transparencia en el uso de los sistemas de IA.⁴ Si bien, por su naturaleza, los programas informáticos se protegen por derecho de autor (Sierra Herrero y Bernet Páez, 2020), a nivel internacional se han planteado diversas solicitudes tanto desde la perspectiva pública como de la privada para exigir el acceso a algoritmos y códigos fuente protegidos por secretos comerciales. En la legislación en vigor, la PI y los secretos comerciales pueden ser un límite al acceso a la información pública y transparencia, pero este límite podría no justificarse en la actualidad y deberá ponderarse en ciertos casos (Azuaje Pirela y Finol González, 2020). En el derecho comparado ya existen antecedentes, como los casos *BOSCO* (España) y *CoronaApp* (Colombia), en los que se ha considerado que, en ciertos casos, la mera invocación de un derecho subjetivo o interés legítimo (como la PI) no debe ser equivalente de forma automática a la denegación del acceso; así, la finalidad de la protección de la PI puede verse atenuada, por ejemplo, cuando un programa informático ha sido creado por la propia Administración Pública para el ejercicio de competencias públicas y para servir a intereses igualmente públicos, entre otras razones, porque ésta no está integrada en la lógica competitiva del mercado.⁵

Aunque existen ciertas influencias del RIA en el proyecto de ley

4 Sin embargo, autores como Pastor (2025) consideran que la redacción actual de esta norma crea un riesgo de obstrucción a la fiscalización efectiva porque, aunque se reconoce la confidencialidad, no se regulan casos de acceso justificado. En el mismo sentido, pero en relación con el artículo 78 del RIA, véase a Guaci (2025).

5 Sobre esto, véase la Sentencia N° 1.119/2025, de 11 de septiembre de 2025,

de IA chileno, en lo que se refiere a la PI este último se aparta del RIA en algunos aspectos. En ese sentido, no es tan interesante por lo que dice como por lo que deja de decir, al menos en la redacción que se discute a la fecha de elaboración de este trabajo.

Si se comparan el texto presentado en mayo de 2024⁶ y el texto de mayo 2025⁷ con el enviado al Senado en octubre de 2025,⁸ se notarán dos grandes ausencias. La primera se refiere al artículo 10, que establecía obligaciones de transparencia relacionadas con el uso de materiales protegidos por derechos de autor y conexos. Dicha norma exigía la elaboración y puesta a disposición de los titulares, o de terceros con intereses legítimos de todos los datos utilizados para entrenar el sistema de IA; en formatos accesibles, gratuitos, claros y precisos; considerando además “las particularidades y limitaciones de los diversos tipos de contenidos, los costos de aplicación y el estado actual de la técnica generalmente reconocidos”.⁹ La segunda ausencia se refiere al artículo 33 que añadía una nueva excepción para la TDM a través de la eventual incorporación del artículo 71T en la Ley 17336 de propiedad intelectual (en adelante, Ley 17336). Ambas propuestas fueron suprimidas del texto enviado al Senado el 7 de octubre de 2025.

3. Autoría y titularidad de las creaciones algorítmicas en Chile

El artículo 19 N° 25 del CPR asegura tanto “la libertad de crear y difundir las artes” como “el derecho del autor sobre las creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie”. Asimismo, el artículo

Tribunal Supremo (España), Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera (Caso *BOSCO*); y, Sentencia T-067/25, de 26 de febrero de 2025, Corte Constitucional de Colombia (Caso *CoronApp*).

6 Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=17048&prm-TIPO=INICIATIVA>

7 Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=27259&prm-TIPO=INFORMEPLY>

8 Ídem.

9 No obstante, en el artículo 5 subsiste una obligación de transparencia que consiste en identificar el contenido sintético como generado o manipulado de manera artificial.

584 del Código Civil dispone que “[l]as producciones del talento o del ingenio” se consideran una “propiedad de sus autores” que se rige por leyes especiales. La Ley 17336 contiene el régimen aplicable a los derechos de autor y conexos. Según su artículo 1, “protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera sea su forma de expresión”. Esto requiere de un sujeto —“el autor”— y de un objeto —“la obra original”— y abarca la forma de expresión original de las ideas, pero no las ideas en sí mismas. Además, se protege la obra original, “en el sentido de que se trata de una creación nueva emanada de la inteligencia de su autor” (Corte Suprema de Chile, 02 de noviembre de 2000, Rol: 1756-1999). Asimismo, en Chile, como en otros lugares del mundo, existe un importante arraigo de la teoría de la personalidad de la que deriva la exigencia de autoría humana. En virtud de esta, el derecho de autor se construyó sobre bases que protegen el vínculo entre el creador y su obra como un reflejo de su personalidad (Mirosevic Verdugo, 2007; Walker Echeñique, 2014).

En el derecho comparado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha expresado que la obra “original” resulta de la creación intelectual y de la “toma de decisiones libres y creativas que reflejan la personalidad del autor” (Osorio, 2025)¹⁰. De esto se deduce que solo pueden ser “autores” las personas humanas.

Entre las primeras preguntas que planteó la irrupción de la IA en el derecho de autor se cuestionaba justamente si la IA podría ser titular de este derecho. Así, mucha de la literatura nacional e internacional producida en los últimos años se centró en la autoría y titularidad de las creaciones algorítmicas (Abbott y Rothman, 2023; Amunátegui Perelló, 2021; Araya Paz, 2020; Azuaje Pirela, 2020; Evangelio Llorca, 2024; Gervais, 2021; Guadamuz, 2021; Osorio Umaña, 2022; Saiz García, 2019). Sin embargo, esa dimensión de la discusión, aunque no se encuentra totalmente zanjada, fue perdiendo cada vez más fuerza porque, para que exista derecho de autor, se

10 Véase, entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, 11 de junio de 2020, Brompton Bicycle Ltd y Chedech/Get-2Get.

requiere de un sujeto de derecho —el “autor”—, y al ser la IA un objeto carente de personalidad jurídica, carece también de la aptitud para ser titular de derechos. Sobre esto, en octubre de 2020 la Resolución del Parlamento Europeo sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial (2020/2015(INI)) consideró que “no sería adecuado tratar de dotar a las tecnologías de IA de personalidad jurídica” y advirtió sobre el posible “impacto negativo de ello en los incentivos para los creadores humanos (...)”.

Ahora bien, que los sistemas de IA sean objeto y no sujeto no lleva a concluir *a priori* que cualquier uso de la IA para la creación de una obra implica que no existe nada que proteger (Azuaje, 2020), menos en el estado actual de la IA. Así, la pregunta sobre la autoría y titularidad de las creaciones algorítmicas es una discusión abierta que se dirige a determinar quién y por qué podría ser titular de algún derecho sobre los *outputs* generados por la IA. Esto implica encontrar el “aporte creativo humano” en creaciones que involucran el uso de IA. A su vez, se requiere distinguir entre “creaciones asistidas por IA” y “creaciones generadas por IA”. Ambos términos fueron definidos en mayo de 2020 por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en la “Versión Revisada del Documento Temático sobre las Políticas de Propiedad Intelectual y la Inteligencia Artificial”. En ese contexto, los productos generados “con la asistencia de IA” son aquellos “en los que una persona interviene o da instrucciones de manera determinante”. En tanto que, los productos “generados de forma autónoma por IA” se refieren “a la generación de un producto mediante IA sin la intervención humana” (OMPI, 2020, p. 4). Esta distinción también se recoge en la citada resolución del Parlamento Europeo (2020), que señala:

(...) las obras producidas de manera autónoma por agentes artificiales y robots no deben poder acogerse a la protección mediante derechos de autor, a fin de respetar el principio de originalidad, que está unido a una persona física, y puesto que el concepto de “creación intelectual” conlleva la personalidad del autor; pide a la Comisión que apoye un enfoque horizontal, basado en pruebas y neutro desde el punto de vista tecnológico con respecto a las dis-

posiciones comunes y uniformes en materia de derechos de autor aplicables a las obras generadas mediante IA en la Unión, si se estima que dichas obras pudieran acogerse a la protección mediante derechos de autor; recomienda que la titularidad de los derechos, en su caso, se asigne únicamente a las personas físicas o jurídicas que crearon la obra de manera legal, y solo si el titular de derechos de autor ha concedido su autorización cuando se utilice material protegido por derechos de autor, salvo que sean aplicables excepciones o limitaciones a dichos derechos (...). (p. 5)

Esta resolución producida en la Unión Europea ilustra bien el estado de la cuestión en diversos lugares del mundo. En Estados Unidos ya existen antecedentes en los que diferenciar entre obras asistidas por IA y obras generadas por IA, lo que ha sido clave para acordar o denegar el registro. En el caso *Thaler v. Perlmutter*, en el que Stephen Thaler intentó registrar una obra de arte visual titulada *A Recent Entrance to Paradise*¹¹ ante la U.S. Copyright Office (USCO), se concluyó que las obras generadas exclusivamente por IA sin una contribución creativa humana sustancial no pueden ser protegidas por derechos de autor.¹² Por su parte, en el caso *Zarya of the Dawn*, relativo a un cómic y novela gráfica escrita por Kristina Kashtanova, la USCO estimó que Kashtanova es autora del texto de la obra, así como de la selección, coordinación y disposición de sus elementos escritos y visuales. Sin embargo, las imágenes generadas por Midjourney no son producto de la autoría humana, por eso no podían ser registradas (United States Copyright Office, 2023a). También en el año 2023 la USCO (2023b) publicó su “Guía para el registro de derechos de autor de obras que contienen materiales generados por IA”, en la que se establecen algunos criterios.

En el mismo orden, en 2025 la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México concluyó que las obras generadas de forma autónoma por IA no gozan de protección por el derecho de autor y se encuentran en el dominio público. Esta decisión se produjo en

11 La imagen fue generada por DABUS (Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience) en febrero de 2012.

12 *Thaler v. Perlmutter* No. 23-5233.

el contexto de la solicitud de registro de una imagen denominada “Avatar Virtual: Gerald García Báez” generada por Leonardo AI, que se intentó registrar ante el Instituto Nacional de Derecho de Autor (INDAUTOR). La solicitud fue rechazada argumentando que la ley mexicana solo reconoce como autor a las personas físicas y que la obra debe ser producto de una creación humana original (Amparo Directo 6/2025, 27 de agosto de 2025).

A diferencia de esos casos, en 2025 se admitió en Estados Unidos el registro de la obra *A Single Piece of American Cheese*, generada con la asistencia de Invoke AI. Tal decisión se basó en la posibilidad de seleccionar, coordinar y ordenar el material generado por IA.

En Chile, los criterios son similares y el proyecto de ley de IA no contiene ninguna propuesta sobre posibles conflictos de autoría y titularidad de las creaciones algorítmicas. En ese sentido, la distinción se aplica sobre bases constitucionales y legales que provee el derecho de autor tradicional para proteger la creación humana. En efecto, el Departamento de Derechos Intelectuales (DDI) frente a la pregunta sobre si pueden inscribirse obras utilizando IAG ha respondido que:

La posibilidad de inscribir una obra generada con IA depende del uso de la tecnología. Si el resultado fue creado de manera autónoma por la IA (aleatoria), no se considera una obra protegida por derechos de autor. Sin embargo, si se parte de una obra original propia o de la cual se posee la titularidad y la IA se utiliza como herramienta para transformarla o derivar una nueva versión, es posible inscribirla. La viabilidad se evaluará caso a caso. (Departamento De Derechos Intelectuales, s.f)

Sobre la base de estos criterios, por ejemplo, se ha acordado el registro de las obras fotográficas con IA: *Nico leyendo con nubes*, *Nico blend con nubes* y *Nico AI con nubes* (certificados de registro 2023-A-11526, 2023-A-11527 y 2023-A-11528, respectivamente), en los que sus autores explicaron detalladamente sus decisiones creativas a pesar del uso de herramientas de IA (Jadresic, 2024). De esta forma, también en Chile la distinción entre obras asistidas y generadas por IA facilita criterios para determinar la protección legal basada en la prueba del grado de intervención humana.

4. Legalidad del uso de obras protegidas para el entrenamiento de sistemas de IA

El entrenamiento de los sistemas de aprendizaje automático requiere examinar los datos para encontrar los patrones y relaciones entre sus características. Dentro de esos “datos”, puede existir información (personal o no personal), así como representaciones de hechos, actos, opiniones y, por supuesto, también obras en formato digital (López-Tarruella Martínez, 2021). En el caso de los grandes modelos de lenguaje (LLM, por sus siglas en inglés), muchos datos se recopilan de fuentes de acceso público como internet, así que, efectivamente, también para su entrenamiento puede haberse usado obras protegidas (en la forma de textos, imágenes, diseños y música) (OMPI, 2024). Sin embargo, no siempre se conoce el origen y contenido de los datos. Esto puede ocurrir porque las empresas tecnológicas protegen sus *datasets* por secretos empresariales, pero también por falta de transparencia, originada —en parte— porque no existían normas que obliguen a informarlos (Ordelin Font, 2025). A medida que se conocen las vulneraciones al derecho de autor en los entrenamientos, la tendencia es imponer obligaciones de transparencia vinculadas al uso de obras en las nuevas regulaciones sobre la IA. En este orden, por ejemplo, el Artículo 53, apartado 1, letra d) del RIA obliga a los proveedores a elaborar y poner a disposición del público un resumen suficientemente detallado del contenido utilizado para entrenar el modelo de IA de uso general.

Disposiciones de este tipo se han considerado entre los mecanismos para facilitar que los titulares de derechos de autor puedan ejercer y hacer cumplir sus derechos. Sin embargo, el proyecto de ley de IA chileno en su versión actual no contiene ninguna norma que vaya en este sentido.

La existencia de obras entre los materiales utilizados, a su vez, implica la existencia de derechos morales y patrimoniales que deben ser respetados. Así, el uso de contenidos protegidos requiere la autorización de su titular, salvo que puedan aplicarse excepciones y limitaciones. Por eso no puede concluirse *a priori* que todos los entrenamientos son intrínsecamente ilegales, aunque alguna gran empresa de IAG ha manifestado públicamente que “es imposible” entrenar sus modelos sin infringir derechos de autor (Altman, como se citó en

Planas, 2024). Sobre esto, Guadamuz (2024, pp. 111-127) propone diferenciar entre infracciones que se generan en las entradas (*inputs*) y las que se generan en las salidas (*outputs*). Partiendo del análisis sugerido por el autor, a continuación se analizan las posibles infracciones desde la perspectiva de la Ley 17336 chilena.

4.1 Infracciones en la fase de entrenamiento (*inputs*)

En el entrenamiento de sistemas de IA, el acceso a las obras para su análisis es una tarea imprescindible en cierto modo y puede implicar la realización de copias y su almacenamiento temporal. A la fecha de elaboración de este trabajo, en Estados Unidos existen alrededor de 54 juicios en los que se discute si esto podría calificarse como *fair use* o “uso legítimo”. Esta defensa permitiría el uso limitado de material protegido por derechos de autor sin autorización del titular, bajo ciertas circunstancias. En aquel contexto se evaluará si el uso es de naturaleza comercial o con fines educativos, sin ánimo de lucro, y si el nuevo uso es “transformativo”, es decir, si añade nueva expresión, significado o mensaje a la obra original. El argumento central de muchos desarrolladores es que el entrenamiento es transformador porque extrae patrones y conocimientos, no reproduce la obra original y tampoco compite con ella. En el caso *Bartz, Graeber, & Wallace v. ANTHROPIC* se determinó que, efectivamente el uso transformativo de los LLM podría llegar a ser un uso justo, pero esto no exime de la obligación de adquirir las obras lícitamente.¹³

En Chile no rige la doctrina del *fair use*, sino un sistema cerrado de limitaciones y excepciones al derecho de autor de interpretación restrictiva. Sin embargo, no está del todo claro que esas copias que se requiere realizar durante el entrenamiento sean intrínsecamente ilícitas, principalmente porque no existen normas que lo regulen expresamente. Además, porque si bien podrían constituir una infracción del derecho patrimonial de reproducción (y, eventualmente dependiendo del caso, también de los derechos de distribución, artículo 18 literal e y comunicación al público, artículos 5, literal v y 18 literal a, de la Ley 17336), estrictamente las copias no se almacenan

13 Véase la causa C 24-05417 WHA.

ni publican (al menos en el sentido tradicional), sino que se trata de usos internos y puede que en algunos casos sean aplicables excepciones o limitaciones al derecho de autor existentes.

En ese sentido, la temporalidad de las copias hace pensar si es que acaso es posible la aplicación del artículo 71 O de la Ley 17336, que permite la reproducción provisional (transitoria o accesorio) de una obra sin remuneración ni autorización, como parte integrante y esencial de un proceso tecnológico. En ese caso, la reproducción debe ser “tener como única finalidad la transmisión lícita en una red entre terceros por parte de un intermediario” o “el uso lícito de una obra u otra materia protegida, que no tenga una significación económica independiente”. Asimismo, conforme al artículo 71 Q se considera lícito el uso “incidental” y “excepcional” de una obra protegida “con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra protegida”. Esta excepción no es aplicable a obras audiovisuales de carácter documental.

Ahora bien, dada la dependencia del acceso a las obras para el entrenamiento, es complejo que el análisis que se hace de ellas pueda calificarse estrictamente como “accesorio”, “incidental” o “excepcional”. Además, en algunos casos, poder hacerlo requeriría determinar la contribución real de una obra y su uso sustancial dentro de muchas que se incluyen en el proceso de entrenamiento. Sin embargo, en su redacción actual el proyecto de ley de IA chileno no contempla disposiciones que aclaren o se refieran a este debate.

4.2 Infracciones en la fase de salida (outputs)

Siguiendo con el análisis propuesto por Guadamuz (2024), los sistemas de IAG están entrenados para generar resultados nuevos que se parezcan estadísticamente a sus datos de entrenamiento, pero no necesariamente para reproducir alguna obra específica dentro de los materiales utilizados. Esto es así porque después de entrenados, estrictamente, los modelos contienen parámetros de redes neuronales y, aunque no es imposible, es poco probable que los sistemas “me-

moricen”¹⁴ y, con ello, “reproduzcan” total o parcialmente una obra específica (pp. 111-127). Así, aunque en algún caso se afirmó que todos los contenidos generados por la IAG “son obras derivadas infractoras” (caso *Silverman v. OpenAI, Inc*), esta afirmación es difícil de probar o sostener jurídicamente, al menos desde la perspectiva tradicional, y también ameritaría evaluar la similitud sustancial en un *output* específico, ya que, en principio, solo se infringirá el derecho de autor en la medida en que pueda probarse que un modelo es capaz de reproducir *inputs* específicos en los *outputs*.¹⁵

En aquellos casos donde no existe una reproducción o memorización evidente, ¿podría haber igualmente infracción? ¿Cómo podría determinarse en un *output* en particular? ¿Es necesario repensar el concepto tradicional de reproducción para incluir estos nuevos casos? Responder a estas preguntas podría ser útil para resolver otro tipo de problemas. Por ejemplo, si bien es cierto que el derecho de autor en su configuración actual no protege los estilos, muchos creadores consideran que debería ser ilegal que los sistemas de IAG puedan replicar sus estilos artísticos o de escritura deliberadamente, ya que, para lograrlo, fue necesario tener acceso a las obras (Jiang et al., 2023; Rao, 2023).

En otro orden de ideas, en lo que se refiere a los *outputs*, la tendencia es que la titularidad de algún eventual derecho de autor podrá reconocerse a personas que hayan creado una obra asistida con IA de manera legal. Si se trata de una obra derivada, esto solo será posible si el titular de derechos de autor de la obra original autorizó su uso, o siempre que sea aplicable alguna excepción o limitación a dichos

14 Con todo, debe advertirse que ya existen estudios que aseguran que es posible detectar casos de memorización de materiales protegidos (Mezei, 2025; Ravichander et al., 2025). Ahora bien, según Carlini et al. (2022, p. 1), el porcentaje de memorización varía significativamente dependiendo del tamaño del modelo y de la metodología de evaluación, pero, por ejemplo, el modelo GPT-J de 6.000 millones de parámetros memoriza al menos el 1% de su conjunto de datos de entrenamiento.

15 La complejidad de determinar si es que existe o no infracción a la luz de la normativa tradicional ha implicado que ya comiencen a generarse decisiones contradictorias, como ha ocurrido en cuanto a este particular con los casos *Getty Images v Stability AI* (en Reino Unido) y *GEMA v OpenAI* (en Alemania).

derechos. Además, tendrá que poder hallarse la originalidad humana en la nueva creación. Asimismo, es posible que en algunos casos los *outputs* puedan ampararse en otro tipo de limitaciones y excepciones tales como la parodia o la sátira.¹⁶ En ese supuesto, la nueva obra debe constituir un aporte artístico que se diferencia de una obra original y debe tener fines de crítica, comentario o caracterización. De esta forma, si es que existe infracción y de qué tipo, tendría que examinarse caso a caso.

A lo anterior debe añadirse que si falta claridad en cuanto a la infracción de derechos patrimoniales, la situación con los derechos morales es incluso “más oscura”, en buena parte porque, salvo excepciones (Branco y Nunes, 2023; Geiger y Di Lazzaro, 2025; Matulionyte, 2022; Miernicki, 2021), la literatura se ha preocupado por los derechos económicos sin que se dedique demasiada atención a los derechos morales (irrenunciables e inalienables en muchos lugares del mundo). ¿Deberían reconocerse? ¿Cuándo? ¿Cómo? Las nuevas obligaciones de transparencia en el uso de las obras para el entrenamiento pueden contribuir al ejercicio del derecho de paternidad, pero ¿es suficiente con eso?, ¿es suficiente con mecanismos *opt-out*?

5. Discusiones en torno a la propuesta de una nueva excepción para la minería de textos y datos en Chile

En lo que se refiere al uso de obras protegidas para el entrenamiento de sistemas de IA, el texto original del proyecto de ley de IA chileno buscaba modificar la Ley 17336, para incorporar el artículo 71 T, que creaba una nueva excepción para la TDM. Ante las dudas sobre la suficiencia de la legislación actual, la propuesta de mayo de 2024 contenía una redacción amplia en relación con los actos y usos permitidos de las obras sin autorización ni remuneración.¹⁷ Su rechazo

16 En Chile, Artículo 71 P, de la Ley 17336.

17 “Artículo 71 T. Es lícito, sin remunerar ni obtener autorización del titular, todo acto de reproducción, adaptación, distribución o comunicación al público, de una obra lícitamente publicada, cuando dicho acto se realice exclusivamente para la extracción, comparación, clasificación, o cualquier otro análisis estadístico de datos de lenguaje, sonido o imagen, o de otros elementos de los que se componen un gran número de obras o un gran volu-

generó una segunda propuesta aprobada en el borrador de mayo de 2025.¹⁸ Ésta restringió el alcance de dichos actos (para permitir solo la reproducción y extracción para la TDM), especificó los propósitos de uso (solo usos no lucrativos y de investigación) e incorporó la reserva de derechos del titular. Ambas propuestas carecieron del consenso necesario para continuar en el proyecto y fueron suprimidas del texto que hoy se discute ante el Senado. La primera, por ser excesivamente permisiva, lo cual podría ir en perjuicio de los derechos de los autores. La segunda, por contener un estándar excesivamente restrictivo que podría afectar el ejercicio de los derechos de los autores y desincentivar la innovación basada en datos.

En particular, la segunda propuesta contenía algunos elementos de los artículos 3 y 4 de la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital. El artículo 3 contempla una excepción para organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural para realizar, con fines de investigación científica, TDM de obras u otras prestaciones a las que tengan acceso lícito. El artículo 4 establece que cualquier entidad no comprendida en el supuesto anterior puede realizar ciertas reproducciones y extracciones de obras y otras prestaciones accesibles de forma legítima para fines de TDM. En este caso, la excepción solo podrá aplicarse si los titulares de derechos no hicieron reserva de ellos “de forma adecuada”. Este mecanismo conocido como *opt-out* facilitaría a los creadores el control de sus obras frente a usos para TDM.

Sin embargo, para algunos comentaristas de la legislación europea, el hecho de que la excepción general prevista en el artículo 4 no sea imperativa es un problema, ya que los propietarios de la información pueden utilizar licencias para impedir las actividades de TDM a entidades sin finalidad científica, como las pequeñas y medianas em-

men de datos, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra o de las obras protegidas”.

- 18 “Artículo 71 T. Es lícito sin remunerar ni obtener autorización del titular, todo acto de reproducción y extracción de obras publicadas de forma legítima para fines de minería de textos y datos, siempre que esta utilización se efectúe sin fines lucrativos y para fines de investigación. Los titulares podrán optar, en relación al inciso anterior, por reservarse sus derechos”.

presas (pymes) que deseen analizar grandes conjuntos de datos para desarrollar nuevos servicios o aplicaciones. Desde esa perspectiva, la excepción puede generar un freno a la innovación basada en datos para estas empresas (López-Tarruella, 2021). En sentido contrario, para otros autores, estas excepciones resultan inadecuadas porque realmente no solucionan el desequilibrio patrimonial y moral entre los derechos de los autores y la necesidad de acceder a datos para el entrenamiento, ni siquiera en casos de investigación (Geiger y Di Lazzaro, 2025).

Así, aunque en apariencia la adopción de medidas similares en Chile parecía positivo para fines de investigación, la excepción propuesta contemplaba un estándar incluso más estricto que el de la Unión Europea. Este no está exento de críticas, al punto de que se duda sobre su aplicabilidad a los entrenamientos de sistemas de IAG (Ordellin Font, 2025; Senftleben, 2025; Szkalej, 2025). Asimismo, al ser aplicable solo para investigación, hecha por entidades sin fines de lucro y *opt-out*, imponía cargas desproporcionadas tanto para los autores como para los desarrolladores a quienes iba dirigida. De este modo, tampoco hubiese servido para impulsar la innovación en IA ni para facilitar el ejercicio de los derechos de los autores.

Como se ve, lograr el equilibrio entre los derechos de los autores y los desafíos de la innovación basada en datos no es tarea sencilla. Mientras que en Chile la discusión apenas comienza, en otras latitudes algunos autores sugieren que las posibles nuevas excepciones deben estar acompañadas de nuevos derechos de remuneración que permitan el acceso a los datos a cambio de una cantidad de dinero administrada por entidades de gestión colectiva de derechos (Geige et al., 2024; Vicente y Rodríguez, 2021).

Esta alternativa podría servir al desafío de “[i]mpulsar el desarrollo y adopción de la IA resguardando de forma equilibrada los derechos de creadores e innovadores”, como se propuso la Política Nacional de Inteligencia Artificial chilena. Sin embargo, deberán sortearse algunas dificultades. La primera es que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio de Berna, el artículo 10 del Tratado sobre Derecho de Autor, así como en el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual con el Comercio (ADPIC), las eventuales limitaciones y excepciones

que se adopten deberán superar la regla o prueba de los tres pasos. En ese sentido, deberá circunscribirse a determinados casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. La segunda dificultad se vincula a la poca valoración del trabajo creativo, al desconocimiento del sistema de PI y a otras situaciones que han llevado a Chile a aparecer de forma reiterada en reportes sobre vulneraciones de derechos de PI, las cuales pueden restarle importancia a este debate (United States Trade Representative, 2025). La tercera se relaciona con el posible encarecimiento de procesos y el potencial desincentivo a sujetos o entidades que, desde otro punto de vista, convendría incentivar. Si bien parece claro que las grandes empresas tecnológicas pueden soportar estos costos, la situación de las pymes, universidades, centros de investigación y *startups* podría no ser la misma; para ellas habría que pensar en otra solución que pueda sortear los mismos problemas. Otras posibles dificultades se relacionarían con la fijación y gestión de un monto que sea significativo para los autores, debiendo evaluarse también el impacto económico, la constitucionalidad de estas medidas y su adecuación a los marcos internacionales (Geiger, 2024). Estos aspectos exceden al propósito de este trabajo y serán analizados en futuras investigaciones.

6. Conclusiones

Aunque los debates sobre la IA y el derecho de autor ya llegaron a Chile y existen grandes expectativas alrededor del actual proyecto de ley de IA, este solo ofrece una resolución parcial a los desafíos en materia de propiedad intelectual. Si bien la propuesta incorpora la protección de los derechos de autor como uno de sus principios y se establecen normas para el resguardo de secretos comerciales, así como la identificación de contenidos sintéticos, el texto no logra hacerse cargo de las principales discusiones sustantivas que definen las intersecciones entre la IA y la PI en la actualidad y se separa del RIA en algunos aspectos clave.

Si bien es cierto que el marco normativo tradicional puede servir para solventar algunas cuestiones específicas sobre la autoría y titula-

ridad de las creaciones algorítmicas, el proyecto de ley de IA chileno es insuficiente porque carece de otras medidas concretas que resultan necesarias. En ese sentido, no logra materializar el objetivo de la Política Nacional de Inteligencia Artificial de fomentar el desarrollo y adopción de la tecnología y, simultáneamente, resguardar de manera adecuada los derechos de los creadores.

Además, no tiene en cuenta algunas tendencias globales en la materia en tanto omite medidas que ya comienzan a adoptarse a nivel internacional, tales como excepciones para la minería de textos y datos, obligaciones de transparencia respecto al uso de obras protegidas para el entrenamiento de sistemas y nuevas modalidades de remuneración para los autores por dichos usos. Estas u otras medidas son fundamentales tanto para proteger a los creadores como para otorgar la seguridad jurídica necesaria que fomente una innovación basada en datos a la que se aspira. Así, al menos en su redacción actual, el proyecto representa una oportunidad perdida para establecer un marco regulatorio robusto en materia de propiedad intelectual.

Bibliografía

- Abbott, R. y Rothman, E. (2023). Disrupting Creativity: Copyright Law in the Age of Generative Artificial Intelligence. *Florida Law Review*, 75(6), 1141-1202.
- Amunátegui Perelló, C. (2021). Producciones de agentes artificiales. *Pro Jure. Revista de derecho*, (56), 35-51. <https://dx.doi.org/10.4151/s0718-685120210056-1332>
- Araya Paz, C. (2020). Desafíos legales de la inteligencia artificial en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 9(2), 257-290. <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2020.54489>
- Azuaje Pirela, M. (2020). Protección jurídica de los productos de la inteligencia artificial en el sistema de propiedad intelectual. *Revista Jurídica Austral*, 1(1), 319-342. <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0101.azu>
- Azuaje Pirela, M. y Finol González, D. 2020. Transparencia algorítmica y la propiedad intelectual e industrial: tensiones y soluciones. *Revista La Propiedad Intelectual*, 30(dic. 2020), 111–146. DOI:<https://doi.org/10.18601/16571959.n30.05>.
- Branco, S. y Nunes, B. (2023). Artificial intelligence and moral rights. En *Research*

- Handbook on Intellectual Property and Moral Rights* (pp. 251-266). Edward Elgar Publishing.
- Carlini, N., Ippolito, D., Jagielski, M., Lee, K., Tramer, F. y Zhang, C. (2022). *Quantifying memorization across neural language models*. En The Eleventh International Conference on Learning Representations. <https://arxiv.org/abs/2202.07646>
- Departamento de Derechos Intelectuales. (s.f.). ¿Puedo inscribir una obra utilizando IA generativa? <https://www.propiedadintelectual.gob.cl/node/1274>
- Evangelio Llorca, R. (2024). Resultados generados con intervención de sistemas de inteligencia artificial y su protección (o no) por la propiedad intelectual. *Cuadernos de Derecho Privado*, 4(10), 99-152.
- Geiger, C. (2024). Elaborating a Human Rights-Friendly Copyright Framework for Generative AI. *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 55, 1129-1165. <https://doi.org/10.1007/s40319-024-01481-5>
- Geiger, C. y Di Lazzaro, F. (2025). Sustainability as a guiding principle for copyright reform: regulating the use of generative AI in the field of research and education. *Discov Sustain*, 6, 1032. <https://doi.org/10.1007/s43621-025-01918-y>
- Geiger, C., Schonherr, F. y Bernd, J. (2024). Limitation-based Remuneration Rights as a Compromise Between Access and Remuneration Interests in Copyright Law: What Role for Collective Rights Management? En Gervais, D. y Quintais, J. P. *Collective Management of Copyright and Related Rights* (4ª ed.), Kluwer International, Forthcoming. <https://ssrn.com/abstract=4714080>
- Gervais, D. (2021). The Human Cause. *Vanderbilt Law Research Paper* No. 21-39. <https://ssrn.com/abstract=3857844>
- Guaci, I. (2025). Secrecy Without Oversight: How Trade Secrets Could Potentially Undermine the AI Act's Transparency Mandate. <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2025/07/secrecy-without-oversight-how-trade-secrets-could-potentially-undermine-ai>
- Guadamuz, A. (2021). Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works. En Hilty, R. M., Lee, J. A. y Liu, K. C. (Eds.), *Artificial intelligence and intellectual property* (pp. 147-176). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198870944.003.0008>
- Guadamuz, A. (2024). Scanner Darkly: Copyright Liability and Exceptions in Artificial Intelligence Inputs and Outputs. *GRUR International*, 73(2), 111-127. <https://doi.org/10.1093/grurint/ikad140>
- Guadamuz, A. (2025). Os Direitos Autorais na Lei de Inteligência Artificial da União Europeia. *Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade*, 5(9), 19-38. <https://doi.org/10.5380/rddis.v5i9.100121>
- Jadresic Simonetti, T. (2024). Creación y titularidad sobre activos de propiedad intelectual creados autónomamente por la inteligencia artificial. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 13, e71922. <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2024.71922>

- Jiang, H., Brown, L., Cheng, J., Khan, M., Gupta, A., Workman, D. y Gebru, T. (2023). AI Art and its Impact on Artists. *AI, Ethics, and Society* 23, 363-374. <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3600211.3604681>
- López-Tarruella Martínez, A. (2021). *Propiedad intelectual e innovación basada en los datos*. Dykinson.
- Matulionyte, R. (2022). *The (forgotten) moral rights in the age of AI*. <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2022/02/07/the-forgotten-moral-rights-in-the-age-of-ai/#:~:text=Moral%20rights%20have%20not%20been,to%20have%20the%20work%20mutilated>).
- Mezei, P. (2025). Memorization and Generative AI - A Persistent Issue with Copyright Consequences? En Bonadio, E., Mezei, P. y Alonso, E. (Eds.): *The Cambridge Handbook of Generative AI and IP in Europe*, Cambridge University Press. (En prensa). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5404367>
- Miernicki, M., Ng (Huang Ying), I. (2021). Artificial intelligence and moral rights. *AI & Society*, 36, 319-329. <https://doi.org/10.1007/s00146-020-01027-6>
- Mirosevic Verdugo, C. (2007). Origen y evolución del derecho de autor, con especial referencia al derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVIII(1er Semestre de 2007), 35-82.
- Ordelin Font, J. (2025). Derechos de autor y entrenamiento de sistemas de IA generativos: las obligaciones de transparencia y la minería de textos y datos en la normativa europea. *Revista de Internet, Derecho y Política*, (42), 1-13. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i42.431327>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2020). *Versión Revisada del Documento Temático Sobre las Políticas de Propiedad Intelectual y la Inteligencia Artificial*. https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=499504
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2024). *Novena sesión del Diálogo de la OMPI – Entrenar a las máquinas: bytes, derechos y el intrincado rompecabezas del derecho de autor, Inteligencia artificial y propiedad intelectual*. https://www.wipo.int/about-ip/es/frontier_technologies/ai_and_ip.html
- Osorio Umaña, F. (2022). Inteligencia artificial y derecho de autor: un estudio sobre la regulación británica. *Revista Justicia & Derecho*, 5(1), 1-15. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v5i1.1833>
- Osorio Umaña, F. (2025). El concepto de originalidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la inteligencia artificial. *Revista Justicia & Derecho*, 8(t), 1-11. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v8it.2873>
- Parlamento Europeo. (2020). Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial (2020/2015(INI)).
- Pastor, R. (3 de diciembre de 2025). *Protección de Secretos comerciales y el PL de IA en Chile*. Semana de la Inteligencia Artificial, Seminario: Un zoom a la innovación y la propiedad intelectual en el proyecto de ley sobre sistemas de IA. Desafíos y perspectivas. Universidad Alberto Hurtado, Chile.
- Planas, C. (2024). El creador de ChatGPT afirma que es “imposible” entrenar

- su IA sin violar los derechos de autor. *El Periódico*. <https://www.elperiodico.com/es/tecnologia/20240111/chatgpt-reconoce-imposible-entrenar-inteligencia-artificial-derechos-autor-sam-altman-copyright-96788153>
- Rao, D. (2023). The FAIR Act: A new right to protect artists in the age of AI. <https://blog.adobe.com/en/publish/2023/09/12/fair-act-to-protect-artists-in-age-of-ai>
- Ravichander, A., Fisher, J., Sorensen, T., Lu, X., Lin, Y., Antoniak, M. y Choi, Y. (2025). Information-Guided Identification of Training Data Imprint in (Proprietary) Large Language Models. *arXiv preprint arXiv:2503.12072*.
- Saiz García, C. (2019). Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el Derecho de autor. *InDret*, (4). <https://indret.com/las-obras-creadas-por-sistemas-de-inteligencia-artificial-y-su-proteccion-por-el-derecho-de-autor/>.
- Samuelson, P. (2024). Thinking About Possible Remedies in the Generative AI Copyright Cases. *Communications of the ACM, forthcoming*. <https://ssrn.com/abstract=4770671>
- Senftleben, M. (2025). *The TDM Opt-Out in the EU – Five Problems, One Solution*. Kluwer Copyright Blog. <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2025/04/22/the-tdm-opt-out-in-the-eu-five-problems-one-solution/>
- Sierra Herrero, A. y Bernet Páez, M. (2020). Régimen jurídico de los programas computacionales elaborados por trabajadores en Chile. *Ius et Praxis*, 26(2), 254-273. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200254>
- Szkalej, K. (2025). The Paradox of Lawful Text and Data Mining? Some Experiences from the Research Sector and Where We (Should) Go from Here, *GRUR International*, 74(4), 307-319. <https://doi.org/10.1093/grurint/ikaf029>
- United States Copyright Office. (2023a). *Zarya of the Dawn (Registration # VAu001480196)*. <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>
- United States Copyright Office. (2023b). *Copyright Registration Guidance for Works Containing AI-Generated Materials*. <https://www.copyright.gov/ai/>
- United States Trade Representative. (2025). Special 301 Report. Recuperado de: <https://ustr.gov/issue-areas/intellectual-property/special-301>
- Vicente Domingo, H. y Rodríguez Cachón, T. (2021). *Minería de textos y datos como (nuevo) límite al derecho de autor*. Reus.
- Walker Echeñique, E. (2014). *Manual de Propiedad Intelectual*. Thomson Reuters.

* * * *

Roles de autoría y conflicto de intereses

La autora manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.azu>

Protección jurídica de los derechos conexos en Cuba: análisis crítico de sus principales desafíos

* * * *

Dayanis María Rodríguez Hernández

Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas,
Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez (Cuba)
rodriguezhernandezdayanismaaria@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9935-3599>

Lázaro Arley Martín Márquez

Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas,
Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez (Cuba)
lazaroarleymartinmarquez001@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-6998-873X>

Iliet Hernández Verdecia

Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas,
Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez (Cuba)
teilyperezhernandez@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0007-3237-9739>

Recibido: 1 de junio de 2025

Aceptado: 12 de diciembre de 2025

Resumen

La presente investigación examina los principales retos jurídicos que enfrenta Cuba en la garantía de los derechos conexos en su legislación vigente. Se identifican contradicciones entre las normas internas y los tratados internacionales ratificados, así como la ausencia de mecanismos eficaces para la defensa y gestión de estos derechos. El objetivo que persigue es identificar los desafíos jurídicos

que enfrentan la garantía y protección de los derechos conexos en Cuba en el contexto del ordenamiento jurídico vigente. A pesar del reconocimiento formal de estos derechos en normas nacionales, prevalece falta de actualización frente a los estándares internacionales y debilidades institucionales que dificultan su aplicación efectiva. El estudio también evalúa el impacto de las tecnologías digitales en la protección de los derechos de artistas intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Se aboga por una protección más efectiva, justa y acorde a los compromisos internacionales suscritos por el país, en aras de fortalecer la protección jurídica de los titulares de derechos conexos, con especial atención a la armonización con el derecho internacional. La investigación revela la existencia de una protección parcial y desactualizada, lo que limita el reconocimiento efectivo de los derechos de intérpretes, ejecutantes, productores y entidades de radiodifusión. Estas cuestiones enfatizan en la necesidad de modernizar el marco jurídico, garantizar el acceso a la justicia y promover el respeto a los derechos conexos en el entorno digital.

Palabras clave: derechos conexos, derechos patrimoniales, derechos morales, era digital, nuevas tecnologías, desafíos, protección.

Legal Protection of Related Rights in Cuba: A Critical Analysis of its Main Challenges

Abstract

This research examines the main legal challenges Cuba faces in guaranteeing related rights in its current legislation. It identifies contradictions between domestic regulations and ratified international treaties, as well as a lack of effective mechanisms for the defense and management of these rights. The objective is to identify the legal challenges facing the guarantee and protection of related rights in Cuba within the context of the current legal system. Despite the formal recognition of these rights in national regulations, there is a lack of updating them with international standards and institutional weaknesses that hinder their effective implementation. The study also assesses the impact of digital technologies on the protection of the rights of performers, phonogram producers, and broadcasting organizations. It advocates for more effective and fair protection, consistent with the international commitments signed by the country, in order to strengthen the legal protection of related rights holders, with particular attention to harmonization with international law. The research reveals the existence of partial and outdated protection, which limits the effective recognition of the rights of performers, producers, and broadcasters. These issues emphasize the need to modernize the legal framework, guarantee access to justice, and promote respect for related rights in the digital environment.

Key words: related rights, property rights, moral rights, digital age, new technologies, challenges, protection.

Proteção jurídica dos direitos conexos em Cuba: uma análise crítica dos seus principais desafios

Resumo

Esta pesquisa examina os principais desafios jurídicos que Cuba enfrenta para garantir os direitos conexos na sua legislação atual. Identifica contradições entre os regulamentos nacionais e os tratados internacionais ratificados, bem como a ausência de mecanismos eficazes para a defesa e gestão destes direitos. O objetivo é identificar os desafios jurídicos enfrentados pela garantia e proteção dos direitos conexos em Cuba, no contexto do ordenamento jurídico vigente. Apesar do reconhecimento formal destes direitos nos regulamentos nacionais, existe uma falta de atualização dos mesmos com os padrões internacionais e fragilidades institucionais que dificultam a sua efetiva implementação. O estudo avalia ainda o impacto das tecnologias digitais na proteção dos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das organizações de radiodifusão. Defende uma proteção mais eficaz e justa, consistente com os compromissos internacionais firmados pelo país, de forma a reforçar a proteção jurídica dos titulares de direitos conexos, com especial atenção à harmonização com o direito internacional. A pesquisa revela a existência de uma proteção parcial e desatualizada, que limita o reconhecimento efetivo dos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, produtores e radiodifusores. Estas questões enfatizam a necessidade de modernizar o quadro jurídico, garantir o acesso à justiça e promover o respeito pelos direitos conexos no meio digital.

Palavras-chave: direitos conexos, direitos de propriedade, direitos morais, era digital, novas tecnologias, desafios, proteção.

1. Introducción

En el contexto actual de constante transformación de los modelos de producción y consumo cultural, los derechos conexos (aquellos que protegen los intereses de intérpretes, productores fonográficos y organismos de radiodifusión) adquieren una creciente relevancia jurídica. Estos derechos, aunque complementarios al derecho de autor, presentan desafíos particulares en cuanto a su reconocimiento, protección y garantía, especialmente en entornos jurídicos donde el desarrollo legislativo en materia de propiedad intelectual aún enfrenta limitaciones.

La protección de la propiedad intelectual enfrenta complicaciones esenciales en un mundo cada vez más digitalizado y globalizado. La rápida evolución de la tecnología ha facilitado la creación y distribución de contenido, lo que a su vez ha llevado a un aumento en la piratería y el uso no autorizado de obras protegidas. A esto se suma la dificultad de aplicar las leyes existentes a nivel internacional, donde las diferencias entre legislaciones pueden generar vacíos que los infractores explotan. Además, la creciente importancia de las plataformas en línea como intermediarios complica la responsabilidad sobre la protección de derechos. En este contexto, es esencial fomentar la cooperación internacional y adaptar las normativas para salvaguardar los derechos de los creadores y garantizar un entorno justo para la innovación. (Martínez Fernández, 2025, párr. 9)

Uno de los mayores desafíos contemporáneos a los que se enfrenta la legislación sobre derechos de autor es la explotación de las obras intelectuales (obras audiovisuales, obras musicales, libros, etc.) en el entorno digital, principalmente a través de grandes plataformas de servicios en línea (YouTube, Facebook, Instagram, TikTok, Spotify etc.). Hasta ahora, la situación en el entorno digital ha estado en gran medida desregulada, incluso en los Estados miembros de la UE, principalmente debido a la fragmentación de la legislación y la falta de un marco regulador uniforme. La herramienta más extendida a la que recurren los titulares de derechos para limitar los usos ilegales de sus obras en Internet es la llamada notificación y retirada, una herramienta de origen estadounidense que evita en gran medida la responsabilidad del usuario, es decir, la notificación al proveedor en línea cada vez por parte del titular de los derechos para descargar el contenido ilegal. (Blogosfera Navas & Cusí, 2023, párr. 1)

El sistema de notificación y retirada es un mecanismo que permite a cualquier usuario de internet presentar una reclamación por el uso no autorizado de sus derechos de autor en cualquier plataforma o sitio web. El reclamo debe presentarse ante el proveedor de servicios en línea (PSL) con el objetivo de remover, eliminar o inhabilitar de manera inmediata el acceso público al contenido. (Aréchiga Morales, 2021, p. 6)

En la era digital, los derechos conexos emergen como un concepto fundamental para la protección de los creadores y artistas. Comple-

mentan el derecho de autor y buscan salvaguardar las contribuciones de quienes participan en la producción y difusión de obras, como intérpretes, productores y organismos de radiodifusión. Comprender su alcance es esencial para fomentar un entorno en el que la creatividad y la innovación puedan prosperar, garantizando al mismo tiempo que los beneficios generados por el contenido digital se distribuyan de manera justa. (Martínez Fernández, 2025, párr. 10)

En Cuba, el ordenamiento jurídico vigente ha mostrado avances en la protección del derecho de autor con la reciente implementación de la Ley 154 de 2022. Sin embargo, la tutela de los derechos conexos todavía enfrenta vacíos normativos, obstáculos institucionales y dificultades en su implementación efectiva. Esta situación plantea interrogantes fundamentales sobre la suficiencia del marco legal actual para garantizar una protección adecuada a los titulares de estos derechos, particularmente en un escenario donde las tecnologías digitales han transformado profundamente las formas de uso y difusión de las obras artísticas.

Ante este panorama, el presente artículo tiene como objetivo general identificar los desafíos jurídicos que enfrentan la garantía y protección de los derechos conexos en Cuba, a partir de un análisis crítico del ordenamiento jurídico vigente y de las condiciones institucionales que influyen en su aplicación. El estudio parte de la necesidad de promover un enfoque integral de la propiedad intelectual que asegure el equilibrio entre los intereses de los creadores, los intérpretes y la sociedad.

2. Antecedentes históricos de los derechos conexos

En el Mundo Clásico (Grecia y Roma) no se conocía nada parecido a la Propiedad Intelectual ni a los Derechos de Autor. Existía una incipiente industria editorial, apoyada en las copias manuales que los esclavos hacían de los textos más destacados. Pero los autores carecían de cualquier derecho sobre su obra intelectual. En el año 330 a.c, una ley ateniense ordenó que se depositaran en los archivos de la ciudad copias exactas de las obras de los grandes clásicos. (MadHer, 2019, p. 1)

Por ende, desde los primeros años de la humanidad no se reconocían los derechos de propiedad intelectual como potestades fundamentales de los creadores, autores e inventores; ni siquiera se contemplaban estas categorías. Por tal razón, no existía un sistema de protección de esta rama del derecho, por lo que resultaban frecuentes las violaciones derivadas de la inexistencia de acciones y normas enfocadas en la identificación y tutela de aquellas personas que, por aquella época, se encargaban de la transcripción de los apuntes notables que se recopilaban. Dicho con otras palabras, no se distinguía el empeño de quienes tenían la encomienda de que permanecieran por escrito los conocimientos y la información de los literatos de aquel período.

Los llamados Derechos Conexos aparecen más tardíamente, no se reconocieron en la primitiva etapa del Derecho de Autor, ni preocupó a los artistas intérpretes y ejecutantes la ausencia de normas específicas que protegieran sus actuaciones, interpretaciones y ejecuciones, contentándose con el favor del público y la remuneración que por diferentes vías recibían al realizar sus actividades. En muchas ocasiones, además, coincidían la condición de autor y la de artista, de modo que parecía que el derecho autoral cubría como un manto protector tanto la creación como la interpretación o ejecución de la obra. (Valdés Díaz, 2009, párr. 9)

El origen del concepto Derechos Conexos se remonta a la invención de la imprenta, ya que con esta inicia una gran difusión de las obras literarias. Sin embargo, fueron el fonógrafo, el cinematógrafo y la radio los que dieron mayor impulso a su desarrollo. Estas invenciones facilitaron la producción y reproducción de obras en grandes cantidades y con bajos costos. Surgió así la necesidad de regular los derechos provenientes de la reproducción de tales obras. (Castro Hernández y Hernández Clausen, 2009, párr. 1)

Con la aparición de la imprenta, el fonógrafo y el cinematógrafo, los derechos conexos alcanzaron valiosas ventajas y beneficios, a la par de la difusión de nuevas opiniones en el universo de la cultura y el saber. En un periodo en el que la humanidad se encontraba limitada en cuanto a los adelantos científicos tecnológicos, la imprenta contribuyó a la impresión de textos y auxilió el esparcimiento de nuevas y

necesarias concepciones. Por su parte, el surgimiento del fonógrafo, de la radio y del cinematógrafo tuvo un impacto profundo en el desarrollo de los derechos conexos, partiendo de que ambos cambiaron la naturaleza de las obras interpretativas, impulsando el reconocimiento legal de estos derechos, que hoy forman parte esencial de la propiedad intelectual en el ámbito cultural y del entretenimiento.

Una vez aprobado el Derecho de Autor y con el surgimiento de mecanismo tecnológicos de difusión, tales como la radio, la televisión, el fonógrafo y la cinematografía, comienza a haber una afectación a los derechos de los intérpretes, artistas o ejecutantes, debido a que sus interpretaciones son accesibles al público en cualquier lugar, por lo tanto, al darse la radiodifusión el empleo de estos disminuyó, siendo estos afectados económicamente. (Murillo Gámez y Tórrez Arteaga, 2012, p. 14)

Con el fonógrafo, la obra no necesita repetidamente del artista como intermediario para llegar al público y, por tanto, escapa de las manos de su autor con los adelantos tecnológicos. Esto provocó una laceración a los derechos del autor en cuanto a las obras que eran reproducidas y difundidas y también a los derechos que debían tener aquellos que las interpretaban o ejecutaban, las transmitían y fijaban los sonidos. Contra estos derechos atentaron también la grabación particular y la piratería de fonogramas, reduciéndose la posibilidad de empleo para los artistas.

Con la entrada en vigor del Convenio de Berna, se estipula que los autores participen de los beneficios que reporte la industria discográfica y que sean los únicos que autoricen la reproducción o ejecución pública. A su vez, se comienza a reconocer, aunque de manera indirecta y sin recaer en absolutismos, lo referente a los derechos conexos. A pesar de que el cuerpo de esta norma no regula expresamente estos vocablos, introduce la protección de aquellas personas que, sin crear ni considerarse autoras, encuentran resguardo normativo que le redunda en beneficios en su actividad artística.

Cada país de la Unión, podrá, por lo que le concierne, establecer reservas y condiciones en lo relativo al derecho exclusivo del autor

de una obra musical y del autor de la letra, cuya grabación con la obra musical haya sido ya autorizada por este último, para autorizar la grabación sonora de dicha obra musical, con la letra, en su caso; pero todas las reservas y condiciones de esta naturaleza no tendrán más que un efecto estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán, en ningún caso, atentar al derecho que corresponde al autor para obtener una remuneración equitativa fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente. (Convenio de Berna, 1986, Art. 13)

La Convención de Roma para la Protección de los Derechos de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión, fue adoptada el 26 de octubre de 1961, con la finalidad de salvaguardar los derechos morales y patrimoniales de estos (...) (Murillo Gámez y Tórrez Arteaga, 2012, p. 14) En 1961, un total de 91 partes y 26 signatarios se unieron en la Convención multinacional de Roma para la protección de los Intérpretes, Productores, Fonogramas y Organismos de Radiodifusión. Los distintos países se reunieron para abordar la rápida evolución de las tecnologías de reproducción de sonido e imagen y su impacto en la legislación sobre derechos de autor. Anteriormente, se habían elaborado acuerdos multinacionales como el Convenio de Berna (1886) para gestionar la creación, protección y distribución de materiales impresos. Sin embargo, inventos como las grabadoras de cintas dejaron claro que había llegado el momento de reinventar y ampliar los anteriores tratados intercontinentales sobre derechos de autor. (Exploration Copyright Administration, 2025, párr. 13)

En el marco de la Convención de Roma a cargo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), se reglamenta lo pertinente a la protección y a las limitaciones que ostentan los sujetos de los derechos conexos. Ya en su interior, aborda definiciones pertinentes al artista intérprete o ejecutante, productor de fonogramas, reproducción, retransmisión y organismos de radiodifusión; palabras clave en la conformación y presencia de los derechos conexos. Ello constituye un paso de avance en lo concerniente a esta rama de la

propiedad intelectual y una garantía de derechos y obligaciones que respalda la actividad desplegada por los sujetos en cuestión.

Esta reglamentación robusteció los intereses legales de personas y colectividades encaminadas a la puesta de las obras a disposición del público, prevaleciendo el fomento y amparo de la creatividad y del ingenio cultural. En el transcurso de la historia, se ha logrado que los derechos conexos complementen a los autorales, difundan la labor y el esfuerzo de sus sujetos y ayuden a obtener remuneraciones justas, cuestiones que exaltan la formación y el nivel educacional de los artistas involucrados.

3. Conceptualizaciones necesarias sobre derechos conexos

Al respecto, Páez (2023) señala que “Los Derechos Conexos, también conocidos como *neighboring rights* en inglés, son una parte fundamental del ecosistema de la propiedad intelectual en la industria musical” (párr. 6). Es común asociar los derechos conexos únicamente con la industria musical, pero, en realidad, su alcance es más amplio. Aplican en ámbitos no musicales como lo son las artes escénicas (teatro, danza, ópera), el arte audiovisual y la cinematografía, la radiodifusión, la televisión, la narración y la locución.

Los Derechos Conexos o Derechos Afines o Vecinos, son los derechos que se les conceden a los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonograma y organismos de radiodifusión en relación con las obras. Los Derechos Conexos son intermediarios en la producción, grabación o difusión de una obra. Por ejemplo el músico que interpreta una obra musical escrita por un compositor, los actores interpretan las obras teatrales, los productores de fonograma graban y producen canciones y música escrita por autores y compositores. (Biblioteca digital SCRIBD, 2024, p. 4)

Dentro del Derecho de Autor no solo existe la figura del autor como único creador de una obra, sino que existen otras figuras vinculadas, como artistas, intérpretes, ejecutantes o productores -audiovisuales o de fonogramas-, cuya labor es imprescindible para la divulgación y comercialización de la obra. Esta tarea queda protegida por los Derechos Conexos. (LETSLAW, 2023, párr. 4)

Los derechos conexos al derecho de autor son aquellos que se reconocen a quienes, sin ser autores, contribuyen con su creatividad, técnica y organización al proceso de publicar una obra. Comprenden derechos como el de los intérpretes y ejecutantes, productores, entidades de radiodifusión, editores, así como realizadores de meras fotografías. Estas actividades tienen en común el hecho de que se realizan generalmente en torno a una obra preexistente y que significan una mediación entre esta obra y el público. (Dirección Nacional de Propiedad Intelectual, 2020, p. 8)

Para que tenga lugar un derecho conexo, necesariamente debe constar una contribución conexa, lo que constituye el objeto de protección de este derecho. Están vinculados, pero no idénticamente, al derecho de autor, por lo que son derechos de propiedad intelectual que protegen los intereses legales de quienes contribuyen a hacer posible la comunicación de obras al público, sin ser sus autores directos.

Derechos conexos: Son aquellos que conceden la protección a los artistas intérpretes o ejecutantes, de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, así como la fijación y reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones. Así mismo es el derecho que tienen los productores de fonogramas sobre sus fonogramas y los organismos de radiodifusión sobre sus emisiones de radiodifusión. (Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación, 2024, párr. 1)

Los derechos conexos de los artistas, intérpretes o ejecutantes se encuentran reconocidos en la Convención de Roma para la Protección de Los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión; y, de conformidad con el artículo 42 de la Decisión 351, esta Convención constituye la base jurídica de regulación de los límites a dichos derechos que pueden ser establecidos en las legislaciones internas de Países Miembros. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2021, p. 7)

Los actores, bailarines, cantantes líricos y demás intérpretes escénicos tienen derechos conexos sobre sus ejecuciones, incluso si interpretan obras de dominio público o ajenas. Estos derechos protegen tanto las representaciones en vivo como sus grabaciones audiovisuales.

Los Derechos Conexos son aquellos relativos a proteger los intereses jurídicos de ciertas personas ya sean físicas o de existencia ideal y que contribuyen a poner las obras a disposición del público. Son susceptibles de protección principalmente los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de grabaciones y los organismos de radiodifusión; pero dicha mención es puramente enunciativa, ya que no limita a proteger a otros tipos de sujetos que promuevan la exposición de la obra o la forma específica de exponerla, ya que también como ejemplo podría citarse a editores, promotores, difusores de medios digitales no radiales, etcétera. (Biblioteca digital SCRIBD, 2024, p. 2)

La finalidad de los mismos es la de proteger los intereses legales de personas y entidades que contribuyen a la difusión de obras o que han producido objetos con suficiente creatividad y capacidad técnica y organizativa, que, si bien no todos los países las consideran obras protegibles por derechos de autor, entienden que gozan de originalidad suficiente y capacidad técnica y organizativa que merece ser protegida. (LETSLAW, 2023, párr. 6)

La finalidad de los derechos conexos (también llamados “derechos afines” o “derechos vecinos al derecho de autor”) es proteger los intereses y garantizar la compensación justa de quienes, sin ser los autores originales de una obra, contribuyen de manera significativa a su difusión, interpretación o producción. No protegen la creación intelectual en sí (como lo hacen los derechos de autor), sino las actividades relacionadas con la comunicación al público de las obras.

Los Derechos Conexos no recaen sobre bienes inmateriales, puesto que se encargan de las obras ya materializadas. Carecen de creatividad y originalidad ya que se considera que no hay una creación única producto del intelecto, sino una simple manifestación o divulgación de una creación ya existente. Poseen un derecho subje-

tivo porque tienen el derecho exclusivo de prohibir o autorizar la radiodifusión o la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones, asimismo los productores tienen el mismo derecho en cuanto a su reproducción, distribución, importación, adaptación, y la puesta a disposición del público. Por otro lado tenemos que los organismos de radiodifusión pueden autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones. Es un derecho especial porque está regulado como una materia especial dentro de nuestro ordenamiento jurídico. (Murillo Gámez y Tórrez Arteaga, 2012, pp. 17 y 18)

Los derechos conexos son los derechos que protegen los intereses de aquellas personas naturales o jurídicas que contribuyen o facilitan el acceso del público en general al contenido de las obras o que en todo caso realizan ciertas creaciones, que sin ser consideradas obras, presentan en su proceso de creación cierto grado de creatividad o cierto grado de habilidad técnica que justifica se les reconozca un derecho similar, pero no igual a los del Derecho de Autor. (Vienrich Enriquez, 2019, p. 5)

“Para que exista un derecho conexo debe existir una prestación artística o contribución conexas. Esa interpretación o ejecución, o la grabación contenida en el fonograma o la emisión es el objeto protegido por el derecho conexo” (Chubretovic Arnaiz, 2020, p. 29).

En resumen, los derechos conexos tienen como propósito equilibrar los intereses económicos y morales de todos los participantes en la industria cultural y creativa, promoviendo así su sostenibilidad y desarrollo. Brindan protección a los actores, músicos, cantantes o bailarines, cuyos aportes creativos no son autoría, pero son fundamentales para la expresión de la obra; a los sellos discográficos o estudios cinematográficos, quienes invierten recursos para grabar, producir y distribuir obras artísticas; así como a los canales de televisión o estaciones de radio, en su derecho a controlar la retransmisión, grabación y uso público de sus emisiones.

4. Relación y diferencias entre los derechos conexos y el derecho de autor

El derecho de autor es el conjunto de derechos que se conceden al autor que ha creado una obra literaria o artística original. Estos derechos protegen sus intereses personales en relación con su obra (derechos morales) y ofrecen al autor la oportunidad de obtener un beneficio económico por la explotación de la obra (derechos exclusivos de explotación y derechos de remuneración). (Maza, 2025, párr. 18)

El Derecho de Autor comprende todo el conjunto de facultades y prerrogativas que se otorgan al creador de una obra original. Es por tanto la rama de la Propiedad Intelectual que se encarga de regular la protección de las obras creadas por el hombre, reconociéndole los derechos subjetivos sobre las mismas. (Los Derechos de Autor (Propiedad Intelectual) en relación a la Ley Orgánica de Comunicación y a la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado, 2015, p. 20)

El Derecho de Autor es la ciencia jurídica que se encarga de la protección de las obras artísticas y literarias, las cuales provienen de las creaciones intelectuales del ser humano. Su objetivo es controlar las formas de reproducción conocida, y por conocer, donde se pueda manifestar la obra del autor. (Restrepo Estrada, 2020, párr. 1)

Según Lipzyc (1993), el derecho de autor es “el que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presenta la individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciados como obras literarias y artísticas” (p. 1). Es una forma de proteger las creaciones originales, asegurando que el autor reciba reconocimiento, control y compensación por su trabajo. También comprende el hecho de que usar obras ajenas sin permiso puede ser ilegal.

En este contexto normativo, encontramos que el derecho de autor es una forma de protección jurídica en virtud de la cual se otorga al creador de una obra literaria o artística un conjunto de prerrogativas de orden moral y patrimonial, las cuales le permiten proteger

su personalidad en relación con la obra, así como controlar la explotación de la misma por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocer. (Olarte Collazos y Rojas Chavarro, 2010, p. 9) El Derecho de Autor no protege las ideas. La protección del derecho de autor recae sobre las obras en sí mismas, es decir el fruto del trabajo creativo del autor de una obra artística, científica o literaria susceptible de ser percibida por cualquier medio conocido o por conocer. (Restrepo Estrada, 2020, párr. 2)

El derecho de autor es un mecanismo que se emplea para proteger el trabajo creativo de las personas capaces de exteriorizar una idea y convertirla en una obra susceptible de protección legal por esta rama del derecho. Es así que encuentran respaldo jurídico las canciones, las películas y los libros, entre otros tipos de obras, dándole al autor el control sobre su uso y permitiéndole beneficiarse con el resultado de sus esfuerzos. A su vez, fomenta la creación y el reconocimiento de los autores.

Definiremos a los derechos conexos como un cúmulo de facultades que le son otorgadas a aquellas personas que, sin ser autores, aportan nuevos elementos creativos a las obras, realizan esfuerzos para la difusión de esas creaciones o transmiten al público acontecimientos o información. (Alvarado Delgadillo, 2006, p. 25)

Los derechos afines o conexos son los derechos concedidos a los artistas intérpretes y ejecutantes (músicos, cantantes, actores, directores de orquesta, bailarines, etc.), a los productores de grabaciones sonoras y audiovisuales, a las entidades de radiodifusión, así como a los realizadores de meras fotografías. También se da protección a algunas ediciones específicas (por ejemplo, por la edición de una obra inédita ya en el dominio público), así como al fabricante de una base de datos (cuando ha realizado una inversión sustancial para fabricarla). (Maza, 2025, párr. 19)

Antes de 1996, las bases de datos no eran reconocidas ni como obras protegidas por el derecho de autor ni como objeto de derechos conexos. Los derechos conexos tradicionales protegían únicamente a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas

y los organismos de radiodifusión. Es decir, personas o entidades que comunican o ejecutan obras, no quienes organizan información. Las bases de datos comenzaron a tener protección jurídica específica después de 1996, pero no como derechos conexos, sino bajo una figura especial (*sui generis*) o, en algunos casos, como obra de autor si su selección u organización implica creatividad.

Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación. (Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), 1996, Art. 5)

El Derecho Conexo afecta a los compositores solo si también son intérpretes en la grabación de sonido. Esto significa que es crucial asegurarte de que se te acredite toda tu participación, digamos que es un productor coautor que también establece una o dos pistas de teclado. Asegúrate de poner tu nombre en esas pistas para que puedas cobrar las regalías de tu artista. Y si eres un artista que posee tus propias grabaciones, podrás cobrar estas regalías como propietario de la grabación y como intérprete. (Songtrust, 2025, párr. 8)

En la creación, registro o explotación de una obra literaria, artística o científica concurren varias personas. Por ejemplo, si compongo una pieza musical necesitareé músicos para interpretarla. En el caso de escribir una obra de teatro necesitareé actores, y si he rodado una serie necesitareé algún organismo televisivo para distribuirla. (Achá Lemaitre Abogados, 2019, párr. 15)

En este caso, se está haciendo referencia específicamente a los derechos que protegen a quienes no crean una obra, pero ayudan a interpretarla, difundirla o hacerla llegar al público. Un ejemplo que podría ilustrar con claridad los aspectos fundamentales acerca de los derechos conexos podría ser una canción, la cual puede presentar varios derechos a la vez: el autor de la letra se protege mediante el derecho de autor, pero el cantante, el productor que graba el fonograma

y la emisora que la transmite por radio o televisión se resguardan por el derecho conexo.

Por derechos conexos deben entenderse el conjunto de prerrogativas, de orden moral y/o patrimonial, reconocidas ya no a los autores de obras artísticas y literarias, sino a los intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, en relación con sus interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y emisiones, respectivamente. (Olarte Collazos y Rojas Chavarro, 2010, p. 14)

Los derechos conexos tienen una importancia vital a la hora de monetizar los ingresos derivados de una obra. A pesar del papel fundamental que juegan los derechos de autor, los derechos conexos de producción son los que suelen generar un mayor beneficio. (LETSLAW, 2023, párr. 11)

“Los derechos conexos tienen diversas acepciones, dentro de las que podríamos mencionar algunas: derecho análogo, derecho afín o correlativo, derechos vecinos, derechos de representación y cuasi derechos de autor” (Alvarado Delgadillo, 2006, pp. 25 y 26). “Llamamos Derechos Conexos a aquellos que defienden los intereses de todas las personas naturales o jurídicas que, sin ser el propio autor, han contribuido a la puesta a disposición del público de la obra” (Achá Lemaitre Abogados, 2019, párr. 17). Ello posibilita un entorno imparcial en la creación cultural, donde no solo los autores, sino también quienes hacen posible que sus obras lleguen al público, reciben reconocimiento y protección legal.

A diferencia del Derecho de Autor, los derechos conexos se otorgan a los titulares que entran en la categoría de intermediarios en la producción, grabación, o difusión de las obras. Su conexión con el Derecho de Autor se justifica habida cuenta de que las tres categorías de titulares de derechos conexos intervienen en el proceso de creación intelectual por cuanto prestan asistencia a los autores en la divulgación de sus obras al público. Los músicos interpretan las obras musicales de los compositores; los actores interpretan papeles en las obras de teatro escritas por los dramaturgos; y los productores de fonogramas, o lo que es lo mismo, la industria de

la grabación, graban y producen canciones y música escrita por autores y compositores, interpretada o cantada por artistas intérpretes o ejecutantes; los organismos de radiodifusión difunden obras y fonogramas en sus emisoras. (Instituto Nacional de Propiedad Industrial, s.f., párr. 2)

Nos mostramos en desacuerdo con la cita previa, partiendo de que los titulares de derechos conexos no intervienen en el proceso de creación intelectual, salvo que los creadores sean, a la vez, intérpretes o, en su caso, coautores. No se concibe dónde podría intervenir un productor fonográfico en el proceso de creación intelectual, menos aún un organismo de radiodifusión.

Tomando en cuenta lo anterior podemos suponer que existen diferencias entre un derecho y otro ya que el derecho de autor y los derechos conexos protegen cosas distintas. El derecho de autor protege a los autores de obras. Por ejemplo, en el caso de una canción, el derecho de autor protege al compositor de la música y al autor de la letra. Tomando ese mismo ejemplo, los derechos conexos serían aplicables a los músicos y el cantante que interpreten la canción; el productor de la grabación sonora (también llamada fonograma) en la que se incorpore la canción; y el organismo que radiofunda un programa que contenga la canción (Biblioteca digital SCRIBD, 2024, p. 5)

Los derechos conexos tienen como objetivo la difusión y no la creación de obras protegidas por el derecho de autor. Aseguran un entorno crucial para el esparcimiento de su objeto de protección dentro de la sociedad en garantía de la cultura universal. No menos importante resulta el hecho de que los titulares de derechos conexos pueden recibir compensación por el uso de sus contribuciones, tanto a través de regalías como de sistemas de gestión colectiva.

La intervención de las sociedades de gestión colectiva de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes también tiene lugar en el marco de la copia de grabaciones sonoras o audiovisuales en los países que han instaurado este sistema. La remuneración en con-

cepto de copia privada compensa la pérdida sufrida por los derechohabientes a causa de las copias efectuadas por particulares en su domicilio. Este sistema que también se aplica a los productores de fonogramas no puede administrarse en forma individual y por ello intervienen organismos de gestión colectiva que actúan por cuenta de organismos que representan a los diferentes titulares de derechos (...). (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, [OMPI], 2024, p. 8)

La gestión colectiva en los derechos conexos es el mecanismo mediante el cual los titulares de estos derechos (intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión) delegan en entidades especializadas la administración, defensa y recaudación de las remuneraciones derivadas del uso de sus interpretaciones o producciones. Estas entidades de gestión colectiva actúan como intermediarias entre los titulares y los usuarios (emisoras, discotecas, plataformas digitales, teatros, etc.), garantizando que quienes utilizan las obras o interpretaciones paguen una retribución justa y que esta sea distribuida de manera equitativa entre los titulares. Su importancia radica en que facilitan el cobro y distribución de derechos que, de manera individual, sería muy difícil o imposible realizar, defienden los intereses colectivos de los artistas frente a los grandes usuarios y empresas, aseguran la transparencia y legalidad en el uso de las interpretaciones y producciones y promueven el cumplimiento efectivo de la ley y la sostenibilidad económica de los creadores y ejecutantes.

La finalidad de los derechos conexos, también conocidos como derechos afines, es proteger los intereses legales de determinadas personas y entidades jurídicas que contribuyen a la puesta a disposición del público de obras o que hayan producido objetos que, aunque no se consideren obras en virtud de los sistemas de derecho de autor de todos los países, contengan suficiente creatividad y capacidad técnica y organizativa para merecer la concesión de un derecho de propiedad que se asimile al derecho de autor. (OMPI, 2016, p. 27)

Por otro lado, jerárquicamente hablando, el Derecho de Autor

tiene prioridad sobre el Derecho Conexo, y así es aceptado en la mayoría de los países y en los acuerdos internacionales. Se habla del principio *In Dubio Pro Autoris*, que quiere decir en caso de conflicto o duda, se estará a lo que más favorezca al autor (...). (Biblioteca digital SCRIBD, 2024, p. 5)

Otro dato a tener en cuenta sobre la relación entre el derecho de autor en sentido estricto y los derechos conexos, es que con frecuencia unos y otros son ejercitados por el mismo titular, esto es, el productor o el editor. Ello es así porque normalmente el productor de fonogramas o de otras audiovisuales, o el editor, es titular del propio derecho conexo que le corresponde, pero también es titular y, por tanto, los ejerce conjuntamente de los derechos de autor o de los artistas intérpretes o ejecutantes que, siendo transmisibles, le han sido cedidos por aquellos. De hecho es lo normal que el productor o el editor se hagan ceder todos los derechos transmisibles que corresponden a los autores o artistas, intérpretes o ejecutantes sobre las obras producidas o editadas por aquellos. (Bercovitz, 2014, p. 20)

Los derechos conexos no participan directamente en la creación intelectual de la obra, porque esa le corresponde al autor. Sin embargo, sí intervienen en el proceso global de comunicación y divulgación de la obra al público, prestando asistencia al autor para que su creación llegue efectivamente a los receptores. En otras palabras: el autor crea la obra (por ejemplo, una canción). El intérprete o ejecutante la interpreta o ejecuta. El productor de fonogramas la graba y distribuye. El organismo de radiodifusión la comunica al público. Todos ellos contribuyen a que la obra sea conocida, disfrutada y difundida, por lo que su función complementa la del autor y asiste en la divulgación. Por su notable importancia y reconocimiento, son esenciales en la música, el cine, la televisión y otras formas de expresión artística. Ambos tipos de derechos se complementan y son esenciales para proteger el ambiente creativo y cultural de cada nación.

5. Sujetos susceptibles de protección legal por los derechos conexos

Resulta injustificado investigar lo referente a los derechos conexos sin hacer mención a los sujetos que, obligatoriamente, encuentran respaldo dentro de estos derechos afines. En este sentido, los titulares de los derechos en cuestión se enmarcan en las figuras del artista intérprete, el ejecutante, el productor de fonograma y el organismo de radiodifusión. En conjunto, estos sujetos conforman la base de los derechos conexos, ya que, sin su intervención, las obras no podrían llegar a las audiencias ni generar el reconocimiento y el valor económico que justifica su protección jurídica.

“El intérprete, toma la idea de otro, para explicarla, traducirla y así, otros pueden sentir, ver y escuchar la idea que contiene la propuesta general de artista” (...) (Boschetti, 2024, párr. 20). A su vez, puede darse una situación de confluencia entre el derecho de autor y los derechos conexos, en la que una misma persona reúne ambas calidades jurídicas. Cuando el autor de una obra (por ejemplo, el compositor o el escritor) interpreta o ejecuta su propia creación, asume simultáneamente la condición de titular de derechos de autor, por la creación intelectual original, y de titular de derechos conexos, por su interpretación o ejecución artística. En el caso de una canción, esto ocurre cuando el creador de la letra y la música también la canta o la toca con un instrumento, lo que le otorga una doble protección: como autor y como intérprete. Este fenómeno evidencia la interrelación entre ambos regímenes jurídicos y resalta la importancia de reconocer integralmente los distintos roles que puede desempeñar un mismo sujeto en el proceso creativo y artístico.

“Artistas intérpretes: Quienes con su expresión corporal, voz o movimiento, expresan una obra literaria o de danza: declamadores, cantantes, danzantes, lectura de un libro en voz alta para fijación en disco compacto (los llamados audiolibros)” (Biblioteca digital SCRIBD, 2024, p. 6).

El intérprete ejecuta la propuesta que se le ofrece. El trabajo nace de la observación y estudio de lo que debe expresar. La improvisación está presente siempre. La desarrolla para lograr una mayor atención, según lo que debe transmitir y está acorde con lo repre-

sentado. Con frecuencia su trabajo lo realiza con otras personas. Para realizar su trabajo, le es indispensable la participación de un público. Para ello amolda su interpretación a la concurrencia. Sin la aprobación de público, su trabajo pierde sentido. Todo intérprete necesita la idea previa de un artista. (Boschetti, 2024, párr. 27)

Nos mostramos en desacuerdo con la cita anterior y, para ello, se puede citar el ejemplo de que un actor que representa un guion fijo o un cantante que interpreta una partitura sin variaciones también ejercen derechos conexos, sin necesidad de improvisar. Lo esencial no es la improvisación, sino que la ejecución sea personal y artística, comunicando la obra al público. Por las razones antes expuestas, la improvisación puede estar presente en los derechos conexos, especialmente en las interpretaciones artísticas, pero no es un requisito esencial ni constante. Lo que se protege es la interpretación o ejecución, sea improvisada o no.

Por otra parte, la presencia del público no es indispensable para que exista interpretación y, por ende, para que se generen derechos conexos. Ejemplos: un cantante que graba en estudio (sin público) tiene derechos conexos sobre esa interpretación. Un actor que ensaya no genera derechos conexos todavía (porque no hay comunicación pública), pero si se graba su interpretación para difundirla luego, esa grabación sí estará protegida. Un músico que interpreta en vivo ante el público también tiene derechos conexos, en este caso, con comunicación directa. La participación del público no es indispensable para el trabajo del intérprete ni para que surjan sus derechos conexos; lo esencial es la interpretación artística, independientemente de si ocurre ante un público o en un entorno de grabación.

Precisamente, el artista intérprete es aquella persona natural que con su propio cuerpo o parte de este desarrolla una acción que encuentra protección reconocida por el derecho conexo. A su vez, impone su sello personal a la interpretación y representa una obra preexistente. Por esta razón, puede aseverarse que no crea, puesto que la prestación personal del artista se materializa en la interpretación, actuando como intermediario entre la obra y el público destinatario.

Fuentes Pinzón (2007, como se citó en Logreira Rivas y Fuentes Pinzón, 2010) afirma que “Artista ejecutante: Es aquel artista que

por medio de un instrumento, realiza la manifestación exterior de una obra (músico)” (p. 143).

“Artistas ejecutantes: Quienes a través de un instrumento musical expresan una obra musical: pianistas, solistas, músicos de concierto, filarmónicos” (Biblioteca digital SCRIBD, 2024, p. 6). Este sujeto es quien ejecuta y hace audible la obra, su ejecución es una forma de comunicación artística que complementa y materializa la obra creada por el compositor y su aporte es esencial para que el público pueda experimentar la música.

“Los artistas intérpretes o ejecutantes son quienes cantan o interpretan una obra musical, declaman una obra literaria o representan o interpretan un papel dentro de una obra de artes escénicas o audiovisual” (Centro Regional para el fomento del libro en América Latina y el Caribe, 2018, párr. 1). La doctrina funde ambas terminologías (intérprete y ejecutante) en una misma figura, sin abordar las interioridades de cada una de ellas. Los autores proponen conceptualizaciones separadas para ambas figuras, dejando para el intérprete la idea del artista que baila, canta, declama, actúa y participa en obras teatrales, es decir, aquella persona que se vale de su prestación personal para hacer arte. En otro sentido, el ejecutante se auxilia de un instrumento para desarrollar su obra.

“Entenderemos por artista intérprete o ejecutante: todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma obras literarias, artísticas o expresiones de folclore” (Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Guatemala, 1998, Art. 4).

Se comparte el criterio emitido por ALRIGHT (2023) cuando certifica que

Quando un artista, intérprete o ejecutante recibe una obra musical para cantarla o tocarla (interpretarla) en algún instrumento, es decir, para que sea interpretada por él, no es considerado como autor, pero sí se convierte en titular de derechos sobre esa interpretación que ha realizado, y a estos derechos se le conoce como los derechos conexos a los derechos de autor. (párr. 1)

Persisten definiciones similares para ambas figuras y, a pesar de que su presencia contribuye al enriquecimiento cultural y al predominio de obras autorales de calidad, vale destacar que el artista intérprete es aquel que, para desarrollar su prestación artística, se vale solo de sí mismo. Por su parte, el artista ejecutante precisa de otros medios para llevarla a cabo, como pueden ser los instrumentos musicales.

Es por ello que estamos de acuerdo con el juicio emitido por Páez (2023) cuando expresa:

Básicamente el Intérprete en un fonograma es aquel músico o vocalista que realizó una interpretación y que tiene cierta ponderación ya sea el artista principal del proyecto (parte de la banda), el artista central o perteneciente al grupo oficial del proyecto. (párr. 10)

Haciendo énfasis en las funciones del intérprete principal y el secundario en una producción musical, prevalece que el principal tiene un desempeño más visible, responsable y con una carga de trabajo más intensa. El secundario tiene un rol de apoyo, asistiendo y complementando el trabajo del principal, y suele intervenir en momentos de descanso o cuando el principal necesita apoyo.

En otra línea, el “Productor de fonograma: la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos” (Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas [WPPT], Ginebra, 1996, Art. 2 inciso d).

Lo abordado en cuanto al productor de fonograma ayuda a entender a esta figura como la persona natural o jurídica a través de cuya decisión, seguridad y compromiso se fijan por vez primera los sonidos de una ejecución u otros sonidos. Hay que tener en cuenta que solo se protegen las fijaciones sonoras, sea cual fuere el origen de los sonidos, como actividad industrial-empresarial y no a la persona que la lleva a cabo. Es válido aclarar que el objeto de la protección son las fijaciones sonoras, pero el beneficiario de dicha protección es el productor fonográfico. Esta persona se encarga, entonces, de las actividades técnico-organizativas de naturaleza industrial.

Para distinguir los supuestos de músicos productores fonográficos y empresas tradicionales, se hace necesario remitirse a la Ley argentina 26522 (2009): “Los titulares de licencias o autorizaciones para prestar servicios de comunicación audiovisual deberán cumplir con las siguientes pautas respecto al contenido de su programación diaria: Los servicios de radiodifusión sonora: Privados y no estatales” (Art. 65.1 a)

Como mínimo el treinta por ciento (30%) de la música emitida deberá ser de origen nacional, sea de autores o intérpretes nacionales, cualquiera sea el tipo de música de que se trate por cada media jornada de transmisión. Esta cuota de música nacional deberá ser repartida proporcionalmente a lo largo de la programación, debiendo además asegurar la emisión de un cincuenta por ciento (50 %) de música producida en forma independiente donde el autor y/o intérprete ejerza los derechos de comercialización de sus propios fonogramas mediante la transcripción de los mismos por cualquier sistema de soporte teniendo la libertad absoluta para explotar y comercializar su obra. La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual podrá eximir de esta obligación a estaciones de radiodifusión sonora dedicadas a colectividades extranjeras o a emisoras temáticas. (Art. 65.1 ii)

Por otra parte, los sellos independientes juegan un papel clave en el mundo de las empresas, especialmente en el sector cultural, de entretenimiento, música y productos de nicho. Fortalecen la identidad, credibilidad y posicionamiento en el mercado. Ya sean de calidad, sostenibilidad, origen, autenticidad o cumplimiento normativo, le comunican al consumidor que la empresa cumple con estándares reconocidos por entidades externas, lo que genera confianza y diferenciación frente a la competencia. Además, aumentan la reputación corporativa, al demostrar compromiso con la ética, la transparencia y la responsabilidad social; facilitan el acceso a nuevos mercados, especialmente aquellos que exigen certificaciones específicas (como los ecológicos o de comercio justo); estimulan la fidelización del cliente, pues el consumidor percibe un valor añadido en los productos o servicios certificados; y fomentan la mejora continua, ya que las

empresas deben mantener los estándares exigidos para conservar el sello. En síntesis, los sellos independientes se convierten en garantes de confianza y competitividad, fortaleciendo la imagen y sostenibilidad empresarial en contextos cada vez más exigentes y globalizados.

“Por lo general, los sellos discográficos pueden obtener un margen de beneficio de hasta 20% después de deducir todos los gastos, incluidas las regalías del artista, los gastos de marketing, los costos de distribución y los gastos generales” (Rodríguez, 2023, párr. 3).

Entre los hallazgos más relevantes resalta que los artistas que trabajan con sellos discográficos tienen un mayor porcentaje de oyentes mensuales y generan más ingresos en las plataformas digitales que los que se autoeditan. El estudio también muestra que la existencia de infraestructura local (como distribuidores digitales) se relaciona con mayores niveles de profesionalización, ingresos y conocimiento de la cadena de valor digital por parte de los artistas, por ejemplo en relación a los tipos de contratos existentes y los términos ofrecidos. (Worldwide Independent Network, 2025, párr. 3)

El valor de las *majors* para las empresas, especialmente en sectores como la industria musical, cinematográfica o del entretenimiento, radica en su capacidad de influencia, recursos financieros y alcance global. Su relevancia para las empresas se manifiesta en varios aspectos, dentro de los que se encuentran el acceso a capital y tecnología, ya que cuentan con los recursos necesarios para invertir en producción, *marketing* y desarrollo de nuevos talentos o productos; las redes de distribución global, que facilitan la entrada de contenidos o productos en mercados internacionales, ampliando el alcance comercial; el poder de negociación y alianzas estratégicas, debido a que su posición dominante permite establecer acuerdos ventajosos con plataformas, medios y marcas; la estandarización de calidad y profesionalización del sector, ya que marcan tendencias, fijan estándares técnicos y promueven la innovación empresarial. Las *majors* son pilares estructurales del mercado global que impulsan la economía del entretenimiento, fomentan la profesionalización y brindan oportunidades de expansión a otras empresas, incluidas las independientes, mediante alianzas o licencias.

Entendemos como *major* a los grandes estudios de cine que, tradicionalmente, tienen sus principales instalaciones en Hollywood. Sus procesos de producción, rendimiento en taquilla y cuota de mercado en lo que a proporción de cantidad de películas, audiencia y recaudación se refiere, son muy superiores a los de estudios más pequeños. (Cazallas, 2023, párr. 3)

“Los organismos de radiodifusión son las empresas de radio y televisión que transmiten programas al público por medios inalámbricos (radiodifundidos)” (Coordinación Comunicaciones, 2018, párr. 1). Estas empresas o entidades acercan las obras al público, ya sea mediante la retransmisión, la grabación, la reproducción o la comunicación pública. De esta manera, contribuyen al acceso por parte de la población a la cultura, a la preservación del patrimonio, a la promoción de los sujetos de los derechos conexos y al desarrollo del pensamiento crítico y formativo de la población.

El derecho conexo de los organismos de radiodifusión fue considerado internacionalmente por primera vez en la Convención de Roma de 1961, en virtud de la cual tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión inalámbrica de sus emisiones, la fijación de sus emisiones, la reproducción de esas fijaciones y la comunicación al público de sus emisiones de televisión, cuando esta se realice en lugares accesibles al público previo pago del derecho de entrada (...). (Schötz, 2017, p. 123)

Los organismos de radiodifusión son instituciones, asociaciones, corporaciones o agrupaciones, ya sean de radio, televisión, cine o un medio informativo similar, que transmiten programas para que sean percibidos o atendidos por el público. A su vez, gozan de capacidad para determinar el programa a emitir, así como el día y la hora en que se efectuará dicha emisión.

En concordancia a lo observado, se puede indicar que existe una protección dada a los organismos de radiodifusión sobre sus emisiones (señal) en razón de derechos conexos vinculados con su actividad, todo lo cual no sería impedimento para que estos puedan

gozar de protección de derechos de autor sobre el contenido de su emisión (programas de televisión) cuando dicha actividad organizativa es constitutiva de una obra intelectual en obras producidas bajo su coordinación e iniciativa, o en aquellas en que posean titularidades de derechos patrimoniales de forma derivativa. En este sentido, vale señalar que se puede proteger tanto al contenido de la señal de organismo de radiodifusión como la señal misma, siendo ambos elementos diferentes e independientes. A partir de esto podemos deducir que el uso no autorizado de una señal lógicamente afecta también a los contenidos incorporados a ella, al encontrarse esta última ineludiblemente integrada con la primera, pero que son considerados elementos independientes en cuanto objetos de derechos y titularidad. (Benussi, 2014, pp. 76 y 77)

Por derecho de radiodifusión se entiende la transmisión, a los fines de su recepción por el público, de sonidos, o de imágenes y sonidos, por medios inalámbricos, ya sea por radio, televisión o satélite. La comunicación al público de una obra significa la distribución de una señal por medios alámbricos o inalámbricos, que pueda ser recibida exclusivamente por personas que dispongan del equipo necesario para descodificar la señal. La transmisión por cable constituye un ejemplo de lo que se entiende por comunicación al público. (OMPI, 2016, p. 12)

Esencialmente, los sujetos de los derechos conexos, a pesar de no ser autores —puesto que no crean una obra en sí— son titulares de derechos exclusivos, considerándose intermediarios en el proceso de elaboración, grabación o esparcimiento de las obras. No todo el que crea tiene la capacidad de bailar, cantar, recitar; por lo que los sujetos de los derechos conexos complementan la obra concebida por el creador y la acerca al público, dándola a conocer y logrando la aceptación del espectador.

6. Facultades presentes en los derechos conexos

Los Derechos Conexos están conformados por dos clases de derechos, los morales y los patrimoniales. El derecho moral es extra-

patrimonial, irrenunciable, absoluto, inalienable, intransmisible, y perpetuo (...) Por otro lado, los derechos patrimoniales hacen referencia al derecho del autor de autorizar o impedir la explotación económica de su obra, por cualquiera de los medios de explotación posibles. Las características propias de los derechos de esta índole son: exclusividad, temporalidad, independencia, y disponibilidad. (Castro Hernández y Hernández Clausen, 2009, párr. 6)

Precisamente, le asisten derechos de ambas índoles —morales y patrimoniales— a los sujetos que gozan de protección legal por el derecho conexo, dígase artistas intérpretes o ejecutantes, organismos de radiodifusión y productores de fonograma. Estos derechos permiten que los esfuerzos artísticos, técnicos y económicos detrás de la difusión de obras sean justamente reconocidos y remunerados.

Castro Hernández y Hernández Clausen (2009), al hacer referencia a los derechos que ostentan los titulares de derechos conexos, se sumergen en los derechos que poseen los autores en el derecho de autor. A nuestro criterio, la confusión doctrinal probablemente proviene de la similitud de su finalidad protectora, el paralelismo de sus facultades, la dependencia funcional respecto de la obra y la falta histórica de delimitación jurídica clara. Los derechos conexos no existen sin la obra; se puede citar como ejemplos ilustrativos el hecho de que el intérprete necesita una obra para ejecutar; el productor de fonogramas, una interpretación grabable; el organismo de radiodifusión, una señal que transmitir. Esa dependencia estructural lleva a pensar erróneamente que se trata de subderechos del autor, cuando en realidad son derechos autónomos, pero complementarios. Reviste una notable importancia diferenciar el derecho de autor de los derechos conexos, ya que comprender esta distinción permite garantizar una protección equilibrada y justa de todos los participantes, asegurando que cada uno reciba reconocimiento y compensación adecuados conforme a su aporte.

El reconocimiento de los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes se justifica en la medida en que se considera necesaria su intervención creativa, por ejemplo, a los fines de la realización de obras cinematográficas y obras musicales, dramáticas y coreográfi-

cas; también son justificables los intereses que tienen en la protección legal de sus interpretaciones individuales. El reconocimiento de los derechos de productores de grabaciones sonoras se justifica en la medida en que sus recursos creativos, económicos y de organización son necesarios a los fines de poner a disposición del público grabaciones sonoras, a menudo basadas en obras musicales, en forma comercial y por cuanto tienen intereses legítimos en contar con los recursos jurídicos necesarios para tomar medidas contra toda utilización no autorizada, ya sea la elaboración y distribución no autorizadas de ejemplares (piratería) o la radiodifusión y comunicación no autorizadas al público de sus grabaciones sonoras. Análogamente, los derechos de los organismos de radiodifusión se justifican habida cuenta de la función que desempeñan en la puesta a disposición del público de las obras y de sus intereses legítimos en el control de la transmisión y retransmisión de sus emisiones. (OMPI, 2016, p. 28)

Los derechos morales y patrimoniales que ostentan los sujetos de los derechos conexos garantizan una defensa exhaustiva de la labor, voluntad creativa e inversión económica de los intervinientes. Los primeros protegen la reputación de los sujetos, siendo derechos inalienables e irrenunciables. Los segundos están asociados a la explotación económica de sus interpretaciones, ejecuciones y producciones, pudiéndose transmitir por actos *inter vivos* o *mortis causa*.

Dadas las dificultades para el ejercicio individual de los derechos conexos, en particular, en lo que respecta a la percepción de una retribución por la radiodifusión y comunicación pública de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, en la mayoría de los países se ha establecido una organización de gestión colectiva de esos derechos. (Correa, 2000, pp. 19-20)

Los artistas intérpretes o ejecutantes, y sus derecho-habientes tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la fijación, reproducción, comunicación al público por cualquier medio, la distribución, radiodifusión o cualquier otra forma o uso de sus interpretaciones o ejecuciones. También gozan del derecho de autorizar o prohibir la radiodifusión y comunicación al público

de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya en sí una interpretación o ejecución difundida, y la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas. Los ejecutores de obras audiovisuales quedan a salvo de esta disposición. Cuando un fonograma publicado con fines comerciales se utilice en cualquier forma de comunicación pública, los artistas intérpretes o ejecutantes, cuya interpretación o ejecución haya quedado fijada en dichos fonogramas, tendrán derecho a retribución económica. (Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Guatemala, 1998, Art. 53)

“Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen derecho a percibir una remuneración por las interpretaciones realizadas en vivo y por las llamadas utilidades secundarias de la interpretaciones (difusión, retransmisión mediante radiodifusión, grabaciones)” (Lima, 2014, p. 115). Esta retribución les permite vivir de su arte, dotándolos de capacidad para obtener beneficios económicos.

Los productores de fonogramas tendrán el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción, difusión, distribución y comunicación directa o indirecta al público o cualquier otra manera o medio de uso de sus fonogramas o reproducciones y la puesta a disposición del público de los fonogramas, por cualquier medio, de forma que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento en que lo elijan. El derecho de distribución comprende la facultad de autorizar la distribución de los fonogramas, ya sea por medio de la venta, el arrendamiento o cualquier otra forma. Cuando la distribución se efectúe mediante la venta, este derecho se extingue a partir de la primera venta realizada, salvo las excepciones legales. Cuando la distribución se efectúe mediante el arrendamiento, la colocación en el mercado del original o copias autorizadas del fonograma no extingue el mismo. El derecho de importación comprende la facultad de autorizar o prohibir la importación de copias de fonogramas legalmente fabricados y la de impedir la importación de copias fabricadas sin la autorización del titular del derecho. (Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Guatemala, 1998, Art. 58)

“Los productores de fonogramas, tienen derecho a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta y la importación de sus fonogramas, y la facultad de percibir una remuneración por la ejecución pública cuando se utilizan ejemplares de sus fonogramas” (Lima, 2014, p. 116). De esta manera, protegen su inversión en la realización de grabaciones, permitiéndoles controlar su comercialización y, a la vez, obtener ingresos.

Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir: a) La fijación de sus emisiones y de sus transmisiones sobre una base física o soporte material; incluso la fijación de alguna imagen o sonidos o imagen y sonidos aislados, difundidos en la emisión o transmisión; b) La reproducción de las fijaciones de sus emisiones o de su transmisiones por cualquier medio, conocido o por conocerse; c) La retransmisión de sus emisiones o transmisiones por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse; y d) La comunicación al público de sus emisiones o transmisiones cuando se efectúe en lugares a los que el público pueda acceder, mediante el pago de un derecho de admisión o en lugares a los que el público pueda acceder para efectos de consumir o adquirir productos o servicios de cualquier índole. (Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Guatemala, 1998, Art. 62)

Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir: a) la retransmisión de sus emisiones; b) la fijación sobre una base material de sus emisiones; c) la reproducción i) de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento; ii) de las fijaciones de sus emisiones, realizadas con arreglo a lo establecido en el art. 15, si la reproducción se hace con fines distintos a los previstos en dicho artículo d) la comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando estas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de derecho a entrada. Corresponderá a la legislación nacional del país donde se solicite la protección de este derecho determinar las condiciones del ejercicio del mismo. (Convención de Roma, 1961, Art. 13)

Contar con ambos tipos de derechos garantiza una protección integral para los sujetos de los derechos conexos. Los morales protegen

la atadura íntima y moralista con la obra o interpretación, mientras que los patrimoniales aseguran su valor económico y su explotación comercial. Esta armonía es indispensable para impulsar una industria cultural neutral, razonable y cuidadosa.

7. Elementos estructurales de la Ley cubana 154 de los Derechos del Autor y del Artista Intérprete

A continuación, se realizará un análisis detallado de la Ley 14 de 1977 de Derecho de Autor de la República de Cuba, con especial atención a su estructura interna, es decir, la organización de sus capítulos, secciones y artículos. Este examen permitirá comprender cómo la legislación cubana abordaba la protección de las obras y los derechos de los autores, así como identificar la ausencia normativa en relación con los derechos conexos.

Capítulo 1: Disposiciones preliminares (Arts. 1-6).

Define objeto, alcance y principios generales de la protección del derecho de autor; conceptos básicos.

Capítulo 2: De las diferentes obras (Arts. 7-10).

Secciones:

Sección I: De las obras originales (Art. 7).

Sección II: De las obras derivadas (Arts. 8 y 9).

Sección III: Del conocimiento público de una obra (Art. 10).

Describe las clases de obras protegidas y las obras derivadas.

Capítulo 3: De los titulares del derecho de autor (Arts. 11-25).

Secciones:

Sección I: Del derecho de autor de las personas naturales (Arts. 11-22).

Sección II: Del derecho de autor de las personas jurídicas (Arts. 23-25).

Regula quiénes son titulares, coautores, obras por encargo, entre otros.

Capítulo 4: Del folklore nacional (Arts. 26-27).

Protección específica del patrimonio folklórico.

Capítulo 5: De los contratos para la utilización de las obras (Arts. 28-35).

Se regula edición, contratación para cine, trabajos por encargo y demás contratos sobre uso de obras.

Capítulo 6: De las licencias para la utilización de las obras (Arts. 36-37).

Incluye licencias gratuitas y las relativas a obras de interés social/educativo.

Capítulo 7: De las limitaciones del derecho de autor (Arts. 38-41).

Casos en los que la obra puede utilizarse sin consentimiento o con remuneración limitada; declaración de obras como patrimonio estatal.

Capítulo 8: De la representación y la utilización de una obra cubana en el extranjero (Art. 42).

Normas sobre difusión y representación internacional.

Capítulo 9: Del período de vigencia del derecho de autor (Arts. 43-49)

Establece duración del derecho de autor¹.

Capítulo 10: De las violaciones del derecho de autor (Art. 50).

Infracciones y sanciones administrativas/penales previstas.

Disposiciones transitorias y finales.

Cláusulas complementarias y vigencia

La Ley 14 constituyó el primer cuerpo normativo moderno destinado a proteger las creaciones intelectuales en el país; sin embargo, su contenido se limitó exclusivamente a la regulación de los derechos de autor, sin reconocer de manera expresa los derechos conexos o afines. La estructura de la ley, integrada por 10 capítulos y 77 artí-

1 Algunos de estos artículos fueron modificados por el Decreto Ley 156 de 1994 (art. único: modificó los arts. 43, 45 y 47).

culos, abordó materias como los derechos morales y patrimoniales del autor, la duración de la protección, los contratos de edición y las infracciones, pero no incluyó disposición alguna relativa a los intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas u organismos de radiodifusión. Esta omisión generó un vacío jurídico en el ordenamiento cubano, que dejó sin tutela específica a los sujetos cuya actividad creativa contribuye a la difusión de las obras.

Resulta inaceptable analizar los derechos conexos en la actual normativa autoral, sin antes avizorar que ni siquiera estas expresiones se recogen en el cuerpo de la ya mencionada norma. En la Ley cubana 154 de 2022, el legislador acopió desde el propio título la paridad en las expresiones “derecho de autor” y “derechos conexos”. La idea de la doctrina ha sido igualar en una misma figura: de un lado, al autor, protegido por el derecho de autor, y, del otro, al artista intérprete o ejecutante, amparado por el derecho conexo, cuestión que, a nuestro juicio, carece de fundamentos legales y cimientos sólidos, al intentar atribuirle los derechos y el significado de la persona que crea una obra, a otra que, sin ser autor, interpreta, ejecuta, fija sonidos o divulga programas y los acerca al espectador por medios inalámbricos.

“Esta Ley protege lo siguiente: La actuación, canto, baile u otra forma de interpretación o ejecución de una obra o una manifestación del patrimonio cultural” (Ley 154, 2022, Artículo 7.2). Este artículo valida jurídica y culturalmente las diversas expresiones artísticas y fortalece los derechos de los sujetos de los derechos conexos en el ámbito cubano. De esta manera, el teatro, la música, el canto, el baile u otras manifestaciones artísticas, se reconocen y se protegen en la normativa autoral vigente.

Se considera creador, a los efectos de esta Ley, a la persona natural que: Crea una obra, y por ello ostenta la condición de autor; e interpreta o ejecuta una obra, y por ello ostenta la condición de artista intérprete o ejecutante. (Ley 154, 2022, Artículo 10.1)

El propio artículo atribuye las facultades inherentes de los creadores a terceras personas que no crean como tal, sino que su labor consiste en su propia prestación personal, la que se materializa en la interpretación o ejecución. Por tal motivo, se alude a un bien inma-

terial que no requiere de originalidad, puesto que no constituye una obra, no es una producción intelectual, sino la difusión de la obra ya realizada por el autor, siendo el artista el intermediario entre este y el público destinatario.

La normativa cubana prevé igual vigencia para los derechos patrimoniales, tanto de los autores como de los artistas intérpretes y ejecutantes y los productores de fonogramas. El periodo durante el cual estos derechos están legalmente protegidos es clave para garantizar una protección efectiva de los intereses económicos de estos sujetos. Esencialmente, impide el aprovechamiento ilícito por parte de terceros, mientras la obra o interpretación sigue generando valor.

“Las facultades de carácter económico respecto a una obra duran la vida del autor y cincuenta años posteriores a su fallecimiento, a excepción de los casos previstos en esta Sección” (Ley 154, 2022, Artículo 72). La Ley 154 protege los derechos patrimoniales de los sujetos del derecho conexo, reconociendo y garantizando sus derechos sobre la explotación económica de sus interpretaciones, grabaciones y emisiones.

“Las facultades de carácter económico reconocidas a los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen una duración de cincuenta años, contados a partir de que haya tenido lugar la interpretación o la ejecución” (Ley 154, 2022, Artículo 76). Esta duración les permite a los artistas, intérpretes o ejecutantes aprovechar los resultados lucrativos de su trabajo durante buena parte de su vida activa.

“Los derechos reconocidos a los productores de fonogramas tienen una duración de cincuenta años desde la divulgación de la fijación sonora” (Ley 154, 2022, Artículo 78). No es menos cierto que la producción de un fonograma involucra costos elevados, por lo que la vigencia de sus derechos redundará en la obtención de los beneficios a partir de la explotación de las grabaciones.

Continuando con el análisis de la introducción de los sujetos protegidos por los derechos conexos, en cuanto a los productores de fonogramas, el único articulado que queda por mencionar recoge que:

La persona natural o jurídica bajo cuya responsabilidad se fijan por primera vez los sonidos de una interpretación o ejecución, representación digital u otros sonidos en un fonograma, tiene, respecto

a este, derecho a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de dicho fonograma. (Ley 154, 2022, Artículo 69)

En cuanto a los organismos de radiodifusión, el ordenamiento jurídico nacional no se detiene en sus particularidades, ni siquiera hace alusión a su conceptualización ni a los derechos que ostentan. Menciona superficialmente estos sujetos de los derechos conexos al plasmar que “es lícito y no requiere autorización, pero sí remuneración: b) la comunicación pública de obras divulgadas por organismos de radiodifusión u otros medios fundamentales de comunicación social” (Ley 154, 2022, Artículo 87).

Es también lícito y no requiere autorización ni remuneración alguna, pero sí referencia al nombre del creador: la realización, por parte de un organismo de radiodifusión y mediante sus propios equipos y para la utilización en sus propias emisiones, de grabaciones efímeras de una obra sobre la cual tenga derecho a radiodifundir, estando autorizada la conservación de esas grabaciones en razón de su documentación. (Ley 154, 2022, Artículo 86.2, inciso e)

En resumen, en una ley tan reciente, compuesta por un total de 97 artículos, que tan solo los trabajados con anterioridad sean los destinados a los derechos conexos y que ni siquiera estas dos palabras encuentren cabida en el cuerpo de la norma resulta desventajoso y desprotegido para estos derechos derivados. Aunque la Ley 154 de 2022 no utiliza expresamente la denominación “derechos conexos”, su contenido sí regula las prerrogativas y garantías jurídicas de los titulares de tales derechos, entre ellos, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas, no así en cuanto a las entidades de radiodifusión. De esta forma, la norma reconoce la existencia de estos derechos en la práctica, al establecer disposiciones específicas para su protección y gestión, aun cuando prescinde del uso directo de la terminología tradicional empleada en el ámbito internacional del derecho de autor.

Ahora bien, la era digital ha planteado nuevos desafíos para la protección de los Derechos Conexos. La facilidad de reproducción y

distribución digital de obras ha generado la necesidad de adaptar las leyes y regulaciones para abordar la piratería y garantizar una compensación adecuada para los titulares de derechos. En este sentido, se han desarrollado licencias digitales, sistemas de gestión de derechos y plataformas de distribución en línea para proteger y monetizar las interpretaciones, fonogramas y emisiones. (Pérez Hernández, 2023, párr. 10)

La era digital ha transformado radicalmente la forma en que se crean, distribuyen y consumen los contenidos protegidos por estos derechos. Esto se debe, en gran medida, a la reproducción y difusión masiva sin control y a la desactualización de los marcos legales. La era digital ha planteado nuevos desafíos para los derechos conexos porque ha multiplicado las formas de uso y acceso a las obras protegidas, ha superado los límites tradicionales del control legal y ha exigido nuevas soluciones tecnológicas, jurídicas y cooperativas para garantizar una protección justa y eficaz.

La tecnología que nos permite crear, publicar y acceder a la información parece ir continuamente por delante de las leyes que no consiguen estar a la altura de la situación, aunque se han producido algunos avances significativos. La historia de los Derechos de Autor es una continua adaptación según se van produciendo los cambios comerciales y técnicos. Las TIC crean continuamente nuevos retos y la ley trata de ir respondiéndolos, pero esto no significa que el uso y gestión de la tecnología no esté regulada, o está más allá de la ley. En cualquier caso, todos los aspectos de los derechos de autor expuestos hasta el momento son igualmente aplicables a las obras y materiales dispuestos en Internet, que pueden ser de uso privado, *shareware*, *freeware*, etcétera. Algunos tienen licencias de uso donde se declara qué se puede hacer con ese material según lo decidido por el propietario de los derechos. En ningún caso se puede presumir que si una obra está accesible en Internet es que carece de derechos de autor, independientemente de la facilidad con la que podamos acceder a ella, copiarla, modificarla o distribuirla. (Derechos de Autor en plataformas *e-learning*, 2009, párr. 57)

La esfera del derecho de autor y los derechos conexos se ha expandi-

do enormemente a la luz de los espectaculares progresos tecnológicos de los últimos decenios que, a su vez, han acarreado nuevas maneras de divulgar las creaciones mediante formas de comunicación como la radiodifusión por satélite, los discos compactos y el DVD. La amplia difusión de obras por Internet plantea cuestiones complejas en relación con el derecho de autor y los derechos conexos en este medio de comunicación que no conoce fronteras. (Derechosdeautorti, 2017, párr. 5)

Los derechos conexos se han convertido, en la era de las nuevas tecnologías, en un modelo metódico para la utilización y difusión de las obras digitales. La tecnología ha tenido un impacto profundo en los derechos conexos, actuando como un arma de doble filo: por un lado, ha facilitado su difusión y gestión; por otro, ha creado nuevos riesgos y desafíos para su protección. Gracias a la tecnología, en la actualidad predomina una mayor difusión y acceso a contenidos y algunas entidades de gestión colectiva ya utilizan tecnología avanzada para monitorear el uso de obras y distribuir regalías de forma más eficiente a los titulares de derechos conexos. En otro sentido, lo negativo oscila alrededor del auge de la piratería y de la distribución ilegal, los conflictos para identificar a los titulares, la obsolescencia de los marcos legales y la presencia, cada vez más creciente, de la inteligencia artificial.

Varios ejemplos que muestran lo analizado en el párrafo precedente son:

1. Plataformas de *streaming* (Netflix, Spotify, YouTube).

Antes era necesario comprar discos, DVD o esperar a que un canal transmitiera un programa. Hoy, cualquier persona con internet puede acceder a películas, música y series desde cualquier lugar y en cualquier momento.

2. Bibliotecas y archivos digitales.

Sitios como Google Books o Biblioteca Digital Mundial permiten consultar miles de libros y documentos históricos sin necesidad de desplazarse físicamente. Esto facilita el estudio y la investigación desde cualquier parte del mundo.

3. Medios de comunicación en línea.

Los periódicos y noticieros digitales (como *BBC*, *El País*, *CNN*, etc.) actualizan la información en tiempo real. Los usuarios pueden leer, compartir o comentar las noticias de forma inmediata.

4. Redes sociales (X/Twitter, TikTok, Instagram, Facebook).

Permiten que cualquier persona difunda información, opiniones o contenidos creativos a una audiencia global en segundos. También ayudan a viralizar causas sociales, culturales o educativas.

5. Plataformas educativas (Coursera, Khan Academy, YouTube Edu).

Facilitan el acceso gratuito o económico a cursos, clases y tutoriales de universidades y expertos de todo el mundo. Democratizan el conocimiento y permiten el aprendizaje autodidacta.

6. Publicación digital y autopublicación.

Gracias a herramientas como Amazon Kindle Direct Publishing o Wattpad, los autores pueden publicar sus obras sin depender de editoriales tradicionales.

Esto amplía el acceso a nuevos contenidos y voces diversas.

Con la digitalización, la producción musical se ha democratizado, permitiendo que más personas puedan crear y compartir su música sin las barreras de antes. Además, las plataformas de streaming y redes sociales han reconfigurado la forma en que descubrimos, escuchamos y compartimos música, eliminando intermediarios y potenciando a artistas independientes. Ahora más que nunca, entender y hacer valer los derechos conexos es clave para navegar en esta nueva era digital donde la música está al alcance de todos. (Blog Concreta Legal, 2024, párr. 13)

La Ley 154 representa un avance significativo en la protección de los derechos conexos, adaptándose a los desafíos y oportunidades que presenta la era digital. Reglamenta el reconocimiento explícito de los

derechos conexos, otorgando protección a intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, lo que amplía el alcance de la protección legal a quienes, sin ser autores, contribuyen creativamente a la difusión de las obras. Además, extiende la protección a una variedad de creaciones, incluyendo obras digitales, programas informáticos, aplicaciones y otras formas de expresión artística contemporánea. Esto refleja una adaptación a las nuevas formas de creación y difusión propias de la era digital. Se refuerzan los derechos morales del autor, como el reconocimiento de la paternidad de la obra y el respeto a su integridad. Además, se consolidan los derechos patrimoniales, permitiéndoles a los titulares controlar y beneficiarse económicamente de la explotación de sus obras. Esta normativa representa un paso importante en la actualización del marco legal cubano en materia de derechos de autor y conexos, incorporando las realidades y desafíos que plantea la era digital y las nuevas tecnologías.

8. El papel de los derechos conexos en la industria musical, el cine y otros sectores artísticos en Cuba

Los derechos conexos desempeñan un papel fundamental en las industrias culturales y artísticas de Cuba, como la música, el cine, la danza y las producciones audiovisuales. A pesar de que los derechos conexos no protegen la autoría de la obra original (como los derechos de autor), sí protegen a quienes participan en la interpretación, la ejecución, la producción o la difusión de las obras. En el contexto cubano, estos derechos tienen implicaciones directas en el desarrollo económico y cultural de estos sectores, así como en las oportunidades para los artistas y productores.

1. En la industria musical:

Hoy en día, existe un Boom de las Plataformas de *Streaming* como *Spotify*, *Apple Music* y *YouTube* han cambiado para siempre cómo consumimos música. Antes comprabas CD's o descargabas canciones, pero ahora tienes acceso a millones de *tracks* por una suscripción mensual o gratis con anuncios. Esto ha abierto la puerta a un flujo constante de ingresos para los artistas y ha hecho la música más accesible para todos. (Blog Concreta Legal, 2024, párr. 7)

Los Derechos Conexos juegan un papel crucial en garantizar que los creadores de música reciban una compensación justa por su trabajo. Estos derechos permiten a los titulares obtener ingresos cuando sus grabaciones son utilizadas en diferentes medios, como la radio, la televisión o plataformas de *streaming*, pero en especial, cuando son utilizadas en lugares públicos como centros comerciales, hoteles, tiendas, bares, discotecas, etc. (Páez, 2023, párr. 17 y 18)

La industria musical cubana es una de las más representativas de la cultura nacional y, por tanto, uno de los sectores más impactados por los derechos conexos. Estos derechos benefician principalmente a los siguientes grupos:

Artistas intérpretes y ejecutantes: músicos, cantantes, compositores y otros artistas que interpretan las obras tienen derecho a recibir compensación por la reproducción, distribución y transmisión de sus interpretaciones.

Productores de fonogramas: los productores de discos, grabaciones digitales y otros formatos tienen derechos sobre las copias y reproducciones de esas grabaciones. En un país como Cuba, donde el acceso a las tecnologías y las plataformas digitales puede ser limitado, los productores de fonogramas tienen un rol crucial en la gestión de estos derechos.

Radiodifusoras: las emisoras de radio y televisión, que son los principales canales de difusión musical en Cuba, también tienen derechos conexos relacionados con sus emisiones. Pueden ejercer control sobre la reproducción de sus contenidos musicales.

Estos derechos no solo protegen el trabajo de los artistas en el mercado cubano, sino también en plataformas internacionales. Por ejemplo, los artistas cubanos pueden beneficiarse de acuerdos de licencias, regalías y acuerdos de distribución con discográficas extranjeras, aumentando su visibilidad y alcance fuera de la isla.

En conclusión, la industria musical digital ha experimentado una transformación radical gracias a la tecnología, y con ello, los derechos conexos han cobrado una importancia vital para proteger a todos aquellos que participan en la creación y difusión de la música. Desde los artistas hasta los productores, pasando por las disqueras

y organismos de radiodifusión, todos tienen derecho a ser reconocidos y compensados por su trabajo, sin importar si no son los autores directos de una obra. (Blog Concreta Legal, 2024, párr. 12)

2. En el cine y la producción audiovisual

En la industria cinematográfica cubana, los derechos conexos son igualmente cruciales para proteger tanto a los directores como a los productores y actores que participan en las producciones. La cinematografía cubana ha sido históricamente un pilar de la identidad cultural del país, y la protección de estos derechos permite asegurar que los creadores reciban un beneficio económico por la explotación de sus trabajos.

Para hacer películas hay que rentar equipos audiovisuales, contratar camarógrafos, estudios cinematográficos y de sonido; se deben obtener licencias para poder tocar música; hay que buscar maquillistas, diseñadores de vestuarios; en fin, una gran cantidad de empleomanía se desenvuelve alrededor de esta industria. (Mateo Vásquez, 2013, párr. 41)

Productores de cine: son clave en la financiación y distribución de las películas y sus derechos conexos les permiten controlar la distribución y la explotación comercial de las grabaciones cinematográficas.

Actores y directores: aunque el director de una película posee los derechos de coautor sobre el guion junto al guionista, los actores y otros artistas involucrados en la interpretación tienen derechos conexos sobre sus actuaciones. Esto les da el derecho a percibir regalías por la reproducción y difusión de las películas tanto dentro de Cuba como en festivales y mercados internacionales.

Sin perjuicio de los derechos que corresponden a los autores de las obras preexistentes sobre sus respectivas creaciones y salvo prueba en contrario, se consideran, fundamentalmente, coautores de la obra audiovisual, los siguientes: a) El director-realizador; b) el autor de la obra escrita, tales como el argumento, la adaptación, el guion, los diálogos; y c) el autor de la obra musical, con letra o sin ella, creada expresamente para la obra audiovisual. (Ley 154, 2022, Artículo 37)

La industria del cine cubano también enfrenta desafíos relacionados con la falta de infraestructura tecnológica avanzada. Sin embargo, los derechos conexos siguen siendo una herramienta crucial para asegurar que, a pesar de las limitaciones internas, los productos cinematográficos puedan ser explotados a nivel global, en festivales internacionales, plataformas de *streaming* o acuerdos con distribuidores extranjeros.

3. En otros sectores artísticos (teatro, danza y artes visuales)

Aunque los derechos conexos tienen un impacto más directo en áreas como la música y el cine, también se aplican en otros campos como la danza, el teatro y las artes visuales.

Teatro y danza: los artistas de teatro y danza tienen derechos conexos sobre sus interpretaciones en escenarios. Esto incluye la posibilidad de que los organizadores de eventos, teatros y festivales de todo el mundo paguen por los derechos de sus representaciones, garantizando una compensación para los artistas.

Sujetos que participan de una obra teatral: Dramaturgo: Persona que escribe obras de teatro, Actores: representación artística, interpretación de los personajes (artista e intérprete), director de escena: persona a cargo de la dirección y la puesta en escena (ejecutante), músico: será considerado autor si es el creador de la composición musical. (Vicerrectorado de Investigación PUCP, 2024)

En el contexto global, la protección autoral en el ámbito de la danza es crucial para salvaguardar la creatividad y el trabajo de los coreógrafos, bailarines y demás profesionales involucrados en la producción de obras dancísticas. La protección autoral no solo implica la salvaguardia de la coreografía en sí misma, sino también de la música, vestuario, escenografía y otros elementos que conforman una presentación dancística. (IntellectualORG, s.f., párr. 4)

Artes visuales: aunque en menor medida, los derechos conexos también pueden aplicarse a la reproducción de obras de arte visual. En Cuba, donde el arte visual tiene una rica tradición, los derechos conexos pueden involucrar las reproducciones de exposiciones y su difusión en medios de comunicación o plataformas digitales.

9. Desafíos jurídicos de los derechos conexos en Cuba

1. Ausencia de una norma jurídica renovada y atemperada a las condiciones actuales.

La Ley 154 reconoce los derechos conexos, pero no los regula con el mismo nivel de detalle ni ofrece claridad sobre los límites, duración y mecanismos de defensa efectivos para los titulares de derechos conexos. Ello se simplifica en que, a pesar de que en el ordenamiento jurídico cubano se ha avanzado en la protección de los derechos conexos a través de leyes nacionales, su marco normativo es aún limitado. Las leyes cubanas no siempre han sido actualizadas de acuerdo con los estándares internacionales, lo que dificulta la aplicación a nuevos patrones de comercialización digital y el desarrollo de nuevas formas de expresión cultural.

2. Desactualización y desigualdad frente a los modelos internacionales.

La desactualización y desigualdad de Cuba frente a los modelos internacionales de protección de los derechos conexos se evidencia en la limitada adaptación de su legislación a las dinámicas del entorno digital y a los estándares establecidos por tratados como el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT, se adoptó el 20 de diciembre de 1996 en Ginebra y entró en vigor el 20 de mayo de 2002) y el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales: (se adoptó el 24 de junio de 2012 en Beijing y entró en vigor el 28 de abril de 2020). Aunque la Ley 154 representa un progreso legislativo, aún no garantiza una protección integral frente a la explotación tecnológica contemporánea ni asegura una remuneración justa y equitativa para intérpretes, ejecutantes y productores en el ámbito internacional. Esta falta de armonización con las normativas y prácticas globales genera una brecha jurídica y económica que debilita la competitividad cultural del país y restringe el pleno reconocimiento de los titulares cubanos en el mercado mundial de los derechos conexos.

Debido a la incautación económica de Estados Unidos y las prohibiciones internacionales, muchos artistas y creadores cubanos enfrentan trincheras para aproximarse a escenarios internacionales que tramitan los derechos conexos, como las plataformas de distribución

digital. Esto limita sus posibilidades de monetizar su trabajo y defender sus derechos en un mercado global.

3. Debilidades en la protección judicial y falta de mecanismos de protección efectivos o, lo que es lo mismo, presencia de la piratería y falta de control efectivo.

El acceso a la justicia para los titulares de derechos conexos es limitado por la falta de jurisprudencia, tribunales especializados y procesos expeditos. Aún no se ha consolidado una vía clara para exigir este tipo de derechos ante los tribunales. Aunque el Gobierno cubano ha hecho esfuerzos por regular el uso de contenido digital, la piratería sigue siendo un problema significativo. La falta de recursos para implementar un control más efectivo sobre el uso ilegal de obras y grabaciones, afecta directamente, tanto a los autores de las obras como a los titulares de los derechos conexos. Evidentemente, a pesar de que la legislación cubana ha avanzado, la implementación efectiva de los derechos conexos en términos de control de infracciones y distribución sigue siendo un reto.

4. Inexistencia de entidades de gestión colectiva eficaces y deficiencias en la gestión colectiva de derechos.

La gestión colectiva de los derechos conexos en Cuba es incipiente y carece de la autonomía, transparencia y eficacia que caracterizan a organizaciones similares en otros países. Esto dificulta la recaudación y distribución de regalías y la defensa coordinada de los derechos de los artistas y productores. La gestión colectiva de los derechos conexos no está completamente desarrollada, debido, en gran medida, a que la infraestructura para gestionar estos derechos de forma eficiente es aún incipiente, lo que puede llevar a problemas de retribución adecuada y distribución equitativa de los ingresos entre los artistas y productores.

5. Entorno digital poco regulado.

La expansión de contenidos digitales y plataformas en línea no está acompañada de una regulación específica para la protección de los derechos conexos en entornos digitales. Se genera así un vacío legal que favorece la infracción de estos derechos y desprotege a los creadores en la era de internet.

En el ámbito de la propiedad intelectual, los derechos conexos representan una dimensión esencial que protege no solo a los autores, sino también a aquellos que contribuyen a la difusión y comercialización de sus obras. Estos derechos, que abarcan a intérpretes, productores y organismos de radiodifusión, garantizan que los esfuerzos de todos los involucrados sean reconocidos y remunerados adecuadamente. A medida que la tecnología avanza y los modelos de consumo cambian, la relevancia de los derechos conexos en la ley de propiedad intelectual se vuelve aún más decisivo, planteando interrogantes sobre su adecuación y aplicación en el mundo digital. (Martínez Fernández, 2025, párr. 1)

6. Formación insuficiente en propiedad intelectual y escasa educación sobre los derechos conexos en particular.

Muchos artistas, intérpretes, técnicos y funcionarios del sistema judicial no conocen con precisión sus derechos, lo cual limita el ejercicio y la defensa de los derechos conexos. Esto refleja la necesidad de una mayor capacitación y concientización en temas de propiedad intelectual. En muchos casos, los artistas y creadores no están completamente informados sobre sus derechos conexos y cómo protegerlos. La falta de campañas de sensibilización, divulgación y programas educativos limita la capacidad de los trabajadores de la cultura para defender sus intereses.

7. Reconocimiento internacional limitado. Aunque Cuba es parte de tratados internacionales como la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, las relaciones diplomáticas complicadas y las restricciones económicas dificultan la plena igualdad de Cuba en el sistema universal de gestión de derechos conexos. Esto afecta la posibilidad de que los artistas cubanos reciban la protección que merecen en otros países.

8. Limitada infraestructura tecnológica. El acceso restringido a plataformas digitales y tecnologías de producción puede limitar las oportunidades de explotación de obras a nivel internacional.

9. Posibilidades de mejora. Con la digitalización de la cultura y el aumento del acceso a internet en Cuba, existe un potencial enorme para que los artistas cubanos amplíen su presencia internacional, lo que, si se acompaña de una regulación más eficiente, puede significar nuevas oportunidades para la industria cultural del país.

Por ende, los derechos conexos en Cuba enfrentan varios retos relacionados con la falta de servicios adecuados, las limitaciones externas y la piratería, lo que les impide a los artistas y otros titulares de derechos proteger y aprovechar completamente el valor de sus creaciones. Estos desafíos están relacionados principalmente con la aplicación práctica de la ley, la renovación tecnológica y el contexto socioeconómico del país.

Los desafíos jurídicos de los derechos conexos en Cuba se centran en la necesidad de actualizar y armonizar el marco normativo con los estándares internacionales que rigen la protección de los intérpretes, ejecutantes, productores fonográficos y organismos de radiodifusión. Aunque el país ha avanzado en la formulación de políticas culturales y legislaciones que reconocen la importancia de estos derechos, persisten limitaciones relacionadas con la digitalización de los contenidos, la gestión colectiva de derechos y la aplicación efectiva de las normas en el entorno digital. La irrupción de las tecnologías de la información y la comunicación exige un enfoque renovado que garantice un equilibrio entre la difusión cultural y la protección de los titulares de derechos conexos, fortaleciendo así la seguridad jurídica, la equidad económica y el desarrollo cultural sostenible en el contexto cubano.

10. Conclusiones

Los derechos conexos han evolucionado históricamente como una respuesta necesaria para complementar la protección del derecho de autor, especialmente en contextos donde la creatividad se manifiesta a través de la interpretación, la producción o la difusión de obras. Su conceptualización permite distinguir claramente a los actores involucrados (como artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión), reconociendo su aporte esencial a la cadena creativa y comunicativa. Estos sujetos, aunque no

son los autores originales de las obras, merecen una protección legal adecuada que garantice el respeto a su labor y les otorgue los beneficios derivados de su explotación. Por tanto, los derechos conexos son pilares fundamentales en la defensa del patrimonio cultural y en la promoción de una industria creativa más ajustada a la realidad social.

A pesar de que los derechos conexos y el derecho de autor se encuentran estrechamente relacionados por su objetivo común de proteger la creación artística, presentan diferencias fundamentales. Mientras el derecho de autor ampara la obra original y a su creador, los derechos conexos reconocen y protegen a quienes la interpretan, producen o difunden. Las facultades otorgadas por los derechos conexos, como el derecho a la remuneración, a la reproducción y a la comunicación pública, son esenciales para garantizar la ecuanimidad y el vínculo existente a nivel cultural. A la vez, los derechos conexos desempeñan un rol estratégico en industrias clave como la musical y la cinematográfica, al ofrecer respaldo legal a intérpretes, productores y demás agentes creativos, fortaleciendo la protección de sus intereses y fomentando el desarrollo sostenible del arte nacional.

En el caso de Cuba, la Ley 154 constituye un paso de avance y un marco legal moderno que articula de forma estructurada estos derechos, respondiendo a los desafíos del sector artístico en la isla. Aunque dicha normativa representa un avance significativo en la protección de los derechos del autor y del artista intérprete en Cuba, aún persisten vacíos legislativos que limitan su efectividad práctica. En particular, se evidencia la falta de desarrollo normativo más específico en lo referente a la gestión colectiva, la protección digital de contenidos y los procedimientos de reclamación ante infracciones. Estas omisiones generan incertidumbre tanto para los titulares de derechos como para las entidades encargadas de su aplicación. Por ello, resulta imprescindible que el marco legal cubano continúe su evolución mediante normas complementarias, reglamentos técnicos y una mayor claridad en la interpretación de los derechos conexos, adaptándose a los cambios tecnológicos y a las dinámicas del entorno artístico contemporáneo.

Los derechos conexos en Cuba son fundamentales para la protección económica y cultural de los artistas y productores. No solo les permiten obtener ingresos por el uso de sus interpretaciones, gra-

baciones y representaciones, sino que también facilitan su acceso a mercados internacionales, promoviendo la exportación de la cultura cubana. Si bien existen retos, las oportunidades para los artistas cubanos en un mundo cada vez más globalizado y digitalizado son cada vez más evidentes.

Bibliografía

- Achá Lemaitre Abogados. (2019). *Los Derechos de Autor y los Derechos Conexos*. <https://www.achalemaire.com/derechos-de-autor-conexos/>
- ALRIGHT. (26 de enero de 2023). *Derechos Conexos a los Derechos de Autor*. <https://www.linkedin.com/pulse/derechos-conexos-de-autor-alrightlegal>
- Alvarado Delgadillo, M. J. (2006). *Análisis jurídico de los Derechos de Autor en Internet* (Tesis de pregrado). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala.
- Aréchiga Morales, A. (2021). *Sistema de notificación y reiterada en México: los derechos en juego*. https://centrolatam.digital/wp-content/uploads/2021/09/Sistema-de-notificacio%CC%81n-y-retirada-en-Me%CC%81xico_-los-derechos-en-juego.pdf
- Benussi, C. (2014). Los organismos de radiodifusión televisiva y la retransmisión de sus señales. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 3(2), 67-126. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2014.33278>
- Bercovitz, A. (2014). *Derechos de autor, derechos conexos y propiedad industrial*. <https://anuarioandino.com/Anuarios/Anuario10/Art02/ANUARIO%20ANDINO%20ART02.pdf>
- Biblioteca digital SCRIBD. (2024). *Derechos Conexos Informe*. <https://es.scribd.com/document/106984344/Derechos-Conexos-Informe>
- Blog Concreta Legal. (18 de septiembre de 2024). *El Impacto de los Derechos Conexos en la Industria Musical Digital*. <https://concretalegal.com/blog/derechos-conexos-industria-musical-digital/>
- Blogosfera Navas & Cusí. (11 de mayo de 2023). *Los desafíos contemporáneos del derecho de propiedad intelectual*. <https://www.navascusi.com/desafios-contemporaneos-derecho-propiedad-intelectual/>
- Boschetti, R. (2024). *Diferencia entre artista e intérprete*. <https://rboschetti.com/2024/02/14/diferencia-entre-artista-e-interprete/>
- Castro Hernández, M. y Hernández Clausen, D. (2009). *Los Derechos Conexos al Derecho de Autor*. https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_96/losderechosconexos.htm
- Cazallas, J. (1 de julio de 2023). *Qué es una mayor y cuáles son las 5 grandes de*

- la actualidad. Hobby Consolas. <https://www.hobbyconsolas.com/reportajes/major-cuales-son-5-grandes-actualidad-1245032>
- Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe. (2018). *¿Quiénes son los artistas intérpretes o ejecutantes?* <https://cerlalc.org/faq/quienes-son-los-artistas-interpretes-o-ejecutantes/>
- Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe. (23 de agosto de 2018). *¿Qué son los organismos de radiodifusión?* UNESCO. <https://acortar.link/xjeMWS>
- Chubretovic Arnaiz, T. (2020). *Guía de Derechos de Autor. La protección de la creación*. https://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2020/09/guia_derechos_autor_2020.pdf
- Correa, C. M. (2000). Importancia económica del derecho de autor. *Boletín de Derecho de Autor*, XXXIV(2), 5-24. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122514_spa
- Derechos de Autor en plataformas e-learning. (18 de agosto de 2009). *Derechos de Autor*. https://www.ugr.es/~derechosdeautor/derechos_autor.html
- Derechosdeautorti. (2 de abril de 2017). *¿Qué son el derecho de autor y los derechos conexos?* parte 2. <https://derechosdeautorti.wordpress.com/2017/04/02/que-son-el-derecho-de-autor-y-los-derechos-conexos-parte-2/>
- Dirección Nacional de Propiedad Intelectual. (2020). *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Colección Joven sobre Propiedad Intelectual. <https://www.dinapi.gov.py/portal/v3/assets/biblioteca/documentos/Revista-N-1-Derechos-de-Autor-y-Derechos-Conexos.pdf>
- Exploration Copyright Administration. (2025) *¿Qué Son Los Derechos Conexos?* <https://exploration.io/es/que-son-los-derechos-conexos/>
- Instituto Nacional de Propiedad Industrial. (s.f.). *Derechos Conexos*. <https://www.inapi.cl/portal/institucional/600/w3-article-847.html>
- IntelectualORG. (s.f.). *El Arte de la Danza y su Protección Autoral en el Escenario Global*. <https://intelectual.org/derecho-de-entretenimiento/arte-danza-su-proteccion-autoral-escenario-global/>
- LETSLAW. (19 de junio de 2023). *La importancia de los derechos conexos: casos de Bad Bunny y Taylor Swift*. <https://lets law.es/los-derechos-conexos-los-casos-de-bad-bunny-y-taylor-swift/>
- Lima, M. C. (2014). *Protección del derecho de autor y de los derechos conexos*. SEDI-CI. <https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/40334>
- Lipzyc, D. (1993). *Derechos de autor y derechos conexos*. Editorial UNESCO.
- Logreira Rivas, C. I. y Fuentes Pinzón, F. J. (2010). La protección jurídica del artista intérprete o ejecutante. *Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, 12(2), 141-154. <https://ojs.urbe.edu/index.php/telos/article/view/1806/2935>
- Los Derechos de Autor (Propiedad Intelectual) en relación a la Ley Orgánica de Comunicación y a la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado*. (2015). <https://goo.su/zcmYd8>
- MadHer, K. (2019). *U1A1 Línea tiempo. Origen y evolución del concepto de Propiedad*

- Intelectual*. Medium. <https://medium.com/@karlamadher/u1-a1-l%C3%ADnea-tiempo-origen-y-evoluci%C3%B3n-del-concepto-de-propiedad-intelectual-d582a759720>
- Martínez Fernández, P. (2025). *Derechos Conexos en la Propiedad Intelectual: Claves y Desafíos*. Propiedad Intelectual.es. <https://infopropiedadintelectual.es/derechos-conexos-en-la-ley-de-propiedad-intelectual/>
- Mateo Vásquez, V. E. (15 de noviembre de 2013). *Rol de los derechos conexos en la industria del cine*. Global. <https://revistaglobal.org/rol-de-los-derechos-conexos-en-la-industria-del-cine/>
- Maza, P. (2025). *Qué es el Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. <https://pablo-mazaabogado.es/info/propiedad-intelectual/derecho-de-autor-y-derechos-conexos/>
- Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación. (31 de mayo de 2024). *Derechos conexos*. Gobierno de Colombia. <https://goo.su/ts3VM>
- Murillo Gámez, A. Y. y Tórrez Arteaga, W. X. (2012). *Regulación jurídica de los Derechos de Autor y Derechos Conexos en el ámbito del Comercio Electrónico* (Tesis de Licenciatura en Derecho). Universidad de Centroamericana de Managua, Nicaragua. <https://repositorioslatinoamericanos.uchile.cl/handle/2250/1093573>
- Olarte Collazos, J. M. y Rojas Chavarro, M. A. (2010). *La protección del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el ámbito penal*. Dirección Nacional de Derecho de Autor, Ministerio del Interior y de Justicia. <https://goo.su/qiUmofl>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2024). *La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos*. <https://www.sela.org/wp-content/uploads/2024/01/sociedades-de-gestion-colectiva.pdf>
- Páez, F. (28 de agosto de 2023) ¿Cuáles son los Derechos Conexos en la Música? Academia de Audio. <https://academiadeaudio.com/que-son-los-derechos-conexos-en-la-musica/>
- Pérez Hernández, S. (17 de mayo de 2023). *Los Derechos Conexos y su importancia en el marco de la Propiedad Intelectual*. Hasagotlex. <https://hasagotlex.com/2023/05/17/los-derechos-conexos-y-su-importancia-en-el-marco-de-la-propiedad-intelectual/>
- Restrepo Estrada, D. F. (2020). *La importancia del Derecho de Autor y la del Registro de Obras ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor*. Unisabaneta. <https://www.studocu.com/co/document/corporacion-universitaria-minuto-de-dios/etica-y-valores/derechos-autor/110466936>
- Rodríguez, D. P. (2023). *La industria de sellos discográficos y su participación en el mercado*. La República. <https://www.larepublica.co/ocio/la-industria-de-los-sellos-discograficos-y-su-participacion-en-el-mercado-en-el-mundo-3609868>
- Schötz, G. (2017). El derecho conexo de los organismos de radiodifusión y la ne-

- cesidad de un nuevo tratado internacional. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, 10, 121-192. <https://ojs.austral.edu.ar/ripi/article/view/453>
- Songtrust. (2025). *La Guía de Los Derechos Conexos*. <https://blog.songtrust.com/es/la-guia-de-los-derechos-conexos>
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (25 de agosto de 2021). *Proceso 152-IP-2020*. Comunidad Andina. https://www.comunidadandina.org/DoctOficialesFiles/Procesos/152_IP_2020.pdf
- Valdés Díaz, C. C. (2009). Derechos de Autor y Derechos Conexos. La protección jurídica de los músicos en el contexto jurídico cubano. *Revista Ámbito Jurídico de Derecho Civil*, 63, 141-154. <https://ambitojuridico.com.br/derecho-de-autor-y-derechos-conexos-proteccion-juridica-de-los-musicos-en-el-contexto-legal-cubano/>
- Vicerrectorado de Investigación PUCP. (27 de septiembre del 2024). *Derechos de autor y derechos conexos en las artes escénicas danza, teatro y creaciones escénicas* [Archivo de Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=vTVzQxrVB6A>
- Vienrich Enriquez, F. (2019). *Guía de Derecho de Autor para organismos distribuidores de radiodifusión por cable*. Indecopi. <https://goo.su/yjO2ZW6>
- Worldwide Independent Network. (8 de abril de 2025). *Los sellos independientes potencian el éxito digital de los artistas según informe del Observatorio Latinoamericano de Música Independiente*. <https://goo.su/Br1iV>

Legislación citada

- Convención de Roma. (26 de octubre de 1961). <https://biblioteca.ua.es/de/documentos/apoyo-investigacion/pi/convencion-de-roma.pdf>
- Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas. (1886). https://es.wikisource.org/wiki/Convenio_de_Berna_para_la_protecci%C3%B3n_de_las_obras_literarias_y_art%C3%ADsticas
- Ley 14 del Derecho de Autor. (1977). <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/16096>
- Ley 154/2022 de los Derechos del Autor y del Artista Intérprete (GOC-2022-1103-O122). <https://3ce.cu/sites/default/files/2023-01/ley-154-2022-de-los-derechos-del-autor-y-del-artista-interprete.pdf>
- Ley Argentina 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. (2009). <https://www.educ.ar/recursos/fullscreen/show/23499>
- Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. (1998). Decreto número 33-98. <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/16159>
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT). (1996). https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_226.pdf
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Ginebra, 1996. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:089:0015:0023:ES:PDF>

*** * * ***

Roles de autoría y conflicto de intereses

Los autores manifiestan que cumplieron todos los roles de autoría del presente artículo y declaran no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.rodrr>

Estudios

* * * *

Una oposición a la diferencia entre *idea* y *expresión de la idea*¹

* * * *

Jonatan Lukasiewicz

Universidad Nacional de La Matanza. Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Jonatanlukasiewicz@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-2976-4314>

Resumen

El fin de este artículo es realizar una oposición a la diferencia entre *idea* y *expresión de la idea* del Convenio de Berna (1886) y del Tratado sobre Derechos de Autor de la OMPI (1996). Con ese fin, se estudiará el acto de conciencia —ser humano— hacia el ente —obra de arte áurica— y la influencia y el plagio en el efebo. El marco teórico será la ontología fenomenológica y el existencialismo representados por Husserl, Heidegger y Sartre.² Se utilizará como muestra una escena ficticia en un café de Cambridge, a la manera de los ejemplos sartreanos. Al final del artículo, se admitirá que la esencia del artista se encuentra en sus obras y por eso se perpetúa su ser en ellas. En este sentido, la conclusión permitirá comprender que tanto *idea* como *expresión de la idea* se refieren al *ser* del ser humano, lo que termina en una unidad, una esencia.

- 1 El presente es un estudio realizado con motivo de mi Doctorado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de La Matanza. Agradezco a los profesores y estudiantes de UNLaM —en especial a la Dra. Natalia Araujo— por los consejos y sugerencias, y a mi directora de tesis, Dra. Nélica Pérez. El estudio de las principales obras fenomenológicas y existencialistas de Husserl, Heidegger y Sartre me llevó a inscribirme y terminar la cursada de la Maestría en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a postular una teoría iusfilosófica que llamo “neoexistencialismo prescriptivo” y a aplicar al Posdoctorado en Derecho por la misma Universidad. Agradezco a los profesores y estudiantes de la Maestría por los consejos y sugerencias, y a los directores de las próximas tesis: Dr. Jorge Roggero y Dr. Carlos Pettoruti.
- 2 La Dra. Isolina Davobe, en su artículo *El derecho como complejidad de “saberes” diversos* (2011) concluye que el derecho se constituye como la unión de todos los tipos de saberes: científicos, técnicos, filosóficos, empíricos y populares, siguiendo su enunciado de que “todo Derecho es una ciencia”.

Palabras clave: oposición a la diferencia entre idea y expresión de la idea, fenomenología, existencialismo, neexistencialismo prescriptivo, derecho y literatura, filosofía del derecho, derechos de autor.

An Opposition to the Distinction Between Idea and Expression of the Idea

Abstract

The aim of this article is to oppose the distinction between idea and expression of the idea established in the Berne Convention (1886) and in the WIPO Copyright Treaty (1996). To that end, the act of consciousness —human being— directed toward the entity —auric work of art— will be examined, as well as influence and plagiarism in the ephemerality. The theoretical framework will be phenomenological ontology and existentialism, represented by Husserl, Heidegger, and Sartre. A fictional scene in a café in Cambridge, in the manner of Sartrean examples, will be used as an illustration. At the end of the article, it will be acknowledged that the essence of the artist is found in their works and thus their being is perpetuated in them. In this sense, the conclusion will make it possible to understand that both idea and expression of the idea refer to the being of the human being, ultimately forming a unity, an essence.

Key words: opposition to the distinction between idea and expression of the idea, phenomenology, existentialism, prescriptive neo-existentialism, law and literature, philosophy of law, copyright.

Uma oposição à diferença entre ideia e expressão da ideia

Resumo

O objetivo deste artigo é realizar uma oposição à diferença entre ideia e expressão da ideia prevista na Convenção de Berna (1886) e no Tratado da OMPI sobre Direitos Autorais (1996). Para tanto, será estudado o ato de consciência —ser humano— dirigido ao ente —obra de arte áurica—, bem como a influência e o plágio no efêmero. O marco teórico será a ontologia fenomenológica e o existencialismo representados por Husserl, Heidegger e Sartre. Será utilizada como amostra uma cena fictícia em um café de Cambridge, à maneira dos exemplos sartreanos. Ao final do artigo, admitir-se-á que a essência do artista se encontra em suas obras e, por isso, o seu ser se perpetua nelas. Nesse sentido, a conclusão permitirá compreender que tanto a ideia quanto a expressão da ideia referem-se ao ser do ser humano, o que resulta em uma unidade, uma essência.

Palavras-chave: oposição à distinção entre ideia e expressão da ideia, fenomenologia, existencialismo, neoexistencialismo prescritivo, direito e literatura, filosofia do direito, direitos autorais.

1. Sobre las ideas y la expresión de las ideas

Es necesario un breve estudio preparatorio de terminología positivista para poder comprender mejor el artículo que se presenta. A esos fines, comenzaré por distinguir qué dice la normativa convencional sobre la *idea* y la *expresión de la idea* (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI], 1971).

Para conceptualizar qué es la expresión de las ideas en los derechos de autor y principalmente en la normativa convencional, es necesario examinar el artículo 2 del Convenio de Berna (1886), que articula de la siguiente forma: “... Los términos ‘obras literarias y artísticas’ comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión...”. Uno de los postulados esenciales es que la idea no puede ser protegida por los derechos de autor (OMPI, 1978). Una vez que alguien hace pública su idea, no tiene herramientas dentro de los derechos de autor para defenderla. Ha pasado a ser parte de la vida pública y todos pueden utilizarla. Sin embargo, una vez que la obra fue expresada en soporte material, el Convenio protege los vocablos, las notas, los dibujos y demás. Lo que se protege es la expresión y no la idea.

El artículo 5, párrafo 2) del Convenio de Berna (1886) resalta el “principio de la protección automática y de la independencia de la protección”. Al respecto, trata sobre el goce y el ejercicio de los derechos, que estarán subordinados a la formalidad, y que esa defensa de los derechos de autor se aplicará a los países de la Unión más allá de lo que diga la legislación interna del país en el que se reclama la protección. La exigencia de inscribir las obras en registros públicos como requisito para su existencia o para mantener los derechos de autor ha ido desapareciendo de las legislaciones. El autor es titular de los derechos de autor desde el momento mismo de su creación, y eso está plasmado en el artículo 5.2. del Convenio. Son principios fundamentales del Convenio, y la protección no está condicionada

o subordinada a ningún tipo de requisito previo, como puede ser el caso de un registro formal. Los requisitos de carácter administrativo, que implicarían la pérdida del derecho de defensa o la ausencia de protección —como ser el depósito de un ejemplar en una oficina administrativa o el pago de tasas de inscripción— son formalidades que están por fuera de los principios y fundamentos mínimos que establece el Convenio, por lo que no son indispensables para obtener la defensa de una obra. No se puede concebir que existan formalidades para que se constituya un derecho. Más aún cuando este derecho nace desde el momento de la creación de la obra.

El Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (1994) de la Organización Mundial del Comercio, en la parte II —que trata de las Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, sección 1, Derecho de autor y derechos conexos, artículo 9— dice:

Relación con el Convenio de Berna: 1. Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6 bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo. 2. La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí...

Hay principios que determinan la protección de los derechos de autor. Uno de ellos es la supuesta dicotomía, que este artículo se propone criticar, entre idea y expresión. Se protegen las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí. En otras palabras, la protección de los derechos de autor no ampara ninguna información o idea que una obra contenga. Se protege la forma material en que se ha expresado tal información o idea. Por lo tanto, existe una libertad generalizada para utilizar la información que contiene una obra, no así con su forma expresada sobre un ente material.

El Convenio de Berna, Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor (1996), dice, en

el artículo 23, en cuanto a la disposición sobre la observancia de los derechos, que “[l]as Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado...”. Por su parte, el artículo 2 del mencionado Tratado, en cuanto al ámbito de la protección del derecho de *autor*, dice: “La Protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”.

La Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1978), en el artículo 2.3, manifiesta:

Uno de los postulados esenciales es que la idea, en cuanto tal, no puede ser defendida por el derecho de autor. Su protección debe buscarse recurriendo a la legislación sobre patentes y no a la relativa al derecho de autor. A reserva, pues, de la protección mediante una patente, una persona que haya hecho pública su idea no tiene medios para impedir que los demás se apoderen de ella. Pero, a partir del momento en que esa idea ha sido elaborada y expresada, el derecho de autor protege los vocablos, las notas, los dibujos, etc., que, por así decirlo, visten la idea. En otras palabras: es la expresión y no la idea, la que puede ser protegida...

Como puede verse, en la expresión de la idea y la idea se halla la base positiva sobre la que se encuentra el sistema de la defensa de los derechos de autor. De ese enunciado prescriptivo, surge aquello que se considera original y aquello que no.

2. Sobre el plagio³

Posner, en su obra *El pequeño libro del plagio* (2013), intenta una definición de *plagio*. Es muy habitual que en los diccionarios, en las enciclopedias y en el sentido común se entienda por “plagio” una especie de robo literario. Sin el uso de la fuerza, alguien toma como propio aquello que no le pertenece. En este sentido, sería más con-

3 La supuesta diferencia entre plagio e influencia fue tratada con mejor atención en Lukasiewicz (2022a).

veniente considerar al plagio como un hurto literario, ya que nadie ejerce violencia para apropiarse de la obra de otro, o de fragmentos no razonables de la obra de otro. Además, sea hurto o robo, lo cierto es que la definición es por demás incompleta. Más que nada porque cuando se produce el hurto, el autor sigue conservando el manuscrito original. No hay una tradición o entrega de la cosa, más allá de tener o no voluntad de hacerlo. El plagiarlo simplemente copia, textualmente, con dolo y sin autorización, con extensión y sin un uso razonable, la obra que considera le será útil para sus fines. Hace un uso de la expresión. Posner (2013) dice que no siempre que se plagia se comete violación a los derechos de autor o, al contrario, la violación de derechos de autor no siempre incluye plagio. El asunto es que los derechos de autor tienen un límite temporal: cincuenta años en la legislación convencional (OMPI, 1886) y, por su parte, cada país de la Unión establece el plazo que considere adecuado en su legislación interna. Luego, pasa a ser parte del dominio público y cualquiera puede copiarla, editarla, traducirla, venderla o adaptarla. Lo único a perpetuidad e irrevocable es el derecho a mantener la paternidad de la obra y la integridad. Posner (2013) llega a la conclusión de que el que comete plagio es aquel que quiere ocultarlo, por ejemplo, no entrecomillando las citas o haciendo que el consumidor no cumpla con sus expectativas por creer que la obra le pertenece al autor que lee. Es más importante aún para que se configure plagio, en relación con los lectores, el hecho de saber tardíamente que lo que se leyó no se correspondía con la actividad creadora del autor.

Posner (2013), al final del segundo capítulo, propone una definición de *plagio*. La cita no es textual, pero sería algo así como decir que es apropiarse de un texto ajeno, en cuanto a la forma, con dolo o fraude intelectual y sin consentimiento, y, sobre todo, que el lector se sienta defraudado en sus expectativas.

La autora francesa, Hélène Maurel-Indart, completando una tipología del plagio iniciada en 1964 por Boleslaw Naurocki, diferencia entre la toma en préstamo directo e indirecto. En *Sobre el plagio* (Maurel-Indart, 2014), comienza tratando la *toma en préstamo directa*. Este tipo de plagio tiene dos subtipos: el *total* y el *parcial*. El primero se realiza sin autorización del autor. El segundo tiene que ver con la cita. Solo hay plagio cuando no hay un uso razonable de las

palabras en el contexto de la obra citada. Los requisitos de la copia, dentro de los parámetros permitidos, son tres: el entrecomillado, una extensión limitada y nombrar al autor.

El Convenio de Berna (1996) deja en los sistemas legislativos de cada país perteneciente a la Unión de Berna la forma de establecer cómo se sancionará a los defraudadores de los derechos de autor. En el artículo 23 (OMPI, 1996), cuando se trata sobre la disposición sobre la observancia de los derechos, dice que "... las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado...".

3. El método Borges

Cuando Balderston, el profesor emérito de la Universidad de Pittsburgh, publicó el libro titulado *El método Borges* (2021), todos pudimos advertir que Borges, en los márgenes de esos manuscritos, dejaba códigos y referencias a otras obras, y que los fragmentos de las obras a las que aludía terminaban parafraseados y convertidos en una obra nueva. Uno de esos ejemplos es el cuento "La secta del Fénix" (Borges, 2009). Para construirlo, Borges utilizó la *Encyclopaedia Britannica* (Everett Hooper, 1910-1911). Trasladó artículos, oraciones y párrafos completos, con pequeñas intervenciones, para reescribirlos y convertirlos en una obra inmortal y del todo original. Remarco el hecho de que la obra fuera, aun así, inmortal y original. Descubrir el método de la reescritura, del parafraseo o de la cita sin fuente, para un admirador de la obra de Borges, fue algo interesante. Más interesante fue el hecho de que la viuda de Borges y heredera universal de los derechos de su obra, María Kodama, demandara a Pablo Katchadjian. En el año 2011, Kodama demandó a Katchadjian por plagio. Este había hecho, dos años antes de la demanda, una pequeña publicación para sus amigos, sin ánimo de lucro, titulada *El Aleph engordado* (Katchadjian, 2009). El cuento es una reescritura de *El Aleph* de Borges. Agregó más de 4.000 palabras y conservó casi la totalidad de las originales. Que Borges fuera plagiarlo o influenciado o inspirado por la obra de otros fue probado por Balderston (2021). Que Katchadjian copiara *El Aleph* (Borges, 2009) y lo reescribiera

como *El Aleph engordado* fue probado en el juicio. Los peritos expertos consideraron que, más allá de toda imposición de demanda, se trató de un experimento literario y que nadie creaba, que todo era la combinación de los elementos de otras obras. Sigue siendo curioso que quien representa a un plaguario o influenciado, un efebo digamos —en este caso, a Borges—, sea demandado por el mismo motivo por otro plaguario, Katchadjian. ¿Es posible que la condena a Katchadjian, si hubiera prosperado, habría sido más bien una confesión y condena al propio Borges? Difícil saberlo. El autor fue absuelto. Y la originalidad y la creación por la fundición y ensamble de otras obras seguirá siendo la base de la creación artística.

Con ese objetivo, se presenta la siguiente hipótesis: la idea y la expresión de la idea constituyen una esencia que perpetúa la conciencia del creador en las obras de arte áuricas. Para corroborar la hipótesis planteada, se estudiará primero la actitud fenomenológica hacia la obra de arte, principalmente con el término postulado por Edmund Husserl: la intencionalidad⁴, y luego se propondrá la perpetuidad de la conciencia en la obra de arte áurica⁵ creada por el efebo, por influencia o por plagio.

4 En *El hombre y las cosas* (Sartre, 1960b), un libro muy importante para este artículo, en el capítulo titulado “Una idea fundada en la fenomenología de Husserl: La intencionalidad”, Sartre dice que era vana, hasta la aparición de *Investigaciones lógicas* de Husserl (1999), buscar algo sólido que no fuera mero espíritu, que no fuera una mera contradicción entre el exterior, el mundo, y el interior, la conciencia. Dice que “la conciencia y el mundo se dan al mismo tiempo: exterior por esencia a la conciencia, el mundo es por esencia relativo a ella” (p. 27). Y, más adelante, cita a Husserl cuando dice que “toda conciencia es conciencia de algo”. Por eso dice que “... a esta necesidad que tiene la conciencia de existir como conciencia de otra cosa que ella misma Husserl la llama ‘intencionalidad’...” (p. 27).

5 La definición que da Walter Benjamin (2003) sobre aura es la siguiente: “¿Qué es propiamente el aura? Un entretejido muy especial de espacio y tiempo: apareamiento único de una lejanía, por más cercana que pueda estar” (p. 47). Precisa mejor, por contraste, el aura con la destrucción del aura: “... Se basa en dos condiciones que están conectadas, lo mismo la una que la otra, con el surgimiento de las masas y la intensidad creciente de sus movimientos. Esto es: ‘Acercarse las cosas’ es una demanda tan apasionada

4. La actitud fenomenológica hacia la obra de arte

Sartre dice en la introducción a *El ser y la Nada...* (2005b) “... que el pensamiento moderno ha realizado un progreso considerable al reducir el existente a la serie de las apariciones que lo manifiestan...” (p. 11). La frase aparenta sencillez, pero es más profunda de lo que enuncia, ya que, al decir *pensamiento moderno* Sartre intenta dejar de lado todo tipo de psicologismo, naturismo o dogmatismo. El fin de la fenomenología que funda Edmund Husserl en sus *Investigaciones lógicas* (1999) es que todo acto de percibir y lo percibido, ese correlato indivisible y sin distinción, se dé solo por el fenómeno o, como dice Sartre, por las *apariciones que lo manifiestan*. Fenómeno significa lo que aparece, lo que se muestra tal como se muestra y sin reflexiones previas o conductas intelectivas. De esta forma, la fenomenología es el estudio de lo que aparece.⁶

Lo que Husserl (1999) propone y dará inicio a la introducción de sus *Investigaciones lógicas* y que en Sartre (2005b) dará introducción a *El ser y la Nada* es que se ponga en suspensión todo tipo de actividad reflexiva sobre el conocimiento del mundo. No hay, desde la perspectiva de la fenomenología, un adentro o un afuera. No

de las masas contemporáneas como la que está en su tendencia a ir por encima de la unicidad de cada suceso mediante la recepción de la reproducción del mismo. Día a día se hace vigente, de manera cada vez más irresistible, la necesidad de apoderarse del objeto en su más próxima cercanía, pero en imagen, y más aún en copia, en reproducción. Y es indudable la diferencia que hay entre la reproducción, tal como está disponible en revistas ilustradas y noticieros, y la imagen. Unicidad y durabilidad se encuentran en ésta tan estrechamente conectadas entre sí como fugacidad y repetibilidad en aquélla. La extracción del objeto fuera de su cobertura, la demolición del aura, es la rúbrica de una percepción cuyo ‘sentido para lo homogéneo en el mundo’ ha crecido tanto, que la vuelve capaz, gracias a la reproducción, de encontrar lo homogéneo incluso en aquello que es único. Así es como se manifiesta en el campo de lo visible aquello que en el campo de la teoría se presenta como un incremento en la importancia de la estadística. La orientación de la realidad hacia las masas y de las masas hacia ella es un proceso de alcances ilimitados lo mismo para el pensar que para el mirar...” (pp. 47-48).

- 6 El Dr. Jorge Roggero (2025), en *Hermenéutica del amor...*, dice, al referirse al fenómeno desde la postura de Jean-Luc Marion, que “La influencia de la noción de fenómeno propuesta por el joven Heidegger es decisiva para el proyecto fenomenológico de Marion. Si la fenomenología debe alcanzar su

existe un mundo interior y un mundo exterior. Heidegger (2022) se referirá a esta conjunción del acto de percibir y lo percibido como *existencia*. Por un lado, el ser de la conciencia que percibe y, por otro lado, el ente, o lo macizo, lo fijado, lo en-sí. Husserl (1999) se referirá a esta relación como acto y objeto. Y Sartre dirá lo mismo, pero llamará al acto de percibir *conciencia imaginante*⁷ (Sartre, 2005a)⁸; y a lo percibido, *en-sí* (Sartre, 2005b).

Con el fin de no confundir al lector, voy a adoptar una terminología simplificada: al acto de percibir lo llamaré *acto de conciencia* y a lo percibido lo llamaré *ente*. La conciencia no es un ente, porque se refiere al ser humano. Ente es todo aquello que sea objeto. Con objeto, o ente, me refiero a todo lo que trate de alcanzar con su actitud a otro objeto. Los ejemplos son múltiples. De esta forma, ente sería el amor, que trata de hacer presente o de alcanzar a la persona amada; o el odio, que trata de alcanzar a la persona odiada; o el miedo, que trata de alcanzar aquello que se teme. Del mismo modo, ente son los libros, el tintero, la taza y todo lo que está en el mundo. Hay tres

cometido último, que no es otro que acceder a las cosas mismas, esta tarea debe adoptar la radicalidad capaz de suspender el ‘poder de conocer’ del sujeto en favor del ‘poder de aparecer’ del fenómeno. Esta es la vía que la fenomenología heideggeriana anuncia desde su concepto de fenómeno capaz de autostracción y que la fenomenología marioniana despliega (...) [Marion] indaga radicalmente la noción de fenómeno como ‘aquello que se muestra como tal en su mostrarse’ (...) La indagación en este ‘sí’ del fenómeno lleva a Marion a distinguir la instancia de la fenomenización de la instancia de la donación (...) La tesis de *Étant donné* es, precisamente: ‘todo lo que se muestra se da’. La acontecibilidad del fenómeno radica en que el ‘sí’ de la fenomenalización es el ‘sí’ de la donación. (...) Todo fenómeno saturado del tipo del acontecimiento adviene desde y por sí mismo sin que sea posible establecer cuál es su causa u origen. Pero ese rasgo acontecible, que en principio sólo parece concernir al acontecimiento en sentido estricto, es extendido a todos los fenómenos con la nueva tónica de los fenómenos. El fenómeno saturado, categoría fundamental de la fenomenología marioniana, es el paradigma de toda fenomenicidad. En las últimas obras de Marion, la acontecibilidad y el exceso, y, por lo tanto, la saturación, van a caracterizar a la donación de todo fenómeno” (pp. 53-54).

7 Prefiero este término al de “conciencia perceptiva”, también de Sartre.

8 Lo imaginario o “conciencia imaginante” fue tratado con especificidad en Lukasiewicz (2022c).

formas de actos de conciencia hacia el ente. Uno es la existencia, que es la forma en la que uno aprehende el mundo estando en el mundo por medio de los sentidos. Otra forma es el mentar vacío, que se refiere al recordar, rememorar o hacer presente un ente que no se tenga frente a uno. Y la otra forma es la del signo, que remite a un significado, como pueden ser señales de tránsito o palabras en un libro. A la conjunción indivisible y correlativa entre el acto de conciencia y el ente la llamaré *existencia*.

Pero la frase de Sartre (Sartre, 2005b) no concluye ahí, porque se refiere a la *serie de apariciones* que manifiestan al ente. Es indudable que, cuando uno realiza un acto de conciencia sobre un ente, lo realiza de un lado por vez o de una forma o modo por vez. Porque si uno mira un espejo, solo ve la parte reflejante del espejo, o solo puede ver la parte posterior del espejo, pero no puede ver al ente íntegro de una sola vez. Por eso, para suplir esta deficiencia del acto de conciencia sobre el ente, se procede a una idealización del ente o categoría del ente. Solo se puede proceder de esta forma si hay un saber previo. Con la palabra *saber* me refiero a que el ser humano tiene previamente, en el ser de su conciencia, un arquetipo idealizado de la forma total del espejo, por más que no pueda realizar el acto de conciencia del ente de una sola vez en su totalidad. De esta forma, el ser humano, en su existencia, no necesita ver todos los lados para aprehender al ente en su totalidad (Husserl, 1999).

En el libro de ensayos *Caminos de bosque* (Heidegger, 2021), en la primera lección dada en Friburgo titulada *El origen de la obra de arte*, Heidegger se refiere a la obra de arte como un ente. Como una cosa más dentro del mundo, aprehendida por un acto de conciencia, en la existencia, y que incluye una verdad. Porque el ente no puede ser negado o cuestionado en tanto *es* como se percibe. Es ente. Ajeno a las cuestiones estéticas sobre la obra de arte, lo importante es que no se trata al arte como un ente áurico con propiedades supernaturales, sino como una cosa más del mundo. Nos puede conmover, persuadir, iluminar, pero esas sensaciones son, desde la fenomenología, actos de conciencia que intentan alcanzar el objeto, el ente, como puede ser una pintura que cuelga en un museo o en una cafetería.

En tanto ente, sin propiedades especiales, la obra de arte es una cosa más en el mundo. Su apreciación deviene en una actitud emo-

cional, pero que no por eso deja de tener su ente al que se refiere. El ser humano, o conciencia, se constituye por lo dado en el mundo. Eso incluye un aspecto emotivo ante el ente, un saber ante el ente para aprehenderlo en su totalidad más allá de la serie de apariciones que lo manifiestan, y una verdad, porque, en cuanto ente, no puede desconocerse su ser si se sigue la postura fenomenológica de Husserl, que pone entre paréntesis o en suspensión toda evaluación o interpretación, psicologismo, naturismo o dogma sobre el ente.

Estos son los tres atributos que propongo como constitutivos del acto de conciencia y ente, que se aúnan como *existencia*: emotividad, saber y verdad. El mismo Heidegger (2022b) en “El concepto de experiencia en Hegel”, que fue parte de un seminario que se publicó con el título de *La fenomenología del espíritu de Hegel*, hace mención de que la experiencia incluye un saber previo. Husserl dice, en sus *Meditaciones cartesianas* (1986), que la conciencia, por medio del acto de conciencia, para alcanzar al ente u objeto debe trascenderse. A eso, en este artículo se lo llama “existencia”, porque aúna el acto de conciencia con el ente. El acto de percepción y lo percibido formando la existencia.

La actitud fenomenológica ante la obra de arte es considerarla como un ente más del mundo. No habría relación en cuanto a lo constitutivo del ser de la conciencia, por ejemplo, entre un Borges influenciado como efebo por otros maestros con todo lo que nos circunda en el mundo exterior. Cada actitud de la vida, había dicho Borges (2021) en una conferencia dada en la Universidad de Indiana en Estados Unidos, es materia para la creación artística. Y Husserl, en 1907, en una famosa carta dirigida al poeta alemán Von Hofmannsthal, dijo que la actitud del fenomenólogo es equivalente a la del poeta, que busca, en la serie de los entes del mundo, materia para su arte (Husserl, 2017). Con la palabra *ser* se entenderá en este artículo lo que la conciencia *es* (Heidegger, 2016). Será mejor recurrir a un ejemplo.

En enero del año 2019, caminaba con mi novia por la ciudad universitaria de Cambridge, en el Reino Unido. Le propuse ir al café. Adentro estaba calefaccionado. Más allá del breve receso de Año Nuevo, en la cafetería se sentía la gravitación de las mentes intelectuales inclinadas ante un libro, a los profesores repasando los apuntes de

la próxima clase y a los estudiantes debatiendo algún punto importante de una clase anterior. Pero de inmediato, entre el murmullo de los otros, yo me sentí colmado, apresado por la existencia. Cada uno era una individualidad, una conciencia, pero cada uno no podría dejar de ser sin la presencia de todo lo que los rodeaba. A mi novia y a mí nos rodeaba la existencia; aquello que Heidegger (2022) llama *angustia*; y Sartre (2005b), *náusea*. Una especie de comprensión de estar viviendo o siendo en el mundo: una vivencia. Sin embargo, sentí vértigo. *Vértigo* es la palabra que utilizaré de ahora en adelante para describir esa sensación de angustia que utiliza Heidegger o esa sensación de náusea que utiliza Sartre ante la individualidad siendo ante el mundo de los entes y de las demás conciencias. El vértigo devela la existencia. Porque el vértigo, al igual que la angustia o que la náusea, no es un acto de conciencia que remite a un ente, como el miedo, a la manera de Heidegger en *Ser y tiempo* (2022a), que remite a aquello que me da miedo. La angustia y la náusea, que yo llamaré *vértigo*, un poco a la manera de Borges, me develó a mi conciencia siendo en el mundo. Yo, allí, no podría ser una conciencia sin la preexistencia de los entes y demás conciencias. Ellas me constituían y el acto de conciencia que realizaba como correlato hacia ellas me develaba la forma en la que se iba constituyendo el ser de mi conciencia por lo dado en el mundo a través del vértigo, que conduce a la existencia como simbiosis del acto de conciencia y el ente y las otras conciencias.

Junto a mi café tenía un libro de ficción: *El limonero real* de Juan José Saer (2010). La lectura detenida de la prosa de Saer me remitía a un momento que duraba todo el libro y que tenía que ver con la cocción y degustación de vino y asado.

Uno puede decir que uno *es*. Pero ser es tener una conciencia que *es*. Y esa conciencia es conciencia de algo. Puede ser conciencia de entes u otras conciencias. El ser de la conciencia es aquello que la constituye, como los entes y las otras conciencias (Husserl, 1993). De modo que vuelve, otra vez, el correlato indivisible entre el acto de conciencia y el ente. La conciencia es aquello dado en el mundo sin reflexión previa ni intención psicológica o naturalista. Husserl (1999), para llegar a este tipo de aprehensión del mundo exterior creando la conciencia, utiliza muchos términos, como *eidos*, *reduc-*

ción fenomenológica o *poner el mundo entre paréntesis*. Prefiero utilizar otro término. Para aprehender el mundo exterior sin dogmas o preconcepciones, para solo aprehender los entes o las otras conciencias sin prejuicios, prefiero utilizar la expresión *suspensión trascendental*. La existencia se logra por la *suspensión trascendental*. No hay conciencia si no hay ente en el mundo exterior, ya que no hay diferencia entre lo exterior o lo interior. Todo ocurre al mismo tiempo y uno no puede tener una conciencia vacía, sino que la colma aquello que trata de alcanzar con su existencia.

La temporalidad, a la que Sartre llega en *El ser y la Nada* (2005b) por distinguir entre lo en-sí y lo para-sí, o lo solidificado y los posibles, o la llamada *contingencia*, incluye una negación. Por un lado, tenemos el acto de conciencia y el ente. La conciencia es constituida por el ente o lo dado en el mundo. Eso crea un saber que sirve para futuras aprehensiones de los entes que aparecen o se manifiestan de un lado por vez. La existencia como acto de conciencia y ente precede a la esencia (Sartre, 1947). Lo que uno adquiere como propio en el ser de su conciencia, en el *es* de su conciencia, se convierte en esencia del ente percibido. Todo conocimiento del ente devela una verdad y una esencia, constituida por la idealización o el *saber* del ente como arquetipo. Como dijo Sartre en *El ser y la Nada* (2005b), todo ser contiene una negación. Esto que Sartre llama *negatidades* lo explica diciendo que, cuando uno evoca un ente, suele concordar que aquello no es aquello otro. Un tintero no es un lápiz. De esa forma, se imponen novedades al mundo, pero también se crea un no ser. Un no *es* en la conciencia. Una Nada. En *Introducción a la metafísica*, Heidegger (2016) concuerda, previamente, y expresa que todo ser incluye un no ser como necesario de cada ente. Por otro lado, la existencia, ese correlato entre el acto de conciencia y el ente que va formando el ser de la conciencia. El *es* de la conciencia como saber, solidificando estratos que pueden ser concebidos como memoria. Aunque esto, claro está, no es el presente, sino el pasado. Es una forma de mentar vacío. Es hacer presente un ente ausente cuando se lo quiere evocar. Por lo tanto, uno no es siendo, porque aquello ya ocurrió y ahora solo vuelve como un mentar vacío o memoria. Puedo recordar todo el argumento de *El limonero real* de Saer, pero no puedo vivirlo como existencia por medio del vértigo

en el presente, porque ha dejado de ser desde que se consumió o se aprehendió por vez. Nunca un ente puede estar siendo; solo yo, como humano o conciencia, puedo estar siendo en el mundo (Heidegger, 2022). Pero desde el momento en que realizo la suspensión trascendental, esto quiere decir, desde que mi conciencia trasciende su ser para alcanzar al ente, deja de tener actualidad o presente, que nunca puede estar siendo porque ha sido. Se generan en el ser de la conciencia los entes u otras conciencias que fueron, pero que, aunque sigan siendo, han dejado de ser presentes para mi conciencia. Se solidificó como en-sí, como pasado (Sartre, 2005b). Como ente en el ser de la conciencia. Esta develación de la ausencia de una temporalidad interna que remita a un ser que es siendo es imposible. No hay tal. No hay un yo que exista en el presente. Estar siendo en el mundo remite inmediatamente al pasado. Me separa mi pasado, que es conciencia como conjunción de entes u otras conciencias y, hacia el futuro, mis posibles, que aún no son y que esperan allá adelante y que son contingentes. Podrían ser como podrían no ser. Será mejor volver a la cafetería de Cambridge, que es utilizada como muestra para este artículo.

En una esquina, un profesor repasa los apuntes de una clase futura. Allí, en las hojas con anotaciones a mano, están las ideas de aquellos autores que leyó, cuyos argumentos e ideas se solidificaron en un libro canónico que terminó por ser, ya sea por esa solidificación o porque el autor haya sido y ahora yace en la tumba, un saber. Con la muerte se aniquilan los posibles y uno logra, al fin, ser (Sartre, 2005b). El epitafio sobre el mármol dirá quién fue aquel que allí yace y que ha dejado de ser, pero que persiste en sus obras. Al profesor, los signos y símbolos que anotó basado en el mentar vacío de evocar en su memoria aquello que leyó le deparará la posibilidad de transmitir una esencia. Una esencia, como dije más arriba, es el resultado o existencia del acto de conciencia y el ente. Uno aprehende una verdad y esa verdad es la esencia, o ideación⁹, que surge de aquello que se manifiesta de un lado por vez y que incluye un saber (Husserl, 1999).

9 Este concepto fue tratado de forma específica y aplicada al hecho probatorio en Lukasiewicz (2021).

En la pared de la cafetería, hay una réplica del óleo *Zapatos viejos* de Van Gogh. La réplica es análoga al original. Tiene el mismo tamaño, los mismos trazos y también es un óleo. El cuadro está falsamente firmado por Van Gogh. Solo una placa en el marco nombra al verdadero autor del lienzo. La actitud fenomenológica hacia la obra de arte contiene una conciencia que percibe sobre una obra de arte que es percibida. Un acto de conciencia sobre un ente. En la obra de arte, la esencia incluye la discusión sobre la originalidad, paternidad o personalidad del creador (OMPI, 1886, 1996). ¿Quién fue Van Gogh? ¿Quién fue Saer? Es fácil decirlo. Aquel que yace en su obra de arte como esencia, como solidificado en un estrato de su haber sido, que no incluye a la totalidad de su ser, pero que se perpetúa en tanto conciencia hecha ente en otra conciencia que la aprehende por el acto de conciencia y que la puede continuar, como aquella obra apócrifa de Van Gogh que cuelga sobre alumnos y discípulos en la cafetería de Cambridge usada como muestra. Cuando Van Gogh pinta un cuadro, incluye mucho más. Porque Van Gogh pone en ejecución su memoria, que fue solidificada cuando visitó el Museo del Louvre en París y cuyas influencias, que no excluyen a Paul Gauguin, están siendo evocadas como un mentar vacío en ese éxtasis creativo que muchos llaman *Espíritu Santo*, *Musa* o *Subconciencia*, como dijo Borges (2010), pero que más bien tiene que ver con la evocación de los entes que constituyen el ser de la conciencia de Van Gogh. Guía sus trazos con la memoria de aquello que aprehendió, por imitación o analogía, y por un saber previo que lleva a la esencia del ente aprehendido. Y, al hacerlo, realiza dos actividades. Está solidificando su esencia, su verdad, su belleza estética y transmutada con un estilo que es la acumulación de entes o estilos aprehendidos, por influencia (Bloom, 2009) o plagio (Maurel-Indart, 2014), por un saber, en la memoria, pero principalmente en el lienzo. Se reduce a ente (Heidegger, 2021).

La actitud fenomenológica de quien pintó esa obra falsaria de Van Gogh fue la misma que se tiene ante cualquier ente. Fue una existencia. Un acto de conciencia y un ente. El pintor falsario utilizó el método y los trazos que utilizó Van Gogh y que eran influencias de otros trazos, acaso de Monet y Gauguin, y de tantos otros. Los trazos que utilizó el falsario son los mismos que evocan a la propia

biografía de Van Gogh. A todo aquello que lo llevó a finalmente ser, cuando hubo sido (Sartre, 2005b). Desde la amistad y la neurosis hasta la psicosis y el amor. El falsario crea un análogo de *Zapatos viejos* y eso incluye la biografía, el estilo; incluye a los precursores e influencias o plagios. El falsario transmite la esencia de Van Gogh. En la existencia, el ser del lienzo *Zapatos viejos* se solidifica en la conciencia del falsario y este la vuelve a volcar en otro lienzo. Al captar la esencia de la obra de Van Gogh, el ente de la obra incluye la biografía y las influencias, y al realizar un acto de conciencia sobre el ente que cuelga en el Museo Van Gogh de Ámsterdam, el falsario se hace con la esencia del ser de la conciencia de Van Gogh. Lo solidifica y pasa a ser un extracto de Van Gogh en su biografía solidificada que aún no es en su totalidad, pero que forma la memoria del falsario.

Algo cambia en la escena de Cambridge. El cuadro *Zapatos viejos*, el que sitúo en la cafetería, ajeno al resto de los eruditos y estudiosos, es el original. Ya no está en el Museo Van Gogh de Ámsterdam, sino que se encuentra en la cafetería. Entonces sucede algo anacrónico, pero que me gustaría tomarlo como muestra de un extremo posible. En la escena de la cafetería aparece Marcel Duchamp. Se dirige al original de Van Gogh, tacha la firma del neerlandés de forma que quede igualmente visible, y arriba pinta en rojo furioso: *Duchamp*. Luego se retira. Es el momento de que los profesores, discípulos y alumnos levanten las cabezas atentas de sus apuntes y libros, suelten las tazas de café sobre la mesa y observen la obra. Lo primero que le sucede a una alumna es que piensa que la obra es, efectivamente, de Van Gogh y que ha sido vandalizada por Duchamp. Sin embargo, reflexiona. Y esa reflexión es un acto de segundo grado que ocurre dentro de la conciencia. Un acto de conciencia sobre un acto de conciencia (Sartre, 2005a). Gracias al saber previo de su memoria o biografía solidificada en su ser de conciencia, la alumna sabe que Duchamp es un artista transgresor o disruptivo. Ese saber que posee lo aplica sobre el nuevo acto de conciencia hacia el ente *Zapatos viejos*. La alumna tiene una revelación. Ve el cuadro y la firma de Duchamp y aplica su saber para idealizar el cuadro o para aprehenderlo en su totalidad, no solo como una serie de un lado o modo por vez en su manifestación. La alumna comienza en el cuadro, ya sin la suspensión trascendental, en una vuelta desde el ser de su conciencia

hacia el ente, a ver lo solidificado en su ser: la biografía, la actitud disruptiva y el método de Duchamp. Cargada de un saber, la obra ya no es la misma que antes. Ahora incluye una idealización del ente *Zapatos viejos* como una totalidad o un acto sintético de una multiplicidad de apariencias en un solo acto de conciencia sobre la obra de arte (Husserl, 1999). Ya no puede ver más allá de lo anterior. Solo puede decir que la obra es de Duchamp y que contiene el ser de la conciencia de Duchamp. Contiene su actitud disruptiva, su pasiva agresividad y su vanguardia. Y como la obra, ahora, contiene el ser de la conciencia de Duchamp, deja de ser plagaria o afectada, al menos en su integridad, y se convierte en una obra novedosa, distinta a la anterior. ¿Se ha vencido la autoría? ¿O acaso la autoría o paternidad nunca existió? ¿Existe la originalidad? Como vengo diciendo, si el ser de la conciencia se solidifica en el ente *Zapatos viejos*, y ese ente incluye la esencia de Van Gogh, pero vencida por la de Duchamp, la obra es una acumulación de esencias y solo la última persistirá como indivisa y sin exposición de precursores o de entes que formaron esa obra de arte.

Hay, entonces, entes. Los entes, en la existencia, por medio del vértigo que gravita en torno de mí se convierten en un ente, una síntesis de la totalidad de las apariencias, una ideación, un saber, que yo puedo evocar, como totalidad, bajo el rótulo “café de Cambridge en el invierno boreal del año 2019”. En cuanto a la segunda existencia, luego de la suspensión trascendental de la primera existencia y absorto en la novela *El limonero real* de Saer (2010), evoca, como un mentar vacío, la memoria, el ser de mi conciencia que incluye los signos, las palabras leídas que mentaban otros entes y que hacen presentes otras existencias. La novela tenía entes. Tenía una comida, el campo, una mesa, vino, personajes, cubiertos, vasos y tanto más. Ante toda esa existencia, esta multiplicidad de entes, realizo una síntesis que en vez de llamarse “asado y vino en el campo durante el verano austral” se llama *El limonero real* (Saer, 2010). Ante esto, si los entes son idealizaciones, o un saber arquetípico, ¿es posible que exista la originalidad? Para responder a esta pregunta será necesario volver al litigio entre María Kodama, viuda y heredera universal en 2019 de los derechos de la obra de Borges sobre el cuento *El Aleph*, y el escritor Pablo Katchadjian y su obra *El Aleph engordado*.

Hay que recordar que Katchadjian reescribió el cuento *El Aleph* de Borges con una escritura experimental, una reescritura del cuento que le agregó más de 4.000 palabras y que por eso se editó como *El Aleph engordado*. Académicos, peritos y otros escritores consideraron que no existió plagio, sino, como dije, un experimento literario que, como aportó como prueba su abogado en el litigio, había sido empleado otras tantas veces en lugares distintos del mundo. Kodama fue vencida y *El Aleph engordado* es del todo original para la ley. Sin embargo, ¿es posible esa originalidad? Acaso sí para el lector lego, pero quizás no para el lector genético o especialista.

Balderston (2021) deja en evidencia a Borges, porque hace un estudio genético de su obra bajo el cual logra reconstruir el método con el que Borges construyó sus cuentos. En algunos casos, dice, se pudo reconstruir la totalidad de las fuentes de las que Borges abrevó para escribir algunas de sus obras. Un ejemplo es el cuento *La secta del Fénix* (Borges, 2009). Al estudiar los manuscritos del cuento, Balderston (2021) notó que cada margen tenía símbolos que, constató, remitían a otras obras. La gran mayoría remitía a la *Enciclopedia Británica*. De esa forma, se pudo probar que Borges realizaba una actividad del todo original que arrojaba al mundo un ente nuevo, original y novedoso. El estudio genético de la obra de Borges reveló las influencias o plagios, las reescrituras casi textuales y con poca intervención, las citas sin fuente que utilizó y ensambló para crear su obra. Ahora bien, la fenomenología permite advertir que esas obras consultadas y volcadas como nueva obra son entes (Heidegger, 2021). Husserl (2017) una vez le había dicho al poeta Von Hofmannsthal que la actitud del fenomenólogo es equivalente a la del poeta, que busca, en la serie de los entes del mundo, materia para su arte. Y Borges (2021), en una conferencia en la Universidad de Indiana, había dicho que cada elemento del mundo (léase, cada ente del mundo), es arcilla para construir su obra. Y si los entes están allí dispersos por el mundo y si las palabras de la *Enciclopedia Británica* evocan, como un mentar vacío, otros entes por intermedio de los signos que se llaman palabras, ¿no significa esto que la materia, los entes con la que se construye una obra que forma ese ser de la conciencia de los artistas está allá, en lo dado en el mundo? Es imposible, desde esta perspectiva, decir que Borges plagió. Del mismo modo, es imposible

decir que Katchadjian plagió a Borges. Toda existencia remite a otra existencia.

¿Hay, acaso, una diferencia entre la idea y la expresión de la idea? ¿Existe una diferencia entre la forma, los signos y las palabras elegidas para construir la obra de arte o la idea, como arquetipo de ente aprehendido y solidificado en la memoria como arquetipo?

Por un lado, está la idea, que es un arquetipo. Un ente como una síntesis de una multiplicidad de apariencias o de manifestaciones de la serie de las apariencias del ente. Es ver todo el espejo por un saber que lleva a la esencia del ente por haber visto, previamente, en tanto la existencia precede a la esencia, otro espejo en su totalidad y, así, poder evocarlo como un mentar vacío mezclado con el acto de conciencia y el ente ante el que existo. Es el pasado que vuelve como ente para completar lo dado en el mundo que no puedo aprehender en su totalidad (Husserl, 1999). De modo que la idea, en tanto arquetipo, no tiene una forma, sino que es una ideación que puede ser igual o similar para la totalidad de las demás conciencias que rodean mi existencia y que permite la comunicación y el evocar, por medio del ente *palabras en una conversación*, aquello que nos permite entendernos con los otros. Cada uno mentará su saber, su esencia, de aquello que define un espejo cuando hable de un espejo, pero la esencia para poder comprender lo que el otro dice es análoga.

Por otro lado, tenemos la expresión de la idea (OMPI, 1886, 1996). En este caso, se detiene uno en la forma, en las pinceladas que se dieron en el lienzo o en las palabras elegidas y combinadas de forma especial para construir la novela, o los golpes que le da el escultor al mármol. Se quiere dar a entender que esto convierte a la obra de arte en una originalidad que la distingue de la idea, que es un ente idealizado. Una esencia.

¿Hay diferencia entre la idea y la expresión de la idea?

La idea es la que se solidificó en la memoria, en el ser de la conciencia del que realiza la existencia. Se entiende que el arquetipo que permite constituir el ser de la conciencia del humano que aprehende lo dado en el mundo, previo a un saber, y dando como resultado una esencia, es una síntesis de la apreciación visual por haber tenido al ente ante él, y que requirió idealizarlo para poder contenerlo. El especialista debió recurrir al ente botas, que es su saber y que es

parte de su ser, que constituye su conciencia. Debió recurrir al saber cuadro, pintura, óleo, trazos y, sin duda, también a la firma. Lo mismo ocurre con una traducción. El traductor recurre a la idea y la expresa con arquetipos. Otro sinólogo, en otro idioma, expresa la idea de otra forma y así también otros traductores. La idea incluye la esencia, y la expresión de la idea es la existencia del ser de mi conciencia como devolución, por una evocación, en el mundo bajo la forma de, acaso, una nueva obra, a la manera de Katchadjian o de Borges. ¿Importa quién pintó el cuadro *Zapatos viejos*? En todo caso, lo que no se puede afirmar es que, previamente, la obra es de Van Gogh, como creador, ya que Duchamp le puso su firma. El que realice un acto de conciencia sobre ese nuevo ente por medio de un saber, que incluya la biografía disruptiva de Duchamp, podrá, con la suspensión trascendental, aprehender *Zapatos viejos* como obra original de Duchamp. Sin embargo, la idea, que es una esencia, que es una existencia, que tiene los atributos de verdad, saber y emotividad, contiene por eso mismo el ser de la conciencia de Duchamp, pero la obra de Duchamp contiene el ser de la conciencia de Van Gogh, y la obra de Van Gogh contiene el ser de la conciencia de Gauguin y de Monet. El último acto de conciencia sobre el ente devela la existencia que se solidifica como constitutiva de la conciencia del humano. La expresión es la idea. La idea es la expresión.

5. La muerte como constitución y la perpetuidad del ser

¿Cuál es el ser del ente? ¿Cuál es el ser de la conciencia y cuándo queda solidificada esa conciencia? La respuesta es la siguiente: el ser de la conciencia se solidifica en la muerte (Sartre, 2005b). Durante la existencia, entendida como correlato entre el acto de conciencia y el ente, cada humano, o conciencia, puede ir aprehendiendo lo dado en el mundo, desde las obras de arte y objetos hasta los sentimientos y los signos. Eso no significa que, con cada aprehensión de lo dado en el mundo, de los entes y las demás conciencias, uno pueda solidificar en su conciencia, en su memoria, la ideación de cada aprehensión, porque eso significaría que los entes y las demás conciencias se agotan con el primer acto de conciencia que los asimila. No puede ocurrir de esa forma.

Durante el transcurso de su existencia, el humano va constituyendo el ser de la conciencia por lo dado en el mundo. Sin embargo, esa constitución, que es una ideación de lo dado en el mundo, no se puede realizar como un acto de conciencia sobre la totalidad de los entes y las demás conciencias al mismo tiempo, sino que se va realizando mientras no se aniquilen los posibles o se venza la contingencia (Sartre, 2005b). El saber, atributo de la existencia, permite esa ideación para poder totalizarlo, pero no agotando el acto de conciencia hacia el ente u otras conciencias en una sola ocasión. Como uno puede tratar con otras conciencias en más de una ocasión y puede aprehender los entes en más de una ocasión también, la ideación que constituye aquello dado en el mundo se va perfeccionando con el correr del tiempo, y la acumulación de actos de conciencia hacia el mismo ente o conciencias procede de igual modo. La existencia puede agotar, diluir, ampliar, mejorar, empeorar, y tanto más, el ente o conciencia que se constituye y solidifica en el ser de la conciencia.

En Cambridge me encuentro sentado a la mesa junto a mi novia tomando café y comiendo magdalenas. Tengo un libro que ya no es *El limonero real* de Saer, sino que leo el cuento “La secta del Fénix” del libro *Ficciones* de Jorge Luis Borges (2009). En la pared cuelga el óleo original de Van Gogh titulado *Zapatos viejos* que ahora no está en el Museo Van Gogh de Ámsterdam. En esta escena no vino Duchamp a tachar la firma de Van Gogh y a pintar la suya.

Sorbo un poco de café y leo el cuento de Borges (2009) que empieza así:

... Quienes escriben que la secta del Fénix tuvo su origen en Heliópolis, y la derivan de la restauración religiosa que sucedió a la muerte del reformador Amenophis IV, alegan textos de Heródoto, de Tácito y de los monumentos egipcios, pero ignoran, o quieren ignorar, que la denominación por el Fénix no es anterior a Hrabano Mauro y que las fuentes más antiguas (las Saturnales o Flavio Josefo, digamos) sólo hablan de la Gente de la Costumbre o de la “Gente del Secreto”... (p. 912)

Sobre el párrafo leído, realizo un acto de conciencia mientras voy leyendo, sobre los signos como palabras que me van apareciendo y

que se refieren a entes del mundo y que solidifico como una ideación del ente “La secta del Fénix” en el ser de mi conciencia, que la constituye. Aprehende lo dado en el mundo bajo la forma de *cuento de Borges*, “*La secta del Fénix*” que incluye el párrafo citado y que me permite lograr una ideación del cuento, pero también una ideación de la esencia de Borges, la que sumo en el ser de mi conciencia como estilo, cadencia, registro narrativo, intereses, temática preferida, estética, entre tantos otros entes. En el ser de mi conciencia se va idealizando el cuento “La secta del Fénix” y el perfil de Jorge Luis Borges como escritor, como personalidad, como conciencia que *ha sido* en el mundo. Borges me muestra que su conciencia solidificada es ese estrato que es el cuento “La secta del Fénix” y que obtuvo por la aprehensión de lo dado en el mundo mediante el vértigo que produce la existencia, como correlato entre el acto de conciencia y el ente. Por su parte, Balderston (2021) escribió que la integridad del cuento mencionado tiene su base en la onceava edición de la *Encyclopaedia Britannica*. De esa existencia, Borges obtuvo la materia para su cuento. Pero ¿puede un autor siendo en el mundo solidificar su ser de conciencia, su esencia o alma, antes de dejar de ser por yacer en la tumba?

Mientras se encontraba siendo, Borges podía cambiar de opinión, corregir y transmutar sus textos e, incluso, podía perfeccionarlos. En el arte visual —y más específicamente en el arte pictórico o en la escultura— hay una solidificación más estable del ser de la conciencia, que concluye en esencia, del artista. La existencia creada con base en su existencia siendo en el mundo arroja una esencia como obra de arte que, si bien es un ente, contiene todas aquellas influencias, entes y conciencias que el artista aprehendió en la existencia y que volcó en el lienzo o en el mármol. *Zapatos viejos* de Van Gogh es un óleo que solidificó el ser de la conciencia de Van Gogh, esencia o alma, en la pintura, con los trazos, los vectores, la elección de los colores, las pinceladas, el motivo elegido, la perspectiva, la luz y tanto más, que son técnicas que, como efebo ante sus maestros —que bien pueden haber sido Monet o Gauguin—, le permitieron dejar en el ente obra de arte *Zapatos viejos* parte de su esencia o acaso su esencia total como vivencia. No se puede decir que Van Gogh es *Zapatos viejos* y que allí se encuentre el ser de su conciencia, pero en la acumulación

posterior de obras, en la obra completa compilada por algún museo o exposición, por una biografía detallada, por su correspondencia o por sus bocetos recientemente descubiertos, y ya habiendo sido, muerto por una herida de bala en su abdomen, sí puede realizarse una ideación de Van Gogh. El ser de la conciencia de Van Gogh solidificada como existencia en la muerte. Es por eso que esa solidificación, como pasado que aniquiló sus posibles, su contingencia, sus posibilidades de ampliar o enmendar el ser de su conciencia, se aniquiló con la muerte (Sartre, 2005b).

La muerte es la constitución incuestionable del ser de la conciencia del humano que ha dejado de ser en el mundo. Su esencia se solidificó en su haber sido. La existencia, como correlato entre el acto de conciencia y el ente o las otras conciencias, ha dejado de ser posible. Solo hay pasado (Sartre, 2005b). Los atributos de la existencia: verdad, emotividad y saber han finalizado con la muerte del humano que ahora es un ente. La existencia propia, como propiedad, es la que nos permite comprender por intermedio de la angustia la existencia como arrojada al mundo para alcanzar la muerte que solo la comprensión de que uno va a morir nos deja ante un pensamiento propio, direccionado hacia la muerte (Heidegger, 2022).

Lo que se realiza con la suspensión trascendental es un acto de conciencia hacia el ente *La secta del Fénix* sin considerar aquellos otros entes o conciencias que constituyeron el relato. Esta suspensión trascendental nos deja solo ante la obra idealizada como síntesis de una multiplicidad de apariencias o fenómenos que se manifiestan de un símbolo o palabra por vez (Husserl, 1999). Cerrado el libro *Ficciones*, en la cafetería y luego de leer el cuento “La secta del Fénix”, puedo tener una idea, una ideación, de lo que trata el cuento aludido. Ese es el ser de la conciencia de Jorge Luis Borges. Es su esencia. Es su alma (Heidegger, 2007). Se constituyó cuando Borges dejó de ser en el mundo. Desde que yace en la tumba del Cementerio de los Reyes de Ginebra, se aniquilaron sus posibles y se venció la contingencia. Dejó arrojada en el mundo una obra que incluye cuentos, ensayos, poemas, prólogos, estudios, compilaciones, obras en colaboración y tanto más. Todo eso lo constituye (Husserl, 1993). Es el ser de la conciencia de Borges en sus libros.

La obra áurica permite volver constantemente al ser de la con-

ciencia del muerto, a su esencia que también puede ser llamada *alma* (Heidegger, 2007). Ya no hay existencia como correlato ente el acto de conciencia y el ente o las otras conciencias. Ya no hay un acto hacia un objeto (Husserl, 1999) o una conciencia hacia el ente (Heidegger, 2022). Tampoco una conciencia imaginante hacia lo en-sí (Sartre, 2005b). La terminología que se planteó más arriba, en tanto acto de conciencia hacia el ente u otras conciencias, la existencia, ha dejado de ser posible desde que Borges murió en Ginebra. ¿Qué lo sobrevive? Por un tiempo breve, la memoria que otras conciencias tienen de él. Por un tiempo más prolongado, las obras que arrojó al mundo y que otras conciencias pueden aprehender como lo dado en el mundo.

En el libro *Otras inquisiciones* de Jorge Luis Borges, se encuentra el ensayo titulado “Kafka y sus precursores”. Borges (2010) dice en el ensayo que: “... cada escritor crea a sus precursores...” (p. 81). Balderston (2011), en un artículo publicado en la revista *Itinerarios* de la Universidad de Varsovia, realizó un estudio genético del ensayo de Borges sobre Kafka y lo tituló “Borges y sus precursores”. La ironía es adecuada. En el artículo, advierte que en los márgenes del manuscrito hay, como más arriba expuso sobre el manuscrito de “La secta del Fénix”, símbolos y referencias a otros textos de otros autores.

¿Qué queda para el lector no genético o especialista de la obra de Borges, o para el lector lego o distraído, para el lector estético? Solo queda el ser de Borges en su ensayo “Kafka y sus precursores”. Muerto Borges, solo queda su esencia. Solo queda el ser de su conciencia que se constituyó y que está expuesto como una acumulación de entes en ese ensayo junto a tantos otros de su libro *Otras inquisiciones*. Sin embargo, el estudio genético titulado “Borges y sus precursores” permite obtener los entes que constituyeron el ser de la conciencia de Borges que se terminó por solidificar como ente, su esencia, por su muerte en 1986 en Ginebra, cuando se aniquilaron los posibles y se venció la contingencia (Sartre, 2005b). Se solidificó su ser de la conciencia, como ente, porque ya no puede realizar supresiones, modificaciones, mejoras o empeoramientos de su ensayo. En tanto Borges ha dejado de estar siendo en el mundo, ha comenzado a ser, como ente constituido por todo lo aprehendido en el mundo e idealizado en su obra como esencia de su ser de conciencia, aquellos

libros que dejó escritos y que perduran. Muerto en Ginebra, se solidificó su ser de conciencia como un ente al que le pertenecen, como una ideación, las obras que creó. *Ficciones* está sobre la mesa en la cafetería de Cambridge; solo con su título, logra el que lo leyó idealizar la esencia de Borges. Solo el enunciado “*Ficciones*, libro de Jorge Luis Borges” es suficiente para remitir a la conciencia de Borges. El cuadro “*Zapatos viejos*, óleo de Vincent Van Gogh” evocado como mentar vacío por alguien que lo vio colgado en el Museo Van Gogh de Ámsterdam es suficiente para hacer presente la conciencia de Van Gogh como la suma de entes que constituyeron esa conciencia y que son las influencias de Monet y Gauguin y que, luego de la muerte, son la esencia de Van Gogh solidificado como ente.

Pero ¿qué pasa con el plagio en tanto copia directa como cuando se simuló a Duchamp tachando el nombre de Van Gogh y dejando el suyo? Plagio podría ser definido como una copia realizada a sabiendas y con ánimo de ocultarlo al espectador o lector (Posner, 2013). La respuesta a la pregunta es la siguiente: tanto el plagio como la influencia, en sus variantes —como se vio en el prolegómeno—, son formas, sin que importe si está tipificado como delito o no lo está, para crear una obra nueva. Este enunciado tiene un enfoque crítico. En la conclusión se verá la consecuencia de eliminar o potenciar la diferencia entre *idea* y *expresión de la idea*, que es lo que genera la dotación de sentido al concepto de originalidad que no se encuentra articulado por la OMPI (1886, 1996), y que es el requisito para no ser acusado de plagio y, claro, para acusar de plagiarlo al efebo. Así se puede ver cómo se constituye el ser de la conciencia, la esencia, de Van Gogh o de Borges, quienes, luego de morir, solidifican su conciencia como ente, que puede ser aprehendido por influencia o plagio. Pero ¿cómo la conciencia puede ser perpetuada en las obras? Con la muestra de la tarde en Cambridge, procederé a realizar un ejemplo de la suspensión trascendental.

El hielo ha colmado los rincones y la tormenta ametralló el ventanal, quebrándolo en varias partes y permitiendo que la nieve ingrese, junto con el frío polar y el viento gélido que fuerzan a alumnos, discípulos y profesores a gritar para hacerse oír. La cafetería ya no es esplendorosa y los colores se han degradado hacia el gris, el opaco y el sepia. Tanto el cuadro *Zapatos viejos* de Vincent Van Gogh como el

libro *Ficciones* de Jorge Luis Borges son ahora borrosos o fantasmales. Los profesores parecen no tener rostro. Alumnos y discípulos son o parecen todos iguales. Los empleados de la cafetería están como aletargados y dormitan o duermen detrás del mostrador, donde parece que ahora hay un páramo. Cuando mi novia me habla, parece que lo hace desde otro lugar, muy lejano, y su voz parece un sonido rebotando como eco en las paredes heladas de la cafetería. Compruebo que sigo despierto y que es mi existencia siendo en el mundo (Heidegger, 2022), por el correlato entre mi acto de conciencia hacia el ente y las otras conciencias. Mi novia me habla, pero yo la escucho como si gritara desde lo profundo de una caverna hacia un exterior donde azota la tormenta de nieve. Algunas palabras que tienen que ver con ideación fallida, arquetipo incompleto o intuición categorial imprecisa salen de su boca. Un profesor que no tiene cara se acerca y deja *Ser y tiempo*. Otro deja *Investigaciones lógicas*. El tercero me arroja *El ser y la Nada* desde la mesa que ocupa. Alguien que no distingo en la tormenta agita un libro en sus manos. Otra persona, acaso un alumno o un discípulo, toma *Ficciones* y lo arroja a una fogata que ha iniciado en un tacho de metal. El óleo *Zapatos viejos* ya estaba ardiendo cuando miré. Cuando vuelvo a mirar a mi alrededor, estoy solo. Mi novia, los alumnos, los discípulos, los profesores y los empleados de la cafetería de la ciudad universitaria de Cambridge han desaparecido. Rodeado de un blancor intolerable, estoy solo, sentado en la silla y con los brazos sobre la mesa que ocupé desde que entré a la cafetería. Estoy solo frente a un cuaderno y una lapicera que contiene este artículo que estoy escribiendo. En los márgenes puedo ver las anotaciones, símbolos y referencias que anoté sobre las obras de Husserl, Heidegger y Sartre. En algunos rincones leo mis anotaciones que refieren a las obras de Borges, Van Gogh y Saer.

¿Qué fue lo que pasó mientras me encontraba escribiendo sobre la influencia y el plagio? ¿Qué cambió en mi existencia siendo en el mundo? Lo más probable es que me encuentre atravesando una suspensión trascendental (Husserl, 1999), en la que solo detengo mi existencia, en tanto correlato entre el acto de conciencia hacia el ente, siendo aquí el ente mi artículo “Una oposición a la diferencia entre *idea* y *expresión de la idea*”. Encuentro en las palabras del cuaderno las tomas en préstamo directo, las tomas en préstamo

indirecto (Maurel-Indart, 2014), las influencias (Bloom, 2009), los filósofos mencionados más arriba y las obras inmortales de Borges y Van Gogh. Pero solo yo veo eso, en tanto fui el que escribió o está escribiendo el artículo. Los lectores no especialistas, los legos, no verán las influencias o, más subterráneos aún, los plagios que surgen en el artículo (OMPI, 1886, 1996). Solo leerán el artículo como una síntesis de una multiplicidad de apariencias que se manifiestan y realizarán una suspensión trascendental que les permitirá aprehender mi existencia, el ser de mi conciencia, mi esencia o alma, como una ideación, creyendo que lo escrito es sin lugar a dudas original y novedoso. En cambio, en ese páramo de hielo, tormenta de nieve y viento gélido, sentado a la mesa con mi artículo no me ocurrirá de la misma forma. El lector especialista o el autor, el creador, puede tener acceso a los entes y las conciencias que le permitieron crear su obra, en mi caso, “Una oposición a la diferencia entre *idea* y *expresión de la idea*”. Allí podré ver, más allá de que se encuentren citados, a Husserl, a Heidegger y a Sartre como entes que yacen en la tumba y que se solidificaron en sus obras cuando murieron.

Ahora estoy sentado y rodeado por una nada aséptica y blanca donde el clima se encuentra ausente tanto como el sonido. Sin embargo, tengo la lapicera y el cuaderno. Estoy siendo en ese lugar extraño. Secretamente sé, aunque los lectores legos, distraídos o no especialistas lo ignoran, que me encuentro como en “Borges y sus precursores” y como en “Kafka y sus precursores”, perpetuando el ser de la conciencia de Husserl, Heidegger y Sartre por influencia o, como dije antes, más subterráneo aún, por plagio. En este artículo están la esencia de los tres filósofos. Sus libros, como entes que se constituyeron por el ser de la conciencia que eran otros entes u otras conciencias, me permiten escribir “Una oposición a la diferencia entre *idea* y *expresión de la idea*”.

De pronto, todo vuelve a la normalidad. Estoy junto a mi novia en la cafetería de Cambridge. Sin embargo, en la pared de la cafetería ya no cuelga el cuadro impresionista *Zapatos viejos* de Vincent Van Gogh, en mi mesa donde tengo el café no está el libro de cuentos metafísicos *Ficciones* de Jorge Luis Borges y tampoco la novela descriptiva *El limonero real* de Juan José Saer. La existencia de intelectualidad, como ente, como una unidad sintética de una mul-

tiplicidad de apariencias se devela en una ideación sobre el horizonte que me circunda y que incluye los atributos de la existencia: saber, verdad y emotividad. Si antes podía decir en referencia a las obras de Martin Heidegger y de Jean-Paul Sartre *Yo no soy*, solidificado el ser de mi conciencia como esencia en el ente “Una oposición a la diferencia entre *idea* y *expresión de la idea*” que otros aprehenderán como lo dado en el mundo donde existen, realizando una síntesis de una multiplicidad de apariencias que se manifiestan, o como ideación de una totalidad de fenómenos o acaso como la intuición categorial del ente que no se puede percibir de una sola vez sino recurriendo a un saber, entonces es posible que pueda decir: *Yo soy el que soy siendo en el mundo* (Heidegger, 2021). Queriendo decir que se aniquilaron mis posibles y se ha vencido la contingencia. Una forma elegante de decir que estoy muerto (Sartre, 2005b). Me sobrevivirá mi artículo, que perpetuará mi conciencia.

En la cafetería de Cambridge, el mismo maestro que antes expuso ante los alumnos y discípulos podrá dar una clase magistral acompañando las expresiones que remarcarán la esencia de las ideas de Sartre, que son las ideas de Heidegger, que son las ideas de Husserl, que son las ideas de Brentano, que son las ideas de Hegel, que son las ideas de Aristóteles y Platón, y de Parménides y Heráclito, y que se pierden en la memoria más remota de la humanidad, decayendo en símbolos, augurios y mística. Una existencia dentro de una existencia dentro de una existencia dentro de una existencia, etcétera. ¿Se desanda el camino de las esencias como entes en las obras de los filósofos citados hasta llegar a mi artículo? Así como pueden avanzar las existencias, del mismo modo puede desandarse el camino. Perpetuado al morir, dejando el ser de mi conciencia, o quizás se pueda decir dejando mi esencia o mi alma, en mi artículo “Una oposición a la diferencia entre *idea* y *expresión de la idea*” otros autores que me sobrevivan podrán perpetuarme en las obras áuricas que realicen en el futuro.

Solo la muerte perpetúa la existencia. Solo los efebos siguiendo los pasos de sus precursores, como maestros, pueden perpetuar el alma de los artistas, acaso de los investigadores. El alma está en los libros, en las esculturas, en los lienzos y en tantas otras obras áuricas como existencias siendo en el mundo. La perpetuidad del alma de

los precursores seguirá existiendo en tanto afluente para la construcción de la obra del efebo. Todo lo dado en el mundo será ente para el acto de conciencia siendo existencia en el mundo, para constituir el pasado en el ser de la conciencia que lo aprehende (Husserl, 1999). Servirá a los fines de construir mundos artísticos, pero solo la transmigración del precursor, como conciencia o existencia que se hizo ente en la obra de arte arrojada al mundo y recuperada por el efebo, ya sea por los profesores dispensando la fama o por hallazgos individuales en tanto a existencia siendo en el mundo, logrará proponer, como constitutivo en su ser de conciencia, luego de la muerte del precursor, la esencia o el alma que perpetuará cuando funda lo dado en el mundo en una obra de arte áurica que podrá, a su vez, ser precursora para otro artista que la perpetúe. Una existencia dentro de una existencia dentro de una existencia dentro de una existencia, etcétera. La única salvación es por las obras. Sin embargo, la eternidad no está asegurada.

6. Conclusión

Se presentó, con base en los estudios fenomenológicos de los principios desarrollados por Edmund Husserl (1999) en sus *Investigaciones lógicas* y en los ensayos filosóficos, ontológicos y existencialistas —principalmente *Ser y tiempo* de Martin Heidegger (2022a) y *El ser y la Nada* de Jean-Paul Sartre (2005b)—, la perpetuidad del ser de la conciencia a través de la obra de arte. Se expuso el trabajo de Balderston (2011) titulado “Borges y sus precursores” y el ensayo de Borges (2010) titulado “Kafka y sus precursores”. La obra *Zapatos viejos* de Van Gogh fue muy útil a los efectos de entender cómo se realiza la suspensión trascendental que es la que permite —ajeno a los psicologismos, naturismos o dogmas— aprehender el ente obra de arte. Para aprehender lo dado en el mundo, hay que realizar una existencia que se devela por el vértigo y que es el resultado de la simbiosis entre el acto de conciencia y el ente o las demás conciencias. Ello nos permitió capturar los atributos de la existencia: el saber, la verdad y la emotividad.

Todo ello nos dejó ante una ideación o ante una síntesis sobre una multiplicidad de apariencias que se manifiestan como fenómenos de

un lado por vez (Husserl, 1999)¹⁰. Aquella ideación que constituye el ser de la conciencia del humano siendo en el mundo, al morir, que es cuando se aniquilan los posibles y se vence la contingencia (Sartre, 2005b), en tanto el humano ya no puede realizar modificaciones, empeoramientos o mejoras a la idea de lo aprehendido, forma la esencia del humano, que termina llevando hacia el término que acaso lo defina mejor: *alma* (Heidegger, 2007). Una vez que se tiene la esencia o el alma del muerto en una obra de arte áurica que dejó como existencia en el mundo, podrá ser aprehendida con el mismo sistema por un efebo, que lo convertirá en precursor y que perpetuará su alma en una nueva obra de arte. La continuidad del alma del precursor sobre el efebo que luego será precursor del efebo se puede perpetuar como una existencia dentro de una existencia dentro de una existencia dentro de una existencia hasta un tiempo que será imprevisible, pero determinado, en la historia de la humanidad. La perpetuidad, por la acción del ser humano por desprecio o por olvido, o por la acción del tiempo aniquilando las obras de arte que contienen el alma acumulada de tantos precursores, llegará a su fin. Por eso es perpetuo. Porque dura mucho tiempo, pero nunca para siempre. El alma, esencia unificada entre la idea y la expresión de la idea (OMPI, 1886, 1996) será perpetuada en las obras de arte por un tiempo finito, pero inconmensurable. Se realiza, así, una oposición a la diferencia entre *idea* y *expresión de la idea*, que pasan a formar un solo ente: alma.

Queda en manos de los legisladores y tratadistas de la Unión de Berna (OMPI, 1886) la tarea ardua de ver qué hacer con la crítica que se presenta en este artículo.¹¹ Puede haber dos opciones: potenciar la protección y, además de defender la expresión de la idea, defender la *idea*, o se puede aniquilar el enunciado prescriptivo que

10 Para mayores precisiones consultar Lukasiewicz (2022b).

11 El Dr. Pettoruti (2004), en su tesis doctoral titulada *La Validez del Derecho*, plantea, en referencia a la aparente universalidad de valores o principios, como los del Convenio de Berna, lo siguiente: “la validez presupone siempre un proceso de fundamentación que, como tal, presenta notas de cambio y dinamismo. Ello es porque precisamente porque la base de todo conocimiento no son entes universales y abstractos, sino hechos reales, naturales y humanos. En el acontecer fenoménico de los hechos socioculturales ocurren mo-

diferencia entre *expresión de la idea* e *idea*. En el primer caso, la vida se tornaría un caos, ya que, protegida también la idea, sería imposible conversar, hablar o monologar, porque todo estaría sujeto a la defensa de los derechos de autor. Por otro lado, si se aniquila el enunciado prescriptivo que diferencia entre *idea* y *expresión de la idea*, lo que se consigue es que se derrumbe el sistema normativo en el que se encuentran las bases de la defensa de los derechos de autor. Queda, como dije, en manos de los legisladores¹² emprender la tarea “positivadora” que surge del estudio de este artículo, que posee un enfoque crítico.

Bibliografía

- Balderston, D. (2011). Borges y sus precursores. *Itinerarios. Revista de estudios lingüísticos, literarios, históricos y antropológicos*, (14), 113-120.
- Balderston, D. (2021). *El método Borges* (Trad. E. Montequín). Comercial.
- Benjamin, W. (2003). *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica* (Trad. A. Welkert). Ítaca.

mentos de desajustes entre el contenido lógico de los juicios que lo integran y las nuevas situaciones fácticas que se suceden. (...) ...todo proceso de creación y aplicación o de fundamentación y derivación de un sistema (...) no se completa sino cuando se da la condición de los fines por los cuales la norma se ha generado (...) En otras palabras, puede sostenerse que la dimensión instrumental de la validez opera por sí misma en el momento de nacimiento de la norma, pero, en definitiva, la vida de esta habrá de depender además de la dimensión teleológica. (...) Supone una permanente correlación entre lo teleológico y lo instrumental. (...) El sentido teleológico actúa, en cambio, en el plano histórico, por cuanto la conformación de los contenidos y sentidos valorativos se va generando temporalmente a través de los distintos significados que se le atribuyen a los contenidos sociales. (...) Lo cierto es que, la validez como un ideal estático y permanente de un ordenamiento jurídico es un planteo utópico, inalcanzable, tan imposible como pretender la estática de los fenómenos sociales” (pp. 70-74). En este artículo ese dinamismo se planteará como un aparente universalismo por la solidificación de principios que, secretamente, ocultan el lejano relativismo que trasciende las generaciones y la perpetuidad, y que puede ser modificados.

12 Este tema está tratado en Lukasiewicz (2025).

- Bloom, H. (2009). *La ansiedad de la influencia* (Trad. J. Alcoriza y A. Lastra). Trota.
- Borges, J. L. (2009). *Obras completas* (Vol. I, ed. crítica, anot. R. Costa Picazo e I. Zangara). Emecé.
- Borges, J. L. (2010). *Obras completas*. (Vol. II, Ed. crítica, anot. R. Costa Picazo). Emecé.
- Borges, J. L. (2021). *Conversaciones en universidades de los Estados Unidos* (Ed. y fot. W. Barnstone, trad. y anot. M. Hadis). Sudamericana.
- Heidegger, M. (2007). *De la esencia de la verdad* (Trad. A. Ciria). BHerder.
- Heidegger, M. (2015). *Lógica. La pregunta por la verdad* (Trad. J. A. Ciria). Alianza.
- Heidegger, M. (2016). *Introducción a la metafísica* (Trad. C. Inchauspe de Sanz). Agebe.
- Heidegger, M. (2019). *Ontología, Hermenéutica de la facticidad* (Trad. J. Aspiunza). Alianza.
- Heidegger, M. (2021). *Caminos de bosque* (Trad. J. E. Rivera). Teotihuacán.
- Heidegger, M. (2022a). *Ser y tiempo* (Trad. J. E. Rivera). Moais.
- Heidegger, M. (2022b). *La fenomenología del espíritu de Hegel* (Trad. M. E. Vázquez y Klaus Wrehde). Alianza.
- Hooper, H. (1910-1911). *Enciclopedia Británica: Diccionario de artes, ciencias, literatura e información general* (11ª ed., 29 vols). Enciclopedia Británica, Inc.
- Husserl, E. (1986). *Meditaciones cartesianas* (Trad. J. Gaos y M. García-Baro). Fondo de Cultura Económica.
- Husserl, E. (1993). *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica* (Trad. J. Gaos). Fondo de Cultura Económica.
- Husserl, E. (1999). *Investigaciones lógicas I y II* (Trad. J. Gaos). Alianza/Fondo de Cultura Económica.
- Husserl, E. (2017). Carta de Edmund Husserl a von Hofmannsthal, 01.12.190'. *Areté*, 29(2), 427-430.
- Katchadjian, P. (2009). *El Aleph engordado*. <https://pdfcoffee.com/el-aleph-engordado-5-pdf-free.html>
- Lukasiewicz, J. S. (2021). La prueba pericial y el proceso creativo: El método husserliano. *Revista de la Escuela Judicial*, 1(1). <https://doi.org/10.59353/rej.v1i1.11>
- Lukasiewicz, J. S. (2022a). La influencia y el plagio. *Aequitas Virtual*, 14(33). <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/6285>
- Lukasiewicz, J. S. (2022b). De la salvación por las obras: Estudio de ontología y fenomenología sobre la perpetuidad del Ser de la conciencia en la obra literaria creada bajo influencia o plagio. *Revista de la Escuela Judicial*, 3(3). <https://doi.org/10.59353/rej.v3i3.62>
- Lukasiewicz, J. S. (2022c). La originalidad requerida por la doctrina en las obras literarias examinada frente a la filosofía ontológica y fenomenológica sartreana. (2022). *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, 17, 113-135. <https://doi.org/10.26422/RIPI.2022.1700.luk>

- Lukasiewicz, J. S. (2025). Conciencia, otras conciencias y el problema del solipsismo frente al vértigo producido por la libertad. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, 55, e233. <https://doi.org/10.24215/25916386e233>
- Maurel-Indart, H. (2014). *Sobre el plagio* (Trad. L. Fóllica). Fondo de Cultura Económica.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1886). *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Artísticas o Literarias*.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1978). *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1996). *Tratado sobre Derechos de Autor*.
- Organización Mundial del Comercio. (1994). *Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*.
- Platón. (2010). *Platón* (Trad. RBA Coleccionables S.A.). Gredos.
- Pettoruti, C. E. (2004). *La Validez del Derecho*. La Ley.
- Pettoruti, C. E. (2009). Peripecias del razonamiento jurídico. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, (39), 705-716.
- Pettoruti, C. E. y Olechowski, T. (2014). Teoría Ecológica del Derecho versus Teoría Pura del Derecho. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 1(44), 293-306.
- Pettoruti, C. E. y Olechowski, T. (2015). Ser humano y norma. *Derecho y Ciencias Sociales*, (13), 223-233.
- Posner, R. (2013). *El pequeño libro del plagio* (Trad. M. Cuesta). Casa Aleatoria.
- Raffo, J. (2011). *Derecho autoral: Hacia un nuevo paradigma*. Marcial Pons.
- Ricoeur, P. (1995). *Lo justo* (Trad. C. Gardini). Editorial Jurídica de Chile.
- Ricoeur, P. (2013). *Ser, esencia y sustancia en Platón y Aristóteles. Curso dictado en la Universidad de Estrasburgo en 1953-1954* (Trad. J. I. Schlegel). Siglo XXI.
- Roggero, J. L. (2011). Entre la justicia y el derecho. Una lectura crítico-deconstructiva de *¿Qué es la justicia?* de Hans Kelsen. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, V(número especial), 453-461.
- Roggero, J. L. (2019a). La invención de Borges. Un desafío para las prácticas de lectura e interpretación en el campo del Derecho. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (41), 117-135.
- Roggero, J. L. (2019b). Lineamientos para una renovación de la fenomenología del Derecho. *Ab. Revista de Abogacía*, (6), 141-145.
- Roggero, J. L. (2024). Derecho y justicia en la fenomenología de J. L. Marion. *Areté. Revista de Filosofía*, 36(1), 160-178.
- Roggero, J. L. (2025). *Hermenéutica del amor: la fenomenología de la donación de Jean-Luc Marion en diálogo con la fenomenología del joven Heidegger*. SB Editorial.
- Saer, J. J. (2010). *El limonero real*. Seix Barral.
- Saer, J. J. (2023). *Glosa*. Seix Barral.

- Sartre, J. P. (1947). *El existencialismo es un humanismo* (Trad. Victoria Patri de Fernández). Sur.
- Sartre, J. P. (2005a). *Lo imaginario: Psicología fenomenológica de la imaginación* (Trad. M. Lamana). Losada.
- Sartre, J. P. (2005b). *El ser y la Nada: Ensayo ontológico y fenomenológico* (Trad. J. Valmar). Losada.

Jurisprudencia citada

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 05 (2017). *Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento*. Identificación SAIJ: FA17060007. Magistrados: Pinto - Pociello Argerich. Everente.

* * * *

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.luk>

Propuestas y estrategias para la protección y promoción del desarrollo de drogas huérfanas

* * * *

Angela Santorsa Gutierrez

Universidad Austral (Argentina)

asantorsa.0220@gmail.com

Resumen

El objeto de este trabajo es brindar propuestas y estrategias para incentivar el desarrollo de este tipo de medicamentos. Las propuestas consisten en la integración entre la exclusividad regulatoria y la protección por patentes, dado que los diversos beneficios que ofrecen las autoridades regulatorias no están presentes en las ventajas otorgadas por las patentes y su articulación podría ofrecer una mejor salvaguarda, mientras que las estrategias se basan en la gestión planificada de portafolio de patentes para evitar crear estado del arte previo, mediante la protección de aspectos de los fármacos que no son comúnmente objeto de patente. Este último, adaptado a las restricciones de cada jurisdicción, podría fortalecer la protección y viabilidad comercial de las drogas huérfanas. Las propuestas y estrategias presentadas requieren una evaluación caso por caso, considerando tanto los intereses del desarrollador como el marco normativo del país en el que se pretende introducir el producto.

Palabras clave: drogas huérfanas, investigación y desarrollo, propiedad intelectual, patentes, exclusividad regulatoria, propiedad industrial, propuestas, estrategias.

Proposals and Strategies for the Protection and Promotion of Orphan Drug Development

Abstract

The objective of this work is to provide proposals and strategies to encourage the development of this type of medication. The proposals involve integrating regulatory exclusivity and patent protection, as the various benefits offered by regulatory authorities are not present in the benefits granted by patents, and their articulation

could provide better safeguarding. Meanwhile, the strategies are based on strategic management of patent portfolios to avoid creating prior art by protecting aspects of drugs that are not commonly patented. This latter approach, adapted to the restrictions of each jurisdiction, could strengthen the protection and commercial viability of orphan drugs. The proposals and strategies presented require a case-by-case evaluation, considering both the interests of the developer and the country's regulatory framework in which the product is intended to be introduced.

Key words: orphan drugs, research and development, intellectual property, patents, regulatory exclusivity, industrial property, proposals, strategies.

Propostas e estratégias para a proteção e promoção do desenvolvimento de medicamentos órfãos

Resumo

O objetivo deste trabalho é apresentar propostas e estratégias para incentivar o desenvolvimento desse tipo de medicamentos. As propostas consistem na integração entre a exclusividade regulatória e a proteção por patentes, uma vez que os diversos benefícios oferecidos pelas autoridades regulatórias não estão presentes nos benefícios concedidos pelas patentes, e sua articulação poderia oferecer uma melhor salvaguarda. Enquanto isso, as estratégias se baseiam na gestão estratégica do portfólio de patentes para evitar a criação de estado da arte anterior, por meio da proteção de aspectos dos fármacos que não são comumente objeto de patente. Este último, adaptado às restrições de cada jurisdição, poderia fortalecer a proteção e a viabilidade comercial das drogas órfãs. As propostas e estratégias apresentadas requerem uma avaliação caso a caso, considerando tanto os interesses do desenvolvedor quanto o marco regulatório do país em que se pretende introduzir o produto.

Palavras-chave: drogas órfãs, pesquisa e desenvolvimento, propriedade intelectual, patentes, exclusividade regulatória, propriedade industrial, propostas, estratégias.

1. Introducción

Con la finalidad de ofrecer un panorama amplio y claro de la problemática y el análisis realizado sobre esta vinculada a la protección y promoción del desarrollo de drogas huérfanas, esta tesis ofrece, en primer lugar, una descripción del marco teórico para comprender los desafíos particulares que enfrentan estos medicamentos, para luego analizar las principales estrategias disponibles para su protección, así

como instrumentos de innovación de propiedad intelectual. Finalmente, se formulan propuestas concretas y se analizan estrategias factibles orientadas a mejorar su protección y fomentar un entorno más favorable para su desarrollo.

El apartado 3 ofrece un acercamiento a la definición de “drogas huérfanas”, entendidas como medicamentos destinados al tratamiento de enfermedades raras. Estos fármacos se caracterizan por presentar particularidades en comparación con los medicamentos comunes. A continuación, se describe el proceso de designación de droga huérfana en Estados Unidos (EE. UU.) y Europa, otorgado por las autoridades regulatorias correspondientes, el cual les permite a los desarrolladores acceder a diversos incentivos gubernamentales. Asimismo, se exponen los criterios y requisitos necesarios para obtener esta designación en Estados Unidos, la Unión Europea y el Perú. Por otro lado, se analizan ciertos marcos normativos para la protección por patentes de drogas huérfanas.

Se abordan también los diversos desafíos técnicos y económicos que enfrenta la investigación y desarrollo de estos medicamentos. Pese a los incentivos gubernamentales en materia regulatoria, el marco de protección conferido por la propiedad intelectual resulta, en muchos casos, insuficiente, lo que contribuye al desincentivo para su desarrollo y producción. Además, se incluye una breve reseña del contexto social y económico relacionado con las enfermedades raras, con el objetivo de comprender mejor la problemática desde una perspectiva más amplia.

En el apartado 4 se analizan las diferentes estrategias actuales de protección de las drogas huérfanas. A nivel individual, se examinan las reivindicaciones estratégicas en las solicitudes de patente y los diversos aspectos patentables de los productos farmacéuticos. A nivel colectivo, se examinan estrategias contractuales y colaborativas, como los acuerdos de licencia y los acuerdos de transferencia de tecnología.

El apartado 5 se centra en herramientas innovadoras para la gestión de la propiedad intelectual, como la aplicación de la inteligencia artificial (IA) en la administración de las patentes. Por otro lado, se analiza la colaboración público-privada mediante asociaciones que usan conjuntamente recursos y capacidades de los sectores público y privado para facilitar el acceso a estos medicamentos.

Con este enfoque, y en consideración de los factores señalados, en el cuarto apartado se señalan propuestas que articulan los beneficios otorgados por las autoridades regulatorias con el sistema de patentes, con el objetivo de mejorar la protección de estos medicamentos e incentivar su investigación y desarrollo, así como el análisis y compilación de estrategias factibles para la gestión del portafolio de patentes de las compañías farmacéuticas.

Finalmente, en el apartado 6 se presentan casos hipotéticos que permiten ejemplificar la aplicación práctica de las propuestas y estrategias.

2. Caso o problema

El desarrollo de medicamentos huérfanos destinados al tratamiento de enfermedades raras enfrenta obstáculos significativos en el ámbito de la propiedad intelectual. A pesar de los beneficios regulatorios otorgados por algunas jurisdicciones, estos mecanismos mayormente no han sido suficientes para garantizar la viabilidad comercial ni incentivar de forma sostenida la innovación en este campo.

Desde el punto de vista de la propiedad intelectual, los marcos normativos actuales presentan desafíos que inciden directamente en el interés de los desarrolladores en invertir en este tipo de medicamentos. Por ejemplo, los plazos de protección conferidos por las patentes resultan, en muchos casos, insuficientes frente a los extensos períodos de investigación clínica y las dificultades asociadas al reembolso y acceso al mercado. Además, en muchas jurisdicciones, los criterios de patentabilidad no contemplan suficientemente las particularidades técnicas y comerciales de las drogas huérfanas, generando un desincentivo adicional a la innovación.

En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo analizar este problema desde una perspectiva jurídica a fin de exponer propuestas y estrategias que permitan una mejor integración entre los instrumentos regulatorios y los mecanismos de protección por patentes. A través de la elaboración de casos hipotéticos, se evaluarán posibles reformas normativas y se analizarán estrategias de patentamiento orientadas a fortalecer el régimen de protección de las drogas huérfanas. Con ello, se busca contribuir al desarrollo de un modelo

jurídico más eficiente, que fomente tanto la innovación científica como el acceso equitativo a medicamentos esenciales para poblaciones con enfermedades de baja prevalencia.

3. Marco teórico

3.1 Drogas huérfanas

3.1.1 Definición y características

El término “droga huérfana” se refiere al “medicamento que se usa para el tratamiento, la prevención o el diagnóstico de una enfermedad rara” (National Institute of Health, s.f.), definiéndose esta última como una patología que afecta a una porción pequeña de la población y que no es completamente conocida por la comunidad científica (Lutzmayer et al., 2024). Sin embargo, muchas enfermedades, como el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) (Mejía Vázquez et al., 2020) fueron inicialmente consideradas raras debido al bajo grado de prevalencia en la población y la falta de métodos satisfactorios de diagnóstico y tratamiento. Por ello, las enfermedades raras constituyen un listado que se encuentra en permanente actualización.

En este apartado, se abordará el concepto, así como las características de este tipo de medicamentos que constituyen desafíos significativos para su protección mediante la propiedad intelectual, los diferentes actores de la salud pública y las personas afectadas por condiciones médicas raras que esperan obtener un tratamiento médico.

Las consecuencias de estos desafíos se pueden observar en la baja probabilidad de desarrollo de estos medicamentos por parte de las compañías farmacéuticas debido a los altos costos en investigación y desarrollo, pese a que responden a una necesidad de salud pública (Sharma et al., 2010). Asimismo, es improbable que se pueda obtener un retorno satisfactorio de la inversión en el desarrollo de estos fármacos (Blázquez Pérez et al., 2017).

Adicionalmente a estas dificultades, también se cuenta con obstáculos a nivel técnico en el desarrollo de los ensayos clínicos de estos medicamentos, debido a la reducida cantidad de pacientes para ponerlos a prueba. Incluso, su eficacia clínica se basa en “estudios con baja calidad metodológica, seguimiento limitado y análisis de

variables clínicas intermedias (se desconoce su impacto en variables robustas). Además, la información sobre su seguridad es limitada” (Leache et al., 2021).

Por lo tanto, estos factores generan incertidumbre respecto a la fiabilidad de los resultados obtenidos y dificultan que se tomen decisiones informadas en el desarrollo de estos fármacos.

Con base en la definición de “drogas huérfanas”, a continuación detallaré sus principales características, las cuales, a su vez, constituyen dificultades sustanciales para su desarrollo:

- Porcentaje limitado de población afectada.
- Altos costos de investigación y desarrollo.
- Limitaciones en el desarrollo de ensayos clínicos.
- Improbable retorno de la inversión.

A partir de este análisis, resulta pertinente explorar cómo estos medicamentos logran alcanzar el estatus de drogas huérfanas, ya que, como se puede inferir, el panorama tanto para los fabricantes como para los pacientes de enfermedades raras resulta un tanto desolador. En el siguiente apartado analizaré el procedimiento de designación huérfana y cómo los Gobiernos otorgan ciertas facilidades económicas y técnicas para quienes se embarcan en la investigación y desarrollo de estos fármacos.

3.1.2 Proceso de designación de drogas huérfanas

El proceso de designación de drogas huérfanas es aquel mediante el cual una agencia reguladora le otorga a un medicamento el estatus de huérfano (Pryde y Groft, 2014). Dicho proceso sigue ciertos criterios y requisitos según la legislación del territorio en el que se aplicó, con la finalidad de que los fabricantes de estos fármacos reciban los incentivos gubernamentales necesarios para fomentar su desarrollo. En ese sentido, en este apartado analizaré el proceso de designación de drogas huérfanas que se lleva a cabo tanto en la Unión Europea como en Estados Unidos, sus criterios, requisitos y los beneficios gubernamentales que se otorgan mediante su designación para facilitar la comercialización de estos productos y la generación de ingresos suficientes para justificar su inversión.

3.1.2.1 Criterios y requisitos en la Unión Europea

De acuerdo con la Agencia Europea de Medicamentos (EMA, por sus siglas en inglés), una droga huérfana es considerada como tal cuando no hay un método satisfactorio autorizado de diagnóstico, prevención o tratamiento disponible para la enfermedad (Consejo General de Colegios Farmacéuticos, 2023). En la Unión Europea, el Comité de Medicamentos Huérfanos (COMP, por sus siglas en inglés) de la EMA es el organismo encargado de otorgar la designación de medicamentos huérfanos (European Medicines Agency, s.f.-a). De acuerdo con el artículo 3 del Reglamento (CE) N° 141/2000, los criterios objetivos de declaración de medicamentos huérfanos son los siguientes:

- La población afectada no debe ser superior a más de cinco personas por cada diez mil al presentar la solicitud.
- Los fármacos deben tratar enfermedades que ponen en riesgo la vida o conlleven incapacidad grave o una afección grave y crónica.
- Su comercialización no generaría ingresos suficientes en condiciones normales, sin incentivos adicionales.
- No hay disponible método de diagnóstico, prevención o tratamiento satisfactorio autorizado de la enfermedad y, en caso de que exista, debe brindar un beneficio considerable.

Sin embargo, según el Consejo General de Farmacéuticos, es crucial tener en cuenta que, aunque existan criterios específicos, no todos los medicamentos para enfermedades raras son huérfanos y no todos los medicamentos huérfanos tienen que tratar enfermedades raras. Con ello quiero decir: (i) si existe otro medicamento para tratar una enfermedad rara, el nuevo medicamento no se considera un medicamento huérfano; (ii) si un nuevo medicamento ofrece un tratamiento más efectivo para una enfermedad rara, puede ser considerado un medicamento huérfano; y (iii) si un medicamento huérfano tiene otra indicación para tratar una enfermedad no rara, no pierde su estatus de huérfano.

Por último, es necesario tener en consideración que la declaración o designación de medicamento huérfano no garantiza su eficacia o seguridad, ni mucho menos que haya cumplido con las fases de investigación en su desarrollo (Blázquez Pérez et al., 2017), solo asegura que haya cumplido con los requisitos solicitados por la EMA.

3.1.2.2 Beneficios otorgados por la EMA

Con la finalidad de promover la inversión para el desarrollo y comercialización de la industria farmacéutica de estos medicamentos, se otorgan incentivos válidos en el territorio de la Unión Europea a los promotores —personas físicas o jurídicas en la Comunidad Europea que hayan aplicado a la designación de medicamento huérfano— de acuerdo con los artículos 6, 7 y 8 del Reglamento (CE) N° 141/2000, estos son:

- Exclusividad comercial: un medicamento huérfano tiene derecho a la exclusividad en el mercado de diez años para la indicación terapéutica solicitada, lo que significa que en ese plazo no se concederá autorización a medicamentos similares para la misma indicación. Sin embargo, este periodo puede ser reducido a seis años si, al final del quinto año, se revela que el medicamento ya no cumple con los criterios establecidos (por ejemplo, la producción del medicamento es rentable sin necesitar de este beneficio adicional).
- Asistencia en la elaboración de protocolo: los promotores pueden solicitar asesoramiento a la EMA para los ensayos y pruebas necesarios para demostrar la calidad, seguridad y eficacia del medicamento.
- Autorización comunitaria previa a la comercialización: a diferencia de los medicamentos comunes, pueden obtener una autorización previa sin que se tenga que demostrar que estos fármacos brinden innovación terapéutica o tecnológica.
- Reducción de tasas (European Medicines Agency, s.f.-b):
 - Los promotores pueden acceder a la asistencia de protocolo por parte de la EMA a un precio reducido para los medicamentos huérfanos designados sin importar la cantidad de veces que solicite dicha asistencia.
 - En caso de que el promotor sea una pequeña o mediana empresa, puede solicitar asistencia administrativa y de procedimiento a la EMA y reducción de tasas.
 - Se reducen las tasas en la asistencia de protocolos, solicitudes de autorización de comercialización, las inspecciones previas de autorización, las solicitudes de cambios en las autorizaciones de comercialización realizadas luego de la aprobación y las tasas anuales.

- Al solicitar ante la EMA la autorización de comercialización, será válida en todos los países miembros de la Unión Europea, lo que ayuda a reducir los gastos de trámite, ya que no es necesario presentarla en cada país.
- Si bien la EMA no ofrece financiamiento de investigación a los promotores, estos pueden solicitarlo a la Comisión Europea o a otros organismos aliados, como Horizonte Europa.

El 26 de abril de 2023, se adoptaron dos propuestas legislativas de la Comisión Europea mediante el Procedimiento 2023/132: COM (2023) 192, con la finalidad de modificar la legislación farmacéutica básica, donde se propusieron ciertas modificaciones, entre otras, al Reglamento 141/2000 de designación de medicamentos huérfanos, que son las siguientes: (i) la eliminación del Comité de Medicamentos Huérfanos (COMP) para su posterior integración en el Comité de Medicamentos de Uso Humano; (ii) supresión del criterio del retorno de inversión para designación huérfana; (iii) incorporación de la nueva categoría de medicamentos huérfanos que responden a una necesidad médica no satisfecha importante; y (iv) la reducción del plazo de exclusividad comercial de diez a nueve años, excepto para la nueva categoría; entre otros (Zaragoza et al., 2024).

En ese sentido, considero que esto podría afectar a la producción de drogas huérfanas y desincentivaría a las compañías para su desarrollo. En primer lugar, la eliminación de la oficina especializada acarrearía que los procedimientos de autorización y designación huérfana se dilaten. Por otro lado, si no se toma en cuenta el criterio de retorno de inversión, las empresas farmacéuticas podrían priorizar sus intereses en otras áreas terapéuticas más atractivas. Por último, con esta nueva categoría se crea una jerarquización, lo que haría perder el atractivo financiero de los medicamentos huérfanos que no cumplen con sus condiciones, lo que afectaría también a pacientes con enfermedades raras menos conocidas.

3.1.2.3 Proceso de declaración de un medicamento huérfano por la EMA

En el gráfico siguiente (Figura 1) detallo las etapas importantes del proceso de declaración de un medicamento huérfano conforme al artículo 5 del Reglamento (CE) No 141/2000, desde la presentación de la solicitud de declaración hasta la inscripción en el Registro Comunitario de Medicamentos Huérfanos.

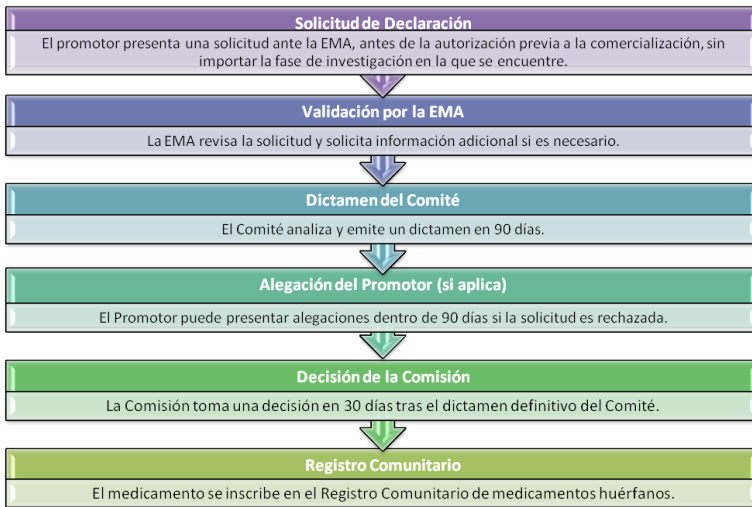


Figura 1. Etapas del proceso de declaración de un medicamento huérfano conforme al artículo 5 del Reglamento (CE) No 141/2000. Fuente: elaboración propia.

3.1.2.4 Requisitos en Estados Unidos

En Estados Unidos, la Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA, por sus siglas en inglés) es quien se encarga de otorgar las solicitudes de designación de drogas huérfanas para medicamentos o productos biológicos (U.S. Food and Drug Administration [FDA], 2024b), en específico, la Oficina de Desarrollo de Productos Huérfanos (OODP, por sus siglas en inglés). En las Secciones 316.20 a 316.21 del Título 21 del Código de Regulaciones Federales se señalan los requisitos para que a un medicamento se le otorgue la designación de droga huérfana, como una forma de promover la innovación en la investigación de estos fármacos, a saber:

- El medicamento o producto biológico debe estar destinado a tratar, diagnosticar o prevenir una enfermedad rara. A fin de que cumpla con la prevalencia solicitada, dicha enfermedad debe afectar a menos de doscientos mil personas en Estados Unidos.
- De forma alternativa, se puede considerar una droga huérfana si el fabricante no tiene la expectativa razonable de recuperar los costos de investigación y desarrollo del producto por las ventas del producto en Estados Unidos.
- El promotor debe contar con la documentación correspondiente a la prevalencia estimada de la enfermedad por la cual se está desarrollando la droga, que no debe superar el límite legal estimado.
- No es necesario proporcionar documentación completa sobre todas las etapas de investigación del medicamento. No obstante, se debe aportar información que respalde la eficacia del fármaco (base científica razonable), ya sea mediante estudios preclínicos o datos preliminares de ensayos clínicos. No se requiere información sobre estudios de seguridad del medicamento en esta etapa.

Al cumplir con estos requisitos, si bien se lograría obtener la designación del fármaco como droga huérfana, dicha designación no otorga la autorización de comercialización del medicamento. Para obtenerla, se tiene que dirigir una solicitud al Centro de Evaluación e Investigación de Medicamentos (CDER, por sus siglas en inglés) para medicamentos de molécula pequeña como antibióticos, analgésicos, hormonas sintéticas, etc. (Southey y Brunavs, 2023) o al Centro de Evaluación e Investigación de Productos Biológicos (CBER, por sus siglas en inglés) para productos biológicos como sangre y productos sanguíneos, vacunas, alérgenos, terapias génicas, etc. (National Institute of Health, 2022).

3.1.2.5 Beneficios otorgados por la FDA

Al igual que en la Unión Europea, la FDA otorga beneficios para incentivar a los fabricantes de la industria farmacéutica en la investigación, desarrollo y comercialización de drogas huérfanas. Conforme se señala en los títulos 21 y 26, secciones 360cc, 379h y 45C del Código de los Estados Unidos (U.S.C.), respectivamente:

- Exclusividad en el mercado: este beneficio le otorga al patrocinador del medicamento el derecho exclusivo de comercialización del medicamento para la indicación huérfana solicitada por el plazo de siete años, de esta manera, da lugar a la recuperación de la inversión en investigación y desarrollo.
- Incentivos fiscales: para determinados costos de los ensayos clínicos directamente relacionados con estos fármacos, los desarrolladores pueden ser acreedores de un crédito fiscal del 25%.
- Exención de tasas: mediante la Ley de Tarifas para Usuarios de Medicamentos (PDUFA, por sus siglas en inglés), se exonera a los medicamentos huérfanos de la tarifa de solicitud por medicamentos nuevos. No obstante, no se condona esta tarifa si el medicamento incluye una indicación distinta a la enfermedad rara a tratar.

Adicionalmente hay otros beneficios, que a continuación señalaré:

- Subvenciones por investigación: el Programa de Subvenciones para ensayos clínicos de la OOPD otorga subvenciones para ensayos clínicos para nuevos productos a los cuales se les otorgue el estatus de medicamentos huérfanos (FDA, 2024a).
- *Fast track*: facilita el desarrollo y revisión rápida de medicamentos para condiciones graves y necesidades médicas no cubiertas. Requiere evidencia preliminar de efectividad o mejora frente a terapias existentes. Este beneficio incluye reuniones frecuentes con el personal de la FDA y la revisión por secciones (FDA, 2024c).
- *Breakthrough therapy*: es similar al *fast track*, pero exige evidencia clínica preliminar de una mejora sustancial en *endpoints* clínicamente significativos (FDA, 2018a). Los beneficios otorgados son: (i) orientación intensiva en la fase 1 de los ensayos clínicos, con el objetivo de demostrar los beneficios del medicamento de manera más rápida y minimizar los retrasos en los ensayos clínicos; y (ii) participación de altos directivos de la FDA en la supervisión del desarrollo, para garantizar que las decisiones regulatorias sean prioritarias y se mantenga una comunicación fluida entre el personal de la FDA y los desarrolladores del medicamento (U.S. Food & Drug Administration et al., 2014).

- Aprobación acelerada (*accelerated approval*): permite aprobar de forma acelerada la disponibilidad de tratamientos para enfermedades graves (FDA, 2023).
- Revisión prioritaria (*priority review*): en lugar del plazo estándar de diez meses, este mecanismo ofrece que los medicamentos comunes se revisen en solo seis meses. No obstante, los desarrolladores de los medicamentos huérfanos pueden requerir expresamente la revisión prioritaria bajo la “Guía para programas acelerados de la industria para afecciones graves: Medicamentos y productos biológicos” (FDA, 2018b).

3.1.2.6 Proceso de designación de un medicamento huérfano por la FDA

El siguiente gráfico muestra los pasos del proceso para la designación de medicamentos huérfanos en Estados Unidos, abarcando desde su presentación inicial, en paralelo con la autorización comercial, hasta la asignación de la exclusividad (Figura 2).

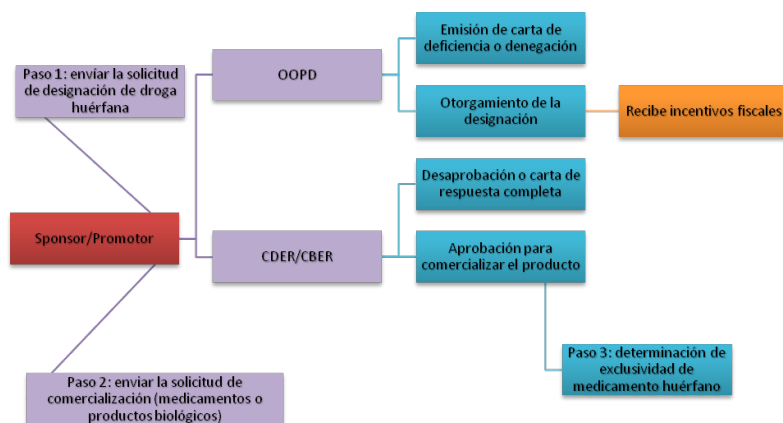


Figura 2. Etapas del proceso de designación de un medicamento huérfano por la FDA. Fuente: Jilapalli (2016).

3.1.2.7 Similitudes y diferencias en los procesos de designación de medicamentos huérfanos entre la Unión Europea y Estados Unidos

De todo lo anterior, considero que el proceso de designación de medicamento huérfano en la Unión Europea está más orientado a brindar soporte en la parte técnica, administrativa, mas no en la económica, a diferencia del proceso de designación de medicamento huérfano en Estados Unidos, cuya orientación está dirigida a los beneficios económicos para alentar a los fabricantes de productos farmacéuticos. Asimismo, en Estados Unidos se solicita que el medicamento pruebe su eficacia, mientras que en la Unión Europea ello no es requerido.

En este apartado, se analizarán las similitudes y diferencias entre ambos procesos, tanto en los criterios como en los beneficios que influyen en la solicitud y concesión de dicho estatus (Tablas 1 y 2).

Tabla 1
Criterios requeridos para la designación de drogas huérfanas en la Unión Europea y Estados Unidos

CATEGORÍA	UNIÓN EUROPEA	ESTADOS UNIDOS
CRITERIOS		
Prevalencia	No mayor de 5 por cada 10.000 personas	Menor a 200.000 personas
Tipo de enfermedades	Enfermedades que ponen en riesgo la vida, conllevan incapacidad o afección graves y crónica	Enfermedades raras
Retorno de la inversión	No	No
Métodos de diagnóstico, prevención o tratamiento disponible	No	No
Eficacia y seguridad	No	Sí eficacia, pero no seguridad
Fases de investigación y desarrollo	No	No

Fuente: elaboración propia.

Tabla 2
Beneficios otorgados por el desarrollo de drogas huérfanas
en la Unión Europea y Estados Unidos

CATEGORÍA	UNIÓN EUROPEA	ESTADOS UNIDOS
BENEFICIOS		
Exclusividad comercial	10 años	7 años
Asesoramiento técnico	Sí	No
Autorización previa de comercialización	Sí (comunitaria)	No
Incentivos fiscales/exención o reducción de tasas	Exención de tasas	Reducción de tasas e incentivos fiscales
Subvenciones	Sí	Sí

Fuente: elaboración propia.

3.1.2.8 Perú

1. Ley 29698

En el año 2011, se publicó la Ley 29698, “Ley que Declara de Interés Nacional y Preferente Atención el Tratamiento de Personas que Padecen Enfermedades Raras o Huérfanas”, con el objetivo de garantizar el acceso a medicamentos huérfanos para las personas que sufren enfermedades raras y huérfanas.

En sus artículos 2, 3 y 4, define estos términos y le encarga al Ministerio de Salud la elaboración de un Plan Nacional de Prevención, Diagnóstico, Atención Integral, Tratamiento, Rehabilitación y Monitoreo de las Enfermedades Raras o Huérfanas (en adelante, Plan Nacional), destinado a abordar de forma integral estas enfermedades. Además, le asigna al Poder Ejecutivo la responsabilidad de implementar medidas necesarias para garantizar el diagnóstico oportuno.

Uno de los pilares de esta normativa es el Registro Nacional de Pacientes que padecen enfermedades raras o huérfanas, administrado por el Ministerio de Salud, que tiene como finalidad recopilar información sobre incidencia, prevalencia y mortalidad en el país, así como los recursos necesarios para el tratamiento, conforme al artículo 5. Asimismo, esta cartera ministerial debe asegurar el acceso a los medicamentos para tratar dichas condiciones, considerándolos

un gasto prioritario en el presupuesto de salud de acuerdo con los artículos 6 y 7.

2. Decreto Supremo 004-2019-SA (Aprobación del Reglamento de la Ley 29698)

La implementación de la Ley 29698 requería un reglamento adicional, aprobado por el Decreto Supremo 004-2019-SA el 22 de febrero de 2019, que detalló conceptos como “enfermedades raras”, “medicamentos huérfanos” y “evaluación de tecnologías sanitarias”. Sin embargo, aunque define responsables y procedimientos básicos, el reglamento carece de claridad respecto a la ejecución práctica de la atención integral, diagnóstico y tratamiento, además de omitir estrategias específicas para fomentar la investigación y la gestión del conocimiento en esta área.

En cuanto al acceso a medicamentos, el Reglamento, en su artículo 13, establece que estos deben ser autorizados por el Ministerio de Salud, sometidos a evaluaciones de tecnologías sanitarias y sujetarse a criterios como farmacovigilancia intensiva, análisis de impacto y disponibilidad presupuestal. El financiamiento, señalado en el artículo 9, recae en las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS), responsables de prever y gestionar recursos según la legislación vigente, y el Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL), que prioriza progresivamente la atención de enfermedades aprobadas por el Ministerio de Salud.

3. Ley 31378 (Modificación de la Ley 29698)

Posteriormente, el 11 de mayo de 2023, la Ley 29698 fue modificada por la Ley 31738, que, entre otras cuestiones, implementó un procedimiento acelerado para el registro sanitario (autorización de comercialización) de medicamentos ya aprobados en países de alta vigilancia sanitaria, como Estados Unidos, la Unión Europea, etc. Esto quiere decir que, si un medicamento cuenta con un registro, aprobación, permiso, autorización o cualquier título habilitante que haya sido emitido o aprobado en cualquiera de esos países, puede obtener en el Perú el registro sanitario sin mayores requisitos que la acreditación del registro anterior. Además, de acuerdo con el artículo 9, el procedimiento mencionado se resolverá en un plazo no mayor

de cuarenta y cinco días calendario sujeto a silencio administrativo positivo.¹

En 2024, se publicaron dos proyectos para la Ley 31738: la Resolución 170-2024-MINSA y la Resolución 373-2024/MINSA, que detallan las disposiciones para su implementación y estuvieron disponibles para que el público en general brinde su opinión.

El 27 de marzo de 2025, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, mediante el Decreto Supremo 002-2025-SA, la aprobación del Reglamento de la Ley 29698, a fin de que se implementen las disposiciones técnicas y normativas de la señalada ley.

En dicho reglamento se establecen los lineamientos para la compra de medicinas que traten enfermedades raras o huérfanas mediante un determinado procedimiento llamado Mecanismos Diferenciados de Adquisición (MDA). Asimismo, le encarga al Ministerio de Salud la instauración de un Plan Nacional para la Prevención, Diagnóstico, Atención Integral, Tratamiento, Rehabilitación, Investigación y Monitoreo de las Enfermedades Raras o Huérfanas, el cual debe ser comandado por un encargado de dicha entidad. También, la implementación digital del registro de pacientes que sufren de este tipo de afecciones, así como la promoción de la investigación de estas en diversos sectores de interés.

Si bien esto es un logro para la atención médica de muchas personas, no se ha establecido un mecanismo que permita promover la investigación y desarrollo de medicamentos huérfanos en el Perú, solo su adquisición, lo que, considero, puede ayudar en el tratamiento de estas enfermedades por el momento, mas no es una proyección a futuro de la promoción de la innovación en la producción de medicamentos huérfanos.

1 Para mayor detalle, véase en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, publicado por Decreto Supremo 004-2019-JUS en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2019, art. 199. "Artículo 199. Efectos del silencio administrativo.

199.1. Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo máximo señalado en el numeral 24.1 del artículo 24 de la presente Ley, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo (...)"

3.2 Evolución y legislación relevante de drogas huérfanas

3.2.1 Estados Unidos

Define la norma estadounidense, en el título 25 de la sección 101 del Código de los Estados Unidos (U.S.C.), cuatro categorías de invención que pueden ser objeto de materia patentable: procesos, máquinas, productos o composiciones de la materia. El criterio de materia patentable no es restrictivo, pudiendo incluso patentarse métodos de tratamiento (medicamentos que coadyuven a tratar una enfermedad común o rara), métodos de diagnóstico o quirúrgicos.

Las patentes de medicamentos se pueden emitir en cualquier momento, es decir, es independiente de su aprobación por parte de la autoridad regulatoria, pero hay que tener en consideración que la exclusividad regulatoria se va a aplicar cuando se apruebe el medicamento al cumplir con los requisitos regulatorios (FDA, 2020). No hay una aplicación simultánea de la exclusividad de patente y la exclusividad regulatoria, pese a que los aplicantes pueden solicitar la patente y la autorización regulatoria al mismo tiempo, ya que tampoco protegen los mismos caracteres de un medicamento.

En ese sentido, como se puede notar, no hay una relación entre ambas. Se podría creer que, por la ausencia de restricciones en materia de patentes, se reciben recompensas por desarrollo de medicamentos huérfanos, no obstante, ello está muy alejado de la realidad, ya que la única autoridad que otorga beneficio por desarrollo de fármacos es la FDA. Se ha extendido el plazo de patente en casos particulares (U.S.C., título 35, sección 156), a fin de restablecer a los plazos de esas patentes el tiempo que se perdió mientras se esperaba la autorización comercial de la autoridad reguladora, pero ello no es considerado como un incentivo.

Entonces, la interrogante sería cuál es la mejor forma de protección mediante patentes. Una posible solución podría ser, al momento de solicitar la patente, reivindicar varios usos terapéuticos —entre ellos, el uso huérfano—, siempre que sean novedosos e inventivos. Esto se debe a que la exclusividad huérfana que otorga la FDA es restrictiva —se limita únicamente a la indicación huérfana—, mientras que la protección brindada por una patente tiene un alcance más amplio. Otro tipo de solución sería el patentamiento del compuesto activo que cubriría de forma inicial el uso innovador, y que

se podrían presentar solicitudes adicionales para cubrir los avances realizados durante el desarrollo del medicamento huérfano. No obstante, debe presentarse cada solicitud sin revelar detalles tan explícitos como dosis, usos terapéuticos y formulaciones en sus primeras solicitudes, ya que, de esa forma, se evitaría estar dentro del estado de la técnica, a fin de no impedir la presentación de futuras patentes (Morin et al., 2013).

3.2.2 Unión Europea

El Convenio sobre la Patente Europea excluye de la patentabilidad los métodos de tratamiento, quirúrgicos y de diagnóstico en el cuerpo humano o animal, conforme a su artículo 53. No obstante, dicha excepción no afecta a las sustancias o composiciones utilizadas en esos métodos, permitiendo su patentamiento. Dado que la protección de la patente tiene una duración de veinte años, se ha establecido el Certificado Complementario de Protección (CCP) para medicamentos y productos fitosanitarios (Oficina Española de Patentes y Marcas, s.f.), el cual permite extender la protección hasta cinco años adicionales. Esto busca compensar el tiempo perdido entre la solicitud de la patente y la obtención de la autorización de comercialización, entrando en vigor una vez expirada la patente.

En este contexto, podría pensarse que los medicamentos declarados huérfanos, además de la exclusividad comercial de diez años que reciben (en adelante, exclusividad huérfana), podrían beneficiarse de esta protección complementaria otorgada por el CCP. No obstante, esto no ocurre, ya que, en caso de estar protegidos por patentes, se generaría un doble incentivo. Por esta razón, para los medicamentos huérfanos de uso pediátrico, la exclusividad huérfana se amplía a doce años, según lo dispuesto en el artículo 37 del Reglamento (CE) 1901/2006.

A pesar de esta situación y de que los incentivos vigentes para las patentes podrían percibirse como una doble recompensa, es razonable que cualquier compañía farmacéutica busque proteger su producto para prevenir la aparición de medicamentos similares o con indicaciones parecidas (Jenkins, 2013). Como mencioné en el apartado previo, si un medicamento pierde su condición de huérfa-

no, la exclusividad huérfana se reduce de diez a seis años. Por ello, la protección mediante patente, con su duración de veinte años, sigue siendo una buena alternativa.

Un punto clave en la protección por propiedad intelectual es que los desarrolladores suelen optar por patentar el compuesto activo de un medicamento —dependiendo de lo novedoso o inventivo—, ya que esta protección abarca todos los posibles usos del compuesto, independientemente de la indicación específica, a diferencia de la exclusividad huérfana, que se limita a proteger el medicamento únicamente para la condición designada, impidiendo la comercialización de productos similares o idénticos para ese uso. No obstante, no restringe que el mismo medicamento sea utilizado para una condición distinta, algo que sí garantiza una patente cuando se protege el compuesto activo y no solo el medicamento en sí mismo.

Teniendo en consideración las ventajas señaladas que otorgan las patentes, y más allá de los incentivos regulatorios a los medicamentos huérfanos, sería pertinente preguntarnos si el plazo de extensión otorgado en el CCP podría ser también un incentivo en el desarrollo de este tipo de fármacos. Si damos un vistazo al tiempo de la investigación, desarrollo y posterior comercialización de un medicamento huérfano, tenemos que, entre el descubrimiento, los estudios preclínicos y el desarrollo clínico, se tomaría un plazo aproximado mayor a 10 años. Por ello, la opción más eficiente de los desarrolladores es, al descubrirse el fármaco, solicitar protección mediante patente, siendo que el plazo de exclusividad empieza a correr desde la solicitud, pero no desde el otorgamiento.

Si bien la autorización de comercialización y el asesoramiento técnico son facilitados por la agencia reguladora, la vida comercial se inicia al tener la autorización garantizada que se podría dar a la mitad del plazo de veinte años. Por otro lado, si bien por designación huérfana se otorga la exclusividad comercial de la EMA,² su protección es parcial, ya que no protege de otros usos que otros competidores puedan descubrir durante el tiempo de exclusividad. Por ello, considero que la extensión de patente mediante CCP, pese a todos los incentivos regulatorios, constituiría un importante incen-

2 Si bien se otorgan plazos extras de exclusividad para la entrada de medica-

tivo en la extensión de la vida comercial de este tipo de invenciones y de tutela de los derechos de propiedad intelectual de las compañías farmacéuticas.

Por otra parte, otro punto en consideración sería el patentamiento de usos adicionales de medicamentos huérfanos, fuera del uso indicado para el tratamiento original. Por ejemplo, la talidomida (European Medicines Agency, s.f.-b) como droga huérfana se usa para el tratamiento del mieloma múltiple (enfermedad rara) y de la lepra (FDA, 2015) —enfermedad común en la región de Asia Sudoriental (World Health Organization, 2025)—. Existen opiniones diferentes respecto a este punto. Por un lado, estos usos adicionales pueden ser considerados como modificaciones irrelevantes con el objetivo de extender la vida de la patente (Beall et al., 2016), y, por otro lado, se considera como una protección más completa al ir más allá del uso médico primigenio, para cubrir ciertos costos adicionales o previstos que la protección del uso médico no ha financiado (Agranat y Harom, 2020). Particularmente, considero que los usos adicionales se pueden aceptar, pero sin extender exclusividad comercial para el uso médico específico, ya que ello constituiría un abuso de la protección a nivel de patentes. Por ello, si se pueden otorgar los beneficios correspondientes al uso adicional de forma independiente a la invención original, ello constituiría un trato justo e incentivo a la innovación a los desarrolladores de este tipo de invenciones.

Si bien la protección por patentes es la más ideal en este caso, en tanto el compuesto sea patentable *per se* sin importar el uso que se le dé, los costos por litigio en patentes en caso de impugnaciones son altos y depende también de lo novedoso e innovador de la invención de la que estemos tratando, sea o no droga huérfana. Por esta razón, a fin de que se compensen los posibles costos extras que podrían traer este tipo de situaciones y para impulsar aún más el desarrollo en la Unión Europea, se debería contemplar la posibilidad de brindar el plazo de extensión por la CCP a los medicamentos huérfanos sin perder los incentivos regulatorios. Ello sería una estrategia de protección integral para los fabricantes que aplican para la designación

mentos genéricos, es para el uso específico, no para otros usos que podría tener ese tipo de medicamentos.

huérfana y el patentamiento, ya que con ello se mejoraría la comercialidad y el acceso a este tipo de medicamentos.

3.2.3 Perú

3.2.3.1 ¿Se pueden patentar medicamentos huérfanos en el Perú?

En el Perú, de acuerdo con el literal d) del artículo 20 de la Decisión 486, se exceptúa de la patentabilidad a los métodos terapéuticos, quirúrgicos y de diagnóstico aplicados en los seres humanos. No se consideran patentables porque no son parte de la industria y, por política pública, patentarlos representaría un obstáculo para profesionales de la salud en el uso y aplicación en pacientes. No obstante, ello no se aplica a “sustancias, composiciones, instrumentos o aparatos empleados” en dichos métodos terapéuticos. Es decir, un método que no implique su administración a un ser humano o animal podría ser patentable (Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones, 2022).

Debido a estas restricciones, los solicitantes a menudo intentan reivindicar usos y segundos usos de productos o procedimientos que pueden considerarse métodos terapéuticos, quirúrgicos y de diagnóstico, los cuales tampoco son patentables, tal como lo establece el artículo 21 de la Decisión 486. No obstante, es importante señalar que las sustancias o composiciones farmacéuticas sí pueden ser objeto de patente, siempre que no se reivindique explícitamente su uso médico, lo cual constituye una limitación expresa de la normativa.

En ese sentido, las restricciones existentes desincentivan a las compañías farmacéuticas a patentar productos dirigidos al tratamiento o diagnóstico de enfermedades, tanto comunes como raras. Como mencioné en el apartado anterior, la normativa relativa a medicamentos huérfanos establece las funciones estatales o el acceso a los medicamentos, pero no ofrece beneficios o incentivos a nivel regulatorio o de propiedad intelectual para promover la investigación y desarrollo de estos fármacos.

Por ello, si bien la industria farmacéutica en el Perú no está desarrollada o no es un destino atractivo para las grandes multinacionales farmacéuticas en el desarrollo de medicamentos, se podría tomar en

cuenta como incentivo de desarrollo de la innovación el patentamiento de sustancias o composiciones farmacéuticas sin reivindicar su uso médico o terapéutico que podría de forma indirecta impulsar el desarrollo de medicamentos huérfanos, a pesar a la inexistencia de incentivos regulatorios.

Por estas razones, no habría necesidad de realizar una modificación a la normativa peruana de patentes a pesar de la restricción de patentamiento de invenciones para el tratamiento médico, ya que la protección de patentes sin reivindicar los usos mencionados representaría un incentivo indirecto para los desarrolladores de medicamentos al no contar con la exclusividad comercial ni el apoyo técnico o financiero de parte de la entidad regulatoria peruana.

3.3 Legislación de exclusividad de datos

En el ciclo de desarrollo de productos farmacéuticos, se sigue una serie de fases llamadas “ensayos preclínicos y clínicos”. En la primera fase, posteriormente al descubrimiento del producto, se realizan estudios en células y animales para determinar la toxicidad, distribución y transformación que causa la entidad química en el organismo luego de administrarla. En la segunda fase, se realiza la investigación en seres humanos, que se subdivide en subfases: (i) Fase I: demuestra la tolerancia del producto; (ii) Fase II: determina la dosis adecuada; (iii) Fase III: se establece la evidencia de seguridad y eficacia del producto en seres humanos. Al concluir con esta etapa, y luego del lanzamiento del producto, se lleva a cabo la farmacovigilancia, conocida como Fase IV. Estos estudios son conocidos como “datos de prueba” y constituyen un activo importante de cualquier desarrollador o compañía farmacéutica (Rincón Uscátegui, 2015).

Los datos de prueba son protegidos de empresas competidoras que no hayan intervenido en el proceso de investigación y desarrollo con la finalidad de que no tomen ventaja de esta información y busquen lanzar un producto farmacéutico al mercado sin haber afrontado los costos financieros y técnicos que conlleva el proceso indicado. Cada autoridad o agencia reguladora se encarga de custodiar esta información por un plazo determinado en el que ninguna empresa competidora podrá tener acceso hasta el vencimiento de

dicho plazo, esto es llamado “exclusividad de datos” o “protección de datos de prueba”.

Con ello en consideración, analizaré de manera breve la legislación pertinente de los datos de prueba en Estados Unidos, la Unión Europea y el Perú, pudiéndose notar diferencias entre una y otra jurisdicción.

3.3.1 Estados Unidos

De acuerdo con el título 21 en las secciones 355 (c) y 355 (j) de la Ley Federal de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos, se ha establecido que el plazo de exclusividad de datos es de cinco años para nuevas entidades químicas y de tres años para nuevas formas de administración o indicación. En caso de productos biológicos, tiene un plazo de doce años conforme al título 42, sección 262 (k) (7) del Código de los Estados Unidos (U.S. Code, por sus siglas en inglés). La FDA impide la presentación o aprobación efectiva de solicitudes abreviadas de nuevos medicamentos (ANDA, por sus siglas en inglés) y, de la misma forma, no hace pública la información de dichos datos; ello se aplica a medicamentos huérfanos y comunes.

3.3.2 Unión Europea

Los miembros de la Unión Europea, mediante la Directiva 2001/83/AC y la Regulación (EC) 726/2004, han establecido que, para medicamentos estándar, el plazo de exclusividad de datos es de ocho años. En caso de tratarse de un medicamento huérfano, como ya mencioné, la exclusividad comercial es de diez años, es decir, contamos con ocho años de protección de datos más dos años de exclusividad comercial. No obstante, se brinda un año adicional si se trata de una nueva indicación médica con un beneficio significativo en los primeros ocho años en comparación con las terapias existentes. En ese plazo mencionado, la EMA tiene la obligación de resguardar la información y no publicarla a terceros o al público en general.

3.3.3 Perú

El Decreto Legislativo 1072 regula la protección de datos de prueba de productos farmacéuticos, encargada a la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID) que otorga protección a nuevas entidades químicas (NEQ), como se señala en el artículo 2, es decir, que no hayan sido registradas previamente en el Perú. Caso contrario, no pueden ser beneficiarias de esta protección. Asimismo, se debe tener en consideración que, para obtener el registro sanitario de un fármaco, es necesario presentar los datos de prueba a fin de determinar la seguridad y eficacia del producto, siempre que haya habido esfuerzos considerables, conforme al artículo 1.

En dicha norma se establecen los supuestos del plazo de protección de datos de prueba: (i) si el primer registro se realiza en el Perú y no en otro país de manera previa, el plazo es de cinco años; (ii) si ha habido un registro anterior en otro país, se cuenta desde que se solicitó el registro en ese país y no desde el otorgamiento en el Perú (llamado “aprobación por referencia”); y (iii) si hay demoras injustificadas por parte de la autoridad regulatoria en el otorgamiento del registro sanitario por más de seis meses, el plazo de protección de cinco años corre desde que se otorgó el registro sanitario en el Perú, a pesar de que el solicitante cuente con un registro sanitario anterior de otro país (Reategui Valdiviezo, 2017).

3.4 Diferencia entre protección de datos de prueba y exclusividad de mercado

Considero importante diferenciar entre “protección de datos de prueba” o “exclusividad de datos” y “exclusividad de mercado”. Si bien se podría considerar que se superponen, esto no significa que su objetivo sea el mismo. En la exclusividad de mercado que otorgan las agencias reguladoras, se impide que se oferten en el mercado productos similares o idénticos a la misma indicación del producto innovador. En cambio, la exclusividad de datos impide que otras compañías puedan acceder a los datos de investigación que se obtuvieron durante todo el proceso de desarrollo de un medicamento. En otras palabras, en ese período de tiempo, los aplicantes de otras compañías no pueden basarse en los datos de prueba del producto

innovador para apoyar su solicitud de autorización comercial ante la autoridad reguladora.

Por esta razón, a continuación podrán observar un gráfico estándar (Figura 3) —sin tomar en cuenta los plazos exactos tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, es solo a modo de ejemplo— sobre el desarrollo de un medicamento huérfano, a fin de poder ejemplificar esta diferencia.

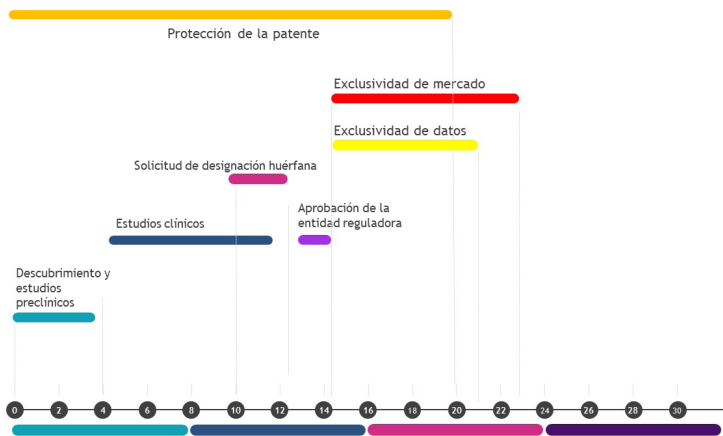


Figura 3. Etapas y plazos estándar del desarrollo de un medicamento huérfano. Fuente: elaboración propia.

3.5 Desafíos en el desarrollo de drogas huérfanas

Durante el desarrollo de las drogas huérfanas para el tratamiento de enfermedades raras, se pueden encontrar diversos obstáculos que hacen más compleja su trayectoria, como:

La baja prevalencia de la enfermedad, poblaciones de pacientes pequeñas y heterogéneas, dificultad para reclutar a dichos pacientes, gravedad de la enfermedad, falta o conocimiento limitado de la historia natural de la enfermedad y altas tasas de deserción durante los procesos de I+D. (Fonseca et al., 2019, p. 868)

Por ello, normalmente los tratamientos de estos medicamentos se hallan en fase experimental, es decir, existe incertidumbre en la comunidad médica sobre cómo y cuándo se debe aplicar en el tratamiento de pacientes con estas enfermedades (Sharma et al., 2010).

3.5.1 Complejidad de ensayos clínicos

A diferencia de los medicamentos comunes, las drogas huérfanas tratan enfermedades raras. En ese sentido, señalaré a continuación las razones de la investigación y desarrollo de estos medicamentos.

Debido al poco entendimiento de la naturaleza de este tipo de afecciones, es complicado planificar el diseño y ejecución de los ensayos clínicos. Asimismo, esto también se refleja en la definición de los resultados o puntos finales (*endpoints*) que deben tenerse en consideración para evaluar adecuadamente el éxito del tratamiento con el producto desarrollado, ya que, sin una correcta selección de estos puntos finales, no sería posible evaluar de forma adecuada el tratamiento en un ensayo clínico. Otro punto en consideración es que, al ser estudios nuevos, no existe un modelo previo a seguir para la ejecución de las pruebas clínicas (Fonseca, 2019).

En vista de la baja prevalencia de la enfermedad, tanto los pacientes como los investigadores se encuentran dispersos en diversos territorios. Ello hace complicada la ejecución de los ensayos clínicos, la coordinación entre centros de estudios clínicos o el traslado de pacientes a diferentes partes del mundo. Sin embargo, este último obstáculo se ha superado en cierta manera debido a los diseños novedosos de ensayos clínicos que toman datos a distancia (Fonseca, 2019).

Además de ello, en la población de estudio se pueden encontrar personas con diversas características genéticas, ambientales o de salud. También, pueden presentar fenotipos variados, es decir, que pueden tener síntomas variables o características físicas diferentes. Por último, el curso clínico de cada persona puede ser diferente, es decir, la manifestación del progreso de la enfermedad puede ser variable. Algunos pueden mejorar rápidamente, otros pueden tener más complicaciones. Todas estas variantes se pueden presentar incluso en personas con la misma condición o enfermedad, por lo que, si

la población es pequeña, el manejo y tratamiento de la enfermedad se hacen más complicados (Fonseca, 2019).

Por lo tanto, los desafíos a enfrentar en los ensayos clínicos de estos medicamentos son los siguientes: (i) poco entendimiento de la naturaleza de la enfermedad a tratar; (ii) ausencia de estudios clínicos previos; (iii) ausencia de *endpoints* o resultados para determinar la eficacia del tratamiento; (iv) poblaciones de estudio heterogéneas con fenotipos variables y cursos clínicos; y (v) dispersión de los pacientes en diversos territorios a nivel mundial.

3.5.2 Poca población objetivo/demanda limitada

Como pudimos observar en el apartado de proceso de designación de drogas huérfanas, se han establecido ciertas poblaciones objetivo en diferentes territorios para la obtención de esa designación. En realidad, los pacientes de enfermedades raras constituyen una fracción pequeña de la población a nivel mundial.

Por esta razón, es complicado determinar el correcto diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, lo que genera un alto costo de tratamiento por paciente; esto explica el elevado costo de la investigación y desarrollo de drogas huérfanas (Althobaiti et al., 2023). Otra implicancia es que, debido a los escasos conocimientos de las enfermedades raras, no se puede realizar un diagnóstico definitivo (Cortés, 2015). En consecuencia, no se encuentran correctamente identificados los pacientes que sufren de una misma afección, por lo cual, no reciben el tratamiento apropiado.

Asimismo, debido a la reducida cantidad de pacientes, es menos rentable para las compañías farmacéuticas desarrollar estos medicamentos, ya que generan menos ventas, lo cual representa un riesgo al no generar los ingresos suficientes para compensar la inversión en la fabricación.

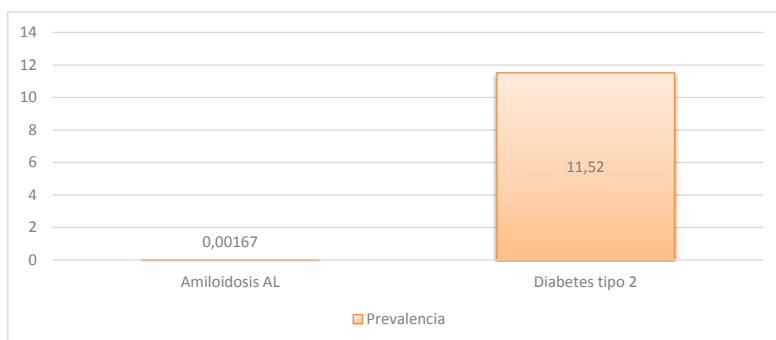
A manera de ejemplo, mostraré la diferencia de prevalencia — número de casos por millón— entre la amiloidosis AL,³ tratada con

3 Trastorno hematológico raro en el que proteínas anormales llamadas “cadenas ligeras” se acumulan en los órganos, como corazón o riñones, dañándolos gravemente (Laires, 2023).

la droga huérfana darzalex faspro (FDA, s.f.)— y la diabetes tipo 2⁴ en los Estados Unidos.

Mientras que aproximadamente el 0,00167% de la población sufre amiloidosis AL, lo que representa 5500 casos, el 11,52% padece de diabetes tipo 2, que son 38.000.000 de casos. Esta gran diferencia se puede observar en el siguiente gráfico (Tabla 3).

Tabla 3
Prevalencia entre amiloidosis AL y diabetes tipo 2



Fuente: elaboración propia.

3.5.3 Elevados costos y prolongados plazos de investigación y desarrollo

El proceso de investigación y desarrollo de drogas huérfanas para el tratamiento de enfermedades raras es complejo y costoso, debido a que no se puede identificar la raíz de la enfermedad, por ello, es difícil encontrar pacientes ideales para los ensayos clínicos. Esto hace que los procesos de fabricación y aprobación regulatoria produzcan costos mayores (Yoo, 2023).

Por otro lado, como se vio anteriormente, hay complejidad en los ensayos clínicos por la ausencia de datos previos y la variabilidad

4 Enfermedad común que afecta a gran parte de la población mundial que eleva los niveles de azúcar en la sangre, pudiendo causar problemas de salud a largo plazo como daño en los riñones, ojos y corazón (Centers for Disease Control and Prevention, s.f.).

de los pacientes, lo cual genera un alto riesgo de posibles fracasos en el desarrollo de fármacos, ya que no hay garantía de aprobación del medicamento. Aunado a ello, la población reducida de pacientes y su distribución a nivel global pueden alargar tiempos y aumentar costos. Si bien hay incentivos regulatorios que promueven el desarrollo y ayudan a acelerar ciertos procesos, la escasa demanda y la complejidad científica continúan siendo barreras importantes que prolongan tanto los plazos como los costos, lo que hace que su desarrollo sea uno de los más onerosos y largos en la industria farmacéutica.

3.5.4 Dificultad de reembolso

Como mencioné en el apartado sobre el proceso de designación de drogas huérfanas, a fin de que un medicamento sea considerado “huérfano”, se tiene que comprobar que no se tienen los recursos necesarios para recuperar la inversión realizada en su investigación y desarrollo. En este caso, como señalé previamente, la reducida cantidad de pacientes y los altos costos de los ensayos clínicos son factores que dificultan el retorno de la inversión.

Ello se puede observar en la decisión de reembolso que deben tomar los sistemas de salud de cada país, que se encuentra basada en la evaluación económica que se realiza entre el costo del medicamento y el beneficio que va a aportar. Particularmente en estos casos, no se tiene evidencia sólida sobre los beneficios del medicamento por la poca cantidad de pacientes, lo cual complica la recopilación de datos de ensayos clínicos para demostrar el beneficio del medicamento. Por otro lado, los ensayos clínicos son costosos, por ello, la justificación de reembolso sería aún más débil por la reducida cantidad de beneficiados (Simoens, 2011).

Asimismo, respecto a los datos de ensayos clínicos, al realizarse sin modelo previo, alguno se permite el uso de medidas de resultado intermedias —es decir, mejora temporal en los pacientes— para su aprobación. Ello también es un factor que influye en la desconfianza de los sistemas de salud que prefieren que el medicamento tenga resultados definitivos antes de tomar la decisión para realizar el reembolso (Simoens, 2011).

Por último, es necesario precisar que la dificultad de reembolso

se relaciona con la adquisición de los medicamentos por parte de los pacientes. Por ejemplo, si los seguros de salud no cubren medicamentos huérfanos, hacen casi inaccesible su adquisición, incluso si cuentan con cobertura de seguro médico (Gammie et al., 2015).

3.5.5 Plazos largos de aprobación regulatoria

En este apartado, considero pertinente precisar que este desafío es parte del pasado, ya que las agencias regulatorias como la FDA han brindado facilidades a fin de acelerar el acceso a medicamentos huérfanos, como la aprobación acelerada, revisión prioritaria, terapia innovadora y designación de vía rápida. Asimismo, la EMA brinda autorización comunitaria previa a la comercialización. No obstante, pese a estas facilidades, la cantidad de designaciones es mayor que la de aprobaciones.

A lo largo de este apartado, hemos visto que hay una serie de retos, tanto técnicos como económicos, que se les presentan a los desarrolladores de medicamentos y, en muchos casos, deserciones en el desarrollo que representan la baja cantidad de aprobaciones en comparación con las designaciones.

Además de ello, las designaciones se otorgan en fase preclínica, por lo que su aprobación se encuentra en una etapa futura (Miller et al., 2021). Por estas razones, considero que, a nivel regulatorio, se han facilitado los procesos de aprobación a fin de que, por cuestiones burocráticas, no se ralentice el desarrollo de estos medicamentos. Este desafío ya ha sido superado, pero, por la naturaleza de estos medicamentos, su aprobación constituye un reto. En la Figura 3 se puede observar la diferencia entre designaciones y aprobaciones de medicamentos huérfanos de la FDA en el periodo 1983-2019, a fin de ejemplificar lo antes mencionado.

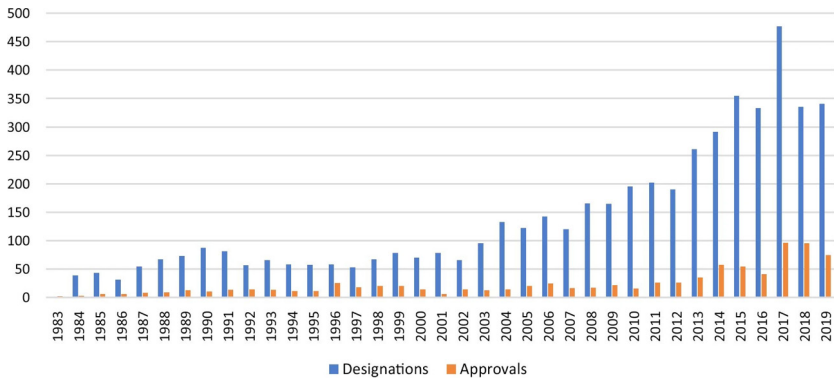


Figura 3. Designaciones y aprobaciones de medicamentos huérfanos en la FDA durante cuatro décadas. Fuente: Miller et al. (2021).

3.6 Contexto social y económico

Son diversos los desafíos que conllevan las enfermedades raras. A nivel social, se reflejan diagnósticos inciertos, escasa disponibilidad de tratamientos o la falta de sensibilización social sobre estas afecciones; a nivel económico, los elevados costos de los medicamentos huérfanos, el impacto en los sistemas de salud y la desigualdad de acceso a medicamentos. Aunque esto se ha intentado solucionar a nivel gubernamental, hay una gran brecha económica que subsiste que afecta a pacientes y sistemas de salud a nivel mundial.

3.6.1 Impacto de las enfermedades raras en los sistemas de salud

Las enfermedades raras de por sí constituyen un desafío para las personas que las sufren, así como para los proveedores de salud que las tratan. Este tipo de afecciones afecta a niños y adultos, requiriendo en ambos casos atención especializada que impacta inicialmente en el diagnóstico, llegando incluso a afectar al soporte social y familiar del paciente. Todo ello implica una alta demanda de recursos y mayor carga para los sistemas de salud. Los tratamientos son costosos y muchas veces los pacientes son dependientes de los servicios médicos, lo cual acarrea una gran presión económica. Debido a la

complejidad de estas afecciones, es complicado establecer un diagnóstico; requiere de la participación de equipos clínicos con mucha experiencia e impacta en sistemas de salud que no cuentan con esas facilidades (Posada de la Paz, 2008).

Además de ello, estas afecciones no solo requieren un diagnóstico primario o tratamiento, sino un seguimiento posterior —por ejemplo, mediante rehabilitación y cuidados de soporte en caso de que haya dependencia física y psíquica por la enfermedad—, por lo que los sistemas de salud deben ser capaces de cubrir esas necesidades. Existen múltiples dificultades de organización y coordinación entre la atención primaria y especializada, ausencia de información sobre los recursos, actualización médica y sensibilización social (Posada de la Paz, 2008).

A pesar de las dificultades ya descritas, considero que la más grave es la ausencia de la clasificación única internacional de enfermedades raras, ya que sin ella se complica el diagnóstico y seguimiento de estas afecciones. De acuerdo con Posada de la Paz (2008), al no existir una fuente común de información, no existe coherencia, los datos epidemiológicos se encuentran dispersos y no se pueden aplicar de forma eficiente políticas de salud, lo cual limita a los sistemas sanitarios, ya que no se categorizan estas enfermedades ni mucho menos se asignan los recursos necesarios.

A fin de ejemplificar el impacto de las enfermedades raras en los sistemas de salud, en el Hospital Sant Joan de Déu de Barcelona, los pacientes con enfermedades raras representan el 9,4% del total de la población hospitalaria. Pese a esta reducida cifra, consumen el 35% del presupuesto hospitalario. Es decir, es cinco veces mayor el gasto de pacientes afectados por enfermedades raras que por comunes (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España, 2020).

Por todas estas razones es necesario que se creen redes asistenciales y centros de referencia que brinden una atención más especializada según la necesidad del paciente, al mismo tiempo que se mejore la gestión de medicamentos huérfanos y el conocimiento científico alrededor de ellos, lo que mejoraría la calidad de vida de muchos pacientes. Si no se implementan modelos de gestión que permitan manejar estas situaciones, ello impactaría de forma negativa en los pacientes y en los propios sistemas de salud (Posada de la Paz, 2008).

3.6.2 Barreras económicas y de acceso

No es de conocimiento ajeno que las barreras económicas y de acceso están presentes tanto en medicamentos comunes como huérfanos. No obstante, estas barreras no son las mismas a nivel mundial; se pueden acentuar más en algunas naciones que en otras, debido a sus necesidades y a su contexto social, político y económico. Mientras que en los países desarrollados las políticas públicas y los sistemas de salud pueden mitigar de forma parcial estas dificultades, en los países en desarrollo las limitaciones son más marcadas. Particularmente, las enfermedades huérfanas tienen un impacto crítico en las barreras económicas y de acceso por los argumentos ya señalados en los apartados anteriores. A continuación, señalo las barreras económicas que tienen que enfrentar los países en desarrollo para el acceso a medicamentos comunes y huérfanos (Herrera Sierra, 2013):

- I. Insuficiente inversión de investigación y desarrollo: afecta especialmente a países menos desarrollados, y ello se refleja en que la capacidad de desarrollo de nuevos medicamentos se ve afectada, ya que es prioritaria la atención de necesidades básicas sanitarias con respecto a la inversión de desarrollo de nuevos medicamentos.
- II. Modelos de incentivos inadecuados: en los países menos desarrollados no hay un marco jurídico de incentivos para la investigación en enfermedades raras o desatendidas; ejemplo de ello es el Perú, que no cuenta con incentivos regulatorios para las compañías ni mucho menos un sistema de patentes farmacéuticas que ofrezca beneficios para promover la innovación, es decir, que no hay promoción de la inversión de medicamentos para estas enfermedades.
- III. Concentración de empresas farmacéuticas: muchas compañías han decidido seguir el modelo de fusiones y adquisiciones que representan una reducción en la competencia y en la investigación de medicamentos, con un claro aumento de los precios.
- IV. Poca inversión en investigación y desarrollo: en 2020, el Perú invirtió en este rubro el 0,17% de su producto interno bruto (PIB) (Grupo Banco Mundial, s.f.). Esto es un ejemplo de la reducida inversión que realizan determinados países y que, en consecuencia, no facilitan el acceso a medicamentos.

Por otro lado, tenemos las barreras de acceso a medicamentos (Herrera Sierra, 2013), a saber:

- I. Falta de medicamentos para enfermedades raras o desatendidas: debido a la baja rentabilidad de medicamentos para este tipo de enfermedades, existe una escasez de estos medicamentos, lo cual deja a muchos pacientes sin recibir tratamientos efectivos.
- II. Dominio de medicamentos genéricos en el mercado: existen muchos medicamentos genéricos para tratar enfermedades comunes que reducen las chances de desarrollo o creación de nuevos medicamentos para tratar enfermedades raras, haciendo aún más difícil el tratamiento de los pacientes que las padecen.
- III. Escasa investigación en las necesidades locales: en ciertos países en desarrollo, existen algunas enfermedades prevalentes que afectan a sectores de esas poblaciones, pero no hay inversión suficiente en la investigación de esas afecciones, lo que representa una brecha en el acceso a medicamentos por el escaso retorno de la inversión.
- IV. Desigualdad en distribución y acceso: pese a la disponibilidad de medicamentos, muchos sistemas de salud no poseen la infraestructura para garantizar la distribución equitativa, puesto que la carencia de centros de salud, hospitales, personal médico y la logística ineficiente hacen más complicado su acceso (Pogge, 2005).
- V. Dependencia de importaciones y licencias obligatorias: debido a la débil infraestructura de la industria farmacéutica, muchas naciones en desarrollo recurren a la importación de medicamentos o a las licencias obligatorias de patentes para la producción de medicamentos genéricos, que muchas veces no son bien recibidos por la industria farmacéutica (Fisher, 2001).

Aunque las barreras económicas y de acceso son más evidentes en los países en desarrollo, los países desarrollados también enfrentan desafíos significativos, que a continuación detallo:

- I. Precios altos: las patentes incentivan a la innovación, pero también permiten el establecimiento de precios elevados que incluso pueden dificultar el acceso por parte de personas que cuentan con un seguro de salud (Kapczynski, 2012).

- II. Falta de competencia: existen muchos medicamentos que no poseen empresas competidoras debido a la estrategia de extensión de patentes conocida como *evergreening*, que retrasa la entrada de medicamentos genéricos al mercado (Fisher y Syed, 2017).
- III. Innovación vs. accesibilidad: Los altos costos son defendidos por las empresas farmacéuticas al alegar la gran inversión en investigación y desarrollo realizada, lo que es criticado debido a que ello puede ser cubierto por fondos públicos. Esto representa una estrategia de maximización de costos más que de recuperación de inversión (Kapczynski, 2012).

3.7 Importancia de estrategias de propiedad intelectual

En un contexto donde se involucra el derecho a la salud, es inevitable no pensar en un conflicto de derechos por el acceso a medicamentos. Ello, debido a que el uso de las patentes se basa en un sistema de promoción e innovación de conocimientos que le brinda al desarrollador de un medicamento patentado una retribución económica en su beneficio, y que muchas veces puede atentar al derecho a la salud de los pacientes que no pueden acceder a ellos. A pesar de la situación descrita, tenemos dos aspectos —positivos y negativos— en cuanto a la acción de los Gobiernos. El primer escenario hace referencia a que los Gobiernos tienen la obligación de tomar medidas de acción suficientes a fin de garantizar el acceso a medicamentos. En el segundo, no deben imponer ningún tipo de barreras de acceso. No es necesario que brinden todas las facilidades para poder acceder, basta con que no pongan ningún tipo de obstáculo (Pinzón Camargo, 2008).

La acción de los Gobiernos involucra el uso de herramientas de propiedad intelectual (PI). En el sector farmacéutico, el sistema de patentes promueve la innovación en los inventores que, luego de su esfuerzo, dedicación e inversión, hacen posible que la sociedad se pueda beneficiar de sus inventos a cambio de un determinado precio y con la seguridad de que ningún otro competidor puede realizar acción alguna dentro del mercado debido a la exclusividad otorgada por un periodo de tiempo limitado. Por otro lado, mientras más largo es el periodo de exclusividad por la patente, mayor es la atracción de inversión en investigación y desarrollo. Pero ello tiene un lado

perjudicial para los consumidores, ya que los precios no podrán ser bajos mientras la patente esté vigente, por ello, el límite temporal de exclusividad ayuda a facilitar el acceso a estos tipos de productos (Lanjouw, 2003, p. 93).

Entonces, en este escenario resulta necesario entender por qué sería importante el uso de herramientas de PI que, combinadas con ciertos mecanismos, resultan en estrategias que aportan efectividad a dichas herramientas. Para ello resulta necesario explicar una fracción de la situación de acceso a medicamentos en los países de bajos ingresos en los cuales, por ejemplo, se pueden hallar ciertas enfermedades prevalentes que necesitan atención. En estas naciones, si bien poseen sistemas de patentes, no son suficientes para que las compañías farmacéuticas puedan recuperar su inversión. No obstante, de acuerdo con Lanjouw (2003, p. 101), si las patentes se combinan con mecanismos de atracción, como el uso de fondos de desarrollo internacionales, se puede compensar el costo de las patentes mediante apoyo económico por parte de estos organismos.

Asimismo, tenemos otro tipo de mecanismo, conocido como el modelo de “empuje”, que puede ser a simple vista negativo para los consumidores, ya que, mediante fondos públicos, se financia la investigación y desarrollo, y luego los consumidores tienen que pagar los precios exigidos por las compañías. Sin embargo, conforme a Lanjouw (2003, p. 101), ello puede ser beneficioso, ya que, si los fondos públicos solo cubren la inversión por la investigación básica y no todo el proceso de desarrollo, los beneficios que otorga la patente pueden cubrir el resto de la inversión en investigación y desarrollo.

Estos son algunos ejemplos de estrategias de PI que las empresas farmacéuticas han desarrollado para maximizar los beneficios de sus patentes y que los Gobiernos han respondido facilitando el acceso de medicamentos:

- I. *Evergreening*: es una estrategia que ha sido criticada debido a la extensión de la duración de protección del periodo original de 20 años. Un ejemplo de ello es la solicitud de nuevas patentes con pequeñas modificaciones en el método de administración o la formulación de la patente original. Otro ejemplo es el patentamiento de usos nuevos o combinaciones con otros medicamentos. Por último, se puede solicitar patentes múltiples en

varios países a fin de evitar que las versiones genéricas ingresen al mercado (Boldrin y Levine, 2008).

- II. Acuerdos de no competencia: tanto en la Unión Europea como en Estados Unidos, muchas empresas farmacéuticas han establecido este tipo de acuerdos con los desarrolladores de genéricos para evitar su entrada al mercado. Conocidos como *pay-for-delay*, son legalmente polémicos por obstrucción de la competencia y establecimiento artificial de precios altos (Sell, 2003).
- III. Licencias obligatorias: esta es una estrategia que representa una excepción en la exclusividad de las patentes, pero, debido al alto costo de medicamentos, algunas naciones como Brasil o India la han utilizado para facilitar el acceso del tratamiento contra el SIDA o el cáncer (Baker, 2004).
- IV. Alternativas al modelo tradicional de patentes: a cambio de ofrecer derechos exclusivos de patentes, los Gobiernos optan por ofrecer premios a los investigadores por el desarrollo de medicamentos. Además de ello, también se fomentan los modelos de acceso como *Medicines Patent Pool*, donde las empresas farmacéuticas de medicamentos innovadores pueden llegar a otros mercados mediante licencia de patente previa negociación con empresas desarrolladoras de genéricos, de esta manera, se garantiza el acceso de medicamentos (Gore, 2018).

Las estrategias de PI son necesarias a fin de no sólo garantizar el acceso de medicamentos, sino también para impulsar la inversión por parte de las empresas farmacéuticas que los desarrollan. Es claro que muchas veces estas estrategias no se pueden encontrar en las normas, sino que se han desarrollado a lo largo del tiempo y ante la ausencia de situaciones que permitan mantener y continuar con el ciclo de investigación y desarrollo de fármacos. Sea una droga común o huérfana, se van a hallar diferentes estrategias que impulsen su desarrollo y acceso, y son importantes debido a su finalidad.

4. Análisis de estrategias actuales para la protección de drogas huérfanas

4.1 Introducción

La gestión de la propiedad intelectual es esencial en la creación y comercialización de terapias innovadoras para enfermedades raras. Las patentes proporcionan una protección clave para las invenciones, abarcando aspectos como composiciones farmacéuticas, polimorfos, enantiómeros y métodos de preparación, lo que permite extender el alcance de los derechos exclusivos. Las reivindicaciones estratégicas, como las Markush y las de uso médico, ofrecen una cobertura adicional para asegurar la exclusividad del producto. Además, las estrategias contractuales y colaborativas, como los acuerdos de transferencia de tecnología y licenciamiento, facilitan la cooperación entre diferentes actores del sector. La aplicación de tecnologías avanzadas, como la inteligencia artificial en la gestión de patentes, junto con las asociaciones público-privadas, es esencial para acelerar la innovación y mejorar el acceso al tratamiento de enfermedades.

En ese sentido, en este apartado analizaré los aspectos patentables en productos farmacéuticos y cómo estos se relacionan con la redacción estratégica de las reivindicaciones a fin de mejorar su protección, así como los acuerdos contractuales y colaborativos y la aplicación de métodos innovadores relacionados con los avances tecnológicos recientes que ayudan a proteger estratégicamente este tipo de invenciones.

4.2 Patentes

Las drogas huérfanas como productos farmacéuticos son protegidas mediante patentes; no obstante, como fármacos se busca maximizar su protección para un mayor goce de exclusividad. Por esta razón, al redactar las reivindicaciones de este tipo de invenciones debe hacerse de forma estratégica, teniendo en consideración las restricciones legales de cada jurisdicción. Asimismo, se deben evaluar los aspectos patentables de este tipo de medicamentos teniendo en consideración sus componentes, que pueden ser objeto de patentes o no, dependiendo de su naturaleza. A continuación, veremos las particularidades del patentamiento en fármacos en general que se aplican en este tipo de drogas.

4.2.1 Reivindicaciones estratégicas para ampliar la protección

Las reivindicaciones son el corazón de la patente, ya que determinan su alcance y hasta dónde el inventor podrá ostentar su derecho de exclusividad. Además de las reivindicaciones, hay otras partes en la solicitud de patente que complementan la descripción de la invención. Al constituir un límite, lo usual es que se redacten muchas reivindicaciones; normalmente, la primera es la principal y las siguientes se subordinan a ella (Mitelman, 2021, p. 281).

Es la reivindicación principal la que define lo novedoso del invento, mientras que las siguientes detallan, describen y limitan, pero es necesario aclarar que no pueden ampliar su alcance (Mitelman, 2021, p. 284). El efecto principal de la patente es que el titular tiene el derecho de limitar acciones que afecten el exclusivo derecho de explotación de su invención; es ahí donde reside el poder de las reivindicaciones que definen el campo de protección de la patente (p. 320).

La doctrina de “reivindicación periférica” señala que las reivindicaciones establecen los límites exteriores de la protección por patente, mientras que el concepto de la invención se ve reflejado en las reivindicaciones, es decir, en qué consiste la invención. Como lo señalé previamente, no está permitido ampliar el alcance de la patente durante la redacción de las reivindicaciones, no obstante, al redactarlas, el objetivo principal es que sean lo suficientemente amplias para que protejan a los diferentes aspectos de la invención en diferentes grados de detalle. Sin embargo, si lo que se pretende evitar son futuros litigios que invaliden la patente, se prefieren reivindicaciones más específicas que generales o amplias que puedan ser fácilmente invalidadas. Por esta situación, se redactan reivindicaciones dependientes o secundarias que restringen el alcance por si las amplias resultan inválidas (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI], 2022, p. 41).

No obstante, en la redacción esto resulta complicado, ya que, por un lado, se busca la máxima protección, mientras que, por el otro, la no invalidación de las reivindicaciones al optar por algunas con alcance más restringido. Esto es porque, cuando se redacta la solicitud de patente, no se tiene en consideración todo el estado de la técnica, ya que esto es imposible. Al solicitar la patente, durante el trámite de

esta se puede saber que la invención no era tan novedosa, ya que en esa instancia se realiza una revisión exhaustiva. Aunado a ello, puede haber otros inventores que hayan solicitado patentes similares y ello podría generar la pérdida del requisito de novedad en la solicitud o dar lugar a cuestiones de doble patentamiento.⁵ Por estas razones, es necesario que se explique detalladamente cómo se realiza la invención con ejemplos prácticos que deriven de la idea principal. Asimismo, en las reivindicaciones se deben establecer límites claros sobre el alcance de la protección de la invención con un lenguaje claro y específico (OMPI, 2022, p. 43).

En el campo de la química y la farmacología, existen retos sobre cómo se pueden patentar ciertos tipos de invenciones, en específico, aquellos que se relacionan con productos farmacéuticos, ello es porque se debe definir bien la protección adecuada de estas invenciones mediante patentes. Los tipos de inventos a proteger pueden ser nuevas sustancias, métodos nuevos para obtener sustancias que ya son conocidas o nuevas aplicaciones para sustancias que ya se conocen. La interrogante para tener en consideración es si esas invenciones pueden ser objeto de patente, y la respuesta puede ser positiva o negativa dependiendo de si la legislación en materia de patentes del país donde se pretende patentar lo permite o no (Bercovitz, 1993, p. 181).

Por otro lado, en este tipo de patentes, una invención se puede referir a un gran número de compuestos químicos, lo que hace complicado el establecimiento del alcance de la patente.

Siendo así, en patentes que incluyan compuestos químicos relacionados a una familia de compuestos, el alcance de estas puede ser difuso porque hay otras sustancias dentro de esa familia que no podrían estar incluidas explícitamente en la patente, pudiendo suceder: (i) que un tercero pueda hacer uso de un compuesto que no esté incluido en el alcance de la patente; o (ii) que se pretenda patentar un compuesto similar, sin que haya infracción de la patente debido a que el alcance de la patente no es claro (Bercovitz, 1993).

5 Ocurre cuando se presentan múltiples solicitudes de patentes respecto a una misma invención, los solicitantes desconocen que terceros puedan solicitar patentes respecto a su invención debido a que la información no es publicada hasta después de 18 meses de la fecha de presentación.

En caso de que haya límites en la legislación de patentes sobre sustancias químicas o farmacéuticas, se puede patentar el procedimiento de obtención de esas sustancias. No obstante, existe una dificultad, ya que se debe describir el procedimiento de principio a fin, es decir, desde la obtención de la materia prima hasta la obtención del producto final; esto, para permitir que un experto en la técnica pueda reproducir el procedimiento y que se incluyan todas las posibles variantes. En caso de que la descripción no sea precisa y clara, el alcance se puede limitar o incluso invalidar (Bercovitz, 1993, p. 183).

La redacción de reivindicaciones para brindar estratégicamente mayor alcance de protección a todos los aspectos específicos y no específicos en una invención es definitivamente un arte, y lo es mucho más en medicamentos donde existen diversas formas de restricción legal para su patentamiento. Además, el establecimiento de límites claros y precisos resta alcance de protección y permite que los competidores puedan explotar una variación que no ha sido contemplada en la patente originaria, lo que coadyuva a la pérdida de competitividad comercial en el mercado de la invención.

4.3 Aspectos patentables en productos farmacéuticos

4.3.1 Composición farmacéutica

Se define a la composición farmacéutica como una mezcla de ingredientes activos (fármaco o principio activo) y otros componentes o excipientes (sustancias inactivas, como edulcorantes o colorantes) para ayudar a administrar el principio activo de forma eficaz. En el campo de las patentes farmacéuticas, muchas veces la novedad no reside en el principio activo, sino en cómo la composición o formulación hace más efectivo el medicamento, es decir, cómo, por ejemplo, ayuda a una mejor absorción o brinda mejor estabilidad (Correa, 2006, p. 37).

En ciertas jurisdicciones, las soluciones de eficiencia que otorgan las composiciones farmacéuticas se consideran carentes del requisito de actividad inventiva. Asimismo, se requiere que en las reivindicaciones se especifique el método por el cual la composición va a mejorar la forma de administración del medicamento para cumplir con dicho requisito (Correa, 2006).

4.3.2 Reivindicaciones de Markush

Las reivindicaciones de Markush son una forma de redactar una reivindicación de patente para proteger a una familia de compuestos químicos con estructura similar, pero con variantes, en una sola patente (Correa, 2006, p. 23). Estas estructuras químicas genéricas que contienen radicales representan varias alternativas de estos elementos químicos, es decir, son modelos generales que se pueden adaptar a diferentes opciones para proteger diversas variantes de una invención.

En determinados países, debido a su flexibilidad, el requisito de suficiencia de divulgación se podría ver comprometido al reivindicarse una fórmula Markush, ya que resultaría en una imposibilidad detallar todos los compuestos posibles que derivan de ella. Por esta razón, oficinas de patentes en determinadas jurisdicciones han propuesto ciertas medidas para acotar el alcance de protección (Correa, 2006, p. 24).

En otras regiones, para reivindicar las fórmulas Markush, generalmente se requieren varios ejemplos para respaldar un alcance amplio; un solo ejemplo puede ser adecuado si se proporciona información suficiente para que un experto pueda recrear la invención (Martin, 2023, pp. 58-59). Por otro lado, en otras naciones no se exigen ejemplos detallados, pero sí suficiente información a fin de cumplir el requisito de suficiencia (pp. 70-72).

4.3.3 Uso médico

El derecho de patente no sólo está circunscrito a un producto o método, sino también a los usos que se encuentran en productos nuevos o ya existentes. Se conoce como “primer uso” al destinado a un nuevo producto, mientras que, si se halla un nuevo uso para un producto ya existente, se le llama “segundo uso”. Este último tipo está basado en un producto que en general ya ha sido patentado previamente, por lo que debe ser novedoso e inventivo respecto de la patente base. Sólo se reivindica el nuevo uso, no el producto en sí que ha sido reivindicado en la patente base (Mitelman, 2021, p. 161).

En ese sentido, los nuevos usos se pueden representar en los siguientes supuestos: (i) un medicamento X que se usa para el trata-

miento de la enfermedad Y, hallándose con posterioridad un nuevo uso terapéutico W, que puede ser objeto de patente; y (ii) una sustancia K que es conocida mediante determinados procedimientos (Mitelman, 2021, p. 166), a la que posteriormente se le halla un uso terapéutico no antes conocido.

En ciertos estados, este tipo de aspectos patentables han sido catalogados como segundos usos no innovadores (Pérez Martínez, 2014, p. 186). A diferencia de dichas jurisdicciones, existen otras donde sí se permite patentar nuevos usos, pero se requiere que en las reivindicaciones no solo se redacte meramente como una mención al uso, sino que se señalen los pasos involucrados, debiendo cumplir con el requisito de suficiencia de divulgación (USPTO, s.f.-b).

4.3.4 Método de preparación

Las patentes farmacéuticas no solo protegen el producto final, sino también los métodos de fabricación del producto. En particular, el método de preparación es una invención secundaria descrita de forma específica para producir un medicamento o ingrediente activo. Por tanto, el objeto de protección radica en las mejoras del método de preparación (Pérez Martínez, 2014, p. 182). Con esto en consideración, es claro que, para ser patentable, el proceso debe cumplir con el requisito de actividad inventiva, es decir, que esa mejora en el método de preparación sea significativa e innovadora.

En ciertas regiones se solicita que se describan de forma clara los pasos del proceso sin limitarse solo a un uso o aplicación de algún intermediario o producto de partida. Si es novedoso el proceso, se debe detallar adecuadamente los pasos (USPTO, s.f.-a).

4.3.5 Estructuras derivadas del compuesto

Polimorfos

Los polimorfos son diversas formas cristalinas que pueden estar presentes en un mismo principio activo. Puede haber casos en los cuales, mientras se lleva a cabo el proceso de fabricación de medicamentos, podría surgir un nuevo polimorfo (Pérez Martínez, 2014, p. 181).

En ciertas jurisdicciones no se considera a los polimorfos como

objeto de patentes —por su naturaleza— al ser descubrimientos. No obstante, si es que fueron obtenidos mediante procedimientos que cumplan los requisitos de patentabilidad, podrían patentarse dichos procedimientos de obtención, no el producto de estos —los polimorfos *per se*— (Correa, 2006, p. 27).

Por otro lado, de acuerdo con la normativa de otras jurisdicciones, un polimorfo puede ser reivindicado por su forma cristalina particular, solubilidad o cualquier propiedad física que lo distinga, siempre que la descripción sea suficiente (USPTO, s.f.-c).

Enantiómeros

Se conocen como enantiómeros a las moléculas quirales, imágenes que se reflejan entre sí como manos humanas. Poseen propiedades físicas idénticas, pero se diferencian en que pueden rotar la luz de forma diferente (Pérez Martínez, 2014, p. 182). Estas moléculas pueden mezclarse en cantidades iguales, originando mezclas racémicas que pueden encontrarse en compuestos activos de medicamentos. Uno de estos enantiómeros en la mezcla racémica puede tratar la enfermedad, mientras que el otro puede ser peligroso o inactivo. Según la normativa local de ciertas jurisdicciones, no se consideran patentables los enantiómeros activos en mezclas racémicas por falta de novedad, o, si se realiza la separación del otro enantiómero inactivo, dicha acción no satisface el requisito de actividad inventiva (Correa, 2006, p. 32-33).

En otros territorios, se pueden patentar describiendo su estructura o sus propiedades distintivas, como la actividad óptica. La descripción debe ser lo suficientemente clara para que se pueda identificar el enantiómero según sus características, como la rotación óptica (USPTO, s.f.-c).

Sales

Las sales son compuestos químicos que se usan para mejorar la estabilidad, la biodisponibilidad —capacidad de un fármaco de ser absorbido y utilizado por el cuerpo—, la facilidad de fabricación y la administración del medicamento (Correa, 2006, pp. 32-33).

En ciertos territorios, se otorgan patentes secundarias sobre variaciones de un fármaco patentado. Es decir, se podría conceder una patente sobre una nueva sal en una misma molécula, ya que brinda

propiedades mejoradas —como, por ejemplo, mejor estabilidad o solubilidad—, debiendo dichas propiedades cumplir con los requisitos de patentabilidad (Pérez Martínez, 2014, p. 181).

En otras jurisdicciones, sí se puede patentar en caso de que se describa adecuadamente su estructura química o propiedades. Lo importante es que la descripción le permita a un experto en la materia identificar y reproducir la invención sin dificultad (USPTO, s.f.-c). En contraste con lo mencionado en el párrafo anterior (patentes secundarias por variaciones de fármacos conocidos), en algunas jurisdicciones las nuevas sales de compuestos ya conocidos no resultan patentables, ya que consideran que una nueva sal no es novedosa frente al compuesto base previamente conocido. Estas jurisdicciones sostienen que la diferencia entre la sal y el compuesto original no constituye un avance técnico significativo.

Éteres y ésteres

Son compuestos químicos usados en productos farmacéuticos, que pueden optimizar la seguridad o eficacia del medicamento. Asimismo, suelen ser más solubles en lípidos que otras formas químicas (Correa, 2006, p. 35). Bajo ciertas regulaciones de patentes, la preparación de estos compuestos no cumple con el requisito de actividad inventiva. No obstante, otras jurisdicciones no restringen el patentamiento de estos compuestos, en tanto que la descripción en las reivindicaciones sea proporcionada adecuadamente y pueda identificarse el compuesto en función a sus características (USPTO, s.f.-c).

4.4 Estrategias contractuales y colaborativas

El desarrollo de medicamentos huérfanos puede impulsarse mediante el uso de estrategias contractuales y colaborativas como acuerdos de transferencia de tecnología y acuerdos de licencia, que se presentan como mecanismos alternativos para fomentar la innovación, garantizar el acceso a tecnologías existentes y maximizar los recursos disponibles. Estos acuerdos les permiten a las compañías y a otras instituciones colaborar de manera efectiva, compartir riesgos y beneficios y acelerar el proceso de investigación y desarrollo en el ámbito de estos medicamentos.

4.4.1 Acuerdos de transferencia de tecnología

La transferencia de tecnología es un proceso sistemático mediante el cual se transmiten conocimientos y experiencia que se han documentado durante el desarrollo o comercialización de productos (Premier Consulting, 2021). No obstante, no se limita al conocimiento inmaterial; pueden ser transferidos objetos materiales como equipos de laboratorio de investigación o plantas de producción, que pueden ser cedidos mediante diversos medios como acuerdos de licencia. En la industria farmacéutica se requiere cumplir con ciertas condiciones para que se garantice una eficaz transferencia de tecnología, como el apoyo gubernamental en el desarrollo tecnológico, las regulaciones internacionales en calidad y seguridad, contar con mano de obra capacitada para la adopción de nuevas tecnologías, un mercado atractivo para la inversión, estabilidad política y económica que genera confianza en los inversores y un régimen de derechos de propiedad intelectual sólido (OMPI, 2024).

Asimismo, en el sector farmacéutico hay dos enfoques de transferencia de tecnología: (i) a nivel organizacional, que ocurre entre empresas; o (ii) a nivel de instituciones de investigación y desarrollo (I+D), en universidades y centros de investigación. Se toma en consideración el flujo de conocimiento entre empresas e instituciones, el licenciamiento de tecnologías y las alianzas estratégicas para la comercialización y el desarrollo de innovaciones. Esto ayuda a fomentar la innovación y el desarrollo tecnológico (Sánchez Regla et al., 2019). Por tanto, el desarrollo de un medicamento huérfano se puede realizar mediante un acuerdo de transferencia de tecnología. Este tipo de acuerdos constituyen colaboraciones entre empresas, empresa y autoridad estatal o empresa y centro de investigación/universidad.

Por ejemplo, una compañía farmacéutica F que desea producir un medicamento huérfano C, ya que no cuenta con los recursos suficientes para escalar su fabricación a nivel comercial, puede contar con la ayuda de una compañía farmacéutica G a fin de que colabore con esta etapa de desarrollo, debido a que ellos sí cuentan con los recursos necesarios para su desarrollo. La compañía F puede transferir a la compañía G el proceso de manufactura, *know-how* o materiales para que complete dicha etapa de desarrollo de este medicamento.

Ahora bien, en la celebración de este tipo de acuerdos se prioriza la defensa de la propiedad intelectual del medicamento C, invención de la compañía F. En vista de la transferencia de activos, por acuerdo de las partes pueden concertar no utilizar el *know-how* transferido a fin de producir otro tipo de medicamentos diferentes a C.

Asimismo, al lado de este acuerdo base se suscribe un acuerdo de confidencialidad con la finalidad de resguardar información clave de otras compañías, ya que no se debe divulgar información catalogada como confidencial antes, durante y luego de la realización de la fabricación del medicamento C por parte de la compañía G. Como mencioné, los medicamentos huérfanos tienen que atravesar un mayor escrutinio para su aprobación con las autoridades reguladoras, entonces, la compañía F debe asegurarse que la producción del medicamento C cumpla con los estándares de calidad necesarios solicitados mientras la compañía G lo produce a nivel comercial.

4.4.2 Acuerdos de licenciamiento

Muchos de los productos farmacéuticos provienen de contratos de licencia, ya que con estos se accede, desarrollan y comercializan tecnologías, productos y patentes. Constituyen formas de estrategia y relaciones comerciales que muchas compañías a menudo licencian compuestos farmacéuticos o procesos de fabricación de otras empresas, universidades o centros de investigación. Estos acuerdos de colaboración son fundamentales para el desarrollo de nuevos medicamentos.

Debido a la naturaleza de los productos de este tipo de acuerdos, estos deben cumplir con normativas de propiedad intelectual, regulación sanitaria y acuerdos comerciales internacionales, ya que, si ello no es así, la inversión en investigación y desarrollo sería riesgosa (World Intellectual Property Organization, 2009, pp. 188-189).

En los contratos de licencia se definen cláusulas de exclusividad, territorio, restricciones de uso y sublicencias, entre otras. De este acuerdo pueden incluirse otros complementarios, como cuando ambas partes van a colaborar para la investigación del producto, encomendar la fabricación a un tercero o la licencia comercial para extender su distribución en otros mercados (WIPO, 2009, pp. 188-189).

Los acuerdos de licencia representan una estrategia para muchas

compañías farmacéuticas que consideran licenciar sus derechos de propiedad intelectual a fin de poder obtener regalías en determinados territorios. Para graficar mejor este enunciado, a continuación se da un ejemplo: están la compañía A (licenciante) y la compañía K (licenciataria). La licenciante ha desarrollado un medicamento X capaz de tratar una enfermedad rara que afecta a un sector ínfimo de la población, no obstante, no cuenta con los recursos para comercializarlo en los territorios M y N. Por ello, entra en contacto con la licenciataria K, que posee los recursos suficientes en dichos territorios. Ambas partes acuerdan que los derechos de propiedad intelectual serán exclusivos para la compañía K en esos territorios a cambio de un monto dinerario por concepto de anticipo. Posteriormente, la compañía A podrá recibir pagos por hitos basados en logros de desarrollo, regulatorios y comerciales, así como regalías escalonadas o ventas netas futuras. Esto representa un acuerdo estratégico para ambas partes que, conforme a su libertad de contratar, pueden adoptarlo ajustándolo a sus propios intereses.

5. Innovaciones en el manejo de la propiedad intelectual

5.1 Introducción

En la protección de patentes de drogas huérfanas, se pueden aplicar herramientas no tan tradicionales, como los modelos de inteligencia artificial para realizar vigilancia tecnológica. Se considera también el uso de consorcios de patentes (*patent pools*) a fin de facilitar el desarrollo de productos farmacéuticos.

5.2 Aplicación de la inteligencia artificial en la gestión de patentes

En la actualidad, se aplica la inteligencia artificial en varias etapas del ciclo de vida de las patentes: desde la clasificación, valoración y generación de patentes, hasta la búsqueda de patentes y su evaluación de calidad. Esta herramienta está facilitando tareas que tradicionalmente eran muy laboriosas, pero aún existen desafíos técnicos que requieren más investigación, como la integración de diferentes

tipos de datos y la mejora en la precisión y creatividad de los modelos generativos. Siendo también importante la supervisión humana para evitar errores. Por ejemplo, los modelos de IA como BERT, MSABERT y GPT-2 son utilizados para gestionar patentes (Shomee et al., 2024).

Cualquier compañía o institución que cuente con patentes debe realizar vigilancia tecnológica, es decir, una revisión constante de bases de datos oficiales gratuitas y no gratuitas, por ejemplo, Patentscope, Espacenet o Google Patent, así como las gacetas públicas de las oficinas de patentes alrededor del mundo. Para coadyuvar a este objetivo, se puede realizar la creación de una base de datos de competidores en mercados donde posee o no patentes. Fuera de ello, es crucial que haya colaboración con el departamento de I+D en las compañías para la investigación de nuevas tecnologías y el mejoramiento del procedimiento patentado, lo que puede brindar una ventaja competitiva constante.

En ese sentido, los titulares de patentes de medicamentos huérfanos, por ejemplo, pueden hacer uso de los modelos de IA —en caso de que sus funciones lo permitan— para ejecutar acciones de vigilancia tecnológica a fin de poder hacer un monitoreo sistemático, análisis de información y generación de informes de resultados.

5.3 Colaboración público-privada y alianzas estratégicas en el desarrollo de drogas huérfanas

Las asociaciones público-privadas de desarrollo de productos se destacan con un enfoque innovador en la creación, desarrollo y distribución de productos farmacéuticos, medicamentos y vacunas, especialmente en países en desarrollo. Estas asociaciones combinan los recursos y capacidades de los sectores público y privado para mejorar el acceso a medicamentos en regiones con recursos limitados (Oehler, 2007).

Los consorcios de patentes son acuerdos voluntarios entre varios propietarios de patentes para intercambiar y licenciar sus derechos de propiedad intelectual, reduciendo costos de transacción y facilitando la transferencia de tecnología. Estos acuerdos incluyen un marco común para sublicenciar la propiedad intelectual agrupada a

terceros, con un esquema acordado de precios y distribución de regalías. A diferencia de los acuerdos de licencia cruzada,⁶ los consorcios de patentes les permiten a los propietarios de patentes licenciar sus tecnologías a terceros que no contribuyen con patentes al *pool* (Kratzger y Kowalski, 2007).

Aunque aún no existen consorcios de patentes dedicados al descubrimiento de medicamentos para enfermedades comunes, raras o desatendidas, algunos consideran que este enfoque podría ser útil en el futuro. En el contexto actual de la industria farmacéutica, un consorcio de patentes podría acelerar y abaratar el proceso de desarrollo de fármacos, especialmente las sustancias químicas que no fueron exitosas en pruebas previas podrían ser reevaluadas dentro de estos consorcios (Muthyala, 2011).

6. Propuestas y estrategias para incentivar el desarrollo de drogas huérfanas

6.1 Introducción

En este apartado formularé propuestas y estrategias para mejorar la protección de medicamentos huérfanos.

En relación con las propuestas formuladas, el enfoque se centra en los beneficios regulatorios que podrían funcionar como mecanismos para incentivar el desarrollo de estos fármacos, evaluando la posibilidad de su integración al sistema de patentes. Asimismo, analizo las estrategias de protección de patentes que las compañías farmacéuticas emplean para gestionar sus portafolios de patentes, con el objetivo de maximizar la protección de sus invenciones.

6 Es un acuerdo entre dos o más partes donde se otorgan mutuamente el derecho de usar, fabricar, vender o importar productos o servicios que están cubiertos por sus respectivas patentes.

6.2 Integración entre la exclusividad regulatoria y la protección por patentes

6.2.1 Extensión del plazo adicional de patentes por mejoras o beneficios adicionales del fármaco

Existe una superposición entre la exclusividad regulatoria comercial que otorgan las agencias regulatorias y la exclusividad derivada de las patentes, lo cual hace que se desperdicie el plazo de exclusividad comercial. Ello es importante, porque la exclusividad regulatoria comercial normalmente rige en el desarrollo del medicamento, momento en el cual aún no se ha iniciado su plena comercialización. A esto se suma que, una vez aprobada la comercialización, las compañías requieren un tiempo adicional para el escalado comercial y la llegada efectiva del producto al mercado, lo cual reduce aún más el tiempo real en el que pueden beneficiarse de dicha exclusividad. Por ello, la exclusividad regulatoria no tendría que superponerse con la exclusividad comercial que otorgan las patentes. Lo propuesto sería que se otorgue una extensión adicional de las patentes mediante mejoras o beneficios adicionales que pueda otorgar el fármaco para un efectivo goce de la exclusividad de patentes. En cambio, aquellas compañías que no presenten tales avances en el fármaco recibirían una extensión menor que la concedida a las compañías que sí las desarrollen.

6.2.2 Prolongación adicional por mejoras de tratamientos existentes de enfermedades raras

Se podrían brindar extensiones adicionales de exclusividad comercial —de parte de la autoridad regulatoria o de la autoridad de propiedad industrial (oficina de patentes)— para aquellos desarrolladores que no solo creen los medicamentos huérfanos, sino que mejoren los tratamientos existentes de enfermedades raras; esto, a largo plazo, puede mejorar la calidad de vida de muchos pacientes. Si bien en determinadas jurisdicciones se pueden patentar métodos de tratamiento, en otras no, por lo que esta propuesta se podría aplicar en territorios donde ello no es posible.

6.2.3 Otorgamiento parcial de incentivos financieros a cambio de periodo de exclusividad comercial

Las facilidades como incentivos o créditos fiscales —ayuda financiera en particular— que otorgan las autoridades regulatorias podrían integrarse con la exclusividad que conceden las patentes. Por ejemplo, podría brindarse solo la mitad de estos incentivos financieros a cambio de un periodo de exclusividad de patentes más prolongado. Esto no solo ayudaría a reducir los costos de los medicamentos pese a la baja demanda, sino que también alentaría el desarrollo de estos fármacos, teniendo en consideración que la fijación de precios va a depender de las empresas desarrolladoras. No obstante, si se ofrecen este tipo de incentivos adicionales, se reducirían los costos de producción, lo que, en consecuencia, podría impactar en el precio final del producto.

6.2.4 Ampliación del plazo de vigencia de patentes en caso de demoras significativas en las etapas de investigación y desarrollo

Si bien existen incentivos por investigación y desarrollo que proporcionan ciertas autoridades regulatorias, se podría también extender la exclusividad de patentes por un cierto periodo de tiempo en caso de que las etapas de investigación y desarrollo se excedan más de lo normal, lo cual es común en el desarrollo de drogas huérfanas. Asimismo, ello se puede aplicar también en caso de que no se califique a estos incentivos o si es que la autoridad regulatoria no los ofrece.

6.2.5 Asignación de bonos dinerarios por la exitosa conclusión de la fase preliminar de ensayos clínicos

Aunque esto no es tan directo, puede evaluarse la posibilidad del otorgamiento de bonos dinerarios a aquellos desarrolladores que concluyan con éxito la fase preliminar de los ensayos clínicos, de esa manera, podría solventarse de forma parcial o total el resto de las etapas de desarrollo del medicamento huérfano sin que se remueva la exclusividad comercial regulatoria y la exclusividad por patente.

6.2.6 Capacitación a las compañías farmacéuticas brindada por la autoridad regulatoria o de propiedad industrial

Debido a que se espera que una invención cumpla con el requisito de aplicación industrial, considero que tanto las autoridades regulatorias como las de propiedad industrial (oficinas de patentes) pueden capacitar y brindar el conocimiento necesario mediante su personal en compañías farmacéuticas que desarrollan medicamentos huérfanos para llevar a cabo una transición exitosa a la fase comercial, pudiendo, de ser el caso, que su participación también se considere luego de esta fase.

6.2.7 Implementación del mecanismo de revisión adicional

En determinados países, la exclusividad comercial regulatoria cuenta con la ventaja de que no se concede autorización comercial a medicamentos similares para la misma indicación del medicamento huérfano original. La propuesta sería que las oficinas de patentes implementen un mecanismo de revisión adicional cuando se presente una solicitud de patente dirigida a un medicamento similar dentro de los dos años posteriores a la designación huérfana del medicamento original. Este mecanismo consistiría en: (i) evaluar si el fármaco cumple con los requisitos de patentabilidad; (ii) consultar a la autoridad regulatoria si el nuevo fármaco afectaría la exclusividad comercial del medicamento huérfano original; y (iii) informar al titular del medicamento huérfano original que se ha presentado una solicitud de patente dirigida a un medicamento similar. Si bien podría asemejarse al sistema de *linkage*, no lo es formalmente, ya que no impide la concesión de la patente ni la aprobación regulatoria. En ese sentido, podría aplicarse en jurisdicciones que no contemplan actualmente el *linkage*, a fin de no restringir la innovación de medicamentos huérfanos.

6.2.8 Ampliación del plazo de exclusividad comercial regulatoria ante concesión de patentes sobre nuevos usos del medicamento huérfano original

La exclusividad comercial regulatoria está alineada con la indicación

del medicamento, es decir, no impide que otras compañías patenten y comercialicen el mismo principio activo para usos distintos no relacionados con la enfermedad rara, por lo que, según la normativa vigente en cada jurisdicción, podría evaluarse una modificación que permita extender el periodo de exclusividad comercial regulatoria cuando terceros obtienen patentes sobre nuevos usos del medicamento, siempre que dichos usos no estén vinculados al tratamiento de la enfermedad rara.

6.2.9 Prolongación del plazo de vigencia de patentes de medicamentos huérfanos tras la concesión de designación huérfana

Finalmente, considero que se podría evaluar otra modificación en la normativa de patentes —según la jurisdicción correspondiente—, pudiéndose contemplar la posibilidad de otorgar una extensión del plazo de vigencia de las patentes de medicamentos huérfanos, siempre que el medicamento haya sido designado como “huérfano” por la autoridad regulatoria. Cabe precisar que, si bien se brindan extensiones por demoras en los procesos de aprobación regulatoria o extensiones por demoras en los procesos de trámite de solicitudes de patentes por parte de las oficinas de patentes, la medida propuesta podría aplicarse de forma adicional.

6.3 Gestión estratégica del portafolio de patentes para evitar crear estado del arte previo

6.3.1 Codesarrollo y patentes compartidas

Se pueden fomentar las patentes compartidas, es decir, las compañías farmacéuticas podrían suscribir acuerdos de codesarrollo con centros de investigación o universidades para el desarrollo de drogas huérfanas. Para ello, debe realizarse un esfuerzo conjunto a fin de que se planifique una cartera de patentes para no crear un estado del arte previo. De esa manera, las invenciones son compartidas y se ayuda a asegurar que se registren de forma adecuada.

6.3.2 Protección de aspectos complementarios

Las empresas farmacéuticas pueden hacer uso de patentes de aspectos complementarios —como, por ejemplo, la administración, el diagnóstico o los dispositivos médicos que se relacionan con los medicamentos huérfanos—, dependiendo de la jurisdicción donde pretendan patentarse estas tecnologías, a fin de no formar parte del estado del arte previo y añadir valor al medicamento huérfano.

6.3.3 Acuerdos de licencia de distribución y fabricación

Otra posibilidad para tomar en consideración es la concesión de licencias de tecnología en torno a un medicamento patentado, que, como señalé anteriormente, es una forma de optimizar recursos y no perder el valor de la inversión que se realiza, especialmente por falta de determinados recursos en la investigación y desarrollo de productos farmacéuticos. Es común que las compañías farmacéuticas establezcan este tipo de alianzas mediante acuerdos de licencia para facilitar el desarrollo o la distribución de medicamentos huérfanos. La distribución de derechos y obligaciones en estos acuerdos es determinada por cada parte, así como la fijación de sus propios intereses contractuales. Sin embargo, estos acuerdos ayudan al retorno de la inversión realizada sobre el medicamento huérfano.

6.3.4 Patente sobre nuevo mecanismo de acción

Esta propuesta está más orientada a la parte técnica del medicamento, esto es, las patentes de medicamentos huérfanos podrían enfocarse en los nuevos mecanismos de acción, es decir, teniendo sus efectos terapéuticos en el cuerpo humano para luchar contra las enfermedades raras, pero no de una forma tradicional. En caso de que un desarrollador pueda descubrir esto, podría evitar la creación de un estado del arte previo y así asegurar el patentamiento del medicamento.

6.3.5 Patente de métodos innovadores en el desarrollo de drogas huérfanas

En algunas jurisdicciones, se permite proteger los métodos innova-

dores durante el desarrollo de medicamentos huérfanos que brindan ciertas ventajas —como plataformas tecnológicas— para el estudio de enfermedades raras, que, si bien no evitan la creación de un estado del arte previo, podrían compensar a la empresa desarrolladora en caso de que otras compañías hagan uso de esos métodos para el desarrollo de cualquier otro tipo de fármacos.

6.3.6 Uso de patentes divisionales

Según el territorio donde se pretenda patentar el medicamento huérfano, se puede hacer uso de las patentes divisionales para proteger diferentes aspectos de una invención sin que formen parte del estado del arte previo. De esa forma, se puede realizar un control más preciso sobre la cobertura de protección que se le puede otorgar a la invención.

6.3.7 Reivindicación de usos terapéuticos según jurisdicción

Por último, en la solicitud de patente de medicamentos huérfanos se pueden reivindicar varios usos terapéuticos —entre ellos, el uso huérfano—, siempre que se cumplan los requisitos de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial. Debido a que la exclusividad huérfana que otorgan las agencias reguladoras es restrictiva, ya que se aplica solo a la indicación huérfana, resultaría una posibilidad de medida eficiente para la gestión en el portafolio de patentes de las empresas farmacéuticas a fin de proteger su invención de forma integral.

7. Aplicación concreta de las propuestas y estrategias

7.1 Caso hipotético para la aplicación de las propuestas de integración entre la exclusividad regulatoria y la protección por patentes

La compañía Farmacel descubrió, en el año 1996, el compuesto activo A capaz de tratar la enfermedad rara T, de muy baja prevalencia a nivel mundial. A raíz de ello, solicitaron una patente. Transcurrieron aproximadamente cuatro años entre el descubrimiento y la realización de los estudios preclínicos. Luego de ocho años, se llevaron a cabo los es-

tudios clínicos, y en el décimo año desde el descubrimiento, Farmacel solicitó ante la autoridad regulatoria la designación de medicamento huérfano para Kokocel (nombre comercial), el cual fue aprobado dos años después. En 2010, se obtuvo la autorización de comercialización en un territorio de interés comercial. La patente fue concedida previamente a la autorización regulatoria, pero su plazo de protección coincide con la exclusividad comercial otorgada por la autoridad regulatoria. Posteriormente, otras compañías solicitaron el registro de patentes de nuevos usos de Kokocel. En 2016, la patente de Kokocel expiró.

Del supuesto anterior se puede advertir que el goce efectivo del plazo de vigencia de la patente de Kokocel es de seis años y la exclusividad comercial regulatoria es de tres años.⁷

Teniendo todo ello en consideración, a continuación explicaré cómo podrían aplicarse las estrategias propuestas al caso concreto.

7.1.1 Otorgamiento de plazos adicionales

- En caso de que Farmacel encuentre una mejora adicional que pueda otorgar Kokocel, podría extenderse la vida de la patente por un plazo adicional —según los criterios de la jurisdicción donde se haya solicitado— por aproximadamente cinco años,⁸ lo que provocaría que no haya una superposición con la exclusividad comercial regulatoria.
- De la misma forma, se daría protección adicional en caso de que Farmacel encuentre mejoras del tratamiento existente de la enfermedad rara T.
- Debido a que se han concedido patentes sobre nuevos usos de Kokocel por parte de otras compañías, al otorgarse a Farmacel una ampliación del plazo de exclusividad regulatoria, daría mayor margen de protección.

7 La exclusividad comercial regulatoria rige desde 2010, que se sobrepone con la protección otorgada por la patente entre el periodo que va de 2010 a 2016, por lo que sólo el periodo de tres años del total de exclusividad comercial —varía de siete a diez años según jurisdicción— puede ser efectivamente aprovechado.

8 El plazo de cinco años señalado es un supuesto y, conforme a la propuesta de extensión del plazo adicional de patentes por mejoras o beneficios adicionales

- Al ser Kokocel un medicamento designado huérfano, se le otorga una prolongación del plazo de vigencia de su patente, lo que le brinda tiempo de exclusividad en el mercado.

7.1.2 Incentivos financieros parciales y ampliación del plazo de vigencia de patentes

- Debido a que Kokocel es un medicamento huérfano, Farmacel es acreedor de incentivos financieros, por ello, podría recibirlos de forma parcial a cambio de una ampliación del plazo de vigencia de su patente.
- Farmacel tardó aproximadamente más de once años en el desarrollo de Kokocel, por lo que una ampliación en el plazo de vigencia de patentes sería beneficiosa debido a que la demora en la investigación y desarrollo fue significativa.

7.1.3 Otorgamiento de bonos dinerarios y capacitación a compañías farmacéuticas

- Debido a que Farmacel ha concluido de forma exitosa la fase preliminar de ensayos clínicos, puede ser beneficiaria de bonos dinerarios, lo que la ayudaría al retorno de su inversión por el desarrollo de Kokocel.
- Mientras Farmacel realizaba el desarrollo de Kokocel, ha encontrado diversos obstáculos para llevar el medicamento a la fase comercial, por lo que, al recibir capacitación de parte de la autoridad regulatoria o de la autoridad de propiedad industrial, los ayudó a tener una transición exitosa en esa fase.

7.1.4 Mecanismo de revisión adicional

- Finalmente, cuando Kokocel obtuvo su designación huérfana, otras compañías presentaron patentes similares. Por esta razón, al contar la oficina de patentes con el mecanismo de revisión adicional, se ayuda a evitar conflictos regulatorios y se fortalece

del fármaco, podría variar para cada caso particular.

la protección efectiva de Kokocel, sin impedir que se realicen mayores innovaciones en el tratamiento de la enfermedad rara T.

7.2. Caso hipotético para la aplicación de las estrategias de gestión del portafolio de patentes para evitar crear estado del arte previo

La Compañía FarmaX descubrió un compuesto activo con potencial para tratar la enfermedad rara Z. Sin embargo, debido a la complejidad del proceso de investigación y desarrollo, considera pertinente establecer alianzas con otras entidades especializadas en el desarrollo de fármacos para avanzar en la fabricación del medicamento.

7.2.1 Acuerdo de codesarrollo del medicamento huérfano K

Partes intervinientes:

- Compañía FarmaX (titular de los derechos sobre el compuesto activo del medicamento huérfano K).
- Universidad Nacional L (titular de las invenciones relacionadas a biomarcadores diagnósticos).
- Centro de Investigación de Enfermedades Raras (titular de los dispositivos de administración desarrollados).

7.2.2 Aspectos complementarios

A fin de proteger de forma integral el medicamento K, se pueden proteger los aspectos complementarios de la siguiente manera, dependiendo de la jurisdicción:

- Método de diagnóstico para Z.
- Forma especial de administración del medicamento K.
- Dispositivo médico que mejora el efecto del medicamento K.

7.2.3 Acuerdos de licencia

Debido a la necesidad de adquisición del medicamento K en otros territorios, se negocian acuerdos de licencia:

- Europa: licencia no exclusiva para la fabricación del medicamento K para fabricantes en el territorio europeo.

- Asia: licencia exclusiva para la comercialización y distribución durante la vigencia del acuerdo.

7.2.4 Patentamiento de mecanismos de acción y métodos innovadores

Durante el desarrollo del medicamento K, se obtuvieron ciertos métodos que pueden ser patentables:

- La Compañía FarmaX desarrolló un modelo que sirve para evaluar compuestos y determinar si funcionan contra enfermedades raras, pudiéndose patentar este nuevo mecanismo de acción.
- Un método avanzado para determinar la calidad y pureza de los compuestos activos para el tratamiento de otras enfermedades raras.

7.2.5 Patentes divisionales y reivindicación de usos terapéuticos

Por último, se pueden proteger aspectos secundarios de la invención principal y usos terapéuticos:

- Mediante patentes divisionales pueden protegerse aspectos diferentes del medicamento K, como: (i) la formulación oral específica del compuesto; (ii) el uso combinado con otros tratamientos; o (iii) la modalidad de la administración.
- En caso de que se permita, pueden incluirse usos terapéuticos secundarios, como el tratamiento de otras enfermedades.

8. Conclusiones

Durante el desarrollo de este trabajo de investigación, analicé las diversas falencias que enfrenta la protección efectiva de los medicamentos huérfanos. A continuación, presento dichas falencias junto con las propuestas y estrategias que pretenden coadyuvar a una protección más eficaz de estas invenciones y al fomento de su desarrollo.

Actualmente, las solicitudes de patentes sobre medicamentos huérfanos son evaluadas bajo los mismos criterios que cualquier otro

medicamento, sin considerar las particularidades que rodean su desarrollo, como su baja rentabilidad y la limitada demanda. Ante ello, la propuesta es que se otorguen extensiones del plazo de vigencia de las patentes cuando se otorgue la designación huérfana, de la misma forma en situaciones en las cuales se hallen mejoras adicionales, mejoras del tratamiento existente y nuevos usos terapéuticos.

Aunque las agencias regulatorias otorgan beneficios a los desarrolladores de medicamentos huérfanos, estos resultan insuficientes para garantizar un retorno adecuado de la inversión y, en consecuencia, hay menor atracción de parte de las compañías farmacéuticas para desarrollarlos. Por ello, se puede considerar como alternativa de atracción la ampliación del plazo de la patente a cambio de incentivos financieros reducidos. También se considera dicha ampliación en caso de demoras significativas en la investigación y desarrollo de la droga huérfana.

La desconexión entre los distintos actores de desarrollo de drogas huérfanas genera barreras innecesarias que afectan tanto la estrategia de protección como la viabilidad comercial del medicamento. En ese sentido, se puede considerar la implementación de espacios de capacitación y acompañamiento técnico a empresas farmacéuticas ofrecidos por autoridades de propiedad industrial y agencias regulatorias, o la entrega de bonos dinerarios a aquellas compañías que completen de forma exitosa la fase preliminar de los ensayos clínicos.

En muchos casos, las compañías farmacéuticas no adoptan una gestión integral de su cartera de patentes ni aprovechan la posibilidad de proteger elementos complementarios del medicamento. En vista de ello, sería importante considerar el fomento de estrategias como: los acuerdos de codesarrollo entre empresas, universidades o centros de investigación, el uso de patentes divisionales, la reivindicación de usos terapéuticos secundarios, método innovadores y nuevos mecanismos de acción, la protección de aspectos complementarios y la negociación de acuerdos de licencia cuando haya complejidad en la investigación y desarrollo del medicamento o interés de expansión en otros territorios.

Finalmente, considero que estas propuestas deben evaluarse según la legislación y el entorno de mercado de cada jurisdicción. Si bien los medicamentos huérfanos no reciben suficiente atención

debido a su baja prevalencia, fortalecer su protección mediante herramientas de propiedad industrial puede incentivar su desarrollo, generando un impacto directo en la calidad de vida de personas que hoy enfrentan enfermedades sin tratamiento adecuado.

Bibliografía

- Agranat, I. y Marom, H. (2020). In Defense of Secondary Pharmaceutical Patents in Drug Discovery and Development. *ACS Medicinal Chemistry Letters*, (11), 91-92.
- Althobaiti, H., Seoane-Vazquez, E., Brown, L. M., Fleming, M. L. y Rodriguez-Monguio, R. (2023). Disentangling the Cost of Orphan Drugs Marketed in the United States, *Healthcare*, 11(4), 1-22.
- Baker, B. K. (2004). *Processes and Issues for Improving Access to Medicines: Willingness and Ability to Utilize TRIPS Flexibilities in Non-Producing Countries*. DFID Health Systems Resource Centre. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08ccded915d3cfd00160e/Processes-and-issues-for-Improving-access-to-medicines.pdf>
- Beall, R., Nickerson, J. W., Kaplan, W. A. y Attaran A. (2016). Is patent 'Evergreening' restricting access to Medicine/Device Combination Products? *Plos One*, (11) 1-13.
- Bercovitz, A. (1993). Las reivindicaciones de la patente de invención. *Derecho PUCP*, (47), 163-189.
- Blázquez Pérez, A., Gómez González, B. y Luque Moruno, J. (2017). Desarrollo de Medicamentos Huérfanos para Enfermedades Raras: Guía Rápida de Investigadores. *Centro de Investigación Biomédica en Red Enfermedades Raras y Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios*, 1-12.
- Boldrin, M. y Levine, D. K. (2008). How Competition Works. En Boldrin, M. y Levine, D. K. (Eds.), *Against Intellectual Monopoly* (pp. 123-148). Cambridge University Press.
- Centers for Disease Control and Prevention. (s.f.). *National Diabetes Statistics Report*. <https://www.cdc.gov/diabetes/php/data-research/index.html>
- Consejo General de Colegios Farmacéuticos. (2023). Enfermedades raras y medicamentos huérfanos. *Farmacéuticos*, (167), 1-33.
- Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España. (2020). *Francesc Palau: el impacto de las enfermedades raras en las poblaciones y los sistemas de salud es enorme*. <https://www.csic.es/es/actualidad-del-csic/francesc-palau-el-impacto-de-las-enfermedades-raras-en-las-poblaciones-y-los-sistemas-de-salud-es-enorme>
- Correa, C. (2006). *Pautas para el examen de solicitudes de patentes farmacéuticas*. Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sustentable/Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo/Organización Mundial de la Salud, 1-47.

- Cortés, F. (2015). Las enfermedades raras. *Revista Médica. Clínica Condes*, (26), 425-426.
- European Medicines Agency. (s.f.-a). *Committee for Orphan Medicinal Products (COMP)*. <https://www.ema.europa.eu/en/committees/committee-orphan-medicinal-products-comp>
- European Medicines Agency. (s.f.-b). *EU/3/01/067 - orphan designation for treatment of multiple myeloma*. <https://www.ema.europa.eu/en/medicines/human/orphan-designations/eu-3-01-067>
- European Medicines Agency. (s.f.-c). *Orphan incentives*. <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory-overview/research-development/orphan-designation-research-development/orphan-incentives>
- Fisher, W. (2001). *Theories of Intellectual Property*. Cambridge University Press.
- Fisher, W. y Syed, T. (2017). Infection. The Health Crisis in the Developing World and What We Should Do About It, 1-55.
- Fonseca, D. A., Amaral, I., Pinto, A.C. y Cotrim M.D. (2019). Orphan drugs: major development challenges at the clinical stage, *Drug Discovery Today*, 24 (3), 867-872.
- Gammie, T., Lu, C. Y. y Babar, Z. U. (2015). Access to orphan drugs: a comprehensive review of legislations, regulations and policies in 35 countries. *PloS one*, (10), 1-24.
- Gore, C. (2018). *The Medicines Patent Pool - Facilitating Access - Promoting Innovation*. https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=423224
- Grupo Banco Mundial. (s.f.). *Gasto en investigación y desarrollo (% del PIB) - Perú*. <https://datos.bancomundial.org/indicador/GB.XPD.RSDV.GD.ZS?en-d=2020&locations=PE>
- Herrera Sierra, L., Díaz Vera, L. (2013). Patentes de medicamentos: ¿incentivos a la innovación o límites a la salud humana? Un análisis desde la propiedad intelectual y el derecho de la competencia, *La Propiedad Inmaterial*, (17), 31-62.
- Jenkins, M. (2013). *Orphan Drug Designation and IP Protection*. <https://www.maucherjenkins.com/commentary/patenting-rare-disease-research-and-development>
- Jillapalli, D. (2016). *FDA Orphan Drug Designation*. Presentación en *Alopecia Areata Research Summit*. <https://es.slideshare.net/slideshow/orphan-drug-designation-71900568/71900568>
- Kapczynski, A. (2012). The Cost of Price: Why and How to Get Beyond Intellectual Property Internalism. *UCLA Law Review*, 59(4), 970-1021.
- Krattiger, A. y Kowalski, S. P. (2007). Facilitating Assembly of and Access to Intellectual Property: Focus on Patent Pools and a Review of Other Mechanisms. En Krattiger, A. y Kowalski, S. P. (Eds.), *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices* (pp. 133-134). MIHR/PIPRIA.
- Laires, P. A., Evans, J., Thompson, J., Manwani, R., Mudumby, P., Field, M. y Fang, S. (2023). Prevalence, Incidence, and Characterization of LIGHT

- Chain Amyloidosis in the USA: A Real-World Analysis Utilizing Electronic Health Records (EHR). *Blood*, (142), 6767-6768.
- Lanjouw, J. O. (2003). Intellectual Property and the Availability of Pharmaceuticals in Poor Countries. *Innovation policy and the economy*, 3, 91-129.
- Leache, L., Saiz, L. C., Gutiérrez-Valencia, M. y Erviti, J. (2021). Medicamentos huérfanos, incentivos e incertidumbre sobre su relación beneficio-riesgo. *Gaceta Sanitaria*, 35(2), 208-209.
- Lutzmayer, S., Scott, K. y Rickwood, S. (2024). From Orphan to Opportunity: Mastering Rare Disease Launch Excellence. *IQVIA*, 1-22.
- Martin, D. F. (2023). *Patentes relacionadas con compuestos químicos: Criterios de patentabilidad en Latinoamérica, Europa y Estados Unidos*. Universidad Austral Ediciones.
- Mejía Vázquez, R., Salgado Schoelly, H. y Delgado Cruz, F. T. (2020). *Medicamentos huérfanos y enfermedades raras*. Secretaría de Salud de la Ciudad de México.
- Miller, K. L., Fermaglich, L. J. y Maynard, J. (2021). Using four decades of FDA orphan drug designations to describe trends in rare disease drug development: substantial growth seen in development of drugs for rare oncologic, neurologic, and pediatric-onset diseases. *Orphanet journal of rare diseases*, 16(265), 1-10.
- Mitelman, C. O. (2021). *Tratado de la Propiedad Industrial. Tomo 3: Invenciones y otras innovaciones*. elDial.com.
- Morin, R., Flynn, K., Chen, F. y Marandett, R. (2013). Adopt IP Protections to ensure Regulatory exclusivity for Orphan Drugs. *ACC Docket*, 79-88.
- Muthyala, R. (2011). Orphan/rare drug discovery through drug repositioning. *Drug Discovery Today: Therapeutic Strategies*, 8(3-4), 71-76.
- National Institute of Health. (s.f.). Medicamento huérfano. <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionarios/diccionario-cancer/def/medicamento-huerfano>
- National Institute of Health. (2022). *FDA Center for Biologics Evaluation and Research*. <https://sbir.cancer.gov/commercialization/fda/biologics-evaluation>
- Oehler, J. (2007). Using Milestones in Healthcare Product Licensing Deals to Ensure Access in Developing Countries. En Krattiger, A., Mahoney, R. T., Nelsen, L., Thomson, J. A., Bennett, A. B., Satyanarayana, K., Graff, G. D., Fernandez, C. y Kowalski, S. P. (Eds.), *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices* (pp. 119-129). MIHR/PIPRIA.
- Oficina Española de Patentes y Marcas. (s.f.). ¿Qué es un certificado complementario de protección? <https://www.oepm.es/es/invenciones/como-proteger-las-invenciones/conceptos-basicos/Que-es-un-certificado-complementario-de-proteccion/>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2022). *Manual de la OMPI de redacción de solicitudes de patente* (2ª ed.). <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo-pub-867-23-es-wipo-patent-drafting-manual.pdf>

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2024). *Propiedad Intelectual: Facilitar la transferencia de tecnología en la industria farmacéutica*. Foro Social ETISC. https://etisc.wipo.int/system/files/uploaded_documents/ip_enabling_technology_transfer_pharma_industry_35586_ES.pdf
- Pérez Martínez, M. (2014). Las patentes sobre 'Second Generation Products' utilizadas como estrategia para dilatar la entrada de genéricos en el mercado de la Unión Europea. *Cuadernos Derecho Transnacional*, 6, 175-200.
- Pinzón Camargo, M. A. (2008). Acceso a medicamentos y propiedad intelectual: un conflicto de derechos. *Con-Texto Revista de Derecho y Economía*, (31), 133-152.
- Pogge, T. W. (2005). Human rights and global health: a research program. *Meta-philosophy*, 36(1-2), 182-209.
- Posada De La Paz, M. (2008). Las enfermedades raras y su impacto en la gestión de los servicios de salud. *Revista Administrativa Sanitaria*, 6(1), 157-178.
- Premier Consulting. (2021). *Technology Transfer: What Is It and How Is It Done?* <https://premierconsulting.com/resources/blog/technology-transfer-what-is-it-and-how-is-it-done/>
- Pryde, D. C. y Groft, S. C. (2014). Definitions, History and Regulatory Framework for Rare Diseases and Orphan Drugs. En Pryde, D. y Palmer, M. (Eds.), *Orphan drugs and rare diseases* (pp. 3-29). Royal Society of Chemistry.
- Publications Office of the European Union. (s.f.). *Procedimiento 2023/132: COM (2023) 192: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un código de la Unión sobre medicamentos para uso humano*. https://eur-lex.europa.eu/procedure/ES/2023_132#2024-04-10_AMEND_R1_byEPs
- Reategui Valdiviezo, M. (2017). Datos de Prueba de Productos Farmacéuticos. Análisis de la Legislación Peruana y Tratados Aplicables. *Derecho & Sociedad*, (49), 143-159.
- Rincón Uscátegui, A. (2015). La Naturaleza Jurídica de la Protección de Datos de Prueba Farmacéuticos. En Reategui Valdiviezo, M. y Henríquez De Sola, L. A. (Coords.), *Derecho Farmacéutico y Propiedad Intelectual en América Latina* (pp. 161-176). Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual.
- Sánchez Regla, A. L., Ortiz Guzmán, A. L., Pérez Hernández, M. D. P. M., Rivera, I., y Pérez Tapia, S. M. (2019). Mecanismos de transferencia de tecnología como elementos del fortalecimiento del conocimiento acumulado en la industria biofarmacéutica mexicana: El Caso de la UDIBI-IPN. *Nova scientia*, 11(22), 246-273.
- Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. (2022). *Manual Andino para el Examen de Patentes*. https://www.comunidadandina.org/wp-content/uploads/2022/08/Manual_ANDINO_CAN_2022_fv_por_paginas_.pdf
- Sell, S. K. (2003). *Private power, public law: The globalization of intellectual property rights* (Vol. 88). Cambridge University Press.
- Sharma, A., Jacob, A., Tandon, M. y Kumar, D. (2010). Orphan drug: development trends and strategies. *Journal of Pharmacy and Bioallied Sciences*, 2(4), 290-299.

- Shomee, H. H., Wang, Z., Ravi, S. N. y Medya, S. (2024). A comprehensive survey on ai-based methods for patents. *arXiv:2404.08668*, 9-12.
- Simoens, S. (2011). Pricing and reimbursement of orphan drugs: the need for more transparency. *Orphanet journal of rare diseases*, 6(42), 1-8.
- Southey, M. W. y Brunavs, M. (2023). Introduction to small molecule drug discovery and preclinical development. *Frontiers in Drug Discovery*, 3, 1-8.
- U.S. Food & Drug Administration. (2015). *Thalidomide (marketed as Thalomid) Information*. <https://www.fda.gov/drugs/postmarket-drug-safety-information-patients-and-providers/thalidomide-marketed-thalomid-information>
- U.S. Food & Drug Administration. (2018a). *Breakthrough Therapy*. <https://www.fda.gov/patients/fast-track-breakthrough-therapy-accelerated-approval-priority-review/breakthrough-therapy>
- U.S. Food & Drug Administration. (2018b). *Priority Review*. <https://www.fda.gov/patients/fast-track-breakthrough-therapy-accelerated-approval-priority-review/priority-review>
- U.S. Food & Drug Administration. (2020). *Frequently Asked Questions on Patents and Exclusivity*. <https://www.fda.gov/drugs/development-approval-process-drugs/frequently-asked-questions-patents-and-exclusivity#exclusivityexpire>
- U.S. Food & Drug Administration. (2023). *Accelerated Approval*. <https://www.fda.gov/patients/fast-track-breakthrough-therapy-accelerated-approval-priority-review/accelerated-approval>
- U.S. Food & Drug Administration. (2024a). *Clinical Trials Grants Program*. <https://www.fda.gov/industry/orphan-products-grants-program/clinical-trials-grants-program>
- U.S. Food & Drug Administration. (2024b). *Designating an Orphan Product: Drugs and Biological Products*. <https://www.fda.gov/industry/medical-products-rare-diseases-and-conditions/designating-orphan-product-drugs-and-biological-products#:~:text=The%20FDA%20has%20authority%20to,Exemption%20from%20user%20fees>
- U.S. Food & Drug Administration. (2024c). *Fast Track*. <https://www.fda.gov/patients/fast-track-breakthrough-therapy-accelerated-approval-priority-review/fast-track>
- U.S. Food & Drug Administration. (s.f.). *Search Orphan Drug Designations and Approvals*. <https://www.accessdata.fda.gov/scripts/opdlisting/oopd/detailIndex.cfm?cfgridkey=769220>
- U.S. Food & Drug Administration, Food and Drug Administration Center for Drug Evaluation and Research y Center for Biologics Evaluation and Research. (2014). *Guidance for Industry. Expedited Programs for Serious Conditions – Drugs and Biologics*. <https://www.fda.gov/media/86377/download>
- World Health Organization. (2025). *Leprosy*. <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/leprosy#:~:text=Overview,respiratory%20tract%20and%20the%20eyes>
- World Intellectual Property Organization. (2009). *IP PANORAMA - Module 07:*

Technology Licensing in a Strategic Partnership. https://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/ip_panorama_7_learning_points.pdf

Yoo, H. W. (2023). Development of orphan drugs for rare diseases. *Clinical and Experimental Pediatrics*, 67(7), 315-327.

Zaragoza, F., Martel, R., Calleja, M. A., Macía, M., Mirón, F., Baltar, J. M. y De Lorenzo, O. (2024). Impacto de la Revisión de la Legislación Farmacéutica Básica Europea sobre las Enfermedades Raras y los Medicamentos Huérfanos. *Observatorio Legislativo de Enfermedades Raras y Medicamentos Huérfanos*, 3, 1-10.

Legislación citada

Código de los Estados Unidos (U.S.C.)

Título 21, § 360cc, *Protection for drugs for rare diseases or condition*.

Título 21, § 379h, *Authority to assess and use drug fees*.

Título 26, § 45C, *Clinical Testing Expenses for Certain Drugs for Rare Diseases or Conditions*.

Título 35, § 101, *Inventions patentable*.

Título 35, § 156, *Extension of patent term*.

Código de Regulaciones Federales de los Estados Unidos (CFR)

Título 21, §§ 316.20–316.21, *Designation of an Orphan Drug*, 29 de diciembre de 1992.

Convenios internacionales

Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973 (versión consolidada tras la entrada en vigor del Acta de revisión de 29 de noviembre de 2000), art. 53, publicado en el Diario Oficial n.º L 017 del 26 de enero de 1976.

Normativa comunitaria

Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina, arts. 20.d. y 21, publicada en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina el 14 de septiembre de 2000.

Reglamento (CE) n.º 141/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de diciembre de 1999 sobre medicamentos huérfanos, arts. 3, 5 y 8, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 22 de enero de 2000.

Reglamento (CE) N° 1901/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de diciembre de 2006 sobre medicamentos para uso pediátrico y por el que se modifican el Reglamento (CEE) n.º 1768/92, la Directiva 2001/20/CE, la Directiva 2001/83/CE y el Reglamento (CE) n.º 726/2004, art. 37, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de diciembre de 2006.

Regulación (EC) N° 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004 por el que se establecen procedimientos comunitarios para la

autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos, art. 14 (11), publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 30 de abril de 2004.

Leyes y decretos peruanos

Decreto Legislativo 1072. Protección de Datos de Prueba u Otros No Divulgados de Productos Farmacéuticos, arts. 1 y 2, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de junio de 2008.

Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 29698, Ley que declara de interés nacional y preferente atención el tratamiento de personas que padecen enfermedades raras o huérfanas, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de marzo de 2025.

Ley 29698, Ley que declara de Interés Nacional y Preferente Atención el Tratamiento de personas que padecen Enfermedades Raras o Huérfanas, arts. 1-7, publicado en el Diario Oficial El Peruano, 4 de junio de 2011.

Ley 31738, Ley que modifica la Ley 29698, Ley que declara de interés nacional y preferente atención el tratamiento de personas que padecen enfermedades raras o huérfanas, art. 9, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de mayo de 2023.

Reglamento de la Ley 29698, Ley que declara de Interés Nacional y Preferente Atención el Tratamiento de personas que padecen Enfermedades Raras o Huérfanas aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-SA, arts. 9, 13.

Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, publicado por Decreto Supremo 004-2019-JUS en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2019, art. 199.

Leyes estadounidenses específicas

Ley de Competencia e Innovación en Biológicos (*Biologics Price Competition and Innovation Act*), Ley Pública (*Public Law*) 111-148, Código de los Estados Unidos, título 42, § 262(k)(7).

Ley Federal de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos (*Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*), Código de los Estados Unidos, título 21, § 355 (c) y § 355 (j).

United States Patent and Trademark Office (USPTO)

(s.f.-a) “2173.05(p) Claim Directed to Product-By-Process or Product and Process [R-07.2022]”, en <https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2173.html#d0e218952>

(s.f.-b) “2173.05(q) “Use” Claims [R-10.2019]”, en <https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2173.html#d0e218952>

(s.f.-c) “2173.05(t) Chemical Formula [R-11.2013]”, en <https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2173.html#d0e219080>

* * * *

Roles de autoría y conflicto de intereses

La autora manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.san>

La duración de la protección patrimonial del derecho de autor sobre obras fotográficas en Argentina: análisis normativo e interpretación a la luz de los tratados internacionales¹

* * * *

Lara Verónica Rodríguez Peña

Abogada en Lawgica Propiedad Intelectual (Argentina)

lararodriguezp@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0007-4054-9582>

Resumen

La presente tesis analiza el régimen jurídico aplicable a la duración de la protección patrimonial del derecho de autor sobre las obras fotográficas en Argentina, en un contexto normativo caracterizado por la coexistencia de normas internas y compromisos internacionales que presentan divergencias significativas. En particular, se estudia la discrepancia entre el plazo de 20 años desde la publicación previsto en el artículo 34 de la Ley 11723 y los plazos más extensos establecidos en tratados internacionales de propiedad intelectual y ratificados por el Estado argentino, los cuales poseen jerarquía normativa superior. La falta de armonización normativa ha generado situaciones de incertidumbre jurídica, como lo demuestra el caso *Yabkowski c/ AFA*, que pone de relieve los efectos de un régimen que les otorga a los autores nacionales un nivel de protección patrimonial inferior al previsto por los estándares internacionales vigentes. A través del análisis del marco normativo nacional e internacional, de fuentes doctrinarias, jurisprudenciales, antecedentes legislativos y proyectos de ley, guías interpretativas de la OMPI, así como del derecho comparado, se propone una interpretación normativa armónica con el ordenamiento jurídico vigente y una propuesta de reforma legislativa que adecúe

1 Trabajo final de Maestría en Propiedad Intelectual e Innovación, Facultad de Derecho, Universidad de San Andrés (junio de 2025).

la legislación argentina a los estándares internacionales en materia de derecho de autor sobre obras fotográficas.

Palabras clave: derecho de autor, obras fotográficas, duración patrimonial del derecho de autor, tratados internacionales, Ley 11723, propiedad intelectual, Convenio de Berna, armonización normativa.

The Duration of the Economic Rights in Copyright Protection for Photographic Works in Argentina: Normative Analysis and Interpretation in light of International Treaties

Abstract

This thesis analyzes the legal framework governing the duration of the economic rights in copyright protection for photographic works in Argentina, within a regulatory context marked by the coexistence of domestic norms and international commitments that exhibit significant discrepancies. In particular, it examines the divergence between the twenty-year term from publication established in Article 34 of Law No. 11723 and the longer protection periods set forth in international intellectual property treaties ratified by Argentina, which hold a higher normative hierarchy. The lack of harmonization has given rise to situations of legal uncertainty, as evidenced by the case *Yabkowski v. AFA*, which illustrates the effects of a regulatory regime that grants national authors a lower level of protection than that afforded by current international standards. Through an analysis of national and international legal frameworks, doctrinal and jurisprudential sources, legislative history and reform proposals, WIPO interpretative guides, and comparative law, this thesis proposes a normative construction that is consistent with the existing legal order, together with a legislative reform proposal aimed at aligning Argentine law with international standards in the field of copyright protection for photographic works.

Key words: copyright, photographic works, duration of economic rights, international treaties, law No. 11723, intellectual property, Berne Convention, legal harmonization.

A duração da proteção patrimonial do direito autoral sobre obras fotográficas na argentina: análise normativa e interpretação à luz dos tratados internacionais

Resumo

A presente tese analisa o regime jurídico aplicável à duração da proteção patrimonial do direito autoral sobre obras fotográficas na Argentina, em um contexto normativo caracterizado pela coexistência de normas internas e compromissos internacionais que apresentam divergências significativas. Em particular, estuda-se a discrepância entre o prazo de vinte anos desde a publicação previsto no artigo 34 da Lei nº 11723 e os prazos mais extensos estabelecidos nos tratados internacionais de propriedade intelectual ratificados pelo Estado argentino, os quais possuem hierarquia normativa superior. A falta de harmonização normativa tem gerado situações de insegurança jurídica, como demonstra o caso *Yabkowski c/ AFA*, que evidencia os efeitos de um regime que confere aos autores nacionais um nível de proteção patrimonial inferior ao previsto pelos padrões internacionais vigentes. A partir da análise do marco normativo nacional e internacional, de fontes doutrinárias, jurisprudenciais, antecedentes legislativos e projetos de lei, guias interpretativos da OMPI e do direito comparado, propõe-se uma interpretação normativa harmônica com o ordenamento jurídico vigente, juntamente com uma proposta de reforma legislativa que adeque a legislação argentina aos padrões internacionais em matéria de direito autoral sobre obras fotográficas.

Palavras-chave: direito autoral, obras fotográficas, duração patrimonial do direito autoral, tratados internacionais, lei nº 11723, propriedade intelectual, Convenção de Berna, harmonização normativa.

1. Introducción

El derecho de autor de los fotógrafos en Argentina enfrenta una problemática particular: la complejidad y la falta de uniformidad en la normativa aplicable generan dudas y ambigüedades sobre un aspecto esencial y concreto: ¿cuál es el plazo de protección patrimonial de las obras fotográficas en el país?

A la luz de este problema, la presente tesis tiene como objetivo determinar cuál es el plazo de duración de la protección patrimonial del derecho de autor sobre las obras fotográficas en Argentina, a partir del análisis del marco normativo nacional y de los tratados internacionales ratificados por el Estado.

En este sentido, Argentina ha suscrito diversos instrumentos in-

ternacionales que inciden directamente en la regulación del plazo de protección aplicable a este tipo de obras. Estos tratados, que poseen jerarquía superior a las leyes nacionales —incluida la Ley 11723— deben ser especialmente considerados en el abordaje jurídico del tema.

Entre los instrumentos internacionales relevante se incluyen, por un lado, los tratados específicos en materia de propiedad intelectual, que presentan divergencias respecto de los plazos de protección establecidos en la legislación nacional —en particular, en el régimen legal de la propiedad intelectual previsto por la Ley 11723—; por otro lado, los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional conforme al artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, así como otros instrumentos internacionales que también integran el marco jurídico aplicable a esta problemática.

Esta diversidad de fuentes normativas da lugar a un escenario regulatorio complejo. En efecto, el marco normativo que regula la protección patrimonial del derecho de autor sobre obras fotográficas en Argentina presenta un alto grado de complejidad, derivado de la coexistencia y superposición de normas de diferente jerarquía y origen.

El derecho de autor es un derecho constitucional reconocido en el artículo 17 de la Constitución Nacional. En relación con el término de protección de las obras fotográficas, la Constitución establece que será acordado por la ley. Por un lado, la legislación nacional, en el artículo 34 de la Ley 11723 de Propiedad Intelectual, prevé un plazo de 20 años desde la publicación de la obra. Por otro, Argentina ha suscripto tratados internacionales específicos de propiedad intelectual aplicables a la materia, a saber: el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París 1971), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor (TODA).

Estos tratados internacionales de jerarquía normativa superior a las leyes nacionales prevén una duración considerablemente mayor a la establecida en la legislación interna, sin embargo, sus múltiples y reiteradas enmiendas y el sistema de remisiones entre unos y otros dificultan sobremanera su interpretación y aplicación.

Asimismo, se debate si los estándares mínimos establecidos en

dichos tratados resultan o no aplicables a los nacionales argentinos. A la luz de este debate, el plazo de protección aplicable a las obras nacionales sería el previsto en por la normativa interna, es decir, 20 años desde su publicación, mientras que a las obras extranjeras se les reconocería un plazo de 50 años posteriores a la muerte del autor.

Esta disparidad normativa revela un problema estructural más profundo. La falta de adecuación de la legislación local a los compromisos internacionales asumidos por Argentina en materia de derecho de autor, entre los cuales también encontramos tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, coloca a los autores de obras fotográficas argentinas en una situación jurídica vulnerable y claramente desventajosa frente a los autores extranjeros provenientes de países miembros del Convenio de Berna, del ADPIC y del TODA, respecto de quienes no existen dudas sobre la aplicación de los estándares mínimos de protección.

Esta problemática ha dado lugar a situaciones de conflicto concreto, como se evidencia en el caso actualmente en trámite *Yabkowski, Daniel Eduardo c/ Asociación del Fútbol Argentino s/ Daños y Perjuicios*.²

En dicho litigio, un fotógrafo reclama el derecho a recibir una compensación económica por el uso no autorizado de su obra fotográfica, mientras que la parte demandada sostiene que la obra en cuestión se encuentra en el dominio público por haber expirado el plazo de protección patrimonial.

Este caso pone de manifiesto la divergencia de criterios en torno a la interpretación de la legislación vigente sobre la protección de las obras fotográficas en Argentina. A su vez, evidencia la falta de claridad normativa y la necesidad de establecer un marco jurídico preciso que defina con certeza la duración de los derechos patrimoniales sobre este tipo de obras, garantizando así seguridad jurídica tanto para los autores como para el conjunto de la comunidad.

En buena medida, este conflicto particular se debe a la discriminación que ha sufrido la fotografía como arte durante larga data. Como explica Lipszyc (1993, p. 84), se discutió mucho tiempo

2 Expediente CIV 010653/2023 en trámite ante Juzgado Nacional Civil N° 39 - Secretaría N° 69.

sobre la condición de la fotografía, pues muchos no la reconocían como obra protegida por derecho de autor al entenderla como el resultante de un proceso mecánico que realizaba la cámara fotográfica. Sin embargo finalmente se la reconoció como arte.

En efecto, en algunas legislaciones se distinguen distintos tipos de fotografías. Por ejemplo, en Alemania se distinguen entre “fotografías”, “fotografías simples” y “fotografías simples de valor documental” (Lipszyc, 1993, p. 280); en España, se distingue entre las fotografías y las “meras fotografías”, estas últimas tienen un plazo de duración menor, que es de 25 años desde su realización (p. 85). Asimismo, en Austria e Italia se diferencia entre obras de arte y simples fotografías, reconociéndoles a estas últimas un derecho conexo. Y, por último, en Noruega, Suecia, Finlandia y Dinamarca existe una legislación especial para las fotografías (p. 281).

En el caso de Paraguay, se distingue entre “obra fotográfica”, para la cual se prevé una duración del plazo de protección del derecho autor de 70 años después de su muerte, y la figura de “fotografía o fijación obtenida por un procedimiento análogo que no tenga carácter de obra”, para la cual se prevé la duración del plazo de protección en 50 años a partir del 1 de enero del año siguiente a la realización de la fotografía.

No obstante, en la mayor parte de las legislaciones sobre derecho de autor, las fotografías no están sujetas a condiciones particulares, sino que se protegen como el resto de las obras artísticas (Lipszyc, 1993, p. 85).

Tal como se analizará al abordar la Guía sobre las disposiciones sustantivas del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (Guía TODA), el extenso proceso de equiparación de las obras fotográficas con las demás categorías de obras culminó con la eliminación del plazo reducido y de la distinción de categorías, a partir de la incorporación del artículo 9 del TODA.

Lo cierto es que la legislación argentina no contempla distinciones entre obras fotográficas (en tanto obras artísticas) y meras fotografías (como mera reproducción mecánica, sin estatuto artístico), por lo tanto, las obras fotográficas se encuentran amparadas por el derecho de autor emanado de la propia Constitución.

Para abordar la problemática planteada, en el presente trabajo

se realizará un análisis exhaustivo de la normativa nacional e internacional aplicable a las obras fotográficas, examinando también las distintas posturas doctrinarias y los criterios jurisprudenciales que interpretan las normas vigentes.

Asimismo, se analizarán otras fuentes del derecho, tales como la Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas -Acta de París 1971- (Guía de Berna 1978), la Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI, la Guía sobre las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias o artísticas -Acta de París 1971- (Guía de Berna 2003) y la Guía sobre las disposiciones sustantivas del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor -TODA 1996- (Guía TODA). Estas obras aportan valiosa información sobre la interpretación y aplicación de los tratados a los que refieren.

En el orden nacional, se analizarán los antecedentes legislativos de las leyes que aprobaron los tratados internacionales abordados, así como de las reformas a la Ley 11723 de Propiedad Intelectual. Asimismo, se investigarán los proyectos de reformas legislativas al artículo 34 de la Ley 11723 que estipula el plazo de protección patrimonial de las obras fotográficas, con el objetivo de comprender los fundamentos de los legisladores como recurso interpretativo para su aplicación actual.

Se abordará el derecho comparado en la materia y se relevarán los plazos de protección de las obras fotográficas en diversos países de América Latina y en la Unión Europea, con el fin de contextualizar la situación argentina en el ámbito regional y en el orden global.

A partir de este análisis, se elaborará una propuesta de interpretación normativa para la ley vigente y se formulará una propuesta de reforma de la ley nacional orientada a la armonización de los plazos de protección de los derechos de autor sobre obras fotográficas con los estándares internacionales.

2. Caso de estudio: *Yabkowski, Daniel Eduardo c/ Asociación del Fútbol Argentino s/Daños y Perjuicios*

Para abordar los aspectos clave con el propósito de responder al cuestionamiento planteado en este trabajo —a saber: ¿cuál es plazo de la

protección patrimonial del derecho de autor sobre obras fotográficas en Argentina?—, se analizará un caso actualmente en trámite³ ante los tribunales nacionales en lo civil, en el cual se presentan posturas interpretativas diametralmente opuestas respecto de dicho plazo.

El estudio se centrará en el interrogante puntual de esta tesis, para luego examinar la normativa, la doctrina y jurisprudencia aplicable, y finalmente proponer una solución interpretativa que brinde una respuesta fundada al problema planteado.

2.1 Demanda Daniel Eduardo Yabkowski

El fotógrafo argentino Daniel Eduardo Yabkowski interpone una demanda en marzo del año 2023 contra la Asociación Argentina de Fútbol (AFA), reclamando daños y perjuicios por la ilegítima modificación de su obra, por falta de atribución de autoría y por la utilización de su obra sin autorización en el portal del demandado y en un medio masivo de comunicación.

El actor sostiene que la parte demandada utilizó dos de sus obras fotográficas de manera indebida. Las obras en cuestión son “El gol de Maradona a los ingleses” y “Maradona con los brazos en alto”, sobre las cuales tiene el derecho de uso exclusivo.

Asimismo, plantea que la AFA realizó una publicación en su portal web rememorando el Día del Futbolista, haciendo alusión al histórico segundo gol de Diego Maradona a los ingleses en el partido del 22 de junio de 1986.

Alega que en dicha publicación se utiliza una fotografía integrante de una serie de su autoría del año 1986. La fotografía recién había sido publicada por un diario argentino de gran difusión en el año 2014, convirtiéndose en ese momento en una foto icónica. Agrega que, al descubrir la publicación de AFA, advierte que el 29 de octubre de 2021 la AFA habría utilizado otra foto de su autoría en la red social Twitter, sin licencia ni atribución.

Según el actor, estas fotografías fueron empleadas sin contar con

3 El expediente se encuentra actualmente en la etapa probatoria y puede ser consultado en la página web <https://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam> bajo el número CIV 010653/2023.

una licencia que autorizara su uso y sin atribuirle el crédito como su autor. Además, en el caso específico de “El gol de Maradona a los ingleses”, la imagen fue modificada sin su consentimiento, lo que, a su entender, constituye una violación tanto de sus derechos morales —que incluyen el reconocimiento de su autoría y la integridad de su obra— como de sus derechos económicos, relacionados con el uso y explotación comercial de dichas imágenes.

Fundamenta su reclamo en las previsiones de los artículos 34 y 52 de la Ley 11723, de la Ley 25140, del Convenio de Berna, del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional y demás citas referenciadas en la demanda.

Argumenta que con fecha 24 de septiembre de 1999 se sanciona la Ley 25140 que aprueba el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor.

Expresa que el artículo 7.1 del Convenio de Berna establece el plazo de protección de las obras durante la vida del autor y 50 años después de su muerte, pero que, sin embargo, el artículo 7.4 prevé —en relación con las obras fotográficas— que queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer el plazo de protección para las obras fotográficas, aunque dicho plazo no podrá ser inferior a un período de 25 años contados desde la realización de tales obras.

Agrega que, cuando se aprueba el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor en el año 1996, se modifica el Convenio de Berna en lo atinente a las obras fotográficas, dándoles la misma protección que a las restantes obras. Ello, por cuanto entiende que el artículo 9 de dicho Tratado deja sin efecto la aplicación del artículo 7.4 del Convenio de Berna.

Alega que la doctrina especializada estipula que, en la actualidad, se acepta que no cabe discriminar a la fotografía, que se la debe equiparar al resto de las obras y asignarle el mismo plazo de protección.

Manifiesta que Argentina ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y en 1993 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) —en autos *Méndez Valles Fernando*

c/A.M. Pescio Sca del 12.12.95 ED, suplemento del 4.07.96., y *CA-FÉS LA VIRGINIA S.A* del 13.10.94 ED, 160-252— volvió a ratificar la doctrina tradicional por la cual “... cuando un país ratifica un tratado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen en los supuestos que el tratado contemple, máxime si estos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata”.

Argumenta que con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 quedó plasmada esta doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, al prever en su artículo 75, inciso 22 que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

Por todo ello, manifiesta que el artículo 34 de la Ley 11723 fue modificado por la posterior sanción de la aprobación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y que la jerarquía superior del Tratado impone aplicar la mayor protección que éste brinda a las obras fotográficas.

Concluye que, conforme a una correcta hermenéutica legislativa, y toda vez que se equipara el plazo de protección de las obras fotográficas con las restantes obras en los países signatarios del Tratado de la OMPI, es que el plazo de duración de los derechos patrimoniales será el de 70 años posteriores al 1 de enero subsiguiente del año de fallecimiento del autor, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 11723, artículo 7.1 del Convenio de Berna y artículo 9 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

En relación con la autoría, manifiesta que posee los negativos originales de las tomas fotográficas y los pone a disposición para ser peritados, y agrega que las obras fotográficas disputadas han sido publicadas numerosas veces con la atribución de su nombre al pie de la fotografía de forma previa a la utilización que alega ha efectuado la demanda AFA.

Fundamenta que del artículo 4 de la Ley 11723 y del artículo 15 del Convenio de Berna en su inciso 1) emerge que

[p]ara que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastará que su

nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual. El presente párrafo se aplicará también cuando ese nombre sea seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda sobre la identidad del autor.

Manifiesta que, en el caso de marras, la demanda AFA ha violado dos derechos morales del autor, a saber: el derecho de integridad y el derecho de paternidad o de atribución. Ello, por cuanto alega que la parte demandada ha omitido consignar su nombre o pseudónimo en la publicación y, asimismo, manifiesta que la obra ha sido modificada, uniéndola con otro fondo y otra imagen introduciendo cambios mediante el pixelado de la fotografía. Fundamenta en el artículo 52 de la Ley 11723.

2.2 Contestación de demanda AFA

La AFA centra su principal argumento en el plazo legal del derecho de autor contemplado en el artículo 34 de Ley 11723, y alega que al momento de utilizar la fotografía ésta se encontraba en el dominio público, toda vez que fue publicada en el año 1986 en el medio *El Gráfico*, así como en otros medios de comunicación.

AFA opone excepción de prescripción como defensa de fondo. Alega la prescripción de la acción por entender que ha transcurrido el plazo de protección legal previsto en el artículo 34 de la Ley 11723. Argumenta que la parte actora comete un error al pretender que se aplique el plazo de protección previsto por el artículo 5 de la Ley 11723, el artículo 7.1 del Convenio de Berna y artículo 9 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor; ello, por cuanto entiende que la prórroga del plazo de protección pierde virtualidad a la luz del Tratado de la OMPI de 1996 sobre Derecho de Autor, puesto que este determina, con respecto a las obras fotográficas, que las partes contratantes no aplicarán las disposiciones del artículo 7°, párr. 4 del Convenio de Berna (Acta de París 1971).

Argumenta que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D Fecha: 21/04/2005 en los autos *Heinrich, Ana María Erna E. c. Ediciones Altaya S.A*⁴ ha entendido que

4 Publicado en: La Ley Online, Cita: TR LALEY AR/JUR/9397/2005.

[e]n tal sentido el Convenio de Berna, Acta de Bruselas de 1948, aprobada por nuestro país en 1967 por ley 17.251, dispone que el plazo de duración de la protección sobre las obras cinematográficas, fotográficas y las obtenidas por procedimientos análogos y las obras de arte aplicadas, es diferido a lo establecido por la ley del país donde la protección es reclamada, sin que esta duración exceda de la fijada en el país de origen de las obras (...) y si bien este plazo fue extendido por el Acta de París del año 1971 —la cual no fue ratificada expresamente por nuestro país— manteniendo la remisión a las legislaciones nacionales, pero estableciendo un piso de protección de veinticinco años de la realización de la obra, lo cierto es que tal prórroga del plazo de protección pierde virtualidad a la luz del Tratado de la OMPI de 1996 sobre Derecho de Autor, del cual la Argentina es signataria, el cual determina —con respecto a las obras fotográficas— que las partes contratantes no aplicarán las disposiciones del artículo 7º, párr. 4 del Convenio de Berna (Acta de París de 1971). Y tan clara ha sido la voluntad del legislador de no extender el plazo de protección de las obras fotográficas que en dos sucesivas reformas al artículo 34 de la ley 11.723 (v. gr., leyes 24.249 y 25.006) exclusivamente amplió los plazos de protección para las obras cinematográficas, excluyendo aquéllas.

Agrega que en el caso concreto de autos, atento a la falta de aplicación por parte de la Argentina a las disposiciones del artículo 7, 4to párrafo del Convenio de Berna y teniendo en cuenta la voluntad del Poder Legislativo ante las sucesivas reformas a la Ley 11723, no corresponde la extensión del plazo de protección de las obras fotográficas pretendida por la parte actora.

En el caso de admitirse judicialmente esta interpretación, las consecuencias resultarían sumamente desfavorables para el actor y, por ende, para todos los fotógrafos argentinos, dejándolos en una situación de desigualdad notoria ante la ley según la cual sus derechos patrimoniales tendrían una duración de 20 años desde la publicación de las obras, mientras que las de los autores extranjeros miembros del Convenio de Berna, ADPIC y TODA tienen una duración de 50 años posteriores a la muerte del autor. Es más, este argumento interpretativo comprende erróneamente el significado de la aplicación del

artículo 9 del TODA. Cuando allí establece que las partes contratantes ya no aplicarán las disposiciones del artículo 7, párrafo 4 del Convenio de Berna, allí está estipulando que ya no queda reservada a los miembros contratantes la facultad de disponer en su derecho interno plazos menores a los estipulados convencionalmente en el artículo 7.1, es decir, el plazo general de la vida del autor y 50 años posteriores su muerte.

Además del argumento principal —a los fines de estudio de la presente tesis— relativo al vencimiento del plazo previsto en artículo 34 de la Ley 11723, AFA planteó una serie de argumentos complementarios destinados a sostener la improcedencia del reclamo interpuesto por la parte actora. Entre ellas alegó: i) la falta de originalidad de las imágenes, lo que excluiría su protección como obras en los términos del artículo 1 de la Ley 11723;⁵ ii) la inexistencia de prueba sobre la autoría;⁶ iii) la ausencia de registro

5 AFA Argumenta que las fotografías en cuestión no cumplen con los requisitos necesarios para encontrarse amparadas bajo la protección de la Ley 11723. Al respecto, manifiesta que existe una infinidad de tomas fotográficas de las mismas circunstancias en el marco de la competición capturadas por distintos medios de prensa habilitados. Asimismo, sostiene que el criterio básico de distinción de la obra fotográfica es que, para serlo, debe ser fruto de un cierto nivel de originalidad y creatividad y fundamenta esto en una cita de origen español, a saber: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª FECHA: 5-5-2011, Judicial (Civil), Sentencia 219/2011. Recurso 509/2010. Fuente: Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>

6 La demandada sostiene que el actor no acreditó su calidad de autor de las fotografías en cuestión ni su presencia en el estadio en calidad de fotógrafo oficial acreditado por FIFA. Argumenta que las imágenes fueron reproducidas en diversos medios de comunicación sin mención expresa al actor como autor y que, en algunos casos, incluso se atribuyó la autoría a otras fuentes, tales como “Archivo Clarín”, “Archivo Diario La Gaceta”, “Fuente Twitter” o “Archivo Lance!”, acompañando enlaces a publicaciones digitales como respaldo. Asimismo, postula que la autoría no puede determinarse con certeza, invocando el artículo 4 de la Ley 11723 y el artículo 15 del Convenio de Berna, los cuales admiten prueba en contrario sobre la presunción de autoría. A este respecto, señala que la silueta del fotógrafo visible en la fotografía publicada por el actor el 22 de junio de 2022 coincidiría con la que aparece en otras imágenes difundidas por medios como

y depósito de las obras, conforme lo exigen los artículos 57, 61 y 63 de la Ley 11723;⁷ iv) la existencia de una relación laboral o de encargo en función de la cual los derechos corresponderían al empleador o comitente;⁸ v) la presunta titularidad de derechos por parte de la FIFA sobre eventos deportivos y sus imágenes;⁹ vi) el

El Gráfico (edición N.º 3481, año 1986), lo que, según su interpretación, indicaría que se trata de una obra de dominio público por haber transcurrido el plazo de protección previsto en el artículo 34 de la Ley 11723. Finalmente, alega que, al haber sido las fotografías divulgadas por múltiples medios sin la correspondiente atribución de autoría, y conforme lo previsto en los artículos 28 y 29 de la Ley 11723, los derechos patrimoniales sobre las imágenes corresponderían a los diarios, revistas o agencias de noticias que realizaron su publicación.

- 7 AFA alega que el actor no ha acreditado que haya llevado a cabo el depósito de la obra de la cual dice ser autor en los términos de lo dispuesto por los arts. 57, 61 y 63 de la Ley 11723, y argumenta entonces que toda vez que la Argentina adhiere al sistema de registro como una condición para ejercer los derechos de propiedad intelectual concedidos por la Ley 11723, no podrá tutelar sus derechos patrimoniales, y concluye que, consecuentemente, dichos derechos recaerán en el dominio público hasta tanto se subsane el cumplimiento de la exigencia de depósito requerido por la legislación correspondiente. Citan jurisprudencia de la CNCiv, Sala L, *Bechis Federico Juan c/ Automóvil Club Argentino y otro c/ Trenes de Buenos Aires s/ propiedad intelectual Ley 11.723*, 7/9/2009, Microjuris, MJJ50621.
- 8 Argumentan que existe relación de dependencia entre el actor y el medio que lo contrató y que, por lo tanto, las fotografías resultarían ser obras por encargo, de conformidad con lo previsto en los artículos 4, 28 y 29 de la Ley 11723. Cita jurisprudencia: *Boffa Julián Martín c/ The Walt Disney Company (Argentina) S.A. y otro*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala A, 27-may-2021, Cita: MJ-JU-M-132587-AR | MJJ132587.
- 9 La demandada sostiene que la FIFA es la titular exclusiva de los derechos sobre la Copa Mundial y las imágenes del evento, en virtud de los reglamentos y estatutos que regulan la organización del torneo. Afirma que las acreditaciones de prensa habilitan únicamente la captura de imágenes con fines informativos, sin conferir derechos de reproducción o explotación comercial, por lo que el actor no podría invocar derechos individuales sobre las fotografías. AFA agrega que, en relación con las imágenes del seleccionado argentino, existirían además derechos propios de la federación y derechos marcarios comprometidos.

carácter no comercial del uso atribuido a la AFA;¹⁰ y vii) la falta de legitimación activa del actor para iniciar la demanda.¹¹

3. Normativa aplicable al plazo de protección patrimonial de la obra fotográfica

Como se ha explicado en la introducción, la presente tesis tiene como objetivo determinar cuál es el plazo de duración de la protección patrimonial del derecho de autor sobre obras fotográficas en Argentina, considerando tanto el marco normativo nacional como los tratados internacionales suscritos por el país.

En este contexto, corresponde partir del reconocimiento constitucional del derecho de autor como un derecho de propiedad, consa-

10 La AFA sostiene que las publicaciones cuestionadas tuvieron como único propósito rendir homenaje a Diego Armando Maradona, ícono de la Selección Nacional Argentina, y que dichas publicaciones no generaron ingreso económico alguno ni reportaron beneficio comercial para la institución, en tanto se trata de una asociación civil sin fines de lucro. Afirma que el uso de las fotografías encuadra dentro de las excepciones al derecho de autor, enmarcándose en el concepto de “uso leal” o fair use, cuya legalidad —alega— debe analizarse en función de diversos criterios: el propósito y la naturaleza del uso, el carácter de la obra, la proporción utilizada y el eventual impacto económico sobre los derechos del autor. Cita como marco jurídico aplicable el artículo 9.2 del Convenio de Berna (regla de los tres pasos), así como los artículos 2.bis, 9.2, 10 y 10.bis del mismo tratado, en conjunto con los artículos 10, 28, 29 y 31 de la Ley 11723. En ese sentido, argumenta que tanto la publicación en la página web oficial de la AFA como aquella difundida en la red social Twitter tuvieron como finalidad conmemorar a Maradona y, específicamente, anunciar el cambio de fecha del Día del Futbolista Argentino, en recuerdo del gol marcado por el jugador en la Copa Mundial FIFA 1986.

11 AFA opone defensa de fondo la falta de legitimación activa. Fundamenta su defensa alegando que: 1) la FIFA y sus Federaciones Miembro resultan ser las únicas propietarias originales de todos los derechos de competición, incluyendo la titularidad de los derechos de propiedad intelectual correspondientes a las imágenes, fotografías, videos, y demás elementos visuales inherentes al evento “Mundial de Fútbol”; 2) la totalidad de los derechos correspondientes a la Selección Argentina de Fútbol le pertenecen a la AFA; 3) El evento deportivo Copa Mundial FIFA es considerada una obra protegida por el derecho de autor.

grado en el artículo 17 de la Constitución Nacional, el cual dispone, además, que su término de protección será determinado por la ley. Sin embargo, el marco normativo aplicable en la materia —conformado por normas locales y tratados internacionales— presenta una complejidad que genera, en la práctica, dudas y ambigüedades respecto a un aspecto central: la determinación del plazo de protección patrimonial de las obras fotográficas en el ordenamiento jurídico argentino. La falta de certeza en torno a esta cuestión no solo plantea dificultades interpretativas, sino que también genera un escenario de inseguridad jurídica tanto para los titulares de derechos como para los usuarios potenciales de este tipo de obras.

Esta complejidad se explica, fundamentalmente, por la coexistencia de normas de distinto origen y jerarquía. Por un lado, la legislación nacional en el artículo 34 de la Ley 11723 de Propiedad Intelectual prevé un plazo de 20 años desde la publicación de la obra, mientras que, por otro, Argentina ha suscripto tratados internacionales específicos de propiedad intelectual aplicables a la materia, entre ellos el Convenio de Berna Acta de París 1971, el Acuerdo ADPIC y el TODA, los cuales inciden de manera directa en la determinación del plazo de protección aplicable a las obras fotográficas.

Estos tratados internacionales de jerarquía normativa superior a las leyes nacionales prevén una duración del plazo de protección patrimonial de la obra fotográfica considerablemente mayor, sin embargo, sus múltiples y reiteradas enmiendas y el sistema de remisiones entre unos y otros dificultan sobremanera su interpretación y la aplicación.

Asimismo, se debate si los estándares mínimos dispuestos en dichos tratados son de aplicación o no a los nacionales argentinos. A la luz de este debate, el plazo de protección aplicable a las obras nacionales resultaría el de la norma interna, es decir, el de 20 años desde su publicación; mientras que a las extranjeras les rige el plazo de los 50 años posteriores a la muerte del autor.

Como se verá, la falta de adecuación de la legislación local del tema de estudio a los compromisos internacionales asumidos por Argentina en materia de derecho de autor, los cuales también comprenden tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, coloca a los autores de obras fotográficas argentinas en una situa-

ción jurídica vulnerable y ciertamente desfavorable en comparación con autores extranjeros miembros del Convenio de Berna, ADPIC y TODA, sobre los cuales no cabe duda de los estándares mínimos aplicables.

3.1 Normativa nacional

El derecho de autor está contemplado en primer término en el artículo 17 de la Constitución Nacional, el cual, en su parte pertinente, establece que “[t]odo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”.¹²

Ahora bien, la Ley de Propiedad Intelectual 11723 del año 1933 establece en su artículo 1¹³ de forma enunciativa cuáles son las obras que protege, y entre ellas menciona a las fotografías. El artículo 5¹⁴

12 Artículo 17 de la Constitución Nacional: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.

13 Artículo 1° de la Ley 11723: “A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí”.

14 Artículo 5° de la Ley 11723. “La propiedad intelectual sobre sus obras co-

establece que el plazo de protección genérico de la propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida; y a sus herederos o derechohabientes, hasta 70 años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor. Sin embargo, en el artículo 34,¹⁵ la ley establece que para las obras fotográficas la duración del derecho de propiedad es de 20 años a partir de la fecha de la primera publicación.¹⁶

responde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta setenta años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor.

En los casos de obras en colaboración, este término comenzará a contarse desde el 1 de enero del año siguiente al de la muerte del último colaborador. Para las obras póstumas, el término de setenta años empezará a correr a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor.

En caso de que un autor falleciere sin dejar herederos, y se declarase vacante su herencia, los derechos que a aquél correspondiesen sobre sus obras pasarán al Estado por todo el término de Ley, sin perjuicio de los derechos de terceros”.

- 15 Artículo 34 de la Ley 11723: “Para las obras fotográficas la duración del derecho de propiedad es de VEINTE (20) años a partir de la fecha de la primera publicación.

Para las obras cinematográficas el derecho de propiedad es de cincuenta años a partir del fallecimiento del último de los colaboradores enumerados en el artículo 20 de la presente.

Debe inscribirse sobre la obra fotográfica o cinematográfica la fecha, el lugar de publicación, el nombre o la marca del autor o editor. El incumplimiento de este requisito no dará lugar a la acción penal prevista en esta ley para el caso de reproducción de dichas obras.

Las cesiones totales o parciales de derechos temporales o espaciales de explotación de películas cinematográficas sólo serán oponibles a terceros a partir del momento de su inscripción en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual”.

- 16 El artículo 34 de la Ley 11723 fue sustituido por la Ley 25006, sancionada el 15 de julio de 1998. En esta oportunidad, se ampliaron los derechos de propiedad de los de los autores de las obras cinematográficas a 50 años a partir del fallecimiento del último de los colaboradores, cuando en la anterior versión del art. 34 original del año 1933 dichos derechos tenían una extensión de 30 años desde la fecha de la primera publicación. En ese momento se podría haber ampliado el plazo de protección de la fotografía, sin embargo, los legisladores no lo hicieron.

3.2 Normativa internacional

Argentina ha suscrito diversos tratados internacionales que inciden en la regulación del plazo de protección de las obras fotográficas, los cuales poseen jerarquía superior a las leyes nacionales —incluyendo la Ley 11723— y deben ser considerados en este análisis. Entre ellos se encuentran tratados específicos de propiedad intelectual, que presentan divergencias respecto a los plazos establecidos en la legislación local; tratados internacionales de derechos humanos, que gozan de jerarquía constitucional conforme al artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional;¹⁷ y otros instrumentos internacionales relevantes que también aportan un marco normativo aplicable a esta problemática.

17 Cfr. artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional: “Corresponde al Congreso: (...) Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

3.2.1 Tratados internacionales específicos de propiedad intelectual de mayor relevancia

3.2.1.1 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París 1971)¹⁸

El Convenio de Berna enuncia en su artículo 2 cuáles son las obras que protege, entre las cuales se encuentran "...las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía...".

En el artículo 7, inciso 1 establece la vigencia de la protección de forma general: "La protección concedida por el presente Convenio se extenderá durante la vida del autor y 50 años después de su muerte"; y en el inciso 4, en forma particular sobre la fotografía estipula que

[q]ueda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer el plazo de protección para las obras fotográficas y para las artes aplicadas, protegidas como obras artísticas; sin embargo, este plazo no podrá ser inferior a un periodo de veinticinco años contados desde la realización de tales obras.

En el inciso 5 estipula la fecha de partida para calcular los plazos establecidos, y en el inciso 6 dispone que "[l]os países de la Unión tienen la facultad de conceder plazos de protección más extensos que los previstos en los párrafos precedentes". Asimismo, en el inciso 7 establece:

Los países de la Unión vinculados por el Acta de Roma del presente Convenio y que conceden en su legislación nacional en vigor en el momento de suscribir la presente Acta plazos de duración menos extensos que los previstos en los párrafos precedentes, podrán mantenerlos al adherirse a la presente Acta o al ratificarla.

18 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París 1971), aprobado por la República Argentina mediante la Ley 25140 (BO 24/09/1999), que incorporó los artículos 1 a 21 y el Anexo del Convenio, con entrada en vigor para la República Argentina el 19 de febrero de 2000.

Por último, en el inciso 8 prevé:

En todos los casos, el plazo de protección será el establecido por la ley del país en el que la protección se reclame; sin embargo, a menos que la legislación de este país no disponga otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra.

El artículo 5, inciso 3 dispone que

[l]a protección en el país de origen se registrará por la legislación nacional. Sin embargo, aun cuando el autor no sea nacional del país de origen de la obra protegida por el presente Convenio, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales.

En relación con la aplicación del Convenio, el artículo 36 estipula en su inciso 1 que “[t]odo país que forme parte del presente Convenio se compromete a adoptar, de conformidad con su Constitución, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Convenio”; y en su inciso 2, que “[s]e entiende que, en el momento en que un país se obliga por este Convenio, se encuentra en condiciones, conforme a su legislación interna, de aplicar las disposiciones del mismo”.

3.2.1.2 Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio¹⁹

Por su parte, el ADPIC estipula en su artículo 1 que los miembros aplicarán sus disposiciones y que podrán prever en su legislación una protección más amplia que la exigida por este, aunque no estarán obligados a ello.²⁰

19 Aprobado por la Ley 24425, sancionada el 7 de diciembre de 1994, promulgada el 23 de diciembre de 1994 y publicada el 5 de enero de 1995. Entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC: 1 de enero de 1995. <https://www.wipo.int/wipolex/es/members/profile/AR?collection=laws&collection=treaties&collection=judgments> y en https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_multi_ficha.php?id=IKCp

20 Artículo 1 del ADPIC: “Naturaleza y alcance de las disposiciones: 1. Los

En el artículo 3 establece el Trato Nacional, es decir que cada miembro concederá a los nacionales de los demás miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección²¹ de la propiedad intelectual, y en su artículo 4 incorpora el Trato de la Nación más favorecida, por el cual, en relación con la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un miembro a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás miembros.

En su artículo 9 estipula que los miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971), excepto los derechos morales establecidos en el artículo 6 bis de dicho Convenio.²²

En su artículo 12 establece, en relación con el plazo de protección, que cuando la duración de la protección de una obra —que no sea fotográfica o de arte aplicado— se calcule sobre una base distinta de la vida de una persona física, dicho plazo no podrá ser menor a 50 años contados desde el final del año civil de la publicación autorizada o, en su defecto, contados desde el final del año civil de su realización.

Miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo. Los Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos. 2. A los efectos del presente Acuerdo, la expresión ‘propiedad intelectual’ abarca todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II”.

- 21 En el propio artículo 3 del ADPIC especifica que “protección” comprenderá los aspectos relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual, así como aquellos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual que trata específicamente este Acuerdo.
- 22 Artículo 9. Relación con el Convenio de Berna. “1. Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6 bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo”.

Finalmente, en su artículo 41 estipula que los miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme lo previsto en la Parte II —normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual— que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.²³

3.2.1.3 Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor²⁴

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor estipula en su artículo 1 su relación con el Convenio de Berna, estableciendo que es un arreglo particular en el sentido del artículo 20²⁵ del Convenio

23 Artículo 41 del ADPIC: “1) Los Miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso. 2) Los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual serán justos y equitativos. No serán innecesariamente complicados o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios”.

24 Celebrado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. Firmado por parte de Argentina el 18 de septiembre de 1997. Aprobado por la Ley 25140, sancionada el 4 de agosto de 1999. Promulgada de hecho el 8 de septiembre de 1999. Fecha de entrada en vigor del TODA para la Argentina: 6 de marzo de 2002. https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_multi_ficha.php?id=kp+kmw

25 Artículo 20 del Convenio de Berna (Acta de París 1971) [Arreglos particulares entre países de la Unión]: “Los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio. Las disposiciones de los Arreglos existentes que respondan a las condiciones antes citadas continuarán siendo aplicables”.

de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas en lo que respecta a las partes contratantes, que son países de la Unión establecida por dicho Convenio. Asimismo, dispone que no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado. Asimismo, estipula en su inciso 2 que no deroga las obligaciones existentes entre las partes contratantes en virtud del Convenio de Berna; en su inciso 3 aclara que se entenderá por “Convenio de Berna” el Acta de París, de 24 de julio de 1971, del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas; y, finalmente, en su inciso 4 establece que las partes contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna.

En su artículo 9 dispone específicamente sobre la duración de la protección para las obras fotográficas que las partes contratantes no aplicarán las disposiciones del Artículo 7.4 del Convenio de Berna, es decir que ya no queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer el plazo de protección para las obras fotográficas y para las artes aplicadas, protegidas como obras artísticas, el cual no puede ser inferior a un periodo de 25 años contados desde la realización de tales obras.

Si bien en las disposiciones concertadas del TODA nada se dice sobre el artículo 9, la Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrada por la OMPI proporciona información sobre su interpretación y aplicación, la cual se analizará en el apartado 5.

En el artículo 10 estipula que las partes contratantes podrán prever limitaciones y excepciones en sus legislaciones nacionales a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.²⁶

26 Artículo 10. Limitaciones y excepciones. “1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explota-

En el artículo 13 regula la aplicación en el tiempo. Al respecto, prevé que las partes contratantes aplicarán las disposiciones del artículo 18 del Convenio de Berna a toda la protección contemplada en el Tratado. Por su parte, el artículo 18 estipula que cada parte contratante gozará de todos los derechos y asumirá todas las obligaciones dimanantes del Tratado con sujeción a cualquier disposición que especifique lo contrario en este.

En el artículo 14 estipula disposiciones sobre la observancia de los derechos. Al respecto, prevé en su inciso 1 que las partes contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del Tratado; y en su inciso 2, que las partes contratantes se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a los que se refiere el Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.

Finalmente, el artículo 22 establece que no se admite reserva alguna al Tratado.

3.2.2 Tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional

3.2.2.1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁷

En su artículo XIII, estipula que toda persona tiene el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectua-

ción normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

27 Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, en 1948.

les y especialmente de los descubrimientos científicos; y que tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de los que sea autor.

3.2.2.2 Declaración Universal de Derechos Humanos²⁸

En su artículo 27, inciso primero estipula que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten; y en su inciso 2 establece que toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de las que sea autora

3.2.2.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales s²⁹

En su artículo 15 establece —en la primera parte— que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a: a) participar en la vida cultural; b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. En su inciso 2 establece que, entre las medidas que los Estados partes deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de esos derechos, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

28 Celebrado en Nueva York el 10 de diciembre de 1948.

29 Celebrado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966. Firmado por Argentina el 19 de febrero de 1968. En vigor desde el 8 de noviembre de 1986. Aprobado por la Ley 23313, sancionada el 17 de abril de 1986, promulgada el 6 de mayo de 1986. https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_multi_ficha.php?id=laWn

3.2.3 Otros instrumentos internacionales relevantes con jerarquía superior a las leyes³⁰

3.2.3.1 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)³¹

En su artículo 1 establece la obligación de los Estados partes a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados —especialmente económica y técnica— hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el Protocolo.

En su artículo 2 estipula la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno. Al respecto, dispone que, si el ejercicio de los derechos establecidos en el Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

En el artículo 3 prevé la obligación de no discriminación. Estipula que los Estados partes en el Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por su parte, en el artículo 14 establece el derecho a los beneficios de la cultura. Así, en su inciso 1 prevé que los Estados partes en el Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad; b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; c. beneficiarse de la protección

30 Cfr. Artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

31 Celebrado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988. Firmado por Argentina el 17 de noviembre de 1988. En vigor desde el 23 de octubre de 2003. Aprobado por la Ley 24658, sancionada el junio 19 de 1996, promulgada de hecho el 15 de julio de 1996. <https://tratados.cancilleria.gob.ar/busqueda.php?consulta=si&modo=c&pg=2>

de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de las que sea autora. En su inciso 2 establece que entre las medidas que los Estados Partes deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de esos derechos, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3.2.3.2 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³²

El artículo 26 prevé el principio *pacta sunt servanda*: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

El artículo 27 estipula sobre el derecho interno y la observancia de los tratados que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

El artículo 30 dispone respecto de la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia, en su inciso 2, que cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último. Asimismo, en su inciso 3 prevé que cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

El artículo 31 estipula reglas generales de interpretación. En su inciso 1 prevé que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

El artículo 32 prevé medios de interpretación complementarios. Al respecto, estipula que se podrá acudir a estos, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del

32 Celebrado en Viena el 23 de mayo de 1969. Firmado por Argentina el 23 de mayo de 1969. En vigor desde el 27 de enero de 1980. Aprobado por la Ley 19865.

artículo 31 o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

4. Doctrina aplicable al plazo de protección patrimonial de la obra fotográfica

En este apartado se abordarán las posturas doctrinarias de reconocidos autores en la materia en relación con el plazo de duración de la protección patrimonial del derecho de autor sobre obras fotográficas, así como sus posicionamientos sobre la aplicación de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país. Como se verá, y citando a Cabanellas de las Cuevas (2023), examinar el marco internacional vigente en la materia resulta “particularmente complejo” (tomo 2, p. 268), y existen diversas respuestas interpretativas al cuestionamiento planteado.

Por una parte, Villalba y Lipszyc (2016, § 5.1d.) explican que el plazo de protección de la fotografía continúa siendo el originariamente establecido en el artículo 34, es decir, 20 a años a partir de la fecha de la primera publicación, enfatizando que no existe ninguna explicación técnica que justifique no haberlo actualizado al mismo ritmo que el de las obras cinematográficas.

Agregan que el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, celebrado en Ginebra en 1996, establece en su artículo 9 que, respecto de las obras fotográficas, las partes contratantes no aplicarán el artículo 7, § 4 del Convenio de Berna, es decir que ya no queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer dicho plazo de protección, el cual no podía ser inferior a un periodo de 25 años contados desde la realización de tales obras (Villalba y Lipszyc, 2016, § 5.1d.).

Al respecto, explican que, si bien la Argentina ha ratificado el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, el cual entró en vigencia el 6 de marzo de 2002, aún no ha adaptado la ley interna al Tratado, y la duración del derecho sobre las obras fotográficas nacionales sigue siendo de 20 años a partir de la fecha de la primera publicación (Villalba y Lipszyc, 2016, § 5.1d.).

Manifiestan que, por el contrario, en relación con las obras fotográficas extranjeras cuyo país de origen sea parte contratante del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, el plazo será el que resulte de aplicar el artículo 9 y del plazo general estipulado y de la forma estipulada en los arts. 7 y 7 bis del Convenio de Berna, es decir que se extenderá durante la vida del autor y 50 años después de su muerte (Villalba y Lipszyc, 2016, § 5.1d.).

Asimismo, explican que respecto de las obras fotográficas que tengan origen en un país que sea parte del Convenio de Berna, pero no del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, el plazo de protección será el establecido por los Estados en su legislación local, el cual podrá ser menor al plazo general de 50 años, pero no inferior a 25 contados desde la realización de tales obras (Villalba y Lipszyc, 2016, § 5.1d.).

Concluyen que esta es una de las consecuencias de la morosidad legislativa en la adecuación de la ley interna a los compromisos internacionales, así como de una manifestación más de la “desigualdad al revés” a la que se refieren al abordar la cuestión de la subsistencia del registro como requisito del carácter exclusivo del derecho patrimonial del autor respecto de las obras nacionales (Villalba y Lipszyc, 2016, § 5.1d.).

Al respecto, Borda ha señalado:

Está claro así que los autores extranjeros que publican sus obras en su país de origen están protegidos en el nuestro sin necesidad de inscripción en el Registro; y lo que se concede a los autores extranjeros debe concederse a los nacionales, porque de lo contrario se violaría el principio constitucional de la igualdad ante la ley (artículo 16, Constitución Nacional), sin contar con que repugna al buen sentido negar a los autores nacionales una tutela que se reconoce a los extranjeros. Concluimos, pues, en que la inscripción ha dejado de ser un requisito ineludible de la tutela legal de los derechos de autor. (como se citó en Villalba y Lipszyc, 2016, § 9.4)

Afirman que el Convenio de Berna no se aplica en el país de origen de la obra, de acuerdo con lo establecido expresamente en el artículo 5, § 1:

Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio [y en el artículo 5, § 3, primera parte:] La protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional. (Villalba y Lipszyc, 2016, §11.6.3)

Lipszyc (2019, p. 36) explica con relación con la aplicación de los tratados internacionales que hasta 1963 la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendía que nuestro sistema era monista con primacía relativa del derecho internacional y, en función de ello, un tratado tenía vigencia interna por su sola aprobación legislativa y ratificación ejecutiva, aunque una ley posterior no modificaba un tratado anterior y la Constitución Nacional prevalecía sobre el tratado.

Agrega que en 1963 la Corte se apartó de la anterior doctrina e interpretó que, conforme a lo estipulado en el artículo 31 de la Constitución Nacional, “[e]sta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los Tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...”, las leyes y los tratados tienen igual jerarquía y no habría fundamento para darles prioridad a unas sobre otras (Lipszyc, 2019, p. 36).

Manifiesta que, con posterioridad, la Argentina ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y que luego la Corte Suprema, en el año 1993, en el caso *Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros* volvió a la doctrina anterior, según la cual “cuando el país ratifica un tratado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen en los supuestos que el tratado contemple, máxime si estos están descritos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata” (Lipszyc, 2019, p. 37).

Explica que, finalmente, en la reforma constitucional de 1994 —a través del inciso 22 del artículo 75— se estableció que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, incorporando así la jurisprudencia de la Corte Suprema y, aún más, estableciendo que

las convenciones sobre derechos humanos allí enumeradas tendrán jerarquía constitucional, no derogando artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución y entendiéndose complementarios de los derechos y garantías allí reconocidos (Lipszyc, 2019, p. 38).

Cita jurisprudencia en la que la justicia argentina hizo aplicación directa de las normas de tratados internacionales, tales como *S.C. Johnson & Son Inc. c. Clorox Argentina S.A.* de la Sala II Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal del 30/04/1998; sobre la base de que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, sostuvo que el artículo 50, ap. a del Acuerdo TRIPs-GATT [ADPIC] es derecho vigente en nuestro país, directamente operativo a través del trámite procesal de las medidas cautelares. Asimismo, cita el fallo de la Corte Suprema *Unilever NV c. Instituto Nacional de la Propiedad Industrial*, del 24/10/2000, en el que la Corte sostuvo en referencia a la aplicabilidad y vigencia del ADPIC que

Que un tratado internacional tiene, en las condiciones de su vigencia, jerarquía superior a las leyes (arts. 31 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; Fallos: 315: 1492; 317:1282 y otros) y sus principios integran inmediatamente el orden jurídico argentino. La interpretación de buena fe de esta importante consecuencia conduce a descartar el amparo del ordenamiento hacia toda solución que comporte una frustración de los objetivos del tratado o que comprometa el futuro cumplimiento de las obligaciones que de él resultan.

Destaca que la sentencia alude a los principios del tratado haciendo referencia a los arts. 7 (Objetivos) y 8 (Principios) del AADPIC, así como al artículo 1, § 1, *in fine*, en cuanto a la naturaleza y alcance de las obligaciones contraídas por el Acuerdo (Lipszyc, 2019, p. 38).

Del mismo modo, Villalba y Lipszyc (2016) manifiestan que los tribunales han aplicado el criterio de la protección automática que prevé el Convenio de Berna en la sentencia *SADAIC c. Puig Major Discotheque*,³³ en la cual el doctor Bossert señaló en su voto

33 CNCiv., sala F, agosto 8-1991, L.L., 1991-E-311.

que mediante la ley 17.251 de 1967, nuestro país adhirió a la Convención de Berna [...] a través de la cual se establece la protección automática de los derechos de autor, suprimiéndose la exigencia de formalidades, tales como el registro previo. (§ 11.6.7 2)

Concluye Lipszyc (2019) que el derecho de autor ha sido incluido entre los derechos fundamentales amparados por la Constitución Nacional, así como en declaraciones y tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, y manifiesta que así lo ha reconocido la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa *Michard, Diego F* del 18/9/1996 al establecer que

[l]a propiedad intelectual se halla específicamente contemplada en el artículo 17 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de jerarquía constitucional que otorgan ese resguardo a estos derechos (arts. 27, inc. 2, DUDH; 15, inc.1, PIDESC; y 13, DADDH). (p. 39)

Por su parte, Emery (2019, p. 272) explica que el artículo 34 de la Ley 11723 fue reformado dos veces sucesivas a través de la Ley 24249 y 25006, y que en ambas oportunidades el legislador amplió exclusivamente los plazos de protección de las obras cinematográficas, omitiendo la consideración del plazo de protección de las obras fotográficas.

Al respecto, en la edición de su libro *Propiedad Intelectual...* del año 2005 manifiesta que la omisión referida en el párrafo anterior se traduce en que la duración del plazo de protección de la obra fotográfica en Argentina entonces está sujeta a interpretación, y plantea dos opciones, a saber:

1. Si se interpreta que al no haber ratificado la Argentina expresamente el Acta de París 1971 del Convenio de Berna, entonces seguiría vigente el artículo 7, párr. 3 del Acta de Bruselas, que remite la duración de la protección a la ley del país donde se reclama y, por ende, la protección de la fotografía es la establecido en el artículo 34 Ley 11723, es decir, 20 años (Emery, 2019, p. 186).
2. Si se interpreta que la Ley 24425 que adoptó en el Convenio de ADPIC ha puesto en vigencia los artículos 1 a 21 del Acta de

París 1971 del Convenio de Berna, entonces sería de aplicación el artículo 7, párrafo 4, que elevó el plazo de protección mínimo a 25 años contados desde la realización de tales obras (Emery, 2019, p. 186).

Explica que esta última es la interpretación que debería prevalecer y agrega que la ratificación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor elevaría el plazo de protección a 50 años *post mortem* en función de lo establecido en el artículo 7, párrafo 1 (Emery, 2019, pp. 185-186).

Ahora bien, en la edición actualizada y ampliada de su libro, Emery (2019), citando a Villalba y Lipszyc, manifiesta que el plazo de protección de la obra fotográfica continúa siendo el originalmente establecido en el párrafo 1 del artículo 34,

ya que no obstante que nuestro país ha ratificado el TODA de 1996, el artículo 9° dispone que, respecto de dichas obras, las partes contratantes no aplicaran el artículo 7°, § 4, del Convenio de Berna [...] aún no ha adoptado la ley interna al Tratado, y la duración del derecho sobre las obras fotográficas nacionales sigue siendo de veinte años a partir de la fecha de la primera publicación. (Emery, 2019, pp. 272-273)

En relación con la operatividad de los tratados internacionales, Emery (2019, p. 202) explica que, con anterioridad a la reforma constitucional, la Corte Suprema sostuvo que el derecho a réplica contenido en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— es operativo, pues su interpretación textual despeja toda duda y porque la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Agrega que esta doctrina fue incorporada en la reforma constitucional de 1994 al establecer en el inc. 22 del artículo 75 que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. Manifiesta, asimismo, que la doctrina *Ekmekdjian* fue ratificada por la Corte Suprema en la causa *Petric, Domingo A. c/Diario Página 12*. Concluye que los precedentes jurisprudenciales citados en referencia a la operatividad del Pacto de

San José de Costa Rica son de aplicación *mutatis mutandi* para los tratados internacionales en materia de propiedad intelectual.

Finalmente, con relación al criterio de distinción entre las cláusulas operativas y programáticas, Emery (2019, p. 203) concluye que será el intérprete o el juez quien deberá distinguirlas, y sintetiza que las disposiciones de los tratados internacionales son autoejecutivas y de aplicación obligatoria para los tribunales argentinos.

Por otra parte, Cabanellas de las Cuevas (2023) explica, si bien el artículo 34 de la Ley 11723 establece que para las obras fotográficas la duración del derecho de propiedad es de 20 años a partir de la fecha de publicación, para determinar su aplicación resulta necesario examinar el marco internacional vigente en la materia, el cual expresa que resulta “particularmente complejo” (tomo 2, p. 268).

Explica que, conforme a lo establecido en el artículo 7, párrafo 4 del Convenio de Berna, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer el plazo de protección para las obras fotográficas y para las artes aplicadas, protegidas como obras artísticas; sin embargo, este plazo no podrá ser inferior a un periodo de 25 años contados desde la realización de tales obras. Y agrega que, por otra parte, el artículo 9 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor dispone respecto de las obras fotográficas que las partes contratantes no aplicarán las disposiciones del Artículo 7.4 del Convenio de Berna (Cabanellas de las Cuevas, 2023, tomo 2, p. 268).

Expone que estas normas en su conjunto plantean varias posibilidades interpretativas, a saber:

1) Al no haber ratificado la Argentina expresamente el Acta de París 1971 del Convenio de Berna, continúa vigente el artículo 7, párrafo 3 del Acta de Bruselas, que remite la fijación de la duración de la protección a la ley del país donde se reclama y, por consiguiente, el plazo resultaría de 20 años conforme lo establece el artículo 34 de la Ley 11723. Explica que Emery describe esta postura sin darle apoyo (Cabanellas de las Cuevas, 2023, tomo 2, p. 268).

2) Al haber aprobado la Argentina el acuerdo TRIPs, resultan de aplicación las disposiciones del Acta de París 1971 del Convenio de Berna, siendo aplicable el artículo 7, párrafo 4 que elevó el plazo de protección mínimo a 25 años contados desde la realización de tales

obras. Manifiesta que Emery se muestra favorable a esa interpretación (Cabanellas de las Cuevas, 2023, tomo 2, p. 268).

3) Al aplicar el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, el plazo para las obras fotográficas extranjeras cuyo país de origen sea parte contratante del Tratado será el resultante de aplicar el artículo 9 de dicho Tratado (las partes contratantes no aplicarán las disposiciones del Artículo 7.4 del Convenio de Berna) que, asimismo, remite al artículo 7 del Convenio de Berna (excepto el apartado 4), por lo que la protección se extenderá durante la vida del autor y 50 años después de su muerte (Cabanellas de las Cuevas, 2023, tomo 2, pp. 268-269).

Para las obras fotográficas de un país de origen que sea parte del Convenio de Berna, pero no del Tratado de OMPI sobre Derecho de Autor, el plazo será de 25 años contados desde la realización de la obra, es decir, el plazo establecido en el artículo 7, párrafo 4 del Convenio de Berna (Cabanellas de las Cuevas, 2023, tomo 2, p. 269).

Manifiesta que esta tercera opción es la que apoyan Villalba y Lipszyc (2009) y, asimismo, coincide con dicha postura interpretativa Cabanellas de las Cuevas (2023, tomo 2, p. 269).

Este autor concluye manifestando que el Tratado de la OMPI tiene la inserción legal que en el sistema constitucional argentino les corresponde a los tratados internacionales. Por ende, las obras fotográficas protegidas por derecho de autor quedan alcanzadas por la versión válida del Convenio de Berna, siendo en Argentina la de 1971 conforme el acuerdo TRIPs y el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor. Por ello, al no ser aplicable artículo 7, párr. 4 del Convenio de Berna, el plazo de protección resulta ser el mínimo fijado en el artículo 7 del Convenio de Berna, es decir, la vida del autor y 50 años después de su muerte. Agrega que para las obras fotográficas de un país de origen que no sea participante del Tratado de OMPI sobre Derecho de Autor, el plazo será el de 25 años contados desde la realización de la obra, toda vez que sí resultará de aplicación en este supuesto el artículo 7 párrafo 4 del Convenio de Berna por exigencia del acuerdo TRIPs (Cabanellas de las Cuevas, 2023, tomo 2, p. 269).

Respecto de los efectos de los acuerdos internacionales relativos a derechos de autor en el derecho interno argentino, explica que es

importante determinar en qué medida las normas que integran el marco internacional existente resultan ser inmediatamente aplicables por los órganos nacionales judiciales y administrativos, así como la pautas para solucionar los casos en los que existe conflicto entre normas internacionales y la legislación nacional (Cabanellas de las Cuevas, 2023, tomo 1, p. 147).

Manifiesta que en el fallo de la Corte Suprema *Ekmekdjian M.A. c. Sofovich, G.* se dispuso la aplicación inmediata de las normas incluidas en los tratados internacionales ratificados por la Argentina, a pesar de no haber sido implementadas mediante normas nacionales. Explica que, con posterioridad, la reforma constitucional de 1994 estableció en el artículo 75, inciso 22 la prioridad normativa de los tratados internacionales sobre leyes internas y que esto tiene consecuencias en relación con los efectos de los acuerdos internacionales de derecho de autor; en caso de conflicto entre un acuerdo y la legislación interna, prevalecerá el acuerdo, así como en el caso de que si una norma de un acuerdo es susceptible de aplicación directa por los órganos de aplicación, debe procederse a aplicarse directamente sin que resulte necesario una norma local de implementación (Cabanellas de las Cuevas, 2023, tomo 1, p. 148).

Como puede observarse, los autores responden de distinta manera al cuestionamiento planteado: ¿cuál es el plazo de duración de la protección patrimonial del derecho de autor sobre obras fotográficas nacionales?

En resumen, para Villalba y Lipszyc (2016, § 5.1d.), la respuesta es 20 años desde la publicación de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 11723, toda vez que argumenta que el Convenio de Berna resulta aplicable sólo a obras extranjeras; para Emery (2019), continúan siendo los 20 años originalmente establecido en el párrafo 1 del artículo 34; y para Cabanellas de las Cuevas (2023), el plazo de protección resulta ser el plazo mínimo fijado en el artículo 7 del Convenio de Berna, es decir, la vida del autor y 50 años después de su muerte en función de la jerarquía superior a la leyes que la Constitución Argentina le otorga al Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor.

5. Otras fuentes de interpretación aplicables

En este apartado se abordarán las guías disponibles del Convenio de Berna y del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, las cuales fueron elaboradas por la OMPI, que brindan valiosa información sobre la interpretación y aplicación de los tratados a los que se refiere.³⁴

5.1 Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas -Acta de París 1971- (Guía de Berna 1978)

Arpad Bogisch, director general de la OMPI en el año 1978, dijo en el prefacio de la Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París 1971) publicada por la OMPI en Ginebra en el año 1978 que:

[e]fectivamente, el derecho de autor es uno de los elementos esenciales en el proceso de ese desarrollo. La experiencia demuestra que el enriquecimiento del patrimonio cultural de una nación depende directamente del nivel de la protección que en ella se dispensa a las obras literarias y artísticas: cuanto más elevado es este nivel, mayor es el estímulo que reciben los autores en su actividad creadora; cuanto más numerosas son las creaciones intelectuales, más lejos llega la influencia cultural del país; cuanto mayor es la producción en las esferas intelectual y artística, crece más la importancia de las actividades auxiliares de esa producción que son las industrias del espectáculo, del disco y del libro. En resumidas cuentas: el estímulo de la creación intelectual constituye una de las condiciones primordiales de cualquier clase de promoción social, económica y cultural. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI], 1978, p. 3)

Explica Arpad Bogisch que la finalidad de la Guía es presentar el contenido del Convenio de Berna de la forma más sencilla y clara posible, así como dar explicaciones acerca de su naturaleza, finalidad y alcance. Espera que la Guía les sirva a los legisladores y a los administradores de los distintos países para comprender mejor el Convenio de Berna y, gracias a ello, fomentar la protección de la propiedad intelectual en el mundo (OMPI, 1978, p. 4).

34 En atención al tiempo transcurrido desde su redacción, es posible que las

La Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras -Acta de París 1971- (Guía de Berna 1978) ha sido escrita por el Sr. Claude Masouyé, director del Departamento de Derecho de Autor e Información de la Oficina Internacional de la OMPI en aquel momento.

El Convenio de Berna tiene como uno de sus objetivos que el derecho de autor esté protegido no solo por la legislación nacional, sino también a nivel internacional. Para ello, estipula que, en cada uno de los países miembros, las obras procedentes de cualquier otro de ellos deberán ser tratadas de la misma manera que las de los nacionales del país respectivo, y que los autores gozarán de ese trato nacional y de un mínimo de protección sin tener que observar para ello la menor formalidad (OMPI, 1978, p. 5).

En el preámbulo se establece la finalidad que persigue el Convenio: el deseo de los países obligados por el Convenio de proteger en la forma más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus propias obras literarias o artísticas. Allí se refleja la voluntad de los redactores del Convenio de velar por un elevado nivel de protección y el deseo de establecer —en cuanto sea posible— un mismo régimen para todos los beneficiarios de esa protección y su objeto, la protección del derecho de autor (OMPI, 1978, p. 7, § 0.2).

El artículo 2 establece las obras protegidas de manera enunciativa no exhaustiva, entre las cuales se encuentra la fotografía. En la Guía de Berna de 1978 se explica que se refiere a las fotografías en sí, independientemente del sujeto fotografiado (retratos, paisajes, acontecimientos de actualidad, etc.) y de la finalidad perseguida con ellas (fotografías de aficionados o de profesionales, artísticas, publicitarias u otras). Asimismo, explica que la protección es válida ya sea que se utilicen procedimientos químicos o técnicos, ya conocidos o por descubrir, distintos de los que tradicionalmente caracterizan la fotografía. Señala que el Convenio deja abierta la posibilidad de limitar el beneficio de la protección a ciertas categorías de obras fotográficas, y que serán los legisladores nacionales quienes lo definirán. Ejemplifica que algunas legislaciones exigen que, para poder ser protegidas, las obras fotográficas posean carácter artístico o documental (OMPI, 1978, p. 14, § 2.6, p. 17, § 2.6.h).

guías de Tratado no reflejen la evolución reciente o la interpretación actual de los tratados en cuestión.

En el artículo 5, párrafo 1 se estipula el principio de trato nacional; en el comentario de la Guía de Berna de 1978 se explica que los autores unionistas deberán recibir en todos los países de la Unión el mismo trato que los autores nacionales y, además, deberán gozar de las prerrogativas mínimas estipuladas por el Convenio (OMPI, 1978, p. 35, §5.4).

En el párrafo 3 del artículo 5 se afirma la competencia de la ley nacional cuando se trata de determinar la amplitud que reviste la protección en el país de origen de la obra: la protección de una obra cuyo autor sea nacional de ese país se regirá exclusivamente por la legislación nacional y se encuentra al margen del Convenio (OMPI, 1978, p. 37, § 5.9).

El artículo 7 establece la duración de la protección, estipulando una regla general y reglas particulares para determinados tipos de obras, entre las cuales se encuentran la fotografía.

En el comentario al artículo 7, párrafo 1 se explica que en dicha disposición se establece un mínimo que los países de la Unión están obligados a respetar desde la revisión de Bruselas de 1948. Agrega que los legisladores pueden prolongar dicho lapso si lo estiman conveniente. Hace mención a la existencia en algunos países de “prórrogas de guerra” otorgadas a autores o a sus derechohabientes de manera de compensar las pérdidas o dificultades de explotación generadas como consecuencia de las guerras. Explica que varios Estados celebraron distintos acuerdos bilaterales y que, como consecuencia, se generó un mosaico de situaciones jurídicas diferentes y unas reglas bastante incoherentes entre sí, por lo que, a raíz de ello, se generalizó el deseo de unificación de una prolongación permanente. Dicho deseo se manifestó en la recomendación aprobada por la Conferencia de revisión de Estocolmo (1967), que exhortó a que prosiguieran las negociaciones encaminadas a un acuerdo multilateral que ampliara la duración de la protección (OMPI, 1978, p. 50, § 7.2).

Explica que el mínimo de 50 años después de la muerte del autor se escogió en función de que la mayoría de los legisladores han juzgado razonable y equitativo tener en cuenta el promedio de duración de la vida del autor y sus descendientes directos, de manera de abarcar un total de tres generaciones. Manifiesta que se ha estimado en general que es normal añadir a la vida del autor un lapso de tiempo lo

bastante largo para que sus herederos puedan seguir beneficiándose del producto de su obra intelectual, al mismo tiempo que perpetúan su recuerdo. Concluye que, teniendo en cuenta estas razones, la duración mínima de la protección establecida por el Convenio guarda un justo equilibrio entre la preservación de los derechos patrimoniales reconocidos al autor y la necesidad de la sociedad de tener acceso a las expresiones de una cultura (OMPI, 1978, p. 51, § 7.4).

Ahora bien, en el párrafo 4 del artículo 7 se estipula el plazo de duración específico para las obras fotográficas y las obras de artes aplicadas. Al respecto, el comentario de la Guía de Berna de 1978 establece que dicha disposición les reserva a las legislaciones nacionales la competencia en lo que se refiere a la duración de la protección, fijando un mínimo de 25 años desde su realización. Explica que existen divergencias de criterio acerca de si las obras de artes aplicadas deben estar protegidas por el derecho de autor o por la legislación específica sobre diseños y modelos. Agrega, en relación con las fotografías, que se decidió adoptar el mismo mínimo convencional en función de las dudas planteadas por su asimilación general a las obras de arte (OMPI, 1978, p. 55, § 7.11).

El artículo 36 estipula la aplicación del Convenio por la legislación interna. El comentario a dicho artículo en la Guía de Berna de 1978 afirma que en los países cuya Constitución dispone que los tratados internacionales pueden ser ejecutorios por sí mismos, no hace falta legislación especial de ninguna clase para aplicar aquellas disposiciones del Convenio que, dada su naturaleza, puedan ser objeto de aplicación directa (OMPI, 1978, p. 169, § 36.5).

5.2 Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI

Kamil Idris, director General OMPI en el año 2003, en el Prefacio a la Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI manifestó que

[e]n su calidad de organización responsable de la administración de esos tratados, una de las principales tareas de la OMPI es proporcionar asesoramiento y asistencia a sus Estados miembros en la elaboración y la aplicación de la legislación nacional por la que esos

tratados entran en vigor. En ese contexto, esta nueva Guía procura aclarar y explicar los principios jurídicos consagrados en los tratados y su relación con consideraciones políticas, económicas, culturales y tecnológicas. Esperamos que sea útil para todas las partes interesadas, en particular los gobiernos, los creadores, las empresas, los juristas, los universitarios, los consumidores y los estudiantes de todos nuestros Estados miembros, y que contribuya a garantizar un entorno propicio y próspero en el que sea posible poner a disposición de un mayor número de personas, en todas las partes del mundo, más y mejores productos y servicios que dependen del respeto y la protección del derecho de autor. (OMPI, 2003, prefacio, p. 4)

Mihály Ficsor, escritor de dicha Guía, explica que “esta nueva Guía y su Glosario constituyen una publicación completamente nueva y no una actualización ni una adaptación de las anteriores o del Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI” (OMPI, 2003, p. 5).

La interpretación propuesta en la Guía sobre dichos instrumentos está basada en los artículos 31³⁵ y 32³⁶ del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados (OMPI, 2003, p. 17).

35 Artículo 31. Regla general de interpretación

“1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a. todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b. todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a. todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b. toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c. toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

36 Artículo 32. Medios de interpretación complementarios.

El autor observa respecto del Convenio de Viena que este sólo se aplicaría a los tratados adoptados después de su entrada en vigor, por lo que, en principio, no sería aplicable al Convenio de Berna. Explica que, pese a ello, las disposiciones de los artículos 31 y 32 son consideradas como una codificación de los principios elaborados en el marco del derecho consuetudinario internacional y, por ende, resultan pertinentes al Convenio de Berna también (OMPI, 2003, p. 18, § BC-Pr.4).

5.2.1 Guía sobre las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias o artísticas -Acta de París 1971- (Guía de Berna 2003)

Uno de los objetivos propuestos por los países de la Unión en el Preámbulo del Convenio de Berna es que las normas relativas a la protección de esos derechos sean lo más uniformes posible. Al respecto, en la mencionada Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por OMPI se señala que dicha “uniformización” es un objetivo más ambicioso que la “armonización” y que sólo podría considerarse como un resultado final ideal y óptimo al que la comunidad internacional intenta acercarse, pero que tal vez no logre alcanzar plenamente. Se explica que en el debate internacional se utiliza la palabra “armonización” en lugar de “uniformización” (OMPI, 2003, p. 20).

En el artículo 2 del Convenio de Berna se enuncian de forma enunciativa, no exhaustiva, las obras protegidas por este, entre las cuales se encuentran “las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía”. Al respecto, en la Guía sobre las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias o artísticas —Acta de París 1971— (Guía de Berna 2003) se explica que

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a. deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b. conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

[f]ueron necesarias varias revisiones del Convenio de Berna para que las obras fotográficas logren su casi completa asimilación a otras categorías de obras literarias y artísticas. Sin embargo, este proceso no se completó ni siquiera en el Acta de París de 1971 del Convenio. Subsistió una diferencia: en virtud del Artículo 7.4), la duración mínima de la protección de estas obras es menor. (la asimilación completa tuvo lugar gracias al Artículo 9 del WCT, en el que se elimina esa última diferencia que subsistía; por lo tanto, la evolución de las normas internacionales de derecho de autor sobre esas obras se analiza en el comentario relativo a ese Artículo). (OMPI, 2003, p. 27, § BC-2.31)

En el artículo 5 Párrafo 3 del Convenio de Berna se estipulan los derechos garantizados en el país de origen. Según la Guía de Berna 2003, allí se confirma que la protección en el país de origen está regida por la legislación nacional en virtud del principio lógico de que el Convenio estipula las obligaciones en las relaciones internacionales y no en un determinado país (OMPI, 2003, p. 43, § BC5.12).

En el artículo 7 se establecen los plazos generales y especiales de vigencia de la protección. Según la Guía de Berna 2003, dicho concepto de “vigencia de la protección” requiere una explicación. En esa línea se advierte:

El derecho de autor está incluido en el concepto de ‘propiedad intelectual’, y cabe preguntarse, por lo tanto, por qué debe concluir después un determinado período; por qué mientras exista el objeto de esa propiedad intelectual no puede ser heredado por las generaciones subsiguientes; por qué no es perpetuo como la propiedad en otras categorías- tradicionales- de propiedad, como la tierra o los objetos materiales. (OMPI, 2003, pp. 47-48, § BC-7.1)

Se explica que, si bien existen varias razones para contestar dicho planteo, estas tienen que ver justamente con el hecho de que se trata de objetos de propiedad intelectual y no de propiedad tradicional, como la tierra u otros objetos tangibles. Agrega que los objetos de derecho de autor, al ser intangibles de propiedad intelectual, pueden ser multiplicados y distribuidos sin límite por un gran número de

personas al mismo tiempo. Destaca la relevancia de que esas obras estén al servicio de importantes objetivos sociales, como la educación, la investigación, la información y el entretenimiento. Resalta que incluso ciertas obras de gran valor pueden llegar a ser patrimonio común de una nación o de toda la humanidad. Explica que, por dicho motivo, resulta especialmente importante que la relación entre las obras y los derechohabientes eventualmente identificables sea cada vez menos estrecha con el correr del tiempo. Ejemplifica que una, dos, o tal vez tres generaciones de herederos pueden tener una relación interna específica con el autor y con su herencia literaria y/o artística, pero que luego dicha relación se va desvaneciendo hasta quedar el nombre o la memoria de su antepasado, y cuando por el paso del tiempo se va diluyendo ese tipo de vínculo, entonces allí se justifica que los derechos privados de los herederos se extingan y que las obras pertinentes pasen al dominio público, al que ya pertenecen como objetos del patrimonio común (OMPI, 2003, p. 48, § BC-7.3).

Explica que se consideró conveniente y conforme a los objetivos plasmados en el Preámbulo del Convenio establecer como norma internacional para la armonización la vigencia de la protección en 50 años posteriores a la muerte del autor. Asimismo, teniendo en cuenta el promedio de esperanza de vida de la época —el cual era muy inferior al de ahora—, el criterio pareciera ser el de establecer un plazo mínimo que les garantice a los parientes más cercanos de los autores el goce de los resultados de sus obras intelectuales (OMPI, 2003, p. 49, § BC-7.6).

El plazo de protección de 50 años posteriores a la muerte del autor se mantiene desde la revisión de Bruselas de 1948 y ha sido confirmada en el Acta del Convenio de Berna de 1971, así como en el ADPIC y en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. Manifiesta que se ha planteado la necesidad de reconsiderar el plazo en atención al importante aumento de la esperanza de vida, y que una nueva tendencia propone que se fije un plazo de 70 años posteriores a la muerte del autor (OMPI, 2003, p. 49, § BC-7.7).

En el párrafo 4 del artículo 7 se prevé la duración de la protección para las obras fotográficas y las obras de artes aplicadas, el cual es un plazo mínimo y más corto que el plazo general: 25 años desde su realización. Explican que esto se basa en varios motivos; en el

caso de las obras fotográficas, la razón es que, por mucho tiempo, se dudó acerca de si debía concedérseles la misma protección y en las mismas condiciones que a las otras obras artísticas. Su asimilación con las obras artísticas fue un largo proceso que se completó con la incorporación del artículo 9 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, el cual dispone que ya no se aplique el artículo 7.4 del Convenio de Berna que estipulaba un nivel de protección inferior para las obras fotográficas del prescripto para las obras artísticas en general (OMPI, 2003, p. 53, § BC-7.23 y § BC-7.24).

5.2.2 Guía sobre las disposiciones sustantivas del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (Guía TODA)

El primer párrafo del Preámbulo del TODA establece que las partes contratantes están “deseosas de desarrollar y mantener la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas de la manera más eficaz y uniforme posible”. Según la Guía sobre las disposiciones sustantivas del TODA (en adelante, “Guía TODA”), esta declaración confirma la intención de las partes contratantes de continuar con los objetivos delineados en el Preámbulo del Convenio de Berna (OMPI, 2003, p. 190, § CT-Pr.2).

El cuarto párrafo del Preámbulo señala: “Destacando la notable significación de la protección del derecho de autor como incentivo para la creación literaria y artística”. Según la Guía TODA, este párrafo resalta la importancia de proteger el derecho de autor para fomentar la creación literaria y artística. Además, se destaca que es de gran utilidad para orientar la interpretación de las disposiciones del Tratado, estableciendo que cualquier interpretación que reduzca la eficacia de este incentivo o lo debilite de manera injustificada sería inaceptable (OMPI, 2003, p. 190, § CT-Pr.6).

El artículo 1, párrafo 4 del TODA estipula: “Las partes contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna”. Al respecto, en la Guía TODA se señala que existe una excepción evidente a dicho precepto, que surge del artículo 9 del TODA cuando prevé que “respecto de las obras fotográficas, las partes contratantes no aplicarán las disposiciones del Artículo 7.4 del Convenio de Berna”. Este artículo

establecía el plazo mínimo de protección para las obras fotográficas en 25 años desde su realización. Al no aplicarse dicho precepto, se utilizan las reglas generales del artículo 7 y el plazo resulta ser entonces 50 años después de la muerte del autor (OMPI, 2003, p. 196, § CT-Pr.1.24).

Como se menciona en el párrafo precedente el artículo 9 del TODA, se prevé que “respecto de las obras fotográficas, las partes contratantes no aplicarán las disposiciones del artículo 7.4) del Convenio de Berna”. Al respecto, en la Guía TODA se señala que, al quedar excluida la aplicación del artículo 7.4, los Estados contratantes están obligados a aplicar las normas generales respecto del plazo de protección de la aplicación del artículo 7.1; en caso de que se trate de un autor personal, será al menos la vida del autor y 50 años después de su muerte; y en caso de que se trate de obras fotográficas anónimas o seudónimas, se aplicará el artículo 7.3, por lo que el plazo de protección será al menos de 50 años después de que la obra haya sido hecha accesible al público, con las excepciones relativas al cálculo del periodo de 50 años previstas en dicho párrafo (OMPI, 2003, p. 217, § CT-9.1).

Se destaca, asimismo, el hecho de que el artículo 9 del TODA no guarda relación con el “programa digital” de los trabajos preparatorios. Explica que se justificaba aprovechar la oportunidad de actualización de las normas internacionales sobre el derecho de autor para completar el largo proceso de equiparación de las obras fotográficas a las demás categorías de obras (OMPI, 2003, p. 190, § CT-9.3).

También se hace un resumen de dicho proceso de equiparación de las obras fotográficas a las demás categorías de obras, a saber:

Un breve resumen de este proceso es el siguiente:

- i) Aunque el punto 1 del Protocolo Final del acta original de 1886 del Convenio hacía referencia a las obras fotográficas, dejó su protección en manos de las legislaciones nacionales y permitió la aplicación de la reciprocidad material para su protección.
- ii) La *Conferencia de Revisión de París de 1896* amplió la base de la protección a las obras fotográficas y, al mismo tiempo, la hizo más uniforme. Se garantizó un tratamiento nacional a las fotografías (excepto para el plazo de protección en los casos en que se aplicaba

la reciprocidad material) con independencia de que se equipararan a las obras artísticas o estuvieran protegidas por una normativa especial. Asimismo, la Conferencia adoptó una declaración de intenciones en la que se decía que sería deseable que en todos los países de la Unión la legislación protegieran las obras fotográficas y las obras producidas mediante procedimientos análogos, y que el periodo de protección durara al menos 15 años.

iii) En la *Conferencia de Revisión de Berlín de 1908* se acordó que todos los países de la Unión debían proteger las fotografías. Sin embargo, en el acta de Berlín las obras fotográficas quedaron cubiertas por una disposición independiente, el Artículo 3 del Convenio, en lugar ser incluidas en la lista no exhaustiva de “obras literarias” del Artículo 2. En consecuencia, las disposiciones del Convenio relativas a las “obras artísticas y literarias” no se aplicó a las fotografías; era algo que correspondía a las legislaciones nacionales. También se permitía a las legislaciones nacionales determinar libremente la naturaleza y duración de dicha protección.

iv) La *Conferencia de Revisión de Roma de 1928* no modificó el texto del Convenio de Berna con relación a las obras fotográficas.

v) En la *Conferencia de Revisión de Bruselas de 1948*, se introdujo la expresión “obras fotográficas y obras creadas mediante un proceso análogo a la fotografía” en la lista no exhaustiva obras artísticas y literarias del Artículo 2.1) del Convenio.

vi) La *Conferencia de Revisión de Estocolmo de 1967* modificó la redacción de la parte correspondiente del Artículo 2.1 del Convenio de Berna; sustituyó la expresión “obras fotográficas y obras creadas mediante un procedimiento análogo a la fotografía” por la expresión “obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía”. Con esta expresión se hacía hincapié en que la forma en que se expresaba la obra era el factor decisivo de la definición, en lugar de la naturaleza del procedimiento técnico. Se alcanzó finalmente un acuerdo sobre el periodo de protección de las obras fotográficas. El Artículo 7.4) preveía lo siguiente: “Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer el plazo de protección para las obras fotográficas...; sin embargo, este plazo no podrá ser inferior a un periodo de veinticinco años contados desde la realización de tales

obras". Al mismo tiempo, era la última diferencia que quedaba entre las obras fotográficas y las obras artísticas y literarias en general, que finalmente se ha eliminado con el Artículo 9 del Convenio. (OMPI, 2003, pp. 234-235, nota al pie 288)

5.3 Análisis legislativo

5.3.1 Antecedentes legislativos

Se han analizado los debates parlamentarios de las leyes 24249 del año 1993 y 25006 del año 1998; ambas modificaron el artículo 34 de Ley 11723 en búsqueda de referencias sobre la posible modificación del plazo de protección de las obras fotográficas. Asimismo, se han examinado debates parlamentarios de la Ley 24870 del año 1997, que modificó el plazo general de duración de la protección por derecho autor contenido en el artículo 5 de la Ley 11723; la Ley 26570 del año 2009, que introduce el artículo 5bis en la Ley 11723 sobre plazos de protección de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas; y por último la Ley 25140 del año 1999, que aprobó el Tratado de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París 1971) y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

El objetivo del estudio de estos antecedentes ha sido, por un lado, la búsqueda de referencias en cuanto a posibles modificaciones al plazo de protección de las obras fotográficas y, por otro lado, la comprensión de los fundamentos de los diputados y senadores en aquella época como recurso interpretativo para su aplicación actual.

La Ley 24249³⁷ modificó el artículo 34 de la Ley 11723, elevando el plazo de protección de las obras cinematográficas a 50 años desde la fecha de la primera publicación.

La Ley 25006³⁸ también modificó el artículo 34 de la Ley 11723, en esta oportunidad, cambiando la forma de computar el plazo de protección de las obras cinematográficas, estableciéndolo a partir del fallecimiento del último de los colaboradores enumerados en el ar-

37 Sancionada el 13/10/1993. Promulgada el 11/11/1993. Publicada en el Boletín Oficial el 17/11/1993.

38 Sancionada el 15/07/1998. Promulgada el 10/08/1998. Publicada en el Bo-

título 20. Asimismo, incorporó el artículo 34 bis, el cual estableció que dicha forma de computar el plazo sería de aplicación a las obras cinematográficas que se hubieran incorporado al dominio público sin que hubiese transcurrido el plazo establecido en este y sin perjuicio de la utilización lícita realizada de las copias durante el período en el que aquellas estuvieron incorporadas al dominio público.

En el *Diario de Sesiones Ordinarias* de la Cámara de Senadores de la Nación, 42° Reunión, 20° Sesión Ordinaria del día 14 de noviembre de 1991,³⁹ se puso a consideración el Dictamen de la Comisión Legislativa General en el proyecto de ley de modificación del artículo 34 de la Ley 11723 de propiedad intelectual (S-1.260/90), el cual resultó aprobado.

Antonio F. Salonia y Domnigo F. Cavallo, en el mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación de fecha 19 de marzo de 1991, manifestaron que, al producirse la reforma del Decreto Ley 12063 de fecha 2 de octubre de 1957, se elevó a 50 años la duración del derecho de propiedad intelectual en el caso de los derechohabientes, pero que dicha reforma no alcanzó a las obras cinematográficas, que quedó mantenida en 30 años. Entienden que se trata de derechos intelectuales de igual jerarquía, a pesar de la particularidad de la obra cinematográfica, y que, por tanto, deberían tener la misma extensión temporal que las restantes obras establecidas genéricamente en el artículo 1 de la Ley 11723.⁴⁰

Asimismo, entre los fundamentos de dicho proyecto, los senadores Costanzo, Ludueña, Vaca, Rivas y Snopek manifestaron que el Acta del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas aprobada en París de 1971 establece como norma de protección para todas las obras comprendidas el término de 50 años a contar desde el fallecimiento del autor. Expresaron que en 1980 fue sancionada la Ley 22195, que aprueba el Acta del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, pero

letín Oficial el 13/08/1998.

39 Congreso de la Nación Argentina. *Diario de Sesiones Ordinarias de la Cámara de Senadores de la Nación*, 42° Reunión, 20° Sesión Ordinaria, 14 de noviembre de 1991, pp. 4070, 4156-4158.

40 *Ibidem*, p. 4157.

que excluye diversos artículos, entre los cuales se encuentra el de la duración de la protección autoral, y entienden que las obras cinematográficas quedan desprotegidas ante la aparición de nuevas formas de explotación.

Por su parte, en el Diario de Sesiones Ordinarias de la Cámara de Senadores de la Nación, 31° Reunión, 16° Sesión Ordinaria del día 17 de julio de 1996, se puso a consideración el Dictamen de la Comisión Legislativa General en el proyecto de ley de la senadora Rivas por el que se modifica el artículo 34 de la Ley 11723 de Propiedad Intelectual con respecto a la duración del derecho sobre obras fotográficas y cinematográficas (S.807/95), el cual resultó aprobado.

En los fundamentos, la senadora Rivas sólo hace referencia a las obras cinematográficas, sin embargo, se entiende que resultan aplicables ciertas razones a las obras fotográficas también, y por ello las menciona. Manifiesta en sus fundamentos que cuando se redactó la Ley 11723 en el año 1933, se estableció el plazo de vigencia del derecho autoral de las obras cinematográficas en 30 años. Explica que la realidad en aquel momento era muy distinta a la actual (1996), que la explotación difícilmente era de más de dos años y la exhibición era en salas de cine. Con el desarrollo de nuevas tecnologías, se extendieron las posibilidades de explotación, y el corto plazo de duración margina a sus autores de los beneficios económicos generados por sus obras. Menciona que, ante esa injusta circunstancia, el Congreso de la Nación dictó la Ley 24249, que extendió el plazo durante dos generaciones posteriores a la muerte del autor. Agrega que el aumento de la expectativa de vida ha obligado a ir ampliando el plazo de duración del derecho de autor a fin de evitar que sus herederos se vean privados de los beneficios económicos de sus predecesores, y que estas circunstancias han hecho que el criterio vigente internacional sea la ampliación del término de vigencia del derecho autoral, el cual entiende se justifica en las obras cinematográficas donde han surgido nuevas y más novedosas formas de explotación que han potenciado las obras y resultan en un mayor aprovechamiento. Si la obra carece de interés, la extensión del término de vigencia resultaría inocua, pues nadie estaría interesado en explotarla.⁴¹

41 Congreso de la Nación Argentina. *Diario de Sesiones Ordinarias de la Cámara*

Por otra parte, en el Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 19° Reunión, 13° Sesión Ordinaria del 25 de noviembre de 2009, se encuentra en el punto 12 del sumario la moción de orden de la diputada Fadel de que se incorpore al plan de labor el proyecto de ley en revisión por el que se modifica la Ley 11723 de Propiedad Intelectual sobre plazos de protección de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas (82-S.-2009), el cual se sancionó definitivamente (Ley 26570).

Allí se halla la única referencia en los antecedentes legislativos de reformas a la Ley 11723, que mencionó de forma específica a la protección autoral de las obras fotográficas. El diputado Sánchez manifestó:

Señora presidenta: nuestro bloque va a votar afirmativamente el proyecto de ley en consideración, pero desea solicitar a esta Cámara y al Honorable Senado que traten las iniciativas que disponen la misma protección para otro tipo de expresiones artísticas y culturales, como la fotografía. De lo contrario, algunas expresiones artísticas quedarían protegidas por veinte años y otras por setenta, lo que no parece justo.⁴²

Lamentablemente, no se localizó después de ese comentario ninguna respuesta en relación con las iniciativas que disponen la misma protección para otro tipo de expresiones artísticas y culturales, como la fotografía.

De los antecedentes legislativos de la Ley 24425 que aprueba el ADPIC surge que, con la Ronda de Uruguay, se han establecido normas mínimas de protección para cada una de las categorías de los derechos de propiedad intelectual basadas en los principales convenios internacionales existentes en la materia, previendo un plazo de transición para que los países en desarrollo puedan adaptarse.⁴³

de Senadores de la Nación, 31° Reunión, 16° Sesión Ordinaria, 17 de julio de 1996, p. 3703.

42 Congreso de la Nación Argentina. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, 19° Reunión, 13° Sesión Ordinaria, 25 de noviembre del 2009, p. 211.

43 Congreso de la Nación Argentina. *Diario de Sesiones de la Cámara de Sena-*

Allí, el senador Eduardo Menem manifestó:

... con la incorporación de la Argentina a este grupo de 122 países que han aprobado el acta final de la Ronda de Uruguay del GATT, creo que daremos un paso decisivo, necesario e imprescindible hacia la integración de la Argentina al comercio internacional, respondiendo al concepto de globalización de la economía. De esta forma pondremos un poco más de justicia en el desarrollo de las naciones del mundo, y por supuesto, ello redundará en beneficio de los intereses nacionales, que deben ser la única guía e idea-fuerza que predomine en el manejo de nuestra política exterior.⁴⁴

Denota claramente esta declaración del senador Menem que la incorporación de Argentina a la Ronda de Uruguay del GATT y, por consiguiente, al ADPIC tuvo como fin redundar en el beneficio de los intereses nacionales y, por ende, de los nacionales argentinos.

Asimismo, se han analizado los antecedentes legislativos de la Ley 25140,⁴⁵ que aprueba el Tratado de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París 1971) y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

El mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación en el Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados Orden del día Nº 2232, año 1999, para la aprobación de la Ley 25140 pone de manifiesto la necesidad de aprobar los artículo 1 a 21 y Anexo del Convenio de Berna, a fin de dar cumplimiento con el compromiso asumido en el Artículo 9.1 del ADPIC.⁴⁶

Asimismo, allí se explica que TODA reconoce la necesidad de

dores de la Nación, 49ª Reunión. 20ª Sesión Ordinaria, 30 de noviembre de 1994, p. 4734.

44 *Ibidem*, p. 4728.

45 Sancionada el 4 de agosto de 1999. Promulgada de hecho el 8 de septiembre de 1999. Publicada en el Boletín Oficial Nacional el 24 de septiembre de 1999.

46 Congreso de la Nación Argentina. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, Sesiones Ordinarias, Orden del día Nº 2232, Mensaje Nº1.444 del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación 1999, pp. 9705-9706 (Carlos S. Menem, Jorge A. Rodríguez, Guido Di Tella).

mantener un equilibrio entre los derechos patrimoniales exclusivos de los autores sobre sus obras y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información. A fines de mantener ese equilibrio, se prevén excepciones a los derechos de los autores en la medida en que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.⁴⁷

Se explica también que el TODA está basado en el principio del trato nacional, y que el trato nacional otorgado a un extranjero no podrá ser menor a las obligaciones mínimas comprometidas en los tratados.⁴⁸

Se pone de manifiesto que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para la aplicación de los convenios y garanticen que su legislación interna establezca procedimientos de observancia de los derechos protegidos, incluyendo recursos ágiles para cumplir con la doble finalidad de prevenir y disuadir eventuales infracciones.⁴⁹

Finalmente, se deja asentado que la aprobación del Convenio de Berna —artículos 1 a 21 y Anexo— y del TODA representa introducir un significativo progreso en el derecho de propiedad intelectual, elevando el nivel de protección de autores, intérpretes musicales y productores de los fonogramas, así como representa un avance legislativo en la materia al adaptar las normas que regulan el derecho de autor a las nuevas tecnologías digitales.⁵⁰

Ley 24870⁵¹ modificó el artículo 5 de la Ley 11723, elevando el plazo de protección de las obras a la vida del autor y hasta 70 años contados a partir del 1 de enero del año siguiente a su muerte. Asimismo, modificó el artículo 84, disponiendo la vuelta al dominio privado de las obras que se encontraren en el dominio público sin que hubiesen transcurrido 70 años desde la muerte del autor.

47 Ídem.

48 Ídem.

49 Ídem.

50 Ídem.

51 Sancionada el 20 de agosto de 1997. Promulgada de hecho el 11 de septiembre de 1997. Publicada en el Boletín Oficial Nacional el 16 de septiembre de 1997.

En el Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 48° Reunión, 21 Sesión Ordinaria, 27 y 28 de noviembre de 1996, se puso a consideración el Proyecto de ley del diputado Dumón y otros, por el cual se modifican los artículos 5 y 84 de la Ley 11723 de Propiedad Intelectual (6.505-D.96), el cual se sancionó.⁵²

En los fundamentos de dicho proyecto se manifestó la necesidad de tomar una decisión legislativa acorde con la tendencia que se produjo en la Comunidad Económica Europea, donde se elevó el plazo de protección del derecho de autor a 70 años, unificando así el mayor término existente en las distintas legislaciones del Viejo Continente, según el modelo alemán y en sintonía con la prevista en los Estados Unidos.⁵³

Concluyeron los diputados manifestando que “[a]decuar la normativa hacia las nuevas pautas internacionales, evitarán que el artista o sus herederos sufran una desigualdad injusta respecto de los demás creadores, en sus distintas expresiones, en todo el mundo”.⁵⁴

Por su parte, en el Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 65° Reunión, 18° Sesión Ordinaria del 20 de agosto de 1997, se puso a consideración del dictamen de la Comisión de Legislación General en el proyecto de ley en revisión por el que se sustituyen los artículos 5 y 84 de la Ley 11723 de Propiedad Intelectual (C.D.-118/96), el cual resultó aprobado y luego se transformó en la Ley 24870.⁵⁵

En las sesiones, el senador Branda hizo hincapié en la necesidad de acompañar y lograr un equilibrio con las demás legislaciones existentes en el mundo en la materia, como la de Brasil o la de la Comunidad Económica Europea, donde a esa fecha se había elevado el plazo a 70 años posteriores a la muerte del autor. Habló de la necesidad de que los derechos y expectativas de los autores argentinos fueran los mismos que los de otras actividades y que, si se pueden heredar inmuebles, también tiene que poder heredarse la propiedad

52 Congreso de la Nación Argentina. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, 48° Reunión, 21 Sesión Ordinaria, 27 y 28 de noviembre de 1996, pp. 5798-5799.

53 Ídem.

54 Ídem.

55 Ídem.

intelectual. Resaltó la necesidad de elevar a un plano de justicia las necesidades de los trabajadores intelectuales.⁵⁶

Por su parte, el senador Genoud manifestó la necesidad de situar la legislación de propiedad intelectual al nivel de los países más desarrollados del mundo.⁵⁷

El senador Eduardo Menem manifestó la preocupación por la piratería que conlleva una desprotección de la labor del autor, y como contrapartida a la amplitud de las formas de difusión y los riesgos que ello conlleva, propone mitigarlos extendiendo temporalmente la extensión de los derechos. Argumenta que de esa manera se incentiva la creación artística y se garantiza una justa compensación para el autor y sus sucesores.⁵⁸

Del análisis efectuado se desprende que gran parte de los argumentos desarrollados resultan aplicables a las obras fotográficas. En ese sentido, cabe señalar que las reformas legislativas introducidas en la Ley 11723 a los largo de los años podrían haber contemplado un tratamiento específico de dichas obras, con el fin de armonizar la normativa nacional con los estándares internacionales en materia de derecho de autor.

En apoyo de esta necesidad de actualización normativa, se identifican diversos argumentos que justifican la ampliación del término de protección patrimonial de las obras fotográficas en el marco del derecho de autor.

En primer lugar, debe reconocerse que los derechos que recaen sobre las obras fotográficas poseen igual jerarquía intelectual que las restantes obras establecidas genéricamente en el artículo 1 de la Ley 11723. Por lo tanto, todas ellas deberían tener la misma extensión temporal, puesto que, de lo contrario, algunas expresiones artísticas quedarían protegidas por 20 años, mientras que otras de igual jerarquía tendrían protección por la vida del autor más 70 años después de su muerte. Esta disparidad resulta contraria los principios fundamentales del derecho: equidad y justicia.

56 Congreso de la Nación Argentina. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación*, 65° Reunión, 18° Sesión Ordinaria, 20 de agosto de 1997, p. 4180.

57 *Ibidem*, p. 4181.

58 *Ibidem*, pp. 4183-4184.

En segundo lugar, cabe destacar que han pasado más de 90 años desde la sanción de la Ley 11723, lo que evidencia un desfase normativo respecto de la realidad contemporánea. Esta desactualización se manifiesta de manera particular en dos aspectos:

Por un lado, el aumento generalizado de la expectativa de vida ha motivado la ampliación del plazo de protección en múltiples jurisdicciones con el objetivo de asegurar que los herederos de los autores no se vean privados de los beneficios económicos derivados de sus obras. Este criterio ha sido incorporado y consolidado en el plano internacional a través del Convenio de Berna, ADPIC y TODA. En consecuencia, la falta de adecuación concordante de la normativa local coloca a los autores de obras fotográficas argentinas en una doble situación de desventaja: por una parte, frente a los autores de distintas expresiones artísticas que gozan de una protección general más extensa y, por otra parte, frente a los autores extranjeros de obras fotográficas miembros de dichos tratados, cuyos derechos están garantizados por los estándares mínimos convencionales.

Por otro lado, el avance tecnológico y la proliferación de nuevas modalidades de explotación digital han transformado profundamente la circulación y el aprovechamiento económico de las obras fotográficas. En este contexto, la vigencia de un plazo reducido de protección no solo compromete la justa retribución del autor, sino que también desalienta la creación al reducir el incentivo económico derivado del desarrollo creativo, artístico y cultural.

5.3.2 Proyectos de ley

Se han analizado también los proyectos legislativos de reforma del artículo 34 de la Ley 11723, los cuales pueden consultarse en más profundidad en el Anexo I.

El objetivo del estudio de estos proyectos fue conocer la comprensión de diputados y senadores del contexto normativo resultante de la adhesión de la Argentina al Convenio de Berna, ADPIC y TODA en relación con el plazo de protección patrimonial de las obras fotográficas.

De dicho análisis surgen las siguientes conclusiones:

- i. Desde la adhesión de la Argentina al último tratado internacio-

- nal de derecho de autor TODA, se han presentado once proyectos de reforma legislativa.
- ii. Todos ellos proponen ampliar el plazo de protección patrimonial de las obras fotográficas. Ocho de esos proyectos equiparan el plazo de protección patrimonial de la fotografía en los mismos términos que el plazo general reconocido a las demás obras en el artículo 5 de la Ley 11723, mientras que dos de ellos la aumentan a 50 años posteriores a la muerte del autor.
 - iii. Todos los proyectos dan cuenta del conflicto suscitado entre la normativa local y lo dispuesto en los tratados internacionales de derecho de autor vigentes, algunos incluso manifestando expresamente el compromiso asumido por las partes contratantes de los tratados a adecuar los sistemas jurídicos locales.⁵⁹
 - iv. Los proyectos fueron presentados por diversos bloques políticos, lo cual refleja que cuentan con apoyo desde distintos ámbitos de la comunidad.

5.4 Derecho comparado

Se efectuó un relevamiento de la duración del plazo de protección patrimonial de las obras fotográficas en América Latina y la Unión Europea.

Tabla 1.
Derecho comparado.

País	Duración	Fuente
Brasil	70 años contados desde el 1 de enero del año siguiente al de la divulgación de la obra.	Artículo 44, Ley 9610/1998. ⁶⁰
Chile	70 años desde la muerte del autor.	Artículo 10, Ley 17336. ⁶¹
Colombia	80 años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor.	Artículo 11, Ley 23 de 1982. ⁶²

59 Ver fundamentos del proyecto 5004-D-2007 desarrollado en el punto 8 del Anexo I.

60 Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/20999>

61 Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/18880>

62 Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/21317>

México	100 años después de la muerte del autor.	Artículo 29, Ley Federal del Derecho de Autor. ⁶³
Perú	70 años después de la muerte del autor.	Artículo 52, Decreto Legislativo 822. ⁶⁴
Uruguay	70 años después de la muerte del autor.	Artículo 14, Ley 9739. ⁶⁵
Ecuador	70 años contados a partir de la realización, divulgación o publicación, el que fuere ulterior.	Artículo 207, Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. ⁶⁶
Paraguay	Obra fotográfica: 70 años después de la muerte del autor. Fotografía o fijación obtenida por un procedimiento análogo que no tenga carácter de obra: 50 años a partir del 1 de enero del año siguiente a la realización de la fotografía.	Artículo 47, Ley 1328/1998. ⁶⁷ Artículo 135, Ley 1328/1998. ⁶⁸
Bolivia	50 años después de la muerte del autor.	Artículo 18, Ley 1322, de 13 de abril de 1992. ⁶⁹

63 Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/20225>

64 Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/18762>

65 Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/21441>

66 Disponible en: https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2019-02/Documento_C%C3%B3digo-Org%C3%A1nico-Econom%C3%ADa-Social-Conocimientos-Creatividad-Innovaci%C3%B3n.pdf

67 Artículo 47 de la Ley 1328/1998. “El derecho patrimonial durará toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, y se transmitirá por causa de muerte de acuerdo a las disposiciones del Código Civil. En las obras en colaboración, el período de protección se contará desde la muerte del último coautor”. Disponible en: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/908/ley-n-1328-derecho-de-autor-y-derechos-conexos>

68 Artículo 135 de la Ley 1328/1998. “Quien realice una fotografía u otra fijación obtenida por un procedimiento análogo, que no tenga el carácter de obra de acuerdo a la definición contenida en el numeral 16 del Artículo 2° y de lo dispuesto en el Título II de esta ley, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos a los autores fotográficos. La duración de este derecho será de cincuenta años contados a partir del uno de enero del año siguiente a la realización de la fotografía”. Disponible en: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/908/ley-n-1328-derecho-de-autor-y-derechos-conexos>

69 Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/494>

Costa Rica	70 años después de la muerte del autor.	Artículo 58, Ley 6683. ⁷⁰
Panamá	70 años después de la muerte del autor.	Artículo 59, Ley 64 de 2012. ⁷¹
República Dominicana	50 años a partir de la primera publicación o exhibición pública o, en su defecto, de la realización.	Artículo 26, Ley 65-00. ⁷²
Cuba	25 años contados desde la realización de tales obras.	Artículo 75, Ley 154 de 2002. ⁷³
Venezuela	60 años desde la divulgación de la obra. En el caso de no haber sido divulgada, a los 60 años desde su realización.	Artículo 38, Ley sobre el Derecho de Autor. ⁷⁴
Honduras	75 años después de la muerte del autor.	Artículo 44, Ley del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos (aprobada por Decreto N° 4-99-E, y según modificada por el Decreto 16-2006). ⁷⁵
Nicaragua	70 años después de muerte del autor.	Artículo 27, Ley 312 de Derecho de Autor y Derechos Conexos (texto consolidado de 25 de junio de 2020). ⁷⁶
Unión Europea	70 años después de la muerte del autor.	Artículo 1 y 6, Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. ⁷⁷

Fuente: elaboración propia.

Como se desprende de la observación de la Tabla 1 de derecho comparado, la mayor parte de los países prevén una duración del plazo de protección del derecho autor de 70 años después de su muerte: Bolivia: 50, Honduras: 75, Colombia: 80 y México: 100.

Brasil contabiliza los 70 años de protección desde la divulgación

⁷⁰ Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/21963>

⁷¹ Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/15426>

⁷² Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/1191#a-mendedBy>

⁷³ Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/21621>

⁷⁴ Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/3989>

⁷⁵ Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/10172>

⁷⁶ Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/21425>

⁷⁷ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0116>

de la obra; Ecuador, 70 años desde la realización, divulgación o publicación, el que fuere ulterior; Venezuela estipula 60 años desde la divulgación o, en su defecto, realización; y República Dominicana prevé 50 años contabilizados también desde la divulgación o realización de la obra.

Por otro lado, la mayor parte de las legislaciones prevén el mismo plazo de protección patrimonial para las obras fotográficas, sin darles un plazo diferenciado en su legislación (Lipszyc, 1993, p. 85).

En el caso de Paraguay, se distingue entre “obra fotográfica”, para la cual se prevé una duración del plazo de protección del derecho autor de 70 años después de su muerte, y la figura de “fotografía o fijación obtenida por un procedimiento análogo que no tenga carácter de obra”, para la cual se prevé la duración del plazo de protección en 50 años a partir del 1 de enero del año siguiente a la realización de la fotografía.

De los países relevados, Cuba es el que menor protección le otorga a la fotografía, resultando en 25 años contados desde su realización. Finalmente, Argentina prevé en el artículo 34 de la Ley 11723 sólo 20 años desde la publicación.

6. Análisis interpretativo del marco normativo aplicable al plazo de la protección patrimonial del derecho de autor sobre obras fotográficas en Argentina

6.1 Introducción al conflicto normativo

El marco normativo sobre la duración de la protección patrimonial del derecho de autor sobre obras fotográficas en Argentina presenta serias inconsistencias. Por un lado, la Ley 11723 establece un plazo de 20 años desde la publicación de la obra; por otro, los tratados internacionales suscriptos por el país, que poseen jerarquía superior, disponen una protección significativamente mayor. Esta protección, sin embargo, no proviene de un único tratado, sino de un entramado complejo y dinámico que ha sido modificado en reiteradas oportunidades y que contiene remisiones entre sí, lo que dificulta su interpretación. Ante esta situación, corresponde analizar cuál es la norma aplicable a los autores argentinos y proponer una interpretación armónica del ordenamiento vigente, coherente en su totalidad.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en reiteradas oportunidades que

las normas constitucionales deben ser analizadas como un conjunto armónico, en que cada una ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás. Es decir [...] que no deben ser interpretadas en forma aislada e inconexa, sino como partes de una estructura sistemática considerada en su totalidad, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto.⁷⁸

6.2 Jerarquía normativa y aplicación directa de los tratados

Según la Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 22, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes, y algunos incluso jerarquía constitucional. Esto implica que, ante un conflicto entre una ley interna y un tratado ratificado por Argentina, debe prevalecer este último. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha confirmado en el fallo *Ekmekdjian c. Sofovich* que los tratados son operativos y pueden aplicarse de forma directa por los jueces nacionales sin necesidad de legislación reglamentaria cuando sus disposiciones son claras y precisas.⁷⁹

En el caso del derecho de autor, el artículo 17 de la Constitución establece que todo autor es propietario exclusivo de su obra “por el término que le acuerde la ley”. Esta expresión debe interpretarse en el marco del bloque normativo vigente, que incluye tanto la ley nacional como los tratados internacionales, especialmente aquellos de derechos humanos que también protegen los intereses morales y materiales de los autores.

6.3 El Convenio de Berna y TODA: evolución y efectos

El Convenio de Berna establece como norma general que la protec-

78 CSJN, *Acevedo, Eva María c/ Manufactura Textil San Justo s/ quiebra*, Fallos: 348:189, (2025), considerando 10.

79 CSJN, *Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich*, Fallos: 315:1492, (1992), considerando 20.

ción del derecho de autor se extiende durante la vida del autor y 50 años después de su muerte (artículo 7.1). No obstante, su artículo 7.4 les permitía a los Estados miembros establecer un plazo diferente para las obras fotográficas, siempre que no fuera menor a 25 años desde la realización.

El artículo 9 del TODA establece que las partes contratantes —entre ellas, Argentina— no aplicarán lo dispuesto en el artículo 7.4 del Convenio de Berna. Esto implica que los Estados ya no tienen la facultad de establecer un plazo de protección reducido para las obras fotográficas, las cuales deben recibir el mismo tratamiento que el resto de las obras protegidas: un plazo mínimo de 50 años posteriores a la muerte del autor. En consecuencia, Argentina no se encuentra convencionalmente habilitada a mantener en su legislación interna un plazo menor sin vulnerar sus compromisos internacionales.

Dichos compromisos internacionales surgen justamente del deber de observancia de los propios tratados. Así, el artículo 14, inciso 1 del TODA establece que las partes contratantes se comprometen a adoptar, conforme a sus respectivos sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación efectiva del Tratado. A su vez, el inciso 2 dispone que dichas partes deberán garantizar, a través de su legislación interna, la existencia de procedimientos adecuados para la observancia de los derechos reconocidos, incluyendo mecanismos eficaces para prevenir infracciones y recursos disuasivos frente a nuevas vulneraciones.

En la misma línea, el Convenio de Berna, en su artículo 36, dispone la obligación de los estados contratantes de adoptar las medidas necesarias para asegurar la aplicación del Convenio, así como el entendimiento de que, en el momento en que un país se obliga por dicho Convenio, se encuentra en condiciones, conforme a su legislación interna, de aplicar sus disposiciones.

Por su parte, la Guía de Berna de 1978 explica que en los países cuya Constitución dispone que los tratados internacionales pueden ser ejecutorios por sí mismos no hace falta legislación especial de ninguna clase para aplicar aquellas disposiciones del Convenio, que, dada su naturaleza, puedan ser objeto de aplicación directa (OMPI, 1978, p. 169, § 36.5). Como se ha visto, así lo ha entendido la Corte

Suprema en los fallos *Ekmekdjian M.A. c. Sofovich*⁸⁰ y *Petric, Domingo A. c/Diario Página 12*,⁸¹ donde ha determinado la operatividad de los tratados cuando las disposiciones precisas hacen posible su aplicación inmediata.⁸²

Recientemente, la Corte Suprema, en el fallo *Acevedo, Eva María c/ Manufactura Textil San Justo s/ quiebra*, ha estipulado que

... de acuerdo con la Constitución Nacional el proceso de celebración de un tratado internacional requiere, además de las dos etapas antes mencionadas, la manifestación por parte del Poder Ejecutivo del consentimiento para que el país se obligue internacionalmente, a través de un nuevo acto cuya realización le compete. Este acto suele realizarse bajo la forma de la ratificación, pero puede adoptar otra forma, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Solo una vez que se cumplen las tres etapas necesarias para la celebración de un tratado y, además, este entra en vigor de acuerdo a las disposiciones previstas en el propio tratado, este se vuelve plenamente vinculante para la República Argentina, tanto en sede internacional como interna. Antes de que ello ocurra, el proceso de celebración del tratado se encuentra inconcluso y, por lo tanto, el tratado no genera plenos efectos jurídicos.⁸³

En consecuencia, al dejar ser aplicable el artículo 7.4 del Convenio de Berna, el plazo de protección para las obras fotográficas en los

80 CSJN, *Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich*, Fallos: 315:1492, (1992).

81 CSJN, *Petric, Domagoj Antonio c/ diario Página 12*, Fallos: 321:885 (1998).

82 CSJN, *Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich*, Fallos: 315:1492, (1992), considerando 20: “Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que este tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que pueda operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”.

83 CSJN, *Acevedo, Eva María c/ Manufactura Textil San Justo s/ quiebra*, Fallos: 348:189, (2025), considerando 9.

países contratantes tanto del Convenio de Berna como del TODA pasa a ser el plazo general de 50 años posteriores a la muerte del autor, establecido en el artículo 7.1 del mismo Convenio. Dado que la República Argentina es parte de ambos tratados, ya no se encuentra habilitada conforme al compromiso de observancia de los tratados a establecer en su legislación doméstica un plazo de protección inferior al mínimo convencional. Se sostiene, por lo tanto, que esta es la interpretación normativa más razonable, coherente y conforme con la Constitución Nacional y los tratados internacionales suscriptos por el país; en consecuencia, resulta ser la solución jurídica aplicable a los autores argentinos, tal como se desarrollará a lo largo del presente apartado.

6.4 Reglas de interpretación: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Conforme surge de la Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI, la interpretación allí propuesta está basada en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, pues son consideradas como una codificación de los principios elaborados en el marco del derecho consuetudinario internacional y, por ende, resultan pertinentes al Convenio de Berna también.

Argentina ha suscripto la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, instrumento que resulta de suma importancia para una interpretación armónica del complejo entramado normativo internacional en materia de derecho de autor. En particular, su artículo 31 establece las reglas generales de interpretación de los tratados, las cuales deben aplicarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin.

El artículo 30 de la Convención regula la aplicación de tratados sucesivos referidos a una misma materia. En particular, su inciso 3 establece que, cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, y siempre que el tratado anterior no haya sido terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, dicho tratado anterior seguirá aplicándose únicamente

en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

TODA, conforme a lo dispuesto en su artículo 1, constituye un arreglo particular entre países de la Unión, en los términos del artículo 20 del Convenio de Berna. En tal sentido, otorga a los autores derechos más amplios que los reconocidos en dicho Convenio, o bien incorpora disposiciones adicionales que no resultan incompatibles con él.

En consecuencia, el TODA debe considerarse un tratado posterior sobre la misma materia, en los términos del artículo 30 inciso 3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por lo tanto, al disponer en su artículo 9 que las partes contratantes no aplicarán el artículo 7.4 del Convenio de Berna en lo que respecta a la duración de la protección de las obras fotográficas, el TODA amplía los derechos conferidos a los autores de este tipo de obras e incorpora su protección dentro del plazo general de 50 años posteriores a la muerte del autor. Esta disposición, al ser compatible con el tratado anterior y derivar de un instrumento posterior suscripto por la Argentina, debe prevalecer en el ordenamiento jurídico nacional.

El artículo 32 de la Convención de Viena prevé el empleo de medios de interpretación complementarios, tales como los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración. Estos recursos pueden utilizarse con el fin de confirmar el sentido derivado de la aplicación del artículo 31 o bien para esclarecer su significado cuando dicha interpretación resulte ambigua, oscura o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Si se interpretara que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.3 del Convenio de Berna —según el cual la protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional—, el plazo de protección patrimonial aplicable a los autores nacionales de obras fotográficas es de 20 años desde la publicación, conforme lo establece el artículo 34 de la Ley 11723, dicha interpretación conduciría a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Tal consecuencia resultaría incompatible con los principios establecidos en el artículo 32, inciso b de la Convención de Viena, especialmente considerando la jerarquía constitucional del bloque normativo aplicable.

De los preámbulos del Convenio de Berna,⁸⁴ del ADPIC⁸⁵ y del TODA⁸⁶ se desprende que su objeto y finalidad es la armonización de la protección de los derechos de propiedad intelectual a nivel global. En este marco, si se aplicara el artículo 34 de la Ley 11723 a los autores argentinos de obras fotográficas —estableciendo un plazo de protección patrimonial de 20 años— mientras que a los autores extranjeros se les reconocen los estándares mínimos previstos por los tratados internacionales, se configuraría una situación de manifiesta desigualdad ante la ley. Tal desigualdad resultaría contraria al artículo 16 de la Constitución Nacional,⁸⁷ al artículo 7 de la Declaración

84 “Los países de la Unión, animados por el mutuo deseo de proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”.

85 “Los Miembros, Deseos de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo; (...) Reconociendo, para este fin, la necesidad de nuevas normas y disciplinas relativas a: a) la aplicabilidad de los principios básicos del GATT de 1994 y de los acuerdos o convenios internacionales pertinentes en materia de propiedad intelectual; b) La provisión de normas y principios adecuados relativos a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio; c) la provisión de medios eficaces y apropiados para hacer respetar los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, tomando en consideración las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales; (...) Reconociendo que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”.

86 “Las Partes Contratantes, Deseosas de desarrollar y mantener la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas de la manera más eficaz y uniforme posible, Reconociendo la necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos, (...) Destacando la notable significación de la protección del derecho de autor como incentivo para la creación literaria y artística...”.

87 Artículo 16 de la Constitución Nacional. “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del

Universal de Derechos Humanos,⁸⁸ al artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸⁹ y a los artículos 2, inciso 1, y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales.⁹⁰ Asimismo, podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de las obligaciones asumidas en el plano internacional.

6.5 La paradoja normativa y la desigualdad al revés

Con relación al concepto de igualdad ante la ley, o justamente esta desigualdad a la que se hace referencia, Villalba y Lipszyc (2016), aludiendo a la subsistencia del registro como requisito del carácter exclusivo del derecho patrimonial del autor respecto de las obras nacionales, han dicho que

1) resulta irritante a la garantía de la igualdad ante la ley. Al respecto, Borda ha señalado:

Está claro así que los autores extranjeros que publican sus obras en su país de origen están protegidos en el nuestro sin necesidad de

impuesto y de las cargas públicas”.

88 Artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

89 Artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

90 Artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales. “Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales. “Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente pacto”.

inscripción en el Registro; y lo que se concede a los autores extranjeros debe concederse a los nacionales, porque de lo contrario se violaría el principio constitucional de la igualdad ante la ley (artículo 16, Constitución Nacional), sin contar con que repugna al buen sentido negar a los autores nacionales una tutela que se reconoce a los extranjeros. Concluimos, pues, en que la inscripción ha dejado de ser un requisito ineludible de la tutela legal de los derechos de autor. (§ 9.4)

Asimismo, explican el concepto de la anomalía de la desigualdad “al revés” y manifiestan que

dicha consecuencia paradójal del principio del trato nacional— motivó la adopción de la Resolución 3 en la XXXVI Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados - FIA (Panamá, 17 a 23 de junio de 2000): “1. Recomendar a los gobiernos de los países del Continente Americano que, en los casos en que la constitución lo permita, se otorgue a sus nacionales derechos de autor y conexos no menores a los que los tratados otorgan a los extranjeros”. (Vilalba y Lipszyc, 2016, § 9.4)

Por su parte, Cabanellas de las Cuevas (2023, pp. 168, 245-246) ha explicado las dificultades que presenta determinar la aplicación del ADPIC a los nacionales de Argentina. Ello, puesto que, por un lado, los nacionales argentinos son miembros de la OMC, por lo que existe un interés internacional en los niveles de protección que los países les dan a sus propios nacionales, toda vez que el mundo en su conjunto se beneficia de los mayores niveles de creatividad así incentivados. Pero, por otro lado, explica que conduce a una incoherencia sistemática, dado que el ADPIC introduce las normas del Convenio de Berna, el cual excluye su aplicación a cuestiones locales en su artículo 5. En función de ello es que algunos autores consideran que no se extiende a nuestros nacionales la protección derivada del Convenio Berna.

La cuestión más compleja a dirimir para responder al cuestionamiento planteado en este trabajo de investigación radica en la aparente contradicción entre, por un lado, la aplicación a los nacionales argen-

tinios del estándar mínimo de protección establecido por el Convenio de Berna, reforzado por ADPIC y TODA —en virtud de la jerarquía normativa prevista en la Constitución y operatividad de los tratados conforme la doctrina del fallo *Ekmekdjian* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación—, y, por el otro lado, la propia exclusión de esos nacionales que contempla el artículo 5.3 del Convenio de Berna. Aplicar ese mismo razonamiento al artículo 5.3 del Convenio de Berna implicaría, paradójicamente, privar a los autores argentinos de la protección que dichos tratados se proponen garantizar.

Resulta esencial determinar si procede aplicar a los autores nacionales argentinos la legislación local conforme lo estipulado en el artículo 5.3 del Convenio de Berna, aun cuando dicha normativa prevea una protección inferior a los estándares mínimos que el propio Convenio garantiza a los demás países miembros.

Si bien el artículo 5.3 del Convenio de Berna establece el principio del trato nacional para los autores que no sean nacionales del país de origen, su aplicación puede entrar en tensión con las obligaciones convencionales cuando la legislación interna prevé un plazo inferior al mínimo establecido por los tratados internacionales. En tal caso, la aplicación del trato nacional a estos autores implicaría una infracción a los estándares mínimos consagrados en el artículo 1 del ADPIC.

En relación con ello, Cabanellas de las Cuevas (2023) sostiene que

El principio de protección mínima de los titulares de derechos de la propiedad intelectual —inclusive de derechos de autor y de derechos conexos— es establecido expresamente por el artículo 1, párrafo 1, del acuerdo TRIPs. Los países miembros deben otorgar la protección mínima que establece el acuerdo TRIPs, pudiendo prever en su legislación una protección más amplia... (p. 244)

Ahora bien, si se adopta la lógica de aplicar a los fotógrafos argentinos la legislación nacional —esto es, el plazo de 20 años previsto en el artículo 34 de la Ley 11723) — conforme a la pauta establecida en el artículo 5.3 del Convenio de Berna, que excluye a los nacionales del alcance de las normas convencionales, dicha interpretación con-

duciría a una incoherencia sistemática. En tal escenario, los autores nacionales quedarían sometidos a un régimen menos favorable que el aplicable a los autores extranjeros provenientes de países contratantes del mismo tratado, lo que configuraría la denominada “desigualdad al revés” previamente analizada.

Esta situación, en primer lugar, vulnera el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. En segundo término, contradice el objeto y fin de los propios tratados de propiedad intelectual, cuyo propósito es armonizar la protección de estos derechos a nivel global. Asimismo incumple lo dispuesto en inciso 2 del artículo 36 del Convenio de Berna, que establece que “[s]e entiende que, en el momento en que un país se obliga por este Convenio, se encuentra en condiciones, conforme a su legislación interna, de aplicar las disposiciones del mismo”.

Lo cierto es que, si la aplicación de las disposiciones del Convenio de Berna conducen a que la normativa local infrinja el principio constitucional de igualdad ante la ley en detrimento de sus propios nacionales, el Estado argentino debería optar entre dos caminos:

1. adecuar la legislación local para prevenir la discrepancia normativa, o
2. aplicar de manera directa la norma internacional —en virtud del orden jerárquico normativo establecido constitucionalmente y su operatividad conforme doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *Ekmekdjian*— hasta tanto el Congreso de la Nación efectúe la adecuación legislativa.

La elección de la segunda opción, sin embargo, genera inseguridad jurídica y dificulta el ejercicio efectivo de los derechos de los autores de obras fotográficas argentinas. Esta problemática se pone de manifiesto en el caso estudio *Yabkowski, Daniel Eduardo c/ Asociación del Fútbol Argentino s/daños y perjuicios*, donde la ausencia de claridad normativa condujo a las partes a argumentar en derecho de forma diametralmente opuesta sobre el plazo de duración de la protección patrimonial de las obras fotográficas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, en reiterada jurisprudencia, que los tratados internacionales constituyen actos federales complejos, con efectos jurídicos que derivan directa-

mente de su jerarquía constitucional.⁹¹ En este sentido, en el precedente *Méndez Valles*, el Tribunal afirmó que, al ratificar un tratado internacional, el Estado argentino asume la obligación de que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos comprendidos en su ámbito de regulación, especialmente cuando sus disposiciones poseen un grado de concreción que permite su aplicación directa. La omisión de dicha aplicación, advirtió la Corte, puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Asimismo, en ese mismo fallo, se subrayó que el orden normativo general creado por un tratado e incorporado al derecho interno como “ley del país” constituye el contenido del acuerdo entre Estados soberanos, y que interpretar el alcance de dicho orden normativo equivale a interpretar el objeto mismo del tratado.⁹²

6.6 Reglas de interpretación del derecho común argentino

Retomando el análisis de la normativa local, resulta relevante considerar las disposiciones generales del derecho común aplicables al régimen de propiedad intelectual. En este sentido, la Ley 11723 establece en su artículo 12 que “[l]a propiedad intelectual se registrará por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas en la presente Ley”.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1 se refiere a las fuentes del derecho y su aplicación, estipulando que los casos regidos por dicho cuerpo normativo deberán resolverse conforme a las leyes aplicables, la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos de los que la República Argentina sea parte. Asimismo, establece que debe atenderse a la finalidad de la norma y reconoce fuerza vinculante a los usos, prácticas y costumbres que no sean contrarios a derecho.

En materia interpretativa, el mismo Código dispone en su artículo 2 que las leyes deben interpretarse teniendo en cuenta sus pa-

91 CSJN, *Acevedo, Eva María c/ Manufactura Textil San Justo s/ quiebra*, Fallos: 348:189, (2025), considerando 11.

92 CSJN, *Méndez Valles Fernando c/ A.M. Pescio SCA s/Ejecución de alquileres*, Fallos: 218:2639, (1995), considerandos 6 y 8.

labras, sus finalidades, las leyes análogas, los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

6.7 Análisis de los antecedentes normativos como fuente de interpretación

En línea con estas pautas interpretativas, a continuación se analizará la finalidad que puede deducirse de los antecedentes legislativos de las leyes mediante las cuales la República Argentina aprobó los tratados internacionales de propiedad intelectual examinados en el apartado 5.3.

De los antecedentes legislativos de la Ley 24425 que aprueba el ADPIC, surge que con la Ronda de Uruguay se establecen normas mínimas de protección para cada una de las categorías de los derechos de propiedad intelectual basadas en los principales convenios internacionales existentes en la materia, previéndose un plazo de transición para que los países en desarrollo puedan adaptarse.⁹³

Allí, el senador Eduardo Menem manifestó

... con la incorporación de la Argentina a este grupo de 122 países que han aprobado el acta final de la Ronda de Uruguay del GATT, creo que daremos un paso decisivo, necesario e imprescindible hacia la integración de la Argentina al comercio internacional, respondiendo al concepto de globalización de la economía. De esta forma pondremos un poco más de justicia en el desarrollo de las naciones del mundo, y por supuesto, ello redundará en beneficio de los intereses nacionales, que deben ser la única guía e idea-fuerza que predomine en el manejo de nuestra política exterior.⁹⁴

Tal como se ha analizado en el apartado 5.3, los antecedentes legislativos constituyen una fuente interpretativa relevante. Del análisis

93 Congreso de la Nación Argentina. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación*, 49ª Reunión. 20ª Sesión Ordinaria, 30 de noviembre de 1994, p. 4734.

94 *Ibidem*, p. 4728.

sis del debate parlamentario correspondiente a la Ley 25140⁹⁵ —que aprueba el Tratado de Berna (Acta de París 1971) y el TODA— surgen las siguientes consideraciones:

- i. la aprobación de estos instrumentos representa un avance significativo progreso en materia de derecho de propiedad intelectual, al elevar el nivel de protección de los autores y adecuar la normativa a los desafíos que plantean las nuevas tecnologías digitales;⁹⁶
- ii. el TODA está basado en el principio del trato nacional, según el cual el tratamiento conferido a los autores extranjeros no puede ser inferior al mínimo de protección exigido por los tratados;
- iii. se reconoce la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para asegurar la aplicación efectiva de los convenios, incluyendo la implementación de procedimientos internos adecuados para la observancia de los derechos protegidos.⁹⁷

Como se advierte, en los antecedentes legislativos ya se establece que el trato nacional otorgado a los autores extranjeros no podrá ser inferior a las obligaciones mínimas asumidas en los tratados internacionales. En este contexto, cabe formular una pregunta interpretativa relevante: cuando los legisladores afirmaron en el marco del debate de la Ley 25140 “la aprobación del Convenio de Berna y de los tratados de la OMPI sobre derechos de autor, significan introducir un significativo progreso en el derecho de propiedad intelectual, elevando el nivel de protección de autores...” ¿debe entenderse que dicha afirmación excluye a los autores nacionales? ¿O, por el contrario, corresponde interpretar que ese progreso normativo también debía beneficiar a los autores argentinos, garantizándoles al menos el nivel mínimo de protección previsto en los tratados?

95 Sancionada el 4 de agosto de 1999, promulgada de hecho el 8 de septiembre de 1999 y publicada en el Boletín Oficial Nacional el 24 de septiembre de 1999.

96 Congreso de la Nación Argentina. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, Sesiones Ordinarias, Orden del día N° 2232, Mensaje N° 1.444 del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación 1999, pp. 9705-9706 (Carlos S. Menem, Jorge A. Rodríguez, Guido Di Tella).

97 Ídem.

Resulta apropiado considerar también el momento histórico en el que el ADPIC excluyó expresamente en su artículo 12 a las obras fotográficas del cómputo del plazo mínimo de 50 años cuando este se basara en un criterio distinto al de la vida de una persona física. En aquel contexto, dicha exclusión se correspondía con el artículo 7.4 del Convenio de Berna, que autorizaba a los Estados miembros a fijar en sus legislaciones nacionales el plazo mínimo de 25 años —contados desde la realización de la obra— para las fotografías. Sin embargo, el artículo 9 del TODA dejó sin efecto la aplicación del artículo 7.4 del Convenio de Berna. Aunque esta modificación no alteró directamente al ADPIC,⁹⁸ sí se aparta del espíritu de armonización que anima al Convenio de Berna, cuyo fin es “proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”.

6.8 Propuesta interpretativa: vigencia del plazo de 50 años posteriores a la muerte del autor

Como se ha expuesto, la República Argentina es parte del Convenio de Berna, ADPIC y TODA. En consecuencia, corresponde realizar una interpretación armónica de dichas disposiciones, teniendo en cuenta que el derecho de autor ha sido reconocido como un derecho humano. Esta concepción se encuentra respaldada por tratados internacionales de jerarquía constitucional, tales como el artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A nivel nacional, este derecho cuenta además con protección expresa en el artículo 17 de la Constitución Nacional.

Dicho artículo le reconoce al autor la propiedad exclusiva de su obra “por el término que le acuerde la ley”. Esta expresión debe interpretarse en el marco del ordenamiento jurídico vigente, el cual incluye no sólo la legislación nacional, sino también los tratados es-

98 Artículo 1 inc. 1 TODA: “... El presente Tratado no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado”.

pecíficos de propiedad intelectual y los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional.

El artículo 14, inciso 1c del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) reconoce expresamente el derecho de los autores a beneficiarse de los intereses morales y materiales derivados de sus obras. Este derecho debe interpretarse conjuntamente con el artículo 3 del mismo instrumento, que obliga a los Estados partes a garantizar su ejercicio sin ningún tipo de discriminación, incluida la basada en el origen nacional. En este marco, cualquier trato menos favorable para los autores argentinos en comparación con los autores extranjeros contravendría directamente esta garantía.

El principio de igualdad ante la ley resulta ineludible en una interpretación prudencial del derecho vigente y no puede ser aplicado de manera que prive a los autores nacionales de los derechos que sí se reconocen a los autores extranjeros en virtud de los mismos instrumentos internacionales. Cualquier interpretación que coloque en desventaja a los nacionales argentinos frente a los extranjeros contravendría este principio constitucional y los estándares internacionales de derechos humanos.

En consecuencia, se sostiene que una interpretación armónica y prudente del ordenamiento jurídico vigente permite dar una respuesta clara al interrogante central de este trabajo: ¿cuál es el plazo de duración patrimonial del derecho de autor aplicable a las obras fotográficas en Argentina? La respuesta, conforme al estándar mínimo establecido en el artículo 7.1 del Convenio de Berna y el artículo 1 del ADPIC, y reafirmado por el artículo 9 del TODA, es que el plazo aplicable debe ser de 50 años posteriores a la muerte del autor.

6.9 Necesidad de una reforma legislativa del artículo 34 Ley 11723

En consonancia con la propuesta interpretativa sostenida, se considera necesaria una reforma legislativa del artículo 34 de la Ley 11723, a fin de que el plazo de protección patrimonial de las obras fotográficas argentinas sea definido de manera clara y coherente con

los compromisos internacionales asumidos por el país. Esta necesidad ha sido reconocida por diversos proyectos de reforma legislativa, analizados en el apartado 5.3.2 y en el Anexo I.

El artículo 8 del Código Civil y Comercial de la Nación consagra el principio de inexcusabilidad al establecer que “[l]a ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico”.

En virtud de esa norma, se presume que la ley es conocida por todos y no puede invocarse su desconocimiento como justificación. Sobre este punto Joaquín Costa Martínez (2004) ha señalado que

esta presunción se mantiene a sabiendas de que es contraria a la realidad de las cosas; a sabiendas de que es una ficción; a sabiendas de que es una falsedad; primero, a sabiendas de que nadie conoce todo el derecho, de que sólo una insignificante minoría de hombres sabe una parte —y no grande— de las leyes vigentes en un momento dado; segundo, a sabiendas de que es imposible que la mayoría y aun esa minoría misma las conozca todas; y tercero, de que la presunción conforme a la verdad de los hechos, conforme por tanto a la razón, a la justicia y a la lógica, sería cabalmente la inversa: que nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario. (pp. 13-14)

Tal como se ha demostrado a lo largo del presente trabajo, incluso para un profesional especializado en la materia resulta complejo interpretar un marco normativo conformado por normas de diversa naturaleza y jerarquía, especialmente al momento de determinar con precisión cuál es el plazo de protección patrimonial aplicable al derecho de autor en la legislación Argentina.

La falta de certeza normativa genera incertidumbre entre todos los actores involucrados: por un lado, los fotógrafos, al momento de ejercer sus derechos patrimoniales; por otro, las agencias, al diseñar propuestas y elaborar presupuestos; y también los usuarios, al asumir equivocadamente que determinadas obras se hallan en dominio público. En este contexto, resulta imperiosa una reforma legislativa que brinde seguridad jurídica y claridad para los autores de obras fotográficas como para toda la comunidad argentina.

El caso de estudio *Yabkowski, Daniel Eduardo c/ Asociación del*

Futbol Argentino s/daños y perjuicios desarrollado en el apartado 2 ilustra la persistencia de este debate. En dicho proceso, las partes sostienen posturas jurídicas completamente enfrentadas en torno al plazo de duración patrimonial de las obras fotográficas.

En el marco de una eventual reforma del artículo 34 de la Ley 11723, podría contemplarse la derogación de su primer párrafo, el cual establece que la duración del derecho de propiedad sobre las obras fotográficas es de 20 años contados a partir de su primera publicación. De este modo, dichas obras quedarían comprendidas dentro del plazo general de protección patrimonial previsto en el artículo 5 de la misma ley.

De esta manera, la duración del derecho patrimonial sobre las obras fotográficas le correspondería al autor durante su vida y a sus herederos hasta 70 años contados desde el 1 de enero del año siguiente al de su fallecimiento. Esta extensión permitiría que los autores y, al menos, dos generaciones sucesivas se beneficien de los frutos económicos derivados de la explotación de sus obras.

Esta propuesta se alinea con la práctica internacional. Como se expone en la tabla de derecho comparado del apartado 5.4, la mayoría de las legislaciones nacionales integran la fotografía en el plazo general de protección sin establecer plazos diferenciados. En este escenario, Argentina se sitúa en el último lugar de la región, ofreciendo apenas 20 años de protección tras la publicación, seguida de Cuba, con 25 años desde la realización de la obra.

7. Conclusiones

El derecho de autor sobre las obras fotográficas constituye un derecho con reconocimiento constitucional, en virtud de lo establecido en el artículo 17 de la Constitución Nacional. Asimismo, se trata de un derecho humano consagrado en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, tales como el artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Además, se encuentra reconocido por el Convenio de Berna, ADPIC y TODA, tratados internacionales específicos de propiedad intelectual y de jerarquía mayor a las leyes nacionales conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

El plazo de protección patrimonial sobre el cual los autores de obras fotográficas pueden ejercer su derecho de exclusividad y beneficiarse de la protección de los intereses materiales que le correspondan incide de forma directa en ese derecho otorgado constitucionalmente, el cual se ve seriamente afectado por la discriminación resultante de la aplicación o no a los nacionales argentinos de los beneficios otorgados a los extranjeros miembros del Convenio de Berna, ADPIC y TODA.

Se trata, entonces, de una serie de tratados internacionales que, conforme lo establece el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, poseen jerarquía superior a las leyes nacionales. Según lo expresado en sus preámbulos, estos instrumentos tienen como objetivo "... proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas"⁹⁹, y "... desarrollar y mantener la protección de los derechos de los autores [...] de la manera más eficaz y uniforme posible".¹⁰⁰

En esa línea, dichos tratados procuran homogeneizar la protección de los derechos de propiedad intelectual reconocidos a los autores, estableciendo estándares mínimos y principios como el trato nacional y el trato a la nación más favorecida, a fin de reducir las disparidades entre los distintos sistemas jurídicos.

Sin embargo, cabe preguntarse si, en la práctica, los autores argentinos pueden efectivamente beneficiarse de tales prerrogativas en igualdad de condiciones con los autores extranjeros de otros Estados partes.

Si de la aplicación de los tratados internacionales mencionados se desprende que genera una situación de desigualdad y discriminación hacia los autores nacionales, vulnerando el principio constitucional de igualdad ante la ley, resulta evidente que se activa el compromiso

99 Preámbulo del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

100 Preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

internacional asumido por el Estado argentino. Este compromiso se encuentra consagrado, entre otros, en el Convenio de Berna, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), e implica la obligación de adecuar la normativa interna con el fin de asegurar el cumplimiento efectivo de las disposiciones de dichos tratados.

Corresponde que los jueces nacionales interpreten el ordenamiento jurídico vigente de manera armónica y coherente, teniendo especialmente en cuenta que se trata de un derecho humano amparado constitucionalmente. En consonancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

las normas constitucionales deben ser analizadas como un conjunto armónico, en que cada una ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás. Es decir [...] que no deben ser interpretadas en forma aislada e inconexa, sino como partes de una estructura sistemática considerada en su totalidad, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto.¹⁰¹

Esta interpretación debe, además, respetar los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina.

En conclusión, del análisis efectuado a lo largo del presente trabajo, se sostiene que una interpretación armónica y prudente del ordenamiento jurídico vigente permite dar una respuesta clara al interrogante central planteado: ¿cuál es el plazo de duración patrimonial del derecho de autor aplicable a las obras fotográficas en Argentina? La respuesta, conforme al estándar mínimo establecido en el artículo 7.1 del Convenio de Berna, el artículo 1 del ADPIC, y reafirmado por el artículo 9 del TODA, es que el plazo aplicable debe ser de 50 años posteriores a la muerte del autor.

Se espera que la resolución del caso de estudio *Yabkowski, Daniel Eduardo c/ Asociación del Fútbol Argentino s/daños y perjuicios* sienta

101 CSJN, *Acevedo, Eva María c/ Manufactura Textil San Justo s/ quiebra*, Fallos: 348:189, (2025), considerando 10.

un precedente jurisprudencial que contribuya a esclarecer esta problemática. No obstante, resulta necesario avanzar en una reforma legislativa que otorgue mayor seguridad jurídica y armonice el régimen de protección patrimonial aplicable a las obras fotográficas con los estándares internacionales vigentes.

Como se ha expuesto, han existido numerosos intentos de reforma del artículo 34 de la Ley 11723 que evidencian que esta problemática no ha pasado desapercibida en el ámbito del Congreso de la Nación. Considerando el tiempo transcurrido y la persistencia del conflicto, resulta imperiosa una solución legislativa orientada a armonizar la protección de los derechos de autor sobre obras fotográficas con los estándares internacionales, a fin de brindar certeza y seguridad jurídica tanto a los fotógrafos nacionales como a la sociedad en su conjunto.

En consecuencia, y teniendo en cuenta la complejidad interpretativa del régimen vigente, se considera conveniente una reforma del artículo 34 de la Ley 11723 que establezca de forma clara el plazo de duración del derecho patrimonial sobre las obras fotográficas. Dicha reforma debería estar en consonancia con los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino y garantizar un tratamiento en igualdad de condiciones respecto de las demás manifestaciones artísticas protegidas por la legislación en materia de propiedad intelectual, subsanando así una histórica situación de discriminación hacia la fotografía.

Bibliografía

- Bello Knoll, S. I. (2019). *La fotografía de la imagen personal y el derecho de autor* (Trabajo monográfico de investigación, XX Curso intensivo de postgrado Actualización en Derecho de Autor y Derechos conexos). Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Cabanelas de las Cuevas, G. (2023). *Compendio del Derecho de Autor*. Heliasta.
- Costa Martínez, J. (2004). *La ignorancia del Derecho*. Valleta Ediciones.
- Emery, M. A. (2005). *Propiedad Intelectual Ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales* (3ª reimp.). Astrea.
- Emery, M. A. (2019). *Propiedad Intelectual Ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales* (2ª ed.). Astrea.

- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de Autor y derechos conexos*. Unesco/Cerlalc/Zavalía.
- Lipszyc, D. (2019). *Régimen Legal de la Propiedad Intelectual*. Hammurabi.
- Marzetti, M. (16 de octubre de 2015). *La insoportable levedad del legislador argentino en materia de derecho de autor. Digresiones jurídico-económicas en torno al proyecto legislativo que propone extender la duración de las obras fotográficas*. elDial.com. https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina2.asp?i-d=8264&base=50&t=d
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1978). *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras (Acta de París, 1971)*. https://tind.wipo.int/record/35093/files/wipo_pub_615.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2003). *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI*. https://tind.wipo.int/record/35172/files/wipo_pub_891.pdf
- Vaccaro, A. L. (2015). *Derecho de Autor compendio normativo*. Infojus.
- Villalba, C. A. y Lipszyc, D. (1987). Derechos de los autores de obras fotográficas. Daño y reparación. *El Derecho*, (121), DACJ870123.
- Villalba, C. A. y Lipszyc, D. (2009). *El derecho de autor en la Argentina* (2ª ed.). La Ley.
- Villalba, C. A. y Lipszyc, D. (2016). *El derecho de autor en la Argentina [recurso electrónico]: Ley 11.723 y normas complementarias y reglamentarias, concordadas con los tratados internacionales, comentadas y anotadas con la jurisprudencia* (2ª ed.). La Ley.
- World Intellectual Property Organization. (2017). *Introduction to Intellectual Property. Theory and Practice* (2ª ed.). Wolters Kluwer.
- Zarini, H. J. (1998). *Constitución Argentina comentada y concordada* (1ª reimp.). Astrea.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Acevedo, Eva María c/ Manufactura Textil San Justo*, 2025, Fallos: 348:189.
- Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich*, 1992, Fallos: 315:1492.
- Kaufman c/ Sociedad General de Autores*, 1992, Fallos: 315:1848.
- Méndez Valles Fernando c/ A.M. Pescio SCA*, 1995, Fallos: 318:2639.
- Petric, Domagoj Antonio c/ diario Página 12*, 1998, Fallos: 321:885.
- Sánchez de Oesterheld, Elsa Sara y otros c/ Ediciones Record S.A.*, 2018, Fallos: 341:774.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

- Sala A, *Boffa, Julián Martín c/ The Walt Disney Company (Argentina) S.A. y Otro s/ propiedad intelectual Ley 11.723*, (2021).
- Sala B, *Longoni Eduardo Victor c/ Editorial La Pagina SA s/Daños y Perjuicios*, (2005).

Sala D, Expte. N° D064820, *Heinrich, Ana María Erna E. c/ Ediciones Atalaya S.A. s/ Daños y Perjuicios* (21/04/05).

Sala G, *Bacher, Federico Sebastián c/ Showcenter S.A. s/ Daños y Perjuicios*, (2024).

Sala J, Expte. N° 53805/2018, *S R A c/ THX Medios S.A. s/ Daños y perjuicios*, (23/08/2023).

Sala L, *Bechis Federico Juan c/ Automóvil Club Argentino y otro c/ Trenes de Buenos Aires s/ propiedad intelectual ley 11.723*, (2009).

Cámara Nacional de Casación Penal

Sala III, Causa n° 679 *Michard, Diego Fernando s/ recurso de casación*, (1996).

Cámara Nacional en lo Civil y Comercial

Sala I, *Genebre S.A. c/ General Electric Company s/ Cese de oposición al Registro de Marca*, (2017).

* * * *

Roles de autoría y conflicto de intereses

La autora manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.rod>

ANEXO I

Proyectos de reforma del artículo 34 de la Ley 11723.

Proyecto 2157-D-2015 ¹⁰²	
	Propiedad intelectual - ley 11723 -. Modificación de los arts. 34 y 34 bis sobre plazo de duración del derecho a la propiedad para los autores de las obras fotográficas. Iniciado en: Diputados. Bloque: Frente para la Victoria – PJ.
1	Objetivos de la reforma propuesta: 1. Equiparar el plazo de protección de los autores fotográficos incluyéndolos en el Artículo 5. 2. Suprimir las formalidades requeridas para el acceso a la acción penal. 3. Suprimir la suspensión de los derechos autorales de los fotógrafos ante la falta de inscripción en el Registro, prevista en el artículo 63. Fundamentos relevantes respecto del plazo de protección: ● “La cuestión del plazo Por vía del plazo, ingresan prematuramente en el dominio público obras que de hecho conviven con la actividad creativa y profesional de sus autores, y que de este modo se pierden para su acervo, reconocimiento y goce. A la fecha de la presentación de este proyecto, ingresan en el dominio público la obra de fotógrafos que hoy mismo están en actividad y que han cubierto con su arte y profesión sucesos que siguen signando y definiendo nuestro tiempo. A título de ejemplo, las fotografías que retratan la caída del Muro de Berlín (Noviembre de 1989), eje emblemático de nuestra época, ingresarían, según nuestra ley, en el dominio público y serían de libre apropiación y reproducción”.¹⁰³ ● “Con respecto al plazo general previsto La equiparación del plazo de protección de los derechos autorales de la fotografía no sólo resulta un imperativo de equidad y doctrinario, sino que es además una obligación emanada de la jerarquía de las normas establecidas por nuestra Constitución Nacional. El Congreso Nacional ratificó mediante la ley 25140, publicada en el Boletín Oficial el 29 de Septiembre de 1999, el ‘Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI - sobre derecho de autor’, cuya entrada en vigencia operó en marzo del año 2002, al ser ratificado por al menos 30 de los estados firmantes, y equipara el plazo de protección de las obras fotográficas al resto de las obras, adoptando el criterio del plazo general para todas las disciplinas, en este caso de 50 años post-mortem. De acuerdo a la jerarquía de las normas establecido en la Constitución Nacional, este plazo del Tratado de Berna debe aplicarse a las obras extranjeras, debiendo las obras nacionales regirse por la legislación local, lo cual implica que de acuerdo al principio de igualdad ante la ley que establece el artículo 16 de la Constitución Nacional, no pueden conferirse mayores derechos a los extranjeros que a los naturales, de manera tal que estos deberían gozar de por lo menos el mismo plazo que aquellos. Sin embargo, el espíritu del tratado de Berna es establecer un plazo unificado y mínimo de protección para todas las disciplinas y todos los estados signatarios. La ley 11.723 otorga un plazo general mayor, de 70 años post-mortem. Por lo tanto, lo que restituye la equidad es el principio de unificación de los plazos, otorgando la misma protección a todos los autores, pero siguiendo el criterio general de la Ley N° 11.723. La propuesta de modificar el artículo 34 precitado incluyendo a los autores de las obras fotográficas en las determinaciones normativas del artículo 5° de la ley 11.723 resulta acorde con el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor en el doble sentido de mantener el principio de unificación de la protección, y de extender el plazo a lo reconocido a todos los ciudadanos argentinos”.¹⁰⁴

Proyecto 1366-D-2014¹⁰⁵

Ley 11723 de Propiedad Intelectual: modificación de los artículos 34 y 34 bis, sobre duración del derecho de propiedad a partir del fallecimiento del autor o de los colaboradores de las obras fotográficas y cinematográficas.

Iniciado en: Diputados.

Bloque: Coalición Cívica ARI – UNEN.

Cambios propuestos:

● Artículo 34: “Para las obras fotográficas la duración del derecho de propiedad es de cincuenta (50) años a partir a partir del 1° de enero del año siguiente al del fallecimiento del autor.

Para las obras cinematográficas el derecho de propiedad es de cincuenta años a partir del 1° de enero del año siguiente al del fallecimiento del último de los colaboradores enumerados en el artículo 20 de la presente.

Las cesiones totales o parciales de derechos temporales o espaciales de explotación de obras fotográficas y películas cinematográficas sólo serán oponibles a terceros a partir del momento de su inscripción en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual”.

● Artículo 34 bis: “Lo dispuesto en el artículo 34 será de aplicación a las obras fotográficas y cinematográficas que se hayan incorporado al dominio público sin que haya transcurrido el plazo establecido en el mismo y sin perjuicio de la utilización lícita realizada de las copias durante el período en que aquéllas estuvieron incorporadas al dominio público”.

Fundamentos relevantes respecto del plazo de protección:

● “La ley N° 11.723 de Ley de Propiedad Intelectual regula en nuestro país los derechos de los autores de obras artísticas, literarias y científicas, y determina en su articulado los plazos de protección que asisten a los autores de los distintos tipos de obras.

En su texto encontramos una discriminación hacia las obras fotográficas y cinematográficas respecto del resto de obras literarias, científicas y artísticas para las cuales establece una protección general que se diferencia enormemente en cuanto al período de protección prevista en comparación con las obras mencionadas.

No solo eso, sino que junto con el plazo general de protección autoral para las obras enunciadas en el primer artículo de la norma, de setenta años contados a partir del primer día del año siguiente al del fallecimiento del autor, se establece en el artículo 34 una polémica diferenciación entre las obras cinematográficas y fotográficas, estableciéndose para las primeras una protección de cincuenta años desde el fallecimiento del último de sus autores mientras que para el caso de la fotografía se limita a sólo veinte años desde su publicación.

Puede resultar entendible que en el año 1933, al sancionarse la Ley N° 11.723, la concepción sobre el contenido artístico de las producciones cinematográficas y fotográficas fueran menospreciadas en razón de su incipiente desarrollo y consideración como producto artístico. Es por ello que en el año 1998 se sancionó la Ley N° 25.006 que elevó la protección de las obras cinematográficas de treinta a cincuenta años, pero sin embargo se siguió soslayando el caso de las obras fotográficas. Esta discriminación negativa hacia la obra fotográfica es remanente del añejo debate entre las posiciones que defienden el estatus de obra artística que debería legalmente darse a la fotografía, y las posturas que desdeñan la participación de la sensibilidad artística del hombre en el proceso fotográfico, entendiendo que el mismo consiste básicamente en un procedimiento técnico carente de los elementos que caracterizan una verdadera obra producto del intelecto y la creatividad humanas”.¹⁰⁶

● “Asimismo, la ley N° 11.723 no expresa lo que los tratados internacionales sobre Derechos de Autor ya dejan claramente asentado: que la obra fotográfica merece una protección acorde a una auténtica obra del intelecto humano. Esto surge del juego de las normas internacionales que regulan la materia autoral, y que gravitan como sigue:

Nuestro país ha ratificado expresamente el Acta de París 1971 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. El Convenio de Berna, en su artículo 7°, párrafo 4° eleva el plazo de protección mínimo para la obra fotográfica a veinticinco años contados desde la realización de la obra.

El citado párrafo 4 del artículo 7° del Convenio de Berna, asimismo reserva a las legislaciones nacionales establecer el plazo de protección para las obras fotográficas, que no puede ser inferior a ese mínimo de veinticinco años.

Por otra parte, la misma ley N° 25.140 ratifica el Tratado de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) sobre Derecho de Autor (WTC) de 1996. El mismo, en su artículo 9° establece que respecto a las obras fotográficas, las partes contratantes no aplicarán las disposiciones del artículo 7°, párrafo 4 del Convenio de Berna, lo cual equipara a las obras fotográficas a la regulación general que contiene el artículo 7° párrafo 1 del Convenio, es decir que se establece que la protección autoral se extiende durante toda la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.

Resulta clara la necesidad de salvar la potencialidad de que se presenten conflictos a la hora de interpretar el esquema descripto, ajustando de una vez la normativa argentina a los estándares establecidos en las normas internacionales, que además, como se explicó para el caso de los tratados citados, son de aplicación en nuestro país”.¹⁰⁷

Proyecto 0234-D-2013 ¹⁰⁸	
3	Propiedad intelectual (Ley 11723). Modificación del artículo 34 sobre propiedad de las obras fotográficas a herederos o derechohabientes e incorporación del artículo 85 bis. Iniciado en: Diputados. Bloque: Coalición Cívica ARI.
	Cambios propuestos: ● Artículo 34: “La propiedad intelectual sobre obras fotográficas corresponde a sus autores, herederos o derechohabientes en los términos del artículo 5º de la presente ley. Para las obras cinematográficas el derecho de propiedad es de cincuenta años a partir del fallecimiento del último de los colaboradores enumerados en el artículo 20 de la presente. Las cesiones totales o parciales de derechos temporales o espaciales de explotación de películas cinematográficas sólo serán oponibles a terceros a partir del momento de su inscripción en la Dirección Nacional del Derecho de Autor”. ● “Artículo 85º bis - Disposición Transitoria: Lo dispuesto en el artículo 34º bis será de aplicación a las obras fotográficas que se hayan incorporado al dominio público sin que hayan transcurrido el plazo establecido en dicho artículo, sin perjuicio de la utilización lícita realizada de las obras durante el período en que aquellas estuvieron incorporadas al dominio público”. Fundamentos relevantes respecto del plazo de protección: ● “La historia de la fotografía en la Argentina es casi tan antigua como la historia misma de esta disciplina, que necesitaría de algunas décadas para convertirse en un medio de registro periodístico, y más de un siglo para ser reconocida como un arte, tan significativo como otros”.¹⁰⁹ ● “Ya bien entrado el siglo XX y siguiendo la tendencia internacional la fotografía fue considerada una disciplina artística al mismo nivel que la pintura, escultura u otras expresiones de las artes visuales, y recién en las últimas décadas del pasado milenio, el valor de las obras fotográficas se ubicó en parámetros similares a éstas”.¹¹⁰ ● “Esta evolución tecnológica y conceptual no ha sido acompañada por una actualización normativa que reconozca adecuadamente el derecho de los fotógrafos a percibir una retribución económica por la utilización o publicación de sus producciones. Este reclamo sostenido desde hace años por la comunidad artística y por organizaciones como la Asociación de Reporteros Gráficos de la República Argentina merece una urgente atención parlamentaria, equiparando los derechos de los fotógrafos con los de los demás autores. Es por ello, señor Presidente, que proponemos por una parte la reducción del periodo en el cual una empresa de comunicación que adquiere una imagen retiene para si los derechos de reproducción, volviendo ese derecho luego de cumplido el plazo establecido en la ley al autor de la obra. También proponemos reconocer el derecho de los fotógrafos y de sus descendientes, para que se resguarde su autoría no solo desde el punto de vista moral sino también material. De esta forma estaremos cumpliendo la obligación del Estado argentino de adecuar su legislación local a los compromisos internacionales suscriptos en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y en el seno de la UNESCO”.¹¹¹
Proyecto 0546-D-2011 ¹¹²	
4	Ley de propiedad intelectual - Ley 11723: modificación del artículo 34, sobre propiedad intelectual de las obras fotográficas a autores, herederos y derechohabientes e incorporación del artículo 85 bis. Iniciado en: Diputados. Bloque: Coalición Cívica.
	Cambios propuestos y fundamentos relevantes respecto del plazo de protección: ● Es idéntico al Proyecto 0234-D-2013. Fue presentado por el mismo bloque y coincide uno de los firmantes.¹¹³
Proyecto 4028-D-2010 ¹¹⁴	
5	Modificación de los artículos 34 (propiedad intelectual sobre obras fotográficas) y 34 bis (extensión de lo establecido en el artículo 34 a las obras fotográficas y cinematográficas que se hayan incorporado al dominio público) de la Ley 11723 de propiedad intelectual (reproducción del expediente 5004-d-07). Iniciado en: Diputados. Bloque: Frente para la Victoria – PJ.
	Cambios propuestos y fundamentos relevantes respecto del plazo de protección: ● Es una reproducción del expediente 5004-D-07.¹¹⁵

Proyecto 2382-D-2008¹¹⁶

6

Propiedad intelectual, Ley 11723: modificación de los artículos 34 (duración del derecho de propiedad para las obras fotográficas y cinematográficas a partir del fallecimiento de los realizadores: 50 años) y 34 bis.

Iniciado en: Diputados.

Bloque: Coalición Cívica ARI - GEN – UPT.

Cambios propuestos y fundamentos relevantes respecto del plazo de protección:

Son prácticamente una reproducción idéntica que el proyecto 1366-D-2014 presentada por parte del mismo bloque.¹¹⁷

Proyecto 0037-S-2008¹¹⁸

7

Modificación de la Ley 11723 de Propiedad Intelectual en sus artículos 34 (autores de obras fotográficas - derecho de propiedad) y 34 bis (disposición transitoria) (reproducción del expediente 0251-S-06).

Iniciado en: Senado.

Bloque: Frente para la Victoria – PJ.

Cambios propuestos y fundamentos relevantes respecto del plazo de protección:

Reproduce el proyecto de ley de propiedad intelectual acerca de equiparar a los autores fotográficos en el plazo de protección de la obra. Ref. S. 251/06.¹¹⁹

Proyecto 5004-D-2007¹²⁰

8

Modificación de los artículos 34 (propiedad intelectual sobre obras fotográficas) y 34 bis (extensión de lo establecido en el artículo 34 a las obras fotográficas y cinematográficas que se hayan incorporado al dominio público) de la Ley 11723 de propiedad intelectual.

Iniciado en: Diputados.

Bloque: Frente para la Victoria – PJ.

Cambios propuestos:

● Artículo 34 – “La propiedad intelectual sobre obras fotográficas corresponde a sus autores, herederos o derechohabientes en los términos del artículo 5º de la presente ley. Para las obras cinematográficas el derecho de propiedad es de cincuenta años a partir del fallecimiento del último de los colaboradores enumerados en el artículo 20 de la presente.

Las cesiones totales o parciales de derechos temporales o espaciales de explotación de películas cinematográficas sólo serán oponibles a terceros a partir del momento de su inscripción en la Dirección Nacional del Derecho de Autor”.¹²¹

● Artículo 34 bis - Disposición Transitoria. “Lo dispuesto en el artículo 34 será de aplicación a las obras fotográficas y cinematográficas que se hayan incorporado al dominio público sin que hayan transcurrido los plazos establecidos en el mismo y sin perjuicio de la utilización lícita realizada de las copias durante el período en que aquellas estuvieron incorporadas al dominio público”.¹²²

Fundamentos relevantes respecto del plazo de protección:

“El propósito de este proyecto es subsanar la desigualdad legal en la que se encuentran los autores fotográficos en el ejercicio de la propiedad intelectual sobre sus obras fotográficas y adecuar la legislación interna a los tratados suscriptos y ratificados por la República Argentina en la materia de Propiedad Intelectual.

La ley 25140 aprueba el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, adoptado en Berna, Suiza el 9 de septiembre de 1886, el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor, estos dos últimos, suscriptos en Ginebra, Suiza, el 20 de diciembre de 1996.

El Convenio de Berna establecía que los países miembros podrían libremente determinar el plazo de ejercicio del derecho de propiedad intelectual de los autores fotográficos, pero que el mismo no podía ser inferior a un plazo de 25 años, contados desde la realización de las obras. El tratado de la OMPI sobre Derecho de autor declara inaplicable esta norma, y de esta manera procura la igualdad de la propiedad intelectual sobre las obras fotográficas y la de las demás obras. Existe, asimismo, en dicho Tratado y para asegurar su aplicación, el expreso compromiso de las partes contratantes de adecuar los sistemas jurídicos. Las iniciativas parlamentarias en este sentido no son pocas, de las que destacamos el proyecto de la Senadora María C. Perceval, presentado y aprobado por la Cámara de Senadores en el año 2004 y reproducido por la mencionada legisladora en el año 2006. Iniciativas, como la que estamos presentando en esta oportunidad, que cuentan con el apoyo de los autores fotográficos y de las asociaciones que los representan. En consecuencia de lo expuesto, y dado que no existe ninguna razón para discriminar el ejercicio de la propiedad intelectual de los autores fotográficos en relación con otros autores, solicitamos la sanción de este proyecto”.¹²³

Proyecto 0251-S-2006¹²⁴

Modificación de la Key 11723 de Propiedad Intelectual en sus artículos 34 (autores de obras fotográficas - derecho de propiedad) y 34 bis (disposición transitoria) (reproducción del expediente 1860-s-04).

Iniciado en: Senado.

Bloque: Frente para la Victoria – PJ.

Cambios propuestos:

Solicitar se dé por reproducido el proyecto de ley de misma autoría (María C. Perceval) modificando la Ley de Propiedad Intelectual por el cual se equipara a los autores fotográficos en el plazo de protección de la obra, registrado con el número de expediente S-1860/04.

Fundamentos relevantes respecto del plazo de protección:

● “Por ello, el presente proyecto de ley propone poner fin a una situación de discriminación persistente en nuestra ley de propiedad intelectual.

Citamos como antecedentes del presente proyecto, las propuestas de reforma presentadas ante este Congreso por legisladores de ambas Cámaras, así como la justa demanda de autores fotográficos desde hace décadas. También señalamos como antecedentes el proyecto de mi autoría presentado en diciembre de 2001 (expediente S-2069/01), reproducido en junio de 2004 (expediente S-1860/04) y sancionado el 01 de junio de 2004, sanción que perdiera reciente estado parlamentario en la Cámara de Diputados. Esta iniciativa cuenta con el apoyo de las fotógrafas y los fotógrafos y las asociaciones que los/las representan, tales como ARGRA (Asociación de Reporteros Gráficos de la República Argentina, FOP (Asociación de Fotógrafos Publicitarios de la República Argentina), AFPRA (Asociación de Fotógrafos Profesionales de la Republica Argentina) y FAF (Federación Argentina de Fotografía)”.
9

● “De esta manera, mientras el resto de los autores goza de 70 años post mortem, los fotógrafos tienen derecho sobre su obra hasta 20 años después de la primera publicación: una desigualdad duramente lesiva dentro del derecho de autor argentino”.

● “(...) Como consecuencia, fotografías creadas por un artista a los 20 años de edad y publicadas en esa época, pierden la protección que les brinda la ley cuando su titular posee 40 años de edad, cancelando así sus derechos sobre su propia obra. De esta manera, los repertorios fotográficos más importantes de la Argentina, con trascendencia internacional, desde hace años se encuentran en dominio público a pesar de que sus autores viven todavía. El daño incide no solamente en la persona de los fotógrafos sino, primordialmente, sobre los repertorios que constituyen un componente del patrimonio cultural de la Argentina”.

● “La actual redacción no sólo pone a los autores en situación de desigualdad ante la ley, sino como ante los compromisos internacionales suscriptos por Argentina.

	En 1996 se celebraron dos tratados en el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en Ginebra: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (...) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (...). Estos tratados establecen que los derechos patrimoniales tienen una duración de 50 años tras la muerte del autor, aunque permiten a las distintas legislaciones nacionales fijar plazos más largos de protección. También consideran que las obras fotográficas deben recibir la misma protección de las obras literarias y artísticas. Este Congreso aprobó el Tratado de la OMPI en 1999, mediante la ley 25140. Desde el 6 de marzo de 2002 este tratado tiene vigencia internacional; en consecuencia, desde entonces el plazo de protección de las fotografías debe asimilarse al de las demás obras, es decir, 70 años calculados a partir del 1 de enero del año que siga al de la muerte del autor. Sr. Presidente, la vigencia de estos tratados y la ausencia de concordancia con nuestra ley interna coloca en pie de desigualdad a nuestros creadores de los creadores extranjeros, ya que las obras de estos últimos se encuentran protegidos por el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. Esta doble desigualdad (respecto de creadores extranjeros y respecto de las otras artes) violenta, finalmente el principio de igualdad de las personas ante la ley tutelada por el Artículo 16º de nuestra Constitución Nacional, y por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos con jerarquía constitucional". ● "Finalmente, la protección del derecho de autor deviene fundamental en un momento en que también se empiezan a discutir en cada país los modos de adaptación a los nuevos mercados y a la evolución de las tecnologías digitales, en particular, la divulgación de material protegido por redes digitales como Internet. Una importante corriente internacional, especialmente europea, advierte sobre la necesidad de proteger los derechos de autor en estos nuevos contextos culturales. Las nuevas discusiones advierten sobre los riesgos del ¿latifundismo intelectual, ¿de que nuestros artistas se conviertan en ¿los futuros sin tierra del espíritu¿, ante la cesión de los derechos de las obras antes de los plazos internacionales sugeridos".

Proyecto 0234-S-2004¹²⁵

10	Modificación de la Ley 11723 de propiedad intelectual en sus artículos 34 (autores de obras fotográficas - derecho de propiedad) y 34 bis (disposición transitoria). Iniciado en: Senado. Bloque: Justicialista.
	Cambios propuestos y fundamentos relevantes respecto del plazo de protección: Idéntico al Proyecto 0251-S-2006.¹²⁶ Perceval: proyecto de ley modificando la ley de propiedad intelectual acerca de equiparar a los autores fotográficos en el plazo de protección de la obra.

Proyecto 2105-D-2000¹²⁷

11	Modificaciones a la Ley 11723 de propiedad intelectual sobre autores de obras fotográficas y el derecho de propiedad. Iniciado en: Diputados. Bloque: FREPASO – UCR.
	Cambios propuestos y fundamentos relevantes respecto del plazo de protección: Sumario: sustitución del artículo 34 e incorporación de un artículo nuevo (disposición transitoria, adecuación al artículo 1 de la presente norma).

Fuente: elaboración propia.

102 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=2157-D-2015&tipo=LEY>

103 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=2157-D-2015&tipo=LEY>

104 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=2157-D-2015&tipo=LEY>

- 105 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1366-D-2014&tipo=LEY>
- 106 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1366-D-2014&tipo=LEY>
- 107 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1366-D-2014&tipo=LEY>
- 108 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0234-D-2013&tipo=LEY>
- 109 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0234-D-2013&tipo=LEY>
- 110 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0234-D-2013&tipo=LEY>
- 111 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0234-D-2013&tipo=LEY>
- 112 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0546-D-2011&tipo=LEY>
- 113 Ver proyecto 0234-D-2013 desarrollado en el punto 3 de esta tabla.
- 114 Disponible en el buscador de proyectos del sitio: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultado.html> con el número de expediente 4028-D-2010.
- 115 Ver proyecto 5004-D-07 desarrollado en el punto 8 de esta tabla.
- 116 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=2382-D-2008&tipo=LEY>
- 117 Ver proyecto 1366-D-2014 desarrollado en el punto 2 de esta tabla.
- 118 Disponible en: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/37.08/S/PL>
- 119 Ver proyecto 0251-S-2006 desarrollado en el punto 9 de esta tabla.
- 120 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5004-D-2007&tipo=LEY>
- 121 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5004-D-2007&tipo=LEY>
- 122 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5004-D-2007&tipo=LEY>
- 123 Disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5004-D-2007&tipo=LEY>
- 124 Disponible en: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/251.06/S/PL>
- 125 Disponible en: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1860.04/S/PL>
- 126 Ver proyecto 0251-S-2006 desarrollado en el punto 9 de esta tabla.
- 127 Disponible en el buscador de proyectos del sitio <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultado.html> con el número de expediente 2105-D-2000.

Reseñas bibliográficas

* * * *

Reseña bibliográfica

Estudio sobre las excepciones al derecho de autor y derechos conexos. Análisis comparado en Chile, Colombia, México y Perú

de Santiago Schuster Vergara

Valencia, Tirant lo Blanch, 2026.

* * * *

Fernando Zapata López

Universidad Nacional de Colombia.

Universidad Externado de Colombia (Colombia)

fernandozapata@zapatarios.com

Un sinnúmero de constituciones en el mundo abordan hoy los derechos de propiedad intelectual como objeto de su tutela, incluyendo dentro de ellos la protección de los autores de obras literarias y artísticas. América latina y el Caribe se insertan casi en su totalidad en dicho reconocimiento fundamental, conteniendo muchas de ellas el derecho de autor como una forma de propiedad especial o *sui generis*, con el consiguiente otorgamiento de la capacidad de exclusión de sus titulares frente a terceros que no se avienen al consentimiento previo al uso de la obra o prestación.

La existencia de tal canon constitucional ha conducido igualmente a una notable jurisprudencia en la región, en virtud de la cual se ha reconocido la capacidad de los autores para decidir, a su libre albedrío y de conformidad con la ley, sobre el uso o explotación de la obra.

No obstante ello, en nuestro ámbito geográfico de América latina —siguiendo dictados y pensamientos al respecto provenientes de otras latitudes— se han venido instaurando criterios que no dudo

en calificar como exacerbantes del alcance y contenido de las limitaciones y excepciones que el derecho de autor y los derechos conexos disponen para hacer realidad el equilibrio y el balance que se demandan desde el texto de los tratados que regulan el derecho de autor y los derechos conexos a nivel internacional, y desde su compromiso como propiedad, pues al fin y al cabo ninguna propiedad en un Estado de derecho habrá de desenvolverse dignamente si no convive con el interés del común, dentro de los límites definidos por el legislador.

Por lo que esta humilde reseña busca sin eufemismos que los lectores del doctor Santiago Schuster Vergara se interesen sobre la obra *Estudio sobre las excepciones al derecho de autor y derechos conexos*, destacando la seriedad y certeza de sus argumentos que solo pueden garantizar su larga experiencia profesional, su sólida formación en derecho de autor y, en particular, por el largo servicio a la gestión de los derechos de comunicación pública de los autores de obras musicales —primero, desde la Sociedad Chilena de Autores, y luego, como director de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) para América Latina y El Caribe—, a lo cual se une su condición de profesor de Derecho de Autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y de connotado consultor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual para la región desde la década de 1990, además de exitoso defensor de causas judiciales en favor de autores y artistas de obras prestaciones.

1. Presentación de la obra

La obra *Estudio sobre las Excepciones al Derecho de Autor y Derechos Conexos*, aborda —como queda dicho— un ámbito particularmente complejo y relevante del derecho de autor contemporáneo: el régimen de las excepciones al derecho de autor. Tradicionalmente tratadas como ponderación al modelo de derechos exclusivos, las excepciones han adquirido una relevancia creciente en un contexto determinado por la expansión del mercado de derechos y por la importancia del tráfico de contenidos basados en la creatividad y la innovación.

La obra constituye el resultado de un prolongado trabajo de ela-

boración teórica y dogmática, que tiene como antecedente directo la tesis doctoral del autor *Las excepciones al derecho de autor como normas permisivas*, pero que la supera ampliamente en extensión, alcance y desarrollo analítico. El libro no se limita a revisar el derecho positivo, sino que propone una reconstrucción conceptual de las excepciones, otorgándoles un estatus normativo propio y coherente.

Desde el inicio, Schuster Vergara fija con claridad el propósito central del estudio: examinar las excepciones no como simples límites externos al derecho exclusivo, sino como normas jurídicas de carácter permisivo, que autorizan determinados usos de las obras bajo condiciones definidas por el legislador, el cual, a su vez, se encuentra sujeto a un derecho internacional de aplicación global. Esta premisa orienta todo el desarrollo del libro y permite ofrecer una lectura ordenada de un conjunto normativo que suele percibirse como disperso y fragmentario.

2. Las excepciones como normas permisivas

El eje dogmático del libro se encuentra en la caracterización de las excepciones como normas permisivas en sentido técnico-jurídico. Frente a enfoques que las conciben como reducciones del derecho exclusivo o como concesiones instrumentales de política legislativa, el autor —sin desconocer estas explicaciones— sostiene que las excepciones cumplen una función normativa autónoma: habilitan ciertos actos de uso sin requerir la autorización del titular, siempre que se verifiquen las condiciones previstas por la norma.

Esta caracterización permite replantear cuestiones centrales del derecho de autor, como la delimitación del alcance del derecho exclusivo, la interpretación de las excepciones y los efectos jurídicos de los usos amparados por ellas. Desde esta perspectiva, las excepciones no operan como una negación del derecho de autor, sino como parte del conjunto de reglas que configuran el sistema de derecho de autor y derechos conexos, basado en una norma general de prohibición y en dos normas generales que desplazan dicha regla: la que habilita al titular para autorizar y la que permite el uso sin necesidad del consentimiento del autor o del titular de derechos conexos.

El planteamiento se apoya en una elaboración teórica sólida que

recurre a la teoría general de las normas y a la dogmática de la propiedad intelectual. La distinción entre normas prohibitivas, obligatorias y permisivas resulta clave para situar correctamente las excepciones dentro del sistema jurídico y evitar confusiones conceptuales frecuentes en la literatura especializada.

Especial relevancia adquiere la distinción entre autorización legal y autorización convencional. Mientras que esta última descansa en la voluntad del titular, la primera deriva directamente de la ley y se impone como una decisión normativa destinada a legitimar determinados usos considerados socialmente relevantes. Esta diferenciación resulta decisiva para comprender el alcance y los efectos de las excepciones. No obstante, el autor observa también semejanzas, en tanto ambas se formulan como autorizaciones que desplazan la prohibición general.

3. Enfoque comparado basado en las formas de explotación

El derecho comparado ocupa un lugar central en la obra. El autor evalúa con interés los sistemas normativos de Chile, Colombia, México y Perú sin emplear el esquema clásico de un examen país por país, sino utilizando sus desarrollos legislativos como base empírica para elaborar una matriz común de análisis, organizada en función de las formas de explotación de las obras.

Desde esta perspectiva, el estudio comparado cumple una finalidad metodológica precisa: permite observar cómo distintos ordenamientos, pertenecientes a una misma tradición jurídica, regulan las excepciones atendiendo al tipo de acto de uso autorizado —reproducción, modificación, distribución, comunicación pública, puesta a disposición— y a las condiciones bajo las cuales dichos actos resultan jurídicamente permitidos.

Este enfoque se encuentra directamente vinculado con la tesis central del libro. Si las excepciones son normas permisivas, su comprensión exige atender no solo al acto autorizado, sino también a las condiciones normativas de aplicación que delimitan su alcance. El análisis comparado permite identificar la reiteración de ciertos criterios —categoría de obras y prestaciones conexas admitidas, finalidad del uso, ausencia de ánimo de lucro, tipificación del usuario

y de quien aprovecha del rendimiento de la autorización legal, entre otros— que aparecen, con variaciones, en distintos ordenamientos.

El valor de esta matriz es que le ofrece al jurista una herramienta conceptual aplicable a su propio ordenamiento. De este modo, el derecho comparado se presenta como un medio para ordenar, interpretar y aplicar las excepciones con mayor certeza.

4. Rechazo al enfoque de “derechos de usuario”

Otro aporte central del autor es el análisis crítico de un enfoque doctrinario minoritario, pero con vocación de crecer, que concibe las excepciones al derecho de autor como “derechos de usuario”. El autor examina este planteamiento mostrando las debilidades conceptuales que se observan al trasladar al ámbito de las excepciones una noción propia del derecho subjetivo.

La obra sostiene acertadamente que la calificación de las excepciones como derechos del usuario resulta de una confusión entre posiciones jurídicas de distinta naturaleza. Mientras que los derechos subjetivos suponen una facultad exigible frente a terceros, las excepciones operan como autorizaciones legales objetivas, cuya eficacia depende del cumplimiento de condiciones normativamente establecidas. Las excepciones no confieren, por tanto, una pretensión autónoma, sino que legitiman determinados usos en la medida en que se verifiquen los requisitos previstos por la ley. La posición de derecho subjetivo en una relación jurídica supone necesariamente la existencia de un obligado correlativo, lo que carece de todo sustento en el ámbito de la autorización legal contenida en la excepción.

Esta caracterización resulta particularmente relevante al examinar la relación entre las excepciones y los mecanismos de protección tecnológica (MTP). Schuster Vergara muestra que la existencia de MTP no transforma a las excepciones en derechos subjetivos exigibles por el usuario, sino que pone de manifiesto la necesidad de analizar, en términos normativos, el alcance de la autorización legal frente a barreras tecnológicas impuestas por el titular. Desde esta perspectiva, las reglas que disciplinan la interacción entre excepciones y MTP deben ser comprendidas como parte del régimen de condiciones de aplicación de las normas permisivas y no como el reconocimiento de

un derecho del usuario a imponer el uso de la obra.

5. Consideraciones finales

La obra del doctor Santiago Schuster Vergara *Estudio sobre las Excepciones al Derecho de Autor y Derechos Conexos* constituye una contribución de primer orden a la dogmática del derecho de autor. Su principal mérito radica en haber otorgado a las excepciones un tratamiento conceptualmente riguroso, apegado a la causa fundacional del derecho de autor, coherente con la teoría general de las normas y con las exigencias propias de un sistema jurídico complejo.

La combinación de una sólida elaboración teórica, un uso metodológicamente cuidado del derecho comparado y un examen crítico de enfoques alternativos convierte al libro en una obra de referencia para la doctrina y la práctica jurídica. En particular, la propuesta de analizar las excepciones como normas permisivas, atendiendo a las formas de explotación y a las condiciones de uso, ofrece un marco conceptual de gran utilidad para el jurista contemporáneo.

En síntesis, se trata de una obra que no solo sistematiza el derecho vigente, sino que proporciona criterios analíticos idóneos para comprender y aplicar las excepciones al derecho de autor en contextos normativos diversos y en constante transformación.

* * * *

Conflicto de intereses

El autor declara no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.zap>

Reseña bibliográfica

Originalidad, creatividad y registro del derecho de autor. ¡6 Años después! ¿Qué postura asumir ante la inteligencia artificial?

de Jesús Parets Gómez

México, Tirant Lo Blanch, 2025, 260 páginas.

* * * *

Claudia del Carmen Viascán Castillo

Escuela Libre de Derecho (México)

Claudiaviascan@hotmail.com

Dos conceptos de importancia en la propiedad industrial en general y en el derecho de autor en particular son sin dudas la originalidad y la creatividad. Jesús Parets Gómez, con su inigualable claridad, refuerza estas significaciones a la luz de la inteligencia artificial. Ya había señalado la originalidad como criterio de protección del derecho de autor y decía que sólo el hombre es capaz de crear obras protegidas por derecho de autor, que la originalidad es reflejo de la personalidad de quien crea y que ésta sólo es atribuible al hombre. No obstante, todas estas aseveraciones son actualmente cuestionadas frente al uso de la llamada “inteligencia artificial”.

Como sabemos, el certificado que en su caso otorga un registro público de derecho de autor es meramente declarativo, ya que los derechos de autor nacen desde la creación de la obra; de esta manera, podemos decir que el trámite de registro y el otorgamiento del certificado correspondiente es meramente declarativo, pero no otorga ningún derecho, salvo presunciones *iuris tantum*. En esta obra, Parets Gómez —que ha sido funcionario por más de 25 años en el Ins-

tituto Nacional del Derecho de Autor en México (INDAUTOR)— señala que dos son las principales funciones del Registro Público del Derecho de Autor. La primera es garantizar la seguridad jurídica de los sujetos a quienes protege, que son: autores, titulares de derechos conexos, titulares de derechos patrimoniales y sus causahabientes. Y la segunda, vinculada con lo que llama “objeto de protección”, que son las obras y los actos y documentos que se inscriben, que consiste en darles una adecuada publicidad.

Parets señala que la seguridad jurídica en el Registro Público es el proceso de dictamen que se realiza sobre la solicitud, es decir, todos los actos previos a la admisión de la solicitud, los propios de la tramitación y hasta la expedición del certificado, y dice: “... la seguridad jurídica en el Registro Público del Derecho de Autor debe significar la certeza del derecho. El cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones necesarias para la válida integración del trámite y su procedencia” (p. 31).

En el capítulo primero de su obra, el Dr. Parets Gómez indica las posibilidades procedimentales que puede haber en el proceso de registro. La primera es que, habiendo cumplimentado todos los requisitos de fondo y forma previstos en la norma, la autoridad emita el certificado de inscripción correspondiente. La segunda posibilidad es que la autoridad competente determine que no se han cumplido uno o varios requisitos, ya sean de forma —por ejemplo, que no se acompañe el pago de derechos— o de fondo —como la solicitud de un registro a nombre de un tercero distinto del autor sin acreditar la titularidad de derechos—. Los requisitos de forma y algunos de los requisitos de fondo son subsanables, como el del ejemplo. Al efecto, la autoridad emitirá un requerimiento para subsanar, aclarar y/o completar lo requerido para, en su caso, una vez completado el requerimiento de la autoridad en tiempo y forma, ésta pueda realizar la inscripción solicitada, o desechar el trámite por falta de cumplimiento al requerimiento de subsanación. La tercera alternativa procedimental se presenta cuando existen requisitos de fondo que no son subsanables y que pasan a ser supuestos impedientes para el registro; por ejemplo, la solicitud de inscripción de un contrato con un objeto sobre reserva de derechos, la cual es materia ajena al Registro Público del Derecho de Autor.

El autor atiende a una especial alternativa procedimental prevista en la legislación autoral referida a las solicitudes de anotación marginal sobre supuestos posteriores que modifican el registro inicial. Al efecto, habla de la buena fe como principio jurídico en materia registral y señala: "... la buena fe ante el Registro Público del Derecho de Autor se presume desde un principio" (p. 42). Derivado de este principio, pueden presentarse cinco posibilidades respecto del registro hecho: i) corrección de errores; ii) anotaciones marginales; iii) anotaciones marginales provisionales; iv) anotaciones marginales definitivas; y v) cancelación o corrección; siguiendo cada una de estas peticiones su propio curso.

En los capítulos segundo y tercero, Parets Gómez habla de las obras u otros objetos jurídicos en particular que pueden ser objeto de registro ante el Registro Público del Derecho de Autor; de la obra literaria, la obra musical con o sin letra, la obra dramática, la obra de danza, la obra pictórica o de dibujo, la obra escultórica y de carácter plástico, la obra de caricatura e historieta, la obra arquitectónica, la obra audiovisual y cinematográfica, la obra de programa de radio, la obra de programa de televisión, los programas de cómputo, la obra fotográfica, las obras de arte aplicado y las bases de datos. También pueden registrarse obras derivadas, como lo son las compilaciones, colecciones, enciclopedias, antologías, compendios, adaptaciones, arreglos musicales, traducciones, etc. Asimismo, señala que puede solicitarse el registro de lo que el autor llama "objetos jurídicos de naturaleza autoral y conexa", como la documentación de sociedades de gestión colectiva.

Parets Gómez define cada una de estas obras u objetos jurídicos, sus elementos, características y contenidos y las especificidades que la autoridad toma en cuenta en las solicitudes de inscripción de cada uno de estos tipos de obra, y ayuda a los interesados a formarse un sano criterio sobre los conceptos de obra, obra protegida por derecho de autor y obras que son registrables. Es lectura obligada para todos, pero en especial para los que nos autopercebimos autores o titulares. Vale señalar la importancia de estos capítulos, pues delinean lo que no es inteligencia artificial, tema que también es abordado por el autor en su obra.

El capítulo cuarto del libro, que tiene por título "Supuestos im-

pedientes del otorgamiento de registro”, señala los casos en los que el objeto de la solicitud de registro no lo es conforme a la Ley Federal del Derecho de Autor de México. Parets Gómez clasifica estos supuestos en 1) las generalidades y propiedad industrial; 2) el aprovechamiento; 3) los elementos gráficos; 4) los signos distintivos; 5) los nombres, títulos o frases aisladas; 6) los formatos o formularios; 7) las reproducciones o imitaciones; 8) lo normativo; 9) las noticias; 10) la información; 11) las obras bajo el régimen de dominio público; 12) lo que ya esté inscrito en el Registro Público del Derecho de Autor; 13) las marcas; 14) las campañas y promociones publicitarias; 15) La inscripción de cualquier documento cuando exista anotación marginal provisional o definitiva; y 16) los actos y/o documentos contrarios a la Ley Federal del derecho de Autor. Todos estos supuestos tienen en común que no son obras protegibles por derecho de autor.

En el capítulo cuatro, el autor enseña paso a paso cómo registrar una obra en el Registro y resume el proceso en cuatro pasos: 1) llenar la solicitud de registro según el objeto a registrar; 2) realizar el pago de derechos respectivo; 3) acompañar dos ejemplares idénticos de la obra en soporte físico o electrónico; y 4) presentar la solicitud de registro de manera presencial o a través del trámite en línea. Debemos recordar que la inscripción de una obra, acto o documento inscrito conforme a la legislación vigente es único, irrepetible e imprescriptible (p. 213).

En el capítulo quinto de su libro, el Dr. Parets Gómez, sin dar una definición de la inteligencia artificial, explica que surge como una nueva modalidad de explotación tecnológica de contenidos. Para él, es sólo una herramienta en el proceso de creación. Ya antes nos había hecho saber sobre su postura y sobre la necesidad de que se incluya una leyenda en las solicitudes de registro ante el Instituto que indiquen, por parte del solicitante, si la obra que se presenta para registro es o no —o sólo en parte— producto del uso de la inteligencia artificial. Para el autor, el uso de inteligencia artificial para la generación de contenidos “afecta, restringe y reduce el proceso de reconocimiento de autoría de los creadores”, son contenidos que no son originales, por lo tanto, no pueden ser objeto de protección por el derecho de autor y, en consecuencia, no deben ser así registrados.

Asegura que el esfuerzo creativo es exclusivo del hombre, y que los contenidos generados con inteligencia artificial son para él “actos operacionales, productivos de información y ajenos al derecho de autor”. Y señala: “Sólo la idea es propia del hombre, la máquina sólo ejecuta. No confundir crear con generar” (p. 218). No obstante todo lo anterior, el autor reconoce y alienta el uso de la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías, pero sólo como herramientas durante el acto creativo, si el deseo del “artista” es crear una obra protegida en su totalidad por el derecho de autor.

Al respecto de las nuevas solicitudes de registro hechas ante el Registro Público del Derecho de Autor, a partir del uso de la inteligencia artificial, el autor habla de cuatro posibles alternativas que pueden presentarse ante esta autoridad: i) solicitud de registro de contenidos generados cien por ciento con inteligencia artificial, ya que, según Parets Gómez, no hay obra, por lo tanto, la inscripción debe negarse; ii) solicitud de registro de una creación realizada en parte por el ingenio y la creatividad humana y en parte con la inteligencia artificial, debiendo el Registro, a juicio del autor, registrar únicamente la parte creada por el humano y excluyendo lo creado con inteligencia artificial; iii) solicitud de registro de obra realizada por el hombre con apoyo de herramientas tecnológicas, debiendo el Registro hacer la inscripción correspondiente; y iv) solicitud de registro de obra realizada sin uso de inteligencia artificial, inclusive sin apoyo de herramientas tecnológicas, siendo en este último caso procedente la inscripción.

Para implementar sus consideraciones en la norma, el autor propone: 1) adicionar como supuesto impediante del registro que los contenidos presentados en la solicitud hayan sido generados con inteligencia artificial; 2) incorporar en los certificados de registro la leyenda que indique que el ejemplar registrado es producto de la creación humana; y 3) adicionar como infracción en materia de derechos de autor la acción fraudulenta de engañar, haciendo pasar por obra un contenido que ha sido generado por inteligencia artificial.

Sobre el uso de la inteligencia artificial y la generación de contenidos a partir de ésta, Parets Gómez introduce el tema del consentimiento por parte de autores y titulares de obras protegidas por el derecho de autor que se usan para alimentar estas bases de datos

con las que se generan nuevos contenidos. Al respecto, se pregunta si los autores tienen conocimiento y han dado autorización para que sus obras no sean solo inspiración, sino también materia prima de los resultados obtenidos con el uso de la IA. Ese uso requiere autorización previa, salvo la existencia de limitaciones o excepciones. Al respecto, vale la pena recordar que la propiedad intelectual tiene como una de sus finalidades reconocer en quien crea, un derecho exclusivo, derecho de autorizar o prohibir, entre otras cosas, el uso de su creación. ¿Qué pasa cuando hay disposición de las creaciones de un autor sin autorización y, en su caso, pago respectivo para la alimentación de bases de datos que se usan en la generación de contenidos? ¿Este autor sería copropietario del contenido que se genera a partir de su obra y, en su caso, de otras creaciones que integraban la base de datos o la herramienta que utilizó el “nuevo artista”? Todos estas interrogantes son planteados por Parets Gómez, pues asevera en su discurso que dar instrucciones a una máquina para que genere determinado contenido, en principio, no genera derechos de autor, aunque podrían originarse otro tipo de derechos. Asimismo, señala que no es lo mismo crear que generar. A algunas de estas interrogantes adelanta la respuesta y dice de modo determinante que estos contenidos no son obras y que, por lo tanto, no hay originalidad y mucho menos coautoría.

En el sexto y último capítulo de esta obra, Parets Gómez abre un nuevo y gran interrogante: ¿hacia dónde van la propiedad intelectual, el derecho de autor, el arte y todo lo que estas disciplinas conllevan, así como la protección de los que crean? Y conforme a la legislación autoral mexicana —así como a las de la mayoría de las legislaciones del mundo en materia de derecho de autor respecto de las obras protegidas—, al ser ésta *numerus apertus* y señalar que se reconocen derechos de autor a cualquier obra que por analogía pueda encuadrar en las ramas que enuncia el artículo 13 de la Ley Federal del Derecho de Autor —siempre que sean creaciones originales intelectuales expresadas en una forma reproducible—, Parets nos invita a pensar en nuevas formas de crear y, en consecuencia, en nuevas creaciones. El concepto de obra no puede ser un *numerus clausus* ni taxativo. La numeración es ejemplificativa, y cualquier creación original que quepa dentro de dichas categorías es una obra desde el

momento de su creación (Viascán Castillo, 2016, p. 42). Todo lo anterior da paso al autor a preguntarse y a hacernos pensar sobre la posibilidad de proteger otras creaciones —las llama “manifestaciones artísticas de arte”—, creaciones que, si bien son o pueden ser originales (no perder de vista que para el autor idea y hombre son un binomio) y reproducibles, requieren, para ser fijadas, ser expresadas en un soporte distinto al de la misma obra, y nos da como ejemplo el *performance*. Estas creaciones artísticas, dice el autor, son de existencia efímera, transitorias en lo espacial y en lo temporal, por lo que, por ahora, no pueden existir por sí mismas como obras protegidas por el derecho de autor (p. 248). De aquí que Parets Gómez señale que en este nuevo contexto “el derecho de autor debe ser reformado en su contenido y alcance” (p. 252).

Bibliografía

Viascán Castillo, C. (2016). El personaje humano como creación autoral autónoma. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (21), 25-45.

* * * *

Conflicto de intereses

La autora declara no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.via>

Reseña bibliográfica

Manual de marcas de certificación culturalmente sensibles. Metodología jurídica y comunitaria en 10 bloques temáticos.

de Astrid Uzcátegui Angulo

Kindle Direct Publishing, 2025, 180 páginas.

* * * *

Claudia Viascán Castillo

Escuela Libre de Derecho (México)

Claudiaviascan@hotmail.com

Gustavo Schötz

Centro de la Propiedad Intelectual, Facultad de Derecho,

Universidad Austral (Argentina)

gschotz@austral.edu.ar

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

La obra de la doctora Uzcátegui Angulo, como ella misma la describe, es el resultado de su trabajo e investigación, en la que comparte una larga experiencia en el diseño y desarrollo de marcas de certificación y otros signos distintivos de diversas comunidades.

Este manual recoge un recorrido que va de la práctica a la teoría y de la teoría de nuevo a la práctica. Su origen no estuvo en los despachos académicos ni en la simple transferencia de modelos externos, sino en el trabajo directo con comunidades que enfrentaban el desafío de proteger y proyectar su patrimonio cultural a través de un signo distintivo legítimo y reconocible. (p. 180)

Se trata de un tópico que la autora ha recorrido en otras oportunidades: Marcas de certificación indígenas de Venezuela (2008), Las marcas de certificación (2009), Las marcas de certificación en países en desarrollo (2010), *Marcas de certificação e seu regime jurídico no Brasil* (2010, en portugués). Su obra más reciente es el *Manual de Marcas de Certificación*, estructurada en tres volúmenes.

Se trata de una obra autopublicada, en la que la autora declara que para “tareas de revisión de estilo, edición técnica, organización, estructura y asistencia puntual en la redacción, se ha utilizado de forma responsable y supervisada la herramienta ChatGPT de OpenAI, bajo la dirección directa y exclusiva de la autora” (Nota de Transparencia Editorial, I). Esta declaración forma parte del sello editorial personal de la autora y responde a un compromiso ético con la transparencia editorial en la era digital. La autora defiende el uso responsable de tecnologías de inteligencia artificial como herramientas de apoyo técnico, pero sostiene que la construcción del pensamiento, la argumentación jurídica y el desarrollo metodológico deben continuar siendo expresión directa del criterio, la experiencia y la autoría humana. La obra no contiene referencias bibliográficas externas, pues es resultado de la completa labor investigativa y práctica de Uzcátegui Angulo.

Está dividida en seis capítulos. En el primero, la autora explica el sentido y los objetivos de esta propuesta, siendo el vértice de su investigación y guía proporcionar herramientas para la certificación culturalmente sensible, fortaleciendo a las comunidades. Uzcátegui Angulo señala que su metodología

... [p]arte del reconocimiento de que todo proceso de certificación con valor cultural debe ser legítimo, participativo, jurídicamente sólido y socialmente apropiado. No basta con registrar un signo ante una oficina de propiedad intelectual. Es necesario diseñarlo desde el territorio, con y para quienes lo utilizarán, incorporando herramientas que permitan garantizar su sostenibilidad, su autenticidad y su arraigo simbólico. (p. 5)

En el capítulo dos, la autora desarrolla los fundamentos jurídicos y conceptuales que sustentan las marcas de certificación y su metodo-

logía. Este marco de referencia permite comprender las herramientas legales disponibles y su aplicación gradual en contextos culturales y territoriales diversos, como paso previo a la descripción de los principios orientadores que se abordarán en los capítulos siguientes.

Para que una comunidad logre diseñar y gestionar un signo distintivo que represente de forma legítima su identidad, su saber colectivo o sus prácticas productivas, es necesario comprender el sentido de las herramientas jurídicas disponibles y cómo estas pueden adaptarse a realidades culturales y territoriales diversas. (p. 9)

En definitiva, la marca de certificación es una herramienta jurídica con función social. La autora pone en “blanco sobre negro” las funcionalidades y características de esta especie de signo distintivo, particularmente en su distinción con las marcas colectivas y las indicaciones geográficas, aunque todas ellas son promotoras de la asociatividad en un proceso gradual de cohesión. “La experiencia demuestra que, sin un mínimo de cohesión, acuerdos internos y visión compartida, ningún signo distintivo es sostenible en el tiempo” (p. 10).

En el tercer capítulo, Uzcátegui Angulo analiza los principios y enfoques requeridos para lograr llegar a buen término en el proceso: participación, interculturalidad, socialización. El instrumento jurídico se asienta en una cultura compartida, en un patrimonio colectivo. Esto puede incluir la protección de conocimientos tradicionales, así como garantizar la participación equitativa e inclusiva de todos los miembros de la comunidad. “No se limita a consultar a la comunidad, sino que implica su involucramiento activo en la definición de cada aspecto del proceso. Se promueve una participación real, informada y vinculante, que reconoce saberes diversos y genera corresponsabilidad” (p. 18).

El cuarto capítulo es el más extenso y allí se presenta el corazón operativo de la metodología, a través de 10 pasos para desarrollar el diseño, la implementación y la gestión comunitaria de la marca, desde los primeros acercamientos a la comunidad hasta la creación del signo, la definición de atributos certificables, la redacción del reglamento de uso y la estrategia de sostenibilidad, incluyendo el uso de herramientas digitales.

Cada bloque sigue una estructura uniforme: un objetivo inicial, el desarrollo de su contenido, los criterios o herramientas para su aplicación, ejemplos y notas extraídas de experiencias reales, alertas culturales a considerar y, finalmente, preguntas de reflexión que ayudan a ajustar la metodología a cada realidad. (p. 20)

La autora es generosa al brindar ejemplos concretos originados en la práctica profesional (cápsulas). También aporta preguntas de reflexión útiles para guiar el proceso. Se puede verificar que, si bien el signo y el reglamento de uso son los instrumentos más visibles, estos no son caprichosos, sino que obedecen a un proceso verificable en la misma comunidad.

Nos hemos permitido enunciar los bloques en los que Uzcátegui Angulo ordena su metodología:

Bloque 1. Sentido, finalidad y enfoque metodológico.

Bloque 2. Bases para iniciar un proceso de certificación cultural participativa.

Bloque 3. ¿Quién puede ser titular de la marca de certificación?

Bloque 4. Creación colectiva de la identidad visual de la marca.

Bloque 5. Identificar lo que se certifica: atributos y evidencias.

Bloque 6. Cómo elaborar el reglamento de uso con participación de la comunidad.

Bloque 7. Difusión comunitaria y capacitación para el uso de la marca.

Bloque 8. Vigilancia, control y sostenibilidad de la marca.

Bloque 9. Aprendizajes y evaluación participativa.

Bloque 10. Tecnología al servicio de la certificación comunitaria.

En el quinto capítulo, la autora presenta herramientas prácticas e instrumentos para la certificación cultural participativa, ya que la obra es, sobre todo, un camino diseñado para ser llevado a la práctica. Se trata de instrumentos, como formularios o plantillas, que cumplen funciones diversas: documentan y validan información clave, garantizan decisiones transparentes y participativas, preservan la memoria del proceso y facilitan la comunicación con instituciones externas, aliados técnicos o la propia oficina de propiedad intelectual (p. 107). Son formularios de validación del signo distintivo, del reglamento de uso, de autorización de uso de la marca, de solicitud de

certificación de productos, de seguimiento y control comunitario. También comparte modelos de documentos jurídicos, como diversos reglamentos para marcas de certificación, de certificación de comercio justo y marcas colectivas. El capítulo finaliza con un glosario para la utilización de la metodología.

El último capítulo presenta recomendaciones para la adaptación y escalabilidad de la metodología. La adaptación es requerida tanto por la individualidad de cada comunidad como por el tipo de producto identificado con el signo distintivo.

La adaptación permite que el modelo se ajuste a realidades diversas, respetando particularidades culturales, jurídicas y organizativas. La escalabilidad, por su parte, posibilita que el alcance de la metodología se amplíe, integrando más productos, servicios o territorios, y consolidando redes de colaboración que fortalezcan su impacto.
(p. 163)

De acuerdo con la autora, esto se logra mediante la aplicación de diversos principios: respeto por la diversidad cultural y productiva, flexibilidad normativa con núcleo esencial invariable, participación efectiva de los actores locales, adecuación lingüística y tecnológica, integración de criterios ambientales y sociales.

En resumen, la metodología propuesta por la autora resulta práctica y asequible y contiene todos los elementos requeridos para implementar con éxito una marca de certificación, así como una marca colectiva, en el seno de una comunidad. Se trata de un instrumento imprescindible para quienes quieran poner en marcha un proceso complejo y de largo aliento, no exento de riesgos.

* * * *

Conflicto de intereses

Los autores declaran no poseer conflicto de interés alguno.

<https://doi.org/10.26422/RIPI.2025.2300.sch>

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 también se reciben artículos en portugués e inglés. En el caso del inglés, serán admitidos solo si el objeto de análisis tiene relación con Iberoamérica o si son estudios de derecho comparado que incluyen uno o más países iberoamericanos.

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 (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 Re-

dacción 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 las siguientes secciones:

- a) Artículos de investigación
- b) Estudios
- c) Jurisprudencia comentada
- d) Legislación comentada
- e) Reseñas bibliográficas

La sección de Artículos de investigación 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 cualquier otra institución o persona física y/o jurídica. La licencia de uso se ejercerá conforme a los siguientes términos y condiciones:

USOS PERMITIDOS. El AUTOR, por el solo hecho del envío del ARTÍCULO para su publicación en la RIPI, cede a la UNIVERSIDAD AUSTRAL, a la UNIVERSIDAD DE LA SABANA y a la UNIVERSIDAD PANAMERICANA los derechos de autor en forma no exclusiva, confiriendo una licencia gratuita para ejercer por medios impresos y/o digitales los derechos de reproducción, distribución, publicación, comunicación pública, puesta a disposición, transmisión y/o depósito de aquellos en el Repositorio Institucional o en otros sitios de confianza que permitan su preservación digital. La UNIVERSIDAD AUSTRAL, la UNIVERSIDAD DE LA SABANA y la UNIVERSIDAD PANAMERICANA, por medio del Comité Académico, queda también autorizada para realizar las modificaciones formales y técnicas necesarias para el ejercicio de las facultades aquí conferidas, como así también para asignarle a los artículos el destino que les corresponda en la sección que considere adecuada, pudiendo explotar comercialmente las obras enviadas mediante la venta de los ejemplares de forma individual y/o como parte de una compilación. Cada una de estas formas de explotación podrá ser llevada a cabo por la licenciataria mediante cualquiera de las modalidades de explotación conocidas, incluyendo el uso de medios impresos y/o digitales.

DERECHOS MORALES. La presente licencia no transfiere derechos morales, los cuales permanecen en cabeza del AUTOR de conformidad con las normas de derecho de autor.

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES. El AUTOR declara y reconoce bajo juramento, el cual se entiende prestado por el solo hecho de darse de alta con la creación de su usuario y contraseña que permite ingresar al sistema OJS de la RIPI, ser autor del ARTÍCULO enviado y titular de los derechos de autor que aquí se licencian; que sobre estos derechos no se han contraído compromisos ni gravámenes de ninguna especie a favor de terceros que resulten incompatibles con la cesión o que puedan atentar contra los derechos de la UNIVERSIDAD AUSTRAL, de la UNIVERSIDAD DE LA SABANA y de la UNIVERSIDAD PANAMERICANA; que la obra es original, inédita y fue creada sin infringir derechos de terceros; que las imágenes, citas y/o transcripciones que incorpora se encuentran debidamente referenciadas y fueron autorizadas por su titular o están amparados por una excepción o limitación al derecho de autor; y que no contiene declaraciones difamatorias contra terceros ni contrarias al ordenamiento jurídico. Asimismo, declara, tal como resulta del primer párrafo de este título, que los manuscritos enviados para su publicación en la RIPI no han sido difundidos previamente por ningún medio gráfico o digital, como así también que no han sido cedidos los derechos de autor a cualquier otra institución o persona física y/o jurídica. El autor, en caso de autorizar la publicación de su obra a otras editoriales o medios de divulgación científica o académica posterior a la primera publicación garantizada, se compromete a exigir que se haga constar que ha sido previamente publicada por la RIPI, aclarándose expresamente y por escrito el título, año de publicación, número de volumen, paginación, DOI y demás datos que permitan su identificación.

EXTRATERRITORIALIDAD Y DURACIÓN. La presente licencia se rige por la legislación de la República Argentina y es válida en todo el territorio nacional y en todos los demás países, por el tiempo máximo de protección que la legislación en materia de derechos de autor le confiera a la obra.

Esta revista y sus artículos se publican bajo la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0), la cual permite al usuario descargar, compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, siempre y cuando dé crédito de manera adecuada, brinde un enlace a la licencia e indique si se han realizado cambios. No autoriza el uso del contenido con propósitos comerciales y/o que se pueda remezclar o transformar el material, sin permisos para distribuir el material si fuera modificado.

Directrices para autores/as

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.

Declaración de roles de autoría

Al final de cada artículo se deberá incluir el tipo de responsabilidad que ha tenido cada autor

en la elaboración del trabajo. Para ello, deberá utilizar la taxonomía de redes de colaboración académica (CRediT), que tiene el objetivo de proporcionar crédito a todos los roles que intervienen en un proceso de investigación y garantizar que estos sean visualizados y reconocidos durante la comunicación de los resultados. La definición de catorce categorías permite, además, identificar estos roles de autoría como objetos de recuperación, por lo que serán sensibles a su clasificación y su posterior reutilización en el marco de otros procesos investigativos

En <http://hdlab.space/taxonomia/?q=CRediT> se encuentran todos los roles.

Ejemplos

* Un autor

El autor declara haber desempeñado todos los roles de autoría del presente artículo.

* Dos o más autores

López, J: conceptualización, metodología; Suárez, M.: curación de datos, escritura, borrador original; Gómez, A.: conceptualización, visualización, escritura, revisión y edición; García, D.: escritura, revisión y edición.

Todos los autores contribuyeron en la concepción de la idea, diseño del estudio, el proceso de investigación, la recolección, análisis e interpretación de los datos y en la redacción del artículo.

Declaración de conflicto de interés

Al final del trabajo, se deberá consignar que el autor no posee conflicto de interés alguno.

Obligatoriedad de depósito de datos respaldatorios

Los autores nacionales deberán tener en cuenta que, conforme la Ley 26899 de “Creación de Repositorios Digitales Institucionales de Acceso Abierto, Propios o Compartidos”, en el caso de que sus resultados de investigación publicados en el artículo hayan sido financiados o co-financiados con fondos públicos, están obligados a publicar sus trabajos y datos primarios en repositorios institucionales, propios o compartidos. La cita del conjunto de datos depositados debe aparecer en la bibliografía del trabajo.

Contribuciones

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 siguientes secciones de la RIPI:

- a) Artículos de investigación
- b) Estudios
- c) Jurisprudencia comentada
- d) Legislación comentada

La sección de **Artículos de investigación** 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 Artículos de investigación.

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. Sanford*. (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.