

01

Nº

26 Abril 2021

Revista
PI
Ecuador



LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LAS INDUSTRIAS CULTURALES Y CREATIVAS

ARTÍCULOS: 1. Las Especialidades Tradicionales Garantizadas (Etg): Una Herramienta Para Promover el Turismo Gastronómico - 2. Expresiones del Folclor, Propiedad Intelectual e Industrias Culturales y Creativas en el Ecuador - 3. Del Shot de Tequila al #ecuashot - 4. La Primacía de la Realidad en las Industrias Culturales Y Creativas - 5. Las Industrias Creativas y Culturales en la Era Blockchain: La Propiedad Intelectual se Descentraliza - 6. Protección Jurídica de los Videojuegos en Ecuador - 7. Protección de los Diseños Industriales Bajo el Régimen de Derechos de Autor y su Impacto en la Industria de la Moda - 8. La Importancia del Tratado de Beijing Sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales.

Un producto de:



"La propiedad intelectual en las industrias culturales y creativas"

Por. Pablo Solines Moreno

El arte y la cultura son, probablemente, las expresiones más sublimes del ser humano, porque revelan y desnudan su sensibilidad, pasado, tradiciones, sus anhelos y frustraciones. Por un lado, está el creador, que es quien se expresa, ejecuta o interpreta; por otro, el que recibe, asimila y percibe esas sensaciones que lo llevan a un lugar no concebido.

En este contexto, el arte y la cultura han debido soportarse en un marco regulatorio que busque proteger al artista y creador de cultura, de tal forma que se promueva ese sentido creativo intrínseco del ser humano y, consecuentemente, el disfrute y aprovechamiento de quienes están expectantes de ello.

La propiedad intelectual ha sido la piedra angular de este marco normativo, que ha empujado el desarrollo de una industria cada vez más creciente en el mundo actual, como lo es la industria cultural y creativa, que se compone de sectores tan importantes como el literario, artístico, audiovisual, musical, culinario, e incluso tecnológico, pues, en los tiempos actuales, no se concibe el arte y la cultura sin la tecnología.

Es así, que el presente número de la Revista pretende abordar, como premisa principal, la incidencia que ha tenido la propiedad intelectual en las industrias culturales y creativas. Por tal motivo, se compone de algunos artículos elaborados por connotados juristas de la esfera nacional e internacional, que plantean su visión personal desde distintos ámbitos que conforman esta creciente industria.

Nº 01

ÍNDICE

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LAS INDUSTRIAS CULTURALES Y CREATIVAS.

1.1	Las Especialidades Tradicionales Garantizadas (Etg): Una Herramienta para promover el Turismo Gastronómico	5
1.2	Expresiones del Folclor, Propiedad Intelectual e Industrias Culturales y Creativas en el Ecuador	20
1.3	Del Shot de tequila al #Ecuashot	32
1.4	La primacía de la realidad en las industrias culturales y creativas	43
1.5	Las industrias creativas y culturales en la era blockchain: la propiedad intelectual se descentraliza	70
1.6	Protección jurídica de los videojuegos en Ecuador	85
1.7	Protección de los diseños industriales bajo el régimen de derechos de autor y su impacto en la industria de la moda	108
1.8	La Importancia del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales	119

1.1

Las especialidades tradicionales garantizadas (etg): una herramienta para promover el turismo gastronómico

Autores. Hugo R. Gómez Apac
Karla M. Rodríguez Noblejas



LAS ESPECIALIDADES TRADICIONALES GARANTIZADAS (ETG): UNA HERRAMIENTA PARA PROMOVER EL TURISMO GASTRONÓMICO

Hugo R. Gómez Apac¹
Karla Margot Rodríguez Noblejas^{2,3}

Fecha de elaboración: 31 de Enero de 2020.

Palabras clave:

Industria creativa. Turismo gastronómico.
Receta tradicional de producto alimenticio. Especialidad Tradicional Garantizada (ETG). Elemento de la propiedad industrial.

Resumen:

Los países miembros de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) gozan de una herencia culinaria inigualable, en algunos casos fusionada con la proveniente de la inmigración china y japonesa, y que a la fecha se conserva en la forma de recetas tradicionales. Esta gastronomía andina (que para efectos del presente artículo abarca todo el territorio de dichos países, incluyendo las zonas costeras y amazónicas) constituye un valioso activo que puede impulsar un mayor desarrollo económico, especialmente de los emprendedores y las pequeñas empresas, a través del turismo culinario receptivo. Los turistas se encuentran ávidos de probar los deliciosos condimentos, manjares y potajes de la gastronomía tradicional andina. La figura de la *Especialidad Tradicional Garantizada (ETG)*, un elemento novedoso de la propiedad intelectual, se erige como un instrumento de protección de

¹ Magistrado Principal por la República del Perú en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Fue Presidente de esta corte internacional en el periodo comprendido entre el 16 de enero de 2019 y el 15 de enero de 2020.

² Abogada Asesora de la Magistratura del Perú en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Fue Abogada Asesora de la Presidencia (2019) y Secretaria General a.i. (2018) de esta corte internacional.

³ Cualquier opinión vertida en el presente artículo es de carácter personal y de exclusiva responsabilidad de los autores, no comprometiéndolo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Los autores agradecen la colaboración de Silvia Alexandra Otavalo Villacis, Lupe Helena Núñez del Arco Viteri, Carlos Sebastián Garcés Vásconez y Marcelo David Navisoy Narváez.

las recetas tradicionales, permitiendo a los consumidores y turistas estar mejor informados sobre aquellos platos que responden a una receta tradicional auténtica (registrada como ETG), de aquellos que presentan rasgos diferenciadores como la comida fusión o la de autor, de modo que el registro de una ETG no menoscaba la creatividad e innovación de los chefs locales de producir nuevos y más variados platos de comida.

1. INTRODUCCIÓN

Hace unos años, el coautor de este artículo salía de un evento académico de propiedad intelectual realizado en la parte norte de la ciudad de Bogotá y junto con otros expositores buscaron un lugar donde cenar. La recomendación de uno de los organizadores del evento fue un restaurante especializado en pescados y mariscos, algo peculiar si se tiene en consideración que la capital de Colombia está prácticamente en el centro del país y a 2.600 metros sobre el nivel de mar. Llegados al lugar, advirtió que el menú tenía “cebiche peruano”. El plato emblemático de la gastronomía peruana llamó su atención y la de varios de los expositores, quienes provenían de distintos países latinoamericanos. Uno de ellos dijo que hace años quería ir a Lima para probar las delicias de las que tanto escuchaba. Al cabo de unos minutos el mozo trajo dos fuentes inmensas de “cebiche peruano” para que todos compartieran. Al primer bocado, el coautor se consideró estafado. «Esto no es cebiche, ni por asomo», pensó. «¡Qué extraño sabor!» Ante la mirada inquisitiva de sus compañeros de mesa, y siendo él el único peruano allí sentado, dejó a un lado la diplomacia y dijo: «Lo siento, esto no sabe a cebiche peruano»⁴.

El coautor consideró en ese momento que no era justo llamar “cebiche peruano” a ese plato desabrido. Si un ruso, egipcio o chino que nunca ha visitado el Perú lo probara, pensará que son una exageración las bondades que se dicen del cebiche peruano. No solo eso, podría desechar sus planes de viajar al Perú simplemente por la equivocada información que dicho plato proporcionaba. Si alguien, en cualquier lugar del mundo, vende “cebiche peruano”, debería cumplir con ciertos parámetros mínimos en cuanto a los insumos y el modo de preparación a efectos de evitar dañar la reputación de dicho plato de comida. Debería existir un instrumento legal que permita defender la autenticidad de determinados platos de comidas y así evitar perjudicar su reputación por una indebida preparación.

Ese instrumento legal es la *Especialidad Tradicional Garantizada (ETG)*, un nuevo elemento de la propiedad industrial que lo que busca, entre otras cosas, es proteger el uso correcto de las recetas tradicionales, lo que a su vez tiene el potencial de fomentar el turismo gastronómico para beneficio de los emprendedores y las pequeñas empresas.

⁴ Este recuerdo ha sido ligeramente modificado con el objeto de adaptarlo a los propósitos del presente artículo.

Los cuatro países miembros de la Comunidad Andina son ricos en gastronomía tradicional. El “cebiche”, el “tiradito”, el “lomo saltado”, la “pachamanca”, la “causa limeña”, el “ají de gallina”, el “anticucho de corazón”, la “carapulcra”, por mencionar algunos de los típicos platos peruanos. En Colombia, la “bandeja paisa”, la “sopa de mondongo”, la “pepitoria santandereana”, el “ajiaco santafereño”, la “changua”, entre otros platos sabrosos. En Ecuador, el “mote pata”, el “ceviche de canchalagua”, el “sango de verde”, el “encanutado de bocachico”, la “fanesca”, el “tamal lojano” y otras delicias más. En Bolivia el “silpancho”, el “sonso de yuca”, el “chancho a la cruz”, el “pique macho”, la “salteña”, los “cuñapés”, entre otros.

Hemos heredado deliciosos potajes y bocados ancestrales o tradicionales que a través de varias generaciones se han consolidado, han ganado reputación y hoy se encuentran al alcance de todos en restaurantes y huariques. Ello traduce una gran oportunidad de desarrollo a través del turismo culinario receptivo, una modalidad interesante de industria creativa.

2. DEFINICIÓN DE ESPECIALIDAD TRADICIONAL GARANTIZADA

Doctrina española define la Especialidad Tradicional Garantizada (en adelante, ETG) como *“...un signo destinado a informar que un producto agrícola o alimenticio posee características específicas que lo distinguen claramente de otros productos agrícolas o alimenticios pertenecientes a la misma categoría, y que se halla inscrito en el Registro Comunitario de ETG”*⁵. Es el caso del queso “mozzarella” (Italia) o el “jamón serrano” (España). La referida doctrina explica que el “...elemento o el conjunto de elementos de distintividad del producto, pueden estar referidos a sus características intrínsecas (como pueden ser las características físicas, químicas, microbiológicas u organolépticas), o al método de producción o elaboración del mismo, o a las condiciones específicas que deben prevalecer durante su producción.”⁶

De conformidad con lo establecido en el artículo 18 del Reglamento (UE) N° 1151/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 21 de noviembre de 2012 sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios⁷, las ETG son los nombres que describen un producto o alimento (específico) que: (i) sea el resultado de un método de producción, transformación o composición que correspondan a la práctica “tradicional” aplicable a ese producto o alimento; o, (ii) esté producido con materias primas o ingredientes que sean los utilizados “tradicionalmente”. Asimismo, para que se admita el registro de estos nombres como ETG, estos deberán: (i) haberse utilizado “tradicionalmente” para referirse al producto específico; o, (ii) identificar el carácter “tradicional” o específico del producto⁸, con el

⁵ Manuel Botana Agra, Denominaciones Genéricas/Específicas y Especialidades Tradicionales Garantizadas (ETG) de productos, en AA.VV (Carlos Fernández-Nóvoa, José Manuel Otero Lastres y Manuel Botana Agra), Manual de la Propiedad Industrial, segunda edición, editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 923.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea N° L 343/13 del 14 de diciembre de 2012.

⁸ El artículo 58 del Reglamento (UE) N° 1151/2012 derogó el Reglamento (CE) N° 509/2006 del Consejo de fecha 20 de marzo de 2006 sobre las especialidades tradicionales garantizadas de los productos agrícolas y alimenticios, publicado en el Diario Oficial de

objeto de proteger los métodos de producción y las recetas tradicionales⁹. Se entiende por “tradicional” el uso que demuestre se haya hecho en el mercado local durante un periodo de 30 años que permita su transmisión entre distintas generaciones¹⁰.

En la Unión Europea, desde el 21 de noviembre de 1997 hasta el 1 de agosto de 2019 se han registrado 62 ETG, tales como la “leche certificada de granja” (España), los “panellets” (España), las “tortas de aceite de Castilleja de la Cuesta” (España), la “pizza napolitana” (Italia), entre otros.¹¹

En Ecuador, el artículo 447 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante, **COESCCI**)¹², de fecha 1 de diciembre de 2016¹³, define a la ETG como la identificación del tipo de producto agrícola o alimenticio que cuenta con características específicas debido a que ha sido producido a partir de materias primas o ingredientes tradicionales, o, cuenta con una composición, elaboración o producción o transformación tradicional o artesanal que corresponda a la identidad cultural práctica tradicional aplicable a ese producto o alimento. La protección otorga el derecho a incorporar en el etiquetado o en cualquier otro tipo de publicidad que promocione al producto, la indicación “ETG” (usando el nombre completo o solo sus siglas).

En el Perú, de conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 3 del Decreto Legislativo N° 1397 - Decreto Legislativo que modifica el Decreto Legislativo N° 1075 (que a su vez aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina), de fecha 5 de septiembre de 2018¹⁴, las ETG constituyen elementos de la propiedad industrial¹⁵ que buscan proteger las recetas

la Unión Europea N° L 93/1 del 31 de marzo de 2006, el cual en el literal c) del numeral 1 del artículo 2 definía a la ETG como: “producto agrícola o alimenticio tradicional que se beneficia del reconocimiento por la Comunidad de sus características específicas mediante su registro de acuerdo con el presente Reglamento”.

⁹ Artículo 17 del Reglamento (UE) N° 1151/2012.

¹⁰ Numeral 3 del artículo 3 del Reglamento (UE) N° 1151/2012.

¹¹ Información obtenida del registro de la Comisión Europea, disponible en: <https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/food-safety-and-quality/certification/quality-labels/geographical-indications-register/#> (consultado el 15 de enero de 2020).

A través del referido link también se puede acceder al extracto del registro de la ETG, así como al registro completo (publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea).

¹² También conocido como “Código de Ingenios”.

¹³ Publicado en el Registro Oficial del Órgano del Gobierno del Ecuador N° 899 (Suplemento) de fecha 9 de diciembre de 2016.

¹⁴ Publicado en el Diario Oficial El Peruano de fecha 7 de setiembre de 2018.

¹⁵ En la Unión Europea las ETG no otorgan un derecho de propiedad intelectual sino el derecho a incorporar en el etiquetado del producto la indicación de “ETG”, tal y como lo aclara el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de España en su página web en la sección “preguntas y respuestas frecuentes”.

Disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/alimentacion/temas/calidad-agroalimentaria/faqagroalim_tcm30-426478.pdf, p. 3 (consultado el 15 de enero de 2020).

En esa línea, la doctrina española antes citada precisa que:

“...cabe preguntarse si el derecho de ETG constituye un derecho de propiedad industrial propiamente dicho. Pues bien, aunque en aquel derecho concurren algunas de las notas distintivas de los derechos de propiedad industrial (marcas, indicaciones geográficas), parece que de momento el derecho de ETG no alcanza el rango de derecho de PI; a lo sumo cabría calificarlo como un derecho de PI in fieri. En particular, en el estado actual de las cosas no es factible encajar la figura de la ETG en el concepto de Indicación Geográfica (con la que presenta mayores afinidades) acogida en el Acuerdo ADPIC. En efecto, a diferencia de ésta (que comprende las Denominaciones o Indicaciones Geográficas que identifican un producto que posee cualidades, reputación u otras características imputables fundamentalmente al origen geográfico del mismo), la ETG identifica productos dotados de características singulares, debidas a su composición intrínseca, a los métodos de producción o elaboración o a las condiciones específicas que deben prevalecer durante la producción.” (Manuel Botana Agra, Op. Cit., p. 930).

tradicionales, los métodos de producción o transformación que correspondan a la práctica tradicional aplicable a un producto o alimento, contribuyendo a dar valor agregado a los productos tradicionales en su comercialización, producción o transformación, y a informar a los consumidores de sus atributos.

Mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual N° 003-2020-INDECOPI/COD de fecha 10 de enero de 2020¹⁶ se dispuso la publicación del Documento de Trabajo Institucional N° 002-2020 denominado “Propuestas del INDECOPI para la reglamentación del Régimen de Protección de las Especialidades Tradicionales Garantizadas y del Régimen de las Indicaciones Geográficas”¹⁷ (en adelante, **Propuesta de reglamentación de ETG**). El numeral 2.9 del artículo 2 de la referida propuesta señala que la ETG es el nombre que indica un producto agrícola o alimenticio destinado al consumo humano que posee características específicas que lo distinguen claramente de otros productos agrícolas o alimenticios pertenecientes a la misma categoría, debido a que han sido producidos a partir de materias primas o ingredientes tradicionales, o, que es resultado de una composición, elaboración, producción o transformación tradicional.

Adicionalmente, el artículo 6 de la mencionada propuesta señala que se pueden registrar como ETG los nombres que describan un producto agrícola o alimenticio específico que: (i) sea el resultado de un método de elaboración, producción, transformación o composición que corresponda a la práctica “tradicional” aplicable a ese producto; o, (ii) esté producido con materias primas o ingredientes que sean los utilizados “tradicionalmente”. Asimismo, para que se admita el registro de estos nombres como ETG, estos deberán: (i) haberse utilizado “tradicionalmente” para referirse al producto específico; o, (ii) identificar el carácter “tradicional” o específico del producto. El numeral 2.6 del artículo 2 de la referida propuesta define como “tradicional” al uso que demuestre una elaboración en el mercado durante un periodo de 20 años que permita su transmisión entre distintas generaciones.

3. LA REGULACIÓN DE LAS ETG EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ANDINA

3.1 El avance ecuatoriano

En Ecuador, las ETG se encuentran reguladas en el Capítulo XIII (“De las Especialidades Tradicionales Garantizadas”) del Título III (“De la Propiedad Industrial”) del Libro III (“De la gestión de los conocimientos”) del COESCCI, específicamente de los artículos 447 al 454, los cuales han establecido la definición

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial El Peruano de fecha 13 de enero de 2020.

¹⁷ Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/4335515/RES003.pdf/8824dd27-bf0c-d884-00af-5509f2332d51> (consultado el 15 de enero de 2020).

de ETG (mencionada en la sección precedente), las características de una ETG, los signos que no podrán ser declarados como ETG, quiénes pueden solicitar el registro de una ETG, el pliego de condiciones que debe contener la solicitud de registro de una ETG, el contenido del pliego de condiciones, el procedimiento para el trámite de la solicitud y el reclamo por el mal uso de la ETG.

Respecto de las características de una ETG cabe mencionar que el uso de las materias primas, composición, elaboración o procesos de producción tradicionales no están ligados a una zona geográfica delimitada¹⁸, lo que significa que el elemento característico y al mismo tiempo diferenciador es lo "tradicional" y no lo "geográfico". De otro lado, la norma es clara en disponer que no podrán ser declaradas como ETG: (i) aquellas que no se ajusten a la definición del artículo 447 del COESCCI; y, (ii) aquellas que, en relación con productos agrícolas, hubiesen sido previamente registradas como variedad vegetal¹⁹.

La solicitud de una ETG se hará a petición de una agrupación de productores o fabricantes que directamente se dedique a la composición, producción o elaboración del producto que se pretenda proteger como ETG²⁰. Respecto del pliego de condiciones, la normativa ecuatoriana establece que todo producto agrícola o alimenticio que pretenda su registro como ETG debe ceñirse al pliego de condiciones de la agrupación de productores o fabricantes solicitante, el cual deberá ser presentado conjuntamente con los demás requisitos que establezca el reglamento correspondiente^{21,22}. El artículo 452 del COESCCI establece los elementos que como mínimo deberá contener el pliego de condiciones de la ETG.

El procedimiento para el trámite de la solicitud de una ETG será el mismo que el de las indicaciones geográficas, con las salvedades que establezca el reglamento respectivo^{23, 24}. El artículo 454 del COESCCI menciona que cualquier persona interesada podrá interponer un reclamo de alerta ante la respectiva agrupación de productos y fabricantes de la ETG por el mal uso de esta, la cual, de ser el caso, deberá tomar las medidas necesarias para garantizar la ETG.

Para finalizar con lo referido a la regulación de las ETG en Ecuador, corresponde mencionar que, si bien el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) ha recibido 11 solicitudes de registro de ETG²⁵, estas se encuentran en proceso de registro, lo que significa que a la fecha de elaboración del presente artículo no se han

¹⁸ Artículo 448 del COESCCI.

¹⁹ Artículo 449 del COESCCI.

²⁰ Artículo 450 del COESCCI.

²¹ Hasta la fecha el referido reglamento no ha sido aprobado.

²² Artículo 451 del COESCCI.

²³ Hasta la fecha el referido reglamento no ha sido aprobado.

²⁴ Artículo 452 del COESCCI.

²⁵ Estas son "tamal lojano", "mote pata", "ceviche de canchalagua", "sango de verde", "encanutado de bocachico", "cascaritas", "cocada negra", "encebollado", "chugchucara", "fanescas" y "bizcochos de Cayambe", de conformidad con lo informado por José Andrés Francisco Tinajero Mullo, Director Nacional de Propiedad Industrial del SENADI mediante correo electrónico de fecha 29 de enero de 2020.

registrado ETG en Ecuador²⁶. También a la fecha se viene discutiendo el contenido de las disposiciones reglamentarias correspondientes.

3.2 El planteamiento peruano

En Perú las ETG se incorporaron como un elemento de la propiedad industrial a través del Decreto Legislativo N° 1397²⁷. En la Propuesta de reglamentación de ETG se plantea el siguiente esquema:

- I. El Estado peruano será el Titular de las ETG (artículo 3). En la descripción de la propuesta normativa se señala que ello *"...obedece al intenso componente colectivo de historia y tradición que se presenta en este tipo de elemento de la propiedad industrial, el cual se entrelaza en el complejo tejido de nuestra peruanidad"*²⁸.
- II. La Dirección de Signos Distintivos del INDECOPI será la encargada del registro de las ETG y de la fiscalización del correcto uso de estas en el mercado (artículo 4).
- III. Los criterios para el registro de una ETG (artículo 6).
- IV. La información detallada que deberá contener el pliego de condiciones (artículo 7).
- V. Las solicitudes de registro de ETG podrán ser presentadas de oficio o por las personas que se dediquen directamente a la producción, elaboración o transformación de los productos agrícolas o alimenticios que posean las condiciones exigidas para una ETG (artículo 8). En la descripción de esta propuesta de disposición se explica que ella *"...es necesaria, para que, por una parte, el INDECOPI –en representación del Estado– proteja los resultados de las prácticas tradicionales, contribuyendo a agregar valor a los productos resultantes de los saberes ancestrales, y de otro parte, a las personas que se dediquen directamente a la producción, elaboración o transformación de los productos en materia, puedan concurrir al mercado con una herramienta de competitividad de bajo costo, diferente a la gastronomía de innovación (cuyos costos puede ser elevados), que ofrece como ventaja comparativa, una oferta basada en las tradiciones de los pueblos."*²⁹
- VI. Los requisitos de la solicitud de registro (artículo 9), el examen de forma y publicación (artículo 10), las oposiciones (artículo 11), la decisión respecto del registro (artículo 12) y la publicación de las ETG registradas (artículo 13).
- VII. El artículo 14 propone que se podrá emplear en el etiquetado junto con el nombre de la ETG la mención "Especialidad Tradicional Garantizada" o "ETG", precisándose que el registro de un nombre como ETG no impedirá que cualquier persona pueda utilizar dicho nombre para referirse al producto tradicional agrícola o alimenticio que identifica. En la descripción de la

²⁶ De conformidad con lo informado por José Andrés Francisco Tinajero Mullo, Director Nacional de Propiedad Industrial del SENADI, mediante correo electrónico de fecha 29 de enero de 2020.

²⁷ Ver nota a pie de página 15 del presente Artículo.

²⁸ Página 4 de la Propuesta de reglamentación de las ETG.

²⁹ Página 5 de la Propuesta de reglamentación de las ETG.

propuesta normativa se explica que el registro de una ETG no concede un uso exclusivo y excluyente sobre el nombre de los productos, ni impide la elaboración de los referidos productos bajo una receta o metodología diferente.³⁰

- VIII. El procedimiento de infracción a los derechos de propiedad industrial por el uso indebido de una ETG (artículo 15).

Dado que aún no se ha aprobado la normativa reglamentaria correspondiente, hasta la fecha no se han registrado ETG en Perú.

3.3 El caso de Colombia y Bolivia

En Colombia las ETG no se encuentran reguladas. No obstante, resulta importante mencionar que el “Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022” del gobierno colombiano establece que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Ministerio de Cultura, conjuntamente con la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y Artesanías de Colombia, en el marco de la Comisión Intersectorial de Propiedad Intelectual, trabajarán en la reglamentación e implementación de la categoría de propiedad intelectual para las ETG.³¹

Adicionalmente, y de modo informativo, en el Senado de la República de Colombia se encuentra en trámite un Proyecto de Ley “[p]or medio de la cual se crea el sello de gastronomía local y se dictan otras disposiciones” presentado el 24 de julio de 2019³², el cual señala que:

“Este proyecto de ley busca proteger y salvaguardar la gastronomía y los establecimientos que ofrezcan al público los platos con tradición gastronómica local; por medio de un sello que garantice, demuestre e identifique el origen y la tradición de los alimentos. Específicamente, incentivar al pequeño productor, proteger los productos de la zona geográfica; impulsar los saberes y tradiciones de cada producto; promover los productos locales y mejorar el entorno medioambiental de la gastronomía, incitando al visitante a consumir los productos locales. El Sello será entregado al plato de comida que cumpla con los requisitos establecidos en la presente ley y al establecimiento local que lo produce.”

El artículo 3 del referido proyecto propone crear el “sello de gastronomía local”. En el referido sello se indicaría el origen y la tradición de los alimentos que lo posean y de los establecimientos que lo producen. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

³⁰ Página 6 de la Propuesta de reglamentación de las ETG.

³¹ Ver Objetivo 7 (“Promover la propiedad intelectual como soporte a la inspiración creativa”) del literal B (“Colombia naranja: desarrollo del emprendimiento de base artística, creativa y tecnológica para la creación de nuevas industrias”) del Pacto X (“Pacto por la protección y promoción de nuestra cultura y desarrollo de la Economía Naranja”) del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, p. 840. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/PND-Pacto-por-Colombia-pacto-por-la-equidad-2018-2022.pdf> (consultado el 15 de enero de 2020).

³² Ver: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2019-2020/articulo/31-por-medio-de-la-cual-se-crea-el-sello-de-gastronomia-local-y-se-dictan-otras-disposiciones> (consultado el 15 de enero de 2020).

y el Ministerio de Cultura serían los encargados de autorizar la entrega de este sello a los establecimientos que lo soliciten y que cumplan con lo establecido en esta ley. Si bien el proyecto de ley colombiano no busca regular la figura de las ETG, sino la del “sello de gastronomía local”, esta figura tiene el mismo propósito de proteger la tradición gastronómica y fomentar el turismo.

En Bolivia no existe regulación sobre las ETG.

4. LAS ETG COMO ELEMENTO PROMOTOR DEL TURISMO GASTRONÓMICO

La figura de la ETG tiene por objeto proteger las recetas y los métodos tradicionales de producción de productos específicos (agrícolas o alimenticios) producidos a partir de materias primas (o ingredientes tradicionales) o que cuentan con una composición (o elaboración o producción o transformación) tradicional.

El Decreto Legislativo N° 1397 peruano establece que una ETG busca proteger las recetas tradicionales y los métodos de producción o transformación que correspondan a la práctica tradicional aplicable a un producto o alimento, a efectos de dar valor agregado a los productos tradicionales (en su comercialización, producción o transformación) y a informar a los consumidores respecto de sus atributos.

En su Propuesta de reglamentación de ETG, el INDECOPI señala que el propósito de la regulación de las ETG es *“...proteger precisamente el elemento de tradición de los productos y recetas, consolidándolos como bienes con valor agregado de propiedad intelectual, y al mismo tiempo, reivindicar a nivel internacional la peruanidad de su origen.”*³³

¿La razón? El poderoso goodwill (buena reputación) que la cocina peruana ha logrado a nivel internacional, lo que se traduce en un activo intangible que requiere ser protegido y que a través de su protección permitirá, por un lado, reivindicar la peruanidad de su origen, y, por otro, proteger y preservar las recetas y metodologías tradicionales que lo caracterizan, impulsando, al mismo tiempo, el desarrollo económico de los artesanos, agricultores, industria gastronómica y las industrias afines.³⁴

En los 26th World Travel Awards 2019 Perú fue elegido como “World’s Leading Culinary Destination 2019” (“El mejor destino culinario del mundo”), premio que viene ganando 7 años consecutivos (2013-2019)³⁵.

Esta buena reputación (goodwill) ganada a nivel mundial incrementa el turismo receptivo culinario. En el 2017, la Comisión de Promoción del Perú para la

³³ Primer párrafo de la página 14 de la Propuesta de reglamentación de ETG.

³⁴ Último párrafo de la página 12 y primer párrafo de la página 13 de la Propuesta de reglamentación de ETG.

³⁵ Información disponible en: <https://www.worldtravelawards.com/award-worlds-leading-culinary-destination-2019> (consultado el 15 de enero de 2020).

Exportación y el Turismo (PromPerú) presentó un estudio sobre turismo gastronómico, en el cual resaltó que: (i) el 59% de los turistas considera que la gastronomía es uno de los principales motivos para visitar el Perú; y, (ii) el 82% de los turistas identifica al Perú como destino gastronómico.³⁶

En la inauguración de las recientes XXI Jornadas de Trabajo y Consejo de Administración de la Asociación Interamericana de Propiedad Intelectual (Asipi), realizadas del 27 al 30 de octubre de 2019 en la ciudad de Lima, Gastón Acurio (el chef más famoso del Perú³⁷) explicó que:³⁸

“...hace 15 años (...) lo que intentamos transmitir era acerca de la oportunidad que tenía el Perú a través de su cocina para muchas cosas importantes (...) y cómo teníamos una oportunidad en la cocina para romper con (...) ese problema emocional que teníamos de no creer que nuestros países en América Latina podían ser exportadores de cultura, de valor agregado y de marcas internacionales que se vuelvan tendencias de consumo globales y con eso contribuir al desarrollo y al bienestar dentro de nuestros pueblos.

(...) Pasaron 15 años y estamos aquí hoy en día (en el año 2019) con la sensación, de alguna manera, del deber cumplido. Hoy día el Perú goza de una imagen distinta en el mundo. Hoy día pasamos de 500 restaurantes peruanos en el mundo a 5000. Hoy día Lima se ha convertido en un destino turístico gracias a su gastronomía que recibe a cientos de miles de personas de todo el mundo que vienen a Lima solamente para quedarse en Lima a disfrutar de su gastronomía, con todo lo que eso implica en otras actividades económicas alrededor. Y hoy día claramente en las encuestas, que lo dicen cada año, la cocina es sin duda ese espacio integrador de unión, de fe y de orgullo de los peruanos en su identidad y en su capacidad para conquistar el mundo con aquello que llevamos dentro.

(...)”

INDECOPI reconoce que, al proteger bajo la figura de las ETG nuestras recetas tradicionales y los métodos de producción, se impulsa un mayor desarrollo de nuestra gastronomía y del turismo receptivo culinario, lo que pone en una mejor posición a nuestros productores y empresarios (del sector gastronomía y turismo).³⁹

Como se ha explicado líneas arriba, de conformidad con el planteamiento peruano el registro de una ETG sobre un producto alimenticio no concede un uso exclusivo y excluyente sobre el nombre de dicho producto, así como tampoco impide su elaboración bajo una receta diferente. Así, por ejemplo, si se registrara como ETG el plato “Carapulcra”, ello no debe entenderse en el sentido de que el sector gastronómico estaría prohibido de usar el nombre citado, o que estaría prohibido

³⁶ Información disponible en: https://www.promperu.gob.pe/Repos/pdf_novedades/282017175428_649.pdf (visitado el 15 de enero de 2020).

³⁷ Para conocer más sobre el chef peruano Gastón Acurio se sugiere revisar “Ingredientes para emprender: la historia del chef más famoso de Perú” del Banco Interamericano de Desarrollo - BID, disponible en: <https://www.iadb.org/es/mejorandovidas/ingredientes-para-emprender-la-historia-del-chef-mas-famoso-de-peru> (consultado el 15 de enero de 2020).

³⁸ La conferencia magistral de Gastón Acurio (completa) se encuentra disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=hP2K_iLqoAY (visitado el 15 de enero de 2020)

³⁹ Octavo párrafo de la página 3 de la Propuesta de reglamentación de ETG.

preparar ese delicioso plato con características distintas a la receta tradicional. Lo que se busca con las ETG es que solo aquellos que cumplan con la receta tradicional puedan hacer uso de la denominación “Especialidad Tradicional Garantizada” o de las siglas “ETG” en su oferta gastronómica, dado que estas serían para el público consumidor ávido de productos ancestrales (el caso de un turista gastronómico), una garantía de cumplimiento de reglas tradicionales o ancestrales a las que asigna un valor especial y que motivan su decisión de consumo.⁴⁰

Veamos este otro ejemplo. Asumamos hipotéticamente que se registrara como ETG el “Pepián de choclo” y bajo la siguiente receta (para efectos del ejemplo una “receta tradicional”):

“Pepián de choclo

4 porciones

*3 tazas de granos de choclo
2 cucharadas de aceite
una cucharada de ajo molido
una cucharada de crema ají panca
¼ de taza de crema de ají amarillo
2 cucharadas de puré de culantro
2 tazas de caldo de verduras
½ taza de chifles picados
3 cucharadas de hojas de culantro*

En una olla con aceite caliente rehogue los ajos, la crema de ají panca, la crema de ají amarillo y el puré de culantro. Añada el choclo previamente molido y mezcle. Vierta el caldo, poco a poco, y deje cocinar a fuego bajo durante veinte minutos. Sazone e incorpore los chifles y el culantro. Puede acompañar el pepián con pescado frito o pavita.”

⁴¹

De acuerdo a lo que se viene explicando, el registro como ETG del “Pepián de choclo” no va a impedir que los restaurantes ofrezcan este plato incluso si no siguen la receta antes mencionada. Si un restaurante respeta la referida receta, en su carta de menú podrá colocar “Pepián de choclo ETG”. Pero otro restaurante podría alejarse de dicha receta y ofrecer al público dicho plato agregando un huevo frito encima, al que le podría llamar, si quisiera, “Pepián de choclo montado”. Otro restaurante podría ofrecer el pepián de choclo acompañado con pavita y un chorizo cocido a la parrilla. Las ETG no restringen la infinita creatividad de los restaurantes y cocineros. Alguno, incluso, podría modificar la dosis de los ajíes y usar otros condimentos o hierbas (como el romero o el tomillo) para obtener una sazón más picante o perfumada, y hasta quizá obtener una mezcla más sabrosa que la receta tradicional. El registro de una ETG no va a afectar la creatividad e innovación culinaria. Pero si un turista quiere

⁴⁰ Quinto párrafo de la página 6 de la Propuesta de reglamentación de ETG.

⁴¹ Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo – PromPerú y Empresa Editora El Comercio S.A., Perú mucho gusto, primera edición, Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo – PromPerú, Lima, 2010, p. 93.

probar la hipotética “receta tradicional”, simplemente dirigirá su decisión de consumo hacia aquel restaurante cuya oferta gastronómica exhiba “Pepián de choclo ETG”.

Las ETG tienen por objeto incentivar el turismo receptivo culinario. Los turistas que se sientan atraídos por la gastronomía tradicional peruana tendrán la certeza de que degustarán platos típicos peruanos preparados bajo la “receta tradicional”. Aquellos que prefieran la cocina de autor, las nuevas fusiones, etc., pues simplemente dirigirán sus pasos hacia los restaurantes que ofrezcan algo distinto a lo tradicional.

Ecuador ha visto en las ETG una forma de proteger sus recetas y métodos tradicionales de elaboración de productos específicos que correspondan a su identidad cultural y esto, a su vez, como una oportunidad de potenciar su turismo receptivo culinario. En el 2018, el Ministerio de Turismo del Ecuador presentó el Plan Nacional Gastronómico “Ecuador a la Carta”. Este plan contiene un mapa gastronómico con los principales platos típicos de las 24 provincias del Ecuador (uno por provincia) y tiene por objeto convertir al Ecuador en una potencia gastronómica.⁴²

En Colombia, la Universidad del Externado publicó en el diario “El Tiempo” un análisis sobre los retos para desarrollar un turismo gastronómico en este país. Dicho análisis reconoce que las cocinas tradicionales no son conocidas por los turistas extranjeros y que solo el 12,5% de la oferta gastronómica en las zonas turísticas, corresponde a la cocina tradicional. Según los investigadores, esto se debería a que en las referidas zonas turísticas predominan los restaurantes de cocina foránea, lo cual, afirman, es casi un contrasentido, puesto que la tendencia actual es que los turistas buscan y prefieren la gastronomía local para su degustación y experiencia.⁴³

Los países andinos están ante una oportunidad única de desarrollarse económica y socialmente a través de su gastronomía tradicional. Como ya se mencionó, Ecuador y Perú ya incorporaron en sus respectivas legislaciones la protección de las ETG; en ambos casos solo está pendiente la reglamentación correspondiente. Colombia ha incorporado en su “Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022” la disposición de reglamentar e implementar la categoría de propiedad intelectual para las ETG. Y Bolivia cuenta con numerosos platos tradicionales los cuales querrá proteger, y para ello podrá utilizar la figura de las ETG.

⁴² Información obtenida de la página web institucional del Ministerio de Turismo del Ecuador, disponible en: <https://www.turismo.gob.ec/ecuador-cuenta-con-un-plan-nacional-gastronomico-para-promover-el-turismo-en-el-pais/> (consultado el 15 de enero de 2020).

⁴³ Narcís Bassols y Manuel Leguizamon, Los retos para desarrollar un turismo gastronómico en Colombia, en El Tiempo, Bogotá, 22 de junio de 2018. En: <https://www.eltiempo.com/cultura/gastronomia/los-retos-para-desarrollar-un-turismo-gastronomico-en-colombia-analisis-234408> (visitado el 15 de enero de 2020).

5. CONCLUSIONES

Las Especialidades Tradicionales Garantizadas (ETG) buscan proteger el uso correcto de las recetas y los métodos tradicionales de elaboración de productos específicos (agrícolas o alimenticios) producidos a partir de materias primas (o ingredientes tradicionales) o que cuentan con una composición (elaboración, producción o transformación) tradicional.

Existen decenas de platos típicos o tradicionales en la gastronomía boliviana, colombiana, ecuatoriana y peruana que son fruto de la creatividad de nuestros tatarabuelos y bisabuelos y durante generaciones han ido consolidándose y difundiéndose entre la colectividad, ganando reputación y, claro está, incorporándose en los menús de los restaurantes locales. Es natural comer en un restaurante lo que nuestra abuela o madre solía cocinarnos. Esos platos tradicionales son una oportunidad de negocio a partir del hecho de que los turistas extranjeros se sienten atraídos por los potajes y sazones andinas, ricos en ajíes, especias, hierbas y combinaciones exóticas.

La gastronomía andina tiene el potencial de generar mayores ingresos a través del turismo culinario receptivo, una modalidad interesante de industria creativa. Y las ETG constituyen una vía adecuada para proteger el uso de las recetas tradicionales. Solo si usas la receta tradicional “registrada” puedes agregarle al nombre del plato el adjetivo “ETG”. Así, el turista interesado en probar lo auténtico —lo tradicional— tendrá una manera fácil de identificar su objetivo. Claro está, como se ha explicado, el registro de una ETG no va a impedir que los restaurantes ofrezcan alternativas, modificaciones, fusiones. Pueden apartarse de las recetas tradicionales y usar el nombre del plato (por ejemplo, “cuy chactado”), pero no podrán usar el término ETG. De modo que el registro de una ETG para nada va a impedir la creatividad e innovación de la gastronomía moderna. El turista será quien decide. Quiere probar lo tradicional, lo auténtico, pues escogerá una comida ETG. Si quiere probar algo distinto, como la cocina de autor, como las nuevas fusiones, pues encontrará en el mercado una alternativa, un producto distinto. La creatividad culinaria es infinita, pues infinita es la combinación de ingredientes (más o menos sal, más o menos pimienta, más o menos ají), infinitos los modos de preparación (en lugar de estrujar, licuar; en lugar de asar, hornear; en lugar de leche de vaca, leche de almendras). Todo chef puede crear los platos que desee, modificar los ya existentes, alterar los insumos, y lograr nuevos y hasta mejores sabores.

El recuerdo con el que empieza este artículo plantea un problema distinto al turismo gastronómico receptivo. ¿Qué sucede si en el país A se está dañando la reputación del plato tradicional X proveniente del país B? De ahí la importancia de que la figura de las ETG sea recogida a nivel mundial. La autoridad competente del país B registraría como ETG el plato tradicional X ante la autoridad competente del país A, para que luego esta, con el apoyo de la autoridad anterior, garantice en el país A el uso correcto de la receta tradicional del plato X. Así las cosas, y siguiendo con el

mencionado recuerdo, asumamos que en el futuro se encuentra registrado como ETG el “cebiche peruano” ante la autoridad de propiedad industrial de Colombia. Si el coautor de este artículo regresara al restaurante que visitó hace unos años y observara en la carta del menú el término “cebiche”, pues tendrá que atenerse al sabor que encuentre; pero si la carta dice “cebiche peruano ETG”, entonces podrá exigir que el sabor de dicho plato corresponda de alguna manera al del resultado de la receta tradicional conforme al pliego de condiciones registrado ante la referida autoridad de propiedad industrial.

Quizá es momento de que el Comité Andino Ad Hoc de Propiedad Intelectual (CAAPI)⁴⁴, encargado de la revisión de la normativa en materia de propiedad intelectual⁴⁵, considere pertinente proponer la incorporación de la figura de las ETG en el ordenamiento jurídico comunitario andino.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo – PromPerú y Empresa Editora El Comercio S.A., Perú mucho gusto, primera edición, Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo – PromPerú, Lima, 2010.
- Manuel Botana Agra, Denominaciones Genéricas/Específicas y Especialidades Tradicionales Garantizadas (ETG) de productos, en AA.VV (Carlos Fernández-Nóvoa, José Manuel Otero Lastres y Manuel Botana Agra), Manual de la Propiedad Industrial, segunda edición, editorial Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Narcís Bassols y Manuel Leguizamon, Los retos para desarrollar un turismo gastronómico en Colombia, en El Tiempo, Bogotá, 22 de junio de 2018.

⁴⁴ Creado mediante Decisión 797 – Comités y Grupos Ad Hoc de la Comunidad Andina en el marco de la reingeniería del Sistema Andino de Integración, de fecha 14 de octubre de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2400 del 15 de octubre de 2014.

⁴⁵ Conforme se indica en el Documento Informativo N° SG/di 1053 denominado “Informe de Labores Enero - Diciembre 2017. Informe Anual de la Secretaría General de la Comunidad Andina” de fecha 10 de julio de 2018, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/DInformativos/SGdi1053.pdf> (consultado el 15 de enero de 2020).

1.2

Expresiones del folclor, propiedad intelectual e industrias culturales y creativas en el Ecuador

Autor. Avelina Ponce



EXPRESIONES DEL FOLCLOR, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAS CULTURALES Y CREATIVAS EN EL ECUADOR

Avelina Ponce⁴⁶

Fecha de elaboración: 31 de Enero de 2020.

Palabras Clave

Conocimiento Tradicional, Expresiones Culturales y del Folclor, Propiedad Intelectual, Derecho de Autor, Industria Cultural y Creativa.

Resumen:

Las expresiones culturales y del folclor no son ajenas a las industrias culturales y creativas, son parte activa de éstas, y representan un medio de difusión y conservación de la identidad de los países y comunidades indígenas, así como un medio de producción y desarrollo. Si bien las industrias culturales y creativas han sido beneficiosas para la difusión y producción del folclor, también representan un riesgo para su conservación, integridad y apropiación indebida. En vista de lo antes anotado, se han adoptado distintos medios de protección, entre los que se encuentra la propiedad intelectual e industrial, a través del derecho de autor, los signos distintivos, los regímenes de observancia o sistemas sui generis adaptados a las particularidades del folclor.

Abstract:

Cultural and folklore expressions are not alien to cultural and creative industries, are an active part of them, and represent a means of dissemination and preservation of the identity of indigenous countries and communities, as well as a means of production and development. While the cultural and creative industries have been beneficial for the dissemination and production of folklore, they also represent a risk

⁴⁶ Abogada por la Universidad de las Américas, Quito 2006; Máster en Propiedad Intelectual OMPI-Universidad de las Américas, Quito 2012; Máster en Dirección de Negocios Internacionales, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2016; Candidata PhD en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca. Abogada asociada del Departamento de Propiedad Intelectual de Bustamante & Bustamante Patentes & Marcas; Secretaria Arbitral Cámara de Comercio de Quito.

for their conservation, integrity and misappropriation. Thus, different means of protection have been adopted, including Intellectual and Industrial Property, such as copyright, trademarks, infringement regimes or sui generis systems adapted to the peculiarities of folklore.

1. INTRODUCCIÓN:

Desde la década de los años 90, la protección del Conocimiento Tradicional, y, dentro de este, el folclor de las comunidades indígenas, tomó importancia en el área de la propiedad intelectual e industrial. La globalización y el valor económico que ha adquirido los distintos componentes del Conocimiento Tradicional, así como la difusión de éstos a través de la tecnología, el turismo y los medios de comunicación, generan la inminente necesidad de protegerlos en beneficio de las comunidades y de la conservación de su integridad. El folclor se ha convertido también en una herramienta de trabajo y producción, en un atractivo turístico y en un componente de desarrollo de las comunidades, pasando a formar parte de la industria cultural y creativa.

Estas características particulares del folclor, entendido como un componente del Conocimiento Tradicional, de las prácticas y costumbres únicas de las comunidades ancestrales, así como su contenido histórico y patrimonial, no pueden ser tratados como un elemento más de la industria. El valor intelectual, sentimental, histórico y patrimonial que el folclor representa para las comunidades y países, ha llevado a los foros internacionales y a los Estados a buscar herramientas que protejan su conservación e integridad, pero que estas no impidan con la función de difusión y generadora de desarrollo y producción, garantizando, a la vez, un beneficio a las comunidades generadoras del folclor.

Uno de los medios efectivos de protección del folclor es la propiedad intelectual, ya sea desde los distintos derechos de exclusiva, como las marcas y el derecho de autor, o a través de la creación de un sistema *sui generis*. Al respecto, existen varias opiniones en defensa de las distintas formas de protección, así como propuestas de una fusión de la propiedad intelectual y el sistema *sui generis*. El Ecuador, con la aprobación del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos Creatividad e Innovación (en adelante COESCCI), en el año 2016, adoptó un sistema *sui generis* de protección, que incorpora a las expresiones culturales y del folclor. Este sistema contempla la protección de la integridad del folclor como Conocimiento Tradicional y considera a las comunidades como legítimas poseedoras y administradoras de éste.

El sistema propuesto por el COESCCI es indispensable y cubre, en gran parte, las necesidades de las comunidades y del Estado, especialmente en la protección de la biodiversidad, el conocimiento ancestral y el acceso a los recursos genéticos. Sin embargo, al considerar las expresiones culturales y del folclor, como obras artísticas

de distintos tipos, protegidas por derechos de autor, el COESCCI puede presentar algunos vacíos.

Este trabajo analizará, partiendo del concepto de Conocimiento Tradicional y, como parte de éste, las expresiones culturales y del folclor, la justificación de su protección jurídica, el sistema sui generis adoptado por el Ecuador y su incidencia en las industrias culturales y creativas.

2. PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES DEL FOLCLOR A TRAVÉS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

2.1. Definición de expresiones culturales y del folclor y justificación de su protección jurídica.

No existe, dentro del derecho de propiedad intelectual e industrial, una definición única sobre qué se debe considerar como expresión cultural o del folclor, pues éstos han sido incluidos dentro de lo que se conoce como Conocimientos Tradicionales, los cuales abarcan distintos elementos, como los saberes ancestrales, prácticas ancestrales, patrimonio indígena, uso de recursos genéticos, patrimonio artístico y artesanal, entre otros (Acea Valdés, 2016). La inclusión del folclor dentro del Conocimiento Tradicional, fue sugerida por la *Mesa Redonda sobre Propiedad Intelectual y Conocimiento Tradicional* de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI), por considerar que el término folclor no representaba el espíritu de la protección a las comunidades indígenas y, por el contrario, constituía un arcaísmo con connotaciones negativas (OMPI/IPTK/RT/99/3, 1999)⁴⁷. Sin embargo, años más tarde el término folclor, en una concepción más amplia, fue aceptado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, al considerar que si representa la creación asociada con la tradición de una comunidad (OMPI/IPTK/RT/99/3, 1999).

Se puede decir, entonces, que las expresiones culturales y del folclor, son un elemento del Conocimiento Tradicional, siendo éste el concepto genérico y más amplio. Se considera Conocimiento Tradicional, a aquellas prácticas, saberes, innovaciones y expresiones de los pueblos indígenas, intangibles, que tienen estrecha relación con su entorno, es decir, territorio, naturaleza, historia, etc., que forman parte de su patrimonio intelectual, y que han sido mantenidas a través del tiempo por distintas generaciones (Suárez Castro et al, 2006). La definición y delimitación de los conocimientos tradicionales, también dependerá del objeto de la protección, como, por ejemplo, entre otros: a) la preservación de la tradición y la cultura; b) prevención del uso indebido de saberes ancestrales, recursos genéticos y

⁴⁷ Desde mediados del decenio de 1980, cuando la OMPI y la UNESCO convocaron un Grupo de Expertos sobre la protección de las expresiones del folclore mediante la propiedad intelectual, ha habido un debate muy vivo respecto de la terminología que debe utilizarse para describir las creaciones de una comunidad cultural. Durante la reunión de 1985 del Grupo de Expertos, los representantes de los países de habla hispana adoptaron la postura de que el uso de la palabra "folclore" era un arcaísmo con connotaciones negativas que se asociaba a las creaciones de civilizaciones inferiores o desaparecidas.

patrimonio intangible; y, c) promoción de la explotación, difusión y desarrollo del Conocimiento Tradicional (Albites, 2002). Por lo tanto, debido a su variada composición, los Conocimientos Tradicionales pueden ser vinculados a distintas formas de protección a través de los sistemas de Propiedad Intelectual e Industrial, existen incluso sistemas sui generis aplicados exclusivamente a éstos por su complejidad (De la Cruz et al, 2005).

La doctrina considera que la protección de las expresiones culturales y del folclor, a través de la Propiedad Intelectual, nace de tres premisas: a) la necesidad de conservar las prácticas y patrimonio ancestral ante la globalización e inclusión de éstas en el mercado; b) garantizar a las comunidades propietarias de éstas la posibilidad de explotarlas y obtener beneficios; y, c) protegerlas de la injerencia de culturas distintas que puedan destruirlas (Llodrá Grimalt, 2006). Por su parte, la Mesa Redonda de Propiedad Intelectual y Conocimiento Tradicional, ha identificado cuatro puntos de preocupación respecto a la desprotección del conocimiento tradicional: *“La primera es una preocupación por la autenticación del folclore ante la amenaza económica, psicológica y cultural de fuentes ajenas. La segunda es la expropiación, no solamente de los objetos físicos, sino también de los registros documentales y fotográficos de las sociedades tradicionales. En tercer lugar, la cuestión de la compensación por daño cultural y apropiación. La cuarta es la cuestión de la educación o salud cultural.”* (OMPI/IPTK/RT/99/3, 1999).

Podemos concluir que la necesidad de protección del Conocimiento Tradicional se genera por la identificación de un valor económico de éste, que despierta el interés del mercado, no solamente de agentes externos, sino de las propias comunidades que buscan beneficios de su explotación. El valor económico del Conocimiento Tradicional, y su inserción en el mercado y la globalización, lo hacen también susceptible de injerencia externa, así la protección es necesaria para mantener intacto su contenido.

2.2. Protección de las expresiones culturales y del folclor en el Ecuador.

El régimen jurídico aplicable en el Ecuador para la protección de los Conocimientos Tradicionales, relacionados con las obras artísticas (expresiones culturales y del folclore), está contenido en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena de la Comunidad Andina de Naciones, la Constitución Política, el COESCCI, y en tratados internacionales vigentes.

La Decisión 486, norma que establece el régimen común sobre Propiedad Industrial para los Países Miembros, no establece un régimen de protección específico para los conocimientos tradicionales, sin embargo, en su artículo 3⁴⁸ establece la

⁴⁸ Artículo 3.- Los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional.

obligación de los Países Miembros de proteger el Conocimiento Tradicional en el marco de la concesión de derechos de Propiedad Industrial, e incluye varias normas tendientes a su protección. La Decisión 351 sobre el Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, área objeto de este trabajo, no incluye normas sobre protección a expresiones culturales y del folclor.

La Constitución Política, en cumplimiento de los distintos tratados internacionales suscritos por el Ecuador, y a fin de proteger los derechos de los pueblos indígenas, en el artículo 57, numerales 12 y 13, reconoce y garantiza la protección de los conocimientos colectivos y el patrimonio cultural comunitario; los artículos 322 y 402, por su parte, reconocen la Propiedad Intelectual, pero prohíben la apropiación del Conocimiento Tradicional, y el otorgamiento de derechos sobre éstos. Más adelante, los artículos 385 al 388, que establecen el Sistema de Ciencia y Tecnología, incorporan los siguientes principios para el desarrollo de éste, en referencia al Conocimiento Tradicional: a) recuperación, fortalecimiento y potencialización de los saberes ancestrales; b) incorporación de instituciones relacionadas a los saberes ancestrales; y, c) libertad de creación e innovación respetando el Conocimiento Tradicional.

El COESCCI, en cumplimiento de la Constitución, incorpora un sistema sui generis de protección al Conocimiento Tradicional, incluyendo en éste a las expresiones culturales y del folclor. El artículo 511, define al Conocimiento Tradicional como:

“Son todos aquellos conocimientos colectivos, tales como prácticas, métodos, experiencias, capacidades, signos y símbolos propios de pueblos, nacionalidades y comunidades que forman parte de su acervo cultural y han sido desarrollados, actualizados y transmitidos de generación en generación. Son conocimientos tradicionales, entre otros, los saberes ancestrales y locales, el componente intangible asociado a los recursos genéticos y las expresiones culturales tradicionales.

Estos conocimientos tradicionales pueden referirse a aspectos ecológicos, climáticos, agrícolas, medicinales, artísticos, artesanales, pesqueros, de caza, entre otros, mismos que han sido desarrollados a partir de la estrecha relación de los seres humanos con el territorio y la naturaleza”

En concordancia con la norma citada, el artículo 521, en los literales f) y g), específicamente define como materia protegible lo siguiente:

“Se reconocen como patrimonio colectivo de las nacionalidades y pueblos indígenas, pueblo montubio, afro-ecuatoriano, comunidades campesinas y comunas, entre otros, los siguientes conocimientos tradicionales:

f) Formas tangibles de las expresiones culturales tradicionales como: indumentaria, obras de arte, dibujos, diseños, pintura, escultura, alfarería, ebanistería, joyería, cestería,

Los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos.

tejidos y tapices, artesanía, obras arquitectónicas tradicionales, instrumentos musicales y de labranza, caza y pesca ancestral; y,

g) Formas intangibles de las expresiones culturales tradicionales como: mitos o leyendas, símbolos, danzas, juegos tradicionales, cantos e interpretaciones fonográficas tradicionales, nombres indígenas y ceremonias rituales, independientemente de que estén o no fijadas en un soporte de cualquier tipo”

Por lo tanto, las expresiones artísticas culturales y del folclor, que usualmente estarían protegidas a través del Derecho de Autor, pasaron a formar parte del sistema sui generis establecido en el COESCCI. De la lectura de los artículos referentes al tema (511-536), se puede decir que el sistema sui generis de protección al Conocimiento Tradicional se rige por las siguientes directrices, que lo diferencian de los sistemas tradicionales de protección de la Propiedad Intelectual:

- El Conocimiento Tradicional no tiene un autor y/o titular identificado, sino que es propiedad de una comunidad que perdura a través del tiempo. La Ley los identifica como legítimos poseedores, no como titulares.
- Es inembargable, imprescriptible e intransferible.
- No es necesario su registro, la protección se rige por las costumbres y prácticas de sus legítimos poseedores.
- Los legítimos poseedores pueden realizar un depósito voluntario.
- Son derechos colectivos y no individuales. Cabe mencionar que sí constituyen derechos de exclusiva, es decir que prohíben el uso indebido por parte de un tercero, y la defensa de éstos se rige por las normas sobre observancia aplicables a otros derechos de exclusiva obtenidos a través del sistema de Propiedad Intelectual.
- Las personas jurídicas no pueden ser poseedoras del Conocimiento Tradicional.
- El Estado puede subrogar a los legítimos poseedores en sus derechos, sin embargo, no puede ser titular de éstos.
- Pueden ser compartidos entre distintas comunidades.
- Pueden ser transfronterizos.
- El acceso al uso del Conocimiento Tradicional se da a través del consentimiento previo informado, el cual se regirá por la costumbre, normas y prácticas de las comunidades.
- La resolución de controversias solo puede ser conocida por la jurisdicción ecuatoriana y por la vía más favorable a los legítimos poseedores.

En los foros internacionales, especialmente dentro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se han propuesto distintas formas de protección al Conocimiento Tradicional, entre las que se encuentra el sistema sui generis. Este sistema ha sido considerado como el más efectivo para adecuar la protección del Conocimiento Tradicional a las costumbres y prácticas de las comunidades, así como para abarcar su amplia composición (De la Cruz et al, 2005). Sin embargo,

también se ha considerado que el sistema sui generis puede presentar vacíos y falencias al momento de enfrentarse al mundo globalizado, y que lo adecuado sería contar tanto con un sistema sui generis, como con protección a través de los sistemas de Propiedad Intelectual (Suárez Castro et al, 2006)

Respecto a la protección de las expresiones culturales y del folclor, entendiendo éstas como obras artísticas musicales, audiovisuales, artes plásticas etc., que tienen un valor económico, que están inmersas en la industria creativa y cultural y son difundidas a nivel mundial, la sola protección a través de un sistema sui generis podría ser insuficiente. Sobre esto, se debe tomar en cuenta que, si bien como lo señala la doctrina, el Conocimiento Tradicional desde la perspectiva de las comunidades indígenas no tiene per se un valor económico, sino cultural e histórico y lo que se busca es su conservación (Huenchuan Navarro, 2004), las obras artísticas de las comunidades indígenas cada vez toman mayor presencia en el comercio, en el turismo y en la difusión de la cultura, beneficiando económicamente a estas comunidades. Del análisis del sistema propuesto en el COESCCI, podríamos identificar los siguientes vacíos:

- La normativa no menciona si la protección del Conocimiento Tradicional es acumulable y compatible con los derechos de Propiedad Intelectual a Industrial. Por ejemplo, con el sistema de patentes o el derecho de autor. Al ser voluntaria y las propias comunidades ser administradoras, se entendería que éstas podrían también acceder a otros sistemas de protección.
- El sistema propuesto por el COESCCI, no contempla todos los escenarios posibles:
 - En la práctica, y en forma específica en el caso de las obras artísticas, estas pueden ser desarrolladas a partir del Conocimiento Tradicional individualmente por miembros de la comunidad, y llevar la impronta propia del artista. Dichas obras podrían ser objeto de protección a través del Derecho de Autor y difundidas por su creador, tal es el caso de artesanos que venden sus productos a través de distintos medios u obras musicales creadas por uno o varios artistas, obras literarias, entre otras.
 - Se da el caso, también, de industrias ajenas a las comunidades, pero que trabajan junto a estas, que han desarrollado y difundido el folclor, a través de la artesanía, la música y la moda y que, por su forma de trabajo prefieren acceder a otras formas de protección de sus obras, por ejemplo, Olga Fisch.
- La participación del folclor en la industria cultural, como se analizará más adelante, y la importancia dentro de la economía, no lo hace ajeno a la dinámica de producción de la empresa privada, por lo que la exclusión de la persona jurídica, de la cual las comunidades también podrían participar, y en el citado caso de Olga Fisch lo hacen, como titular y gestora de derechos, podría ser un error.

El sistema sui generis establecido en el COESCCI es indispensable para la correcta protección del Conocimiento Tradicional, sin embargo, aún existen vacíos y conflictos que podrían generarse entre éste y los sistemas de Propiedad Intelectual

e Industrial, las distintas formas de uso y explotación de estos, especialmente respecto de obras artísticas creadas en forma individual y no colectiva, las cuales tiene estrecha relación con la industria cultural y creativa, como se analizará a continuación.

3. EXPRESIONES CULTURALES Y DEL FOLCLOR EN LAS INDUSTRIAS CULTURAL Y CREATIVA.

Las primeras nociones de Industria Cultural datan de mediados de los años cuarenta, en ese entonces la ya creciente globalización empezó a abrir grandes oportunidades de intercambio de bienes y servicios, acceso a la educación, información y a la cultura, pero a la vez concientizó a los países en la necesidad de conservar su identidad cultural. Nació así la "Industria Cultural", como un fenómeno de transformación en la forma de transmitir la cultura, al crecer la industria de la radio, televisión y cine (Vargas et al, 2014). Más tarde, la "Industria Cultural" fue definida por la UNESCO como *"aquellas que producen productos creativos y artísticos tangibles o intangibles, y que tienen el potencial para crear riqueza y generar ingresos a través de la explotación de los activos culturales y de producción de bienes y servicios basados en el conocimiento"* (UNESCO, 2007). Posteriormente se introduce el término industria creativa, enfatizando más el factor económico de la cultura, y el aporte que ésta puede hacer a la innovación, el marketing y el diseño. Así, la industria cultural y creativa cumple no solo el objetivo de enfocar a la cultura como un medio de producción, sino también como una herramienta de promoción de la educación, el arte, la integración y la diversidad cultural (Castro, 2018). La unión de estos dos factores es más visible en la definición de industria cultural de la Comisión Europea: *"Las que producen y distribuyen bienes o servicios que, en el momento en el que se están creando, se considera que tienen un atributo, uso o fin específico que incorpora o transmite expresiones culturales, con independencia del valor comercial que puedan tener."* (Comisión Europea, 2010). Se puede decir, entonces, que la industria cultural y creativa es una herramienta para, a partir de la cultura, generar producción, empleo y desarrollo y también difundir y preservar el arte tradicional.

Las expresiones culturales y del folclor en áreas como la música, la artesanía y la moda, no son ajenas a la industria cultural y creativa. La globalización, las nuevas tecnologías, el fácil acceso a la información y al comercio, la migración, el incremento del turismo, entre otros factores, han llevado a las expresiones culturales y del folclor a convertirse en medios de trabajo y producción, otorgándoles un mercado y valor económico propios. Las distintas obras creadas por el folclor son un importante factor en la economía moderna, sobretodo de países multiculturales como el Ecuador, como generadoras de empleo, sistemas productivos dentro de las familias, y atractivas para el turismo (Vargas, 2014).

Si bien la concepción de las expresiones dentro de las comunidades indígenas no tiene un valor económico y comercial, sino de tradición e historia, éstas han

encontrado también en la industria cultural del folclor, oportunidades de trabajo, producción y desarrollo. Adicionalmente, la industria cultural en el folclor también es considerada como una herramienta de difusión y conservación de éste (Vargas et al, 2014). Así, el folclor, especialmente en la producción musical, moda y artesanía, se ha ido insertando en la industria cultural y creativa, inclusive desde antes de que surja la preocupación sobre la protección a través de sistemas sui generis o de Propiedad Intelectual. Un estudio realizado por la UNESCO en el año 2004 señala que, por ejemplo, en Italia, para el año 2001 el 24% de sus empresas pertenecían al sector de la artesanía, y su exportación alcanzó el 17% del PIB; en Colombia el mercado de artesanías generó 400 millones de dólares, de los cuáles 40 millones fueron generados por exportaciones. Por lo tanto, es acertado hablar de una industria del folclor dentro de la Industria Cultural y Creativa.

En Latinoamérica existen varios casos de cómo el folclor es parte de la industria cultural y creativa, que van desde la venta de artesanías en mercados pequeños locales e internacionales, grupos musicales, hasta industrias más grandes y formales como el caso Olga Fisch en Ecuador, o del Vallenato en Colombia. Uno de los principales riesgos de la Industria Cultural y Creativa en el folclor, ha sido la necesidad de adaptación a las formas de producción y demanda del mercado. Un ejemplo claro es la música, la cual debe adaptarse a formatos de producción fonográfica y también a las tendencias mundiales, tendiendo así que acoplarse la temática de la letra, los ritmos, entre otros (Guardia Crespo, 2014). En el caso de la música, es necesario tomar en cuenta también la inminente necesidad de participación de productoras fonográficas para la producción, existiendo así varias relaciones contractuales que no siempre se acoplaran al sistema sui generis de protección. En este sentido, artistas como Carlos Vives, reconocido por llevar el Vallenato alrededor del mundo, señala que el folclor alimenta la Industria Cultural, y, por lo tanto, no puede estar fuera de ésta, pero la industria debe siempre respetar la esencia del folclor (Pupo La Faurie, 2013).

Las expresiones culturales y del folclor no son ajenas a la industria cultural y creativa, ni a la dinámica en la cual ésta se desenvuelve. Entonces, el folclor como medio de producción, respetando el contenido histórico y de identidad, no puede separarse del mercado y de la empresa privada. Estos aspectos deben ser considerados al momento de adoptar modelos sui generis de protección. El folclor, como se ha analizado aporta grandes beneficios económicos a los países y particularmente a las comunidades ancestrales, pero es también el medio de conservación de la cultura e identidad nacional, y, por lo tanto, se debe respetar su integridad.

4. CONCLUSIONES.

- Las expresiones culturales y del folclor, como parte del Conocimiento Tradicional, forman parte importante de la identidad cultural nacional, y en particular de las comunidades ancestrales, pero tienen también un valor

económico que aporta al desarrollo de los países, especialmente multiculturales como el Ecuador.

- El folclor no es ajeno a la globalización, el acceso a éste es cada vez más sencillo por medio de la tecnología, el turismo, e inclusive por medio de la migración de integrantes de las comunidades ancestrales, que han encontrado como medio de subsistencia en el extranjero la comercialización de artesanías, la producción musical, entre otros.
- En la actualidad, las expresiones culturales y del folclor, por su valor económico y mercado propio, no pueden separarse de la industria cultural y creativa.
- La necesidad de protección de las expresiones culturales y del folclor es urgente, pues al ser parte de la industria cultural y creativa, se debe preservar su integridad y debida explotación, especialmente como medio de difusión de la cultura y la historia.
- No existe aún una forma única de protección; tanto el sistema de propiedad intelectual, como el sistema sui generis, aisladamente presentan varios vacíos y debilidades, siendo talvez la mejor opción una coexistencia o fusión de ambos.
- El sistema sui generis adoptado por el COESCCI cumple con su función de garantizar la conservación de la identidad cultural, el debido uso y difusión y la prioritaria participación de las comunidades ancestrales como legítimas poseedoras.
- Sin embargo, el COESCCI no toma en cuenta que el folclor, a través de distintos medios, y por parte de las propias comunidades ancestrales, ha pasado a formar parte de la industria, abriéndose mercados propios y debiendo necesariamente acoplarse a las formas de producción.
- El COESCCI es una norma nueva que puede mejorarse, y que, a futuro, deberá dentro de la protección a las expresiones culturales y del folclor, tomar en cuenta aspectos como que la empresa (persona jurídica), no puede ser ajena a éste, o que el sistema sui generis puede ser compatible y acumulable con otras formas de protección de la Propiedad Intelectual como el derecho de autor, que fortalece su explotación.

5. BIBLIOGRAFÍA:

- Anáili Suárez Castro, Yarely Centeno Miranda, Daniel Noa Sánchez y Eugenio Izquierdo Rodríguez. (enero 2006). Apuntes sobre la protección de los conocimientos tradicionales. El Profesional de la Información, 15, 44-49.
- Francesca Llodrà-Grimalt. (2006). LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES. Recuperado el 2 de enero de 2020, de Academia Sitio web: www.academia.edu.
- Jorge Albites B.. (2002). LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LOS FOROS INTERNACIONALES. Recuperado el 16 de enero de 2020, de Servicio Nacional de Derechos Intelectuales Sitio web: www.derechosintelectuales.gob.ec

- José G. Vargas Hernández, Miguel Briones Blanco, Luis Carlos Rivera Rosas. (10 de octubre de 2014). Estrategias de la industria cultural mexicana para el desarrollo regional del norte de Jalisco. El caso de la artesanía Huichol. *Huellas*, 18, 105-117.
- Marcelo Guardia Crespo. (2014). La Industria Cultural y el Folklore. *La Patria*, 1-2.
- Rodrigo de la Cruz, Gabriel Muyuy Jacanamejoy, Alfredo Viteri Gualinga, Germán Flores, Jaime González Humpire, José Gregorio Mirabal Díaz, Robert Guimaraez. (2005). Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena. Caracas, Venezuela: Norma Color.
- Sandra Huenchuan Navarro. (2004). Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas: Objetos y Enfoques de Protección. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 8, 81-96.
- Sandra Marcela Pupo Lafaurie. (2013). Vallenato, ¿industria o folclor?. *El Espectador*, 1-2.
- Sebastian Donoso Bustamante. (2009). PROPIEDAD INTELECTUAL: Recursos genéticos, conocimiento tradicional y folclor. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.
- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). Statistics on cultural industries: Framework for the elaboration of national data capacity building projects. Bangkok, UNESCO, 2007
- Yeny Acea Valdés. (septiembre 2016). El sistema de propiedad intelectual y la protección de los conocimientos tradicionales. *Apuntes necesarios. Alegatos*, 94, 537-556.

Art.

1.3

Del shot de tequila al #ecuashot

Autor. Nicolás R. Muñoz



DEL SHOT DE TEQUILA AL #Ecuashot

Nicolás R. Muñoz⁴⁹

Fecha de elaboración: 31 de Enero de 2020.

Palabras clave:

Aguardiente, tequila, indicaciones geográficas, denominaciones de origen, indicaciones de procedencia, ventas, #Ecuashot, #EchuaHat, #HatFriday, Ecuador.

Resumen:

Cuando uno llega a una fiesta y alguien ofrece una ronda de ese licor protegido bajo la denominación de origen tequila, todos celebran la oferta con algarabía. Si en esa misma fiesta se ofrece una ronda de aguardiente hecho en Ecuador, no había el mismo entusiasmo, hasta ahora. El Ecuador debe empezar a vender mejor su cultura al mundo y la propiedad intelectual es una herramienta apropiada para fortalecer esas ventas por los siglos de los siglos, amén.

1. INTRODUCCIÓN:

Cuando uno viaja a México la experiencia es una belleza; comer un taco al pastor en una esquina de San Miguel de Allende cuesta 7 pesos (algo así como 30 centavos); cantar "El Aventurero", con mariachis en vivo en Xochimilco, a todo pulmón, es algo que todos debemos hacer antes morir; y conocer que la vestimenta de Frida Kahlo se inspiró en la población Oaxaca, que vivía bajo un matriarcado, es un gran aprendizaje. México genera emociones que hacen que la gente recomiende y quiera volver a visitar el país, pero todo eso tiene un ingrediente especial: una bebida

⁴⁹ Abogado empresarial miembro del Estudio Jurídico Sur Legal en Cuenca - Ecuador, apasionado por el LegalTech. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Propiedad Intelectual ASIPI. Master en Derecho Penal por la Universidad de Cuenca. Vicepresidente regional de la Asociación de Jóvenes Empresarios del Ecuador. Ex Presidente de la Federación de Estudiantes de la Universidad del Azuay. Conferencista en varias charlas sobre emprendimiento, negocios, propiedad intelectual, y patriotismo en espacios como: COPARMEX, Aso. De Jóvenes Empresarios de Paraguay, IMPAQTO Ecuador, EDEC EP, Universidades y Colegios.

protegida bajo la denominación de origen *tequila*, que se ofrece uno al inicio, otro al medio y otro al final, y así como que la cuestión se pone más amena.

Y es que con un par de shots de tequila, la experiencia se vuelve inmejorable. El presente artículo no tiene simples fines turísticos o comerciales, tiene una firme intención de despertar en el lector la importancia de vender bien la cultura ecuatoriana al mundo, mediante la generación de experiencias enfocadas en un propósito, teniendo a la propiedad intelectual como un importante aliado en el proceso.

Ahora echemos un ojo a lo que pasa en el Ecuador: en dónde uno disfruta un *chumal* el domingo con la familia, pero se avergüenza de pedirlo cuando está con los amigos en el “country club”; cuando suena la canción “Rondando Tu Esquina” del artista ecuatoriano Julio Jaramillo, algunos ponen mala cara y piden cambiar a Julio Iglesias; y, pocos saben sobre la herencia de la población matriarcal Cañari en la vestimenta de la chola cuencana. Con esto no quiero condenar al Ecuador; es verdad que estoy siendo un poco fatalista y hay ecuatorianos, en los que me incluyo, muy orgullosos de nuestras raíces, pero quiero que el lector note que si el producto interno bruto y el número de turistas que ingresan año a año al país, son cifras que se mantienen siempre bajas, hay algo que no estamos haciendo bien y eso empieza desde qué tan orgullosos estamos de nuestra cultura.

El Ecuador ha tenido un problema adicional; somos el único país del mundo en el que los noticieros deben empezar con un periodista en Quito y otro en Guayaquil, por el marcado regionalismo, hecho que se entiende estudiando nuestra historia. México conmemora en el año una sola fecha de independencia, el 16 de septiembre, mientras que en Ecuador conmemoramos cuatro fechas de las que, lastimosamente, muchos saben únicamente que tenemos vacación. Empezamos con el 10 de agosto que conmemora el primer grito de independencia, pero no de Ecuador, pues en 1809, cuando ocurre este hecho, no existía ni siquiera el país (se crea recién en mayo de 1830), es una fecha en la que se da el primer revuelo libertario en América; una fecha que debe ser conmemorada por todo el continente.

Continuamos con el 9 de octubre, fecha de la independencia de Guayaquil, en donde se declara Estado independiente, con José Joaquín de Olmedo a la cabeza, pero que, posteriormente, tuvo, en 1822, a Bolívar y San Martín obligando a Guayaquil a formar parte de la Gran Colombia.

Conmemoramos, además, el 3 de noviembre, fecha en la que Tomás Ordoñez, en Cuenca, lidera la revuelta libertaria y declara a esta ciudad también como Estado independiente, novedad que duró mes y medio hasta el 20 de diciembre de 1820, cuando los españoles retoman el poder en la Batalla de Verdeloma.

Finalmente, celebramos el 24 de mayo, fecha en la que el Mariscal Sucre lidera la victoria en la Batalla de Pichincha, sellando definitivamente la independencia en el año de 1822.

Si analizamos estas fechas históricas, sumadas al acento distinto que tienen los habitantes de cada una de las ciudades donde se llevaron a cabo los hechos narrados en los párrafos anteriores, considerando, además, que la gastronomía de cada una de esas ciudades es distinta, que las marcas de aguardiente que se consumen en cada uno de estos rincones varía también, se hace más fácil entender por qué la guayaquileña Teresa Arboleda tiene que empezar los noticieros de Ecuavisa con el quiteño Alfonso Espinosa de los Monteros.

Esta introducción pretende fijar el problema en dos puntos importantes que deben ir necesariamente de la mano con la propiedad intelectual: 1) la necesidad de elevar el patriotismo en el Ecuador; y, 2) convertir a la diversidad de nuestro pequeño país en una gran fortaleza. Los abogados en su mayoría no son buenos administradores, no saben mucho de marketing digital y tampoco vender al mundo; ese es trabajo de los empresarios. Pero lo que si saben los abogados es asesorar de manera adecuada para proteger los activos de los empresarios; es allí en donde el trabajo tiene que ir de la mano.

2. ANÁLISIS:

Cuando en la revolución industrial la tecnología se tomó el agro, los campesinos que sacaban sus productos a las ciudades sin una marca, trataban de ganar mercado refiriéndose al lugar donde fueron cosechados esos productos, siendo esto el primer referente a las denominaciones de origen que conocemos en propiedad industrial hoy en día. Estas referencias fueron posteriormente evolucionando en un doble significado: *"[...]en ocasiones, los mismos simplemente informaban sobre el lugar o territorio de origen del producto [...], mientras que en otros casos no sólo informaba de ese origen sino también de que el correspondiente producto poseía propiedades o características singulares, respecto de otros productos de su misma naturaleza, debidas en mayor o menor medida a factores naturales y/o humanos propios del lugar de origen del producto"*⁵⁰, refiriéndose, las primeras, a las indicaciones de procedencia y, las segundas, a las denominaciones de origen.

En el campo normativo, la primera referencia a indicaciones de origen la encontramos en el Convenio de París de 1883, en donde podemos notar la importancia que le dieron los diplomáticos de esa época a esta figura de propiedad intelectual, posiblemente avizorando el mundo globalizado que tendríamos un siglo después. En Ecuador, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante COESCCI) vigente desde diciembre de 2016, hace puntual diferenciación entre denominaciones de origen e indicaciones geográficas, de la siguiente manera:

⁵⁰ Fernández, Otero y Botana 2009, Manual de la Propiedad Industrial, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, pág 794.

DENOMINACIÓN DE ORIGEN

Art. 428.- Definición.- Se entenderá por denominación de origen la indicación geográfica constituida por la denominación de un país, de una región o de un lugar determinado, o constituida por una denominación que sin ser la de un país, una región o un lugar determinado se refiere a una zona geográfica determinada, utilizada para designar un producto originario de ellos, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto sea imputable exclusiva o esencialmente al medio geográfico en el cual se produce, extrae o elabora, incluidos los factores naturales y humanos.

En el caso de las denominaciones de origen homónimas, la protección se concederá a cada uno. En el Reglamento se establecerá las condiciones para diferenciar entre sí las indicaciones o denominaciones homónimas de que se trate, tomando en cuenta la necesidad de asegurarse de que los productos interesados reciban un trato equitativo y los consumidores no sean inducidos a error.

INDICACIONES DE PROCEDENCIA

Art. 455.- Definición.- Se entenderá por indicación de procedencia un nombre, expresión, imagen o signo que designe o evoque un país, región, localidad o lugar determinado.

Así, las denominaciones de origen y las indicaciones de procedencia resultan ser un apoyo comercial para sostener el posicionamiento de un producto en el mercado, las cuales tienen regulación tanto nacional como internacional. ¿Ecuador ha tratado de aprovechar algo de esto para beneficiar a sus productos en el exterior? El consumidor promedio ecuatoriano poco conoce sobre este tema, sin embargo, en Ecuador hemos generado 5 denominaciones de origen protegidas, siendo estas las siguientes:

- 1) *Cacao Arriba*
- 2) *Sombrero de Montecristi*
- 3) *Café de Galápagos*
- 4) *Maní de Transkutukú*
- 5) *Pitahaya Amazónica de Palora*

Al momento hay otros dos productos encaminados a obtener la denominación de origen en el país, estos son, el Café de Loja y el Queso Amasado del Carchi.

Pasando a hacer un análisis social y económico del tema, pregunto al lector ¿cuántos productos que usted consume, los compra con el certificado de denominación de origen ecuatoriano? Es aquí en donde vuelve el problema de la diversidad y falta de patriotismo.

Para abordar estos problemas, analicemos primero el mercado del mal llamado *Panama Hat*. Según mis investigaciones, este sombrero adquiere el mal concebido nombre debido a que, en la inauguración del Canal de Panamá, el representante del gobierno ecuatoriano le regaló al presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt el

sombrero de paja toquilla sin hacer ninguna referencia a su procedencia. El presidente Roosevelt al llegar a su país exclama “*Look at my panama hat*” y el término empieza a regarse por el mundo, ya que el sombrero se ve espectacular, es tejido a mano y, además, su tejido tiene la maravillosa bondad de protegernos del sol y mantenernos frescos; es casi como tener un aire acondicionado en la cabeza. Este elegante accesorio de vestir, hecho a mano en Ecuador, ha sido utilizado por personajes históricos como Napoleón Bonaparte y Winston Churchill, siendo actualmente el accesorio más destacado en las tribunas del prestigioso certamen deportivo Roland Garros, abierto tenístico inaugurado en 1891 en Francia, que reparte más de € 21 millones en premios.

Lo más destacado del sombrero de paja toquilla es la habilidad requerida por las artesanas para su tejido, oficio que dominan pocas personas en el mundo. Esta habilidad de tejido inició en la región de Montecristi, en la provincia de Manabí, siendo llevada al austro del país a inicios del siglo XX, por orden del presidente Eloy Alfaro, con la finalidad de ayudar a esta región a salir de una complicada crisis que enfrentaba. Es así, que varios azuayos aprendieron el oficio e impulsaron la inserción de esta prenda en mercados internacionales. Posteriormente, esta habilidad es aprendida en otras comunidades del austro. Como dato relevante adicional, debemos saber que el 5 de diciembre de 2012, la UNESCO declaró al tejido del sombrero de paja toquilla, como patrimonio de la humanidad, un justo reconocimiento a una técnica que tiene en el Ecuador a sus mejores exponentes.

¿Cuál es el actual problema? En vez de centrarnos en vender el sombrero ecuatoriano al mundo y hacer que este se entere que es hecho a mano en Ecuador y que, en lugar de “Panama Hat”, deberíamos llamarlo *#EcuHat*, la pelea se ha centrado en desprestigios mutuos entre las poblaciones tejedoras al interno del país. Adicional a esto, el Instituto Nacional de Patrimonio ha concluido que existe el riesgo de que la profesión de tejedora de sombreros de paja toquilla esté condenada a desaparecer en 20 años, por lo poco lucrativa que resulta la actividad frente a otros trabajos. Este es un ámbito en el que el comercio justo debe ser considerado transversalmente, ya que, según lo investigado, existe una especie de consenso entre las empresas comercializadoras formales de sombreros de paja toquilla de pagar US\$12 dólares brutos, por sombrero, a la artesana, sin embargo, existen personas a las que se les ha puesto el sobrenombre de “perros”, que pagan por el sombrero la mitad del precio que pagan las empresas formales. Este tipo de incidencias han llevado a que algunas “toquilleras” pidan que se fije, por ley, el precio del sombrero, lo cual creo que no constituiría mejora alguna, sino más bien un harakiri para el producto. La pregunta que cabe es ¿qué hacemos entonces para mejorar la situación de las “toquilleras” y que esta manifestación de nuestra cultura no desaparezca? En mi criterio, debemos aprender a vender mejor. Ernesto Kruger, el innovador más respetado del Ecuador, tiene una frase concluyente para los empresarios: “*vendo, luego existo*”, siendo el marketing la vía por la que deben empezar a andar todos los involucrados en el proceso productivo, para así elevar la demanda del producto en el mercado.

Una iniciativa que nació en torno a esto y en la que me enorgullezco de estar involucrado mediante la Asociación de Jóvenes Empresarios del Ecuador, es la campaña *#HatFriday*, la cual nace con el propósito de hacer que los ecuatorianos nos sintamos más orgullosos de nuestra cultura y, particularmente, empezamos con el sombrero de paja toquilla, buscando que lo usemos con orgullo, no solo cuando viajamos a Miami o Madrid, sino en nuestro país, y así ampliar la demanda del mercado por este elegante producto. Esta campaña ha contado con el apoyo de varias empresas comercializadoras de sombreros de paja toquilla y a través de ella; hemos manifestado la necesidad de eliminar a los empresarios suma cero, es decir, aquellos que creen que van a vender un producto más haciendo que su competencia venda uno menos.

Hoy en día, en una economía globalizada, las industrias deben manejar una estrategia colaborativa, en donde ciertos aspectos, como el marketing del producto hacia el exterior, debe estar respaldado. no solo por la protección de la marca del producto, sino por una denominación de origen de quienes lo fabriquen y cumplan ciertos parámetros de calidad, pues no estamos vendiendo solo un artículo para ponerse en la cabeza, estamos vendiendo cultura ecuatoriana.

Mirando otro mercado, especial análisis merece el cacao fino de aroma, cuya producción es apenas el 2,6% de la producción de cacao a nivel mundial, pero que concentra en Ecuador el 70% de esta especie tan afamada y valorada internacionalmente, lo que llevó, en 2008, a gestionar la denominación de origen "*Cacao Arriba*". Hoy en día, Ecuador ya no es solo un exportador de materia prima, sino que es el campeón mundial de los chocolates, habiendo arrasado en los World Chocolate Awards por medio de la empresa Pacari de propiedad de mi coterráneo Santiago Peralta. Un tema particular para analizar, es que Pacari no incluye en sus empaques la denominación de origen "*Cacao Arriba*", así como tampoco lo hacen otras importantes empresas chocolateras ecuatorianas que exportan a nivel mundial.

Volvamos un momento a México y a su bebida nacional con denominación de origen protegida, el *tequila*. Hasta 1970 el tequila era la bebida de la clase baja mexicana, algo despreciado por las élites. En esta época, empresas estadounidenses compraron algunas de las empresas tequileras, e impulsaron el sentimiento gremial en un solo espíritu de cuerpo; juntas empiezan una agresiva campaña de marketing a nivel mundial, buscando posicionar el tequila como una bebida para encender la fiesta. Esta campaña tuvo también una arista enfocada casa adentro, encaminada a crear una cultura de consumo de tequila entre los mexicanos, que comenzó refinando el proceso de destilación de esta bebida hasta llegar a productos sumamente elaborados, como el Don Julio 70 por ejemplo, que sería un pecado tomárselo con limón y sal.

En 1974, se establece en México la denominación de origen "*tequila*" y, en 1978, se solicita su protección internacional. En 1993, se crea el Consejo Regulador del Tequila de México, el cual tenía como misión proteger la denominación de origen de

otros productos que no hayan sido producidos en los estados mexicanos de: Jalisco, Guanajuato, Michoacán, Nayarit y Tamaulipas. En 1995, las exportaciones de tequila llegaron a los US\$ 64,6 millones, mientras que para el año 2009 superaban los US\$ 136 millones. Para el año 2018, las ventas de tequila al exterior llegaron a los US\$ 1.300 millones. Así, mediante la propiedad intelectual, México no solo que tiene una ventaja competitiva en el mercado, que le permite mayores ventas a nivel mundial, sino que protegió su cultura y su tradición, envasándola en una botella de cristal de 750 ml y vendiéndola a los cuatro vientos, conscientes de que *“las identidades y raíces culturales parecen adquirir una importancia creciente en todos los lugares de un mundo en proceso de globalización”*⁵¹.

Mencionamos que el propósito del tequila es encender la fiesta. Preguntémosnos ahora: ¿cuál es el propósito del aguardiente ecuatoriano? Es oportuno que el lector ensaye alguna respuesta. Previo a manifestar la mía, se debe conocer que el aguardiente es una bebida que se popularizó en el continente americano durante la época de la Colonia, debido a la siembra de la caña de azúcar, materia prima a partir de la cual nace la bebida. Al hacer un breve análisis entre los consumidores de aguardiente, sobre cuál sería su propósito, la mayoría señaló que el propósito del aguardiente ecuatoriano es uno: “borrachera”; propósito que, además, conlleva una complicada situación social en torno a niveles de alcoholismo en el país. Al tener la bebida un propósito tan básico, que compite con un universo de bebidas que ofrecen exactamente lo mismo, podemos descubrir la razón de fondo por la que una botella de aguardiente de nuestro país tiene un cero menos a la derecha en el precio de una botella de tequila especial.

Al igual que la campaña *#HatFriday*, unimos a las dos empresas más representativas de aguardiente en la provincia, que lleva por nombre los vocablos que significan *licor que cae del cielo*, nos referimos al Azuay, y les propusimos a estas empresas impulsar la campaña *#Ecuashot*, la cual tiene como propósito, hacer que los ecuatorianos seamos más orgullosos de nuestro país, prefiriendo el consumo de nuestro aguardiente como una experiencia casi patriótica, en lugar de hacerlo por una simple “borrachera”. La ejecución de la campaña ha iniciado en Cuenca, replicando lo que hicieron los mexicanos en 1970 con su bebida nacional: posicionarla en las generaciones que están en la edad “de la farra”, para que, luego, la cultura de consumo de aguardiente ecuatoriano se herede a sus hijos, nietos, etc. En relación con el propósito que ofrece el producto al mercado, no podíamos copiar el mismo que el tequila, pues entrar a competir en ello iba a resultar complicado y poco innovador, por lo que se enfocó que el propósito del aguardiente ecuatoriano sea una de las características principales de los ecuatorianos: la fidelidad. Si usted esbozó una sonrisa al leer este propósito, déjeme explicarle: las ecuatorianas y los ecuatorianos somos los seres más fieles del mundo, tal es así, que, cuando vamos a tomar una botella de aguardiente, le “sacamos el diablo a la botella”, técnica ancestral

⁵¹ Ilbert y Petit 2000, “¿Son las indicaciones geográficas un derecho válido de propiedad? Tendencias globales y desafíos” *Development Policy Review*, vol. 27, núm. 5, págs. 69-93.

que consiste en meterle un “codazo” a la base de esta. Cuando una ecuatoriana o un ecuatoriano se olvida de “sacar el diablo” a la botella, es cuando se producen las infidelidades. Existe en Ecuador un parámetro para comprobar la salida del diablo de la botella y este es el sonido que se produce al realizar la acción; toda una experiencia.

Adicionalmente, creamos un ritual en torno al consumo de esta bebida; ritual que lleva el nombre de **#EcuShot**, enfocado principalmente en aquellos aguardientes que tienen un sabor fuerte, como el **pecho amarillo**, por ejemplo. El ritual consiste en tomar una rodaja de limón, empaparla de café soluble, chuparla dejando el zumo de limón con el café en la lengua y ahí tomar el shot de aguardiente. Esta experiencia, lo que hace es amortiguar las papilas gustativas mediante el limón, evitando así, sentir el sabor fuerte del aguardiente puro, y deja un sabor y aroma a café muy agradable en la boca. Cuando creamos este rito, habiendo previamente intentado hacerlo con guineos, frutillas, cacao en polvo y otros elementos que no resultaron tan prolijos como los del experimento final, nos quedamos asombrados con la experiencia sensorial que creamos. Sin embargo, teníamos que darle un significado ecuatoriano a cada producto de este ritual, ya que era fácilmente replicable. Es así, que adaptamos las conclusiones que tuvo Alexander Von Humboldt sobre los ecuatorianos en su visita al país en el siglo XIX, que indicó, en resumen, que los ecuatorianos somos seres raros y únicos. Así cada elemento del **#EcuShot** tiene el siguiente significado:

- El café simboliza nuestra tierra, vivimos pobres en medio de grandes riquezas.
- El limón simboliza las penas, somos gente que se alegra escuchando música triste.
- El aguardiente es el fuego, vivimos tranquilos en medio de peligrosos volcanes.

Y es que, a los ecuatorianos, ni la pobreza, ni las penas, ni los peligros, nos quitan la sonrisa. ¡Salud!

3. CONCLUSIONES:

Hemos abordado este análisis desde una óptica predominantemente comercial, pues en Ecuador tenemos 5 denominaciones de origen, las cuales no son un éxito a nivel mundial y son prácticamente desconocidas en el común de los consumidores del mercado local, y es que empezamos al revés, debíamos enfocar primero una estrategia comercial de ventas entre todos los participantes del proceso productivo, para que, con eso claro, hagamos uso de las herramientas que nos da la propiedad intelectual.

A partir de esto planteo tres conclusiones:

- 1) **La diversidad es una fortaleza, no una debilidad.** Para un extranjero que esté en Cuenca paseando por un bello centro histórico, ubicado en la región andina,

tener la posibilidad de que, en 3 horas al norte pueda encontrar un lago dentro de un volcán, 3 horas al oeste encontrarse en la región costa en un polo comercial como Guayaquil, 3 horas al sur encontrar un valle de longevidad como Vilcabamba y en 3 horas al este encontrar la selva amazónica, es algo que no ofrece nadie. Esta diversidad de nuestra tierra, de nuestros acentos, de nuestras costumbres y de nuestra gastronomía, nos hace un país enormemente poderoso; solo es cuestión de darnos cuenta.

- 2) **Necesitamos empresarios de economía colaborativa.** Debemos erradicar a los empresarios que no suman; hoy en día, necesitamos fortalecer los gremios para que esa unión se traduzca en fuerza comercial del Ecuador en el mundo. Debemos empezar a trabajar conjuntamente todos los involucrados en la cadena productiva y unir empresas que han sido voraces competidores durante años, para que, juntas, puedan competir en mercados internacionales con productos de calidad orgullosamente hechos en Ecuador.
- 3) **Debemos vender marcas con propósito.** Toda empresa debe responder tres preguntas: ¿qué hace?, ¿cómo lo hace? Y la más importante ¿para qué lo hace? Esta tercera pregunta es el propósito que pocas marcas tienen. El actual mercado, invadido por millennials en edad productiva, buscamos una experiencia y el poder conectarnos con el propósito de la marca, para realizar una compra de un producto. La misión y visión de la empresa son conceptos que nunca entendí y prácticamente caducos. Hoy debemos buscar propósitos.

¿Qué tiene que hacer la propiedad intelectual en todo esto? Pues mucho, pero los abogados especializados en el área no podemos realizar mayor aporte, sino hasta que las empresas entiendan las tres conclusiones que hemos propuesto. Una vez que el Ecuador haya enfocado bien su estrategia con estos tres ejes, ya sea en aguardiente, sombreros de paja toquilla o chocolates, y tengamos una fuerza de ventas considerable, iremos de la mano con la propiedad intelectual y las denominaciones de origen, para blindarnos en el mercado y tener una ventaja competitiva fuerte; no al revés, como ha sucedido con *Cacao Arriba* o el *Maní de Transkutukú*, que no son conocidas ni siquiera en el mercado ecuatoriano.

Las denominaciones de origen y las indicaciones de procedencia son elementos importantes para impulsar y mantener un grupo de productos particulares en el mercado, sin embargo, tienen cero utilidades para que el producto ingrese a dicho mercado; esa es una labor comercial, siendo recomendable que los empresarios trabajen siempre de la mano con los abogados, para trazar estrategias exitosas en torno a un clima empresarial que les convenga.

Vale la pena señalar que son las marcas específicas de los productos, las que generan unidas un mayor valor y mejor percepción de la denominación de origen o indicación de procedencia, así pues, no hablamos del tequila como cualquier bebida, los reyes de esta contienda son marcas como *José Cuervo*, *Don Julio*, *Patrón* o *Corralejo*. El tequila ha llegado a ser un símbolo mexicano, algo que actualmente se está discutiendo en España por parte del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación,

que ha recomendado *“potenciar una marca España que aglutine a todas las DOP / IGP bajo una imagen de calidad y diferenciación de la producción agroalimentaria española, y que sirva de soporte a las estrategias y divulgaciones tanto en mercado interior como exterior”* ⁵². En este sentido, centrándonos en el aguardiente, las marcas locales *Cristal, Zhumir, Cantaclaro, Pájaro Azul, Caña Manabita, Norteño*, entre otras, son las empresas que deben innovar en sus procesos de destilación, centrarse en torno al propósito de sus productos y unirse en una campaña global para que, en eventos sociales en Moscú, Guadalajara o Santa Cruz, prefieran iniciarlos tomando siempre un *#Ecuashot*.

4. BIBLIOGRAFÍA:

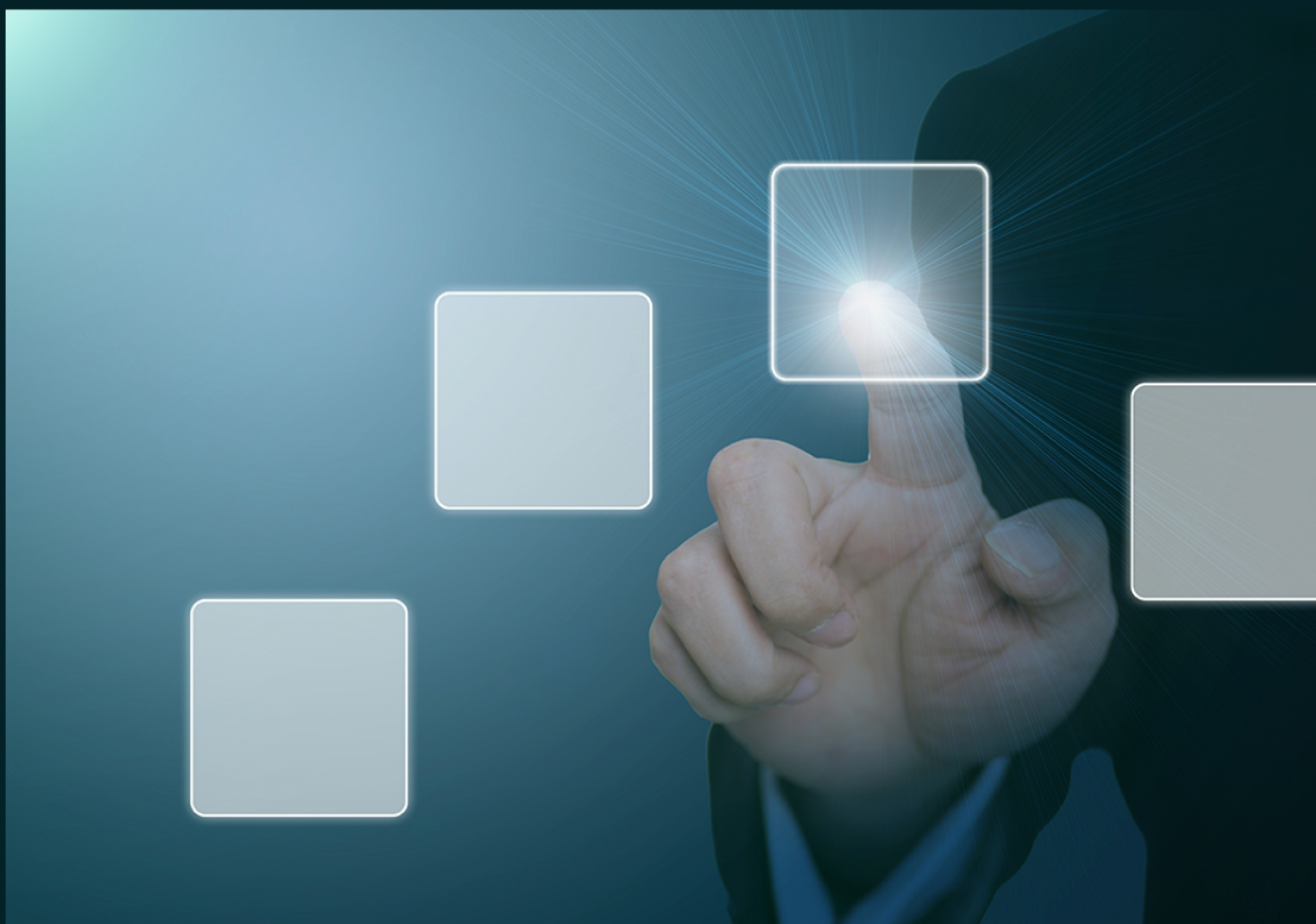
- Fernández, Otero y Botana 2009, Manual de la Propiedad Industrial, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- Ilbert y Petit 2000, “¿Son las indicaciones geográficas un derecho válido de propiedad? Tendencias globales y desafíos” Development Policy Review. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de España 2018, Caracterización del mercado de productos de calidad diferenciada protegidos por denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas.

⁵² Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de España 2018, Caracterización del mercado de productos de calidad diferenciada protegidos por denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas.

1.4

La primacía de la realidad en las Industrias culturales y creativas

Autor. José Luis Barzallo



LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LAS INDUSTRIAS CULTURALES Y CREATIVAS

Elaborado por: Dr. José Luis Barzallo⁵³

Fecha de elaboración: 23 de Julio de 2020.

Palabras clave:

Industrias; culturales; creativas; creatividad; propiedad intelectual; procesal, procedimiento; tecnología; sana crítica; resolución; protección.

Resumen:

Actualmente las industrias culturales y creativas se han desarrollado a gran escala, permitiendo a los artistas la labor creativa basada en su sensibilidad para que el acompañamiento pueda ser soportado por dispositivos y software. Esas creaciones de propiedad intelectual se ven amenazadas en primera instancia por infractores que pretenden aprovecharse de la creatividad de terceros y en segunda instancia por una mala aplicación de las normas procesales. Este artículo repasa los principios y normas procesales que permiten el uso directo de las herramientas tecnológicas usuales sin necesidad de análisis de terceros para resolver sobre la realidad.

1. INTRODUCCIÓN

La sociedad mundial está pasando por una etapa dentro de su economía con el desarrollo de la tecnología y su involucramiento con diferentes derechos como el de propiedad intelectual. Una prueba palpable de esto es el acercamiento acelerado y el paso que se dio con el aislamiento del COVID-19 en todo el mundo ya que los países y sus ciudadanos tuvieron que dar un salto tecnológico para que el gobierno, el sector

⁵³ Universidad de Salamanca. Especialización en Derecho Administrativo; Universidad de Oxford Inglaterra. Programa en derecho regulatorio y comparado de Medios de Comunicación; Universidad Complutense de Madrid, Master en Derecho Informático; Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Doctor en Jurisprudencia, Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas; Universidad Andina Simón Bolívar, Curso de especialización en Derecho Tributario; Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Derecho Informático y Telecomunicaciones; Profesor de Derecho Administrativo, Derecho Informático y Telecomunicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Autor del libro "La Propiedad Intelectual en Internet", Socio de la firma Barzallo Abogados

privado, social y personal puedan funcionar a través de herramientas como la videoconferencia o los documentos electrónicos.

Las industrias culturales y creativas han experimentado un gran momento con el uso de la tecnología, abarcando espacios que antes no se pensaban posibles o cercanos. El desarrollo tecnológico facilita y ayuda a la creatividad especialmente en el mejoramiento de la calidad, precisión y colaboración de las creaciones, impulsando la creatividad y ampliando la cultura a todos los rincones del planeta.

Hace pocos años atrás, era impensable que dos o más artistas puedan estar en lugares distintos y aparecer en escenas juntos, o que la composición se acompañe con pistas musicales creadas en vivo, o que la investigación cultural pueda profundizar hasta las raíces mismas de su origen.

Hoy en día la creatividad se apoya en el uso de la tecnología y la cultura puede llegar más lejos gracias a la tecnología, por mencionar dos aspectos que resultan importantes en la música, audiovisual, literatura, diseño, entre otras creaciones.

Así como el uso de la tecnología ha facilitado la creación y colaboración, también puede ser un conductor para el cometimiento de infracciones, pruebas alteradas, evasión, elusión, fraude legal y sanción.

La facilidad para crear se ve opacada cuando, al analizar procesalmente las pruebas, no se consideran elementos reales que se desprenden del uso de la tecnología, como por ejemplo una grabación, filmación o impresión de hechos que se pueden verificar a simple vista sin necesidad de acudir a peritajes que hace muchos años eran necesarios por el estado de la técnica.

Es necesario considerar los tiempos modernos y el uso de la tecnología tanto para crear, como para analizar pruebas que se ponen frente a nuestros ojos y casi pueden palpase con el simple uso de herramientas cotidianas que no requieren mayor conocimiento técnico porque se desprenden de nuestra vivencia y uso diario.

La falta de ese análisis moderno, bajo la sana crítica al momento de resolver conflictos legales derivados de la violación de derechos de propiedad intelectual en las industrias creativas y culturales ha motivado el desarrollo de este artículo, con el objetivo de orientar a quienes, como autoridad, tienen la enorme responsabilidad de avanzar en el tiempo y con el tiempo para proteger la creatividad y la cultura en el mundo digital.

Por lo comentado se van a marcar las pautas procesales aplicables para el análisis y resolución de casos vinculados con la industria de la creatividad y la cultura en el mundo tecnológico actual.

2. DESARROLLO

2.1. Marco de referencia del ámbito de la propiedad intelectual

“Para tener un marco de referencia sobre que debe incluirse en los derechos de propiedad intelectual, puede tomarse aquello que se considera en la denominación de *propiedad intelectual*, como derechos relativos a : a) obras literarias, artísticas y científicas; b) las interpretaciones de los artistas intérpretes y las ejecuciones de los artistas ejecutantes, los fonogramas y las emisiones de radiodifusión; c) las invenciones en todos los campos de la actividad humana; d) los descubrimientos científicos; e) los dibujos y modelos industriales; f) las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; g) la protección contra la competencia desleal; y h) todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico” (Delia Lipszyc, 1993, P. 13)

Tal enumeración es de contenido netamente enunciativo, por cuanto, así como existen ciertos bienes inmateriales excluidos de la protección, también es cierto que cada día surgen nuevas modalidades creativas tanto en el ámbito industrial, como en el mundo literario, tecnológico y de las artes que pueden ser incluidos al ámbito de derechos tutelados, así como formas dentro de las cuales, puede cambiar la denominación del derecho o su presentación, pero no la esencia misma. Esto podría ocurrir por ejemplo con el derecho de comunicación pública y el derecho de puesta a disposición que está contemplado en los Tratados de la OMPI sobre internet (Tratado de la OMPI sobre Internet, 25.nov.2002, R.O. Registro Oficial 711)

2.2. Determinación del derecho fundamental que justifica este análisis: el derecho de propiedad intelectual.

Una vez establecido el marco de referencia sobre lo que debe enmarcarse en el ámbito de la propiedad intelectual, debe mencionarse otro aspecto de la misma; sobre lo que fija como fundamento esencial en el establecimiento de un incentivo económico y moral para el creador (inventor, autor, artista), y es aquí donde surge la preocupación sobre la problemática que genera desconocer el derecho sobre un bien que es producto del ingenio y esfuerzo de un individuo en particular.

Por tal motivo el ordenamiento jurídico y sus operadores realmente deben interesarse en garantizar el derecho de propiedad intelectual y protegerlo de situaciones en las que una persona, de forma indebida, pretende aprovecharse del esfuerzo ajeno. La importancia de asegurar tales derechos ha cobrado especial vigencia en los últimos tiempos al observarse que los desarrollos tecnológicos producto del ingenio humano, que se traducen en bienes inmateriales, se han posicionado como una de las principales fuerzas de crecimiento, tanto social, como económico. En efecto, la generación de servicios y bienes incorporales en los últimos

años, está sustituyendo la base de la producción material de bienes que tradicionalmente formaban la estructura de la economía basada en la industria.

Conscientes de ello, los países y los operadores del derecho muestran cada día mayor interés en apoyar, tanto a quienes se dedican de forma empresarial o individual a la creación, producción y desarrollo de nuevas formas de conocimiento, como en mejorar los sistemas de protección de la propiedad intelectual. En este esfuerzo de protección, se enmarca esta iniciativa de analizar el *Principio de Primacía de la Realidad*, para la interpretación probatoria en casos de discusión de titularidad o violación de derechos de propiedad intelectual, como una forma de asegurar el reconocimiento de tal derecho, y proteger a su titular de actuaciones de sujetos que pretenden apropiarse del esfuerzo y el ingenio ajeno.

2.3. Fundamento Constitucional del derecho de Propiedad Intelectual en Ecuador

El derecho de propiedad intelectual está reconocido en el artículo 322 de la Norma Suprema Ecuatoriana, la cual reconoce este derecho de acuerdo a las condiciones que señale la ley.

En la Constitución encontramos el respaldo de protección máxima para no perder de vista el objetivo del derecho y la prioridad que éste tiene al momento de analizar los casos, pruebas y resolver.

Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

4.- Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

8.- El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

La Corte Constitucional, en el caso No. 0071- 15-IN 2017, conceptualiza el principio de progresividad de la siguiente manera:

“De la normativa constitucional y convencional que precede, este Organismo constata que el principio de progresividad contiene una doble dimensión: la primera relacionada con el avance gradual de la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados con

la utilización de herramientas técnicas que generen las mejores condiciones para su ejercicio y goce, y la segunda que se cristaliza a través del principio de no regresividad - prohibición de regresividad-, que no permite la disminución de los derechos, es decir, impide que tenga lugar una reducción en lo que respecta a la protección ya obtenida o reconocida.” (Corte Constitucional, 2017).

Podemos ver que una parte fundamental de la progresividad es contar con un mecanismo de protección eficaz que busca evitar innecesarias limitaciones a derechos o retrocesos en el entendimiento normativo, que se constituye en un eje dinámico del derecho continental para lograr que avance al mismo ritmo que los cambios en la sociedad. En el caso de la propiedad intelectual, los derechos no pueden retroceder, mucho más en los casos en los cuales el derecho ya ha sido reconocido y se está aplicando. Esta progresividad debe abarcar la práctica diaria por los cambios y avances de la tecnología.

La progresividad en la interpretación busca que los derechos se entiendan siempre mejorando para que la situación, ejercicio y disfrute de las normas sea mayor, así como la sustitución de normas que vaya en contra de los derechos consagrados.

Siguiendo la línea de favorecer la necesidad de tutela a los derechos de propiedad intelectual, el dictamen 02-2017 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones establece muy claramente:

[236] En el mismo sentido, y a modo ilustrativo, debemos señalar que se dieron los acuerdos sobre propiedad intelectual aprobados en la Ronda de Uruguay, específicamente en los acuerdos de Marrakech, en los cuales se estableció la obligación de los miembros a asegurar que en sus legislaciones nacionales se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual, señalando además estos procedimientos debían permitir la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora a los derechos de propiedad intelectual, con la inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones, evitando la creación de obstáculos al comercio legítimo, considerando salvaguardias contra el abuso. En dicho acuerdo se señaló también que 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.

[237] Como se aprecia, la tendencia general sobre las regulaciones nacionales de carácter procesal, invita a los países, en el mismo sentido que lo señalado en la jurisprudencia andina, a que la norma procesal emitida por los países se haga en pro de la protección de los titulares de derechos, en el marco de procesos justos y equitativos, que no resulten gravosos ni comporten plazos o retrasos innecesarios e injustificados.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se pronunció señalando que se puede expedir normas sobre un mismo asunto cuando sean necesarias para la correcta aplicación de acuerdo con la Interpretación 11-IP-2014 del 23 de septiembre de 2014. Tan importante ha llegado a ser este tema que el Tribunal lo consideró en la Interpretación Prejudicial 76-IP-2020 de junio de 2020.

Respecto del respeto a los derechos de propiedad intelectual y la garantía que debe brindar en la práctica, el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual SENADI, señala:

“La Propiedad Intelectual otorga al autor, creador e inventor el derecho de ser reconocido como titular de su creación o invento y, por consiguiente, ser beneficiario del mismo.

Los Estados son los responsables de garantizar una legislación clara para precautelar este bien común. En Ecuador, el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) es el organismo encargado de proteger, fomentar, divulgar y conducir el buen uso de la Propiedad Intelectual desde el enfoque de tres áreas distintas: la Propiedad Industrial, Derecho de Autor y las Obtenciones Vegetales.”

“El SENADI es el Organismo Administrativo Competente para propiciar, promover, fomentar, prevenir, proteger y defender a nombre del Estado Ecuatoriano, los derechos de propiedad intelectual reconocidos en la Ley y en los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que sobre esta materia deberán conocerse por la Función Judicial” (Tomado de www.propiedadintelectual.gob.org)

Con claridad meridiana, el SENADI es la autoridad competente para proteger los derechos de propiedad intelectual y resolver aquellos casos que en el ámbito administrativo son sometidos a su resolución para que, orientando los principios expuestos, efectivamente proteja los derechos de los titulares.

2.4. Antecedentes doctrinarios del Principio de la Primacía de la Realidad

La aplicación del principio de la *primacía de la realidad* para interpretar normas jurídicas no es una tendencia nueva. De hecho, en materia tributaria y laboral se ha recurrido al uso del principio de la primacía de la realidad para analizar situaciones en las que algunos derechos pueden ser burlados y, consecuentemente, inobservados, por ejemplo el derecho del fisco a percibir un tributo cuando se ha causado el hecho imponible o el derecho del trabajador a recibir una indemnización por sus servicios laborales o el derecho a la propiedad intelectual cuando un tercero se aprovecha de la creación de un titular de derechos. Por tanto, a través de la aplicación de este principio, es posible corregir anomalías en la aplicación de la ley, cuando las figuras jurídicas empleadas no se corresponden con la realidad de los hechos.

2.5. Principio de la Primacía de la Realidad en el Derecho Civil.

El principio de la *primacía de la realidad* tiene una serie de antecedentes y pudiera señalarse como el primero de ellos a la figura de la simulación en materia civil, cuando se usa una figura como, por ejemplo, el contrato de compraventa, cuando en realidad la intención de las partes es hacer una donación a un hijo. En materia civil la simulación ha sido definida por diversos autores, tales como Planiol y Ripert (1999),

quienes la definen como: *"una convención aparente cuyos efectos pueden ser modificados o suprimidos por otra convención contemporánea de la primera y destinada a permanecer en secreto"*.

Este ocultamiento de la realidad se ve reflejado en los hechos que superan a la simulación frente al análisis lógico basado en el conocimiento, experiencia y lógica del juzgador, más conocida como sana crítica, la que se aplica por igual al juzgador de la función judicial, como a quién resuelve a nombre del Estado en materia de derecho público.

La Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado sobre este tema en el siguiente sentido:

"Situación que no ocurre y por el contrario, utilizaron normas que definen el mandato en materia civil, sin analizar los parámetros fácticos del caso concreto, es decir, tomando en cuenta lo que en materia laboral se denomina el principio de primacía de la realidad, o lo que en doctrina se conoce como el contrato realidad, para lo cual era necesario analizar la naturaleza de los contratos existentes, en relación con las actividades que realizaba la señora, de lo cual se habría podido determinar si la relación que se mantenía estaba regulada por la materia civil o laboral." (SENTENCIA_024-18-SEP-CC). Esta sentencia en materia laboral expresa la realidad en relación con lo que se presenta como una simulación, sin importar si esta es contractual o una prueba que busca engañar o desviar la atención del operador administrativo.

Para utilizar este principio fundamental en el derecho, en la actualidad, debemos tomar las bases que se pueden trasladar al derecho de propiedad intelectual desde sus vertientes del derecho privado y público. Esto nos permitirá analizar las bases del principio y entender mejor su aplicación al derecho en general y con mayor fuerza al derecho tutelar, en este caso al de propiedad intelectual.

Bonnetcase, Planiol y Ripert en sus obras de análisis sobre derecho civil reconocen la existencia de la simulación de contratos, entre los cuales consta el cambio de naturaleza de la figura jurídica, sobre los cuales se manifiestan que se debe atender a su real naturaleza, sea mediante su ejecución real o su ineficacia jurídica.

El aforismo de Derecho Civil nos remite a la realidad: Las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determinan.

Esto ha sido trasladado al Código Civil Ecuatoriano cuando se trata sobre la interpretación de los contratos, abriendo una puerta oportuna sobre la base del derecho ecuatoriano.

Art. 1579.- En los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato.
Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

A este principio se lo denomina así, porque otorga importancia a los hechos, es decir a lo que realmente ha ocurrido, pues los hechos valen más que las formalidades, formas y apariencias. Así, “en el derecho del trabajo, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscritos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos (lo que se pactó o documentó, se debe dar preferencia a los hechos” (Corte Constitucional del Perú, 2003, EXP. N.º 1944-2002-AA/TC)

Se aplica este principio, cuando existe una discrepancia que resulta de la simulación de una situación jurídica diferente a la verdadera, aquí lo que vale son los hechos y no los documentos, que pueden ayudar a descubrir o evitar una simulación o actuación fraudulenta por parte del infractor.

Existen otros principios generales como el de Buena Fe, que es el deber de actuar con fidelidad y adoptar conductas adecuadas en el desarrollo de la relación jurídica, deber al que están obligados a aplicar las dos partes.

2.6. Buena fe en la primacía de la realidad:

Uno de los principios básicos en la primacía de la realidad es la buena fe, la que debe orientar el accionar de las partes, así, quién reclama por sus derechos debe actuar con transparencia y lealtad y quién niega la violación del derecho debe hacerlo bajo los mismos parámetros, caso contrario, bajo un análisis de la primacía de la realidad, los indicios se deben aplicar en su contra.

Con relación a este principio, se explica que “la realidad refleja siempre necesariamente la verdad. La documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder la verdad”, y muy a pesar que no siempre la oposición entre “los hechos y los documentos provenga de la mala fe, lo cierto es que la afirmación de la primacía de los hechos, es decir, de la verdad sobre la ficción; sirve para cubrir tanto aquellas divergencias inspiradas intencionalmente, como las procedentes de simple error involuntario, sin necesidad de obligar a la discriminación precisa del grado de intencionalidad existente en cada caso. (Pla Rodríguez, 2006).

El derecho se basa en realidades, especialmente las sociales porque su existencia radica, entre otros aspectos, en la regulación de conductas para una mejor convivencia y es por esta razón, que el derecho se inclina por los hechos reales, palpables y existentes. Javier Neves considera que “ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello.

Así, estamos ante una regla que permite que, en caso de confrontación entre los hechos formales y los hechos reales, se prefiera los hechos tal y como se dan en la

práctica, antes que los contratos u otro tipo de pruebas formales o documentales que pudiesen referir lo contrario.

“El principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (Corte Constitucional del Perú, 2003, EXP. N.º 1944-2002-AA/TC)

Puede pasar, como muchas veces encontramos en los procesos judiciales o administrativos, que se presenta una argumentación que no guarda relación con los hechos y que estos se pueden verificar fácilmente con los sentidos y la lógica, más allá de los aspectos procesales, especialmente cuando existe cierta discrecionalidad o sana crítica.

2.7. Principio de la *Primacía de la Realidad* en materia tributaria.

Se cuenta con importantes criterios doctrinarios que sustentan el principio de la primacía de la realidad, como por ejemplo el criterio sostenido por Giuliani Fonrouge (1995), para quien el fundamento del principio radica en atender al contenido económico real de las circunstancias comprendidas, desechando las formas y estructuras inconvenientes. Es decir que si el contribuyente por ignorancia, error o mala fe, disfraza sus objetivos mediante apariencias formales, el fisco puede omitir esas apariencias y determinar la obligación tributaria según la realidad escondida. El fundamento de esta apreciación está en la calidad de orden público de las normas tributarias, conforme a lo cual las mismas deben ser observadas para el orden social que solo es posible lograr cuando todos los individuos cumplen con la ley.

En materia tributaria, Araujo Falcao (1964) considera que en el fundamento del método de aplicación del principio de realidad económica estriba en el derecho que tiene el Estado a percibir los tributos de acuerdo con la ley en situaciones de evasión fiscal, es decir, cuando existe una discrepancia entre la forma jurídica frente a la relación jurídica que se exterioriza mediante aquella. En este caso, las formas jurídicas adoptadas deben ser ajustadas a la realidad, efectuando las correcciones a las liquidaciones, o prescindiendo de estas formas. Como vemos en estos casos, es el Estado el que toma la decisión de revisar las formas jurídicas frente a la realidad, lo que lo lleva a realizar las correcciones necesarias; igual cosa debe suceder cuando la administración pública tiene un sus manos un proceso sobre el cual debe resolver.

2.8. Principio de la *Primacía de la Realidad* en materia laboral.

Es conocido el principio de primacía de la realidad en materia laboral en los casos de reconocimiento de una relación de trabajo o el pago de determinados beneficios sociales o laborales.

Habíamos mencionado anteriormente que, tanto el aforismo legal en materia civil, como lo que el derecho prefiere frente a la formalidad jurídica y la realidad de los hechos a este último, para considerar a sus decisiones como justas.

Tomamos como referencia decisiones administrativas del Perú, que ante la confrontación entre los hechos formales y los hechos reales, se deciden por los hechos verdaderos, como realmente ocurrieron en la práctica, antes que las negativas o documentos formales que pudieran inducir a lo contrario o desviar la atención sobre la realidad de los hechos.

En relación a los principios, especialmente en materia laboral, Américo PLA RODRÍGUEZ señala que son “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos” (Neves, Javier, 1998. p.14. 2000, p. 35.)

Como una referencia del derecho peruano, también tenemos una definición de la primacía de la realidad que nos resulta de utilidad.

“[El principio de primacía de la realidad] o de veracidad que se constituye en un elemento implícito de nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución política del Estado de mil novecientos noventa y tres, que ha visto el trabajo como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22°); y además como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°) delimita que el juez en caso de la discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, esto es, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, pues el contrato de trabajo constituye un contrato realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación”(Tribunal Supremo de Perú, 05 de enero de 200, Sentencia de Casación N° 476-2005)

A nivel administrativo, también encontramos definiciones interesantes que se alinean con el concepto fundamental. “[El principio de primacía de la realidad] significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” Exp. N° 1944-2002-AA/TC. Perú.

En Colombia, este principio es definido en esos términos por Obando Garrido (2010, p. 448) quien dice que la forma de vinculación del trabajador no es la que determina propiamente los derechos laborales, pues impera una realidad objetiva, empírica y verdadera, que, en últimas, es la que consolida la relación laboral, más allá de cualquier modalidad contractual adoptada por el empleador, y más allá de cualquier denominación empleada para el contrato.

Sobre el mismo tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, mediante sentencia del 05 de mayo de 1975, ya había dispuesto que: “La relación de trabajo puede existir aun cuando las partes hayan dado una denominación diferente al vínculo que los une, por lo cual ha de atenerse el juzgador a las modalidades como se prestó el servicio, que no siempre surgen claramente del propio contrato”. Sentencia de especial importancia en la adopción y aplicación efectiva de este principio en el derecho laboral colombiano.

La Corte Constitucional Colombiana, mediante sentencia C-665 de 1998, complementa que: “Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades”.

Estas citas de Colombia, permiten ilustrar la forma en la que el principio se apega a las normas y los preceptos que protegen los juzgadores en base a la legislación que intenta evitar que se burle a la realidad frente a un montaje o cambio de denominación.

En el Derecho Ecuatoriano también se aplica el principio de la *primacía de la realidad* en materia laboral, como una forma de reconocer los derechos de los trabajadores, más allá de la figura jurídica empleada o denominada para vincularse o sostener la relación. En tal sentido debe tenerse en cuenta la decisión de la Corte Constitucional de Ecuador, dentro del caso No 024-18-Sep-CC, numerado No 1029-15-Ep, en la que se estableció que los jueces tenían la obligación de analizar los parámetros fácticos (reales) del caso concreto, para identificar claramente la situación jurídica de la accionante, estando obligados a aplicar lo que en materia laboral se denomina el principio de la primacía de la realidad.

Visto entonces que el principio de primacía de la realidad ha sido ampliamente empleado en diferentes ámbitos para la interpretación de las normas jurídicas, es preciso considerar que tal principio es susceptible de ser aplicado en materia de interpretación de las normas de propiedad intelectual para brindar un espectro de protección más amplio al titular de tal derecho, prescindiendo de formalidades que pudieran vulnerar aquellos.

Cabe señalar que este principio, al ser tutelar, es decir, que protege derechos que la situación de sus titulares, necesitan de un esfuerzo adicional para garantizar la estabilidad social. Esto no solo es aplicado dentro del Derecho del Trabajo, ya sea por los jueces o inspectores de trabajo, sino que otras autoridades, tales como el Tribunal Fiscal, en materia tributaria, o el Instituto Nacional de Defensa y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), en materia administrativa, como está reconocido por la doctrina peruana, sino que también lo aplican en Ecuador los

jueces de Familia Niñez y Adolescencia para casos de menores, en materia tributaria y derecho de la competencia.

En cualquier rama del derecho, tomando como referencia los derechos tutelares como el laboral, propiedad intelectual, menores, tributario, competencia, todo puede ser probado siguiendo las formas y por los medios establecidos en cada caso, sin limitar el uso de la primacía de la realidad, en tanto en cuanto no afecten derechos de terceros. Lo importante radica en que, una vez que se demuestran los hechos, éstos no pueden ser contrarrestados o neutralizados por documentos, afirmaciones, desviaciones o formalidades. El expuesto concepto sobre la primacía de la realidad elaborada por el maestro Uruguayo, (Rodríguez, 2006) se fundamenta en los siguientes criterios: a) buena fe; b) dignidad humana; c) desigualdad de las partes y d) autonomía de la voluntad de las partes.

Anteriormente analizamos el principio de buena fe desarrollado por Pla Rodríguez, resaltando la importancia de que la verdad no se puede esconder pero muchas veces se puede disimular u ocultar o ser víctima de manipulación que resultar favorecida de la confusión.

En el transcurso de este trabajo hemos visto la importancia de la primacía de la realidad en diferentes áreas del derecho, especialmente en aquellas materias que por su naturaleza conllevan una obligación tutelar del Estado en favor de sus administrados como fin último.

Nuestro objetivo central está orientado al derecho de propiedad intelectual, donde las infracciones cada día son más refinadas y difíciles de identificar, razón por la cual es esencial contar con la aplicación de este principio para proteger a los titulares de derechos frente a la manipulación de la tecnología con el objetivo de infringir derechos y, por el otro lado, para usar estas mismas herramientas como mecanismo de protección de los titulares. Todo este ejercicio procesal, determinando los papeles de las autoridades competentes para resolver los casos, exclusivamente dentro de sus papeles como funcionarios sujetos al derecho público y como jueces sometidos a las normas procesales en la búsqueda de la verdad procesal, servirán para descifrar la realidad expuesta ante sus sentidos, especialmente el auditivo y visual.

2.9. La prueba en derecho procesal administrativo y judicial

Es importante tomar en cuenta que la mayoría de principios y práctica de derecho procesal administrativo tienen un paralelo con la prueba en materia judicial, tanto es así que ciertas legislaciones como la ecuatoriana usan a las normas de procedimiento judicial como supletorias de las que rigen el proceso administrativo, incluso, siendo más generales para referirse a legislación procesal en término

abiertos⁵⁴, aplicando de esta manera el régimen procesal común a la materia. El derecho de propiedad intelectual tiene dos etapas, la administrativa y luego la judicial.

Así la prueba sirve para justificar los hechos alegados, se debe presentar en la comparecencia, se debe contar con un periodo de prueba, debe ser introducida en el momento procesal oportuno, la prueba le corresponde a la persona interesada, si es prueba de la administración, debe ser conocida por el interesado-afectado, la prueba debe discutirse en audiencia para poder interrogar peritos o testigos y contradecir la prueba documental presentada, cualquier medio admisible en derecho puede ser acreditado como prueba, es decir la prueba tradicional y aquella que forma parte de nuestra realidad diaria con la tecnología, como la electrónica que puede requerir de un perito, video, sonido y otros medios que son perceptibles por los sentidos y forman parte de nuestra experiencia y conocimiento personal.

Es por lo comentado, que los principios procesales son de aplicación en materia administrativa y judicial, sirviendo para el propósito de este análisis en materia de propiedad intelectual.

2.10. Apreciación y valoración de las pruebas con base en el Principio de la Primacía de la Realidad.

Para este estudio vamos a usar la normativa procesal ecuatoriana que nos sirve como referente de aplicación probatoria en los procesos legales como norma supletoria al derecho administrativo que sirve para tramitar los procesos tutelares de propiedad intelectual.

En este aspecto, debe partirse de los principios reguladores establecidos en las normas del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), para la apreciación y valoración de las pruebas, ya que éstas identificarán el camino a seguir.

Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador, deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

En primer lugar se establece la regla de la temporalidad que no es materia de este análisis. Luego el COGEP nos dice cómo debe apreciarse la prueba, resaltando las

⁵⁴ "...A falta de previsión expresa, se aplicará de manera supletoria el régimen común en esta materia".(Código Orgánico Administrativo, 31 de 07-jul.-2017, Registro Oficial Suplemento -Artículo 193.)

reglas de la sana crítica como base de estudio para el juzgador, es decir, usando el conocimiento, experiencia y lógica para valorar las pruebas que se le han presentado.

Esto implica que el juzgador debe hacer un ejercicio de reflexión para que, usando sus sentidos como la vista y el oído, pueda identificar en una primera instancia las pruebas que se le exhiben y desde ese estadio poder actuar, sea por su propia percepción o sea con el apoyo de un perito cuando se trate de aspectos técnicos fuera de su conocimiento. Es decir que si la autoridad en materia de propiedad intelectual tiene un video y puede percibir con sus sentidos el contenido sin mayor esfuerzo, debe hacerlo, incluso cuando entiende que debe poner – enter - o – entrar - o – play - para poder ejecutar una instrucción en un aparato reproductor o un ordenador. Es importante aclarar que los funcionarios públicos deben actuar de forma eficiente y eficaz para atender los temas sometidos a la administración pública, no se puede quedar en la mitad del camino, debe ejecutar las acciones que le son propias de su conocimiento y experiencia.

Prueba válida es la que ha sido debidamente anunciada, solicitada, practicada e incorporada, de acuerdo a reglas procesales de tradición latinoamericana y que han sido incorporadas al COGEP.

Es importante que el juzgador haga un examen y explique la forma en la que llega a sus conclusiones, basadas en la prueba que se le ha presentado conforme a la ley; también debemos resaltar el hecho de que las solemnidades son las de la ley sustantiva (por ejemplo, la escritura pública y registro de inmuebles), pasando aquellas, puede, en materia procesal, hacer su análisis bajo la sana crítica.

Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberá solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

a) Debemos tomar en cuenta la referencia al anuncio y solicitud de la prueba, como lo determina los artículos 142 No.7 y 152 del COGEP, ya que el requisito que se exige es que la prueba debe ser anunciada y solicitada. Esto nos lleva a dirigirnos por los principios procesales en cuanto a la legalidad de la prueba solicitada y anunciada, es decir, no debe contrariar los principios del debido proceso y, en esa medida, sin más requisitos, entrar a la contradicción y análisis del juzgador.

“Art. 142.- Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá:

7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica”. (negritas del autor para resaltar el texto)

Dependiendo del proceso y de las necesidades, se especificarán diligencias que, ha modo ejemplificativo, es decir bajo *numerus apertus*, determina el COGEP. Esto implica que, si no es necesaria una diligencia porque la prueba está en poder de las partes, éstas deben impugnarla en el momento oportuno. El problema que suele presentarse, como ocurre también en materia de propiedad intelectual, es que no se hace una impugnación porque la realidad de los hechos es casi palpable y se utilizan otras argucias para desviar la atención, esperando una limitativa acción por parte de los operadores administrativos o de justicia para dejar de analizar las pruebas bajo criterios de eficiencia y eficacia administrativa.

***“Art. 152.- Anuncio de la prueba en la contestación. La parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación.*”**

b) Prueba oportunamente practicada. Esta prueba se la presenta en la audiencia del proceso.

Art. 159.- Oportunidad. (...)

La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley.

El momento para presentar la prueba es durante el juicio o proceso que se siga, más preciso, durante la audiencia, es decir, ese es el momento para defender la prueba presentada y que el operador administrativo o judicial decida sobre su validez o en ese momento la revise directa y evalúa el alcance de su capacidad en función de su conocimiento, formación, experiencia y lógica.

c) Prueba debidamente incorporada. Esta norma obliga a que la prueba se presente con la demanda o la contestación y a partir de ahí vendrá el juzgamiento para resolver su admisión o inadmisión.

Art. 159.- Oportunidad. La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario.

La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código.

Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código.

En el caso del Código Orgánico Administrativo (COA) o del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (ERJAFE), también contemplan audiencias para conocer mejor el caso y, en base al principio de inmediación, poder tener contacto con las argumentaciones de las partes y las pruebas que han sido presentadas y negadas por las partes. Este es el momento para que, procesalmente, se conozcan las posiciones respecto de la prueba.

2.11. Requisitos de las pruebas:

Todo tipo de prueba debe reunir requisitos y aptitudes para demostrar los hechos que se alegan y deben estar relacionadas con los hechos discutidos, con una vinculación que haga que esa prueba sea útil.

En esta parte es donde los operadores de justicia deben analizar si la prueba debe ser admitida e incluida en el proceso para su discusión, es decir, si en materia de propiedad intelectual no se argumenta en contra de esa prueba o si se trata de desviar la atención para perder la objetividad sobre la realidad que la rodea, debe ser analizada por la autoridad competente (SENADI o Jueces) bajo el principio de la sana crítica.

Art. 160.- Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.

Art. 161.- Conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.

2.12. Impugnación y contradicción de la prueba

El principio de contradicción está incorporado en nuestro sistema procesal de igual manera que la impugnación, ya que sobre estos elementos se debe discutir y resolver sobre la prueba.

Es absolutamente necesario que se pueda ejercer el derecho de contradicción de la prueba para que el juzgador pueda resolver sobre lo que las partes manifiestan. Es fundamental este comentario porque de lo contrario los jueces o funcionarios administrativos estarían resolviendo en base a su libre convicción, al asignar conceptos o pruebas que las partes no han propuesto.

La prueba que no se ha actuada o no ha sido contradicha es ineficaz, partiendo del hecho que las partes tienen el derecho a pronunciarse sobre lo que la otra parte ha propuesto, siendo que esto es fundamental encuadrarlo bajo el principio de realidad

y verdad procesal y el derecho a la defensa. Los jueces y administradores públicos deben resolver sobre lo que las partes han presentado y actuado, es decir sobre las pretensiones y excepciones, a esto responde el principio de imparcialidad, que debe ser observado tanto por jueces como por funcionarios públicos.

El Código Orgánico General de Procesos al respecto señala:

Art. 160.- (...) Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir. (...)

La forma en la que se obtiene la prueba es importante, pero la parte medular es tener la oportunidad de contradecirla.

Las partes tienen derecho a conocer, oponerse o contradecir la prueba, lo pueden hacer ejerciendo su derecho de actuar bajo el debido proceso.

Art. 165.- Derecho de contradicción de la prueba. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla.

Art. 170.- Objeciones. Las partes podrán objetar las actuaciones contrarias al debido proceso o lealtad procesal, así como cualquier prueba impertinente, inútil o inconducente.

Estos principios son los que permiten a las partes pronunciarse en el momento procesal oportuno, para que los administradores de justicia y los funcionarios públicos a cargo de la resolución, actúen en forma imparcial sobre lo que las partes han expuesto y presentado, en materia judicial, sobre las pretensiones y excepciones.

Es importante considerar también que es obligación de las partes probar lo que han afirmado en su acto de proposición o en la contestación. Aquí van a presentarse realidades frente a lo que se afirma; por ejemplo, si el supuesto infractor señala que no ha utilizado las obras del titular, eso quedaría desvirtuado con las pruebas visuales o auditivas con las que se cuente para justificar los hechos.

Es fundamental considerar, especialmente cuando las normas procesales son supletorias al trámite administrativo, lo que ocurre respecto de las afirmaciones o confirmaciones de las partes. En el COGEP, en su artículo 169 se establece:

Art. 169: (...) pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Es decir, si el supuesto infractor del derecho de propiedad intelectual, niega que usó las obras por circunstancias internas o de negocios, deberá probarlo.

Otro aspecto esencial en derecho procesal de la propiedad intelectual, es decir el derecho administrativo procesal, es que los hechos admitidos por la demandada no se deben probar; así como lo hechos notorios y públicamente evidentes.

En ocasiones esto no suele ocurrir, ya que la administración da una calidad diferente a los hechos admitidos, minimizándolos u otorgándoles un sentido diferente a la literalidad de la admisión.

Para fortalecer más la norma supletoria, que, si se la usa como tal, debe comprender todos sus aspectos aplicables y no solo remiendos que puedan resultar convenientes para aplicar una especie de libre convicción decisonal.

De acuerdo con el artículo 163 del COGEP.- *“No requieren ser probados:*

- 1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar.*
- 2. Los hechos imposibles.*
- 3. Los hechos notorios o públicamente evidentes.*
- 4. Los hechos que la ley presume de derecho.”*

Vamos a comentar los numerales 1 y 3 dentro de la lógica jurídica y el conocimiento.

- 1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar.*

Es totalmente claro que si una de las partes admite en la contestación a la demanda o petición de tutela administrativa que, por ejemplo, si usó la obra, no cuenta con autorización, que el reclamante no tiene derecho sobre la obra usada o fue un descuido, está admitiendo la infracción y sostener en una resolución lo contrario es peligroso para el derecho de propiedad intelectual y puede ser incluso, motivo de duda.

- 3. Los hechos notorios o públicamente evidentes.*

Los hechos públicos y notorios son los de conocimiento general, que no necesitan una afirmación o confirmación por encontrarlos en la prensa, la televisión o la radio.

El punto será, ¿Cuándo esos hechos entran en la esfera de la publicidad o notoriedad? ¿La televisión, la radio, la prensa o internet le dan esa categoría a los hechos o detrás existe una presunción? En la mayoría de los casos la relevancia social, el impacto o la conmoción son los que le brindan esa calidad de notorio y público, incluso entendiendo que, si algo estuvo en la televisión, radio, prensa o internet, si tienen la calidad de público, porque cualquiera puede acceder a esa información, bien sea por

una grabación directa o por lo que queda registrado en internet. En definitiva, la información transmitida por medios de comunicación es pública y eso ya le da un grado frente a la actuación de la prueba.

La tecnología ha facilitado la infracción de los derechos de propiedad intelectual, pero también ha permitido obtener las pruebas sin tabúes o paradigmas del pasado. No estamos considerando las formas de presentar las pruebas electrónicas porque el abanico de aceptación se abre mucho más con la permisividad que el COGEP le confiere en la legislación ecuatoriana, justamente, respondiendo a la realidad social. En estos casos la garantía del debido proceso estará en el derecho de contradicción⁵⁵ y oposición a la prueba.

3.1. El peritaje como medio de prueba.

El peritaje es necesario realizar cuando la prueba presentada necesita de un análisis técnico o especializado que supere el conocimiento del Juez y sea necesario que se apoye en un tercero neutral, que ese experto en la materia sobre la cual se le consulta.

Esto implica que el peritaje es un medio de prueba y no un factor de validez o eficacia de la prueba, es decir, se solicita prueba sobre aquello que el juez no puede discernir por sus propios medios, sentidos o experiencia, eficacia y eficiencia. También dependerá de la oposición a la prueba y las razones de tal posición. Por ejemplo, si el interesado, titular de un derecho, presenta una grabación de audio o video sobre un hecho que se transmitió públicamente por medios de comunicación social, dependerá de la objeción y si ésta desafía a la primacía de la realidad al punto de considerarla como falta de lealtad o mala fe. Este último factor será preponderante al momento de resolver, porque la autoridad competente podrá evaluar directamente, o por terceros, el nivel de audacia o de lealtad con la que se litiga.

El COGEP señala:

Artículo 221 Perito. Es la persona natural o jurídica que por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales está en condiciones de informar a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia.

Aquellas personas debidamente acreditadas por el Consejo de la Judicatura estarán autorizadas para emitir informes periciales, intervenir y declarar en el proceso. En el caso de personas jurídicas, la declaración en el proceso será realizada por el perito acreditado que realice la pericia.

⁵⁵ CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA. RECURSO DE CASACIÓN. CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO PENAL. Quito, 12 de julio de 2011; las 09h00. "5) Principio de contradicción. En cumplimiento del precepto constitucional todas las pruebas introducidas en el proceso deben efectuarse con conocimiento de los sujetos que intervienen en el juicio, con el propósito de velar por los derechos del imputado, ya que éste constituye el sujeto principal del proceso y por lo mismo tiene todo el derecho de conocer y replicar las pruebas que están produciendo en su contra,".

Artículo 227.- Finalidad y contenido de la prueba pericial. La prueba pericial tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso.

Las partes procesales, podrán sobre un mismo hecho o materia, presentar un informe elaborado por una o un perito acreditado.”

El Código Orgánico General de Procesos establece la opción de que se pueda usar el peritaje para verificar los hechos que son materia del proceso, caso contrario, de no ser necesario o no considerarlo necesario, será quién resuelva, la persona encargada de analizar la prueba presentada en la medida de sus posibilidades de conocimiento y experiencia personal.

Esto implica que, si se presenta una prueba tecnológica de bajo nivel, como una grabación o un audiovisual, el juzgador debe revisar ese archivo con las herramientas, el conocimiento, la experiencia y la proactividad eficiente que su cargo le obliga, es decir, debe pronunciarse sobre lo que puede ver o escuchar, más no llegar a un análisis técnico-tecnológico, porque esa no es su función, así como tampoco dejar de analizar un archivo que debería abrirse con un clic.

3.2. Sana Crítica y libre criterio judicial en la actualidad.

Estos conceptos son fundamentales para el entendimiento y manejo del principio de la primacía de la realidad ya que son pilares sobre los cuales la autoridad debe conocer y pronunciarse en los casos en los que, los hechos y las pruebas perceptibles por sus sentidos, les permiten entender y apreciar con facilidad lo expuesto por las partes.

a) Sana Crítica

Para hablar de la sana crítica como elemento esencial de la primacía de la realidad para nuestro estudio en materia de propiedad intelectual, vamos a empezar con una referencia, sin duda interesante sobre la actividad probatoria, por la cantidad de elementos que la rodean, poniendo a los juzgadores una difícil tarea al momento de analizar y resolver los casos. *“La actividad de valoración, que duda cabe, es una de las áreas más intrincadas y movedizas dentro del vasto mundo probatorio, y acaso también la de más penoso transitar debido a la gran cantidad de elementos metajurídicos, por añadidura inestables, que la rodean”.* (González Castillo Joel, 2006, p. 93 – 107)

El doctrinario Alsina se refiere a la sana crítica como la lógica y la experiencia en el transcurso del tiempo como factores ideales para su aplicación. Nos dice que: *“Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio”.* (Alsina. H, 1956, p. 127)

Eduardo Couture, a su vez, define las reglas de la sana crítica como *"las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"*. (Eduardo J. Couture, 1979, p. 192). Este autor habla del entendimiento humano, que se refiere al correcto análisis lógico que se deriva del conocimiento y experiencia personal.

Desde el derecho chileno, Joel Gonzales Castillo, desarrolla el análisis comparativo de una manera interesante y de fácil comprensión para los propósitos de este trabajo. Señala que las reglas de la sana crítica son una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, sin lo rígido de la prueba legal y sin la inseguridad de la libre convicción, facilitando al juez una fórmula para su estudio y resolución. González Castillo se refiere a las reglas de la sana crítica de Couture de la siguiente manera: Son ante todo, *"las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción (libre criterio judicial). La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"*(Joel Gonzales Castillo, 2006, p. 93-107)

También se asigna importancia a la labor de razonar y a la experiencia, considerando que el Juez no es una máquina de razonamiento, sino una persona que adquiere conocimiento del mundo que le rodea y conoce a través de sus sentidos, sensibilidad e intelecto. Así la sana crítica, además de lógica, es la correcta apreciación que la experiencia puede conceder a una persona durante su vida. Las conclusiones no son estrictas en base a los principios de la lógica tradicional, sino que varían en relación al tiempo, lugar y hecho.

Los avances de la ciencia y el progreso inherente traen consigo que se cambien experiencias por otras más exactas y, aún frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna permite ver las formas en las que cambia la manera de razonar. Esto nos lleva a concluir, que la experiencia humana cambia al momento de valorar las pruebas por su carácter mutable, de acuerdo a las circunstancias, sin embargo, no se puede descuidar la lógica en la que el derecho se apoya.

Siguiendo en la línea de la experiencia que resulta esencial al momento de aplicar la primacía de la realidad, para Friedrich STEIN, quién inició en el derecho procesal el concepto de máximas de experiencia, estas son *"definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos"* (Friedrich STEIN, 1988, p. 27)

Estos juicios hipotéticos son los que permiten a los juzgadores y a los administradores públicos, formarse criterios de contenido general que pueden ser aplicados a casos concretos, como, por ejemplo, la representación de la visualización de una infracción que a sus sentidos se aprecia en toda su magnitud y que en base a los conceptos de derecho administrativo y tutelar del derecho de propiedad intelectual, puede resolver de manera directa y solvente.

El tratadista Calamandrei, define a estas máximas de la experiencia como aquellas *"...extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la conciencia pública..."* y destaca su utilidad pues *"las máximas de experiencia poseídas por él, por lo general, le servirán de premisa mayor para sus silogismos (por ejemplo, la máxima de que la edad avanzada produce en general un debilitamiento de la memoria, le hará considerar en concreto la deposición de un testigo viejo menos digna de crédito que la de un testigo todavía joven)..."* (CALAMANDREI, Piero, 1961, p. 646).

Dentro de las máximas desarrolladas por los autores, encontramos algunos elementos comunes, como: son de juicio, esto significa que son valoraciones con contenido general que permiten que la valoración sea lógica; son independientes, tienen su propia vida y surgen de la experiencia en sociedad y afloran al momento en el que le juez hace su proceso inductivo; no están atados en su inicio o fin con los hechos y pueden ser usados indefinidamente en varios casos; son razones que vienen de procesos inductivos de la vida diaria por lo que el juzgador los usa como regla para hechos similares; no son universales ya que se derivan de la existencia física del juzgador en su vida y su medio e incluyen la experiencia propia del juzgador.

En términos generales, esas máximas no limitan el uso de otras razones o juicios generales, notorios y reiterados en el tiempo, que son generalmente aceptados por la sociedad, siempre deben admitir los hechos probados en juicio.

Podemos concluir que los elementos esenciales de la sana crítica son la lógica, la experiencia (basada en las máximas), conocimiento (actualizado por el contacto o uso social), todo esto fundamentado en las decisiones.

Así podemos llegar al punto de que un juzgador o administrador público debe usar la sana crítica para resolver los problemas que se le presentan y, para esto, debe contar con un raciocinio lógico que lo coloque en una posición intelectual capaz de desarrollo, la experiencia respecto de casos o situaciones que la vida le ha presentado, es decir, por ejemplo pueda percibir a través del sentido de la vista que una transmisión refleja la realidad, entonces deberá tomar esos elementos para valorar lo que está viendo; esto, acompañado del conocimiento del derecho procesal con sana crítica y de la esencia del derecho tutelar de propiedad intelectual con el uso de la tecnología, permite discernir el nivel de realismo frente a un hecho que se presenta y que se puede valorar,; llenan de capacidad de resolver usando la sana crítica para evitar que los engaños, ocultamientos o desviaciones impidan que cumpla con la obligación de proteger la propiedad intelectual frente a hechos reales

en base a la primacía de la realidad. La Corte de Casación se ha pronunciado en el mismo sentido en varias sentencias en las que se analiza la sana crítica⁵⁶, tomando en consideración la estructuración lógica y las máximas de experiencia, personales, psicológicas y de conocimiento.

b) Libre criterio judicial o libre convicción.

Esta forma de decidir por parte del juzgador, le permite decidir sobre lo que consta en autos, la prueba presentada, la que no se presentó e incluso sobre su convicción moral. Esta teoría le permite al juzgador decidir sobre sus propias convicciones.

Este tipo de libertad se contrapone al análisis que debe presentar y justificar el juzgador y que, en materia de derecho público, está excluido por la limitación a la discrecionalidad de los funcionarios públicos. Esto no quiere decir que un análisis sin fundamento o con error es libre convicción, sino, por el contrario, es una falta de conocimiento o capacidad lógica.

E.J Couture destaca la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción, pues este último (libre criterio judicial) es *"aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizado por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos"*. (Couture Eduardo, 1979, p. 192). No es necesario que la resolución cuente con una estructura lógica o que sea controlado a posteriori, es suficiente con que el juzgador afirme que es su convicción personal o moral que los hechos ocurrieron como el los considera sin necesidad del desarrollo lógico que llevan a la conclusión final. Se considera que la libre convicción permite al juzgador formar su convencimiento con total libertad sin tener que justificar como adquirió ese convencimiento, siendo esa la principal diferencia con la sana crítica. Esto genera incertidumbre a quienes participan como partes en un proceso, incluso en aquellos casos de arbitraje en los que se resuelve por equidad.

4. CONCLUSIONES:

Durante este artículo hemos revisado los principios y elementos procesales que se aplican de manera general, poniendo énfasis en los aspectos que pueden ser usados en la industria creativa y cultural relacionada con la propiedad intelectual.

Vemos cómo, claramente, el derecho procesal, en su teoría y en su aplicación práctica, pueden estar a tono con la modernidad, la tecnología en un campo tan

⁵⁶ R.O. No. 159 de 29 de marzo de 1999 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, 11 de febrero de 1999, a las 10h00.- SEXTO: Ahora bien, cabe preguntar si el error de derecho en la valoración de la prueba se da únicamente en aquellos casos en los cuales nuestro sistema de derecho positivo establece el sistema de prueba tasada, o si también puede darse cuando rige el principio de la sana crítica.

especial y especializado como las industrias creativas y culturales. No hay justificación para no utilizar el derecho procesal en medio de la tecnología y el estado de la técnica, cuando nos referimos a lo cotidiano y usual el día de hoy. Ya no necesitamos expertos para crear o desarrollar tecnología porque la tenemos al alcance de la mano y crecemos con ella; lo que no podemos dejar de lado es la imaginación para crear.

De esta manera, podemos concluir que:

Es obligación del Estado proteger los derechos de propiedad intelectual a través de la oficina nacional competente o autoridad competente que, en el caso ecuatoriano, es el SENADI.

Los derechos de propiedad intelectual son tutelados por la necesidad misma de protección. Los titulares de derechos están en una posición débil frente a los infractores que, por fuerza económica o cantidad, pueden multiplicar las infracciones.

La primacía de la realidad viene del derecho civil y, generalmente, se aplica para derechos tutelados, incluido el tributario, que no es grupo vulnerable, pero necesita de la lealtad frente a las diferentes oportunidades para evadir la ley. Como vemos, no sólo se protegen los derechos tutelares de quienes se encuentren en situación grave o catastrófica o necesidad de protección extrema, sino también a quienes tienen una necesidad patrimonial, moral o de interés público.

El Código de Procedimiento Civil no obligaba a realizar peritajes para todos y para pruebas de audio, que era la tecnología avanzada del momento, aplicaba el libre criterio judicial, es decir, dejaba en total libertad al juzgador.

El COGEP no obliga al peritaje, sino que es una herramienta legal de mucha utilidad cuando se necesita verificar la prueba por su dificultad o nivel técnico. La prueba de audio o video debe escucharse en la audiencia por ser de fácil entendimiento para todos los intervinientes.

Respeto a la prueba debidamente actuada, como la ordenada dentro de juicio, se integra con el ejercicio del derecho a la defensa y de contradicción, cuando se impugna implícita o explícitamente la prueba.

La valoración de la prueba debe estar orientada a buscar la verdad procesal, basada en las pretensiones y excepciones que se propongan, lo que será una guía y limitación para los responsables de resolver bajo el principio de imparcialidad.

Los administradores de justicia administrativa o judicial deben actuar de manera proactiva, sin hacerlo como peritos, pero tampoco de forma poco diligente frente a la tecnología que conocen usuarios de esta. Es decir, pueden abrir un archivo, revisarlo, formarse un criterio y usarlo al momento de evaluar, para tomar una

decisión que debe ser fundamentada. El derecho a la defensa se ejercerá mediante el derecho de contradicción en el momento procesal oportuno y cumpliendo con la normativa correspondiente. Si en el contenido del archivo se encuentran elementos que generen dudas, deben solicitar un peritaje para aclararlo. Es importante recordar que el peritaje no es obligatorio y se solicita sobre el contenido del soporte digital, más no sobre su forma.

Los hechos públicos o evidentemente notorios no se prueban. Para la aplicación de la primacía de la realidad, se debe tomar en cuenta la audacia del presunto infractor o la aceptación del uso de la creación sin autorización. El análisis de la admisión debe ser a la luz de la primacía de la realidad, sin interpretaciones favorables al infractor, usando la norma o principio procesal que apoyan el adagio de: *a confesión de parte, relevo de prueba*.

Por la sana crítica y libre criterio judicial el juzgador puede llegar a conclusiones basadas en su experiencia personal, por el conocimiento de los hechos. En el primer caso, usando el razonamiento lógico con su experiencia (máximas), brindando seguridad en la resolución; y, en el segundo, por equidad y realidad, generando incertidumbre. Por lo mencionado, la sana crítica es la teoría que se ha impuesto en los sistemas procesales, pero siempre entendiendo los elementos que la componen.

El derecho administrativo permite cierta flexibilidad en los procesos para llegar a la verdad procesal, sin embargo, la discrecionalidad deberá estar enmarcada en la norma principal o supletoria, tomando todos los elementos que la componen para cumplir su objetivo de eficacia y eficiencia.

La realidad que perciben los sentidos del juzgador son la base para el razonamiento lógico y experimentado que servirá para tomar una decisión fundamentada.

El derecho procesal debe estar acorde con la realidad, la modernidad, la especialidad y sensibilidad que necesitan las industrias de la creatividad y la cultura.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Lipszyc, D. (s. f.-b). Derecho de Autor y Derechos Conexos. En Derecho de Autor y Derechos Conexos (Ediciones Unesco ed., p. 13). Cerlalc.
- Tratado de la IMPI sobre Internet. (2002, 25 noviembre). Registro Oficial 711.
- www.propiedadintelectual.gob.org
- SENTENCIA_024-18-SEP-CC
- Corte Constitucional del Perú. (2003). EXP. N.° 1944-2002-AA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01944-2002-AA.html>.
- Neves, J. (1999). Los principios del Derecho del Trabajo. En *Introducción al Derecho laboral* (3ra edición ed., P. 14). Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Tribunal supremo de Perú(Ed.). (05/01/2007). *Sentencia de Casación N° 476-2005*.
- Código Orgánico Administrativo. (Registro Oficial Suplemento 31 de 07-jul.-2017)
- González Castillo, J. (2006). La Fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), P. 93-P. 107
- Alsina, H. (1956). Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.(P. 127). Ediar Editores.
- Couture, E. J (1979). Estudios de Derecho Procesal Civil (P. 192).
- STEIN, F. (1988). El conocimiento privado del juez (P. 27).
- Calamandrei, P (1961). Estudios sobre el proceso civil. (P. 646). Editorial Bibliográfica Argentina

Art.

1.5

Las industrias creativas y culturales en la era blockchain: la propiedad Intelectual se descentraliza

Autor. María Gabriela Campoverde



LAS INDUSTRIAS CREATIVAS Y CULTURALES EN LA ERA BLOCKCHAIN: LA PROPIEDAD INTELECTUAL SE DESCENTRALIZA

María Gabriela Campoverde⁵⁷

Fecha de presentación: 31 de enero de 2020

Palabras claves:

Propiedad Intelectual, industrias creativas, industrias culturales, blockchain, nuevas tecnologías, economía creativa, economía naranja

Resumen:

La propiedad intelectual como institución ha sido objeto de variadas aproximaciones y críticas respecto a su legitimación, desde su inicio hasta la actualidad. La consolidación de los creadores como industrias creativas y culturales han generado comunidades colaborativas que se basan en los principios de la confianza, transparencia, simplificación y descentralización. El desarrollo voraz de las tecnologías digitales y las nuevas plataformas que constantemente cambian las reglas de lo conocido, como la blockchain o cadena de bloques para la autenticación, profundizan los desafíos de la propiedad intelectual como institución, así como también nos obliga a cuestionarnos sobre cómo enfrentarlos desde el ámbito privado y público.

⁵⁷ Abogada, máster en branding y gestión de marca. Socia fundadora y gerente general de Crealegis, estudio jurídico especializado en propiedad intelectual. Miembro del Comité de Responsabilidad Social de la Asociación Iberoamericana de Propiedad Intelectual (ASIFI). Desde el año 2011, dirige la plataforma Círculo Naranja, reconocida con el premio internacional Caribe Naranja (2018) que tuvo como jurado al Banco Interamericano de Desarrollo (BID), siendo el primer estudio jurídico en ser galardonado a nivel Latinoamericano por impulsar las economías creativas, a través de la capacitación y protección de propiedad intelectual. En el año 2018, presentó el proyecto de ley orgánica de fomento a las industrias creativas y culturales, y participó como asesora en la ley de fomento productivo para el impulso de los sectores audiovisuales, musicales y culturales en Ecuador.

1. INTRODUCCIÓN

"Pero también aprendí que en derecho de autor no hay terreno ganado.

Que las conquistas de los autores –conquistas que no son más que el respeto elemental de preceptos de derecho internacionalmente aceptados desde hace más de un siglo – son permanentemente acechados y puestos en tela de juicio.⁵⁸" (Delia Lipszyc)

Históricamente, el sistema de propiedad intelectual es una institución que ha tratado de ser legitimada desde los enfoques jurídico, ético, filosófico y económico. El debate constante sobre su justificación, ubicación en el derecho y su prioridad en las políticas públicas ha sido el escenario de constantes análisis y críticas. El cuestionamiento sobre si el Estado, como ente regulador, se encuentra legitimado moralmente para conceder derechos jurídicos a favor de los creadores, los mismos que les facultan a excluir del acceso sobre obras y creaciones a terceros no autorizados, ha sido objeto de distintas teorías y aproximaciones desde sus orígenes.

Los avances de las tecnologías digitales han sido altamente disruptivos en las últimas décadas, agudizando con más profundidad tanto las críticas como los retos de la protección de propiedad intelectual y su legitimación. En la actualidad, se puede acceder a una creación intelectual en forma inmediata por millones de personas en el mundo, utilizando plataformas digitales, mientras que un creador puede utilizar sistemas que lo certifican como propietario de la creación sin utilizar al Estado como ente intermediario. Por otra parte, la economía creativa⁵⁹, la cual comprende los sectores en los que el valor de sus bienes y servicios se fundamenta en la propiedad intelectual: arquitectura, artes visuales y escénicas, artesanías, cine, diseño, editorial, investigación y desarrollo, juegos y juguetes, moda, música, publicidad, software, televisión, radio, y videojuegos, convergen en una unión colaborativa sin precedentes que se impulsa con el uso de medios digitales y en la tecnología blockchain (cadena de bloques para la autenticación). A manera de ejemplos, el sector musical cambia del paradigma predominante de las discográficas, a sistemas de producción y acceso compartido; la industria de los videojuegos toma un salto importante con los formatos digitales y surgen nuevos espacios visuales colectivos creando su propia criptomoneda; obras cinematográficas y audiovisuales que se crean a través de productoras que utilizan contratos inteligentes y blockchain, por mencionar algunos casos.

Utilizando el marco lógico y analítico, este artículo examina a las industrias creativas y culturales en la era de nuevas tecnologías aplicadas, especialmente la blockchain, y su impacto en el derecho de autor y otras ramas de propiedad intelectual. Se

⁵⁸ Frase tomada del artículo jurídico "El nuevo contexto del Derecho de Autor del siglo XXI" por el Dr. Carlos Fernández Ballesteros. Revista jurídica de Propiedad Intelectual tomo I. Facultades de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil (Guayaquil, Ecuador, 2009).

⁵⁹ J. Howkins, The Creative Economy: How people make money from ideas, second edition, Penguin books, 2013.

detectaron vacíos y áreas de debate para contribuir a los desafíos globales que enfrentamos en este siglo.

2. BREVE ANÁLISIS DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LEGITIMACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, ESPECIALMENTE DEL DERECHO DE AUTOR

El origen histórico de la propiedad intelectual aparece con el sistema de privilegios⁶⁰, que desde su inicio causaron un largo debate sobre solidez como institución. El concepto de propiedad trasladado a las creaciones intelectuales ha sido ampliamente discutido. La problemática filosófica en relación al objeto de protección surge principalmente por la naturaleza de los contenidos del intelecto, que difieren claramente de los objetos físicos a los cuales el concepto “propiedad” aplica inflexiblemente.

Locke, en su tratado sobre el gobierno civil, profundizó sobre el tema de propiedad, contribuyó con la idea de que los seres humanos son dueños de su propia persona, y en consecuencia del trabajo producido por su cuerpo y le añade algo que le pertenece. Así, menciona:

“Aunque la tierra y todas sus criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres. Porque este trabajo, al ser indudablemente propiedad del trabajador, da como resultado el que ningún hombre, excepto él tenga derecho a lo que ha sido añadido a la cosa en cuestión, al menos cuando queden todavía suficientes bienes para los demás.”⁶¹

Locke no se refirió expresamente a la propiedad intelectual, sin embargo, su razonamiento se aplicó al sistema de propiedad intelectual, lo que marcó un importante punto de partida para su legitimación: **“en relación con la propiedad sobre los bienes materiales ha sido interpretado de manera análoga respecto de aquellos resultados de la creación intelectual, después de todo fruto del trabajo del autor, tanto de sus manos como de su mente. De aquí que el autor tendría derecho a controlar la explotación de la obra resultante e**

⁶⁰ “Los privilegios eran monopolios de explotación que el poder gubernativo otorgaba a los impresores y libreros, por un tiempo determinado, a condición de haber obtenido la aprobación de la censura – con lo cual servían como resorte político para controlar la difusión de las doctrinas que consideraban peligrosas.” D. LPSZYC, Derecho de Autor y derechos conexos, París – Bogotá – Buenos Aires, Unesco – Cerlac, Zavalía, 1993, pág. 30.

⁶¹ J. Locke, Segundo Tratado sobre el gobierno civil, trad. De C. Mellizo, Madrid Tecnos, 2010, pág. 27.

*impedir su modificación o alteración sin su correspondiente autorización.*⁶² Esta tesis influyó en el sistema anglosajón, en el derecho alemán y francés.

Por otra parte, el concepto introducido por Hegel⁶³, respecto a la diferenciación entre la idea y la creación como el inicio de su protección, marcó un punto clave para su justificación. La importancia de determinar el paso previo de la idea hacia la materialización y la exteriorización de ella, permitió con más claridad el momento donde surge el objeto para protección, a través de la voluntad de su creador.

Picard⁶⁴ abre una nueva categoría para este tipo de creaciones y propone que la propiedad intelectual debe ser un tipo de derecho autónomo, debido a que ninguna categoría era la adecuada. Consideraba insuficiente ubicarlo dentro de los derechos personales, ni tampoco dentro de la clasificación de los derechos reales. Propone de esta manera la categoría de derechos intelectuales.

En el debate actual, el eje económico ha tomado protagonismo y la discusión respecto a si la teoría del incentivo es suficiente o nos enfrentamos a un sistema excesivamente proteccionista, ineficiente en la práctica. *"Actualmente, podría decirse que la economía ha tomado dos rumbos a la hora de enfrentar el estudio de la propiedad intelectual. En primer lugar, aquellas construcciones conceptuales basadas en el desarrollo económico, particularmente promocionadas por entidades multilaterales como el Banco Mundial, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) o la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en donde la tesis y la mirada de los derechos de propiedad intelectual como incentivo hacen carrera constantemente (Siebeck, 1990; Ha-Joon, 2001... Se habla así de la tragedia de los anticommons (Brousseau, 2007; Heller & Eisenberg, 1998).*⁶⁵"

3. INDUSTRIAS CREATIVAS Y CULTURALES

Varias organizaciones han definido a las industrias creativas y culturales. A continuación, un resumen de ellas:

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) las define como *"aquellas que combinan la creación, la producción y la comercialización de contenidos creativos que sean intangibles y de naturaleza cultural. Estos contenidos están normalmente protegidos por el derecho de autor y pueden tomar la forma de*

⁶² J.F. Córdova, El Derecho de Autor y sus límites, Editorial Temis, Bogotá, 2015, pág. 15. Basado en Cfr. G. Davies, Copyright and The Public Interest, quien fue uno de los primeros en interpretar el pensamiento de LOCKE como aplicable a los derechos de los creadores, al justificar el derecho de autor en su trabajo personal, que le permite ejercer una especie de ocupación, estándole prohibido a los demás reproducir ejemplares de la obra sin su permiso: W. Blackstone, Commentaries on the Law of England, Libro II cap. 26, Oxford, 1766, pág. 405

⁶³ G. F. Hegel, Filosofía del derecho (Trad. A. Mendoza De Montero), Coyacán, México: Ediciones Casa Juan Pablo, 1980.

⁶⁴ D. Álvarez, O. Salazar, J. Padilla, Teoría de la Propiedad Intelectual, Fundamentos en la filosofía, el derecho y la economía, Civilizar, Colombia, 2015, pág. 65.

⁶⁵ D. Álvarez, O. Salazar, J. Padilla, Teoría de la Propiedad Intelectual, Fundamentos en la filosofía, el derecho y la economía, Civilizar, Colombia, 2015, pág. 70.

*un bien o servicio. Incluyen además toda producción artística o cultural, la arquitectura y la publicidad.*⁶⁶

Por otra parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), las describe de la siguiente manera: *“las industrias protegidas por el derecho de autor (IPDAs) son aquellas que se dedican, son interdependientes, o que se relacionan directa e indirectamente con la creación, producción, representación, exhibición, comunicación, distribución o venta de material protegido por el derecho de autor.*⁶⁷

La Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD) las describe como, *“las industrias creativas están en el centro de la economía creativa, y se definen como ciclos de producción de bienes y servicios que usan la creatividad y el capital intelectual como principal insumo. Se clasifican por su papel como patrimonio, arte, medios y creaciones funcionales.*⁶⁸

El Departamento de Cultura, Medios y Deportes del Reino Unido (DCMS) por su parte las resume en *“aquellas actividades que tienen su origen en la creatividad, la habilidad y el talento individual, y que tienen el potencial de crear empleos y riqueza a través de la generación y la explotación de la propiedad intelectual.*⁶⁹

La Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL) las define como *“las industrias de contenidos son: editorial, cine, televisión, radio, discográfica, contenidos para celulares, producción audiovisual independiente, contenidos para Web, juegos electrónicos, y contenidos producidos para la convergencia digital (cross media).*⁷⁰

Utilizando todos los elementos en común, en la publicación del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), “La economía naranja: una oportunidad infinita”, menciona que todas las definiciones tienen en común los siguientes elementos: cuentan como materia prima la creatividad, el arte o la cultura; poseen relación con derechos de propiedad intelectual, especialmente, derecho de autor; y, tienen una función directa en una cadena de valor creativa⁷¹.

Como definición personal de las industrias creativas y culturales, diré que son todas aquellas que utilizan como recurso principal el ingenio, la creatividad, el arte o la cultura, que son capaces de generar empleo, bienestar económico y herencia cultural, a través de la generación, protección y explotación de propiedad intelectual. Una de las características de las economías creativas, es su alto grado de trabajo colaborativo e inclusivo. En la investigación “El futuro de la economía naranja” desarrollado en conjunto entre la organización Institute for the Future y el BID, mencionan que *“el crecimiento de la representación incluyente en el trabajo creativo está*

⁶⁶ Link: www.unesco.org

⁶⁷ Link: www.wipo.int

⁶⁸ Link: www.unctad.org

⁶⁹ www.gov.uk

⁷⁰ Link: www.cepal.org

⁷¹ F. Buitrago, I. Duque, La economía naranja, una oportunidad infinita, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Colombia, 2013, pág. 36 y 37.

*dando lugar a una nueva generación de productos y de empresas creativas*⁷². Cada día alrededor del mundo, se generan nuevas ideas y proyectos basados en la creatividad y el ingenio, a través de nuevas plataformas, instrumentos y estructuras de financiamiento a los existentes, cambiando de manera significativa la forma de hacer las cosas. Incluye opciones diversas como *el crowdfunding*⁷³, *crowd equity*⁷⁴, monedas digitales, contratos inteligentes (*smart contracts*), entre otros, que eliminan intermediarios y se basan en la confianza y transparencia. Así mismo, las nuevas plataformas permiten que artistas puedan directamente distribuir, registrar como propiedad intelectual un activo intangible, recaudar compensaciones económicas, lo cual permite de una forma más directa al creador manejar y beneficiarse de su creación.

4. DESARROLLO DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN

La sociedad y la economía cambian de paradigmas a través del desarrollo de las industrias creativas y culturales, lo cual ha dado toda una generación creyente en las comunidades y redes colaborativas. Es así como la tecnología permitió la disrupción en la industria hotelera, a la vanguardia de una empresa de software como lo es *Airbnb*⁷⁵; sistemas de transporte colaborativo como *Uber*⁷⁶, *Cabify*⁷⁷, *Easytaxi*⁷⁸, las cuales revolucionaron al sector del transporte público; plataformas como *Spotify*⁷⁹ y *Soundcloud*⁸⁰ que permitieron el surgimiento de artistas y autores independientes, alejados de las tradicionales empresas discográficas.

El internet apareció, transformando al mundo como lo conocíamos. La industria publicitaria y prensa tradicional se vieron afectadas por el nuevo status quo. Surgieron plataformas digitales y distintas maneras de promocionarse a través del marketing digital. En el 2004 surge la web 2.0, que también significó un giro importante para la sociedad, al dar la capacidad de interacción entre los usuarios. Este hecho es importante porque abrió las puertas a la colaboración, comunidades y consensos. Principios claves que serían necesarios para lo que vino después.

La industria publicitaria, de esta manera, tuvo un giro importante en la forma sobre cómo hacer publicidad, pero, sobre todo, quienes tenían la capacidad de costearla. Los medios impresos y los organismos de radiodifusión a mediados del siglo XX, resultaban inaccesibles para emprendedores, así como para pequeñas y medianas empresas. Este hecho cambió radicalmente con la aparición internet y la web 2.0, lo

⁷² T. Finlev, T. Maguire, B. Oppenheim, S. Skvirsky, El futuro de la economía naranja: fórmulas creativas para mejorar vidas en América Latina y El Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Colombia, 2017, pág. 3

⁷³ es el término inglés para referirse a financiación colectiva, es decir, a un grupo de personas apoyando económicamente a un proyecto o negocio.

⁷⁴ Es el término en inglés que se refiere al acto de conseguir una participación en el capital de la empresa con un retorno a través de beneficios, rentas, acciones o participaciones de la firma.

⁷⁵ Link: www.airbnb.com

⁷⁶ Link: www.uber.com

⁷⁷ Link: www.cabify.com

⁷⁸ Link: www.easytaxi.com

⁷⁹ Link: www.spotify.com

⁸⁰ Link: www.soundcloud.com

que permitió la inclusión y descentralización de la publicidad, y en consecuencia quienes podían costearlos. Plataformas como *Facebook*⁸¹, *Instagram*⁸², *Google*⁸³, entre otras, permitían que el público en general tuviera la posibilidad de invertir en publicidad. El contenido también tuvo que cambiar y adaptarse a la tecnología actual. Por primera vez, los usuarios no requerían contratar necesariamente a un profesional en producción audiovisual o en fotografía para producir contenido y publicitar su marca o negocio. Sin embargo, poco a poco, la industria de los medios se fue esclavizando a los principales canales que abarcan el 75 por ciento de la publicidad digital⁸⁴. Los datos de los usuarios se convirtieron en métricas e invasión a la privacidad, pese a los contratos digitales de adhesión. Este hecho originó, a su vez, un movimiento a favor de la protección de datos en todo el mundo. Una vez más, los valores de la colaboración, comunidad y consenso, buscarían orgánicamente soluciones como lo son los bloqueadores de publicidades, impulsar leyes especializadas de protección a los usuarios, así como también plataformas tecnológicas que podrían cambiar este nuevo paradigma.

Es así como el paso trascendental en el siglo XXI consistió en la transición del internet al internet del valor⁸⁵. La evolución del internet abrió las puertas a la tecnología blockchain, la cual añade un valor adicional a las comunidades colaborativas: la descentralización a través del consenso. Este sistema permite compartir todo tipo de títulos, documentos, certificaciones, registros, archivos, creaciones, obras, en forma digital y descentralizada, eliminando el intermediario como ente central que generaba la confianza a la sociedad. Consiste en una base de datos, con protección criptográfica, matemáticamente organizada en una cadena de bloques segura. Con un requisito fundamental, debe existir usuarios (nodos) que se encargan de verificar y validar dichas transacciones.

Es así como el blockchain o cadena de bloques para la autenticación tiene la capacidad de descentralizar y garantizar, mediante el consenso, ilimitadas necesidades o creaciones de las industrias creativas y culturales. Como ejemplo, en la industria publicitaria, la descentralización que generó la publicidad digital de la publicidad tradicional, pronto se verá opacada con aquella que puede conectar a los consumidores directamente con las marcas y los medios, protegiendo la confidencialidad de los datos personales. Las comunidades reaccionaron cuando reconocieron que los servicios gratuitos que utilizan por redes sociales, eran utilizados para obtener información personal, armar la huella digital del usuario y convertirlo en el producto que utilizan para vender pauta publicitaria. Como respuesta a este hecho, surgieron proyectos de tecnología que tienen como principio

⁸¹ Link: www.facebook.com

⁸² Link: www.instagram.com

⁸³ Link: www.google.com

⁸⁴ A. Preukschat, I. Molero, Blockchain: la revolución industrial de internet, Artículo Medios de Comunicación y la blockchain por C. Fernández, Colombia, Paidós, 2018, pág. 89.

⁸⁵ Una expresión que define el próximo paso en la evolución natural de la red y que sólo ha sido posible a partir del descubrimiento de la tecnología blockchain. A. Preukschat, I. Molero, Blockchain: la revolución industrial de internet, Colombia, Paidós, 2018, pág. 24.

la ausencia de uso de datos personales, como el caso de *Unonimity*⁸⁶, o el caso de *Creadores*⁸⁷, de propiedad de *Taringa* que distribuye los ingresos de publicidad utilizando el bitcoin entre los usuarios que se encuentran aprobados y que publican sus contenidos. Este tipo de iniciativas serán aún socialmente más aceptadas, por compartir el respeto a los datos personales y a la transparencia de los contenidos. Por otro lado, el caso de *Satoshipay*⁸⁸, es un claro ejemplo de solución blockchain para la industria editorial. En el 2016 inició el proyecto de una plataforma para que los editores pudieran monetizar los contenidos.

Una compañía que utiliza la blockchain en el sector farmacéutico es *blockverify*⁸⁹ ofreciendo servicios para generar la transferencia en las cadenas de suministro. De esta manera pueden encontrarse conectados los productores, con los distribuidores y vendedores.

Pero no solo las industrias creativas y culturales han sido impactadas por el desarrollo de las nuevas tecnologías, también lo han sido las administraciones públicas, que requieren un modelo nuevo e inteligente, facilitador, pero sobre todo visionario para enfrentar los retos del nuevo paradigma. El Estado y sus dependencias para funcionar correctamente deberán incluir los principios que hemos mencionado, que son parte de la identidad de la economía creativa, como lo es la colaboración, el consenso, la descentralización, la confianza y la transparencia; antes que apliquen la simplicidad y la inmediatez en el servicio al usuario y participativos. El sector público debe ser pionero en el uso de las nuevas tecnologías, para servir a sus usuarios, pero también, para enfrentar su gran desafío en el siglo XXI: mantenerse relevante.

Este hecho ha sido procesado y aplicado por diversos países en el mundo, especialmente por aquellos que se destacan por sus altos índices de innovación. El Reino Unido, por ejemplo, utiliza el sistema blockchain para becas de investigación, y para los servicios de bienestar social. En Singapur, se está invirtiendo en sistema blockchain para combatir los fraudes entre los comerciantes y los bancos. En este año, Dubai tiene previsto trasladar todos sus documentos a blockchain y no utilizar papel. El caso de mayor éxito es Estonia, siendo un pequeño país, utiliza la blockchain para registros fiscales y empresariales, por lo que demuestra que la tecnología está al alcance de todos, sin importar el tamaño.⁹⁰

⁸⁶ Link: www.es.slideshare.net/unonimity

⁸⁷ Link: www.taringa.net

⁸⁸ Link: www.satoshipay.io

⁸⁹ Link: www.blockverify.io

⁹⁰ A. Preukschat, I. Molero, Blockchain: la revolución industrial de internet, Artículo El sector público y el uso de la blockchain por R. Fernández, Colombia, Paidós, 2018, pág. 103.

5. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA BLOCKCHAIN (CADENA DE BLOQUES PARA LA AUTENTIFICACIÓN)

En la era del internet, los creadores y titulares de derechos de propiedad intelectual que se encuentran dentro de las industrias creativas y culturales, han vivido cambios en los procesos de creación, distribución y comercialización de sus activos intangibles. En el siglo XX, por ejemplo, los costos de producción de una obra musical, cinematográfica, fotográficas, por mencionar algunos, eran altos comparados a los que posteriormente, con las nuevas tecnologías, se pudieron crear. Así mismo, los canales de distribución eran muy distintos y limitados; anteriormente se requería una discográfica o productora musical, canales de distribución en salas de cine y otros medios de alquiler como *Blockbuster*. Con los nuevos cambios, el costo de producción y distribución se volvió mínimo, con plataformas como *Spotify*, *Soundcloud*, *youtube*⁹¹, entre otros. Todo esto permitió que los usuarios tengan la posibilidad de descentralizar el acceso a obras de toda índole, lo cual sin duda ha beneficiado al consumidor. Sin embargo, la misma naturaleza digital que permite la distribución global, también afecta a la capacidad de que el titular o creador de derechos sobre sus creaciones pueda recibir la compensación económica por la explotación de su creación. Así también, surgieron nuevos escenarios y desafíos para combatir a la piratería en internet.

La tecnología blockchain por su parte, ha empoderado a los creadores, empresarios y demás titulares de derechos de propiedad intelectual, porque además les permite tener control sobre sus activos intangibles. Faculta a los creadores a que puedan otorgarle identidad digital a cada una de sus creaciones, lo cual sin duda puede revolucionar el sistema de protección y observancia de propiedad intelectual como lo conocemos en la actualidad. Así mismo, permite estar mejor preparados frente a los casos de falsificación, usos no autorizados, inclusive los casos de engaño al consumidor y fraude. Puede ser incluida desde los sistemas logísticos, registro de contabilidad, control de producto en bodega, entre otros. Esta tecnología puede integrarse con todos los sistemas gubernamentales, desde la entidad reguladora de las sociedades, agencias tributarias, y, por supuesto, con la entidad competente en materia de derechos intelectuales.

Los casos de *CoalalP.org* y *Mediachain.io*, buscan etiquetar todos los contenidos digitales, así como determinar la trazabilidad de su uso en base de datos centralizados, lo que funcionaría como una especie de base de datos universal para licencias de contenidos digitales. De esta manera, los actores de las economías creativas pudieran ejercer control sobre sus creaciones, trazarlas, obtener una ruta sobre sus licenciamientos y recibir su compensación económica por los mismos.

"Con la blockchain sería posible tener un sistema totalmente abierto de notificación y rastreo universal para contenidos digitales, y se podrían crear otros servicios de valor para mejorar el

⁹¹ Link: www.youtube.com

*proceso de descubrimiento de creaciones digitales.*⁹² Este mismo principio podría servir para otro tipo de situaciones relevantes en propiedad intelectual, como las pruebas de uso de una marca objeto de cancelación, venta de producto de imitación o falsificado en internet, producto en aduana que no cumple con la huella de garantía de originalidad, entre otros escenarios.

Institute for the Future y el BID describen al blockchain como *“las tecnologías del libro mayor distribuido democratizan la propiedad intelectual y facilitan que a los creativos se les reconozca y compense por los productos que crean”*⁹³. Consideran que su bajo costo beneficia a las comunidades económicamente menos favorecidas, en todas las áreas de propiedad intelectual.

De esta manera, cada vez con más frecuencia los creadores y empresarios buscan utilizar el sistema blockchain con el propósito de proteger y/o explotar los activos intangibles. Por medio de la acción de etiquetado sobre contenidos digitales, se encuentran en la posibilidad de brindar una solución de autorización de uso por los derechos de autor que le correspondan al titular de derechos, con el propósito de identificar las obras y recaudar los valores que le sean aplicables. Ejemplos son: *Verisart*⁹⁴ o *Ascribe.io* respecto a obras de arte; blockchain con imágenes; *Everledger*⁹⁵, asociada con *BMI*, proporciona una caja de seguridad digital para garantizar la propiedad o el origen de un diamante, como herramienta para evitar el fraude.

Estos procesos pueden simplificar las autorizaciones de uso mediante contratos inteligentes, ahorrando tiempo y dinero significativo a los creadores, que acarrear las negociaciones, los abogados, los registros de las entidades públicas. De esta manera, *“las creaciones quedarían registradas en una blockchain construida al efecto y en la que los creadores podrían establecer sus propias reglas y precios gracias a contratos inteligentes. Por ejemplo, que canciones son gratuitas, que canciones son solo para streaming, con qué calidad se pueden utilizar y el coste por el servicio solicitado. Ese registro sería público y cualquier persona o maquina podría leer las reglas de uso de los activos digitales inscritos.”*⁹⁶

En relación al diseño de moda, esta plataforma también permitirá a los artesanos de américa latina y el Caribe demostrar la prueba de origen de los materiales como la artesanía. Esto influirá directamente en el valor, al poder garantizar el origen de un producto y conocer aquello por lo cual el usuario está adquiriendo. *“En la próxima década, la autenticación de productos y la transparencia de las cadenas de suministro que ofrecen los libros mayores descentralizados, cambiará la manera de fijar el precio de los productos, y, por extensión, lo que se paga a los creadores”*⁹⁷.

⁹² A. Preukschat, I. Molero, Blockchain: la revolución industrial de internet, artículo Música, imágenes y un concepto más justo de la propiedad intelectual por A. Preukschat, Colombia, Paidós, 2018, pág. 119.

⁹³ T. Finlev, T. Maguire, B. Oppenheim, S. Skvirsky, El futuro de la economía naranja: fórmulas creativas para mejorar vidas en América Latina y El Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Colombia, 2017, pág. 25

⁹⁴ Link: www.verisart.com

⁹⁵ Link: www.everledger.io

⁹⁶ A. Preukschat, I. Molero, Blockchain: la revolución industrial de internet, artículo Música, imágenes y un concepto más justo de la propiedad intelectual por A. Preukschat, Colombia, Paidós, 2018, pág. 120.

⁹⁷ T. Finlev, T. Maguire, B. Oppenheim, S. Skvirsky, El futuro de la economía naranja: fórmulas creativas para mejorar vidas en América Latina y El Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Colombia, 2017, pág. 26

Mediante esta tecnología, se facilita el acceso a los verdaderos titulares de derechos de las creaciones, a los que se quiere acceder o solicitar autorización. En algunos casos, obtener una licencia es imposible, pese a los intentos de identificar al titular actual o inclusive al contacto requerido para la negociación de la licencia. Millones de negocios creativos se pierden, por la falta de seguridades al momento de requerir una licencia, por el riesgo que supone utilizar una obra sin autorización.

Cada sector de las industrias creativas y culturales, como el diseño gráfico, software, diseño de moda, cinematográfica, literaria, publicidad, musical, organismos de radiodifusión, franquicias, arte, artesanías, museología, y en general, todas aquellas que utilicen su capital creativo para la generación, protección y explotación de propiedad intelectual pueden utilizar la blockchain para beneficio propio y de su industria.

6. CONCLUSIONES

A partir del año 2009, cuando surge la blockchain, poco a poco, instituciones privadas y públicas, la academia, emprendedores, empresarios y en general actores de la sociedad, se han interesado en ella, en desarrollarla y en conocer sus alcances. La blockchain, la creatividad y las creaciones del ser humano comparten características: son infinitas, no tienen límites y cuentan con un gran potencial.

Las industrias creativas y culturales tienen, cada vez, mayor importancia para las sociedades y representación en el producto interno bruto. En la última investigación realizada por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre la contribución económica de las industrias del derecho de autor en Ecuador, representaron el 4.47% del producto interno bruto⁹⁸. La generación de empleos directos e indirectos, el bienestar económico y el bagaje de herencia cultural, como consecuencia de la protección y seguridad jurídica que otorga el derecho de propiedad intelectual para su desarrollo, ha permitido un momento histórico sin precedentes, en el que cada vez más prima la colaboración global y la integración por la búsqueda de cambios positivos para la humanidad. Así mismo, se ha asentado una sociedad que exige la inmediatez, la ausencia de burocracia y transparencia: ser partícipe de los procesos económicos, políticos, financieros. No es coincidencia el impacto que tienen las redes sociales en las decisiones y cambios de la sociedad, a través de sencillas publicaciones en redes sociales, compartidas por comunidades locales o globales. El poder ahora se encuentra en las personas, en los creadores, creativos, empresarios, empleados, artistas, abogados, científicos, es decir, en todos.

Por otro lado, tenemos al sistema de propiedad intelectual que históricamente ha sido objeto de aciertos y fallas, pero además con sus críticas respecto a su

⁹⁸ P. Cardoso, The Economic Contribution of Copyright Industries in the Republic of Ecuador, Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Suiza, 2017, Pág. 43.

legitimación, delimitación y alcance. A diferencia de cualquier otro siglo, en este, todas las aproximaciones y percepciones son socializadas por no conocedores del derecho, y, también por quienes forman parte de las economías creativas. Los que palpan y viven la limitación de contenidos de terceros y que sufren un choque a los principios de comunidades colaborativas. El gobierno y el aparato estatal también experimentan la presión de las plataformas digitales, por la transparencia e inmediatez que se exige a la información, los resultados y los servicios.

Constantemente la administración pública es objeto de escrutinio público, donde cada vez es más evidente su crisis de confianza por parte de los administrados. Todo este escenario propicia que el desarrollo de soluciones como la blockchain sean aplicadas a la propiedad intelectual.

Es por este motivo, que resulta imperativo analizar las oportunidades y amenazas que pueden resultar de la aplicación de las nuevas tecnologías a las industrias creativas y culturales que se nutren del sistema de propiedad intelectual.

La seguridad jurídica que ofrecen los tratados y acuerdos internacionales brindan una base de seguridad para el desarrollo de las industrias de la economía creativa, que bien pudieran ser escenario para la obtención de un registro de blockchain público, abierto y descentralizado, lo que impactaría directamente a los sistemas de registro de derecho de autor locales.

Las aplicaciones transversales, el movimiento de la descentralización, la idea de generar un registro global de transacciones con directa aplicación a los bienes intangibles, nos conducen a cuestionarnos sobre si es momento que la autoridad competente de propiedad intelectual en cada país deba reinventarse, adelantarse a ser compatibles con sistemas blockchain. Más allá de la capacidad de las entidades de control en digitalizarse, en acciones concretas, tales como: aplicar métodos de certificación digital instantánea a bajo costo, por ejemplo, registros de derecho de autor en un sistema blockchain público; sistemas de rastreo de historial de activos intangibles, conectados a buscadores y bases de datos nacionales e internacionales que obtienen resultados en toda la red, como podría funcionar para identificar la trayectoria de uso e historial de propiedad de un signo distintivo; aceptación o registro de contratos inteligentes, de tal manera que solo la información necesaria sea la publicitada para acceso público mediante blockchain, por ejemplo, en los casos de las licencias de uso de derecho de autor, propiedad industrial u obtenciones vegetales, sin requerir formalidades como la inscripción ante la autoridad competente.

Por otra parte, las entidades de control gubernamental pudieran desarrollar mecanismos de observancia contra uso indebido de propiedad intelectual, falsificación, engaño al consumidor y fraude, utilizando las nuevas tecnologías. Las aduanas pudieran encontrarse conectadas mediante blockchain, involucrando a los productores, distribuidores, titulares de derechos de propiedad intelectual, y la

entidad de propiedad intelectual correspondiente, para ser integrados en todos los nodos de la cadena. De esta manera, un producto podría fácilmente ser detectado mediante el código que proporcione toda la información relativa a su fabricación y procesos de garantía de originalidad. Esto permitiría una trazabilidad total, transparente, y lo más importante, un sistema confiable.

La historia nos demostró que los cambios importantes surgieron en cada revolución industrial que ha experimentado la humanidad: con la llegada de la máquina de vapor, la mecanización; con la electricidad, la producción masiva; la automatización en el proceso de fabricación, con las nuevas tecnologías; con la imprenta, el acceso al conocimiento y el origen del sistema de la propiedad intelectual. Hoy en día, los expertos denominan que nos encontramos en la cuarta revolución industrial⁹⁹, por los nuevos paradigmas que suponen las nuevas industrias inteligentes. A las puertas de la aplicación transversal de la tecnología blockchain en las industrias creativas y culturales, podemos concluir que cada una tendrá un proceso de reestructuración y cambio de paradigmas más profundos, lo que sin duda impactará a las normas actuales de propiedad intelectual y a la administración pública. Parecería ser que una vez más, la innovación y la creatividad traerán las soluciones para los nuevos desafíos.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Preukschat, I. Molero, Blockchain: la revolución industrial de internet, Colombia, Paidós, 2018
- Dietz, Transformación en el derecho de autor. ¿Cambio de paradigmas en el Derecho de Autor? Filosofía del derecho de autor. En Dirección Nacional del Derecho de Autor, Bogotá, 1991
- Fernández. Artículo, El nuevo contexto del Derecho de Autor del siglo XXI, revista jurídica de Propiedad Intelectual tomo I, Ecuador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2009.
- LPSZYC, Derecho de Autor y derechos conexos, París – Bogotá – Buenos Aires, Unesco – Cerlac, Zavalía, 1993.
- Álvarez, O. Salazar, J. Padilla, Teoría de la Propiedad Intelectual, Fundamentos en la filosofía, el derecho y la economía, Civilizar, Colombia, 2015.
- G. F. Hegel, Filosofía del derecho (Trad. A. Mendoza De Montero), Coyacán, México: Ediciones Casa Juan Pablo, 1980.
- J. Howkins, The Creative Economy: How people make money from ideas, second edition, Penguin books, 2013.

⁹⁹ A. Preukschat, I. Molero, Blockchain: la revolución industrial de internet, Colombia, Paidós, 2018, pág. 69.

- J. Locke, Segundo Tratado sobre el gobierno civil, trad. De C. Mellizo, Madrid Tecnos, 2010.
- J.F. Córdova, El Derecho de Autor y sus límites, Editorial Temis, Bogotá, 2015
- P. Burke, A. Briggs, De Gutemberg a Internet. Una historia social de los medios de comunicación (Trad. M. A. Galmarini), Madrid, Taurus, 2002
- P. Cardoso, The Economic Contribution of Copyright Industries in the Republic of Ecuador, Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Suiza, 2017.
- T. Finlev, T. Maguire, B. Oppenheim, S. Skvirsky, El futuro de la economía naranja: fórmulas creativas para mejorar vidas en América Latina y El Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Colombia, 2017
- W. Blackstone, Commentaries on the Law of England, Libro II cap. 26, Oxford, 1766

7.1. Internet

- Link: www.unesco.org
- Link: www.wipo.int
- Link: www.unctad.org
- Link: www.gov.uk
- Link: www.cepal.org
- Link: www.airbnb.com
- Link: www.uber.com
- Link: www.cabify.com
- Link: www.easytaxi.com
- Link: www.youtube.com
- Link: www.verisart.com
- Link: www.everledger.io

Art.

1.6

Protección jurídica de los videojuegos en Ecuador

Autor. Pablo Solines Moreno



PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS VIDEOJUEGOS EN ECUADOR

Pablo Solines Moreno¹⁰⁰

Fecha de elaboración: 31 de Marzo de 2020.

Palabras claves:

Videjuego, obra audiovisual, software, gamer, e-sports, multimedia, titularidad originaria, medidas tecnológicas, publisher, developer, consola

Resumen:

El presente artículo tiene como propósito poner en contexto las principales características y elementos presentes en los videojuegos como obra original susceptible de amparo por los derechos de autor, de tal forma que se pueda analizar el régimen jurídico de protección aplicable a estas obras complejas, así como a los actores que intervienen en su desarrollo y ejecución. Ello, nos llevará a identificar las limitaciones y problemática que presenta la normativa actual en relación a este tipo de obras.

1. INTRODUCCIÓN

La industria de los videojuegos, sin duda hoy en día la más relevante en términos económicos de todas las industrias creativas, tiene como elemento base el “videojuego”, una obra compleja que ha tenido una evolución significativa en

¹⁰⁰ Socio de la Firma SOLINES & ASOCIADOS Abogados en Ecuador, coordinador del área de Derecho del Entretenimiento y Propiedad Intelectual. Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual- AEPI. Abogado en libre ejercicio, especialista en Derecho del Entretenimiento & Medios, Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador PUCE, Máster en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías por la Universidad Autónoma de Madrid, Máster de Derecho de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y Comunicación por la Universidad Carlos III de Madrid, Especialista Superior en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar. Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Protección de Datos; Ex Presidente del Comité de Propiedad Intelectual de la Cámara Ecuatoriano – Americana AMCHAM. Miembro del Instituto Interamericano de Derechos de Autor IIDA, de la Asociación Interamericana de Propiedad Intelectual ASIPI, de la Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual AEPI, del Comité de Derecho de Entretenimiento de ASIPI, entre otras organizaciones; Consultor de la OMPI para estudios sobre derechos de autor en la región de Latinoamérica.

términos conceptuales desde que fue creada hasta la actualidad. Así, en un inicio, en un videojuego tenían un papel determinante y preponderante los ingenieros informáticos, al estar concebido principalmente como una tarea de programación; la función de guionistas, diseñadores gráficos, fotógrafos, ingenieros de sonido era casi nula o, en algún caso, accesoria; sin embargo, hoy estas personas se han convertido en elemento clave para el desarrollo de un videojuego.

Definitivamente en esta obra, los elementos que lo componen, la tecnología, el rol los distintos creadores y personas que participan en su desarrollo, entre otros, han variado de tiempo en tiempo, hasta llegar, como resultado final, a una obra de características tan complejas, por tener componentes de software, visuales, de sonido, musicales, efectos, animación, texto, entre otros, que han llevado a describirla como la obra más compleja de todas.

Por tanto, el análisis de los videojuegos desde la perspectiva jurídica y, más particularmente, de la propiedad intelectual, adquiere gran importancia; establecer su naturaleza jurídica y su régimen de protección incidirá en la determinación de cuestiones esenciales como la autoría, los derechos compensatorios de las personas que aportan creativamente en el videojuego, la cesión de derechos, entre otros aspectos.

En este artículo se busca identificar aquellos elementos que consideramos relevantes para el análisis de la protección de los videojuegos, para luego considerarlos desde la perspectiva de la legislación ecuatoriana y de la comunidad andina.

Para ello, haré un breve repaso de ciertos datos de la industria, analizaré el tipo de obra que constituye un videojuego, la naturaleza jurídica del mismo; se abordarán los distintos aspectos regulatorios aplicables a los videojuegos desde la óptica de ciertas obras; se analizará la perspectiva de derechos de los jugadores y, finalmente, se abordarán otras cuestiones legales implícitas en la industria de los videojuegos.

2. BREVES APUNTES DE LA INDUSTRIA DE LOS VIDEOJUEGOS

En el año de 1952, Alexander S. Douglas desarrollaría la primera versión computarizada de un juego, tres en raya, denominado *OXO*, que permitía enfrentar a una persona contra la máquina.

En 1958 Willam Higginbotham creó un simulador de tenis de mesa llamado *Tennis for Two*, que sería el primer videojuego en permitir el juego entre dos personas.

Cuatro años más tarde, en 1962, Steve Russel crearía *Spacewar*, considerado por muchos, el primer juego interactivo de computador que consiste en dos naves espaciales que intentan destruirse.

En el año de 1972, apareció el Magnavox Odyssey, el primer sistema doméstico de videojuegos creado por Albert Marico y Ted Dabney, que permitía conectarse al televisor y jugar varios juegos pregrabados.

En el mismo año se lanzó la máquina recreativa **Pong** diseñada por Al Com para Nolan Bushnell (Atari) y que es considerado el primer videojuego comercial que daría inicio a la industria de los videojuegos.

Han transcurrido varias décadas desde entonces y la industria de los videojuegos a nivel mundial ha tenido una evolución sin precedentes; evolución que se ha visto presente en el desarrollo y programación de los videojuegos, en donde la tecnología y los recursos invertidos han jugado un papel preponderante; la fabricación de consolas que, a través de sus distintas generaciones, han brindado experiencias completamente diferentes a los usuarios; en los principales actores que forman la cadena de valor del videojuego; en los modelos de negocio que incluyen la distribución y monetización de los mismos, entre otros factores.

Así, en la actualidad, la industria se compone de tres grandes segmentos cuya relevancia ha ido variando conforme el transcurso del tiempo, por el tipo de productos que ofrecen, costos (incluidos desarrollo y distribución), intereses de mercados objetivos, entre otros, estos son: videojuegos para consolas, videojuegos para PC y videojuegos para móviles.

En el primer segmento, tienen un rol determinante los fabricantes de consolas (denominados en la industria como **first party - primera parte**¹⁰¹), dominando el mercado actual, **Sony, Nintendo y Microsoft**¹⁰² con sus consolas **PlayStation, Wii y Nintendo y Xbox** respectivamente. En este mercado, se desarrollan videojuegos para ser ejecutados en estas consolas, lo cual, supone, normalmente, costos de desarrollo más elevados. Además, los procesos de control de calidad y aceptación por parte de los fabricantes de las consolas suelen ser más rigurosos.

El mercado de videojuegos de consolas ha debido reinventarse con el transcurrir de los años, dada la evolución de la tecnología y las facilidades que otorga ésta para el acceso a videojuegos cada vez más sofisticados, a costos mucho más asequibles para los usuarios y desde cualquier dispositivo móvil. Por ello, se ha buscado que la

¹⁰¹ A lo largo de los años de desarrollo de la industria de videojuegos, ha habido un sinnúmero de fabricantes de consolas, entre los que se incluyen: Atari, Sega, Amstrad, Capcom, Coleco, Game Park, NEC, Nokia, Panasonic, Casio, Nintendo, Sony, Microsoft, entre muchas otras

¹⁰² Sony con sus principales consolas: PlayStation (1994), PlayStation2 (2000), PlayStation3 (2007) y PlayStation4 (2013). La PlayStation2, PlayStation4 y PlayStation (en ese orden) han sido las consolas de mesa más vendidas de la historia. Además, Sony ha lanzado consolas portátiles con éxito en ventas como: PlayStation Portable (2004) y PlayStation Vita (2011).

Nintendo con sus principales consolas de mesa: Nintendo Entertainment System (1983), Super Nintendo (1991), Nintendo 64 (1996), Nintendo GameCube (2001), Wii (2006), Wii U (2012) y Nintendo Switch (2017). Además, Nintendo ha liderado el mercado de las consolas portátiles con: Game Boy (1994), Game Boy Color (1998), Game Boy Advance (2001), Nintendo DS (2004) – el más vendido de la historia-, Nintendo 3DS (2011), Nintendo Switch (2017) -se trata de una consola híbrida que puede extraerse para utilizarse autónomamente como un dispositivo móvil.

Microsoft con sus principales consolas: Xbox (2001), Xbox 360 (2005) y Xbox One (2013).

experiencia del usuario de los videojuegos de consolas sea único e irrepetible, en donde el despliegue de tecnología, que incorpora efectos visuales, de sonido, animación, voces, música, entre otros, marquen una notable diferencia frente a videojuegos de otras plataformas; además, la última generación de consolas vigente a la fecha, incorpora un centro multimedia y de entretenimiento completo, que brinda otro tipo de servicios y experiencias que trasciende la de los videojuegos.

Este 2020 es el año que verá el lanzamiento de la novena generación de consolas, con la PlayStation5 de Sony y la Xbox Series X de Microsoft, ambas con tecnología *ray tracing*, el trazado de rayos a tiempo real para deducir el lugar de reincidencia de la luz gracias al procesador, lo que permitirá mejorar los efectos y reflejos en tiempo real. Además, la próxima generación de consolas incluirá memorias de almacenamiento de estado sólido SSD, mucho más rápidas, con la capacidad de mejorar drásticamente los tiempos de carga y reducir significativamente los tiempos de desarrollo de los videojuegos; será un sistema capaz de reproducir contenidos hasta en resolución 8K, y tendrá un amplio catálogo de videojuegos, principalmente, en el *streaming* y la *nube*¹⁰³.

Las “primeras partes” o fabricantes de consola cuentan, además, con estudios de desarrollo propios, a través de los cuales desarrollan videojuegos exclusivos para sus consolas, además de permitir o aprobar la ejecución de videojuegos desarrollados de estudios independientes.

Por otro lado, el uso de las PC’s como plataforma *gaming* tuvo su auge en los años noventa, sin embargo, sufrió una caída significativa cuando la venta de videojuegos al por menor empezó a verse afectado con el surgimiento del *streaming*. Pese a ello, la industria de los videojuegos por PC tuvo un nuevo repunte con el desarrollo de la distribución digital, ya que supone una alternativa diferente para los usuarios por cuanto, en primer término, existe una mayor oferta en el catálogo de videojuegos específicos para PC’s, además, los precios de los videojuegos son bastante más económicos que el de las consolas, pudiendo accederse a grandes ofertas; por otra parte, la capacidad de la PC puede incrementarse, añadiendo memoria RAM, incorporando tarjetas SSD, entre otros elementos.

El principal distribuidor de videojuegos para ordenadores es *Valve Corporation*, a través de su plataforma *Steam*¹⁰⁴, que tiene la base de usuarios más grande de entre los distribuidores digitales¹⁰⁵ y actualmente cuenta con más de 30.000 títulos disponibles en su catálogo, que incluye videojuegos desarrollados por *Valve Corporation*, pero también por otros desarrolladores, grandes, pequeños e

¹⁰³ https://elpais.com/tecnologia/2020/01/03/actualidad/1578057267_390316.html

¹⁰⁴ Steam se concibió originalmente para la distribución de videojuegos para ordenadores con sistema operativo Windows, sin embargo, se ha ido expandiendo a otros sistemas operativos como GNU/Linux, Mac OS, e incluso Android, iOS y Windows Phone a través de Steam Link.

¹⁰⁵ Con más de 95 millones de usuarios activos mensuales en 2019 y casi 25 millones de usuarios conectados simultáneamente, record en la industria <https://www.ezanime.net/steam-vuelve-a-romper-su-propio-pico-de-usuario-concurrente-de-todos-los-tiempos/>.

independientes. El precio medio de cada videojuego es de USD 8.37 dólares y sus títulos han logrado casi 190 millones de descargas en el año 2018¹⁰⁶.

También se encuentran otros distribuidores digitales como *Origin* (de *Electronic Arts EA*), *UPlay* (de *Ubisoft*), *Epic Games* (de los creadores del mítico juego *Fortnite*) *GoG* (de *CD Projekt*), *Green Man Gaming*, *Humble Store*, entre otros, que sin duda, juegan un papel muy relevante en el mercado de los videojuegos para PC.

Finalmente, el segmento de los videojuegos para móviles (que incluyen teléfonos inteligentes -smartphones- y tabletas) ha sido el de mayor crecimiento en los últimos años, como se verá a continuación. Esto es comprensible dado el uso generalizado de este tipo dispositivos por personas de todo el mundo y el acceso a internet a través de los mismos. Los principales sistemas operativos de estas plataformas son *iOS* de *Apple* que se ejecutan en teléfonos *Iphone* y tabletas *Ipad* y *Android OS* de *Google* que se ejecutan en un sin número de dispositivos de varios fabricantes, cuyo mercado está liderado por *Samsung* y *Huawei*¹⁰⁷.

Los videojuegos para dispositivos móviles implican costos de desarrollo bastante más bajos que para consolas o PC's y ello los hace más atractivos para desarrolladores, que asumen menos riesgos económicos. Además, gran parte de los videojuegos para móviles son gratis o se venden a precios muy bajos, lo cual hacen de ellos mucho más interesantes para el usuario; sin embargo, la forma de distribución de los videojuegos, a través de las "*app stores*" o *tiendas de aplicaciones* de los fabricantes de teléfonos, ha generado inconvenientes en el acceso a los usuarios que suelen confundirse o "perderse" entre la multitud de aplicaciones que se comercializan a través de estos sitios, que no se limita específicamente a videojuegos.

Dado que los videojuegos para móviles se comercializan a muy bajos costos o, en la mayoría de los casos, son gratuitos, se han establecido una serie de esquemas de monetización que van desde los modelos "*freemium*"¹⁰⁸, a la publicidad personalizada, como se reseñará más adelante.

Para tener una idea general de lo que representa la industria de los videojuegos en el mundo, se debe señalar que el año 2019 las ganancias de esta industria superaron los USD 152 mil millones de dólares, un 9.6% más que el año pasado, considerando las tres principales plataformas antes mencionadas. Así, los videojuegos para dispositivos móviles fue la que más ganancias generó, con más de USD 68 mil

¹⁰⁶ <https://www.europapress.es/portaltic/videojuegos/noticia-steam-ya-tiene-mas-30000-videojuegos-catalogo-20190114142023.html>

¹⁰⁷ <https://www.idc.com/>

¹⁰⁸ Son videojuegos que se distribuyen gratuitamente, pero su esquema de monetización funciona a través de compras de contenidos extras o mejorado como nuevos niveles, elementos del juego, más personajes, entre otros. Para que el modelo "freemium" funcione se requiere de una gran base de usuarios denominados multijugadores masivos en línea -MMO-. Estudio de la OMPI sobre "Aspectos comerciales y legales para desarrolladores de Videojuegos", 2014.

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_959.pdf

millones, seguida de los videojuegos para consolas, con casi USD 48 mil millones y, finalmente, los videojuegos para PC con más de USD 35 mil millones, que incluye videojuegos para navegadores¹⁰⁹.

La forma de monetización de los videojuegos ha ido variando conforme el transcurso de los años. Inició en los años 70's con el modelo "**videojuegos arcade**" donde el jugador debía añadir monedas directamente a la maquina arcade a cambio de un número determinado de vidas o tiempo para jugar. Posteriormente, el valor del hardware (consolas) y los videojuegos físicos asociados eran los principales rubros de ingresos de la industria. Con el desarrollo y acceso casi universal a internet, el modelo fue cambiando; así, el soporte físico fue perdiendo protagonismo, pasando a ser la principal fuente de consumo de videojuegos la **distribución digital** o descarga **en línea**. La última década, la industria ha visto nacer el modelo de "**suscripción**", a través del pago de una cuota mensual, para recibir, a cambio, un catálogo de videojuegos disponibles para el usuario y otros servicios asociados¹¹⁰ y, sobre esta base, ha nacido el negocio de los "**videojuegos como servicio**" que consiste en un modelo en el que se "lanza" un videojuego con un contenido base determinado y que, a medida que pasan las semanas o los meses, la compañía desarrolladora actualiza con nuevo contenido para que la comunidad de usuarios lo siga disfrutando, a cambio de un precio. Además, con la irrupción de los aplicativos móviles, han surgido nuevos modelos de negocio basados en una "gratuidad" del videojuego, denominados modelos "freemium", que se lo ha monetizado de distintas formas; unas a través de publicidad de anunciantes en la aplicación; otras, a través del acceso a recursos dentro del juego mediante micropagos. Estos recursos pueden ser meramente estéticos (halos, mascotas, "skins" para armas, entre otros), complementarios para seguir avanzando en el juego en forma más rápida, o elementos que sí aportan ventajas, ya que ayudan a terminar el juego o mejorar su experiencia¹¹¹.

Como ejemplo, Activision Blizzard, reconocida empresa desarrolladora de videojuegos¹¹², de los 6,513 millones de dólares de ingresos que generó en el año 2017, más del 50% de estos ingresos correspondieron a compras dentro del juego, como son los micropagos o contenidos adicionales¹¹³.

Sin duda, la industria de los videojuegos es la más prominente de todas industrias creativas, superando con creces, incluso, a la del cine y el audiovisual y es que en la actualidad, en los videojuegos se conjuga la tecnología más avanzada (acompañada, en muchos casos, de inversiones exorbitantes en producción) y la creatividad artística, dando como resultado las más impresionantes expresiones de arte visual

¹⁰⁹ <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-global-games-market-report-2019-light-version/>

¹¹⁰ Este modelo ha funcionado muy bien en los juegos multijugador masivo (MMO)

¹¹¹ Este formato ha generado controversias en los usuarios, ya que cuando se trata de juegos competitivos multijugador, tendrá más opciones de ganar quien gaste más dinero.

¹¹² Creadores de reconocidos videojuegos como: Guitar Hero, Call of Duty, Crash Bandicoot, Skylanders, Tony Hawk, Spyro the Dragon

¹¹³ <https://www.rankia.cl/blog/analisis-ipsa/3958408-5-empresas-mas-importantes-videojuegos-que-cotizan-bolsa>

en las que el usuario se compenetra, es parte e interactúa con ellas; de allí que la propiedad intelectual adquiere principal relevancia.

A efectos del presente artículo, se analizará específicamente las características y elementos de protección de los videojuegos actuales, por lo que nos abstendremos de hacer alusión a los videojuegos desde sus orígenes.

3. VIDEOJUEGO COMO OBRA PROTEGIDA POR DERECHOS DE AUTOR

Es claro que una obra, para que tenga la consideración de tal, debe ser una creación intelectual original, que se manifiesta como un reflejo de la personalidad (y espíritu) del autor en la obra, diferenciándose así de otras obras de terceros y garantizando su singularidad (originalidad subjetiva)¹¹⁴. En tal sentido, como es de general conocimiento, en el derecho de autor no se protegen las ideas, sino las formas de expresar las mismas, debiendo ser éstas originales.

Por otro lado, es preciso señalar que la originalidad se presentará de forma diferente, dependiendo del tipo de obra que se trate, si científica, literaria o artística, pues cada tipo de obra comprende elementos y naturaleza diferentes que exigen un análisis también distinto de la originalidad que debe ser parte intrínseca de la misma.

Sobre esto, se debe mencionar que el análisis de originalidad del videojuego ha ido variando con el transcurso de tiempo, justamente por la evolución que éste ha tenido. Por naturaleza, el videojuego ha sido la expresión gráfica y en movimiento de un "juego", sin embargo, el juego en sí no necesariamente contiene características de obra, ya que constituye una idea traducida en un conjunto de reglas y, como es conocido, las ideas, los procedimientos, los métodos y las reglas no son protegidas por los derechos de autor. Lo que sí se protege es la forma en cómo esas reglas se describen y, además, cuando el juego lleva implícito una expresión original; puede ser, por ejemplo, por sus tableros, diseños de cartas, fichas, cuadros y personajes, entre otros.

En tal sentido, el famoso caso de *Atari, Inc. vs. Amusement World, Inc.*¹¹⁵ de 1981 en Estados Unidos refleja la evolución que ha tenido el videojuego en cuanto al ámbito de su protección por los derechos de autor. Atari Inc. debió afrontar contiendas legales contra la compañía Amusement World, Inc., buscando reivindicar la protección por derechos de autor de su videojuego "*Asteroids*", ya que la compañía demandada había desarrollado y distribuido el videojuego "*Meteors*" sobre la base del mismo concepto que el videojuego de Atari, Inc. El Tribunal no concedió las pretensiones a Atari, Inc, por considerar que el videojuego "*Asteroids*" no cumplía con los requisitos para obtener la protección del derecho de autor, ya que la idea del videojuego estaba intrínsecamente relacionada con su forma de expresión, por tanto,

¹¹⁴ Elementos obtenidos del reciente pronunciamiento del Tribunal Andino de Justicia sobre la "originalidad de la obra", Proceso 295-IP-2019.

¹¹⁵ <https://casetext.com/case/atari-inc-v-amusement-world-inc#.VAdFIWSxv4>

no se podía otorgar la protección de esa forma de expresión ya que, de hacerlo, también se estaría protegiendo la idea subyacente.

El videojuego, en la actualidad, tiene componentes artísticos principalmente, también, literarios y de software; por tanto, para determinar si un videojuego debe ser considerado una obra, habrá que analizar si se trata de una creación intelectual original, desde los distintos elementos que lo conforman, a efectos de que goce de la protección del sistema de los derechos de autor.

Lo señalado en el párrafo anterior nos lleva a preguntarnos, ¿de tratarse de una creación intelectual original, qué tipo de obra sería el un videojuego? La respuesta a esta pregunta no ha sido pacífica, justamente por la naturaleza misma de los actuales videojuegos y todos los elementos que se encuentran detrás de su creación, como: software, gráficos, imágenes, frames, grabaciones audiovisuales, efectos de sonido, música, herramientas multimedia, elementos literarios, de animación, capturas de movimiento, entre otros.

Así, algunos países¹¹⁶ han considerado al videojuego como una ***obra eminentemente audiovisual***.

Al respecto, debemos señalar que, de acuerdo a la definición expresada en la Decisión 351 de la Comunidad Andina sobre el Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos (en adelante Decisión 351) una obra audiovisual es ***"toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que este destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene"***

Como se puede apreciar de la definición antes referida, la obra audiovisual está limitada a un conjunto de imágenes asociadas que son proyectadas, elementos que están contenidos en un videojuego, pero que no son los únicos, pues, como se ha anotado antes, también contiene elementos multimedia, de software, literarios, entre otros, por lo que es un tipo de obra que, evidentemente, excedería la definición antes transcrita.

Además, en la definición de obra audiovisual se indica que debe estar ***"destinada esencialmente a ser mostrada"***, lo cual tampoco se ajusta al propósito de un videojuego, ya que éste, por naturaleza está destinado a ser jugado y ejecutado por el usuario, utilizando para el efecto un programa de ordenador. Finalmente, de la definición de videojuegos se colige claramente que la participación del espectador es meramente pasiva, mientras que, por el contrario, el usuario de un videojuego tiene una participación completamente interactiva.

¹¹⁶ Como Kenya y República de Corea: Ver Estudio de laOMPI "The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches (La situación jurídica de los videojuegos: análisis comparativo de los enfoques nacionales)", 2013 https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/comparative_analysis_on_video_games.pdf

Sin perjuicio de lo anterior, se debe considerar que, junto con la creación del videojuego, éste suele venir acompañado de videos de “trailers” del videojuego, que corresponden a una secuencia de imágenes asociadas, que cuentan una historia y que tienen como objeto ser mostradas a través de cualquier medio, con lo cual, los referidos *trailers* sí que se podrían ajustar a la definición de obra audiovisual.

Otros países¹¹⁷ han catalogado a los videojuegos como un *software funcional* con un interfaz gráfico, por lo que, en estos casos, se ha aplicado el régimen de protección del software que, de acuerdo a lo señalado en el Art. 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (en adelante TODA o WCT por sus siglas en inglés), se lo protege como obra literaria en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna.

La definición que plantea la Decisión 351 de la CAN sobre el *programa de ordenador* es toda “*expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador - un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones -, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado*” (Art. 3).

Sobre esto, debe indicarse que, si bien por remisión normativa, la protección del software se lo vincula con la de la obra literaria, no es menos cierto que en la mayoría de legislaciones se ha previsto un régimen de protección de singulares características, dada las connotaciones especiales que tendría este tipo de obra y que obliga a adoptar estas especiales condiciones, que se diferencian de otro tipo obras como: la presunción de titularidad originaria a favor del productor, un esquema de limitaciones y excepciones específicos que difiere de aquel general aplicable para el resto de obras, entre otros elementos.

Si bien en el videojuego se encuentra presente de manera subyacente el software que permite la ejecución del mismo por parte del usuario, no es menos cierto que contiene una serie de elementos adicionales (visuales, sonoros, literarios y creativos) que exceden el contenido de protección del software que, como se expresa de su definición, se restringe al conjunto de algoritmos en lenguaje codificado, expresados a través de letras, números o signos, así como sus manuales de uso y descriptivos.

Finalmente, otro grupo de países¹¹⁸ han reconocido que los videojuegos llevan implícito una serie de componentes que deben ser protegidos independientemente, según su naturaleza, por lo que, tienen una “*clasificación distributiva*”.

En el caso de los países de la comunidad andina, no se ha establecido con claridad a qué categoría de obras pertenecen los videojuegos, ni cuál sería su régimen de protección en particular, por lo que estaría más orientado a una protección independiente de los distintos elementos que conforman este tipo de obra compleja.

¹¹⁷ Como Argentina, Canadá, China, España, la Federación de Rusia, Israel, Italia, Singapur y Uruguay: Ver Estudio de la OMPI: ibidem.

¹¹⁸ Como Alemania, Bélgica, Brasil, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos, Francia, India, Japón, Sudáfrica y Suecia: Ver Estudio de la OMPI: ibidem.

4. PROTECCIÓN DEL VIDEOJUEGO SEGÚN EL TIPO DE OBRA

La determinación del tipo de obra que corresponde al videojuego tiene una incidencia directa en cuanto al alcance de su protección, ya que sobre esta base se establecerá el régimen jurídico aplicable en cuanto a la autoría y titularidad originaria, la remuneración, cesión de derechos, infracciones, los derechos afines aplicables, entre otros aspectos, tal como se revisa a continuación.

a. Obra Audiovisual

El Art. 152 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación vigente en Ecuador (en adelante COESCCI) señala que son coautores de una obra audiovisual:

1. El director o realizador;
2. Los autores del argumento, de la adaptación y del guion y diálogos;
3. El autor de la música compuesta especialmente para la obra; y,
4. El dibujante, en caso de diseños animados.

Los autores de una obra audiovisual adquieren la titularidad originaria de sus creaciones, cuyos derechos patrimoniales son cedidos a favor del productor audiovisual, quien, en última instancia, dispondrá de los derechos exclusivos de explotación de la obra audiovisual en su conjunto, entendido por esta como el resultado final de todas las aportaciones creativas de los distintos autores (titularidad derivada).

Este primer elemento ya presenta una seria dificultad cuando pretende ser trasladado a los videojuegos, por cuanto el personal creativo de este tipo de obras excede notablemente el previsto para una obra audiovisual, pues, en el desarrollo del videojuego realizan un aporte creativo que tiene connotaciones de autoría el diseñador del juego (game designer), director creativo, el creador del guion, de los personajes, de niveles, artistas gráficos, creador de la música, diseñador de interfaz de usuario, ingeniero de programación, entre otros.

Otro elemento importante a anotar es aquel referido al régimen de presunción de cesiones de derechos a favor del productor, pues, el Art. 154 del COESCCI señala que, salvo pacto en contrario, se presumirán cedidos en exclusiva al productor, con las limitaciones previstas en la ley, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de cada una de las creaciones que componen la obra audiovisual.

Este régimen de presunción de cesiones reviste complicaciones a la hora de su aplicación cuando se trata de videojuegos, en primer lugar, por cuanto difiere las calidades de autores en esta obra y, por otro lado, por cuanto la presunción de cesión de derechos debe ser expresamente establecida en la normativa; por tanto, si el

videojuego no está regulado como un tipo de obra específico en la legislación, mal podría aplicarse un sistema de presunción de cesión de derechos.

Sobre este asunto es importante destacar, así mismo, que los coautores de una obra audiovisual, sin bien cederían en exclusiva los derechos antes referidos a favor del productor de la obra audiovisual (salvo pacto en contrario), la ley ecuatoriana (en línea de lo que establece abundante legislación internacional -principalmente europea-) reconoce a favor de ellos derechos de remuneración equitativa por actos de comunicación pública (p.e. exhibición en salas de cine) y distribución (p.e. alquiler), que tienen el carácter de irrenunciables y de gestión colectiva obligatoria¹¹⁹.

La cuestión que cabe preguntarse, entonces, es si los creadores de un videojuego, al tener la calidad de autores de la obra, participarían, así mismo, de los derechos de remuneración equitativa reconocidos a favor de los autores audiovisuales. Ello no parece ser posible por cuanto la regulación de este derecho económico está sustentada en función de la naturaleza de la obra (audiovisual), sus formas de explotación y el impacto que pueden tener éstas en la relación autor-productor. Por tanto, siendo un derecho tan propio de los autores audiovisuales sobre la base de los elementos antes descritos, mal podría aplicarse a los creadores de un videojuego, ya que, en primer lugar, son diversos los autores, las formas de explotación de un videojuego difieren notablemente de una obra audiovisual y, consecuentemente, el impacto que ello genera en la relación productor-autor también es diferente.

b. Programa de Ordenador

La protección de los programas de ordenador está reconocida en los artículos 23 y siguientes de la Decisión 351 de la CAN y en los artículos 131 y siguientes del COESCCI.

Así, el Art. 133 del COESCCI señala que el titular de los derechos sobre un software es el productor, esto es, la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y responsabilidad de la realización de la obra. La norma ecuatoriana, por tanto, otorga al productor la calidad de titular originario de derechos sobre el software y, además de reconocer los derechos patrimoniales a su favor, también lo hace de los derechos morales, al señalar que "*dicho titular está además autorizado para ejercer en nombre propio los derechos morales sobre la obra, incluyendo la facultad para decidir sobre su divulgación*", situación que es criticable cuando el productor se trata de una persona jurídica.

En el caso de los videojuegos, si bien está presente la figura del productor del videojuego (*publisher*), no es menos cierto que éste, a su vez, puede contratar a una empresa desarrolladora de videojuegos que, en principio, es la que se encargaría de la creación del mismo. Esto supone, de inicio, un primer problema, ya que en el caso de los videojuegos podrían ostentar la calidad de "productor", por un lado, el *publisher* y, por otro, la empresa desarrolladora (*developer*).

¹¹⁹ Ver artículo 154 del COESCCI.

Por otra parte, si bien es innegable la presencia de los programas de ordenador como parte intrínseca de los videojuegos, se debe señalar que en la actualidad los desarrolladores suelen escribir los códigos informáticos propios de los videojuegos sobre la base de los denominados “*middleware*” que es software previamente creado por empresas externas y que, utilizado como base de una serie de videojuegos, es decir, que comparten el mismo *middleware*¹²⁰.

Consecuentemente, en los videojuegos, el software cumple una principal función de servir de canal o base para la ejecución de los elementos gráficos, sonoros y narrativos, que están presentes en este tipo de obras, como su parte prevalente. Por tanto, el *publisher* realmente no se configura como el productor de un programa de ordenador (contenido en el videojuego), sino, más bien, como un licenciatario del mismo, lo cual genera una colisión con el concepto de “productor” de software.

De allí, que cabe preguntarse si, en efecto, el *publisher* tendrá la calidad de titular originario de derechos sobre el videojuego con las connotaciones legales que ello implica y si, además, dispondrá de los derechos morales, tal como ha sido reconocido a favor del productor del software. Todo apunta a que no.

Otro aspecto relevante presente en los programas de ordenador y que merece mención es el relativo a los límites y excepciones particulares previstos para este tipo de obras. Recordemos que tanto la norma comunitaria como la nacional establecen que: 1) se podrá realizar una copia o reproducción del programa cuando sea indispensable para la utilización del programa o sea destinada para sustituir la copia legítimamente adquirida; 2) se permite la transformación o adaptación de un programa, cuando sea realizada por el usuario para su exclusiva utilización; y, 3) se permite la ingeniería inversa sobre una copia legítimamente obtenida de un software que se realice con el propósito de lograr la compatibilidad operativa entre programas o para fines de investigación y educativos.¹²¹

Además, es preciso mencionar al Art. 130 del COESCCI, que indica que los usuarios que requieran ejercer una limitación o excepción a los derechos de autor podrán eludir, neutralizar, o dejar sin efecto las medidas tecnológicas aplicadas por los titulares de derechos.

Sobre la base de estos supuestos, de establecer una equivalencia entre un programa de ordenador y un videojuego, las referidas disposiciones relacionadas a las limitaciones y excepciones, así como la facultad de eludir las medidas tecnológicas de protección, aplicables a un software, también serían exigibles a un videojuego y, por tanto, se podrían eludir medidas tecnológicas en caso de que el usuario esté

¹²⁰ “Es un software que incluye todas las funcionalidades básicas para el desarrollo de un videojuego y que servirá de base posteriormente para su ejecución en un sistema informático”, señalado por RAMOS Andy y otros, *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, OMPI. Ej. El *middleware* “Frostbite” sirve de base para videojuegos como *Battlefield*, *Drago Age*, *Fifa*, *Madden NFL*, *Shadow Realms*, *Star Wars*, entre otros.

¹²¹ Artículos 134, 135, 136 y 137 del COESCCI y artículos 25, 26 y 27 de la Decisión 351 de la CAN.

impedido de ejecutar cualquiera de los límites o excepciones previstos para este tipo de obras¹²².

Lo anterior debe ser tratado con mucha cautela, debido a que, al ser una obra compleja, habrá que analizar que límites son aplicables a la obra como un conjunto o a uno de sus componentes en concreto (p.e. programa de ordenador), así como las medidas tecnológicas y la posibilidad de elusión de las mismas, considerando que su alcance puede variar en función del tipo de obra que se trate.

c. Obra colectiva, obra por encargo y bajo relación de dependencia

En términos generales, por la práctica en la industria, parecería que el videojuego se ajusta al concepto de *obra colectiva*, entendida como "*aquella creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma*" (Art. 113 del COESCCI).

El régimen jurídico aplicable a las obras colectivas otorga la titularidad originaria de derechos justamente a la persona que tiene la iniciativa, coordina y divulga la obra bajo su nombre, en este caso, el productor del videojuego o *publisher*.

Se debe considerar que, tal como se señaló en el punto anterior, podría confundirse la condición de titular originario de la obra colectiva con el desarrollador del videojuego (*developer*), que, en la gran mayoría de ocasiones, siendo una persona jurídica independiente, es contratado por el *publisher* para el desarrollo y programación del mismo; esto, considerado que el *developer* será quien tenga la iniciativa y coordine, a su vez, el desarrollo y programación del mismo con su personal y terceras empresas.

Sobre la base de lo anterior, es importante señalar lo dispuesto en el Art. 115 del COESCCI, que indica que, salvo pacto en contrario, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral o por encargo corresponderá al autor. Para clarificar esta disposición, el Art. 62 del Reglamento de Gestión de los Conocimientos señala que en el contrato escrito se podrá establecer que la titularidad originaria o derivada de los derechos de propiedad intelectual sobre una obra corresponderá al Empleador o al Comitente.

Esto tiene relevancia debido a que, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, reafirmaría el hecho de que el productor de un videojuego (*publisher*) adquiriría la titularidad originaria del mismo, en la medida en que: 1) celebre un contrato por

¹²² Sobre esta temática, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó la sentencia de 23 de enero de 2014, Nintendo Vs. PC Box y determinó, en primer lugar, que los videojuegos "son un material complejo que incluye no solo un programa de ordenador, sino también elementos gráficos y sonoros que, aunque codificados en lenguaje informático, tienen un valor creativo propio que no puede reducirse a dicha codificación". En tal sentido, en el caso se aplica la Directiva 2001/29/CE sobre Derecho de Autor en la Sociedad de la Información (DDASI) y hace referencia al alcance de la elusión de medidas tecnológicas de protección para obras en general, señalando algunos principios que se deben observar, entre ellos, que cabría la elusión de medidas tecnológicas implementadas sobre consolas y/o videojuegos para propósitos que excedan la protección de derechos de propiedad intelectual del titular.

escrito con el *developer* (que vendría a ser un contrato “por encargo”); y, 2) dicho contrato establezca expresamente que la titularidad originaria de derechos sobre el videojuego corresponde al comitente, esto es, al *publisher*. No hacerlo de esta forma pondría en riesgo su condición de titular originario sobre el videojuego, pese a que es quien toma la iniciativa, coordina y financia el proyecto, y que ésta pueda corresponder al *developer*.

Además, se deberá considerar el hecho de que, dado que el videojuego es una obra compleja y no se limita exclusivamente a un programa de ordenador, el desarrollador del mismo (*developer*) no se considera, para efectos legales, productor de software, por lo que deberá suscribir, a su vez, contratos escritos con el personal que intervenga en el proyecto, a efectos de que se establezca con claridad la titularidad de derechos, con un problema adicional que presentaría esta situación y es que, en estricto sentido, no se podría determinar que la titularidad originaria sobre el videojuego pertenezca al Empleador (*developer*), ya que en la realidad, quien tendría tal calidad es el *publisher*.

5. PARTICIPACIÓN DE “GAMERS” Y DERECHOS

Otra característica destacable en los videojuegos es la incidencia jurídica que puede tener la participación de los usuarios o jugadores, denominados “*gamers*” en la ejecución del videojuego, pues, de acuerdo a su nivel de interacción y posteriores actos de explotación, podrían pretender derechos y compensaciones.

La industria de videojuegos ha evolucionado en cuanto a la concepción de la participación de los jugadores, pues antes era un usuario que interactuaba con la máquina sobre la base de reglas específicas, predeterminadas en la programación propia del juego, que debía superar retos, buscar culminarlo y poco más. En la actualidad, la dinámica de participación del *gamer* es completamente diferente, pues, además de “jugar” el videojuego, puede competir con otros jugadores “en línea”, crear elementos interactivos (de niveles, armas, mundos), participar en competencias, realizar transacciones comerciales, difundir y compartir sus participaciones con una comunidad, entre muchos otros.

Todo lo anterior ha llevado al planteamiento de si el *gamer* podría ser considerado en algún punto, un autor del videojuego, dado que, como parte de la ejecución del mismo, realiza una serie de creaciones propias, tales como la de avatares personalizados, de mundos, de armas, entre otros. Esto, sin embargo, ha sido descartado definitivamente por la doctrina autorizada¹²³, dado que todas estas creaciones estarían amparadas en algoritmos de programación que han sido previamente definidos por el desarrollador del videojuego y, consecuentemente, está

¹²³ Ver RAMOS GIL DE LA MAZA Andy y otros, “Comienza la partida. Punto de situación sobre determinados aspectos jurídicos de los videojuegos”, publicado en Pe. i. revista de propiedad intelectual, ISSN 1576-3366, n° 62 (mayo-agosto 2019)

sometido a estas limitaciones, de tal forma que no constituye ningún aporte creativo original de parte del *gamer*. En este sentido se pronunció una corte de apelación de Estados Unidos en el caso *Midway Manufacturing Co. v. Artic International, Inc.*, al determinar que *“jugar un videojuego es como cambiar de canales en una televisión, más que escribir una novela o pintar un cuadro. El jugador de un videojuego no tiene control sobre la secuencia de imagen que aparece en la pantalla del videojuego. No puede crear ninguna secuencia que quiera a partir de las imágenes almacenadas en las placas de circuito del juego. Lo máximo que puede hacer es elegir una secuencia del número limitado de secuencias que el juego le permite escoger. [...] Simplemente elige una de las frases almacenadas en su memoria”*¹²⁴.

En relación a este tema, cabría preguntarse si sobre un *gameplay*¹²⁵ el *gamer* podría pretender derechos de autor, en aquellos casos en los que su aporte pueda ser lo suficientemente original y ello le pueda dar la categoría de obra derivada. Pensemos por ejemplo que se trata de un *gameplay* comentado, en el que ha incorporado música y secuencia de imágenes originales, que exceden la simple grabación de la partida del videojuego. Esto plantea algunos temas a considerar; en primer lugar, en relación a la autorización previa que debe dar el *publisher* respecto de la puesta a disposición de imágenes y/o grabaciones de la obra preexistente (videojuego), el cobro de regalías por los actos de explotación; eventualmente el establecimiento de nuevos límites o excepciones a los derechos de autor para estas prácticas que podrían considerarse en la mayoría de casos pacíficas, entre otros elementos.

Por otra parte, ha sido objeto de análisis si la participación de un *gamer* en un videojuego y las destrezas que demuestra en la ejecución del mismo (en muchos casos tras centenas de horas de prácticas invertidas), le podría hacer merecedor de la calidad de artista, ejecutante considerando que se entiende como tal, *la persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra*¹²⁶, pues el *gamer* estaría “ejecutando” una obra, particularmente, la obra visual del videojuego, y además, sería protagonista de un espectáculo de entretenimiento, considerando, por ejemplo, su participación en campeonatos de *e-sports*, que son eventos abiertos al público, en muchos casos televisados y/o puestos a disposición a través de internet.

La cuestión cierta es que esto no está regulado en la legislación ecuatoriana ni en la comunitaria, sin embargo, las connotaciones legales que podría generar la consideración del *gamer* como artista ejecutante, serían de relevancia puesto que, en primer lugar adquiriría derechos exclusivos (como el de la fijación de su ejecución), que no es poca cosa; además, adquiriría derechos morales como el de exigir que su nombre figure junto a su interpretación (créditos), así como el derecho de integridad de su ejecución (Art. 35 de la Decisión 351 de la CAN). Finalmente, el artista ejecutante podría adquirir derechos de remuneración equitativa por actos de

¹²⁴ Ver sentencia *Midway Manufacturing Co. v. Artic International, Inc.*, 704 F.2d 1009 (7th Cir. 1983) de la United States Court of Appeals for the Seventh Circuit <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/547/999/1478912/>

¹²⁵ Se trata de la grabación de una partida de videojuego que es “colgada” en plataformas digitales como youtube y que pueden generar importantes ingresos al *gamer*.

¹²⁶ Art. 3 de la Decisión 351 de la CAN.

comunicación pública de sus ejecuciones, en función de la regulación que le sea aplicable a los videojuegos¹²⁷.

Esta situación no ha sido clarificada en la normativa ecuatoriana ni en la internacional; por tanto, la industria ha preferido establecer las condiciones a través de la autorregulación, mediante contratos de licencia, de cesión derechos de propiedad intelectual, de derechos de imagen, de publicidad, de representación, entre otros.

6. OTROS ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LA PROTECCIÓN DE LOS VIDEOJUEGOS

a. Elementos de protección por la propiedad intelectual

Un videojuego se compone de una serie de elementos que están protegidos, no sólo por los derechos de autor, sino también por el derecho marcario, de patentes, secretos empresariales, entre otros. A continuación, un breve señalamiento de los mismos:

- **Por derecho de autor:** imágenes, frames, música, código de programación, fotografía, guión, personajes, diseños artísticos, diseño de página web.
- **Por derecho de marcas:** nombre y logotipo de la empresa, título del videojuego, subtítulo del videojuego, eslogan que se asocian con el juego o la empresa, diseños tridimensionales de la consola, personajes, marcas gestuales, entre otros.
- **Por el derecho de patentes:** soluciones técnicas del equipo informático; elementos inventivos de las partidas o del diseño del juego; innovaciones técnicas en el diseño del programa informático, las redes o las bases de datos; diseños industriales de la consola, entre otros.
- **Como secreto empresarial:** Bases de datos, listas de direcciones de clientes, Información relativa a los precios, contactos de empresas editoriales, contactos de los programas intermedios, contactos de creadores, herramientas de creación internas, condiciones de acuerdos, entre otros.¹²⁸

La protección de todos estos elementos será independiente entre sí y generará a favor de su titular derechos que pueden ser reivindicados en forma particular.

b. Derecho de imagen y derecho moral de integridad

El derecho a la imagen debe ser analizado desde tres ópticas; la primera, de aquel que le corresponde al *gamer*, pues, hasta que no se tenga claridad en cuanto al régimen jurídico que le es aplicable (si de artista ejecutante o no), éste mantiene su

¹²⁷ Si es equiparable a una obra audiovisual, tendrán los derechos de remuneración reconocidos en el Art. 225 del COESCCI.

¹²⁸ Elementos tomados del artículo Los videojuegos y la P.I.: perspectiva mundial, de David Greenspan y otros, OMPI, https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/02/article_0002.html

derecho a la imagen, que está reconocido en la legislación ecuatoriana a través del Art. 66 No. 18 de la Constitución de la República del Ecuador, el mismo que puede ser negociado con los organizadores de eventos (**e-sports**) como parte del ámbito de autorregulación que opera en esta industria.

Una segunda óptica se relaciona a los “derechos de imagen” de los personajes creados como parte del desarrollo de un videojuego. Esto tiene relevancia si consideramos que un tribunal español reconoció expresamente “derechos de imagen” a un personaje ficticio del videojuego y, a su vez, a los creadores del videojuego, el derecho moral de integridad por haberse tergiversado la imagen de este personaje. Es el caso de *Lara Croft*¹²⁹ en donde la creadora del videojuego *Tom Rider* y del personaje *Lara Croft*, la compañía *Core Desing*, demandó a *Ediciones Zeta* por un reportaje en *Interviú* donde aparecía una modelo desnuda simulando ser *Lara Croft*. El Tribunal señaló que *“la obra ha sido divulgada sin autorización, sin reconocimiento de la condición de autora que corresponde a la actora y, sobre todo, sin respeto hacia la integridad de aquella habiéndose modificado, deformado y alterado, de una manera evidente, los rasgos conformadores del personaje”*. Por tanto, este precedente que, aunque no tiene aplicación en nuestra legislación, hace notar hasta donde podrían hacerse extensivos los derechos de imagen, cuando de videojuegos se trata.

Finalmente, se debe señalar que los derechos de imagen también están presentes en los videojuegos cuando sus personajes corresponden a personas físicas identificables, tales como, deportistas, actores, personajes públicos, entre otros. En estos casos, el productor del videojuego deberá contar con las cesiones previas de los derechos de imagen que irán a ser explotados a través del videojuego.

c. Organización de campeonatos

La industria de los videojuegos no sólo genera ingresos a través de los mecanismos señalados al inicio de este artículo, sino que existen otras fuentes de ingresos de gran relevancia para la industria como son la organización de campeonatos de *e-sports*, el merchandasing, entre otros. Esto, sin embargo, reviste algunas complejidades de orden legal, por cuanto se presentan una serie de intereses y derechos encontrados por parte de los titulares y organizadores.

En la actualidad se organizan campeonatos de videojuegos de diverso orden, domésticos, públicos, nacionales, regionales y mundiales con importantísimas connotaciones económicas.

Como referencia, los 6 torneos de **e-sports** más importantes del mundo son¹³⁰:

¹²⁹ Sentencia del Audiencia Provincial Barcelona (Sección 15ª), de 28 mayo 2003 (AC 2003\960)

¹³⁰ <https://www.esportter.com/blog/torneos-esports-importantes/>

- i. **Campeonato mundial de League of Legends**, organizado por *Riot Games*. entrega alrededor de USD 5'000.000,00 dólares en premios¹³¹
- ii. **Copa Mundial de Fornite**, organizado por *Epic Games*, que reparte hasta USD 100'000.000,00 en premios¹³²
- iii. **PUBG Campeonato Mundial**, organizado por la empresa china Tencent y PUB Corp
- iv. **The International**, organizado por la empresa *Valve Corporation*
- v. **Call of Duty World League**, organizado por *Activision Company*
- vi. **The Overwatch League**, organizado por *Blizzard Entertainment*.

La confrontación de intereses se puede ver de manifiesto cuando el organizador del evento no cuenta con la autorización del titular de derechos del videojuego para organizar la competencia, considerando que un campeonato de *e-sports* conlleva actos de reproducción, de comunicación pública y de puesta a disposición de contenidos generados por los videojuegos, que están siendo ejecutados por los *gamers*, a quienes, además, según lo señalado en líneas anteriores, también podrían corresponderles derechos conexos o afines, por su ejecución; y, por otra parte, los derechos de imagen de deportistas, actores o personajes públicos, que no los habrían cedido para este tipo de espectáculos.

Por tanto, estos actos de explotación deben estar regulados en forma adecuada, a fin de establecer claramente los requisitos que se deben cumplir en la organización de las competencias de *e-sports*, la determinación de los derechos y obligaciones de cada parte involucrada para evitar abusos, entre otros aspectos. Sin embargo, hasta que ello ocurra, la industria ha optado por el camino de la autorregulación, que le ha dado resultados positivos.

7. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, podemos decir que el videojuego se constituye como una obra compleja que contiene una serie de elementos visuales, sonoros, descriptivos, literarios, de programación, multimedia, entre otros, que lo hacen muy particular y que traen como consecuencia la aplicación presuntiva de una serie de prerrogativas legales aplicables a otros tipos de obras, por defecto, al carecer de una regulación propia.

Lo anterior, sin considerar las complejidades que reviste el pretender aplicar a los videojuegos un régimen jurídico establecido para otro tipo de obras conforme ha sido revisado brevemente en el presente trabajo, principalmente, en cuanto se refiere a la autoría y titularidad, a los derechos conferidos a éstos, a la presunción de cesión de

¹³¹ <https://www.marca.com/esports/2016/10/11/57fcd619268e3e3a2f8b463a.html>

¹³² <https://www.epicgames.com/fortnite/competitive/es-ES/news/fortnite-world-cup-details>

derechos, al régimen de límites y excepciones, al reconocimiento de derechos conexos y la forma en que deben ser reivindicados, entre otros elementos.

Así, podemos afirmar que la falta de determinación de la naturaleza jurídica de los videojuegos trae consigo una serie de problemas a la hora de pretender aplicar la normativa actual a esta categoría de obras complejas, que reviste de singularidades propias y que convocarían a plantear una regulación específica para tener claridad y certidumbre jurídica.

Esta regulación específica se hace aún más necesaria, considerando que la industria de los videojuegos, en la actualidad, genera el mayor impacto económico en relación a otras industrias del entretenimiento.

La falta de una regulación específica y estandarizada de los videojuegos como una obra compleja susceptible de protección, ha ocasionado que, en la práctica, la autorregulación mediante mecanismos contractuales sea el común denominador que está presente en esta industria, sin embargo, ello no siempre otorga las seguridades y garantías adecuadas a los titulares de derechos y, sobre todo, aquellos que están más desprotegidos.

Esta regulación debe alcanzar, así mismo, aquellas prácticas que son inherentes a los videojuegos, como la explotación secundaria de los mismos, tales como la organización de torneos y espectáculos, circuitos de pago, gameplays, explotación de derechos de imagen, publicitarios, entre otros.

8. BIBIOGRAFÍA

- APARICIO VAQUERO Juan Pablo, «La tutela jurídica de los videojuegos y de las medidas tecnológicas de protección de las obras sujetas a los derechos de autor y afines», Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XXXIV (2013-2014), mayo 2015.
- BERCOVITZ Rodrigo, *Manual de Propiedad Intelectual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia – España 2009
- BERCOVITZ Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tecnos, 2007, Tercera Edición
- CÁMARA ÁGUILA Pilar, «La Obra Colectiva», *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 35, 2010.
- CÁMARA ÁGUILA Pilar, «La Obra Colectiva. Solución o problema», *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 35, 2010.
- RAMOS GIL DE LA HAZA Andy, L. LÓPEZ, A. RODRÍGUEZ, T. MENG, S. ABRAMS, *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, World Intellectual Property Organization, July 29, 2013.

- RAMOS GIL DE LA HAZA Andy, MARTINEZ CRESPO Alvaro, "Comienza la partida. Punto de situación sobre determinados aspectos jurídicos de los videojuegos", publicado en Pe. i. revista de propiedad intelectual, ISSN 1576-3366, nº 62 (mayo-agosto 2019)
- Estudio de la OMPI "The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches (La situación jurídica de los videojuegos: análisis comparativo de los enfoques nacionales)", 2013
- Estudio de la OMPI, sobre "Aspectos comerciales y legales para desarrolladores de Videojuegos", 2014
- MEMENTO, *Propiedad Intelectual e Industrial, 2012 – 2013*, Ec. Francis Lefebvre, Madrid España.
- ROGEL Carlos y SERRANO Eduarco, *Manual de Derechos de Autor*, Fundación AISGE, Madrid, 2008

8.1 Legislación

- Convenio de Berna
- Tratado de la OMPI de Derechos de AUTOR TODA
- Tratado de Beijing
- Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones
- Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación
- Reglamento de Gestión de los Conocimientos

8.2 Jurisprudencia:

- Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 295-IP-2019,
- Caso Atari, Inc. vs. Amusement World, Inc, United States District Court, D. Maryland, 547 F. Supp. 222 (D. Md. 1981)
- Sentencia Midway Manufacturing Co. v. Artic International, Inc., 704 F.2d 1009 (7th Cir. 1983) de la United States Court of Appeals for the Seventh Circuit
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de 23 de enero de 2014, Nintendo Vs. PC Box, Asunto C-355/12
- Sentencia del Audiencia Provincial Barcelona (Sección 15ª), de 28 mayo 2003 (AC 2003\960)

8.3 Recursos electrónicos:

- <https://www.sie.com/en/corporate/data.html>
- <https://www.vgchartz.com/>
- https://elpais.com/tecnologia/2020/01/03/actualidad/1578057267_390316.html
- <https://hardzone.es/2014/06/12/el-pc-domina-la-industria-del-videojuego-y-sigue-creciendo/>
- <https://www.guinnessworldrecords.com/news/2013/10/confirmed-grand-theft-auto-breaks-six-sales-world-records-51900>
- <https://www.cnbc.com/2018/10/31/rockstars-red-dead-redemption-2-smashes-avengers-infinity-war.html>
- <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-global-games-market-report-2019-light-version/>
- <https://casetext.com/case/atari-inc-v-amusement-world-inc#.VAdFIWSxv4>
- https://web.archive.org/web/20180317135529/http://www.theesa.com/wp-content/uploads/2017/09/EF2017_Design_FinalDigital.pdf
- <https://www.rankia.cl/blog/analisis-ipsa/3958408-5-empresas-mas-importantes-videojuegos-que-cotizan-bolsa>
- <https://computerhoy.com/listas/zona-gaming/10-mejores-tiendas-juegos-digitales-pc-40501>
- <https://store.steampowered.com/about/>
- <https://www.europapress.es/portaltic/videojuegos/noticia-steam-ya-tiene-mas-30000-videojuegos-catalogo-20190114142023.html>
- <https://www.epicgames.com/site/es-ES/about>
- <https://www.forbes.com.mx/el-valor-de-la-industria-de-los-videojuegos-en-2019/>
- <https://www.idc.com/>
- <https://computerhoy.com/reportajes/gaming/videojuego-como-servicio-es-futuro-industria-gaming-281779>
- <http://informatica.blogs.uoc.edu/2016/03/31/modelos-de-negocio-para-videojuegos/>
- <https://asociacionempresarialesports.es/wp-content/uploads/guia-legal-de-los-e-sports.pdf>
- <https://www.esportter.com/blog/torneos-esports-importantes/>
- <https://www.lavanguardia.com/internet/20030717/51262778477/condenaa-zeta-por-desvestir-a-lara-croft-en-la-revista-interviu.html>
- <https://www.forbes.com.mx/el-valor-de-la-industria-de-los-videojuegos-en-2019/>
- <http://informatica.blogs.uoc.edu/2016/03/31/modelos-de-negocio-para-videojuegos/>

- <https://platzi.com/blog/videojuegos-y-su-modelo-de-negocio/>
- <http://informatica.blogs.uoc.edu/2016/03/31/modelos-de-negocio-para-videojuegos/>
- https://web.archive.org/web/20180317135529/http://www.theesa.com/wp-content/uploads/2017/09/EF2017_Design_FinalDigital.pdf
- <https://web.archive.org/web/20180325155124/http://www.theesa.com/about-esa/essential-facts-computer-video-game-industry>
- <https://www.fib.upc.edu/retro-informatica/historia/videojocs.html>
- https://www.guinnessworldrecords.es/search?term=videogames%20sales&page=1&type=record&max=20&partial=_Results&
- <https://www.cnbc.com/2018/10/31/rockstars-red-dead-redemption-2-smashes-avengers-infinity-war.html>
- <https://en.digital/blog/videojuegos-industria-mobile-crecimiento>
- <https://computerhoy.com/reportajes/gaming/videojuego-como-servicio-es-futuro-industria-gaming-281779>
- <https://www.vgchartz.com/about.php>
- <https://www.ticbeat.com/cyborgcultura/sabes-cual-es-la-consola-mas-vendida-de-todos-los-tiempos/>
- <https://www.sie.com/en/corporate/data.html>
- https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_959.pdf
- https://www.wipo.int/copyright/es/activities/video_games.html
- https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/02/article_0002.html
- https://www.wipo.int/copyright/es/creative_industries/video_games.html
- <https://casetext.com/case/atari-inc-v-amusement-world-inc#.VAdFIWSxv4>
- https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/04/article_0006.html
- https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2012/04/article_0003.html
- https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/comparative_analysis_on_video_games.pdf
- https://www.wipo.int/copyright/es/activities/video_games.html

Art.

1.7

**Protección de los diseños industriales
bajo el régimen de derechos de autor y
su impacto en la industria de la moda**

Autor. Andrea Muñoz Contreras



PROTECCIÓN DE LOS DISEÑOS INDUSTRIALES BAJO EL RÉGIMEN DE DERECHOS DE AUTOR Y SU IMPACTO EN LA INDUSTRIA DE LA MODA

Andrea Muñoz Contreras¹³³

Fecha de elaboración: 31 de Enero de 2020.

Palabras Clave:

Obra, diseño industrial, originalidad, valor artístico, precisión, objetividad

Resumen:

El Derecho de la Moda ha ido evolucionando con el paso del tiempo, toda vez que la industria ha ido estableciendo las pautas regulatorias y jurisprudenciales en función de las tendencias, cambiantes; por tanto, se vuelve necesario definir un marco regulatorio que plantee certezas respecto de su ámbito de protección. Tras un reciente fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación a que los diseños industriales por sí mismas no pueden ser considerados obras, debiendo cumplir con ciertos requisitos para ser calificados como tales; es pertinente realizar un análisis del contenido del referido pronunciamiento, a la luz de la normativa comunitaria en la Unión Europea y los distintos criterios jurisprudenciales anteriores, a efectos de conocer el impacto de estos pronunciamientos en la industria de la moda en relación a la protección de sus creaciones.

1. INTRODUCCIÓN

La industria de la moda diariamente evoluciona según las tendencias que se van marcando fruto del dinamismo propio de la industria y de los requerimientos y expectativas de los consumidores. Es así como ciertos diseños de prendas de vestir

¹³³ Abogada Senior en la Firma Solines & Asociados. Socia de la Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual, AEPI. Abogada por la Universidad de las Américas, UDLA. Máster en Marcas, Patentes y Propiedad Intelectual por la Universidad de Barcelona. Especialista el Derecho Financiero, Bursátil y Seguros por la Universidad Andina Simón Bolívar.

pueden “perder vigencia” en un momento dado, pero así mismo, volver a ser tendencia después de un tiempo.

Desde hace varios años, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han señalado que deben existir dos requisitos indispensables para que una creación pueda ser calificada como una obra; estos requisitos son a) la originalidad y, b) que exista un grado específico de valor artístico o estético.

En este mismo sentido, recientemente en septiembre de 2019, una sentencia del TJUE¹³⁴ determinó que para que los diseños industriales de prendas de vestir sean calificadas como obras, no basta el hecho de producir un efecto visual propio y considerable desde el punto de vista estético, sino que deben cumplir con los dos requisitos referidos en el párrafo anterior, ya que tanto la originalidad como el valor artístico conllevan cierta carga creativa por parte del autor y sólo así pueden ser considerados como obras. Al analizar el requisito de originalidad, cabe preguntarse ¿qué elementos debe contener para ser considerado original?, así mismo, respecto del grado de valor artístico, ¿cómo se puede medir el valor artístico de una creación? En el presente artículo se analizarán estos dos requisitos que deben confluir para que un diseño industrial pueda ser considerado una obra y su aplicabilidad en la industria de la moda, dado su alto nivel creativo de diseños.

Es por ello, importante analizar el contenido de la sentencia del TJUE antes referida, a efectos de determinar si, con el cumplimiento de dichos requisitos, nos encontramos frente a un diseño industrial de prenda de vestir que es original y ello lo cataloga como una obra protegida por los derechos de autor.

2. ANÁLISIS DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Hechos del caso

- La compañía G-STAR explota como titular o licenciataria varias marcas de prenda de vestir, dentro de dichas prendas está un pantalón de vaquero denominado ARC y una sudadera y camiseta denominada ROWDY.
- Por otra parte, la compañía COFIMEL diseña, produce y comercializa también pantalones de vaquero, sudaderas y camisetas de marca TIFFOSI.
- En el año 2013, en Portugal, la compañía G-STAR demandó a la compañía COFEMEL por infracción a los derechos de autor de los diseños de sus prendas de vestir, solicitando al juez las siguientes pretensiones: a) el cese de la vulneración de los derechos de autor y actos de competencia desleal; b) indemnización por el perjuicio causado a G-STAR y, c) en caso de una nueva

¹³⁴ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-683/17, 12 de septiembre de 2019, Cofemel vs. G-Star, 22

infracción, COFEMEL debería pagar una multa diaria hasta el cese de la actividad infractora.

- Las alegaciones de G-STAR fueron a) que los pantalones, sudaderas y camisetas que comercializaba COFEMEL eran análogas a sus modelos ARC y ROWDY y, b) que sus diseños eran creaciones originales y, por tanto, debían ser calificadas como obras protegidas por el régimen de derechos de autor.
- Por su parte, COFEMEL argumentó que los modelos de las prendas de vestir no podían ser calificadas como obras porque no cumplían con los requisitos de tales.
- En primera instancia, se acogió parcialmente la demanda y se condenó a COFEMEL al cese de la infracción de propiedad intelectual, al pago de indemnizaciones y una multa diaria en caso de nueva infracción, sin embargo, no se pronunció respecto de calificar a las creaciones de G-STAR como obras o no.
- En la apelación que presentó COFEMEL, se confirmó la sentencia de primera instancia, señalando en relación a la protección de las creaciones de prendas de vestir, que ***“la protección de derechos de autor se extiende a las obras de arte aplicadas a dibujos industriales y a obras de diseño a condición de que sean originales, producto de una creación intelectual propia del autor, sin exigir especial grado de valor estético o artístico”***¹³⁵. Por tanto, según el criterio del Tribunal de apelación, las prendas de vestir de G-STAR eran obras susceptibles de ser protegidas bajo el régimen de derechos de autor.
- COFEMEL presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Portugal, que realizó tres puntualizaciones:
 - i) Los modelos de prendas de vestir de G-STAR han sido diseñados por dicha compañía o por diseñadores que actuaban por cuenta de G-STAR y cuyos derechos fueron cedidos a favor de esta empresa.
 - ii) Dichos modelos de prendas de vestir son el resultado de concepciones y procesos de fabricación reconocidos como innovadores en la industria de la moda.
 - iii) Así mismo, los modelos de prendas de vestir de G-STAR incluyen tres aspectos específicos: a) forma en 3 dimensiones, b) esquema de ensamblaje de piezas y, c) ubicación de determinados componentes. Los referidos 3 aspectos han sido reproducidos por COFEMEL en la confección de prendas de vestir.
- El Tribunal Supremo de Portugal enfatizó que, el Código de Derechos de Autor y de los Derechos Afines portugués, incluye en su artículo 2 a las obras de arte aplicadas, dibujos o modelos industriales y las obras de diseño en el listado de obras que pueden acogerse a la protección bajo el régimen de derechos de

¹³⁵ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-683/17, 12 de septiembre de 2019, Cofemel vs. G-Star, 22

autor, sin embargo, no se precisa el grado de originalidad que se exige para que se las califique como obras protegidas por los derechos de autor.

De igual modo, el referido Tribunal pone en manifiesto que no existe consenso, ni en la jurisprudencia ni la doctrina portuguesa respecto del grado de originalidad de este tipo de obras, por lo que plantea al TJUE una interrogante, a la luz de la interpretación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 (en adelante, la Directiva 2001/29/CE) ¿es pertinente considerar que la protección de los derechos de autor se extienda a las creaciones de prendas de vestir como a cualquier obra literaria o artística tomando en cuenta que es el resultado de una creación intelectual del autor o, se debería condicionar el reconocimiento de la protección del régimen de derechos de autor a la existencia de un grado específico de valor artístico?

- **Cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal:**

- i) *¿Se opone la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 a una normativa nacional –en el presente asunto, la disposición del artículo 2, apartado 1, letra i), del Código de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor– que confiere protección de derechos de autor a las obras de artes aplicadas, dibujos y modelos industriales u obras de diseño que, más allá de su finalidad práctica, generan un efecto visual propio y distintivo desde el punto de vista estético, siendo su originalidad el criterio fundamental que rige la atribución de protección, en el ámbito de los derechos de autor?*¹³⁶
- ii) *¿Se opone la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 a una normativa nacional –en el presente asunto, la disposición del artículo 2, apartado 1, letra i), del Código de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor– que confiere protección de derechos de autor a las obras de artes aplicadas, dibujos y modelos industriales u obras de diseño si, a la luz de una apreciación particularmente exigente en cuanto a su carácter artístico y teniendo en cuenta las ideas dominantes en los círculos culturales e institucionales, merecen la calificación de “creación artística” u “obra de arte”?*¹³⁷

2.2. Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal analiza los requisitos que debe cumplir una obra para ser calificada como tal a efectos de gozar de la protección de los derechos de autor; a continuación, expongo las principales reflexiones.

¹³⁶ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-683/17, Cofemel vs. G-Star

¹³⁷ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-683/17, Cofemel vs. G-Star

2.2.1. Concepto de obra

La Directiva 2001/29/CE¹³⁸ en su artículo 2, letra a), indica:

Artículo 2

Derecho de reproducción

Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

a) a los autores, de sus obras;

Por su parte, el artículo 2 del Código de los Derechos de Autor y de los Derechos Afines a los de derechos de autor portugués (en adelante, el Código) establece:

Las creaciones intelectuales de los ámbitos literario, científico y artístico, independientemente de su género, forma de expresión, calidad, modo de comunicación y objetivo, comprenden, en particular:

[...]

i) Obras de artes aplicadas, dibujos y modelos industriales y obras de diseño que constituyan una creación artística, independientemente de la protección relativa a la propiedad industrial;

El Tribunal, al realizar el análisis de la solicitud de interpretación prejudicial, en cuanto a si las transcritas disposiciones normativas, tanto de la Directiva 2001/29/CE¹³⁹ como el Código, se contraponen entre sí o no, analiza los dos requisitos que se deben cumplir para que los modelos de vestir sean protegidos por los derechos de autor: 1) que exista un objeto original, en el sentido de que el mismo constituye una creación intelectual propia de su autor; y 2) que la calificación como obra se reserve a los elementos que expresan dicha creación intelectual.

Al respecto, el profesor Otero Lastres reflexiona sobre el concepto legal del diseño industrial y menciona tres rasgos característicos del mismo:

- A) (...) característica conformadora de la apariencia puede proceder de las líneas, los contornos, los colores, la forma, la textura e incluso los materiales del producto en sí o de su ornamentación. Esta enumeración tiene carácter enunciativo y no limitativo, como pone de relieve el empleo de la expresión “en particular”.*
- B) (...) la “visibilidad” es un rasgo conceptual que debe concurrir en todo diseño cualquiera que sea el soporte físico en el que se plasme; “visibilidad” que ha de existir durante la utilización normal del producto al que se incorpora el diseño.*
- C) (...) la apariencia de un producto estéticamente atractiva para el consumidor, bien por ser ornamental, bien por ser funcional pero no técnicamente necesaria, o bien por ser ambas cosas a la vez.¹⁴⁰*

¹³⁸ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-310/17, Levola (...) para que un objeto pueda ser calificado de «obra» en el sentido de la Directiva 2001/29, es preciso que concurren simultáneamente dos requisitos.

¹³⁹ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-310/17, puntualiza (...) habida cuenta de las exigencias tanto de aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad, este concepto debe ser objeto normalmente de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión.

¹⁴⁰ Otero, L. Reflexiones sobre el diseño industrial, 2008

Establecidos los elementos intrínsecos de un diseño industrial, se puede advertir que la apariencia que debe tener conlleva dos características, 1) que su aspecto pueda tomar cualquier forma y ser visible; y 2) que cumpla una estética atractiva a los ojos del consumidor y que no responda a una funcionalidad técnica.

Sin embargo, la protección de un diseño industrial al amparo de los derechos de autor no se limita específicamente al cumplimiento de los elementos señalados en los párrafos anteriores. Un diseño industrial, para ser considerado obra y, consecuentemente, objeto de protección por el régimen de derechos de autor, debe ser una producción del espíritu humano, de su creatividad¹⁴¹, es allí donde radica la particularidad de la protección de los derechos de autor, es decir, no basta que se obtenga un resultado producto del intelecto, sino que además, el mismo debe cumplir con 2 requisitos *sine qua non*, el primero la originalidad y, el segundo, que exista un grado específico de valor artístico o estético.

2.2.2. Originalidad

La Real Academia de la Lengua define a una obra como *cualquier producto intelectual en ciencias, letras o artes, y con particularidad el que es de alguna importancia*¹⁴², es decir debe existir una importancia, innovación en la obra que salga de todos los esquemas comunes sin repetir patrones o reiterar expresiones de obras ya creadas.

Es importante diferenciar una prestación de una obra; en el primer caso, nos encontramos frente al cumplimiento de una labor sin que deba primar una carga creativa, es decir no existirá una exteriorización de la personalidad del autor¹⁴³ que sea plasmada en la obra, se podrán repetir patrones, mientras que, en el segundo caso, la obra deberá expresar objetivamente¹⁴⁴ el elemento diferenciador y personalidad del autor.

En la industria de la moda, podríamos estar frente al primer caso (de una prestación) en caso de una labor simple, representada en diseño común, creación de moldes para la confección de las prendas de vestir y decorarlos con ciertos elementos que los hagan lucir más “estéticos”, en cuyo caso sería una simple labor repetitiva sin ningún tipo de originalidad y grado de valor artístico o estético.

Ahora bien, es importante distinguir la originalidad de la creatividad; esta última conlleva plasmar una idea a la realidad, por ejemplo, en el análisis del caso del TJUE, el hecho de que un diseñador de modas realice un bosquejo de sus diseños de modas

¹⁴¹ Lefebvre, F. Memento Práctico, Propiedad Intelectual e Industrial, 2012 – 2013, Madrid, España, pág. 23

¹⁴² Diccionario, Real Academia Española, <https://dle.rae.es>

¹⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea No. C-161/17, Renckhoff, (...) una creación intelectual del autor que refleje su personalidad y que se manifieste por las decisiones libres y creativas del mismo al realizarla. En tal sentido, la libertad de creación sin restricción de un patrón determinado es lo que diferencia a que una obra sea protegida por los derechos de autor. Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-145/10, Painer.

¹⁴⁴ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-310/17, (...) los agentes económicos, que deben estar en condiciones de identificar con claridad y precisión los objetos protegidos en beneficio de terceros, en concreto, de los competidores. Por otra parte, la necesidad de descartar cualquier elemento de subjetividad, perjudicial para la seguridad jurídica, en el proceso de identificación del objeto protegido implica que este pueda ser definido mediante una expresión precisa y objetiva.

y los plasme en moldes, patrones y elabore muchas prendas de vestir y que en efecto trascienda a los consumidores que comprarán por una temporada únicamente dichas prendas de vestir, este acto constituye la creación, pero no necesariamente tendrá características de originalidad; éstas están presentes cuando a la creación se incorporan elementos de variación, una especificidad que no podría ser identificada por una simple labor intelectual, constituyéndose como una obra que sea admirable.¹⁴⁵

Por tanto, una obra que sea expresión directa del autor deberá tener una carga creativa diferenciadora del resto de obras análogas identificando la impronta y personalidad de su creador, en cuyo caso, será objeto de protección bajo el régimen de derechos de autor.

2.2.3. Grado específico de valor artístico o estético

El grado de valor artístico o estético siempre será subjetivo, toda vez que, para que una obra sea considerada como monumental y artística no necesariamente estará vinculada al concepto de “belleza usual”¹⁴⁶, hay muchas obras de arte que son arte abstracto y que visualmente no se puede dilucidar belleza, pero el sentido se lo da luego de una historia contada detrás por el autor.

Así mismo, dada la subjetividad del grado de valor artístico o estético de un diseño, es que éste no puede ser valorado exclusivamente sobre la base de quien lo percibe, pues, las valoraciones serán tan variadas como número de personas que la perciben.

Es así que el TJUE plantea un elemento adicional para poder clarificar el alcance del valor artístico o estético de un diseño, señalando que para considerar a un diseño obra *implica necesariamente la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad* y que *“una identificación basada esencialmente en las sensaciones, intrínsecamente subjetivas, de la persona que percibe el objeto en cuestión no cumple la exigencia requerida de precisión y objetividad” recalcando que “la necesidad de descartar cualquier elemento de subjetividad, perjudicial para la seguridad jurídica, en el proceso de identificación del citado objeto implica que este ha de ser expresado de forma objetiva”*.

Por tanto, es importante analizar la vinculación del primer requisito, la originalidad, con el segundo, el grado específico de valor artístico, y el punto de encuentro de ambos para establecer la calidad de obra de un diseño y la posibilidad de identificarla con suficiente precisión y objetividad. No obstante, el elemento “estético” no puede ser considerado crucial para que un diseño industrial sea tutelado por el derecho de autor ya que, podría causar **precisión y objetividad** por ser una sensación intrínsecamente subjetiva de belleza que experimenta cada persona que lo contempla, lo cual impediría identificar al mismo como obra con la suficiente precisión y objetividad.

¹⁴⁵ La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea No. C-604/10, Football Dataco, menciona que (...) por consideraciones técnicas, reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa una obra no estaría dotada de originalidad.

¹⁴⁶ Lefebvre, F. Memento Práctico, Propiedad Intelectual e Industrial, 2012 – 2013, Madrid, España, pág. 81

Lo anterior, aplicado a la industria de la moda, determina una alta exigencia del nivel de creatividad y originalidad que deben estar presentes en los diseños de ropa, ya que éstos deberán ser claramente identificables con suficiente precisión y objetividad, por tanto, un mero cambio estético en las prendas de vestir, o de colores y formas, no otorgan la calidad de obra al diseño.

2.2.4. Acumulación de protección de los diseños industriales

La sentencia objeto de análisis, puntualiza varios elementos respecto de la acumulación de protección de los diseños industriales bajo el régimen de los derechos de autor. Para tal efecto, citan el considerando ocho de la DIRECTIVA 98/71/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de octubre de 1998 sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos que determina:

(...) a falta de armonización de la legislación sobre derechos de autor, es importante establecer el principio de acumulación de la protección al amparo de la legislación sobre protección específica de los dibujos y modelos registrados y al amparo de la normativa sobre derechos de autor, mientras que los Estados miembros están facultado para determinar libremente el alcance de la protección de los derechos de autor y las condiciones en que se concede dicha protección;

Sin embargo, esta acumulación prevista por la normativa de la Unión Europea acerca de los dibujos y modelos, si bien puede concederse acumulativamente a un mismo modelo de prenda de vestir como es el presente caso, tal acumulación sólo deberá ser contemplada en ciertas situaciones específicas, prevaleciendo, entonces un sistema de no acumulación.

La importancia de este análisis del TJUE es dilucidar la normativa comunitaria aplicable en el caso que analizamos, es decir, no cabe simplemente aplicar la norma comunitaria sino, que cada estado miembro estará facultado para determinar el alcance de dicha protección y de ello se desprende el análisis de los dos requisitos señalados, para que una obra sea calificada como tal y goce de la protección de derechos de autor.

Ahora bien, Otero Lastres plantea tres tipos de creaciones para efectos de plantear el sistema de protección, así:

- *Las obras plásticas puramente artísticas. Esto es: obras de arte destinadas a la contemplación, reproducidas en un único ejemplar o en ejemplares limitados y cuya finalidad última es aumentar los bienes de tipo cultural de la sociedad.*
- *Las obras de arte aplicadas a la industria. Esto es: obras de arte, de la misma naturaleza que las anteriores, pero que presentan la singularidad de que son destinadas a incorporarse en múltiples objetos industriales con el fin de aumentar su valor estético y comercial*

- *Los diseños, propiamente dichos, que son creaciones de forma de carácter estético que hacen los productos más atractivos para el consumidor, pero que carecen del nivel artístico propio de los otros dos tipos de obras.*

En el presente caso, estamos frente al tercer caso, diseños propiamente dichos, ya que una prenda de vestir con ciertos accesorios o de diverso diseño particular atraerán al consumidor.

En la misma línea, Otero Lastres analiza el sistema de protección de no acumulación y sistema de acumulación¹⁴⁷, señalando que el sistema de no acumulación plantea que, en caso de existir una obra, es el autor quien decidirá su destino y protección de la misma; todo dependerá de las características que puedan ser percibidas en la obra. Ello difiere del sistema de la acumulación que se da cuando varios elementos estéticos confluyen y son protegidos simultáneamente por varias legislaciones, lo que no puede ocurrir es que en este caso se protejan por una ley y por otra no. Este sistema de acumulación fue planteado por G-STAR al considerar que los diseños de ropa, además de gozar de la protección industrial eran objeto de protección bajo los derechos de autor.

3. CONCLUSIONES

Luego del análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso G-STAR versus COFEMEL, determinando que los diseños industriales sometidos a la controversia no pueden ser considerados como obras toda vez que no cumplieron con los dos requisitos esenciales de originalidad y grado de valor estético o artístico queda claro que los modelos de prendas de vestir deben ser resultado de procesos creativos muy rigurosos para que sean considerados como obras protegibles bajo el régimen de derechos de autor, principalmente sobre la base de que la calificación como obra se reserve a los elementos que expresan dicha creación intelectual y que exista un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad.

Respecto de los requisitos que se deben cumplir para ser considerados como obras, el primero, la originalidad, conlleva una carga de creatividad muy alta, que permita diferenciarse claramente de otros modelos, y, el segundo, el grado de valor estético del diseño, para lo cual se deberá observar los detalles del modelo y la capacidad para identificarlo con suficiente precisión y objetividad. Así, si un modelo de prenda de vestir es corriente y no mantiene un elemento diferenciador lo suficientemente relevante como para que los consumidores puedan reconocer inmediatamente la prenda, no puede ser considerada como una obra protegible bajo el régimen de derechos de autor.

¹⁴⁷ Otero, L. Reflexiones sobre el diseño industrial, 2008

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, realizó un análisis pormenorizado del caso llegando a determinar la razón por la que las prendas de vestir en litigio no podían ser consideradas obras, es así que, por el hecho de que el diseño de una prenda de vestir tenga un efecto visual propio y considerable desde la estética no puede ser el único elemento a tomar en cuenta para considerarlo obra si no cumple con los demás elementos antes descritos.

Finalmente, respecto de la protección de acumulación del diseño industrial el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acertadamente advierte que la normativa de la Unión Europea, si bien debe ser aplicada en todos los casos, no es menos cierto que las legislaciones de cada país determinarán el alcance de la protección (acumulativa o no) y, además el alcance y percepción de originalidad para gozar de dicha protección.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Diccionario, Real Academia Española, <https://dle.rae.es>, acceso el 12 de enero de 2020
- LEFEBVRE, F. Memento Práctico, Propiedad Intelectual e Industrial, 2012 – 2013, Madrid, España.
- Otero, L. Reflexiones sobre el diseño industrial, 2008
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-683/17, Cofemel vs. G-Star
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-310/17, Levola
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea No. C-161/17, Renckhoff
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-145/10, Painer.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea No. C-604/10, Football Dataco

Art.

1.8

La importancia del tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales

Autor. Federico Duret Gutiérrez



LA IMPORTANCIA DEL TRATADO DE BEIJING SOBRE INTERPRETACIONES Y EJECUCIONES AUDIOVISUALES

Federico Duret Gutiérrez¹⁴⁸

Fecha de elaboración: 31 de Enero de 2020.

Palabras clave:

Tratado de Beijing, Derechos Conexos, Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, Obra audiovisual, OMPI.

Resumen:

Estudio sobre la consolidación de los derechos de propiedad intelectual de los actores como derechos conexos y su evolución normativa internacional para la protección de sus interpretaciones en el entorno audiovisual. Panorama general, adopción y análisis del Tratado de Beijing ante su reciente entrada en vigor.

1. INTRODUCCIÓN

“El Tratado de Beijing es lo más importante que nos ha pasado a los actores desde la invención del cinematógrafo.”

JAVIER BARDEM.

¹⁴⁸ Federico Duret es el Director General de la Unión de Autores y Artistas Audiovisuales del Ecuador -UNIARTE Sociedad de Gestión- y miembro de la confederación internacional LATIN ARTIS. Premio extraordinario al mejor expediente académico del Máster en Propiedad Intelectual en la Universidad Carlos III de Madrid en su XIII edición, actualmente consultor externo en Entretenimiento y Nuevas Tecnologías en Puente & Asociados Estudio Jurídico.

Socio cofundador de la Asociación Ecuatoriana de Protección de Datos -AEPD- y Miembro de la Asociación Española de Derecho del Entretenimiento -DENAE-, la Escuela Latinoamericana de Propiedad Intelectual -ELAPI- y la Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual -AEPI-, cuenta con formación adicional en guitarra, armonía y tecnología musical en el Instituto de Música y Tecnología de Madrid, con amplia experiencia como músico de sesión y de directo en España.

El rol creativo del artista audiovisual es innegable, ya que, fruto del trabajo que desarrolla para dar vida a un personaje, se produce una creación intelectual única e irreplicable denominada interpretación.

Si bien es cierto que ese rol creativo se produce cuando están interpretando una obra que ya ha sido desarrollada, de modo que se necesita algo previo para que el actor dé vida a su personaje, también es indudable que cada interpretación es un ente único en el que el actor ejecuta los movimientos, gestos, entonación, diálogos y los silencios, como arquitecto definitivo en la construcción del papel que interpreta. Porque el actor, como un mago, da vida a lo que existe de un modo inerte en el papel, creando algo único e individualizado.

Así, la interpretación depende de la persona que construya el personaje, ya que cada artista imagina cómo será ese avatar delante de las cámaras o sobre las tablas, y en función de eso trabajará en su desarrollo creándose tantos resultados posibles como actores puedan interpretarlo.

Por ello, el *Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales* (en adelante el Tratado de Beijing) reivindica y supone todo un hito en la defensa de los derechos de propiedad intelectual de los actores, porque equiparara sus derechos con los que ya tenían reconocidos los artistas musicales desde la *Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión* de 1961 (en adelante Convención de Roma), poniendo así fin a una injusticia histórica.

El objeto del presente trabajo está en analizar el posicionamiento de los derechos de los actores hasta la consecución del Tratado de Beijing y la importancia de que los países se adhieran a este instrumento para el desarrollo de sus industrias audiovisuales.

2. EL ACTOR COMO TITULAR DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los primeros actores interpretaban sus papeles en teatros ante un público presente en interpretaciones que resultaban efímeras, de modo que el régimen legal que protegía sus intereses quedaba debidamente cubierto con los ámbitos laboral y de derecho civil vigentes en la época¹⁴⁹.

Sin embargo, desde el momento en que el estado de la técnica permitió que esas interpretaciones fueran fijadas como imágenes en movimiento en películas de celuloide para su posterior explotación, con la invención del cinematógrafo en primer término, y el resto de avances que fueron surgiendo posteriormente, permitiendo la reproducción, distribución y comunicación pública, esa regulación fue insuficiente y

¹⁴⁹ PÉREZ DE CASTRO, N., en BERVOCITZ CANO, R. (Coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2015, p.243.

los artistas reclamaron una protección similar a la que tenían los autores por medio del Convenio de Berna¹⁵⁰. Precisamente fueron los autores los primeros en oponerse a dicha regulación, al sentir que la concesión de derechos a los artistas podría suponer una merma en los derechos de autor que tenían reconocidos¹⁵¹.

Estos reclamos en busca de la protección de sus actuaciones ante su explotación masiva y sin percibir remuneración alguna a cambio, motivaron a que la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁵² buscara soluciones legislativas que, si bien en la Conferencia de Revisión del Convenio de Berna del año 1948 en Bruselas, descartaron la protección a través del derecho de autor, se formuló la aspiración de reconocer los derechos de los artistas como derechos “vecinos” a los derechos de autor.

La explicación más factible con respecto a esa desigualdad que existe en una regulación que distingue entre titulares de **derechos de autor**, propiamente dichos, de titulares de otros derechos, o **conexos**, o derechos “vecinos”, está en que los derechos conexos tienen una historia propia que difiere de la del derecho de autor: Las reivindicaciones de unos -los **autores**- nacen con la invención de la imprenta¹⁵³, mientras que las reivindicaciones de los otros - **intérpretes** -, llegaron más tarde y con la legislación en materia de propiedad intelectual ya desarrollada, como respuesta a un período en el que la tecnología permitía las explotaciones masivas de esas interpretaciones audiovisuales.

Fue en la Convención de Roma de 26 de octubre de 1961 en la que se zanjó el debate al reconocer al artista como titular de derechos conexos, derechos independientes a los derechos de autor, ya que estos se refieren a objetos diferentes¹⁵⁴: No surgen por la creación de la obra, sino por la forma de presentarla ante el público, de modo que no se requiere del requisito de la originalidad que sí es condición *sine qua non* para la autoría¹⁵⁵.

La denominación “derechos conexos” resulta un tanto ambigua y confusa¹⁵⁶, ya que en dicha categoría participan una serie de titulares que nada tienen que ver los unos con los otros, salvo que todos ellos son intermediarios necesarios para el desarrollo de la obra. Y, además, el propio término podría llevar a interpretar que los unos (“vecinos”, “otros derechos”, o “afines”, en una terminología casi despectiva) son dependientes y subordinados a los otros. Sin embargo, la doctrina más autorizada,

¹⁵⁰ Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de Septiembre de 1886, fue completado en París el 4 de mayo de 1896.

¹⁵¹ MARTÍN VILLAREJO, A. en ROGEL VIDE (Coord.), Interpretación y autoría, Ed. Reus, Madrid 2004, p.150

¹⁵² ANTEQUERA PARILLI, R., Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada, Ed. Reus, Madrid, 2012, p.221.

¹⁵³ La invención de la imprenta por parte de Gutenberg a mediados del siglo XV desembocó en las reivindicaciones de los autores frente a los editores, culminando en la que se conoce como la primera ley de derecho de autor del mundo: el Estatuto de la Reina Ana de 1710.

¹⁵⁴ FICSOR, M., Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI, OMPI, Ginebra, 2003, P.136

¹⁵⁵ ROGEL VIDE, C. y SERRANO GÓMEZ, E., Manual de Derecho de Autor, Ed. REUS, Madrid, 2008, p.19

¹⁵⁶ ANTEQUERA PARILLI, Op.cit, p.221.

como FICSOR, ANTEQUERA PARILLI o MARTÍN VILLAREJO, niegan con rotundidad dicha interpretación, ya que no cabe sino entender que consisten en derechos que son autónomos e independientes¹⁵⁷.

Con todo, es innegable que, en la categorización de artistas e intérpretes, el objeto de protección no está en estimular las actividades técnico - organizativo - empresariales, tal y como sucede con el derecho conexo de los productores, sino en proteger algo que es único e irrepetible como lo es la interpretación de un actor.

3. EL LARGO CAMINO HASTA EL TRATADO DE BEIJING

Desde la Convención de Roma hasta que se concluyó el Tratado de Beijing en el año 2012, tuvieron que transcurrir más de 50 años para que los artistas tuviesen una protección similar en el ámbito audiovisual con respecto al sonoro, si bien veremos que el alcance de estos derechos no es exactamente el mismo.

En la Convención de Roma de 1961 se reconoció la titularidad de derechos a los **artistas que representen un papel**, incluyendo así a los actores como primeros en la lista de intérpretes en el artículo¹⁵⁸ que los regula, pero las más amplias facultades –esto es, la facultad de autorizar o prohibir la radiodifusión y comunicación al público-, se concedieron a los artistas cuyas interpretaciones fueran fijadas en un fonograma¹⁵⁹, es decir, a los cantantes y los músicos, de modo que se privaba a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en medios audiovisuales de toda protección internacional significativa¹⁶⁰

Tal y como explica la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI) en su *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, dicha disposición limitante en el artículo 19 de la Convención se basó en una propuesta presentada por Estados Unidos, ya que, evidentemente, su industria del cine en pleno auge tenía un profundo interés en restringir los derechos de los actores argumentando que sus contribuciones *“se funden con muchas otras contribuciones creativas y técnicas que dan lugar a un nuevo elemento: La obra audiovisual”*¹⁶¹; por miedo a que el reconocimiento de derechos dificultara la explotación de las obras.

Posteriormente, y fruto de las luchas de los artistas para proteger sus derechos ante la amenaza que suponían las nuevas tecnologías, se consiguió que se convocara la Conferencia Diplomática de 1996 en la que se aprobaron dos nuevos instrumentos internacionales: El **Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor** (por sus siglas en castellano TODA, o en inglés, el WCT); y el **Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas** (por sus siglas en castellano TOIEF o en inglés WPPT), los

¹⁵⁷ MARTÍN VILLAREJO, Abel, en VVAA, En torno a los derechos morales de los creadores, Ed. Reus, Madrid, 2003, p. 191.

¹⁵⁸ Artículo 3 a) de la Convención de Roma de 1961 en que se define a los artistas, intérpretes o ejecutantes.

¹⁵⁹ Artículo 19 de la Convención de Roma: “No obstante cualesquiera otras disposiciones de la presente Convención, una vez que un artista, intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, dejará de ser aplicable el artículo 7”

¹⁶⁰ LANTERI, Paolo, Regulación Internacional en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos: Pasado, Presente y Futuro, Ed. Instituto de Autor, 2016, p.142.

¹⁶¹ FICSOR, M., Guía sobre los Tratados, óp. cit, p. 161

denominados “**Tratados de Internet**” por su vocación de regular los derechos de autor y derechos conexos en el entorno digital.

Como resultado de los mismos, la protección internacional sería de lo más favorable para aquellos artistas cuyas prestaciones fueran fijadas en fonogramas, pero no así para los intérpretes audiovisuales. Una vez más, los actores fueron objeto de una injusta discriminación¹⁶² en estos Convenios, ya que se reconocieron por primera vez en un instrumento internacional los derechos morales de los artistas, intérpretes o ejecutantes “en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas”, así como una serie de derechos patrimoniales¹⁶³, manteniéndose una situación desigual a nivel internacional para los intérpretes del audiovisual con respecto a los músicos.

Por esta razón, la Conferencia Diplomática de 1996 adoptó el compromiso de convocar a una nueva conferencia, con miras a aprobar un protocolo a los Tratados de Internet (TOIEF y TODA por sus siglas en castellano) que extendiera la protección a los intérpretes audiovisuales.

En dicha Conferencia Diplomática celebrada en el año 2000, no se pudo llegar a un acuerdo definitivo por las diferencias entre las propuestas presentadas por la UE, por una parte, y por los Estados Unidos, por la otra, **en relación a la titularidad de los derechos y a la ley aplicable para determinar esa titularidad**¹⁶⁴, en un choque entre **el sistema de copyright** -en que la titularidad originaria de los derechos es de los productores audiovisuales- con el **sistema de derecho de autor** - en el cual la titularidad originaria de los derechos conexos es de los artistas e intérpretes, pese a que se presumen cedidos al productor. Estas diferencias respecto a la cesión de derechos al productor audiovisual no impidieron que, con un **acuerdo provisional en 19 de los 20 artículos**¹⁶⁵, se llegara a un **acuerdo definitivo el 24 de junio de 2012 en Beijing**.

Como resultado, y si bien el Tratado de Beijing concede un nivel de protección para los artistas audiovisuales muy similar al de los músicos a través de los anteriores tratados de internet, en los siguientes epígrafes veremos que existen una serie de aspectos en los que se diferencia su regulación: Por un lado, en los ya mencionados derechos morales, especialmente, por las limitaciones al derecho de integridad; y, por otro lado, en lo que respecta a los derechos patrimoniales, en la configuración del derecho de radiodifusión y comunicación pública sobre sus interpretaciones fijadas.

¹⁶² ANTEQUERA PARILLI, R en VVAA, Derechos Intelectuales y el Derecho a la Imagen en la Jurisprudencia Comparada, REUS .S.A., Madrid, 2012, pp. 220-221

¹⁶³ Los derechos patrimoniales de reproducción, distribución, alquiler y puesta a disposición mediante transmisiones interactivas sobre “sus interpretaciones fijadas en fonogramas” y el derecho a obtener una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales

¹⁶⁴ VIJJAREJO MARTÍN, A. El Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales – Perspectiva de los actores” Paper online: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/ompi_da_sdo_14/ompi_da_sdo_14_ref_t8_a.pdf

¹⁶⁵ FICSOR, Mihály J., Beijing Treaty on Audiovisual Performances (BTAP): first assessment of the third WIPO “Internet Treaty” - Paper online: copyrightseesaw.net/uploads/fajlok/beijing-treaty-commentary.doc

4. DERECHOS RECONOCIDOS EN EL TRATADO DE BEIJING

El Tratado de Beijing consta de un total de 30 artículos de los cuales, por razones de espacio e interés, nos centraremos en analizar exclusivamente los relativos a derechos sustantivos y régimen de cesiones, poniendo especial énfasis en el artículo 12, "responsable" de que el Tratado tardara tanto en llegar a su conclusión, pero todo un éxito en lo que a negociación se refiere, al conciliar posturas tan dispares como las de las *majors* de Hollywood con las de los titulares originarios (creadores) más favorecidos por el sistema de derecho continental.

A. Los derechos morales de los actores en el tratado de Beijing:

Los derechos morales de los actores, de cuyo reconocimiento se desprende el claro trasfondo del carácter creativo de su actividad¹⁶⁶, están formulados principalmente para que el artista pueda conservar su reputación y se le reconozca como titular de su actuación, y, como derechos estrechamente ligados a la personalidad del intérprete, le pertenecen al actor independientemente de sus derechos patrimoniales.

Las facultades morales de los autores fueron introducidas por primera vez en la Revisión del Convenio de Berna que se llevó a cabo en Roma en el año 1928, y sufrieron sucesivas modificaciones en las revisiones de Bruselas de 1948 y Estocolmo en 1967 dando como resultado la redacción del actual artículo 6 bis, en el que se incluyen los derechos morales de paternidad e integridad¹⁶⁷.

Estas facultades morales, son precisamente las que diferencian a los artistas del resto de titulares de derechos conexos y los asemejan a los titulares originarios de derechos de autor. En palabras de SOLÍS PÉREZ, esto es así "*porque tanto en la labor artística como en la creativa existe una íntima conexión entre su personalidad y el resultado de la creación e interpretación*"¹⁶⁸.

Los derechos morales de los artistas e intérpretes están regulados en el Tratado de Beijing en su artículo 5, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 5.- Derechos morales

1. Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo que atañe a sus interpretaciones o ejecuciones en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, el derecho a:

i) reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución; y

¹⁶⁶ SAIZ GARCÍA, C. en Obras Audiovisuales y Derechos de Autor, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2002, p. 98

¹⁶⁷ ROSELLÓ MANZANO, R., Derechos de la Personalidad y Derechos Morales de los Autores, Reus S.A., Madrid, 2011, pp. 22-25.

¹⁶⁸ SOLÍS PÉREZ, Miguel, en X CONGRESO INTERNACIONAL sobre la protección de los DERECHOS INTELLECTUALES del autor, del artista y el productor, Noviembre 29 a Diciembre 2 de 1995, Quito, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1995, p.153

ii) *ii) oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación, tomando debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales.*

2. Los derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1, serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en que se reivindique la protección. Sin embargo, las Partes Contratantes cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación del presente Tratado o de la adhesión al mismo no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo anterior, podrán prever que algunos de esos derechos no sean mantenidos después de la muerte del artista intérprete o ejecutante.

3. Las vías de recurso para la salvaguardia de los derechos reconocidos en virtud del presente artículo estarán regidas por la legislación de la Parte Contratante en la que se reivindique la protección¹⁶⁹.

De acuerdo al artículo 5, los derechos morales reconocidos en el Tratado son el **derecho de paternidad** - para ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales- y el **derecho de integridad** -que es el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación-. Además, la protección de los derechos morales se mantiene incluso después de la muerte del artista, intérprete o ejecutante, por lo menos, hasta la extinción de sus derechos patrimoniales.

I. Paternidad

El derecho de paternidad atribuye a los artistas el que se reconozca su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones en la forma en que ellos quieran, impedir su mención, así como a aparecer de forma anónima¹⁷⁰ o bajo pseudónimo, lo cual habrá de regularse en el respectivo contrato de actuación.

En lo que respecta al contenido de su regulación, nos encontramos con un derecho aparentemente más limitado que el que tienen reconocido los autores a raíz del Convenio de Berna, en su artículo 6bis, por permitir la omisión del nombre del intérprete cuando ésta **“venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución”**. Sin embargo, tal y como aclara la OMPI, el hecho de que esta estipulación

¹⁶⁹ Declaración concertada relativa al artículo 5: A los efectos del presente Tratado y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro tratado, queda entendido que, habida cuenta de la naturaleza de las fijaciones audiovisuales y de su producción y distribución, las modificaciones de una interpretación o ejecución que se efectúen durante la explotación normal de la interpretación o ejecución, tales como la edición, la compresión, el doblaje, o el formateado, en medios o formatos nuevos o existentes, y que se efectúen durante el uso autorizado por el artista intérprete o ejecutante, no serán consideradas como modificaciones en el sentido del artículo 5.1.ii). Los derechos contemplados en el artículo 5.1.ii) guardan relación solamente con los cambios que sean objetivamente perjudiciales de manera sustancial para la reputación del artista intérprete o ejecutante. Queda entendido también que el simple uso de tecnologías o medios nuevos o modificados, como tales, no será considerado como modificación en el sentido del artículo 5.1.ii).

¹⁷⁰ SAIZ GARCÍA, C. en ROGEL VIDE (Coord.) Derechos Morales de los Creadores. Características, ámbito y límites. Ed. Reus, Madrid 2019, p. 261

no aparezca en el Convenio de Berna, no significa que deban utilizarse los nombres de los autores incluso cuando la forma de explotar la obra lo haga imposible o muy poco práctico. De hecho, la Guía de los Tratados de los OMPI en lo que respecta al Convenio de Berna, habla de un derecho de mencionar al autor *“en la medida en que sea viable y, en cierto sentido, que sea razonable habida cuenta de las circunstancias”*¹⁷¹.

Por su parte, respecto a los artistas musicales, en la Convención de Ginebra¹⁷² se adelantaron con este criterio poniendo como ejemplo la imposibilidad y la poca practicidad de identificar a todos los intérpretes de una orquesta sinfónica en la radiodifusión de una de sus ejecuciones.

II. Integridad

El derecho de integridad es el derecho del artista a oponerse a cualquier modificación de su interpretación o ejecución que cause un perjuicio a su reputación o su honor. De acuerdo a la Federación Internacional de Actores, *“debe enfatizarse que en la práctica la importancia de este derecho con frecuencia está limitada por el hecho de que el titular debe llevar el asunto a los tribunales y acreditar el perjuicio sufrido. Además, el ejercicio de este derecho con frecuencia está restringido por la ley y por las prácticas contractuales que permiten la limitación del mismo”*¹⁷³. Así, veremos a continuación que el derecho de integridad de los actores está mucho más atenuado que el de los autores y sensiblemente más limitado que el de los artistas musicales:

a) Diferencias con respecto al derecho a la integridad de los autores en el artículo 6.bis de Berna

En el Convenio de Berna este derecho se extiende a “cualquier atentado”, mientras que en el Tratado de Beijing queda atenuado por una serie de actos de explotación propios de la industria audiovisual.

También, según lo señalado en el artículo 6.bis del Convenio de Berna, este derecho no sólo se puede ejercer cuando pueda resultar perjudicial para la reputación del autor, sino también perjudicial para su **honor**, expresión que queda omitida en el Tratado de Beijing¹⁷⁴

Si bien durante las negociaciones de adopción del Tratado, se hizo referencia a que esta diferencia se basaba en las parodias, haciéndose hincapié en que no sería adecuado vaciar de contenido este límite al permitir a los artistas, intérpretes o ejecutantes oponerse a las parodias citando perjuicios al **honor**, realmente, la parodia no se produce como una afectación al honor, pues este límite al derecho exclusivo

¹⁷¹ FICSOR, MIHALY, Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI, p. 45

¹⁷² Ibid. p. 250

¹⁷³ Derechos Morales de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Guía elaborada por la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE ACTORES, 2013, p.26. Disponible en: <http://www.fia-actors.com/uploads/ES-Moral-Rights-Spread%20version%20S.pdf>

¹⁷⁴ Nota 5.05 de la Propuesta Básica de Disposiciones sustantivas de un instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, Documento OMPI IAVP/DC73 de 1 de agosto de 2000, p. 54

de transformación siempre va referido a elementos estilísticos característicos de ese artista. Por ello, FICSOR señala que la omisión está más enfocada a sugerir que la protección de los artistas siempre será algo menor que la conferida a los autores¹⁷⁵.

b) Diferencias con respecto a la limitación al derecho a la integridad de los artistas musicales en el TOIEF: La Declaración Concertada del artículo 5

El artículo 5 del Tratado de Beijing, al referirse a modificaciones que afectan al derecho moral de integridad, incluye una limitación señalando que debería tomarse en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales. Adicionalmente, tampoco se siguió lo señalado en el TOIEF por las presiones de algunos países (principalmente, EEUU y sus “*majors*” de Hollywood) para que, en la normal explotación de la obra, se incluyan, por ejemplo, los montajes especiales para que los films puedan ser exhibidos en los aviones, así como la obvia explotación en dispositivos móviles, entre otras.

Para ello, se introdujo una Declaración Concertada al artículo 5¹⁷⁶ que añade una importante limitación adicional, tanto para los artistas, intérpretes y ejecutantes originales, como para otros sujetos que intervienen en la obra audiovisual¹⁷⁷, al permitir una serie de acciones que pueden realizarse durante la normal explotación de la interpretación o ejecución audiovisual. Tales acciones son las siguientes:

- i. Las **modificaciones** derivadas de la **edición**, la **compresión**, el **doblaje** o el **formateado** no serán consideradas como **modificaciones** en el sentido del artículo 5.1.ii)
- ii. Los cambios a que hace referencia el artículo 5.1.ii) han de ser **objetivamente perjudiciales** para la reputación del artista, intérprete o ejecutante
- iii. El simple uso de las **tecnologías** o **medios nuevos** o **modificados** como tales, **no** será **considerado** como **modificación** en el sentido del citado artículo 5.1.ii)

Lógicamente, esto supone una protección menor a la conferida por el derecho de autor a la luz de Berna, con sentencias paradigmáticas por las que el coloreado de una película supone una vulneración al derecho a la integridad¹⁷⁸, ya que, a través del Tratado de Beijing, incluso, se permiten prácticas instauradas en el mercado pero que son tan agresivas como la publicidad insertada en la parte inferior de los programas de televisión, que, de hecho, parecen afectar no sólo a los artistas, sino a la obra en general.

Salta a la vista que, con lo señalado por dicha Declaración Concertada, los artistas han de justificar objetiva y claramente la afectación a su reputación, con todas las

¹⁷⁵ FICSOR, M., Guía sobre los Tratados, Op.cit. P.250

¹⁷⁶ Declaración Concertada del Artículo 5 del Tratado de la OMPI.

¹⁷⁷ AZUAJE PIRELLA, M., en Anuario de Propiedad Intelectual 2013: Doblaje y Propiedad Intelectual, Ed. REUS, Madrid, 2014, p.328

¹⁷⁸ PÉREZ DE CASTRO, N., Las obras audiovisuales. Panorama Jurídica. Ed. Reus, Madrid, 2001, Pp. 93-96

dificultades que ello implica: ¿qué es objetivamente perjudicial para la reputación de un artista? Sin un baremo objetivo para su medición, queda en manos del juez el entrar a valorar, caso por caso, qué actuaciones atentan contra la integridad de los actores.

En todo caso, no queda sino coincidir con MARTÍN VILLAREJO el celebrar que el reconocimiento de estos derechos constituye un paso adelante¹⁷⁹.

III. El doblaje en el Tratado y en el derecho internacional

Desde un punto de vista técnico, el doblaje consiste en reemplazar la lengua original en la que se ha rodado una obra audiovisual por otro idioma, a los fines de facilitar su difusión en el extranjero¹⁸⁰.

De acuerdo con lo señalado en la Declaración Concertada del artículo 5 del Tratado de Beijing, el doblaje es una de las modificaciones permitidas que no forma parte del paraguas del artículo 5.ii en lo que respecta al derecho a la integridad por razones obvias: SAIZ GARCÍA señala que la función del doblaje es eminentemente mercantil al permitir que se amplíe el público que podrá disfrutar de la obra¹⁸¹, de modo que, la intención del Tratado de Beijing está en facilitar la explotación del trabajo de los artistas sin que estos puedan oponerse, a excepción, claro está, de que ese doblaje suponga un perjuicio grave¹⁸² para el actor, en cuyo caso operará el derecho a la integridad del actor que ha sido doblado.

• El derecho de doblaje de algunas legislaciones

Más allá de lo señalado por el Tratado de Beijing, existen legislaciones, como la española, la panameña y la brasileña, en las que todo doblaje de una interpretación en la lengua nativa del artista por parte de un tercero, requiere la autorización del actor. En la práctica, este tipo de doblaje es más habitual de lo que pudiera parecer¹⁸³, de modo que la concesión de este derecho permite al actor original evitar desagradables sorpresas en la fase de postproducción o incluso en el propio estreno de la película.

Al respecto: una de las grandes historias del lado más oscuro de Hollywood está en la "puñalada" recibida por David Prowse, campeón de halterofilia e intérprete que puso su imponente físico bajo la máscara y el traje de Darth Vader, cuando el día del estreno de Star Wars (1977), descubrió que sus tomas de voz habían sido sustituidas

¹⁷⁹ VILLAREJO MARTÍN, A. El Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales – Perspectiva de los actores” Paper online: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/ompi_da_sdo_14/ompi_da_sdo_14_ref_t8_a.pdf

¹⁸⁰ AZUAJE PIRELA, M., en VVAA, Op.cit., P.321.

¹⁸¹ SAIZ GARCÍA C., Singularidades de los derechos morales en relación con los artistas, en ROGEL VIDÉ, C.(Coord.), Derechos Morales de los Creadores, Ed. REUS, Madrid, 2019, p.274

¹⁸² No resulta muy difícil imaginar como cambiarían las interpretaciones de Bruce Willis dobladas al castellano si, en vez de contar con la profunda voz de Ramón Langa, hubiese sido doblado con una voz aguda y nasal.

¹⁸³ Por ejemplo: Para el caso de grandes coproducciones internacionales en las que Javier Bardem ha participado actuando en inglés, el actor Rafael Calvo se ha encargado de interpretar su voz en español.

por las del actor James Earl Jones sin que ni siquiera le hubiesen avisado. Seis años después, George Lucas iría aún más lejos, al mostrar otro rostro, el del actor Sebastian Shaw, cuando el personaje al que interpretaba Prowse al fin se quita su casco en "The Return of the Jedi (1983)"¹⁸⁴.

En el caso de España, más allá de su reconocimiento expreso en el artículo 113.2 de la Ley de Propiedad intelectual -derechos morales de los artistas-, existe un caso paradigmático en el que se condenó a la productora de Jose Luis Garci, a indemnizar al actor Antonio Valero por doblar su voz en castellano sin su consentimiento¹⁸⁵.

Por otro lado, sobra decir que, en lo respecta al actor de doblaje, como artista que interviene en la obra audiovisual interpretando un guion con su voz, éste también será titular de derechos morales y patrimoniales.

En tal sentido, y de acuerdo a lo señalado por la Federación Internacional de Actores a través de sus encuestas, para los actores de doblaje el derecho a la paternidad es el que suele plantear más conflictos en la mayoría de países, ya que sus nombres nunca aparecen en las cubiertas de los DVD o Blue Ray, y en los títulos de crédito, la velocidad de desplazamiento impide el debido reconocimiento a la titularidad de su interpretación¹⁸⁶. Así mismo, se plantea una cuestión que es de sumo interés para el debate en lo que respecta a los derechos concedidos al actor de doblaje como interpretación sonora que se incorpora a la obra audiovisual:

¿Qué cuerpo normativo regula los derechos de este tipo de intérpretes? ¿El TOIEF o el Tratado de Beijing? El proteger conforme al TOIEF como interpretaciones sonoras implicaría la paradoja de que tuviesen unos derechos morales más ampliamente reconocidos que los actores que también aportan su imagen. Sin embargo, se concluye que como intérpretes cuyas actuaciones han sido fijadas en una obra audiovisual, es el Tratado de Beijing el cuerpo normativo que regula sus derechos al margen de que sus actuaciones sean de naturaleza sonora.

IV. Plazo de duración de los derechos morales de los artistas

El artículo 5.2 del Tratado de Beijing, señala que estos derechos "*serán mantenidos después de su muerte, por lo menos, hasta la extinción de sus derechos patrimoniales*". Así, como norma de mínimos, se pueden identificar países en los que el plazo de protección se asemeja a lo señalado en el tratado -como es el caso de Ecuador, que aplica el mismo plazo que el del ejercicio de los derechos patrimoniales, esto es, 70 años contados a partir del 1 de enero del año siguiente a aquel en que tuvo lugar la

¹⁸⁴ Entrevista extraída del documental "I am your father" sobre la vida de David Prowse.
https://www.huffingtonpost.es/2016/07/10/documental-i-am-your-father_n_10812226.html

¹⁸⁵ Noticia del 12 de julio de 2002 disponible en El País digital:
https://elpais.com/diario/2002/07/12/cine/1026424808_850215.html

¹⁸⁶ "Derechos Morales de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes", guía elaborada por la Federación Internacional de Actores, disponible en: <http://www.fia-actors.com/uploads/ES-Moral-Rights-Spread%20version%20S.pdf>

interpretación o su fijación¹⁸⁷, y otros países que los consideran permanentes, como España, lo que a mi juicio resulta idóneo de cara a homologar los derechos de estos con los autores.

Así, además de contar con un derecho moral más limitado que el de los autores, resulta que, en muchas legislaciones, el plazo de ejercicio del derecho moral de los actores por parte de sus herederos, o la persona natural o jurídica que designen para el efecto, estará limitado en el tiempo, de modo que, tal y como señala MARTÍN VILLAREJO¹⁸⁸, podría producirse el absurdo de que determinados intérpretes dejen de aparecer en los títulos de crédito de las películas en según qué países mientras que, transcurridos 400 años desde su primera publicación, autores como Cervantes han de figurar en cada edición y ejemplar del Quijote.

Por lo tanto, la recomendación es que estos derechos también sean imprescriptibles para los artistas, puesto que no supone obstáculo alguno para la explotación por parte del productor audiovisual y evita situaciones desiguales entre los distintos titulares.

B. DERECHOS PATRIMONIALES Y SU EJERCICIO

I. Regulación de los derechos patrimoniales

La regulación de los derechos patrimoniales de los intérpretes como derechos de contenido económico vinculados a la explotación de su interpretación, tiene su base en la concesión de un monopolio al intérprete para autorizar o no la fijación de su interpretación en vivo, por un lado, y, por otro, la concesión de una serie de derechos patrimoniales una vez que esta interpretación ha sido fijada.

En tal sentido, la regulación contenida en el Tratado de Beijing es muy similar a la dispensada a los artistas musicales, a excepción de que cuentan con una protección menor en lo que respecta al derecho de radiodifusión y de comunicación pública, tal y como veremos posteriormente, ya que el artículo 11 del Tratado de Beijing es distinto al artículo 15 del WPPT y permite, incluso, el que los países firmantes del Tratado lo excluyan de sus legislaciones¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Artículo 223 inciso segundo del COESCCI: "A la muerte del artista, intérprete o ejecutante, el ejercicio de estos derechos corresponderá a sus causahabientes por el plazo de duración de los derechos patrimoniales".

¹⁸⁸ MARTÍN VILLAREJO, A., en Comentario al Artículo 113 en RODRÍGUEZ TAPIA (Coord.), Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, 2ª Ed., Ed. ARANZADI, Navarra, p.700

¹⁸⁹ Artículo 11 Derecho de radiodifusión y de comunicación al público 1. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales. 2. Las Partes Contratantes podrán declarar, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI que, en lugar del derecho de autorización previsto en el párrafo 1, establecerán el derecho a una remuneración equitativa por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales. Las partes Contratantes podrán declarar también que establecerán en su legislación las condiciones para el ejercicio del derecho a una remuneración equitativa. 3. Toda Parte Contratante podrá declarar que aplicará las disposiciones del párrafo 1 o 2 únicamente respecto de ciertas utilidades, o que limitará su aplicación de alguna otra manera, o que no aplicará ninguna de las disposiciones de los párrafos 1 y 2.

Explicado de forma esquemática, el **artículo 6** del Tratado de Beijing reconoce a los artistas el derecho a autorizar la fijación, radiodifusión y comunicación al público de sus interpretaciones no fijadas (en vivo), los **artículos 7 a 11** reconocen al artista el derecho exclusivo de autorizar la explotación de sus interpretaciones o ejecuciones en fijaciones audiovisuales, mientras que el **artículo 12** dota a las Partes Contratantes (Estados adheridos) de una amplia flexibilidad para establecer en sus respectivas legislaciones nacionales la forma en la que tales derechos pueden ejercitarse.

En el presente apartado nos centraremos en explicar los derechos patrimoniales con los que cuenta el actor (artículos 6 a 11) y en el apartado siguiente, las diferentes opciones que da el Tratado de Beijing a los estados adheridos para regular su ejercicio (artículo 12).

a. Interpretaciones en vivo (no fijadas)

Los actores cuentan con los mismos derechos que los músicos y cantantes ya que el Tratado de Beijing reproduce de forma exacta el contenido del TOIEF, concediendo a los intérpretes el derecho de autorizar o prohibir la radiodifusión o comunicación pública de su interpretación en vivo, así como el derecho a autorizar la fijación (grabación) de esa actuación.

b. Interpretaciones fijadas

La fijación, en palabras de MARTÍN VILLAREJO, puede definirse como la incorporación de sonidos, de imágenes, o de sonidos e imágenes, o la representación de éstos, a partir de la cual pueden percibirse, reproducirse, o comunicarse mediante un dispositivo¹⁹⁰.

Toda vez que esa fijación permite la explotación masiva de sus interpretaciones, tiene total sentido el que a partir de ese momento se les reconozcan una serie de derechos exclusivos de cara a controlar (relativamente) el destino de su trabajo. Y así, para las actuaciones grabadas en fijaciones audiovisuales, también se repite el esquema del TOIEF ya que, el Tratado de Beijing, les concede el derecho exclusivo de reproducción, el derecho de distribución, el derecho de alquiler, el derecho de puesta a disposición y los derechos de radiodifusión y comunicación pública.

¹⁹⁰ MARTÍN VILLAREJO, A. en RODRÍGUEZ TAPIA, (Coord.) en VVAA "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual", Ed. Thomson Reuters, Madrid, 2009, p.644

i. Derecho de Reproducción

Regulado en el artículo 7 del Tratado de Beijing, su contenido reproduce lo señalado para los músicos en el TOIEF, aclarando en su Declaración concertada que este derecho también se aplica al entorno digital¹⁹¹.

ii. Derecho de Distribución

Regulado en el artículo 8 del Tratado de Beijing, también reproduce de manera exacta el artículo 8 del TOIEF, otorgando la facultad a las Partes Contratantes de determinar las *“condiciones, si las hubiera en las que se aplicará el agotamiento del derecho”*, aclarándose en la Conferencia que este agotamiento sólo se refiere a los ejemplares materiales que pueden ponerse en circulación como objetos tangibles.

iii. Derecho de alquiler

La regulación de este derecho en el artículo 9, que es opcional para los países firmantes *“a menos que el alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de esas fijaciones que menoscabe considerablemente el derecho de reproducción de los artistas”*¹⁹², sí muestra una clara diferencia con respecto a su regulación en el TOIEF, ya que, en el artículo 9.2 de este último, se configura un derecho de remuneración en sustitución del derecho exclusivo y sin embargo en el Tratado de Beijing no se hace mención alguna al respecto.

No obstante, sobra decir que en el contexto actual este derecho ha quedado totalmente relegado a un segundo plano a favor del derecho de *puesta a disposición* con un consumo masivo a través de plataformas de streaming, con lo que la posibilidad de omisión del mismo no resulta tan perjudicial.

iv. Derecho de puesta a disposición del público

Regulado en el artículo 10, está dispuesto en el Tratado de Beijing de forma exacta a como fue reconocido por primera vez en el TOIEF para aquellas interpretaciones fijadas en fonogramas.

Partiendo del hecho de que se trata de un derecho exclusivo, es, gracias a la regulación del artículo 12, que las Partes Contratantes pueden establecer un derecho de remuneración equitativa para compensar a los actores una vez lo hayan cedido al productor audiovisual.

¹⁹¹ Declaración concertada relativa al artículo 7: El derecho de reproducción, según queda establecido en el artículo 7, y las excepciones permitidas en virtud de ese artículo y de los artículos 8 a 13, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida en formato digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de este artículo.

¹⁹² Artículo 9.2 del TBIE.

v. Derecho de radiodifusión y comunicación pública

Regulado en el artículo 11, nos encontramos con un derecho desarrollado de forma distinta a lo dispuesto en el TOIEF -en el que se concedía un derecho de remuneración equitativa- fruto de las presiones ejercidas por los grandes operadores de televisión, quienes argumentaron durante la Conferencia de 2000 que, toda vez que los organismos de radiodifusión mantienen relaciones contractuales directas con los productores, y los artistas a su vez mantienen relaciones directas con los productores audiovisuales, estos están en condiciones de negociar la explotación ulterior de sus interpretaciones¹⁹³.

El anterior argumento, no exento de lógica en teoría, queda desmontado en la práctica, ya que su ejercicio como derecho exclusivo queda minimizado cuando el actor es la parte débil en las negociaciones con el productor. Por ello, la posibilidad de que se configure como un derecho de remuneración en las legislaciones de los estados firmantes es todo un logro.

I. Ejercicio de los derechos: Régimen de Cesiones

Si el artículo 11, anteriormente analizado, supuso un reto en las negociaciones que se llevaron a cabo durante la Conferencia del 2000, el **artículo 12** constituyó una auténtica odisea de una década para lograr consenso:

Fue precisamente el acuerdo al que se llegó durante la vigésimo segunda sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, en junio de 2011, acordándose el contenido definitivo de este artículo¹⁹⁴, el que permitió que la Conferencia Diplomática siguiera desarrollándose hasta adoptar el Tratado de Beijing el 24 de junio de 2012, ya que, tal y como habíamos adelantado, durante la Conferencia del 2000 se llegó a un acuerdo previo en 19 de 20 artículos¹⁹⁵ faltando este archiconocido artículo 12, cuya regulación definitiva fue la siguiente:

Artículo 12.- Cesión de derechos

1. *Una Parte Contratante podrá disponer en su legislación nacional que cuando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual, los derechos exclusivos de autorización previstos en los artículos 7 a 11 del presente Tratado pertenecerán o serán cedidos al productor de la fijación audiovisual o ejercidos por este, a menos que se estipule lo contrario en un contrato celebrado entre el artista intérprete o*

¹⁹³ Nota 11.06 de la Propuesta Básica de Disposiciones sustantivas de un instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, Documento OMPI IAVP/DC73 de 1 de agosto de 2000, p. 52

¹⁹⁴ MARTÍN VILLAREJO, A., El Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales – Perspectiva de los Actores, Recurso ONLINE disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/ompi_da_sdo_14/ompi_da_sdo_14_ref_t8_a.pdf

¹⁹⁵ Vid. Documento original en inglés que muestra consenso en todos los artículos salvo en el 12: AVP/DC/3/4), http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/a_36/a_36_9_rev.doc

ejecutante y el productor de la fijación audiovisual, conforme a lo dispuesto en la legislación nacional.

2. *Una Parte Contratante podrá exigir, respecto de las fijaciones audiovisuales producidas en el marco de su legislación nacional, que dicho consentimiento o contrato conste por escrito y esté firmado por ambas partes o por sus representantes debidamente autorizados.*
3. *Independientemente de la cesión de los derechos exclusivos descrita supra, en las legislaciones nacionales o los acuerdos individuales, colectivos o de otro tipo se podrá otorgar al artista intérprete o ejecutante el derecho a percibir regalías o una remuneración equitativa por todo uso de la interpretación o ejecución, según lo dispuesto en el presente Tratado, incluyendo lo relativo a los artículos 10 y 11.*

Ya en la Conferencia Diplomática de Ginebra en el año 2000 se plasmaron las inquietudes y posibles soluciones para lograr un artículo que consiga un punto de arraigo entre los sistemas desarrollados en los diferentes países, ya que, en algunos priman los derechos y presunciones concedidos por ley, mientras que, en otros, el sistema está basado en los convenios a los que se llegan a través de la negociación colectiva¹⁹⁶.

La postura de EEUU, país en el que los productores acuerdan el pago de los llamados "residuals"¹⁹⁷ a través de la negociación con el sindicato de actores **Screen Actors Guild-American Actors Guild (SAG-AFTRA)**, dificultaba el proceso pues trataba de mantener el derecho de puesta a disposición como exclusivo, y abogaba por la titularidad en origen de los derechos en el productor como empleador, tal como establece su sistema de copyright, a través de la figura del "work made for hire"¹⁹⁸.

Por ello, resulta de especial relevancia para los actores lo señalado en el párrafo tercero de este artículo, ya que otorga la posibilidad de que se les conceda un derecho de remuneración equitativa por todo uso de sus interpretaciones, ya sea a través de las legislaciones de los países adheridos o a través de los acuerdos a los que lleguen con los productores, de forma individual o a través de los colectivos que los representan¹⁹⁹.

Así, la solución planteada está en un sistema flexible en el que las partes contratantes podrán legislar un régimen de cesiones en el que conjugan los sistemas anglosajones y de derecho continental, lo cual supone todo un acierto para lograr un

¹⁹⁶ Nota 12.03 Vid. Documento OMPI IAVP/DC3 p.54

¹⁹⁷De la página web del Sindicato de Actores SAG-AFTRA, la definición de pagos residuales por ciertos actos de explotación: "What are residuals: Residuals are compensation paid to performers for use of a theatrical motion picture or television program beyond the use covered by initial compensation. For TV work, residuals begin once a show starts re-airing or is released to video/DVD, pay television, broadcast TV, basic cable, or new media. For film work, residuals begin once the movie appears on video/DVD, basic cable and free or pay television, or new media".

<https://www.sagaftra.org/what-are-residuals>

¹⁹⁸ Circular informativa de la oficina de copyright del gobierno de los EEUU. Documento original en inglés:

<https://www.copyright.gov/circs/circ09.pdf>

¹⁹⁹ MARTÍN VILLAREJO, A., El Tratado de Beijing., Op.cit. p.13.

consenso que, a la luz de lo reflejado en las actas de la conferencia de 2000²⁰⁰, parecía imposible.

5. REGULACIÓN DE ESTOS DERECHOS EN EL ECUADOR

Actualmente, Ecuador todavía no ha firmado el Tratado de Beijing, a pesar de que el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad e Innovación (por sus siglas, COESCCI), normativa vigente en materia de propiedad intelectual, cumple con los estándares de éste y su regulación de mínimos, de modo que la adhesión a dicho instrumento no requiere de reforma legislativa alguna.

En este punto, conviene resaltar que el Tratado de Beijing, al igual que el resto de instrumentos jurídicos de su misma naturaleza, no consiste en una ley tipo que ha de ser transpuesta de forma literal en las legislaciones de los distintos países firmantes, sino que se trata de un instrumento que establece un marco de protección mínima por debajo del cual no debe legislarse, dando a los países adheridos la posibilidad de establecer su propio sistema, siempre y cuando los Estados igualen, e incluso, incrementen, la protección respecto al Tratado.

Así, la adhesión de Ecuador permitiría reforzar la posición de sus intérpretes a nivel internacional a través del sistema multilateral de reconocimiento de derechos de la OMPI, así como servir de efecto estabilizador para evitar que, en sucesivas reformas legales, se pierdan los derechos conquistados en el COESCCI.

A continuación, analizaremos de forma comparativa como están regulados los **derechos morales** y los **derechos patrimoniales** en la legislación ecuatoriana.

b) Derechos Morales

Art. 223.- Del reconocimiento y concesión de los derechos morales.- *Independientemente de los derechos patrimoniales y aún después de su transferencia, los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán, respecto de sus interpretaciones y ejecuciones, del derecho de ser identificados como tales, salvo que la omisión esté determinada por el modo en que se utilice la interpretación o ejecución. Gozarán también del derecho de oponerse a toda distorsión, mutilación u otra modificación de su interpretación o ejecución, que cause un daño a su honra o reputación.*

A la muerte del artista, intérprete o ejecutante, el ejercicio de estos derechos corresponderá a sus causahabientes por el plazo de duración de los derechos patrimoniales.

²⁰⁰ Actas resumidas de la Conferencia Diplomática de 2000 sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, Ginebra, Pp. 24 -32. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_37.pdf

*Se entiende por artista, intérprete o ejecutante a la persona que **representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra***

Con el reconocimiento de los derechos de paternidad²⁰¹ e integridad, la legislación ecuatoriana cumple con el mínimo señalado en el Tratado de Beijing para los derechos morales de los actores, en lo que respecta a su reconocimiento, ejercicio y plazo de duración, con lo que su adhesión no requiere de reforma legislativa alguna en este sentido.

De hecho, se podría afirmar que incluso reconoce un derecho de integridad más amplio que el del Tratado de Beijing, pues no tiene en cuenta las limitaciones respecto a las nuevas formas de explotación y formateado de la Declaración Concertada del artículo 5.

c) Derechos Patrimoniales

Los derechos patrimoniales de los artistas, intérpretes o ejecutantes están regulados en los artículos 224 y 225 del COESCCI. Tal y como hicimos en el análisis correspondiente a la regulación en el Tratado de Beijing, dividiremos estos derechos en tres bloques: Derechos exclusivos sobre las interpretaciones no fijadas, derechos exclusivos sobre las interpretaciones fijadas y derechos de remuneración equitativa.

a. Derechos sobre las interpretaciones o ejecuciones no fijadas

De acuerdo a lo señalado en la primera parte del **artículo 224, hasta el tercer inciso**, los artistas intérpretes o ejecutantes cuentan con el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la **radiodifusión** y la **comunicación al público** en cualquier forma de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, así como el derecho exclusivo de autorizar su fijación.

En los mismos términos que el artículo 6 del Tratado de Beijing, el COESCCI también añade que los artistas *“sin embargo, no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución no fijada cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida”*²⁰².

Por lo tanto, para la adhesión de Ecuador al Tratado no se requiere de reforma alguna al presente artículo.

²⁰¹ En lo que respecta a la paternidad, cabe destacar además que el COESCCI reproduce de manera exacta lo señalado por el Art. 5 del TBIE en lo que respecta al derecho de paternidad, permitiendo la omisión cuando esté determinada por el modo en que se utilice la interpretación o ejecución.

²⁰² ARTÍCULO 224 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad e Innovación - COESCCI.

b. Derechos exclusivos sobre las interpretaciones o ejecuciones fijadas

A continuación, el artículo 224 del COESCCI prosigue señalando lo siguiente:

Los artistas intérpretes o ejecutantes, en relación con sus interpretaciones o ejecuciones fijadas por cualquier medio o procedimiento, gozarán el derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

- 1. La reproducción directa o indirecta por cualquier medio o procedimiento;*
- 2. La distribución, que incluye el alquiler comercial al público del original y de las copias del mismo; y,*
- 3. La puesta a disposición al público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija*

Cuando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución fijada en fijaciones audiovisuales, se presumirán cedidos al productor audiovisual, salvo prueba en contrario, los derechos exclusivos de reproducción, distribución y puesta a disposición previstos en el presente Código.

- **Breve mención a la inclusión del derecho de alquiler como derecho exclusivo**

Tal y como vimos en el epígrafe dedicado a la regulación del derecho de alquiler en el Tratado de Beijing, este es opcional para las partes contratantes del Tratado, de modo que su inclusión como derecho exclusivo no sólo no plantea ningún inconveniente de cara a la adhesión de Ecuador al Tratado, sino que supone una protección reforzada, teniendo en cuenta que el mismo se ha configurado también como un derecho de remuneración equitativa, objeto de análisis a continuación.

c. Los derechos de alquiler, puesta a disposición, arrendamiento y “todo tipo” de comunicación pública como derechos de remuneración equitativa

Si bien el COESCCI reconoce como derecho exclusivo la puesta a disposición, pero no así el derecho de comunicación pública, esto no supone problema alguno respecto a la adhesión al Tratado de Beijing ya que, el régimen flexible de su artículo 12 permite su regulación a través de un derecho de remuneración equitativa. De hecho, este régimen resulta más favorable para el actor ya que en el contrato de producción audiovisual el derecho exclusivo siempre será cedido al productor audiovisual para la explotación de la obra, mientras que el derecho de remuneración le permitirá obtener una compensación a través del ejercicio del mismo por parte de la entidad de gestión colectiva correspondiente. Por otro lado, también resulta más favorable para el productor porque posibilita su explotación en el mercado con plenas garantías de contar con todos los derechos exclusivos necesarios al respecto.

Citando la Guía de la Convención de Ginebra del año 2000 “*de no haber disposiciones claras relativas a todos los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, un determinado*

*artista podría, en principio, impedir el uso de la producción sobre la base de sus derechos exclusivos*²⁰³..

De acuerdo a su regulación en el artículo 225 del COESCCI en sus incisos tercero y cuarto, los artistas cuentan en Ecuador con un derecho perfectamente alineado con lo dispuesto en el artículo 12 del Tratado de Beijing:

Art.- 225.- Derechos de Remuneración Equitativa.- (...) Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán el derecho a una remuneración equitativa por la radiodifusión y cualquier otra forma de comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

Independientemente de la cesión de derechos exclusivos previstos en el presente Código, se reconocen a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes de forma irrenunciable, derechos de remuneración equitativa por la puesta a disposición y el arrendamiento de sus interpretaciones, ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

Siempre que se realicen los actos de explotación descritos en el artículo, el artista tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa, acogiéndose a la formulación prevista por el Tratado de Beijing en su artículo 12.3, con independencia de la cesión previa de derechos exclusivos al productor, lo que sin duda resulta más beneficioso para los actores de acuerdo con lo explicado en el epígrafe anterior, ya que quedan vinculados a la explotación comercial de la obra percibiendo unos rendimientos que sin duda merecen. Este derecho, de gestión colectiva obligatoria, es vital para los actores ya que en la práctica el real ejercicio de un derecho exclusivo se torna casi imposible.

6. CONCLUSIONES

Con la adhesión de Indonesia al Tratado de Beijing, el pasado 28 de enero de 2020, finalmente se alcanzaron los 30 países que han ratificado dicho instrumento²⁰⁴, permitiendo su entrada en vigor desde el pasado 28 de abril de 2020.

El ritmo desenfrenado con el que surgen los distintos avances tecnológicos aplicados al ocio y entretenimiento, así como a la producción de contenidos culturales, hacen que la legislación en materia de derecho de autor corra el riesgo de quedar obsoleta con relativa facilidad. Por otro lado, en el caso de los intérpretes audiovisuales, los sorprendentes avances en materia de *deep fake e inteligencia artificial* plantean profundos interrogantes en lo que respecta a su régimen de derechos, porque, si ya existe todo un debate en torno a la titularidad de los derechos sobre las "obras" generadas por los sistemas de inteligencia artificial, no es menos cierto que

²⁰³ Nota 12.03 de la Propuesta Básica de Disposiciones sustantivas de un instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales de la CONFERENCIA DIPLOMÁTICA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES O EJECUCIONES AUDIOVISUALES, Ginebra, 7 a 20 de diciembre de 2000, DocumentoOMPI IAVP/DC/3 de 1 de agosto de 2000 p. 54

²⁰⁴ Fuente digital: https://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=841

los intérpretes audiovisuales también se enfrentan a su trabajo en una era de *CGI*²⁰⁵ y "*deep fake*" en la que incluso los grandes artesanos del cine recurren a técnicas de rejuvenecimiento digital con controvertidos resultados²⁰⁶.

Este es el escenario en el que vivimos mientras que, en Ecuador, la norma macro aplicable en materia de derecho de autor y derechos conexos es la Decisión 351 de la Comunidad Andina, un cuerpo normativo que data del año 1993 y que, por ende, plantea soluciones analógicas en un contexto digital.

En una era en que las plataformas de streaming ya no sólo son meras videotecas digitales para consumo de obras, sino que llevan años produciendo contenido original como Netflix, o en que gigantes de la producción han mutado para presentarse como un candidato al trono de las OTT como es el caso de Disney+, necesitamos de un marco normativo moderno que regule de manera eficaz la propiedad intelectual, el verdadero motor de las industrias creativas, en el entorno digital.

Además, en estos tiempos tan complejos, se ha acentuado más aún la perversa paradoja de la brecha de valor en el entorno digital: Los actores son la cara visible de las producciones audiovisuales que nos están alegrando y sirviendo de luz frente a la angustiada incertidumbre propia de la pandemia COVID-19, y, sin embargo, siguen sin percibir una remuneración adecuada ante la explotación masiva de contenidos. Por ello, **la defensa de la propiedad intelectual es más importante que nunca.**

En base a lo analizado, **contando con un cuerpo normativo que cumple con todo lo dispuesto en el Tratado de Beijing** como regulación de mínimos, **resulta verdaderamente necesario que Ecuador se una a la lista de países que han llevado a cabo la ratificación o adhesión al Tratado de Beijing para proteger a nivel internacional a un colectivo tan precarizado como el de los actores**, quienes perciben hasta un 30% menos de remuneración que el resto de los trabajadores promedio²⁰⁷, antes de que la fuga de talento hiera de muerte a una industria emergente en nuestro país y tomemos medidas cuando sea demasiado tarde.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ANTEQUERA PARILLI, R. En *VVAA, Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*, REUS S.A., Madrid 2012

²⁰⁵ Siglas en inglés de "Computer generated imagery", técnica que aplica los gráficos 3D generados por ordenador a los efectos especiales en películas.

²⁰⁶ En la épica "The Irishman" (2019), Martin Scorsese recurrió a técnicas de rejuvenecimiento digital con Robert De Niro y Al Pacino para mostrar la evolución de ambos personajes a lo largo de varias décadas. Fuente: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-50234735>

²⁰⁷Cultura y Condiciones Laborales de los Artistas, UNESCO, 2019, p.19

- AZUAJE PIRELLA, M. *Anuario de Propiedad Intelectual 2013*, Ed. Reus, Madrid, 2014.
- BERCOVITZ CANO, R. *Manual de Derecho de Autor*, Ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2015.
- FICSOR, M. *Guía sobre los Tratados de Derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*, OMPI, Ginebra, 2003.
- LANTERI, P., *El Derecho de Autor y su aplicación nacional, europea, e internacional - Ponencias del Programa Master Class Instituto de Autor - OMPI 2015 - 2016*, Instituto de Autor, Madrid, 2016.
- MARTÍN VILLAREJO, A., *Comentario al artículo 113*, en RODRÍGUEZ TAPIA (Coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Thomson Reuters, Madrid, 2009
- MARTÍN VILLAREJO, Abel, en VVAA, *En torno a los derechos morales de los creadores*, Ed. Reus, Madrid, 2003.
- PÉREZ DE CASTRO, N., *Las obras audiovisuales. Panorama Jurídica*. Ed. Reus, Madrid, 2001
- ROGEL VIDE (Coord.) en VVAA, *Interpretación y autoría*, Ed REUS S.A., Madrid, 2004
- ROGEL VIDE, C. y SERRANO GÓMEZ, E., *Manual de Derecho de Autor*, Ed. REUS, Madrid, 2008
- SAIZ GARCÍA, C. "Singularidades de los derechos morales en relación con los artistas e intérpretes" en ROGEL VIDE, C. (Coord.) *Derechos Morales de los Creadores. Características, ámbito y límites*. Ed. Reus, Madrid 2019.
- SAIZ GARCÍA, C. *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.
- SERRANO GÓMEZ (Coord.) en VVAA *Anuario de Propiedad Intelectual 2013*, REUS S.A., Madrid 2014.

7.1. Otros documentos

- MARTÍN VILLAREJO, A, *El Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales – Perspectiva de los Actores*. Reunión Regional de la OMPI para los países de América Latina sobre los Tratados de Marrakech y Beijing, Santo Domingo 2014.
- CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE 2000, Propuesta Básica de Disposiciones sustantivas de un instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, Documento OMPI IAVP/DC/3.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE ACTORES, *Derechos Morales de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes*, guía disponible en: <http://www.fia-actors.com/uploads/ES-Moral-Rights-Spread%20version%20S.pdf>

Revista Pi Ecuador

Nº 01 | **LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LAS
INDUSTRIAS CULTURALES Y CREATIVAS.**

www.revistapi.ec



Un producto de:



Diseño por:



SANTIAGO
GABRIEL
CEVALLOS

Imágenes portadas:
www.freepik.com