

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**“ANÁLISIS SOBRE LA PROTECCIÓN JURÍDICA AL PERSONAJE DE
FICCIÓN AL AMPARO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**

DIEGO FRANCISCO CHIRIBOGA MENA

DIRECTOR DE TESINA: DR. ESTEBAN ARGUDO

QUITO, 2012

*A mis dos abuelos: Dr. Camilo Mena Mena y Dr. Jaime Arturo Chiriboga Estupiñán.
Hombres de bien y excelentes profesionales
quienes me enseñaron que un abogado sin
cultura es como un médico sin instrumentos.*

Me mostraron el camino a seguir dejando el listón muy alto. Gracias.

No se puede concebir cómo los hombres que en todo tiempo han procurado arreglar por medio de disposiciones claras y terminantes la propiedad que se tiene en las cosas materiales, hayan descuidado la que se funda en las producciones del genio.

*¡Cuántos talentos de primer orden permanecen ignorados solo por falta de recursos!
¡De cuántos beneficios se privan las naciones por no estimular al genio!*

José María Lafragua

La ley es la última ciencia

Frank Herbert

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	1
MARCO PRELIMINAR	3
El Génesis de la Propiedad Intelectual	4
La explotación económica como fin último	7
El reconocimiento del autor como fin último	8
El copyleft.....	8
EL OBJETO DE PROTECCIÓN EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL SEGÚN EL DERECHO DE AUTOR	11
1.1 Antecedentes.....	11
1.1.1 La noción de “obra”	14
1.2. El objeto de protección según el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana.....	17
1.2.1 No-Importancia del mérito y fin de la obra.....	18
1.2.2 La forma de expresión.....	18
1.2.3 La no necesidad de registro.....	19
1.2.4 Diferencia entre la propiedad de la obra y la propiedad del objeto material ...	20
1.3 La lista ejemplificativa del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual	20
1.3.1 Obras escritas.....	20
1.3.2 Colecciones de obras y bases de datos	21
1.3.3 Obras teatrales.....	21
1.3.4 Composiciones musicales.....	22
1.3.5 Obras audiovisuales	23
1.3.6 Obras de pintura y obras plásticas	23
1.3.7 Obras arquitectónicas y de ingeniería.....	24
1.3.8 Ilustraciones, gráficos, mapas y diseños relativos a la ciencia.....	25
1.3.9 Obras fotográficas	26
1.3.10 Obras de arte aplicada	28
1.3.11 Programas de ordenador	28
1.3.12 Diversas adaptaciones de obras con autorización de los creadores originales. .	30
1.4 La protección directa y la protección indirecta de una creación intelectual	30
1.4.1 La protección directa.....	30
1.4.2 La protección indirecta.....	30
EL PERSONAJE DE FICCIÓN A LA LUZ DEL DERECHO DE AUTOR, EL DERECHO MARCARIO Y OTRAS FUENTES DE PROTECCIÓN	32

2.1	El personaje o la persona de ficción.....	32
2.1.1	La noción de “personaje”	33
2.1.2	Personajes ficticios o simbólicos.....	34
2.1.3	Personajes humanos de caracterización.....	34
2.1.4	Personajes circulares y personajes lineales	35
2.2.	La protección originada en el derecho de autor	35
2.2.1	El personaje como obra.....	36
2.2.2	El personaje como idea	37
2.2.3	El personaje como creación intelectual independiente.....	40
2.2.4	Requisitos para que un personaje de ficción sea protegible por el Derecho de Autor.....	41
2.3	La protección originada en el Derecho Marcario.....	46
2.3.1	El objeto de protección	47
2.3.1.1	El personaje como marca	48
2.4	Otras fuentes de protección	50
2.4.1	Protección en la constitución	50
2.4.1.1	El derecho a la imagen	51
2.4.2	Protección en los tratados internacionales.....	53
2.4.2.1	El Convenio de Berna	54
2.4.2.2	Tratado sobre el Derecho de Autor.....	56
2.4.2.3	Decisión 344 Comisión del Acuerdo de Cartagena.....	56
2.4.2.4	Decisión 351 Comisión del Acuerdo de Cartagena.....	57
2.5	Formalidades ante la autoridad administrativa	59
2.5.1	¿Necesidad de registro?.....	60
2.5.2	Efectos e importancia del registro	62
2.5.3	La reserva de derechos.....	63
	NECESIDAD DE PROTECCIÓN AL PERSONAJE FICTICIO.....	66
3.1	Importancia económica.....	66
3.1.1	Personales	68
3.1.2	Empresariales	69
3.1.3	Estatales	70
3.2	Importancia jurídica	71
3.2.1	Franquicia literaria / Franquicia mediática.	72
3.2.2	Cesión de derechos / Licencias de uso.....	74
3.2.3	Character Merchandising	76

3.2.3.1	Elementos del contrato de comercialización de personaje	78
3.3	Fundamentos sociales	79
LEGISLACIÓN COMPARADA Y POSIBLES SOLUCIONES ANTE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA		81
4.1	Legislación comparada	81
4.1.1	Ley de Propiedad Intelectual argentina	81
4.1.2	Ley de Propiedad Intelectual chilena	83
4.1.3	Ley de Propiedad Intelectual española	85
4.1.4	Ley de Propiedad Intelectual mexicana	88
4.2	Posible solución a la problemática planteada.....	91
4.2.1	Reformas a la Ley de Propiedad Intelectual.....	91
4.2.2	Reformas al Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual	93
CONCLUSIONES		95
BIBLIOGRAFÍA.....		97

INTRODUCCIÓN

La creación artística siempre ha sido una actividad inherente a toda sociedad. Desde la antigua Grecia han existido personajes ficticios que han trascendido de las obras para convertirse en creaciones autónomas; como los héroes o dioses griegos. Perseo, Heracles, Aquiles u Odiseo, solo son una muestra de tantos personajes que han sobrevivido a lo largo de los siglos como muestra de la importancia que tienen dentro de una obra ficticia.

En la actualidad, los personajes han adquirido mucha más relevancia. El cine, los programas televisivos o radiales y la literatura han creado personajes inolvidables que probablemente serán conocidos por futuras generaciones. Sherlock Holmes, James Bond o Tarzán son perfectos ejemplos de personas ficticias que han aparecido en distintas obras y adaptaciones. ¿Qué pasaría si un ecuatoriano llegara a crear un personaje de tal relevancia que supere su medio de creación y adquiera independencia?, un personaje tan carismático y único que pueda ser utilizado por otras personas o por otros medios; y sobre todo, pueda ser explotado económicamente. De hecho, ya ha sucedido en el medio televisivo, que un personaje llegó a tener identidad propia, como aquellos creados por el actor David Reinoso.

Debe ser menester que en la sociedad ecuatoriana, en especial, los operadores de justicia, los abogados y los propios autores entiendan claramente si los personajes son protegidos a la luz de nuestra legislación; o más bien, por el contrario, y como parece ser que sucede en la realidad, solo se protege a la obra como un conjunto de ideas plasmadas en un medio.

Sin duda, el Ecuador, está produciendo, poco a poco, un número mayor de obras literarias y audiovisuales. Los conflictos que se presentarán a futuro sobre este tema son inminentes y se augura una sociedad de litigios sobre la propiedad de los personajes ficticios como bienes inmateriales. La experiencia extranjera así lo demuestra y nuestro sistema legal tendrá que dar respuestas claras a estas posibles controversias.

Es indudable que la Propiedad Intelectual se ha visto enfrentada a los nuevos retos que la tecnología ha producido. El internet, las licencias *Creative Commons*, los blogs de autor o el contenido denominado "Copyleft" son respuestas a una nueva forma de entender la creación intelectual. Las facultades de jurisprudencia, así como los legisladores, no pueden negar esta evolución. Deben actualizarse constantemente

en las nuevas tendencias de la sociedad; atender a las nuevas problemáticas y ayudar a que el Derecho cree respuestas a las necesidades sociales que la tecnología crea.

Igualmente, se debe tener presente que el internet ha causado que la Propiedad Intelectual sufra una suerte de transformación. Con la globalización mediática que se vive actualmente, cualquier obra que incluya personajes de ficción puede ser conocida a lo largo y ancho del globo, y he aquí otro problema que no debería pasar inadvertido por los entendidos en la materia. Si se han realizado varios esfuerzos para proteger las obras, las marcas e inventos en nuestro país de conformidad con la comunidad internacional, ¿por qué no sucede lo mismo con los personajes de ficción?, ¿acaso un personaje no puede llegar a ser una fuente de explotación económica por sí sola? ¿no merece tener la misma atención como las obras literarias, los inventos o las marcas?

La presente investigación pretende mostrar cuáles son los lineamientos del Derecho de Autor mediante los cuales debe analizarse al personaje para establecer si se trata o no de un producto del intelecto humano con originalidad suficiente, para merecer la protección directa de la legislación, independientemente del medio en que se haya desarrollado; o por el contrario, si es un elemento adicional dentro de una obra más compleja que, extraída de su contexto, solo tendría la condición de “idea” que carecería de las cualidades esenciales para merecer la protección que la ley y la doctrina establecen.

Para contestar esta pregunta, se estudiará minuciosamente que “creaciones” son susceptibles de protección, según lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana y se determinará si la redacción de los artículos pertinentes en dicha Ley posibilitan que el personaje sea protegido de forma directa.

Posteriormente, se estudiará el concepto de personaje y se analizará las posibles fuentes de protección que podrían otorgar derechos independientes y exclusivos a los autores de los mismos. Así, se estudiará al personaje en relación al ámbito regulado por el Derecho de Autor, Derecho Marcario, Derecho Constitucional y los tratados internacionales.

Igualmente, se realizará un análisis de la necesidad de proteger a los personajes y se comparará nuestra legislación de Propiedad Intelectual con sus similares extranjeras para descubrir cómo han abordado los ordenamientos jurídicos de otros Estados este tema.

MARCO PRELIMINAR

La propiedad intelectual es sin duda una de las ramas del Derecho que más influye –y ha influido- en la economía social, en el desarrollo tecnológico mundial y el fomento de la cultura. Aceptémoslo, pocas son las personas que realizan una labor creativa sin esperar una remuneración económica a cambio.

Nuevas obras, nuevos descubrimientos, en fin, todo un universo de nuevas creaciones están protegidas por la Propiedad Intelectual. Esta protección ha derivado que los inventores puedan beneficiarse económicamente de su labor intelectual y tengan el incentivo de seguir creando. Un círculo sin fin en donde la sociedad, el inventor y el Estado obtienen la debida recompensa.

Paradójicamente, en la actualidad se aprecian dos fenómenos que contradicen la importancia de la Propiedad Intelectual. El primero, y el más tangible, es la denominada piratería. ¿Cómo es posible que en un país se tolere un alto índice de piratería, cuando los beneficios de la protección autoral, genera un efecto dominó concluyendo en un bienestar económico? La existencia de creaciones intelectuales promueve la cultura, industrias y empresas que buscan generar utilidad a bases de dichas creaciones. Esas empresas, generan empleo, pagan impuestos y a la vez, promueven ellos el nacimiento de nuevos creadores y de nuevas creaciones. Lo dicho, un círculo que influye directamente en el bienestar social y la generación de riqueza.

La segunda contradicción es la severa confusión que existe socialmente entre los distintos sistemas de Propiedad Intelectual vigentes en Occidente. Al ser los Estados desarrollados, sobre todo del ámbito anglosajón como los Estados Unidos de América, una cuna de creaciones intelectuales de diferentes clases, los profesionales e intelectuales de países en desarrollo y en especial iberoamericanos frecuentemente hacen referencia al *copyright* en relación a la Propiedad Intelectual que recae sobre sus creaciones, sin entender que existen dos sistemas muy distintos y que probablemente el sistema utilizado en sus respectivos países no tiene el mismo alcance y objeto de protección que el sistema anglosajón.

Esta diferencia es *fundamental* para abordar el tema que se presenta en este estudio. Si bien es verdad que el capítulo cuarto tratará a profundidad la diferencia entre el *Copyright* y el *Droit d'auteur*, es muy necesario realizar una sumaria explicación de ambos sistemas, sobre todo, para que el lector cree un nuevo esquema

mental, en el cual, muchas “falsas creencias” sean derrumbadas... en especial, la imposibilidad de protección a un personaje de ficción, de forma independiente al medio en que aparece.

Además, el lector previo a inmiscuirse en el presente estudio, debe conocer un tercera vertiente que es marginal al ámbito de la propiedad intelectual y que ha sido construido concomitante al avance telemático e informático de los últimos años (en particular el Internet) y que lamentablemente ha contribuido más a la confusión que existe en aquellos que combaten a la Propiedad Intelectual, a su desarrollo y protección; me refiero al denominado *Copyleft*.

El Génesis de la Propiedad Intelectual

Si existe una sola palabra capaz de marcar el inicio de la Propiedad Intelectual, en cuanto esta expresión es asimilada al “derecho de autor”, tal como la conocemos hoy en día, indiscutiblemente esa es la creación de la “*imprensa*”. El invento de Gutenberg en el siglo XV modificó el pensamiento de la Europa renacentista. Inicialmente, no fue primordial proteger al creador, sino al editor, al comerciante que hacía posible la distribución del libro. Esto se debe a la fuerte tradición gremial que tenía Europa en el siglo XVI, herencia de la larga Edad Media que prevaleció en aquel continente por más de quinientos años, además, que se consideraba al libro como cualquier otro producto comerciable¹. Sin embargo, hay que realizar una distinción entre lo que sucedió en Occidente con el desarrollo jurídico de Asia, ya que existen estudios que aclaran que en países orientales ya existía un desarrollo del Derecho de Autor con anterioridad:

*“No hay pleno acuerdo en cuanto a los pormenores de dicha evolución. Por ejemplo, hay quienes vinculan el origen del Derecho de autor con la invención de la imprenta en el siglo XV. No obstante, la técnica de la impresión, desconocida para los europeos, existía desde hace siglos en China y Corea, y la noción de propiedad sobre los resultados del trabajo intelectual se había reconocido de diferentes maneras antes de que GUTENBERG inventara el tipo móvil”*²

En todo caso, es claro que para el mundo occidental, el Derecho de Autor inició como tal, hace apenas seis siglos. El gobierno inglés, en una publicación referente a la historia de la Propiedad Intelectual manifestó que: “*no existían derechos patrimoniales para los*

¹ RENGIFO, Ernesto, *Propiedad Intelectual. El moderno derecho de autor*, Universidad externado de Colombia, 1997, p. 50

² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN DE LA CIENCIA Y LA CULTURA, *El ABC del Derecho de Autor*, Imprimerie de la Manutention, Mayenne Francia, 1981, p. 11

autores de las obras de Grecia o Roma. No sería hasta finales del siglo XV, con el invento de la imprenta, que surgiría una especie de Derecho de Autor”³

Sin embargo, estos derechos en un comienzo, fueron enfocados de una manera totalmente diferente como se lo aplica en la actualidad. El impresor obtenía un permiso para reproducir la obra y el autor quedaba en muy mala posición por no obtener ningún beneficio económico por la venta continua de su “producto”. Es decir, el editor obtenía privilegios para explotar de forma exclusiva mientras que el autor se desprendía totalmente de su creación cuando se la entregaba al primero. Este curioso sistema es mencionado por PHILLIP ALLFED en su ensayo “*Del Derecho de Autor y del Derecho de Inventor*” en el cual manifiesta: “Solo después de la invención del arte de imprimir aparecen privilegios a favor de obras literarias y composiciones musicales. Tales privilegios no se concedían a los autores, sino a los impresores y editores”⁴

A pesar que la invención de la imprenta instituyó un mercado para el desarrollo de la Propiedad Intelectual, no hubiese servido de nada si la capacidad y originalidad del ser humano no se hubiese visto influenciada por el movimiento renacentista, el cual veía en imaginación y creación intelectual la máxima expresión de divinidad y de dignidad. El historiador HAUSER manifiesta al respecto:

“Lo que es fundamentalmente nuevo en la concepción artística del Renacimiento es el descubrimiento de la idea del genio, es decir, de que al obra de arte es creación de la personalidad autónoma, y que esta personalidad está por encima de la tradición, al doctrina y las reglas, e incluso de la obra misma; de que la obra recibe su ley de aquella personalidad; de que en otras palabras, la personalidad es más rica y profunda que la obra y no puede llegar a expresarse por completo en ninguna realización objetiva. (...) La fuerza de la personalidad, la energía espiritual y la espontaneidad del individuo es la gran experiencia del Renacimiento”⁵

En 1710 se promulga “El estatuto de la Reina Anna” que cambia el paradigma de la época y manifiesta que era necesario la compensación económica autor para que éste siga produciendo obras y así a la postre, se beneficie la sociedad. Así se crea un monopolio temporal beneficiando al autor en la explotación de su obra por 21 años, luego de los cuales, la creación pasaba a ser de “*patrimonio público*”. Esto se traduciría como el “derecho exclusivo a imprimir”. Además, esta norma afirmaría la importancia de que la obra fuese nueva para adquirir la protección del *Copyright*.

A partir de este punto histórico, comienza la bifurcación de los dos sistemas de protección de Derechos de Autor que son aplicados en Occidente. Curiosamente, uno de los factores que impulsó la diferencia de los sistemas, fue la gran piratería que enfrentaba Inglaterra en aquella época. El autor no se preocupaba de la reproducción

³ Intellectual Property. A History of Copyright. www.intellectual-property.gov.uk.

⁴ ALLFELD, Philipp, *Del Derecho de Autor y Del Derecho de Inventor*, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 8

⁵ HAUSER, Arnold, *Historia social de la literatura y el arte*, Barcelona, Editorial Labor, Barcelona, 1993, tomo I, p. 47

ilegal de sus obras, ya que la remuneración económica la obtenía del contrato realizado con el editor. Por eso, el sistema de *Copyright* desarrolló una concepción comercial dirigida a proteger la inversión de los editores y no los intereses personales de los autores. Las posteriores legislaciones que heredaron este sistema, no dieron mayor importancia al Derecho Moral y hasta la actualidad son renuentes a esta clase de derecho.

Por otro lado, en Francia se fue suprimiendo de forma gradual el sistema de privilegios otorgados a los editores e impresores. En 1777, Luis XVI expidió 6 decretos que modificaron el mencionado sistema bajo el fundamento de una "gracia"⁶; en primer lugar, la potestad del autor de explotar su obra se estableció en un mínimo de 10 años además, podía elegir quedarse con su privilegio a perpetuidad y transmitirlo a sus herederos⁷. En 1791 la Asamblea Nacional expide la primera *Loi du droit d'auteur* ("Ley de derecho de autor"), y en 1793 una nueva ley fue aprobada, otorgando a los autores, compositores y artistas el derecho exclusivo a vender y distribuir sus trabajos y estableciendo la obligación de depositar copias de su trabajo en la *Bibliothèque Nationale* (obligatoriedad que actualmente se la conoce como Depósito Legal). Así tenemos que, para inicios del siglo XIX, ya existían las dos distintas concepciones del sistema de Propiedad Intelectual que rigen el Occidente en la actualidad.

Hay que tener presente que en cada país, el desarrollo del Derecho de Autor ha tenido su propia evolución a partir de cualquiera de estas dos vertientes. Los procesos independentistas de las colonias inglesas y españolas en América también influyeron al desarrollo del Derecho de Autor en el continente y lo diferenciaron del desarrollo europeo, sobre todo en la concepción de la protección internacional que deben recibir las creaciones intelectuales. Por ejemplo, Estados Unidos se negaba a proteger las obras provenientes de Inglaterra, como una demostración de rebelión contra su ex opresora. Anecdóticamente, fue el clamor de la sobrevivencia de **un personaje de ficción** lo que obligaría a los congresistas estadounidenses proteger las obras internacionales⁸.

En todo caso, el *Copyright* y el Derecho de Autor obedecen a un propósito jurídico similar, perteneciendo a sistemas legales diferentes.

⁶ Cfr. YU, Peter, *Intellectual Property and Information Wealth: Copyright and related rights*, Greenwood Publishing Group, 2007, p.p. 141–142.

⁷ Id.

⁸ NB. El Congreso de los Estados Unidos, luego de un siglo de piratería literaria autorizada, aprobó el reglamento de propiedad internacional, convirtiéndolo en ley para proteger los libros de Sherlock Holmes de autoría de Arthur Conan Doyle. SUMOY, Ramón, *Las memorias de Sherlock Holmes*, RBA editores, Barcelona, 1994, p. 223.

La explotación económica como fin último

El sistema del **Copyright** tiene como objetivos principales el incentivo financiero y el crecimiento económico⁹. Como lo indica ARNOLD PLANT, la asignación de derechos de propiedad tiene sentido cuando hay escasez, a los efectos de establecer los destinos y prioridades correspondientes según lo indique el mecanismo de precios.¹⁰ Por otro lado, también se añade que si no existiera el sistema de *Copyright*, se asignaría mayores recursos económicos estatales para la producción intelectual y menos a otras áreas.

La autora KARINA BENÍTEZ GARCÍA manifiesta que el *Copyright* actual es un sistema de monopolio legal utilizado como incentivo económico para los creadores; lo cual se traduce que el sistema es más restrictivo en la interpretación de los derechos y más proclive a la renuncia o extinción de estos por parte de los autores.¹¹

Para entenderlo de mejor manera, veamos los cinco derechos económicos exclusivos que otorga la *Copyright Act de 1790* de Estados Unidos:

1. Derecho exclusivo para reproducir o autorizar la reproducción de la obra.
2. Derecho exclusivo de realizar o autorizar la realización de trabajos derivados.
3. Derecho de distribución pública.
4. Derechos de interpretación pública.
5. Derecho de exhibición de la obra.

Los mencionados derechos económicos exclusivos pueden ser transferidos y poseídos por separado (situación casi idéntica a los derechos patrimoniales de autor del sistema francés). Además, los derechos pueden ser subdivididos. Por otro lado, en esta ley, no se menciona nada sobre los derechos morales. Es en la *Lanham Act* de 1946 (*ley federal marcaría*) en la que se menciona ciertos derechos que se asemejan a los derechos morales del sistema europeo.

Finalmente, repasemos la opinión de JOYCE C: “(...) *la filosofía general del copyright en el mundo del common law* consiste en proteger las inversiones de tiempo, esfuerzo, y capital en la

⁹ Cfr. LEVINE, David; BOLDRIN Michele, *Against intellectual monopoly*, Cambridge University Press, 2008, p.6

¹⁰ Cfr. PLAN, Arnold, *The economic aspects of Copyright book*, editorial desconocida, 1974, p. 62

¹¹ Cfr. BENITEZ, Karina, *La libertad en la utilización de obras protegidas por el Derecho de Autor. Caso puntual*, Centro Nacional de Derechos de Autor, La Habana, p. 1. Publicación en línea: http://www.cenda.cult.cu/doc/Conferencias/creative_commons.pdf

producción de obras de autoría, sea que las inversiones sean de autores individuales o de entidades corporativas."¹².

El reconocimiento del autor como fin último

Como se ha explicado con anterioridad, la evolución del Derecho de Autor desarrollado en Francia a partir de 1777, ha tenido como pilar fundamental el reconocimiento de los derechos del autor como fin último. Así tenemos que el Derecho de Autor de origen francés, desarrollado en los países latinoamericanos, como el Ecuador, se diferencia del *Copyright* en tres aspectos principales¹³: (i) La doctrina francesa corresponde a una concepción jurídica individualista basada en el derecho natural, es decir, el derecho surge a la vez que la creación intelectual -no se necesita un agente externo o formalidades que reconozca o constituya este derecho-. (ii) El derecho de autor está compuesto por derechos patrimoniales y sobre todo, por derechos morales¹⁴ que protegen su individualidad, honor y prestigio; y (iii) La protección patrimonial que se otorga está limitada por el tiempo y tiene como base la vida del autor y como mínimo cincuenta años *post mortem auctoris*.¹⁵

El pilar fundamental de esta concepción, es la filosofía kantiana de que la creación intelectual forma parte de la personalidad del autor. Para ALEJANDRO LOREDO, la obra es creación del espíritu de autor, el fruto de su pensamiento, de manera que no puede disociarse enteramente de aquél, manifiesta que incluso cuando el autor ha cedido los derechos patrimoniales que tiene sobre su creación, ésta continúa bajo su dependencia. En definitiva, concluye, se protege la obra como extensión de la personalidad del autor¹⁶.

El copyleft

El *Copyleft* en sí mismo, es materia para un estudio independiente y un desarrollo teórico mayor, sin embargo, es importante entender a breves rasgos esta

¹² JOYCE, C. *Copyright law*, Editorial Bander Irwin, Nueva York, 1994.

¹³ PABÓN, Johnny, *Aproximación a la Historia del Derecho de Autor: Antecedentes normativos*, Revista a la propiedad inmaterial, N° 13, 2009, p. 60

¹⁴ NB. Cabe resaltar que el desarrollo de la concepción de los derechos morales del autor no fueron desarrollados a la par con la concepción de los derechos patrimoniales. Fue Kant quien contribuyó mayoritariamente con esta filosofía jurídica y fue en Francia, en la mitad del siglo XIX, en donde fue asimilada. MAC CORMICK, Neil, *En contra de la ausencia de fundamento moral*, Editorial Gedisa, España, 1998.

¹⁵ Este periodo de tiempo puede variar según la legislación de cada país. Pero como mínimo se establece cincuenta años, según el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas. Artículo 7 numeral 1.

¹⁶ LOREDO, Alejandro, *Derecho comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se encuentran*, Revista de Derecho informático N° 91, febrero del 2006, p.4

modalidad de protección, para evitar odiosas confusiones que puedan distorsionar la comprensión del presente estudio.

En realidad, el *Copyleft* (un término que claramente quiere denotar antagonismo con el de *Copyright*) no es un sistema independiente de la Propiedad Intelectual, sino una modalidad que, basada en toda una filosofía de “acceso mundial a la cultura, es aplicable a los dos sistemas explicados con anterioridad; y el cual consiste en otorgar distintas clases de licencias de forma abstracta (general y universalmente).¹⁷ Fue ideado en los años ochenta por el “Movimiento por el software libre” liderado por Richard Stallman quien tenía el objetivo de permitir que los programas de computación fuesen más accesibles a la colectividad sin mayores restricciones. Sin embargo, en los últimos años, este concepto ha sido trasladado a muchos sectores de la comunicación y la creatividad intelectual. Así tenemos, por ejemplo, las licencias desarrolladas por *Creative Commons*:

“Creative Commons es una de las organizaciones sin ánimo de lucro que se está convirtiendo en referencia para el movimiento copyleft a nivel mundial. Fundada en el año 2001 por el profesor de derecho Stanford Lawrence Lessing, la organización ha desarrollado una serie de licencias que dan cobertura legal a cualquier autor que quiera publicar sus obras dando derecho a la copia y a la distribución”¹⁸

Esta modalidad adopta dos posiciones, la primera en la que el autor entrega su creación sin restricciones de ningún tipo, haciendo que esta entre al dominio público desde su nacimiento y la segunda, la que permite que el autor ejerza sus derechos de Propiedad Intelectual mientras permite al mismo tiempo una amplia difusión y utilización de sus obras.

Los autores de casi todos los países occidentales pueden utilizar esta clase de licencias. Sin ir más lejos, en el Ecuador son totalmente aplicables, ya que la Ley de Propiedad Intelectual no obliga a los autores a mantener un monopolio legal ni retener los derechos sobre sus creaciones; además, esto se reafirma con el principio constitucional de reserva legal: “Ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”¹⁹

Ahora que ha quedado claro sobre la existencia de tres distintos sistemas, abordaremos el tema central del estudio: La protección al personaje de ficción; entendiendo siempre a lo largo del análisis que el sistema de protección autoral en el

¹⁷ GNU OPERATING SYSTEM, *What is Copyleft?*, <http://www.gnu.org/copyleft/> Acceso: 2 de febrero 2011 9H13

¹⁸ ESTALELLA, Adolfo, *Copyleft, la alternativa radical al copyright*, <http://www.derecho-internet.org/node/231> Acceso 2 de febrero del 2011 19:58

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador Art. 67, numeral 29, literal d)

cual se enmarca el presente ensayo es el de origen francés, el que ha heredado Ecuador y lo ha plasmado en sus leyes.

CAPÍTULO I

EL OBJETO DE PROTECCIÓN EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL SEGÚN EL DERECHO DE AUTOR

1.1 Antecedentes

Para iniciar el estudio del presente capítulo, es necesario recalcar que la Propiedad Intelectual contemporánea se divide en dos subgrupos: Los Derechos de Autor y la Propiedad Industrial²⁰. Cada uno de ellos se enfoca en proteger distintos “objetos” e inclusive, su fundamento jurídico es diferente. Es primordial diferenciar previamente ambos conceptos para continuar con el desarrollo de este capítulo.

Así tenemos que la propiedad industrial es definida como:

“Un conjunto de ordenamientos legales compuesto por leyes, tratados internacionales y reglamentos, sobre los cuales se basa el Estado para otorgar a individuos, empresas o instituciones el reconocimiento, el derecho y la protección al uso exclusivo de invenciones e innovaciones o signos distintivos utilizados en los procesos productivos y en los productos o servicios que son el resultado final de dichos procesos productivos.”²¹

En cuanto a derecho de autor, es apropiada la definición del catedrático ADOLFO LOREDO que hace al respecto:

“Acto volitivo de creación del intelecto, que es intangible. Protege al autor y lo faculta para divulgar y reproducir las obras de expresión del ingenio humano, garantizando la integridad y el respeto a éstas. El autor está legitimado para crear su propio derecho. El autor tiene la titularidad de sus ideas cosas inmateriales que al corporificarse en forma original crea algo nuevo, obras intelectuales que pueden ser de diversa índole”²².

Como se concluye de las anteriores definiciones, tenemos que la propiedad industrial protege las invenciones, innovaciones o signos distintivos, mientras que el derecho de autor protege “cosas inmateriales que al corporificarse crean algo nuevo”... concepto que más adelante se desarrollará a profundidad.

²⁰ NB. Nuestra ley de la materia, en su artículo 1, divide a la Propiedad Intelectual en tres grupos: Los derechos de autor, la propiedad industrial y las obtenciones vegetales, sin embargo doctrinariamente este último grupo se le incluye dentro de la propiedad industrial.

²¹ LABARIEGA, VILLANUEVA, Pedro Alfonso, Algunas *consideraciones sobre el Derecho de Propiedad Intelectual en México*, Revista de Derecho Privado #6 Sep-Dic 2003, Ed. Institutos de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 59.

²² LOREDO HILL, Adolfo, *Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor*, Ed. UNAM, México, 1998, p. 21.

El término *industrial* se explica claramente en el Artículo 1.3 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial:

“La propiedad industrial se entiende en su acepción más amplia y se aplica no sólo a la industria y al comercio propiamente dichos, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas de todos los productos fabricados o naturales, por ejemplo: vinos, granos, hojas de tabaco, frutos, animales, minerales, aguas minerales, cervezas, flores, harinas”.²³

Se debe comprender que los objetos protegidos por la Propiedad Industrial son signos que transmiten información en lo que respecta a los productos y servicios disponibles en el mercado.²⁴ La protección tiene por finalidad impedir toda utilización no autorizada de dichos signos y que pueda inducir a error a los consumidores. De forma general la Propiedad Industrial se divide en: patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, indicaciones geográficas y circuitos integrados.

A excepción de las marcas y nombres comerciales, ninguna de las categorías anteriores es compatible con el objeto del presente estudio, debido a que hace referencia a objetos productivo-industriales. No es la finalidad del presente estudio, determinar si la personificación de un personaje (léase “juguete”) es protegido o si lo es el diseño del mismo, pues los concededores del Derecho saben bien que sí lo son. Lo que se intenta determinar es si el personaje, en su acepción inmaterial²⁵, está amparado por la ley. La única rama de la propiedad intelectual, que podría proteger a los personajes ficticios es la de Derecho de Autor y por lo tanto, el presente capítulo se enfocará exclusivamente en los objetos de protección de dicha categoría.

La pregunta clave a realizarse es ¿qué protege el Derecho de Autor? Si la respuesta fuese fácil, el presente estudio no tendría razón de ser. Lastimosamente para la seguridad jurídica, la respuesta a esa pregunta dista mucho de ser clara, precisa y definida.

En mi opinión, es el autor es el primer protegido del Derecho de Autor –valga la redundancia-, y en él recaen los derechos exclusivos sobre sus obras. Este fundamental principio está considerado en la Convención de

²³ Artículo 1.3 del Convenio de París, elaborado el 20 de marzo de 1883. El Ecuador se adhirió al mismo el 22 de junio de 1999.

²⁴ OMPI, *Principios básicos de la propiedad industrial*, p. 7

²⁵ NB. En el capítulo dos se estudiará a profundidad lo que el término “personaje” significa.

Berna, al manifestar que: “Los países en los cuales se aplica el presente Convenio están constituidos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras”²⁶

El autor, según nuestra legislación, es la persona natural que realiza la creación intelectual²⁷. Es decir, es imposible que una persona jurídica pueda ser considerada como autor, aunque puede ser titular de ciertos derechos²⁸ en casos especiales, como sucede con las obras colectivas²⁹.

El Derecho de Autor, en realidad, protege la propiedad. Una propiedad especial que ha sido creada y desarrollada por la inteligencia humana. Esta propiedad no es material, sino una ficción que asemeja a lo producido por el intelecto, más como un hijo del creador, que a cualquier otra cosa. La pregunta que justifica al Derecho de Autor en sí es ¿cómo distinguir de un “hijo” que merece protección a otros que son banales, simples y superficiales? ¿Cómo establecer que debe ser protegido y qué no?

Nuevamente nos encontramos con una respuesta difícil. En primer lugar, tenemos que la corriente doctrinaria es fundamental para determinar cómo y qué se protege en cada legislación. Como se estudió en el Marco Preliminar, no es lo mismo tener como fin último el querer explotar económicamente a estas producciones del ingenio, que querer privilegiar a la cultura, la sociedad y el renombre del artista. En segundo lugar, es obvio que no todo puede ser protegido. El ser humano, exterioriza cientos de ideas, sentimientos y conceptos a lo largo de su vida, y sería inconcebible que la ley otorgue derechos exclusivos a los originadores de estas “exteriorizaciones” causando un terrible conflicto social. Es por eso, que el Derecho de Autor solo protege algo muy particular... una creación asociada con el arte (una manifestación que logra producir sentimientos en quien lo observa) o la ciencia (manifestación que transmite conocimientos). A esa manifestaciones/creaciones en específico se las ha denominado “**obra**”.

Es la protección de esta “obra” el fin último del Derecho de Autor. Evitar que otra persona distinta al “padre” la usurpe y la explote en su propio

²⁶ OMPI, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de obras literarias y artísticas*, Ginebra, 1978, p. 8

²⁷ Cfr. Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, art. 7. Publicado en el R.O.Nº 320 de 19 de mayo de 1998.

²⁸ Cfr. Id. Art. 10

²⁹ Cfr. Id. Art.15

beneficio, menoscabando el esfuerzo de creación que conlleva el exteriorizar y dar forma a un producto del intelecto.

Por lo tanto, la **obra**, es lo que protege el Derecho de Autor. Así lo ratifica la catedrática MARÍA TERESA MARÍN:

“La obra es el objeto de los derechos de autor, sea obra literaria, artística o científica, desde el momento de su creación, si queda expresada en cualquier medio o soporte y si es original. Esta es la definición legal de obra protegida y si falta alguno de estos elementos entonces no se reconocería en absoluto la existencia de obra protegida.”³⁰

Igualmente, así lo determina el primer párrafo del artículo 8 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual:

*“Art. 8. La protección del derecho de autor recae sobre todas las **obras** del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad...”³¹* (La negrita y el subrayado no están en el original)

Finalmente, observemos lo que establece el artículo 6 del Convenio de Berna:

*“6) Las **obras** antes mencionadas gozarán de protección en todos los países de la Unión. Esta protección beneficiará al autor y a sus derechohabientes.”³²* (La negrita y el subrayado no están en el original)

Indiscutiblemente es en este concepto en donde se encuentra el quid del presente estudio. ¿Es acaso el personaje de ficción una obra? Se intentará dar respuesta a esa pregunta.

1.1.1 La noción de “obra”

En un ensayo desarrollado por la UNESCO se realiza la siguiente reflexión:

Las Convenciones internacionales así como la mayoría de leyes, mencionan que el Derecho de Autor se extiende a “obras de naturaleza literaria, científica o artística”. Pero, ¿qué constituye una obra?³³

³⁰ MARÍN, María Teresa, *Derechos de Autor, concepto, sujetos y objeto*, 2009, p. 7 http://www.csi-csif.es/andalucia/modules/mod_ense/revista/pdf/Numero_14/MARIA%20TERESA_MARIN_1.pdf

³¹ Art 8 de la ley Propiedad Intelectual del Ecuador.

³² Convenio de Berna, Artículo 6. Elaborado el 9 de septiembre de 1886. El Ecuador se adhirió a la misma el 9 de octubre de 1991.

³³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN DE LA CIENCIA Y LA CULTURA, *El ABC del Derecho de Autor*, Imprimerie de la Manutention, Mayenne Francia, 1981, p. 15

Según una de las definiciones de la Real Academia de la Lengua española, obra es cualquier producto intelectual en ciencias, letras o artes, y con particularidad el que es de alguna importancia³⁴.

Nuestra ley de Propiedad Intelectual define al término obra en su artículo 7 como toda creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.³⁵

Tenemos que la obra protegida por el Derecho de Autor es, conforme el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), toda creación original intelectual expresada en una forma reproducible^{36 37}.

Finalmente, para Delia Lipszyc, obra es: "...la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida"³⁸.

Estas cuatro definiciones se asemejan bastante, e indefectiblemente muestran ciertos elementos que constituirían una obra protegible:

a) Creación intelectual original: Conforme una sentencia argentina, se entiende como creación intelectual original como la expresión personal única de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que represente o signifique algo y sea una creación integral.³⁹

En este punto hay que hacer una aclaración válida. El Derecho de Autor no protege las ideas, como dice GRACIELA PEIRETTI en su ensayo:

"Las ideas no son obras y otorgar derechos exclusivos sobre ellas es contrario al interés general, pues daría como resultado la imposibilidad de desarrollar diferentes creaciones, todas ellas originales pero basadas en una misma idea, hecho o concepto fundamentales."⁴⁰

³⁴ Cfr. Diccionario en línea de la Real Academia de la lengua española http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=obra

³⁵ Cfr. Artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador

³⁶ Definición de obra según el Glosario de la OMPI, disponible en <http://www.wipo.int/pct/en/texts/glossary.html>

³⁷ NB. Estos conceptos son planteados por el Dr. Esteban Argudo en su cátedra *Derechos de Autor y Protección* por la Pontificia Universidad católica del Ecuador.

³⁸ LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Buenos Aires, 1993, p. 62

³⁹ Sentencia de la Corte Nacional. C. Administración. Federal sala 3º, *Cuinat Alberto y otros V. Ministerio de Bienestar Social*, 1984.

⁴⁰ PEIRETTI Graciela, *Concepto de obra protegida, enumeración y análisis*, Dirección Argentina de Derechos de Autor, p. 2

Lo que tiene que ser “nuevo” es la forma literaria o artística en que las ideas se expresen hacia el mundo. Es decir, como la idea es utilizada para crear algo y diferente y representativo.

Debe quedar claro entonces, que solo protege la forma sensible en que se manifiesta la idea, su exteriorización, su representación.

Igualmente, es casi unánime el criterio en las diversas legislaciones, que no es necesario el registro de la obra en alguna entidad administrativa para que sea protegida por la Ley, sino que, desde el mismo momento de su creación, si reúne los elementos que se están describiendo en este apartado, es protegida.

b) La forma perceptible: Perceptibilidad es la cualidad de ser captado por los sentidos. Es decir, la creación intelectual, deber ser susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier medio que le permita ser perceptible.

A esto se le llama exteriorización. La OMPI ha dicho al respecto:

“En varios países, en particular los países de Derecho consuetudinario anglosajón que pertenecen a la Unión, como el Reino Unido y los Estados Unidos, se exige la fijación de la obra como requisito para que pueda quedar protegida por el derecho de autor. La fijación de las obras suele llevarse a cabo con fines probatorios, pues, en caso contrario, es difícil demostrar la existencia de una obra”⁴¹.

En realidad, no todos los doctrinarios han sido unánimes al respecto de la *exteriorización* debido a la contradicción que existiría con el principio de que la obra es protegida desde el mismo momento de su creación. En mi opinión, creo que no hay contradicción alguna, pues la definición de obra no hace referencia a “una creación exteriorizada” sino de “una creación susceptible de ser exteriorizada”. Así lo manifiesta MARÍA LUZ GARTNER:

“La protección sobre una obra intelectual, para que no quepa la menor duda, no puede entenderse ni otorgarse sino a partir del momento en que su creador exterioriza esa producción que ha concebido, pues aunque si bien la creación pudo haberse en la mente de su creador con anterioridad, ella no puede ni necesita tener protección alguna sino hasta que trasciende el pensamiento de su autor y surja al mundo externo”⁴².

Por lo tanto, la creación, para obtener la calidad de obra a efectos del Derecho de Autor no necesita que sea materializada (fijada) pero si exteriorizada.

⁴¹ OMPI, *DL-202-study handbook Derecho de autor*, p. 24

⁴² GARTNER, María Luz, *El artista de la música en Colombia: Un problema de derecho frente a la cultura*, 1989, p. 72

Pido al lector que recuerde estos dos elementos –originalidad y perceptibilidad- en el capítulo II, en el cual se analiza la naturaleza del personaje de ficción. Ya que si el mismo, tiene estos dos elementos, sería catalogado como **obra** y por lo tanto, obtendría la protección de nuestra Ley de Propiedad Intelectual.

Sin embargo, aventuro que es el elemento *forma perceptible* lo que imposibilitaría a un **personaje de ficción** obtener la calidad de obra, debido a que esta no puede exteriorizarse *per se*. El personaje *necesita* del “apoyo” de otra creación intelectual para que sea exteriorizada al mundo, con la inconveniencia de que es esta otra creación intelectual la que recibe la protección y no el personaje en sí.

Es en artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana en el que se establece que debe ser protegido por el Derecho de Autor en nuestro país. En el mismo, se detalla una lista ejemplificativa, más no taxativa de lo que se protege. Se pasará a analizar detalladamente este artículo, para comprender mejor el espíritu de la ley y la intencionalidad del legislador y así concluir si se utilizó el término **obra** descuidadamente derivando en un problema de seguridad jurídica con respecto a los personajes de ficción, o si por el contrario, estos pueden estar protegidos de alguna forma por dicho artículo.

1.2. El objeto de protección según el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana

El primer párrafo del artículo 8 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, establece lo siguiente:

"La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad. Los derechos reconocidos por el presente Título son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad⁴³".

La citada redacción, no solo establece -como ya se analizó- la protección del derecho a las obras de ingenio; sino también plasma cuatro principios secundarios del Derecho de Autor que deben ser aplicados en el

⁴³ Artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.

marco jurídico: No importancia del mérito o fin de la obra, la no relación con la forma de expresión de la obra, la independencia con la propiedad corporal del objeto en el cual la obra está plasmada, y finalmente, la ausencia de formalidades para la protección.

Cabe recalcar que estos principios no son siempre aplicados en la práctica. Además, según mi criterio, no pueden utilizarse siempre, en especial si se quieren proteger los personajes de ficción y los nombres simbólicos. Analicemos estos principios para, posteriormente, explicar esta opinión.

1.2.1 No-Importancia del mérito y fin de la obra

Al Derecho de Autor no debe observarse el mérito literario, artístico o científico de una creación para que la misma tenga protección legal. Dejar a la protección a la valoración subjetiva de terceros acarrearía un grave problema de inseguridad jurídica, de saber, qué es protegido y qué no.

La Historia nos demuestra con numerosos ejemplos de obras que han sido repudiadas por la sociedad en el momento de su creación, por considerarlas extrañas o anormales⁴⁴; que posteriormente han alcanzado un reconocimiento mundial. Es por eso que la ley, debe otorgar de forma objetiva, protección a cualquier obra siempre y cuando cumpla con los otros requisitos.

Sin embargo, como pasaremos a analizar posteriormente, este principio no es aplicado siempre. En las obras fotográficas, en las obras de arte aplicadas, en las de pintura, artes plásticas y en las obras arquitectónicas, en realidad, si es necesario un mérito “artístico” para que sean protegidas.

1.2.2 La forma de expresión

Una creación intelectual, debe ser exteriorizada de alguna forma para que el mundo conozca que existe dicha creación. Si una obra se halla en la mente de una persona (un poema, una canción, un cuento, etc.), hasta que

⁴⁴ NB. Por ejemplo los primeros cuadros de Pablo Picasso pertenecientes al “cubismo”.

no la exprese de cualquier forma, no puede -ni debe- ser protegida por la Ley. Además de lo anterior, existe un gran problema probatorio, dependiendo de cómo se elija expresar la obra. Una obra que se haya plasmado en un medio tangible no corre ningún riesgo de ser “inadvertida por la Ley”, pero las obras que se expresan sin que lleguen a materializarse en un soporte, pueden que no sean protegidas.

Por ejemplo, una coreografía que no haya sido descrita o grabada. La interpretación original e improvisada de un violinista callejero, etc. Si una obra solo se exteriorizó una vez y no hay forma de volverla a “sacar” a la realidad de los sentidos y peor aún, no hay prueba tangible de dicha obra ¿cómo la Ley puede otorgar protección?

Para ilustrar este punto, recordemos la parábola del árbol cayendo en el bosque. Si no hay nadie para escuchar su caída, ¿produce algún ruido? Con las obras sucede algo similar, sobre todo, en las obras que se expresan de forma verbal. Es necesario que alguien escuche la obra (y quizás varias veces) o que la misma sea plasmada en un medio tangible, porque, si no, a pesar de que se exteriorizó en forma de expresión verbal, al no existir prueba de ello, el autor no podrá demostrar la respectiva paternidad de la misma.

La ley, utópicamente menciona que las obras serán protegidas, sin importar su forma de expresión, pero en la práctica, observamos que necesitamos casi siempre, que dicha expresión, sea tangible.

1.2.3 La no necesidad de registro

Este principio también es conocido como “la ausencia de formalidades”. La misma establece que no es necesario registrar la obra en una entidad especializada o realizar acción alguna para que la ley proteja la obra. Como ya se mencionó en el presente estudio, la protección se origina desde el mismo momento de la creación.

Sin embargo, como se analizará en el capítulo dos, por su naturaleza, hay creaciones que deberían cumplir ciertas formalidades para acceder a la

protección de la Ley... especialmente tenemos a la protección de los nombres simbólicos y a los personajes de ficción.

1.2.4 Diferencia entre la propiedad de la obra y la propiedad del objeto material

La Ley de Propiedad Intelectual, y de forma general la doctrina, diferencia entre *el corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*. El primero se refiere a la “obra”, concepto que ya se ha analizado y el segundo al “objeto material” que es propiedad de quien lo compra, entendiéndose que la propiedad sobre ese objeto no le otorga derecho alguno sobre los derechos amparados al autor⁴⁵.

1.3 La lista ejemplificativa del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual

El segundo párrafo del citado artículo de la Ley de Propiedad Intelectual establece 12 ejemplos de obras protegidas por la misma. A pesar de que sólo es una lista ejemplificativa, muy difícilmente se pueden hallar otras categorías no comprendidas en dicho artículo. Se analizará cada una de estas categorías, como se mencionó, para entender el espíritu del legislador y el alcance del término *obra*.

1.3.1 Obras escritas

Utilizando el concepto de obra ya mencionado, se entendería que obra escrita es cualquier producto intelectual en ciencias, letras o artes que se manifiesta mediante cualquier sistema de signos⁴⁶ plasmada en un medio perceptible.

Recordemos que cada idioma es en realidad un sistema de signos a los cuales se les ha otorgado una fonética y simbología en particular. También existen sistemas de signos “especiales” como el

⁴⁵ ARGUDO, Esteban, *Derechos de autor y protección. Apuntes de clase*, 2009.

⁴⁶ Cfr. Diccionario en línea de la Real Academia Española de la Lengua, disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=obra

braille y el código binario... e inclusive sistemas inventados⁴⁷ y desarrollados solo para casos particulares, como el Esperanto, creado por el oculista Lázaro Zamenhof, el idioma élfico, inventado por el filólogo J.R.R Tolkien o el idioma Klingon, inventado por el lingüista Marc Okrand.

Cuando este sistema de signos es plasmado en un medio tangible, nos encontramos con el “idioma escrito”, cuando es fonetizado, nos encontramos con el “idioma hablado”. La Ley, de forma explícita protege a obras que han sido plasmadas en un medio tangible a través de uno o varios sistemas de símbolos, sin importar cual. El sistema solo es el medio utilizado por el autor para manifestar su obra, inclusive, a veces el autor utiliza un determinado sistema de símbolos por una razón en particular y es por eso, que dentro de los derechos morales, el autor posee el derecho de traducción.

1.3.2 Colecciones de obras y bases de datos

La palabra clave en esta categoría es “*sistematización*”. Es decir, organizar, seleccionar, disponer y estructurar con un sentido específico un contenido en particular que no es original. La persona realiza un aporte intelectual en sistematizar obras o datos en un sentido concreto que considera utilitarista para los fines que persigue. Por ejemplo, el compendio de los mejores cuentos de terror gótico del siglo XIX o una lista de las mejores cien novelas de ciencia ficción de todos los tiempos.

Es importante recalcar que aquí no hay una “creación intelectual” sino más bien un “aporte intelectual” en la creación de la base de datos y las colecciones. Encontramos por lo tanto, la primera contradicción entre el primer párrafo del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual con lo que la misma en realidad desea proteger.

1.3.3 Obras teatrales

⁴⁷ NB. La doctrina llama a esto “lengua construida” y consiste en un idioma que ha sido total o parcialmente construido, planeado o diseñado por seres humanos a partir del estudio de las lenguas naturales

Una obra teatral es una narración expresada en el modo compositivo del diálogo⁴⁸; es decir la representación actuada de un argumento, en el cual están presentes elementos particulares influyentes en la escenificación, como escenarios, vestuario, música y guión.

En esta categoría se encuentra muy presente el dilema que se ha planteado en el presente estudio. Nótese que la Ley protege la “obra teatral”: un conjunto de elementos que confluyen para escenificar un argumento. ¿Qué sucede con los personajes creados y utilizados en las obras teatrales, los cuales, quizás sean uno de los pilares fundamentales de dichas obras? La Ley trata a los elementos de una obra teatral de la misma forma; así como un tercero puede utilizar el mismo vestuario o los mismos elementos escénicos en una obra teatral diferente, podría, sin problema utilizar los mismos personajes.

Como se ha venido mencionado, la Ley se ha concentrado a proteger la obra, el *conjunto*, y no se ha percatado que frecuentemente, el elemento “personaje” trasciende de la obra original, y por sus características, puede ser incorporado o utilizado en otros medios. Con las obras escritas, las obras audiovisuales y las ilustraciones igualmente se encuentra muy presente este dilema.

1.3.4 Composiciones musicales

El glosario de la OMPI define composición musical como “una obra que abarca toda clase de combinaciones de sonido (composición) con o sin texto (letra o libreto), para su ejecución por instrumentos musicales y/o la voz humana. Si la obra tiene finalidades de representación escénica, recibe el nombre de obra dramático-musical”

Nótese que el legislador utiliza la palabra “composición” que tiene su propio significado, para diferenciarla de la simple reproducción de sonidos. Una composición comprende melodía, armonía y ritmo mientras que la reproducción de sonidos carece de estos elementos,

⁴⁸Cfr. Definición de obra de teatro, <http://www.definicionabc.com/general/obra-de-teatro.php> Acceso: 6 de marzo del 2011 14:23

pero tan solo el primer elemento es el fundamental de la obra musical, pues la armonía y el ritmo aunque conforman la totalidad de la composición, no se aplican sino en relación a la propia melodía⁴⁹. Es por esto, que no basta simples cambios de algunos elementos para que resulte una obra nueva, sobre todo si se mantiene la misma melodía, los cambios de ritmo, de armonía o colorido o de la fuerza de las notas no destruyen la individualidad de la prosa musical.⁵⁰

1.3.5 Obras audiovisuales

Una obra audiovisual es una creación realizada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.

Con esta categoría, encontramos la particularidad de que son varios los autores de esta obra: el Director, los autores del argumento, de la adaptación, del guión y de los diálogos, el compositor musical y el dibujante en caso de dibujos animados.⁵¹ Además, se le da la titularidad de los derechos al productor de la obra audiovisual, es decir, la persona natural o jurídica que asume la iniciativa y la responsabilidad de la realización de la misma.

1.3.6 Obras de pintura y obras plásticas

Obra de pintura es: “obra artística creada en líneas y colores sobre un superficie mediante aplicación de materiales colorantes”⁵²; por su lado, el término obra plástica se refiere a las obras originales de carácter artístico representadas en objetos bidimensionales o tridimensionales, incluyendo pinturas, dibujos, esculturas y algunos tipos de obras impresas.

⁴⁹ Cfr. Corte Civil argentina, Sala D, junio 23-1976 – ED 71-255.

⁵⁰ Cfr. Corte Civil argentina, Sala C, septiembre 19-1978 – ED 81-173.

⁵¹ Cfr. Artículo 33 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.

⁵² Definición de obra de pintura según el Glosario de la OMPI, disponible en <http://www.wipo.int/pct/en/texts/glossary.html>

El tratadista colombiano Manuel Pachón Muñoz es de la opinión que "las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado y litografía se caracterizan por ser apreciables mediante el sentido de la vista y generalmente se les llama obras de arte"⁵³

Esta categoría es quizás una de las más complejas dentro del ámbito de protección del Derecho de Autor por ciertas particularidades propias de las obras de pintura y las obras plásticas. Así lo manifiesta el catedrático mexicano Luis C. Schmidt:

*"Las obras de artes visuales tienen sus propias características y requieren de un tratamiento legal único y especial. Si bien comparten los fundamentos y principios del derecho de autor con el resto de las formas de creación intelectual y artística, guardan al mismo tiempo sus particularidades, mismas que las hacen diferentes a cualquier otra"*⁵⁴

El mayor dilema que se encuentra, es que el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum* confluyen generalmente en un cuerpo único en el cual la obra sólo se encuentra plasmada en un soporte material irreplicable (ya que consisten en el desarrollo realizado por las propias manos del autor, el cual, aunque desee realizar una copia, siempre tendrá diferencias con el original, aunque estas sean mínimas). Generalmente, la protección de Obras de pinturas y Obras plásticas están inmersas en un articulado legal exclusivo, como sucede en nuestra Ley de Propiedad Intelectual, en el que se consagra el derecho y la obligación de la exposición pública de la obra o el derecho a recibir el 5% del precio de la re-venta de la obra original.

1.3.7 Obras arquitectónicas y de ingeniería

Hay que recordar que las obras artísticas, se diferencian de las obras científicas, en que estas "impactan en el sentido estético de quien las contempla", entre ellas se encuentran la pintura, la escultura, el grabado, la fotografía, y **la arquitectura** principalmente.

⁵³ PACHÓN MUÑOZ, Manuel, *Manual de Derecho de Autor*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1990. Pág. 21

⁵⁴ SCHMIDT, Luis, *La Protección de Obras Plásticas y de Arte Aplicado en México y en los Países Latinoamericanos*, <http://www.olivares.com.mx/Knowledge/Articles/CopyrightArticles/LaProtecciondeObrasPlasticasydeArteAplicadoenMexicoenlosPaísesLatinoamericanos> Acceso: 22 de marzo del 2011, 18:12.

Es decir, que las obras arquitectónicas y las obras de ingeniería son consideradas como obras artísticas. Además, tienen una doble protección, por parte del derecho de autor y por parte de la Propiedad Industrial.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la Arquitectura "es el Arte de proyectar y construir edificios". Es necesario entender que no solo la construcción en sí, es la protegida, sino también el *proyecto* de la construcción. Por eso, el derecho de autor también protege los planos, maquetas y diseños en general.

Entonces, el Derecho de autor protege a las obras arquitectónicas en dos fases: La primera, cuando está en etapa de proyecto respectivamente plasmada en un croquis, maqueta o plano y cuando ya está construida. Por lo tanto se concluye que si existe un plano de una construcción original y la misma es construida sin permiso por una persona ajena a quien hizo el plano (generalmente un arquitecto), estaría cometiendo un plagio, a pesar que estrictamente no está duplicando la obra, sino materializándola.

La protección a las obras arquitectónicas ha sido generalmente discutida por la doctrina. ¿Acaso todas las construcciones son protegidas por el Derecho de Autor? ¿el "Modelo" de una casa no puede ser repetido en otra construcción?

Con respecto al tema, hay que hacer varias consideraciones. Como se analizó previamente, es indispensable el carácter de originalidad. En la obra arquitectónica, este "originalidad" es sui generis. No solo se engloba en lo diferente y novedoso de la construcción, sino también puede serlo los materiales con los que está hecho. Por ejemplo, una casa típica construida totalmente de cristal sería original y por lo tanto su diseño sería objeto de protección.

1.3.8 Ilustraciones, gráficos, mapas y diseños relativos a la ciencia

La Ley de Propiedad Intelectual protege igualmente a esta clase de productos intelectuales. Hace referencia a las delineaciones, figuras o imágenes ejecutadas sobre un soporte material de cualquier índole.

Anna María Serrano Martínez define a las ilustraciones, gráficos y diseños de la siguiente manera:

“Es todo el conjunto de actos de reflexión y formalización material que intervienen en el proceso creativo de una obra original (gráfica, arquitectónica, objetual, industrial o ambiental), la cual es producto de una combinación particular (mental y técnica) de planificación, ideación, proyección y desarrollo creativo en forma”⁵⁵.

Es esta categoría de protección que más tiende a confundir a los neófitos de la Propiedad Intelectual con respecto a la protección a los personajes de Ficción; sobre todo, relacionado con los tebeos o cómics. Es importante recalcar que: (i) Cada ilustración, mapa o gráfico es protegido individualmente siempre que cumpla con los requisitos ya analizados (en especial, que sea original) y (ii) que los cómics son protegidos en su conjunto como obra (no gráfico por gráfico) y por lo tanto, un personaje que apareciese en un cómic adolece del mismo vacío jurídico que en las ramas artísticas en cuanto a los personajes de ficción se refiere.

Igualmente, cabe señalar que los diseños tienen una doble protección, ya que en materia de Propiedad Industrial, los modelos y diseños industriales están contemplados en el artículo 164 de la Ley de la materia.

1.3.9 Obras fotográficas

Fotografía es la estampa obtenida mediante el proceso de fijar y reproducir por medio de reacciones químicas, en superficies convenientemente preparadas, las imágenes recogidas en el fondo de una cámara oscura.⁵⁶

⁵⁵ SERRANO, Ana María, *Lineamientos de diseño gráfico para la elaboración de publicaciones electrónicas*, Publicación del Instituto politécnico nacional de México, año desconocido, p. 1

⁵⁶ Cfr. Diccionario en línea de la Real Academia Española de la Lengua disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fotograf%C3%ADa

Nótese que la redacción del numeral i) del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual de nuestro país dice literalmente “obras fotográficas” y no “fotografías” de forma llana y sencilla. ¿Acaso hay una diferencia entre ambos términos?

Por supuesto que sí. Como se dijo anteriormente, la utilización del vocablo “obra” es fundamental a lo largo de toda la ley, y sobre todo, determina cuales son las producciones intelectuales humanas que son protegidas por la misma. En este caso particular, se hace una diferencia entre las obras fotográficas y las meras fotografías... diferencia totalmente relevante que es importante señalar.

Según MARÍA TERESA MARÍN, las obras fotográficas son aquellas producidas por fotógrafos profesionales y que muestran pretensiones artísticas⁵⁷; mientras que las meras fotografías son simples capturas de un momento determinado que no logran reunir todos los elementos básicos para ser protegibles por el Derecho de Autor, como lo son la originalidad o el mérito artístico.

La doctrina inclusive señala que la persona que “toma” una mera fotografía no se le puede considerar como “autor” sino como “realizador” y que inclusive, esta distinción está fundamentada más que nunca en la actualidad, cuando son aparatos electrónicos automáticos los que pueden realizar las capturas fotográficas.

Por otro lado, hay varios doctrinarios que defienden la tesis contraria. Por ejemplo Pablo Bugueño, miembro de la *Asociación para el estudio y la enseñanza del derecho de autor en España* afirma que no debería existir tal distinción por el principio de protección inmediata, que se expresa de la siguiente manera: *la propiedad intelectual de una obra corresponde al autor por el solo hecho de su creación*⁵⁸; y que por lo tanto, no se debería dar relevancia a la voluntad del fotógrafo o a los méritos artísticos de la fotografía, sino, que una fotografía en sí, solo por

⁵⁷ Cfr. MARÍN, María Teresa *Derechos de Autor, concepto, sujetos y objeto*, 2009, p. 9 Publicación en línea disponible en http://www.csi-csif.es/andalucia/modules/mod_ense/revista/pdf/Numero_14/MARIA%20TERESA_MARIN_1.pdf

⁵⁸ Este principio está consagrado en el artículo 5 numeral 2) del Convenio de Berna y el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.

el hecho de materializarse, debe considerarse como obra y ser protegida⁵⁹.

Igualmente ROGEL VIDE ha manifestado: "*(...) Para mí, las fotografías, o son obras del espíritu y se protegen, o no lo son y no se protegen. (...) Lo que no tiene sentido es arbitrar una protección doble -para las fotografías y las meras fotografías-, por varias razones (...)*"⁶⁰

La distinción jurídica entre obra fotográfica y mera fotografía en realidad puede dar lugar a un ensayo más profundo y complejo. El presente ensayo no busca resolver esta dualidad de protección, pero es importante que el lector perciba las connotaciones de la redacción de la ley, en especial, de la denominación de obra; ya que a pesar de que es definida, como ya se mencionó, como toda creación intelectual original, se observa que dicho término es demasiado inexacto y causa que muchos productos intelectuales estén en un "zona" de dudosa protección. Caso análogo al de los Personajes de ficción.

1.3.10 Obras de arte aplicada

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual define a la obra de arte como la creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial.

1.3.11 Programas de ordenador

Un programa de ordenador es toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación⁶¹.

⁵⁹ BURGUEÑO, Pablo, *Obra fotográfica y mera fotografía*, Blog de Derecho, 18 mayo de 2008 <http://www.pabloburgueno.com/2008/05/obra-fotografica-y-mera-fotografia/> Acceso: 17 de marzo 2011. 09:02

⁶⁰ ROGEL VIDE, Carlos, *Comentarios al Código Civil y Leyes Civiles Especiales*, Ed. Edersa, Madrid, 1991

⁶¹ Artículo 96 Ley de Propiedad Intelectual de España

Los programas de ordenador, por tener una naturaleza particular, tienen una sección especial en nuestra Ley de Propiedad Intelectual. Así, el artículo 28 aclara que los programas de ordenador son considerados como obras literarias y que la protección se extiende tanto a los manuales, diagramas de uso y en general todos los elementos que conforman su estructura. Es importante recalcar que no es necesario que el programa sea instalado en un ordenador ni que sea legible por el ser humano.

En otras legislaciones los programas de ordenador también pueden ser protegidos con patentes, al ser considerados como inventos (patentes de software). En nuestro país no se puede otorgar una patente a un programa de ordenador ya que el artículo 125 de la Ley de la materia, en su literal c) manifiesta que no son consideradas como inventos las obras literarias y artísticas y como ya se mencionó, para efectos de nuestra legislación, un programa de ordenador **es** una obra literaria; además, la doctrina ha manifestado que un programa no tiene aplicación industrial:

*“Un programa de ordenador como tal no podrá constituir una invención patentable. (...) No se considerará que una invención implementada en ordenador aporta una contribución técnica meramente porque implique el uso de un ordenador, red u otro aparato programable. En consecuencia, no serán patentables las invenciones que utilizan programas informáticos, expresados en código fuente, en código objeto o en cualquier otra forma, que implementan métodos para el ejercicio de actividades económicas, matemáticas o de otro tipo y no producen efectos técnicos, aparte de la normal interacción física entre un programa y el ordenador, red o aparato programable de otro tipo en que se ejecute. (...) Los Estados miembros garantizarán que las invenciones implementadas en ordenador puedan reivindicarse como producto, es decir, como ordenador programado, red informática programada u otro aparato programado, o como procedimiento realizado por un ordenador, red informática o aparato mediante la ejecución de un programa”.*⁶²

La Oficina Europea de Patentes (OEP) ha manifestado que un programa de ordenador es patentable solo si supone una “contribución técnica” o produce un “efecto técnico”⁶³.

Indudablemente, la protección de los programas de ordenador merece un estudio independiente y exhaustivo por ser un tema de gran complejidad.

⁶² Parlamento Europeo, directiva 11979/1/04 del 7 de marzo de 2005

⁶³ Casos VICOM (1987) e IBM (1997) citados en Widdison R, 'Software Patents Pending?', 2000 (3) *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*. Disponible en <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/widdison.html>.

1.3.12 Diversas adaptaciones de obras con autorización de los creadores originales.

El autor de una obra, mediante cesión de derechos o licenciamiento especial, puede permitir que un tercero adapte, traduzca, arregle, modifique, transforme y en general, utilice la obra principal para originar una nueva creación intelectual. Dicha creación merece tener su propia protección.

1.4 La protección directa y la protección indirecta de una creación intelectual

Beatriz Sáenz de Jubuera, profesora de la Universidad de Rioja, hace una diferenciación en la forma en cómo la legislación protege a una obra⁶⁴. Ella explica que puede existir una protección directa y una protección indirecta. Analicemos cada una de estas acepciones.

1.4.1 La protección directa

La protección directa se refleja en la propia redacción de la ley. Por ejemplo, el artículo 8 de la Ley de la Propiedad Intelectual ecuatoriana realiza una lista ejemplificativa de lo que abarca la protección legal, además de extender la protección a todas las obras del intelecto, ya sean artísticas o científicas.

Aunque sea de difícil encontrar una obra no ejemplificada en la lista del artículo 8 de la Ley, también entraría en la protección directa si cumple con los requisitos ya mencionados.

1.4.2 La protección indirecta

Para Sáenz de Jubuera, cuando una obra protegida por el Derecho de Autor tiene un elemento constitutivo, que por sus características y estructura, si fuese “retirado” de la obra principal, esta

⁶⁴ SÁENZ, Beatriz, *Cine y Derechos de Propiedad intelectual*, Congreso internacional celebrado en la Universidad de Rioja los días 9, 10 y 11 de noviembre del 2004.

perdería su naturaleza como obra, entonces estos elementos poseen una “protección indirecta” de la Ley. Esta protección estaría más relacionada con las obras plásticas e ilustraciones. Así por ejemplo la escultura “*El pensador de Rodin*” podría ser considerado como un personaje. Si esa escultura fuese moderna ¿podría alguien vender camisetas, gorras o cualquier producto con esa imagen? Por lo analizado en el numeral 1.3.6, sería posible, ya que la obra es en sí esa escultura y cualquier otra imagen de un “hombre pensando en la misma pose que el pensador de Rodin” podría ser mera coincidencia. Sin embargo, según la teoría de la protección indirecta, al ser el *pensador de Rodin* un personaje inmortalizado en una pose que da vida a la obra plástica en sí misma, el personaje estaría protegido y por lo tanto, un tercero que utiliza esa *imagen* en un producto o en otra obra sin autorización, estaría cometiendo un ilícito.

A mi parecer esta teoría cuenta con varios defectos y es hartamente criticable, sin embargo, se la ha expuesto en el presente estudio por una mayor comprensión del lector.

Una vez que se ha analizado a profundidad todas las categorías ejemplificadas en el Artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual, encontramos que en ninguna de ellas abarca a los Personajes de Ficción. Igualmente, debido a la redacción de dicho artículo, tampoco estaría protegido de forma general. A continuación se procederá a analizar el producto intelectual denominado “personaje” para determinar su naturaleza y sobre todo, para establecer si debe ser protegido por el Derecho de Autor.

CAPÍTULO II

EL PERSONAJE DE FICCIÓN A LA LUZ DEL DERECHO DE AUTOR, EL DERECHO MARCARIO Y OTRAS FUENTES DE PROTECCIÓN

2.1 El personaje o la persona de ficción

Toda elaboración literaria pretende construir un personaje irrepetible, pues es propio del arte la representación de lo individual. Cualquier persona que haya escrito –o intentado escribir- una obra literaria sabe que esto es cierto. Si bien es verdad que las obras literarias, teatrales o audiovisuales tienen muchos elementos que unidos generan la obra en sí, los personajes cuando han sido creados de forma prolija, es el elemento más importante de todos, y sin su participación, la obra perdería todo sentido de existencia.

Muchas veces, los personajes cobran mayor relevancia que la misma obra en que aparecen, inclusive más que su propio “creador”. Por ejemplo, a la actriz Carrie Fisher (quien dio vida a la princesa Leia Organa en la primera trilogía de Star Wars), a partir del estreno de la famosa película, se la dejó de conocer por su verdadero nombre; y a cualquier lugar a donde ella iba le llaman por el nombre de “princesa Leia”. Igualmente, tenemos el ejemplo de cierta estatua a las afueras del museo de arte, que rinde homenaje a un boxeador famoso que en la realidad nunca existió (me refiero por supuesto a Rocky Balboa). Así la lista es larga y probablemente inagotable: Romeo y Julieta, Robin Hood, el Rey Arturo, James Bond, Tarzán, Sherlock Holmes, el ladrón Arsene Lupin, Conan el bárbaro, Don Quijote, Drácula, el capitán Nemo, Dr Jekyll y Mr Hyde, Allan Quatermain, el Fantasma de la Ópera, los Tres Mosqueteros, el Conde de Montecristo, Robinson Crusoe... en fin, cientos de personajes que inclusive, han llegado a trascender de tal forma, que muchos piensan que si existieron en realidad.

La remuneración económica que puede percibir el creador de un personaje puede ser exorbitante. Solo hace falta observar las ganancias de J.K Rowling por la explotación de sus personajes en toda clase de productos, o la del mismísimo George Lucas, quien ha ganado -literalmente- billones de dólares por la expansión y explotación del universo que él ha recreado. En el mundo actual en el que vivimos es lógico pensar que el

creador de algo tan importante como un personaje, obtenga la remuneración y reconocimiento que merece. Remuneración y reconocimiento que son vulnerados sin la existencia de una ley que proteja a los mismos personajes objeto de la creación. En este sentido PIOLA CASELLI señala:

“...no se puede desconocer que es principalmente necesario que el contenido intelectual de una obra tutelable se presente como el resultado de un trabajo de creación, o sea de una actividad mental que haya originados elementos que antes no existían”⁶⁵

Así, y tal como se ha mencionado anteriormente, se trata de proteger un bien intangible, producto del intelecto creativo del ser humano, en el cual debe concurrir la Propiedad Intelectual.

Sin embargo, a pesar que encontramos personajes ficticios en cientos de lugares y medios distintos, el concepto del mismo puede ser que no se encuentre claro. A continuación se intentará explicar qué es un personaje de ficción y en especial, si todos los personajes deben ser protegidos.

2.1.1 La noción de “personaje”

Un personaje es cada uno de los seres, ya sean humanos, animales o de cualquier otro tipo, que aparecen en una obra artística.⁶⁶ De forma más estricta, un personaje es **un ser consiente** el cual imagina que existe dentro de un universo creado.

El personaje es una construcción mental elaborada mediante el lenguaje y la imagen⁶⁷. Puede existir por la interpretación de actores y actrices, bailarines, cantantes, titiriteros, o por el desarrollo y concepción de un universo literario. La palabra se deriva del vocablo griego “*persona*”, que significa máscara. Además, los personajes son el centro de las creaciones ficticias, de las cuales se recalca: el ámbito literario, cinematográfico e historiéticos. Es casi imposible concebir, por ejemplo, una novela sin personajes⁶⁸ o más drástico aún, una obra de teatro.

⁶⁵ PIOLA CASELLI, Eduardo, *Codice del Diritto di Autore*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1943, p. 38.

⁶⁶ Cfr. JOHNSON, Carroll, *La construcción del personaje en Cervantes*, Universidad de California. <http://www.h-net.org/~cervantes/csa/artics95/johnson.htm> Acceso: 30 de abril del 2011 08:00

⁶⁷ SABIDO RODRIGUEZ, Mercedes, *La creación intelectual como objeto de intercambio comerciales internacionales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 2000.

⁶⁸ NB. Sin embargo, James Joyce hizo el experimento con su libro *Finnegans Wake*.

El informe de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre comercialización de personajes establece que, el término “personaje” cubre tanto los personajes ficticios humanos, los no humanos y los personajes reales⁶⁹.

Personaje, según la Real Academia de la Lengua Española es “cada uno de los seres humanos, sobrenaturales o simbólicos, ideados por el escritor que toman parte en la acción de una obra literaria”⁷⁰.

El Diccionario de la Literatura del profesor Federico Carlos Sainz de Robles aborda el concepto de personaje de la siguiente manera:

“Comprende esta denominación los tipos que en el lenguaje teatral desempeñan generalmente papeles en las obras escénicas. Algunos de estos tipos fueron creados e inmortalizados por grandes autores, otros los popularizaron grandes actores, dejándolos a la posteridad como prototipos de determinadas virtudes o de vicios determinados”⁷¹

La doctrina distingue a dos clases de personajes: El simbólico y el de caracterización. A pesar que su tratamiento jurídico debe ser el mismo, es recomendable distinguir cada una de estas para ilustrar al lector las diferencias conceptuales.

2.1.2 Personajes ficticios o simbólicos

Se denomina personaje ficticio o simbólico aquel cuyos atributos no provengan de la raza humana y que no pudiesen existir en la realidad por poseer calidades “ficticias” o ajenas a la naturaleza.

2.1.3 Personajes humanos de caracterización

Esta clase de personajes hace referencia cuando el autor basa la concepción de su creación en la raza humana, utilizando un claro modelo antropomorfista y dotándole de cualidades físicas y psíquicas propias de un ser humano.

⁶⁹ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, *Informe de la OMPI sobre comercialización de personajes*, WO/INF/108, 1994 , p. 4

⁷⁰ Diccionario en línea de la Real Academia Española
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=personaje

⁷¹ SAINZ DE ROBLES, Federico, *Diccionario de la literatura, términos, conceptos, ismos literarios*, España, 1982, Aguilar SA Ediciones, Tomo II, p. 950.

Es dentro de esta categoría donde podemos encontrar a la mayoría de personajes creados como parte de una obra, ya sea para obras escritas, obras teatrales, obras cinematográficas o ilustraciones.

2.1.4 Personajes circulares y personajes lineales

De forma paralela a la anterior clasificación, también cabe la posibilidad de clasificar a los personajes según características y virtudes dentro de la obra.

Así tenemos que los personajes lineales son aquellos que poseen rasgos pobres de personalidad, menos creíbles y que difícilmente se graban en la memoria colectiva social.

Los personajes circulares son aquellos creados con muchas características, individualidades y detalles que los hacen resaltar del resto. Tienen una construcción física, psicológica y espiritual sumamente detallada y producen un reconocimiento social que lo vuelven relevante. Son estos los personajes los que trascienden de su medio, se vuelven populares y pueden ser explotados económicamente por su fama alcanzada. Es a esta clase de personajes es la que debería proteger el Derecho.

2.2. La protección originada en el derecho de autor

Como analizamos en el Marco Preliminar del presente estudio, existen dos sub-clasificaciones de la Propiedad Intelectual: El Derecho de Autor y la Propiedad Industrial. Al ser esta última un conjunto de derechos que posee una persona sobre un invento, es natural inclinarnos a que los personajes deben ser protegidos desde el Derecho de Autor, ya que de ninguna forma, un personaje puede ser entendido como un invento.⁷² Debido a esto, en el Capítulo I se analizó el objeto de protección del Derecho de Autor y no de la Propiedad Industrial.

⁷² NB. Un **invento** es un objeto, técnico o proceso que posee características novedosas transformadoras.

Además, el Derecho de autor, se basa en la concepción de un derecho personal del autor, fundado en una forma de identidad entre este y su creación. Es esencial que el personaje ficticio sea protegido a partir de esta doctrina, no solo por los beneficios patrimoniales, sino también por los morales. De hecho, es el único modo de hacerlo.

Ahora bien, a partir de este punto se deben realizar las siguientes preguntas: ¿Bajo qué figura se debe proteger al personaje ficticio? ¿Acaso se lo debe proteger como si tratase de una obra?, ¿cómo una creación sui géneris?, ¿o acaso, hay que hacer una GRAN excepción al principio de que no se protegen las ideas, ya que el personaje solo sería eso: una idea dentro de una obra?

2.2.1 El personaje como obra

Como se estudió en el capítulo precedente, una de las características que hacen que una creación intelectual sea considerada como “obra” y por lo tanto protegible por el derecho de autor, es la perceptibilidad. Es decir, que la creación por sí misma pueda existir en el mundo de los sentidos y así, formar parte de la realidad humana.

El personaje, como ya se analizó, es una construcción mental. No es un dibujo bidimensional, ni una modelo tridimensional, ni un sistema de signos que transmiten una idea original. No es, ni puede ser comparado, con uno de los elementos que se estudió anteriormente. La creación denominada “personaje” es una construcción mental única, porque en sí misma, tiene un sin fin de elementos que la hacen irreplicable. En realidad, el personaje es un ser que tiene conciencia de sí mismo, formado por sus propias experiencias, sus temores, sus anhelos, su sociedad, su filosofía, sus expectativas, etc. Un personaje no es solo lo que el espectador observa cuando mira la obra audiovisual, lee el libro o mira el cómic. Un personaje puede ser tan complejo como un ser humano real y puede poseer sus mismos defectos y virtudes.

¿Acaso la foto del papa Juan Pablo II **es** Juan Pablo II? ¿Acaso Barack Obama o Rafael Correa dejan de existir cuando se acaba el

noticiero o cadena en la que aparecen? Obviamente no. Con los personajes sucede lo mismo. La obra literaria, la obra audiovisual, etc. solo son “fuentes”... medios que utilizan los personajes para darse a conocer en la realidad. Aunque no sean **perceptibles** no significa que **no existan**. Sus creadores les han dotado de cualidades que los hacen únicos e irrepetibles y lo cual deriva que puedan aparecer en cualquier medio: Un libro, una película, un cuadro, una escultura., etc.

¿Es perceptible la esencia de un individuo? El Derecho de Autor falla al olvidar que existen creaciones intelectuales tan complejas que no pueden manifestarse en un “recipiente”. No solo con los personajes sucede lo propio, sino con universos enteros de ficción que tienen sus ciudades, sus reinos, su historia, moneda, sistema político, lenguaje, gremios, religiones, etc. No pueden existir por sí mismos en el mundo sensorial de la realidad... no pueden ser perceptibles y jamás podrán serlo y por lo tanto, no pueden ser catalogados como obras, pero no por eso, no tienen todos los méritos de originalidad intelectual como para ser protegidos.

2.2.2 El personaje como idea

Primeramente, recordemos que la Doctrina ha señalado reiteradamente que las ideas no deben ser protegidas por el Derecho de Autor. Lo que se debe proteger es la expresión concreta de una idea. Asombrosamente, este principio fundamental del Derecho de Autor no apareció en los tratados internacionales hasta 1995 con la aprobación del acuerdo ADPIC (TRIPS por sus siglas en inglés)⁷³ y reforzado en el año 2002 con el Tratado de la OMPI del Derecho de Autor⁷⁴. Aunque, en ciertos lugares, ha sido posible que las ideas sean protegibles.⁷⁵

⁷³ El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC es el anexo 1C del Convenio por el que se crea la OMC firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994

⁷⁴ Artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor. Entró en vigencia el 6 de marzo del 2002

⁷⁵ NB. Resulta interesante señalar que la Oficina de Propiedad Intelectual de Benelux, una unión aduanera y económica de entre Bélgica, los Países Bajos, y Luxemburgo, acepta depósitos de ideas, de diseños y conceptos abstractos al sólo efecto de darle fecha cierta y los guarda por el plazo de 10 años, plazo que puede ser extendido a través de sucesivos depósitos. El depositante envía dos sobres con la descripción de la idea y recibe uno de vuelta con un sello fechado, el otro queda en custodia de la oficina. Pero ni el derecho de autor de Bélgica, ni el de los Países Bajos ni el de Luxemburgo amparan las ideas bajo el Derecho de Autor. Más bien esta concepción de depositar ideas parece haber surgido con un claro ánimo recaudatorio de la oficina de Benelux, ya que ésta informa en su página web que desde su implementación se han depositado 16.000 ideas. Ver <http://www.boip.int/en/ideeen/introduction.html>.

En otras legislaciones este principio es posible encontrarlo desde hace tiempo atrás. Estados Unidos, por ejemplo, lo codificó en la importante reforma del año 1976, receptando la jurisprudencia del *common law* que venía elaborando la distinción entre ideas y obras⁷⁶.

La base fundamental para negar tal protección es que las ideas en sí mismas no son obras y su uso es libre. No se pueden adquirir ningún derecho sobre las mismas, a pesar de que puedan ser novedosas.

Una de las razones que han impedido que el personaje de ficción sea protegido, es por la tendencia a asimilar a estos como si fuesen meras ideas. Así por ejemplo, el doctor WILSON RÍOS RUIZ, profesional del Centro Colombiano de Derecho de autor manifiesta:

“La primera precisión y comentario que hay que hacer al respecto, es que los personajes ficticios como tal en sí mismos considerados, no están protegidos como una obra por la legislación vigente en Colombia sobre Derecho de Autor. Recordemos que la legislación sobre derecho de autor no protege ideas generales y abstractas ni su contenido conceptual, y que solo es objeto de protección la concreción o materialización que se hace de una idea a través de una obra literaria, artística o científica. Por lo tanto los personajes ficticios en sí mismos considerados o de manera autónoma, no se encuentran protegidos por la legislación autoral Colombiana”⁷⁷

El decir, se considera al personaje como una idea abstracta que solo puede concretarse en una obra en específico. Mientras no se realice la concreción, esta no existe en sí y permanece como mera idea. No podría existir plagio, ya que el mismo estaría sometido común de todos los autores. Entonces, aunque dos obras se desarrollen con un personaje idéntico, el plagio no se configura, pues la idea no tiene autor, a nadie le pertenece de forma exclusiva y no puede existir monopolio sobre ella.

Sin embargo, también existen autores con una opinión más amplia y por lo tanto, que abren el camino en el escabroso tema que se ha propuesto en el presente estudio. Así el doctrinario BORDA manifiesta lo siguiente:

⁷⁶ HUGHES, *The Philosophy of Intellectual Property*, 1988, p. 77

⁷⁷ RÍOS RUIZ, Wilson, *Propiedad Intelectual sobre los Personajes Ficticios o Simbólicos*, Publicación en línea del Centro colombiano de Derechos de Autor http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=37&Itemid=40 Acceso: 4 de abril del 2011 13h:26

“La obra no es otra cosa que la idea exteriorizada. Y si es verdad que la pura idea no cuenta con la protección del derecho, es porque mientras no se exterioriza no puede ser aprehendida por ley. ¿De dónde resulta que es erróneo decir que el derecho no protege las ideas? Las protege siempre que entren en el mundo de lo concreto y sensible en que se desenvuelve el derecho”⁷⁸.

Igualmente, la autora argentina DELIA LIPZYC, aunque no aborda directamente la problemática respecto a los personajes de ficción, al tratar sobre la no-protección de las ideas, realiza la siguiente acotación:

“...es ilícito tomar el conjunto de elementos que reflejan la individualidad de la obra. Por lo tanto, si una idea que sirve de base a una obra anterior es tomada en una nueva obra, la cuestión de saber si en esta última dicha idea ha sido adoptada solamente como tal o en la forma concreta en la cual la plasmó el autor de la primera debe ser resuelta caso por caso, ya que el problema radica en establecer el momento a partir del cual una idea adquiere forma o se concretiza suficientemente para ser considerada como obra original que debe ser protegida”⁷⁹.

Una vez analizado estos dos puntos de vista, es oportuno contestar si el personaje es una idea o no. A breves rasgos una idea es el ingenio para disponer, inventar y trazar una cosa⁸⁰. Una imagen que se halla en la mente y el cual da lugar a la existencia de conceptos.

En mi opinión, el Dr. Wilson Ríos Ruiz (citado anteriormente) se equivoca al afirmar que el personaje de ficción es una idea que solo se concretiza con la creación de una obra. Ya que como vemos, la idea genera un concepto que deriva en posibilidades de conocimiento, mientras que un personaje es, inclusive, un ser ontológico, que deja de ser un concepto cuando nace por primera vez en un entorno concreto y que permanece latente desde ese momento en adelante. RICARDO ROMERO, en su artículo “Apuntes para una ontología del personaje” reflexiona sobre este punto:

“...Es cuestión de que aceptemos que el drama que se desarrolla frente a nuestros ojos es algo extraño, que la muerte hacia la que caminan esas criaturas no es la muerte hacia la que caminamos nosotros. Entonces ya no serán mero reflejo, más allá de los ultramundos fantásticos o los realismos de clase media: serán lo otro. Sin Dios ni dioses, sin demonios y, por ahora, sin seres de otro planeta o dimensión, necesitamos interlocutores para nuestra especie. ¿Quiénes son ellos, los personajes? ¿Realmente son seres inventados por nosotros, por la banalidad de nuestras idealizaciones, por nuestra vanidad de multiplicar la imperfección y el espanto? Con miedo, con la misma ansiedad física con la que buscamos el sexo,

⁷⁸ BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho civil, Derechos Reales*, Tomo II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, p.p. 545-546

⁷⁹ LIPZYC, Delia, *La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el Acuerdo sobre los ADPIC, en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2004, n. 6, p. 205.

⁸⁰ Cfr. Diccionario en línea de la Real Academia Española
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=idea

nos sometemos una y otra vez a este diálogo de ecos, resonancias, reflejos vivos y contradictorios de dos naturalezas narrando su perplejidad.”⁸¹

El personaje ficticio indudablemente no puede ser considerado como idea, y en todo caso, si así fuese, se hace eco del pensamiento de Lipzyc arriba citada, en el cual afirma que una idea que ha llegado a caracterizarse lo suficiente eventualmente se convierte en una obra que puede ser protegida. Con la salvedad del término “obra” que ya se analizó previamente, los personajes de ficción entran perfectamente en este esquema, al volverse una creación individual independiente.

2.2.3 El personaje como creación intelectual independiente

En vista de lo anterior, y entendiendo que un personaje ficticio no es, ni una obra, ni una idea, entonces se analizará si el mismo podría catalogarse como una creación intelectual que no ha sido englobada, por lo menos por nuestro ordenamiento jurídico, en ninguna categoría.

Primeramente, es necesario recordar que una creación intelectual da lugar a un bien inmaterial que debería ser protegido por el Derecho de Autor. Lastimosamente, a este bien inmaterial se le han pedido ciertos requisitos para ser tomado en cuenta por la legislación autoral; requisitos que cumplidos, hace que el mismo se convierta en una figura denominada “obra”. Volvamos un paso atrás, en la sola creación de un bien inmaterial y preguntémonos si en la misma podría entrar, no solo los personajes de ficción, sino también los nombres simbólicos, los títulos, las letras, la construcción artificial de palabras, denominaciones de grupos artísticos, entre otros.

Así, tenemos que un bien inmaterial es un objeto carente de forma física específica, susceptible de valor, que forma parte del patrimonio de las personas. El gran maestro chileno ARTURO ALESSANDRI dijo al respecto:

⁸¹ ROMERO, Ricardo, *Apuntes para una ontología del personaje*, <http://tallerdealgo.blogspot.com/2009/02/apuntes-para-una-ontologia-del.html> Acceso: 9 de abril 10:30

"La existencia de bienes inmateriales que representan una realidad no perceptible por los sentidos sino a través del entendimiento genera la existencia de derechos inmateriales que al tiempo de ser emanación de la personalidad, tienen valor patrimonial: por ejemplo las obras musicales o literarias y en si cosas que tiene existencia puramente intelectual, con abstracción de que sean plasmadas en cuerpos materiales como las estatuas, los libros, dibujos(...). Estos derechos que surgen de tales bienes son derechos patrimoniales sobre bienes inmateriales; y recaen sobre cualquier bien intelectual con valor pecuniario e implican un derecho moral o una protección del interés del titular del derecho para que su bien no sea publicado ni alterado sin su consentimiento"⁸²

Tenemos entonces que una obra es un bien inmaterial pero un bien inmaterial no siempre es una obra. Como se observa en la cita anterior, Alessandri diferencia las obras de las cosas que tienen existencia puramente intelectual, además, pone énfasis en el fin pecuniario (derecho patrimonial) o en el interés del creador de que su bien no sea publicado o alterado (derecho moral). Un bien inmaterial, que tiene relevancia económica, social y jurídica.

El personaje, por lo tanto, al recibir la protección del Derecho de Autor podrá ser explotado por su titular dentro de las dimensiones que su propia naturaleza lo permita. Por ejemplo, podrá ser utilizado en obras literarias, audiovisuales, radiales, escénicas, etc.

2.2.4 Requisitos para que un personaje de ficción sea protegible por el Derecho de Autor

En mi opinión, tienen que ser protegidos los personajes ficticios que cumplen estas tres características. a) Originalidad, b) Identidad y c) Reconocimiento propio (notoriedad).

a) Originalidad:

La originalidad no necesariamente debe estar asociada con crear algo nuevo, sino más bien con crear algo *propio*. Es una cualidad que distingue a esa creación de otras. Dicho elemento debe encontrarse presente en cualquier creación intelectual si la misma aspira a ser protegida por la ley.

⁸² ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, editorial desconocida, P. 226. Disponible electrónicamente en <http://es.scribd.com/doc/22575390/Tratado-de-derecho-civil-Alessandri-Somarriva-Vodanovic>

Ahora bien, la doctrina generalmente hace una diferencia entre la originalidad objetiva y la originalidad subjetiva⁸³. La primera, según palabras de RODRIGUEZ-CANO, se traduce en que el Derecho de Autor solo debe tutelar las creaciones intelectuales objetivamente nuevas, es decir, que aporte culturalmente a la sociedad algo que con anterioridad no existía⁸⁴. Este pensamiento ha sido muy discutido por sus propios partidarios, sobre todo, con respecto al grado de originalidad necesario para acceder a la protección. Es así que se preguntan si la creación debe ser totalmente nueva (novedad absoluta) o bastaría con una creación relativamente nueva (novedad relativa).

Por otro lado, la teoría de la novedad subjetiva defiende la protección de la creación intelectual siempre y cuando esta sea reflejo de la personalidad del autor⁸⁵. Esto se traduce en que se protege aquellas creaciones que, a pesar de ser “copias” de otras existentes, son manifestadas por un autor diferente.

Lógicamente ambas teorías tienen sus defectos. En la primera encontramos una cierta asimilación de originalidad con el concepto de novedad, utilizada en especial en la rama de marcas y patentes. Además, dicha teoría limitaría demasiado a la protección de las nuevas creaciones (es difícil crear algo totalmente nuevo hoy en día) y esto iría en contra del espíritu del Derecho de Autor. VALERO MARTIN tiene la opinión de que la teoría de la novedad objetiva tiene el gran defecto de que no permite justificar la existencia de los derechos morales que encuentran el fundamento de concesión en la íntima conexión existente entre el autor y su obra.⁸⁶ En la segunda teoría, en cambio, se tiende a creer que toda creación intelectual original debe necesariamente reflejar la personalidad del autor. Argumento difícilmente sostenible pues ¿quién determina en donde se encuentra la personalidad? ¿qué sucede con obras anónimas o

⁸³Cfr. SANCHEZ, Rafael, *La Propiedad Intelectual sobre las obras musicales*, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 251

⁸⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tcnos, Madrid, 1996, p. 161

⁸⁵ Cfr. Sentencia de la audiencia provincial de Barcelona, sección 15ª de 25 de abril de 1996. España

⁸⁶ Cfr. VALERO MARTIN, Eva, *Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 147

adaptadas?... en fin, la lógica nos impulsa a negar de igual manera esta teoría.

Así, nos encontramos con la teoría ecléctica. Frente a la originalidad objetiva, que protege aquello que aporta culturalmente a la sociedad; y la originalidad subjetiva, que protege aquello que tiene la impronta personal del autor, el criterio intermedio permite establecer pautas de protección que engloban ambos supuestos. Lo importante es encontrar el factor diferenciador: si es en el estudio individualizado de las obras o en su comparación de lo existente hasta el momento.

Según NAZARETH PEREZ CASTRO las cualidades que se deben observar para discernir si una creación intelectual es original son: a) la ordenación y realización del modo expresivo, b) la existencia de una impronta significativa de la personalidad del autor, y c) la efectiva creación de valores que llevan a un único original.⁸⁷ Es decir, la mera transferencia de personalidad del autor no basta, sino que es necesaria una cierta creatividad objetiva, entendida esta, como altura creativa.

Sin embargo, observamos que el término “originalidad” no resulta fácil de definir y peor aún de delimitar, es por eso que se debe determinar legislativamente el alcance de dicho término y los elementos individualizados de cada creación en donde esta deba recaer (no es lo mismo la originalidad de una creación audiovisual de una obra fotográfica).

b) Identidad

De la investigación que se ha realizado para desarrollar el presente estudio, no he logrado encontrar ninguna fuente que desarrolle el concepto de identidad dentro del Derecho de Autor. Sin embargo, creo que dicho elemento es fundamental para distinguir entre los personajes que deben ser protegidos y los que no.

⁸⁷ Cfr. PEREZ DE CASTRO, Nazareth, *Obra audiovisual, la Panorámica Jurídica*, Editorial Reus, Madrid, 2001

Como se ha mencionado, una obra de cualquier índole (literaria, audiovisual, representativa, etc.) puede tener docenas de personajes, pero generalmente, los que tienen identidad solo son unos pocos, y son estos los que trascienden y se vuelven populares y conocidos en un entorno social.

La construcción del personaje es lo mismo que su configuración, puesto que el término, según el diccionario de la Real Academia Española significa “dar determinada forma a algo”⁸⁸. Para la construcción del personaje el autor debe proporcionarle ciertas características, lo que a definición de ESTÉBANEZ, es “*una técnica o procedimiento utilizado por un escritor para configurar, a través de una serie de rasgos distintivos, un personaje novelesco*”⁸⁹. Igualmente GARRIDO DOMÍNGUEZ plantea que la identidad del personaje es:

*“...la denominación convencional para aludir a la constitución del mismo y responde a objetivos de índole muy variada: concretar el agente de la acción, equiparlo con los elementos necesarios para que pueda desempeñar sus cometidos y, desde luego, facilitar su reconocimiento por parte del receptor”*⁹⁰

Por lo tanto, el personaje protegible debe ser aquel que tenga tales atributos y cualidades que lo diferencien de otros y los haga sobresalir dentro de su realidad. Estos atributos son lo que comúnmente se denomina “características” y pueden ser de dos clases: Como algo dado o como algo construido.⁹¹ Son los atributos dados los que nosotros interpretamos como las características del personaje (edad, género, cualidades físicas, psicológicas, culturales, etc), Los atributos construidos, en cambio, son aquellos atributos que hay que interpretar con ayuda del contexto, “*rasgos de personalidad que se revelan a lo largo de las tribulaciones de una vida*”⁹² (es decir, aquellos que reflejan su conducta y expresan sus vínculos con los demás personajes). Son estas dos formas, que unidas, crean lo que se llama **identidad del personaje**.

⁸⁸ Diccionario en línea de la Real Academia Española
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=construccion

⁸⁹ ESTÉBANEZ, Demetrio, *Diccionario de términos literarios*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 102

⁹⁰ GARRIDO DOMÍNGUEZ, *El Texto Narrativo*, Ed. Síntesis, Madrid, 1996, p. 56.

⁹¹ Cfr. CULLER, Jonathan, *Breve introducción a la teoría literaria*, Ed. Crítica, Barcelona, 2000

⁹² Op. Cit.

Para que se entienda más fácilmente, el personaje ficticio que merece la protección del Derecho de Autor debe haber sido construido prolijamente, dotándole de atributos específicos tanto físicos como psicológicos que lo haga diferente e identificable en comparación a otros semejantes. CARLOS CARBAJAL, Jefe de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, manifestó:

“La reunión de los anteriores elementos y los perfiles psicológicos que el creador le otorgue, así como la idea que mediante el personaje se busque expresar, forman su personalidad. Si se desea que el público se familiarice con el personaje y lo reconozca, es necesario que la expresión de la personalidad sea estable y duradera, presentando un carácter de permanencia, así se logra que este se desprenda de la obra de la cual hacía parte, obteniendo autonomía que le permite a sus creadores ampliar el campo de explotación económica de la obra”⁹³.

Lastimosamente, el citado autor se contradice al afirmar posteriormente que el personaje no es protegido por ser “solo un concepto expresado a través de las obras”. Algo incomprensible cuando él mismo resalta el hecho que la autonomía de un personaje con respecto a la obra puede otorgar beneficios económicos al mismo. ¿Cómo entonces se protege al autor para que pueda explotar económicamente su creación sino es por medio de la protección otorgada por el Derecho de Autor?

c) Reconocimiento propio (notoriedad):

El informe de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual establece que es necesario que el público pueda reconocer fácilmente las “características personales” de cada personaje para que merezca protección jurídica⁹⁴, y aunque esto quizás contradice el principio de que a la creación intelectual no se le debe observar el mérito para ser protegida (revisar ítem 1.2.1 del presente estudio), si se estudia en profundidad no hay contradicción alguna. Es distinto el significado de mérito con el significado de notoriedad. El primero hace referencia a la valoración subjetiva de la persona con respecto a la creación intelectual que conoce mediante cualquiera de los sentidos, mientras que la notoriedad es un concepto distinto, que a continuación se analiza.

⁹³ ROJAS, Carlos, Consultas acerca de la reserva de nombre, personajes y nombre artístico, Bogotá, 18 mayo 2005

⁹⁴ Cfr. Organización Mundial de Propiedad Intelectual, *Informe de la OMPI sobre comercialización de personajes*, WO/INF/108, 1994, p. 5

La **notoriedad** no es un concepto ajeno para la Propiedad Intelectual, aunque no ha sido jamás asociado con el Derecho de Autor, sino que está relacionado con el Derecho Marcario. Esta condición se cumpliría cuando un sector determinado del público o de los círculos especializados artísticos conoce o identifica al personaje por cualquier razón (promoción del personaje, gran alcance de la obra o medio en que aparece, etc.).

Ahora bien, aquí nos encontramos con otra contradicción a los principios básicos del Derecho de Autor: La protección inmediata y la no necesidad de registro. Ya que al existir requisitos para proteger al Personaje de Ficción, inexorablemente se necesita que una autoridad declare el cumplimiento de los mismos. Con respecto a la originalidad e identidad existiría una presunción de hecho como sucede con cualquiera de las obras citadas en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual (se revierte la carga de la prueba. El que alega la no originalidad debe probarla), sin embargo, la notoriedad debe **ser declarada**. Sin embargo, alcanzar la notoriedad conlleva un proceso temporal y social que dista mucho de ser inmediato ¿qué sucede en ese transcurso? Existe el riesgo que alguien vislumbre el potencial éxito de un personaje y lo plagie, y sea este el que logre beneficiarse económicamente del mismo. Para solucionar este problema, existe una figura denominada **la reserva de derechos**, la cual explicaré más adelante en este estudio.

Es por esto, que el principio ausencia de formalidad **no debe** ser aplicado con respecto a los personajes de ficción. Es necesario que la entidad especializada (en el caso del Ecuador el IEPI) tenga un procedimiento especial para registrar a los mismos.

2.3 La protección originada en el Derecho Marcario

Lo primero que se debe dejar claro, es que se denomina “Derecho Marcario” o más comúnmente conocido, **Derecho de Marcas**, aquella modalidad del Derecho de Propiedad Industrial conocido como relaciones

jurídicas de los signos distintivos⁹⁵. Su finalidad es establecer una protección jurídica para distinguir y diferenciar los productos y servicios que se encuentran disponibles en el mercado.

Es interesante observar la vertiginosa evolución del Derecho de Marcas en las últimas décadas y el asombroso tratamiento que le ha dado la legislación internacional, la doctrina y la jurisprudencia a la temática. Justificado, claro está, en la importancia económica de las marcas y signos distintivos en el mercado.

Lo segundo que se debe señalar, es que esta rama de la Propiedad Intelectual es muy extensa y compleja y que realmente se necesitaría un estudio independiente para abarcar todo el abanico de posibilidades que presenta con respecto a la materia. Intentaré a breves rasgos explicar al lector en que consiste la misma y en especial, de que forma protege a los personajes de ficción.

Analicemos entonces cuál es el objeto de protección del Derecho de Marcas.

2.3.1 El objeto de protección

El objeto de protección del Derecho Marcario, como su nombre lo indica es **la marca**.

Una marca es un nombre y/o una señal cuya finalidad es identificar un producto o servicio para diferenciarlo del producto o servicio rivales⁹⁶. La finalidad del Derecho Marcario es crear un monopolio legal sobre ese nombre o señal a favor del titular. Según nuestra Ley de Propiedad Intelectual, marca es cualquier signo que sirva para distinguir productos o servicios en el mercado⁹⁷.

⁹⁵ ROGEL VIDE, C, *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*, José María Bosh Editor, Barcelona, 1998.

⁹⁶ Cfr. NARVAEZ LUENGO, Fernando, *Efectividad de los personajes de marca, Caso: Sector cervecero venezolano*, Publicación en línea. p. 165 <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/290/29003402.pdf>

⁹⁷ Artículo 194 Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador

Generalmente, el registro de las marcas, está sujeto al cumplimiento de un conjunto de requisitos que condicionan la admisibilidad de determinados signos como marcas. Así tenemos la especialidad, el carácter distintivo, la originalidad o novedad de los signos, la visibilidad y licitud de los mismos.

2.3.1.1 El personaje como marca

Tenemos que la protección que más se acerca al personaje de ficción en la actualidad, corresponde al Derecho Marcario y a textos legales que regulan la competencia desleal⁹⁸. Así las marcas se protegen para identificar determinados productos o servicios en un mercado. El personaje es utilizado como “fuente de identificación” para que un sector de la población asocie en su mente a ese personaje con el producto o servicio ofrecido. Así por ejemplo tenemos el logotipo-personaje de la compañía MICHELIN o el hombre de la avena QUAKER.

Los Personajes, según LUIZ CLAUDIO GONÇALVES, rompen con una estructura grafica tradicional y animan el complejo grafico; permiten también la apropiación de una notoriedad adquirida fuera del universo comercial en beneficio de la marca que los acoge.⁹⁹

Es justamente, en la protección hacia actos de competencia desleal, en donde encontramos la única –y precaria- protección al personaje de ficción en nuestra ley de Propiedad Intelectual. Así, el artículo 285 establece:

“Art. 285. Se consideran actos de competencia desleal, entre otros, aquellos capaces de crear confusión, independiente del medio utilizado, respecto del establecimiento, de los productos, los servicios o la actividad comercial o industrial de un competidor; las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o los servicios, o la actividad comercial o industrial de un competidor, así como cualquier otro acto susceptible de dañar o diluir el activo intangible o la reputación de la empresa; las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo en el ejercicio del comercio pudieren inducir al público a

⁹⁸ NB. El Ecuador, hasta el momento de redacción del presente estudio, no tiene en vigencia una Ley de Competencias del Mercado o una Ley Antimonopolios.

⁹⁹ GONÇALVES GOMES, Luiz, *El personaje de marca como elemento en la identidad visual*, Publicación de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, p. 1
http://fido.palermo.edu/servicios_dyc/encuentro2007/02_auspicios_publicaciones/actas_diseno/articulos_pdf/CC-024.pdf Acceso: 1 de mayo del 2011 22:13

error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la calidad de los productos o la prestación de los servicios; o la divulgación, adquisición o uso de información secreta sin el consentimiento de quien las controle.

Estos actos pueden referirse, entre otros, a (...); celebridades o personajes ficticios notoriamente conocidos (...)

Se entenderá por dilución del activo intangible el desvanecimiento del carácter distintivo o del valor publicitario de (...) un personaje ficticio notoriamente conocido.

Como vemos, el artículo citado enmarca dentro de los actos de competencia desleal, el producir confusión respecto a personajes de ficción; además, reconoce el carácter distintivo y valor publicitario de los personajes notoriamente conocidos.

Hay que recalcar que el artículo no hace referencia al personaje establecido como marca, sino al personaje en su forma autónoma; y lo que es más importante aún, menciona un concepto abordado en el ítem 2.2.4 literal c) del presente estudio: **la notoriedad del personaje**.

Por lo tanto, encontramos una protección efectiva en nuestra legislación, en favor de la creación intelectual denominada “personaje ficticio”, y se da cuando una persona por medio de cualquier clase de actos, confunde, daña o diluye, el carácter distintivo del mismo... pero no necesariamente porque esté asociado con un producto o un servicio, sino, por el valor económico inherente que posee.

Por último, se debe señalar que de conformidad a la definición de marca establecida en nuestra Ley de Propiedad Intelectual, los personajes podrían ser objeto de registros marcarios, en su versión “estática”, pero el titular del registro estará obligado a usar su marca — personaje- tal y como lo registró o con modificaciones que no alteren su “carácter distintivo original”.

Según mi criterio, estos personajes-marcas, solo son imágenes que permiten distinguir con más facilidad un producto o un servicio, y de forma estricta, no cumplen con la definición analizada de lo que **es un personaje**. En realidad, el término que más se adecua a estos objetos protegidos por la propiedad industrial es el de **mascota**.

2.4 Otras fuentes de protección

2.4.1 Protección en la constitución

Lógicamente, desde que el Ecuador se convirtió en un país constitucional de derechos y justicia, es indefectible analizar la constitución para encontrar un sustento de esta jerarquía para la protección de los personajes de ficción. Además, recordando siempre que los derechos consagrados en la Constitución deben ser aplicados directamente y sobre cualquier otra norma.

El artículo 66 numeral 26 establece: *“Se reconoce y garantizará a las personas: 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.*

El artículo 322 de la Carta Magna específicamente ordena: *“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”.*

Por lo que claramente la Constitución de Montecristi consagra el derecho a la propiedad sobre creaciones del intelecto. Recordando que la **propiedad** es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien.¹⁰⁰

Sin embargo, se aprecia que el artículo 322 citado, realiza una remisión y condiciona la propiedad intelectual a la ley, por lo que no se puede invocar directamente a la Constitución para protegerlas creaciones del intelecto. Paralelamente, la Carta Magna establece un derecho que está relacionado con la protección de los personajes: El derecho a la imagen.

¹⁰⁰ MORÁN, Martín, *Los derechos sobre las cosas (I). El derecho de propiedad y derecho de posesión*, Editorial Universitas, Buenos Aires

2.4.1.1 El derecho a la imagen

El derecho a la imagen está consagrado en el artículo 66 numeral 18 de la Constitución que establece: “*Se reconoce y garantiza a las personas... El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona*”.

A pesar de que a primera vista, el derecho a la imagen y el posible derecho a la protección de personajes de ficción no están relacionados, si hacemos un análisis más profundo, encontraremos que la imagen de una persona es en realidad, un personaje que ha construido en sí misma para ser conocida en sociedad.

El derecho a la propia imagen se encuentra dentro de los derechos de la personalidad; se trata de un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible. A palabras de la Dra. SOARAYA RODRIGUEZ LOSADA este derecho se entiende como “*la representación gráfica de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico -y con ello cualquier técnica adecuada- para obtener su reproducción*”¹⁰¹.

Como ya se ha afirmado, una creación intelectual es entendida como una extensión y manifestación de la personalidad de su autor. Así, al ser protegida constitucionalmente la imagen de una persona, se puede afirmar que también se protege constitucionalmente la imagen de los personajes que caracteriza. Esto se aplicaría en especial a los actores de obras teatrales, quienes llegan a ser conocidos por la imagen y aspecto de sus alteregos y de sus avatares.

Hay autores que manifiestan que la imagen de las personas –y consecuentemente de los personajes que interpretan- debe ser incluida en el Derecho marcario, siempre que la imagen tenga un importante valor comercial.¹⁰² Un caso ejemplificativo y reciente, es la de la Beatificación del Papa Juan Pablo Segundo. El Vaticano posee

¹⁰¹ RODRIGUEZ, Soraya, *El contenido de los derechos de imagen y su posible catalogación como Canon*, Revista Jurídica Online, P. 64. Disponible en <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/24/24-el-contenido-de-los-derechos-de-imagen.pdf>

¹⁰² Cfr. ROVIRA SUERIO, M. E., *El Derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 58

los derechos de imagen del mencionado personaje y otorga licencias a los vendedores por un valor determinado para su comercialización.

Generalmente, las excepciones a usar la imagen de otra persona es cuando la misma en consecuencia de aparecer en actos o lugares públicos y en el caso de la caricaturización de una persona real (presencia de imágenes en tono jocoso, satírico o burlón). Nuestra legislación no dice nada al respecto y como consecuencia tenemos a actores como David Reinoso que parodia la imagen de personajes públicos (ejemplo: El Cholito, parodia del periodista José Delgado o Rolindo, parodia de Rolando Panchana). ¿Es lícito que una persona lucre de la imagen de otra? ¿Hasta que punto la sátira permite que la imagen, los gestos y la voz de una persona sean utilizadas? ¿no debería haber un límite entre el humor y el destruir infamemente la percepción pública de una persona?

Adicionalmente, en el ejemplo citado nos encontramos con “efecto uroboros”, es decir, un problema que se revierte al origen. ¿Utilizar la imagen de los personajes de David Reinoso sería atentar contra el derecho de imagen de quién: del parodiado o del propio actor?

En todo caso, la ley de Propiedad Intelectual ha recogido este derecho constitucional parcialmente. Así tenemos que su artículo 41 establece:

“El autor de una obra fotográfica o el realizador de una mera fotografía sobre una persona, deberá contar con la autorización de la persona fotografiada, y a su muerte, de sus causahabientes, para ejercer sus derechos de autor o conexos, según el caso. La autorización deberá constar por escrito y referirse específicamente al tipo de utilización autorizada de la imagen. No obstante, la utilización de la imagen será lícita cuando haya sido captada en el curso regular de acontecimientos públicos y responda a fines culturales o informativos, o se realice en asociación con hechos o acontecimientos de interés público”.

Entonces, como muestra el artículo citado, en la obra fotográfica e inclusive la mera fotografía, es necesario que el autor tenga la autorización de la/s persona/s fotografiada/s, so pena de acciones civiles que puedan ser emprendidas. ¿Acaso la imagen de un personaje caracterizado por una persona merece otro tratamiento? Es verdad que el derecho a la imagen no es una solución a la

ausencia de protección a los personajes, pero es un mecanismo de protección al cual podría acudir los actores con respecto a sus personajes caracterizados; claro está, dejando a un lado la discusión de si el personaje de parodia necesita una autorización previa del parodiado para que evitar acciones civiles o penales (sería un tratamiento análogo al del artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual)

También, en el artículo 196 literal f) de la misma ley encontramos lo siguiente:

“Tampoco podrán registrarse como marca los signos que violen derechos de terceros, tales como aquellos que:… Consistan en el nombre completo, seudónimo, firma, título, hipocorístico, caricatura, imagen o retrato de una persona natural, distinta del solicitante, o que sea identificado por el sector pertinente del público como una persona distinta de éste, salvo que se acredite el consentimiento de esa persona o de sus herederos”;

Claramente, en el caso de marcas, no se permite la utilización de la imagen ajena, inclusive si esta es caricaturizada. Nuevamente, realzo el hecho de que la imagen de un personaje de ficción interpretado por un actor en particular es igualmente protegible, ya que en realidad se trata de una “extensión” de la imagen del actor en sí. Sin embargo, esta tenue e incompleta protección solo abarca una prohibición de registro de marca y no evita que un personaje sea utilizado por terceras personas en distintos ámbitos y medios.

2.4.2 Protección en los tratados internacionales

Al igual que sucede en la Constitución, los Tratados Internacionales de la materia pueden ser invocados y utilizados para proteger los personajes ficticios. Los tratados que ha suscrito el Ecuador relacionados a la Propiedad Intelectual son los siguientes:

Nombre del tratado	Suscripción / Adhesión	Entrada en vigor
Convenio de la OMPI	14 de julio 1967	22 de febrero 1988
Convenio de París	22 de marzo 1999	22 de junio 1999
Convenio de Berna	8 de julio 1991	9 de octubre 1991
Tratado de	7 de febrero 2001	7 de mayo 2011

cooperación en materia de patentes		
Convención de Roma	26 de junio 1962	18 de mayo 1964
Convenio de Fonogramas	29 de octubre 1971	14 de septiembre 1974
Tratado sobre el Derecho de Autor	31 de diciembre 1997	6 de marzo 2002
Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas	31 de diciembre 1997	20 de mayo 2002
Convenio de la UPOV	8 de julio 1997	8 de agosto 1997
Decisión 344 Comisión del Acuerdo de Cartagena (derogada)	21 de octubre 1993	1 de enero de 1994
Decisión 345 Comisión del Acuerdo de Cartagena.	21 de octubre 1993	1 de enero de 1994
Decisión 351 Comisión del Acuerdo de Cartagena.	17 de diciembre de 1993	
Decisión 486 Comisión del Acuerdo de Cartagena.	14 de septiembre 2000	1 de diciembre 2000

Tabla 1

Se pasará a analizar los tratados específicos que conciernen a la temática del Derecho de Autor para deducir si los mismos otorgan protección al personaje ficticio.

2.4.2.1 El Convenio de Berna

El Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas fue suscrito originalmente el 9 de septiembre de 1886 en la ciudad de Berna, Suiza. Ha sufrido varias modificaciones y revisiones, siendo enmendado por última vez el 28 de septiembre de 1979.

El Ecuador se adhirió a este Convenio el 8 de julio de 1991 y fue ratificado el 9 de octubre de 1991.

Básicamente, este convenio instituye tres principios básicos: 1 Las obras originadas en alguno de los estados contratantes podrán recibir en cada uno de los demás estados contratantes la misma protección que estos otorgan a las obras de sus propios ciudadanos. 2. Esta protección mencionada no debe estar sujeta a formalidad alguna y 3. La protección es independiente de la existencia de una protección correspondiente en el país de origen de la obra.

El Convenio establece en su artículo 1 que:

“Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.”¹⁰³

A diferencia de nuestra legislación, la cual establece que una obra es la creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida; el contenido del artículo citado del Convenio de Berna establece que la obra protegible es **toda producción en el campo literario, artístico y científico**. Es decir, este último instrumento jurídico es mucho más general y amplio, aunque sufre de cierta ambigüedad (¿qué debemos entender con el término “producción”? ¿Acaso la creación de algo que no existía con anterioridad?¹⁰⁴). Además, y como gran diferencia, no exige la obligatoriedad de que deba ser susceptible de exteriorización como si lo hace nuestra Ley.

Por lo que, basado en la redacción de dicho artículo, no existiría inconveniente alguno en incluir los personajes de ficción dentro del ámbito de protección del Derecho de Autor de las legislaciones internas de cada país.

¹⁰³ Cfr. Artículo 2 del Convenio de Berna

¹⁰⁴ Cfr. Diccionario en línea de la Real Academia Española
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=construccion

2.4.2.2 Tratado sobre el Derecho de Autor

El Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor fue adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, fue suscrito por el Ecuador el 31 de diciembre de 1997 y entró en vigor el 6 de marzo del 2002. Su objetivo principal fue actualizar la protección que otorga el Derecho de Autor frente a los nuevos retos tecnológicos e informáticos.

En su artículo 2 establece: *“La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”*

Es decir, se plasma el principio de que las ideas no deber ser protegidas, sino la forma en como se expresan esas ideas. Esto refuerza el planteamiento del presente estudio, pues como se vio en el punto 2.2.2, los personajes de ficción jamás podrán ser considerados como una idea, sino justamente, como exteriorización de las mismas; con lo que se cumple lo estipulado en el artículo 2 del Convenio.

2.4.2.3 Decisión 344 Comisión del Acuerdo de Cartagena (Derogada)

Si bien es cierto que la Decisión 344 fue sustituida por la Decisión 486 suscrita 14 de septiembre del 2000 en Lima; creo importante analizar dicha Decisión, ya que la misma mostraba la tendencia doctrinaria de la Propiedad Intelectual a proteger los personajes ficticios.

Así tenemos que la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se suscribió en Santafé de Bogotá el 21 de octubre de 1993, entró en vigor el 1 de enero de 1994 y sustituyó la decisión 313. Estaba relacionada con el régimen común sobre propiedad intelectual y no con el Derecho de Autor, y en ella se encontraba una incipiente protección al personaje de ficción como tal.

Así, el artículo 82 establecía: *“Asimismo, no podrán registrarse como marcas aquellos signos que, en relación con derechos de terceros, presenten algunos de los siguientes impedimentos: (...) g) Los títulos de obras literarias, artísticas o científicas y los personajes ficticios o simbólicos que sean objeto de un derecho de autor correspondiente a un tercero salvo que medie su consentimiento”.*

La redacción del artículo citado era por demás interesante. Prohibía el registro de una marca si hacía referencia, entre otras cosas, a **personajes ficticios o simbólicos** que sean **objeto de un derecho de autor de un tercero**.

Este planteamiento, reafirmaba la tesis del presente estudio y prácticamente lo hubiese validado en su totalidad. Primeramente por haberse tratado de un convenio multilateral (estaba suscrito por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) en concordancia y respeto los grandes convenios de la materia; y segundo, porque taxativamente afirmaba que el personaje ficticio o simbólico podía ser objeto de la protección del Derecho de Autor; tanto así, que no se podía registrar por un tercero una marca relacionada a los mismos. Nótese que ni siquiera se hacía referencia al personaje cuando estaba constituido como marca o al personaje en su sentido material (gráfico, dibujo, etc.), sino sencillamente al “personaje objeto de derecho de autor”

Por ejemplo, y para ilustrar este punto, en el proceso 41-IP-98 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se planteó una demanda de oposición a la solicitud de registro de la marca SUPERMANI, por parte de la empresa D.C. COMICS en razón al personaje SUPERMAN. En su escrito de oposición, la empresa manifestó acerca de su personaje:

“(...) es notoriamente conocido en el país y en el resto del mundo, y se encuentra debidamente protegido como personaje ficticio sobre la cual existen derechos de autor en favor del oponente, que impide que terceros hagan uso de tal expresión como marca”¹⁰⁵. (Subrayado es mío)

2.4.2.4 Decisión 351 Comisión del Acuerdo de Cartagena

La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se suscribió el 17 de diciembre de 1993, en Lima, Perú. Es uno de los documentos base de la actual Ley de Propiedad Intelectual vigente en nuestro país, y está relacionada con el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

¹⁰⁵ Proceso 41-IP-98. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 5 de marzo de 1999.

En su artículo 3 define el término obra como *“toda creación intelectual naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”*.

El artículo 4 define el objeto de protección de la Decisión: *“La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer (...)”*

Por lo anterior, la Decisión 351 no puede ser invocada para proteger personajes ficticios, ya que claramente establece que el objeto de protección es aquella obra susceptible de ser reproducida o divulgada mediante cualquier forma o medio. Como se analizó previamente, un personaje ficticio no siempre es perceptible o susceptible de materialización, lo cual evitaría su protección.

2.4.2.5 Decisión 486 Comisión del Acuerdo de Cartagena

La Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena fue suscrita el 14 de septiembre del 2000, en Lima, Perú. Sustituyó a la Decisión 344 y abarcó especialmente un tema hasta entonces poco desarrollado en las legislaciones nacionales: El origen legal de los recursos genéticos y conocimientos indígenas (abordado de forma sucinta en la decisión 391) .

En esencia, la decisión 486, buscó adaptar las normas de Propiedad Industrial sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de la OMC, además de establecerse los principios de Trato Nacional y Nación Favorecida y desarrollar de mejor manera lo que abarca las Patentes de Invención; no obstante, no presentó grandes cambios con respecto a la parte sustancial de Propiedad Industrial constante en la decisión 344.

El capítulo VI de la citada Decisión desarrolla el tema de Marcas y Signos Distintivos. Lastimosamente, las causales de irregistrabilidad presentes en el artículo 82 del la Decisión 344 no se mantuvieron iguales en esta nueva Decisión, por lo que no se encuentra una protección directa y clara a los Personajes Ficticios. Sin embargo, el

legislador dejó expresado en un artículo una redacción lo suficientemente abierta, como para abarcar a los Personajes Ficticios, en caso de que sean protegidos por el Derecho de Autor en las legislaciones internacionales.

Así tenemos el literal f) del artículo 136 de la Decisión que establece:

“Artículo 136.- No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: (...) f) consistan en un signo que infrinja el derecho de propiedad industrial o el derecho de autor de un tercero, salvo que medie el consentimiento de éste”

Si bien es verdad que no existe la expresa mención a los Personajes Ficticios, tal y como sucedía en la Decisión 334 (lo cual a mi parecer es una falencia de esta Decisión), se puede apreciar que todo lo que sea protegido por el Derecho de Autor, no puede ser susceptible de ser registrado como marca por otra persona ajena al titular del Derecho; por lo que, de protegerse a los Personajes Ficticios por el Derecho de Autor en las legislaciones internas de cada país, también estarían protegidos de ser utilizados como marca dentro de la Comunidad Andina en virtud del anterior texto.

2.5 Formalidades ante la autoridad administrativa

En casi la totalidad de Estados, existe un ente administrativo que organiza, tutela, vigila y desarrolla el contenido de la legislación de Propiedad Intelectual. Así tenemos por ejemplo en Sudamérica, el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI) y el Departamento de Derechos Intelectuales (DIBAM) en **Chile**, el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INPI) y la Oficina de Derechos de Autor (ONDA) en **Argentina**, la Oficina de Derechos de Autor en **Bolivia** (SENAPI), la Dirección Nacional de Derecho de Autor en **Colombia** (adscrita Ministerio del Interior y de Justicia), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) en **Perú**, el Consejo de Derechos de Autor en **Uruguay** (adscrita al Ministerio de Educación y Cultura), y el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual en **Venezuela** (adscrita al Ministerio del Poder Popular para el Comercio).

El **Ecuador** no es una excepción a la materia. El órgano administrativo especializado es el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) y es la encargada de promover el respeto a la creación intelectual, a través de la educación, difusión y observancia de la normativa jurídica vigente.¹⁰⁶

2.5.1 ¿Necesidad de registro?

Si bien es verdad que uno de los principios fundamentales del Derecho de Autor, es que la protección debe darse automáticamente, sin ninguna clase de formalidades (ver apartado 1.2.3), no es menos cierto, que estos entes, en lo referente a la rama de Derecho de Autor, cumplen una función de registro y depósito y así facilitar un medio probatorio en caso de conflicto o inclusive, en ciertas legislaciones, establecer una presunción de autoría.

Así sucede en el IEPI, el cual permite el registro de obras artísticas, obras musicales, obras literarias, programas de ordenador, fonogramas, documentales y largometrajes. Cada clase tiene sus requisitos de registro, pero a breves rasgos, se debe llenar un formulario y entregarlo con copia de un documento de identidad, el pago de una tasa específica y un ejemplar de la obra a ser registrada (en caso de obras que no se pueden copiar, como las esculturas, se entrega fotografías de la misma).

Según ANTEQUERA PARILLI¹⁰⁷ existen 3 clases de registro: a) registro como presupuesto de la constitución y existencia del derecho, b) registro como requisito para el ejercicio del derecho y c) registro meramente declarativo, con una finalidad probatoria. Analicemos cada una de estas clases:

a) El registro como presupuesto de la constitución y existencia del derecho

¹⁰⁶ Misión del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual

¹⁰⁷ ANTEQUERA PARRILLI, Ricardo, *El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela*, Capatarida, 1994, p.141.

Anteriormente, esta clase de registro era la que predominaba en las distintas legislaciones. Todavía se mantiene en algunos países como Argentina y Uruguay. Se basa en los “efectos constitutivos” de la inscripción y registro de la creación intelectual ante el órgano administrativo.

b) El registro como requisito para el ejercicio del derecho.

Es parecido al anterior, con la salvedad de que la titularidad del derecho no depende del registro.

Ejemplos de este tipo de registro son la Oficina de Derechos de Autor (Copyright Office) de Estados Unidos de América y el Registro de la Oficina de Marcas de Fábrica, Patentes de Invención y Propiedad Literaria de El Salvador¹⁰⁸

c) El registro meramente declarativo, con una finalidad probatoria.

Es la clase de registro predominante en la actualidad, además por estar totalmente acorde a los tratados internacionales suscritos en la materia. Esta modalidad reconoce los derechos desde el mismo momento de creación de la obra independientemente de cualquier formalidad. Los efectos del registro son meramente declarativos.

Este último es el que se aplica en el Ecuador, por lo que, el registro de las obras no es una condición *sine qua non* para que exista la protección jurídica emanada de la Ley. Así lo establece el artículo 9 y el artículo 10 del Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual:

“Art. 9.- En el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos podrán facultativamente inscribirse: a) Las obras y creaciones protegidas por los derechos de autor o derechos conexos; (...)”¹⁰⁹

“Art. 10.- Las inscripciones a que se refiere el artículo 9 del presente Reglamento tienen únicamente valor declarativo y no constitutivo de derechos; y, por consiguiente, no se las exigirá para el ejercicio de los derechos previstos en la Ley”.¹¹⁰

¹⁰⁸ Ver LIPSZYC, Delia, Óp. cit., p. 536.

¹⁰⁹ Artículo 9 del Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual, Decreto N° 508, publicado en el Registro Oficial N° 120 de 1 de febrero de 1999.

¹¹⁰ Op. Cit. Artículo 10.

Ahora bien ¿Qué sucedería en el caso de los Personajes de Ficción? Por sus heterogéneas características, no es posible que reciban una protección inmediata al momento de su creación, por lo analizado en el ítem 2.2.4 del presente estudio. Tampoco es posible ni aceptable que se exija como condición única para su protección, el registro del personaje en el IEPI (ver literal a) del presente ítem), ya que habría –literalmente– millares de registros y posteriores controversias sobre dichas creaciones por ser sumamente parecidas. Como se explicó, el personaje a ser protegido es aquel que ha alcanzado una notoriedad social y por lo tanto no es susceptible de ser registrable hasta que alcance dicho “estatus”. Pero entonces, ¿cómo proteger a un personaje si es imposible vaticinar el alcance social y económico del mismo?

Las legislaciones vanguardistas han dado solución a esta problemática. Han creado una figura denominada “reserva de derechos” que sin ser una protección inmediata a la creación intelectual, la “blinda” de ser utilizada por terceras personas.

2.5.2 Efectos e importancia del registro

En el Ecuador, según lo analizado, el registro de las obras tiene efectos declarativos y dicho es facultativo y no obligatorio. Sin embargo, realizar la inscripción registral resulta recomendable, por las siguientes razones:

- Declara y publicita la titularidad del derecho, permitiendo identificar a los verdaderos titulares y autores de las obras. Lo anterior hace que sea una eficaz herramienta para la lucha contra la piratería.
- Permite dar publicidad y seguridad jurídica de los derechos inscritos con respecto a terceros. Los datos consignados en el ente administrativo competente (en el caso del Ecuador, el IEPI) se presumen como ciertos. Así lo menciona la autora LOPEZ QUESADA:

“Existe una presunción iuris tantum de quien registra es el creador de la obra y por ende el titular de los derechos patrimoniales y morales, de ahí que, un tercero que se oponga al registro de una obra tendrá la carga de la prueba y deberá demostrar que el titular registral actúa ilícitamente”¹¹¹

- Constituye un medio probatorio fundamental en la resolución de controversias en sede judicial.

Por último, la autora ARIANA ARAYA explica porque es importante el registro de las obras en un sistema en donde el mismo solo cumple una función declarativa y no constitutiva:

“Si bien es cierto, que la sola creación de la obra equivale al nacimiento del derecho (...), es sumamente importante la inscripción (...). Con la inscripción se está declarando que se es el autor intelectual de la obra ante el órgano competente que le dará no solamente publicidad y divulgación a la obra sino que también es uno de los organismos autorizados legalmente para hacer valer sus derechos y defenderlos”¹¹².

2.5.3 La reserva de derechos

De forma general, la reserva de derechos al uso exclusivo es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicados, de acuerdo con su naturaleza.

Esta figura jurídica es presentada en ciertas legislaciones como una **alternativa** a la protección ordinaria del Derecho de Autor para proteger ciertos elementos adyacentes a una obra, en especial, personajes ficticios y nombres simbólicos. Al respecto, LUIS C. SCHMIDT señala:

“En otras palabras, el título, personaje, nombre artístico y quizá la promoción publicitaria, representan objetos complejos que se manifiestan ambivalentemente, por un lado, dentro del mundo de lo artístico, y por el otro, de lo industrial y comercial. Ello no sólo motiva, sino que obliga, al derecho de la propiedad intelectual a ofrecer protección, apoyándose en dos de sus ramas esenciales: el derecho marcario y el derecho de autor. De ahí nace el híbrido denominado Reserva de Derechos (...)”¹¹³

¹¹¹ LOPEZ QUESADA, Laura, *Los derechos de autor y los derechos conexos en la reproducción de obras textuales*, editorial desconocida, 2000, p. 80.

¹¹² ARAYA YOCKCHEN, Ariana, *Protección legal a derechos de autor*, Revista Tecnia, No II, Volumen 4, mayo-agosto, 2003.

¹¹³ SCHMIDT, Luis C, *Las Reservas de Derechos al uso exclusivo dentro del sistema mexicano de la Propiedad Intelectual*, Publicación del Colegio de abogados mexicanos, Décima tercera Época, Tomo XVI, Número 1, Primer Semestre 2003

La reserva de derechos tiene las siguientes características: a) Es limitada en cuanto a su objeto, b) es limitada en cuanto a su duración, c) es renovable y d) es constitutiva de derechos.

El Derecho a usar exclusivamente un bien inmaterial significa que solo el titular podrá hacer uso del mismo, disponiendo de éste a título de “dueño”. De esta forma, el titular podrá efectuar el uso por sí o por terceros autorizados y el derecho podrá ser materia de cesión, licencia o cualquier otra forma de transmisión prevista por la ley, a título oneroso o gratuito, por el tiempo pactado.¹¹⁴

Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza jurídica de esta figura?

Se debe señalar que la reserva de derechos es un **híbrido**. Una figura difícil de colocar –y aceptar- dentro de la Propiedad Intelectual. El objeto en el cual recae la reserva guarda parecido con las marcas y obras; pero como ya se analizó en el caso del personaje ficticio, no es ninguna de ambas (la relación solo es de semejanza o aproximación).

Por lo tanto, el objeto de reserva de derechos, debe ser multifacético, es decir, aquel que se manifiesta desde la perspectiva artística por su vinculación indisoluble con la obra o su autor, y desde la comercial porque en ciertos casos se le considera mercancía. Esta ambivalencia del objeto de protección ha causado que exista una discusión sobre la justificación de la reserva dentro del derecho de la propiedad intelectual, argumentándose que el derecho marcario otorga toda la protección necesaria.¹¹⁵

Ahora bien, en mi opinión, la reserva de derechos no es, ni protección suficiente, ni la protección necesaria que debe tener un personaje ficticio. Como se ha visto, esta figura solamente es una suerte de parche a un vacío jurídico que no se ha sabido resolver definitivamente. Por ejemplo, uno de los grandes defectos de esta figura, es que su tiempo de es corto (generalmente 5 años renovables), además, no permite al creador ejercer todos los derechos que le

¹¹⁴ Cfr. Op. Cit.

¹¹⁵ En Colombia por ejemplo, la figura de la reserva de derechos fue suprimida por disposición del Decreto 2150 del 5 de diciembre de 1995, artículo 73.

reconoce el Derecho de Autor, sino más bien solo permitiría enmarcarse en el ámbito de la explotación económica. Por otro lado, y por simple lógica, sabemos que no es lo mismo la “facultad de usar exclusivamente” a “tener el dominio de un bien”. Así, si nos detenemos en la sola reserva de derechos, el personaje no tendrá toda la protección internacional que emana de los tratados internacionales, no estará protegido ni blindado contra plagios o contra diversas adaptaciones realizadas por terceros. En fin, la sola reserva de derechos en la legislación estaría vaciando de contenido y significado a un producto intelectual de suma importancia económica y social para su creador.

Es por eso, que la protección tiene que darse necesariamente a través del Derecho de Autor, y **solamente** ser complementada con la figura de Reserva de Derechos (si se decide utilizar esta figura) para que el autor pueda desarrollar y utilizar libremente el personaje ficticio hasta alcanzar la notoriedad necesaria que requiere para ser protegido.

CAPÍTULO III

NECESIDAD DE PROTECCIÓN AL PERSONAJE FICTICIO

Una vez analizado con precisión el objeto de protección del Derecho de Autor en nuestra Ley de Propiedad Intelectual y analizado igualmente la naturaleza jurídica del personaje ficticio y su incierta protección a través de nuestras disposiciones del Derecho de Autor, el Derecho Marcario, el Derecho Constitucional y los Tratados Internacionales, pasemos ahora a responder la pregunta lógica que deriva en este punto del estudio: ¿Por qué proteger jurídicamente al Personaje de Ficción a través del Derecho de Autor, así como otras que la complementan? ¿Acaso la sociedad ecuatoriana se ve afectada de alguna forma por esta ausencia normativa? ¿Por qué proteger algo que nunca ha sido protegido?

Se intentará responder a estas interrogantes, explicando al lector la importancia económica, jurídica y social que reviste al personaje de ficción en los tiempos modernos.

3.1 Importancia económica

Una de las grandes finalidades de la propiedad intelectual es el lucro económico que reciben los autores por el fruto y explotación de sus creaciones¹¹⁶. ALFREDO CORRAL, ex-presidente del IEPI ha reconocido que el Ecuador tiene un alto índice de plagio, llamado comúnmente piratería intelectual¹¹⁷, lo cual deriva a un perjuicio totalmente directo a los réditos económicos que debería recibir un autor.

El presidente del IEPI se refirió específicamente a los desafíos que afronta Ecuador, un país en el que “*la población quiere tener acceso al ocio y a la cultura, con el agravante de que el nivel adquisitivo es muy bajo y acceder a productos que están protegidos por derechos de propiedad intelectual es muy difícil*”¹¹⁸. El mayor problema reside que no hay una sola política de protección dentro de los países americanos lo cual dificulta cualquier tipo de acción. Esto se evidencia claramente en el caso de la

¹¹⁶ JESSEN, Henry, *Derechos Intelectuales de los autores, artistas y productores de fonogramas*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1970, p. 23.

¹¹⁷ DIARIO EL HOY, *La ley contra la piratería*, <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/le-ley-contra-la-pirateria-90043-90043.html> Acceso: 11 de Septiembre 2010 14h00

¹¹⁸ Id.

protección a los personajes, ya que cada legislación en el continente tiene una redacción legal variada.

Otra gran desventaja se refleja directamente con las relaciones de los países industrializados o también llamados del primer mundo. Por ejemplo, en el año 2000, un ecuatoriano quiso obtener una tecnología prometedora para la producción de frutillas de un grupo empresarial de California. A pesar que éstos habían decidido ceder la licencia de la tecnología a varios países del mundo, se negaron a hacerlo a los agricultores ecuatorianos debido a la falta de protección de derecho de propiedad intelectual que hay en el país. Finalmente, la tecnología fue llevada a Chile donde hay más garantías para la protección intelectual¹¹⁹.

Las pérdidas económicas que produce el desconocer el trabajo intelectual de una persona, en nuestro país superan los 65 millones de dólares anuales¹²⁰. Obviamente el plagio a obras literarias entran dentro de este rubro. JUAN ÁLVAREZ, gerente de Mr. Books, menciona que la piratería ha socavado las metas empresariales de la librería: *“Desde hace tres años, los objetivos de rentabilidad si se están cumpliendo, pero las metas bajan cada mes. Vender nueve ejemplares diarios es ir por buen camino, cuando lo lógico sería despachar unos sesenta, número copado por los piratas”*¹²¹.

Según MARIANA ESPINOZA, vendedora del círculo mundial del libro, las editoriales que imprimen libros piratas ganan 20 mil dólares al mes¹²².

Sobre todo, la importancia económica de proteger las obras, y en específico a los personajes que en ella aparecen, queda demostrado con las grandes ganancias de creadores famosos, por ejemplo **James Patterson** gana 70 millones de dólares al año¹²³, o **J. K. Rowling**, quien gracias a su personaje ha logrado amasar una fortuna de 576 millones de libras esterlinas¹²⁴. Pero quizás el mejor ejemplo de cuanto dinero puede generar la protección a personajes ficticios, lo tenemos en George Lucas,

¹¹⁹ DIARIO EL HOY, *La Ley contra la piratería*, <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/le-ley-contra-la-pirateria-90043-90043.html>. Acceso 21 de Septiembre 2010 20h05

¹²⁰ DIARIO EL HOY, *Piratería deja pérdidas por \$65 millones*, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/pirateria-cuesta-65-millones-a-los-sectores-informaticos-431536.html>. Acceso 21 de Septiembre 2010 20h15

¹²¹ DIARIO EL HOY, *Auge en la venta de libros piratas genera pérdidas*, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/auge-en-la-venta-de-libros-piratas-genera-perdidas-344460.html>. Acceso el 21 de Septiembre 2010 20h25

¹²² Id.

¹²³ DIARIO EL HOY, *Patterson, el dueño de un imperio literario*, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/patterson-el-dueno-de-un-imperio-literario-426405.html>. Acceso el 21 de Septiembre 2010 20h40

¹²⁴ DIARIO EL ZOCALO, *J. K. Rowling se hizo millonaria gracias a la magia de “Harry Potter”*, <http://www.zocalo.com.mx/seccion/articulo/j.-k.-rowling-se-hizo-millonaria-gracias-a-la-magia-de-harry-potter>. Acceso el 21 de Septiembre 2010 20h45

quien ha generado 22 billones de dólares con la comercialización de juguetes de Stars Wars en tres décadas¹²⁵.

Los beneficios económicos pueden ser personales, empresariales o estatales. Analicemos independientemente cada uno de estos:

3.1.1 Personales

Como ya se mencionó, los Derechos de Autor abarcan dos vertientes, los Derechos Morales y los Derechos Patrimoniales. Este último grupo brinda al autor la seguridad de poder obtener un justo retorno por su trabajo de creador. Con aquel incentivo, igualmente, la legislación estimula la creación artística y la continua producción de cultura para la sociedad.

Que un autor no pueda beneficiarse económicamente de un personaje de su creación es un gran problema que inclusive produce la denominada “**fuga artística**”; es decir, la emigración de un talento artístico hacia un país cuya legislación si le provea los mecanismos legales necesarios para explotar económicamente sus creaciones.

Como ejemplo, tenemos el caso del dibujante español Miguel Ambrosio Zaragoza, quien mentalizó al famoso personaje **Capitán Trueno**. Cómo sus tebeos se volvieron muy populares en aquella época, la editorial que le publicaba decidió contratar varios dibujantes y guionistas para producir más aventuras de dicho personaje, sin que el autor original reciba ningún beneficio económico de dichas ventas. Ante la falta de protección, el autor decidió emigrar hacia París para impulsar su carrera como pintor¹²⁶.

La gran relevancia económica personal que se deriva de proteger a los personajes de ficción, son las infinitas posibilidades de lucro que tiene el autor. Se basa en que la persona encuentre una retribución de carácter económico al trabajo intelectual que ha realizado, sobre todo,

¹²⁵ 365CINE, ¿Cuánto dinero ha ganado George Lucas con “Star Wars”?
<http://365cine.wordpress.com/2010/09/23/%C2%BFcuanto-dinero-ha-ganado-george-lucas-con-star-wars/> Acceso el 21 de Septiembre 2010 22h00

¹²⁶ TEBEOS DE BRUGUERA, *Miguel Ambrosio Zaragoza*
<http://usuarios.multimania.es/tebeosdebruguera/autores/ambros.htm> Acceso: 20 de mayo del 2011 22h00

entendiendo que dicha persona, dedica su tiempo productivo en realizar sus creaciones, y es difícil para ella entregar su fuerza laboral a otra actividad. Además, si es recompensando, estará incentivado a seguir creando. Así lo demuestra un estudio de *Wellcome Trust Center for Neuroimaging*, del University College de Londres, el cual señala que el dinero consciente o inconscientemente, puede condicionar nuestros esfuerzos, y que la recompensa económica, aunque sea sólo subliminal, impele al ser humano a trabajar con mayor intensidad.¹²⁷

3.1.2 Empresariales

Desde el mismo momento en que se afirma que la Propiedad Intelectual es uno de los activos más importantes y valiosos de toda empresa¹²⁸, ya se está dando un gran justificativo del por qué es necesario la protección planteada en el presente estudio.

El reconocimiento que otorga la legislación de la materia a las creaciones intelectuales, dotándoles con la categoría de bien inmaterial y reconociendo una verdadera *propiedad* sobre las mismas, sirve para generar riqueza. Así lo menciona BLANCA MARTINEZ SAAVEDRA:

*“(...) la importancia económica de esa materia [Propiedad Intelectual] no requiere de mayor explicación ni discusión, pues la experiencia muestra que la protección y el fomento adecuado a esta propiedad estimulan el desarrollo y pueden generar riqueza”*¹²⁹

Igualmente, la OMPI ha mencionado que una de las mayores ventajas de que las empresas protejan creaciones intelectuales, es que aumentan su competitividad en el mercado y su ventaja estratégica¹³⁰. Relacionado a los personajes de ficción, las empresas tienen las siguientes ventajas en la protección de los mismos:

¹²⁷ TENDENCIAS SOCIALES, *La recompensa económica nos motiva para trabajar más* http://www.tendencias21.net/La-recompensa-economica-nos-motiva-para-trabajar-mas_a1571.html Acceso: 1 de junio del 2011. 22h:07

¹²⁸ ROGEL VIDE, Carlos, *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, p. 282

¹²⁹ MARTINEZ, Blanca María, *El papel de la propiedad intelectual en la tutela de las marcas registradas y los derechos de autor*, publicación de la Universidad de las Américas Puebla, 2003. Disponible en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/martinez_s_bm/capitulo4.pdf

¹³⁰ Cfr. OMPI, *La propiedad intelectual y las pequeñas y medianas empresas*, publicación N° 488 (S)

- Impedir que los competidores copien o imiten personajes tendientes a ganar réditos económicos con estos.
- Crear una identidad como empresa constituida en sociedad de capital gracias a una estrategia basada en personajes ficticios. (como las empresas norteamericanas Marvel Cómics o D.C Cómics)
- Negociar licencias, franquicias u otros acuerdos contractuales con respecto a los personajes ficticios.
- Aumentar el valor comercial de la empresa.
- Adquirir capital de riesgo y mejorar el acceso a fuentes de financiamiento.
- Introducirse en nuevos mercados.

Otra de las razones fundamentales para proteger a los personajes ficticios, es el apareamiento y crecimiento exponencial de empresas que exploten comercialmente a los mismos. Por ejemplo, editoriales que se especialicen en franquicias literarias, como la editorial española **Timun Mas**, editoriales que incluyan en sus catálogos tebeos o tiras cómicas, empresas de juguetes que reproduzcan los personajes (Personality Merchandising) o producciones cinematográficas nacionales; en este último caso, la experiencia internacional nos demuestra que no es necesario tener los recursos de Hollywood para llevar al cine las historias de personajes “locales” famosos. Así, tenemos, por ejemplo, las aventuras del **Capitán Alatraste**, creado por el escritor español Arturo Pérez Reverte y llevado al cine por el director Agustín Díaz Yanes.

3.1.3 Estatales

Los productores del intelecto, tutelados bajo la Propiedad Intelectual, dan forma concreta al conocimiento económicamente útil. Es decir, convierten las creaciones intelectuales en estímulos de crecimiento. ROBERT SHERWOOD manifestó que la Propiedad Intelectual juega un papel positivo en el desarrollo de un país, en tanto en cuanto se reconoce el valor intrínseco del conocimiento.¹³¹

¹³¹ Cfr. SHERWOOD, Robert, *Intellectual Property in Global Markets*, Kluwer Law International, Boston, 1997, p. 73

Es imposible negar que la Propiedad Intelectual sea un elemento indisoluble de los instrumentos comerciales, ya sea en una escala local o internacional.

Lógicamente, la existencia de cualquier clase de empresa, incluyendo las editoriales, está relacionada con el pago de impuestos y la generación de puestos de trabajo. Aunque no existen estadísticas oficiales sobre los aportes tributarios de esta clase de empresas en el Ecuador, según FAUSTO COBA, ex presidente de la cámara ecuatoriana del libro, las industrias editoriales aumentan cada año en el país. De forma ejemplificativa manifestó: “En los últimos días, editorial *El Conejo* ha publicado un libro por semana y, en su mayoría, de autores nuevos, esta es la muestra de la oferta constante que existe”¹³². Lo que demuestra que el sector es rentable y que nuevos negocios jurídicos originados en la protección del personaje de ficción serían bien acogidos.

Por otro lado, la existencia de más industrias y empresas de entretenimiento es beneficioso para el Estado en cuanto los ciudadanos tienen acceso, no solo al derecho Constitucional a la cultura y educación, sino, a la diversión, entretenimiento y libertad de expresión.

Finalmente, tenemos que la Propiedad Intelectual administrada y explotada adecuadamente, aporta un importante porcentaje al Producto Interno Bruto de los Estados. Así por ejemplo, tenemos que, según un estudio de la Cámara de Comercio Internacional, en los países del G8, los productos sujetos a Propiedad Intelectual representan del 4 al 11% del PIB de esos países (aparte de generar entre 4% a 8% del total de fuentes de trabajo en esos países)¹³³.

3.2 Importancia jurídica

Gracias a la protección del derecho de autor, los creadores de un trabajo intelectual utilizan varios tipos de negocios jurídicos según los fines que persigan.

¹³² DIARIO EL HOY, *Ecuador fortalece cimiento de producción editorial*, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/ecuador-fortalece-cimiento-de-produccion-editorial-299004-299004.html> Acceso: 29 de mayo del 2011. 09:00

¹³³ ABC AGENCIAS, *Piratería y Falsificaciones provocan un billón de dólares de pérdidas al año*, <http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=675916> Acceso: 9 de abril del 2011 23:00

El negocio jurídico más común que está relacionado con los derechos de autor y el derecho marcario es la **cesión de derechos**¹³⁴, la misma que a la postre contribuye en una reproducción y distribución de la creación y que logre ser conocida socialmente.

El actual Presidente del IEPI, ANDRÉS ICAZA MANTILLA manifestó en una entrevista para la revista LÍDERES que: “*todos los días se realizan negocios jurídicos relacionados con la propiedad intelectual*”¹³⁵, sin embargo al consultar en una Notaría si se ha efectuado una cesión ordinaria sobre derechos de personajes la respuesta obtenida ha sido que “eso nunca se ha realizado”. En otros países, como en Chile, cuando se realiza este tipo de negocio jurídico, se lo debe hacer ante notario necesariamente y en la escritura se debe especificar el número de registro que tiene el personaje dentro de su organismo de control de propiedad intelectual¹³⁶. Aquí en el Ecuador, no está reglamentada esta situación.

Otro negocio jurídico común que se produce en las legislaciones que tienen esta forma de protección específica es la denominada “*Literary franchises*” cuya aproximación mas cercana al castellano sería la franquicia literaria. Se basa en utilizar el “mundo y personajes” creados por otra persona para incluirlas en creaciones propias¹³⁷. Igualmente, este tipo de contratos no se han producido en el Ecuador.

3.2.1 Franquicia literaria / Franquicia mediática.

El término *Franquicia literaria* no ha sido jamás empleado en las prácticas jurídicas de los países herederos del sistema francés; sin embargo, creo que si el Derecho de Autor llegase a proteger los personajes ficticios y/o universos de ficción de forma autónoma, esta clase de negocio jurídico podría realizarse sin inconveniente alguno.

La Real Academia Española define a la franquicia como la cesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre

¹³⁴ FERRERO, Raúl, *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Lima, Perú, 1987.

¹³⁵ REVISTA LÍDERES, *Andrés Ycaza Mantilla: 'Es muy radical decir que el país no cederá en propiedad intelectual'*, Quito, 10 de septiembre del 2009, p. 14

¹³⁶ Cfr. DEPARTAMENTO DE DERECHOS INTELECTUALES DE CHILE, *Reglas para la inscripción de dibujos y personajes*, http://www.dibam.cl/derechos_intelectuales/contenido.asp?id_contenido=418. Acceso el 21 de Septiembre 2010 22h15

¹³⁷ THE JOURNAL OF LAW AND TECHNOLOGY, *The roots of angloamerican intellectual property in Roman Law*, Franklin Pierce Law Center, volume 32, número 2-1992.

comercial¹³⁸. Indefectiblemente, la franquicia está contemplada como la licencia para explotar una **marca ajena**, es decir, siempre se la ha relacionado con la Propiedad Industrial y no con el Derecho de Autor.

Ahora bien, en el derecho anglosajón existe la denominada “*media franchise*” que es la cesión de derechos, de forma no exclusiva a un tercero, para que este pueda utilizar nombres, personajes y universos ficticios ajenos en trabajos propios. Además permite que uno de estos elementos de forma independiente se trasladado a otro tipo de medio.

Para que se entienda con mayor claridad, veamos algunos ejemplos:

- La famosa saga “Mundo del Río” del escritor Philip José Farmer está ambientada en un enorme planeta que ha sido remodelado para que un río franqueado de gigantes montañas lo recorra por completo. En las orillas de este río resucitan muchos de los personajes más famosos de la literatura que serán a su vez personajes principales en dicha saga.
- La película “La Liga de los Hombres Extraordinarios” utiliza los personajes más famosos de la literatura del siglo XIX para construir su trama. Así tenemos a los personajes: **Alan Quatermain** (del escritor H. Rider Haggard del libro “Las Minas del Rey Salomón), el **Capitán Nemo** (del escritor Julio Verne del libro “Veinte mil leguas de viaje submarino”) , **Mina Harker**, (personaje principal en la novela “Drácula” del escritor Bram Stoker), **Rodney Skinner** (del escritor H.G Wells del libro “El Hombre Invisible”), **Dr. Jekyll y Mr. Hyde** (del escritor Robert Louis Stevenson), **Dorian Gray** (del escritor Oscar Wilde del libro “El retrato de Dorian Gray), entre otros.
- Los universos literarios de Star Wars, Dragonlance y Reinos Olvidados han sido franquiciados para que otros escritores desarrollen historias con los conceptos, lugares y personajes

¹³⁸ Definición de la Real Academia Española. Diccionario en Línea.
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=franquicia

creados originalmente en los mismos. Así, la saga de Dragonlance por ejemplo, a la fecha cuenta con 198 novelas, la de Star Wars 100 novelas y la de Reinos Olvidados unas 60 novelas aproximadamente.

La Franquicia Mediática, a pesar de ser conceptualmente diferente a la franquicia de marcas, tiene igualmente ciertos elementos en común: El derecho de franquicia y el pago de regalías. El primero hace referencia al pago anticipado y único que el concesionario hace al titular de los derechos de Propiedad Intelectual y el segundo, al pago anual respecto a un porcentaje de las ventas totales.

También, es necesario recalcar que la Franquicia Mediática y en especial la Franquicia Literaria, es mucho más restrictiva que las Franquicias de Marca, ya que en la misma se establece el número máximo de productos que creará el franquiciado, el tiempo máximo en producir los mismos, los límites narrativos y argumentativos (campo de acción) en el cual podrá involucrarse el franquiciado, entre muchas otras condiciones tendientes a que la esencia de los personajes, universos, lugares y conceptos originales no se desvirtúen de la idea original del autor.

3.2.2 Cesión de derechos / Licencias de uso

Un acuerdo de licencia es una asociación entre un titular de derechos de propiedad intelectual (licenciante) y otra persona que recibe la autorización de utilizar dichos derechos (licenciatario).

Los Derechos Patrimoniales de Autor se pueden vender o son susceptibles de que su autor permita el uso de los mismos por otras personas naturales o jurídicas. De forma ordinaria, estas licencias o “permisos” se realizan mediante contratos escritos en los cuales se puede especificar en alcance de los mismos. El Autor LEANDRO RODRIGUEZ explica de forma sencilla una razón para lo anterior:

“Como vemos los derechos de autor están en el ámbito del derecho de propiedad y una de las principales características comunes entre el ius dominii del derecho romano y las facultades reconocidas al autor por todas las legislaciones es que

tanto el propietario de una cosa como el autor tienen la facultad exclusiva de disponer de ella... (la cosa...la obra...). Este hecho le da una fortaleza tremenda a la relación del autor con su obra, una indisoluble unión, exclusiva, monopólica y sobre todo...absoluta”¹³⁹.

Es decir, que el autor posee el derecho exclusivo de utilizar y explotar su creación cualesquiera que sea la forma. Esto además, se fundamenta con la redacción de la norma legal relacionada a la materia. Así, en nuestra ley, está contemplada la facultad del autor para ceder los derechos de forma exclusiva o no exclusiva. El artículo 46 establece:

“Art. 46. La cesión exclusiva de los derechos de autor confiere al cesionario el derecho de explotación exclusiva de la obra, oponible frente a terceros y frente al propio autor. También confiere al cesionario el derecho a otorgar cesiones o licencias a terceros, y a celebrar cualquier otro acto o contrato para la explotación de la obra, sin perjuicio de los derechos morales correspondientes. En la cesión no exclusiva, el cesionario está autorizado a explotar la obra en la forma establecida en el contrato”.

Igualmente, el artículo 48 y 119 de la citada Ley establecen la facultad de otorgar licencias a un tercero, y una respectiva sanción, si explota la obra sin tener dicha licencia:

Art. 48. El titular de los derechos de autor puede igualmente conceder a terceros licencias de uso, no exclusivas e intransferibles. La adquisición de copias de obras que se comercializan junto con la licencia correspondiente, implicará el consentimiento del adquirente a los términos de tales licencias.

Art. 119. Quien explote una obra o producción sin que se le hubiere cedido el derecho correspondiente o se le hubiere otorgado la respectiva licencia de uso, debe pagar, a título de indemnización, un recargo del cincuenta por ciento sobre la tarifa, calculada por todo el tiempo en que se haya efectuado la explotación.

Ahora bien, los derechos que pueden ser licenciados, son todos aquellos relacionados al beneficio económico resultante de la puesta en el comercio de la creación intelectual, es decir, los Derechos Patrimoniales del autor. Los Derechos Morales jamás podrán ser licenciados o transferidos, el Artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual así lo reafirma: “Constituyen derechos morales irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles del autor (...)”¹⁴⁰.

Con respecto a la facultad del autor de otorgar licencias sobre sus creaciones, es interesante señalar parte del contenido de la Carta del

¹³⁹ RODRIGUEZ Leandro, *Contenido del Derecho de Autor, Derecho Moral y Derechos Patrimoniales*, Publicación electrónica del Centro de Administración de Derechos Reprográficos de Argentina, 2004, p.6

¹⁴⁰ Artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.

Derecho de Autor, adoptada por la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores en Hamburgo:

“Los diferentes derechos exclusivos del autor en lo que concierne a las utilidades económicas de sus obras tales como: la reproducción gráfica o la reproducción por cualquier otro medio mecánico, la adaptación cinematográfica, la radiodifusión y la televisión, la adaptación a otra forma de expresión, son prerrogativas independientes la una de la otra, cuya transmisión a terceros sólo puede depender de manifestaciones expresas y distintas de la voluntad del autor”¹⁴¹.

Lo anterior reafirma que cada derecho patrimonial es autónomo e independiente y que por lo tanto cada uno de ellos puede licenciarse de forma distinta y a distintas personas. Pero no solo eso, sino también que cada clase explotación de la creación intelectual, deberá tener su autorización expresa e independiente. Licenciar a un tercero para que utilice un personaje literario en televisión no le dará derecho para que lo utilice en una película u obra de teatro, por ejemplo.

3.2.3 Character Merchandising

La traducción más cercana para *Character Merchandising* es “Comercialización del Personaje” y puede ser definida como la adaptación o la explotación secundaria que hace el creador de un personaje ficticio o un tercero autorizado, de los rasgos esenciales de personalidad (como el nombre, la imagen o apariencia) de un personaje, en relación a distintas clases de bienes o servicios que puede adquirir un comprador en el mercado. Igualmente, dicha explotación puede recaer sobre la imagen de un personaje real, ya sea por la propia persona o por un tercero autorizado, como por ejemplo, la imagen del Papa Juan Pablo II por parte del Vaticano.

Esta explotación es probablemente, en nuestro medio, la que más se produce y la que más atenta contra el derecho del creador del personaje por la falta de regulación jurídica del mismo. Así tenemos, que en los países donde esta regulado este negocio jurídico, el comerciante (persona natural o jurídica que realiza las actividades de comercialización) posee derechos de adaptación, distribución y

¹⁴¹ Carta del Derecho de autor, adoptada por la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), Hamburgo, 1956.

comercialización del personaje, pero NO solamente de la imagen del mismo, sino del conjunto de rasgos de personalidad.

Como ejemplos de los productos que se pueden derivar de un personaje de ficción tenemos los siguientes:

- Un juguete en 3 dimensiones del personaje.
- Una camiseta en donde aparezca la imagen del personaje.
- Un recipiente con la forma del personaje, en cuyo interior se encuentra el producto.
- Un comercial, en el cual aparezca el personaje vendiendo un producto.

Desde un punto de vista meramente comercial, solo existe una clase de comercialización del personaje, pero jurídicamente, es importante diferenciar entre los distintos sujetos que pueden volverse un producto a ser comercializados: Así encontramos que existen 3 clases: (i) Cuando se trata de un ser ficticio, (ii) cuando se trata de un ser real y (iii) cuando se trata de un personaje ficticio representada por una persona real vendiendo un bien o un servicio.

Revisemos las características de cada una:

(i) Cuando se trata de un ser ficticio

Esta es la más vieja y más conocida clase de comercialización. Esta implica el uso de los rasgos personales del personaje (imagen, nombre, etc.) de un personaje de ficción en el mercado y/o en la venta de un bien o servicio.

Un ejemplo de esto sería el juguete del personaje ecuatoriano de cómics: Capitán Escudo, o camisetas en donde aparece el mismo.

(ii) Cuando se trata de un ser real

En los últimos años, ha aparecido esta clase de comercialización. Se trata de explotar la imagen, el nombre, la voz y otros rasgos de una persona real en un producto.

Un buen ejemplo de esto, y como ya se abordó, es la comercialización que hace el Vaticano de productos (llaveros, platos pintados, adornos) con la imagen del Papa Juan Pablo Segundo.

Actualmente, esta práctica es regulada y asociada con el Derecho a la Imagen (ver numeral 2.4.1.1 del presente estudio), por lo que no ha existido mayor desprotección para las personas, cuyos rostros e imágenes se usa.

(iii) Cuando se trata de un personaje ficticio representada por una persona real vendiendo un bien o un servicio.

Esta clase de comercialización, utiliza la simpatía o empatía que tiene un colectivo social hacia un personaje ficticio en pos de vender un bien o un servicio. En estos casos, al público le resulta muy difícil diferenciar al actor del papel que interpreta.

El ejemplo más claro en el medio ecuatoriano, son las propagandas en las cuales, el actor David Reinoso, utilizando algunos de sus personajes, promociona en la televisión un bien.

Como se ha explicado, si otro actor utiliza un personaje de David Reinoso para promocionar un bien o un servicio, difícilmente el afamado actor ecuatoriano podría iniciar acciones legales en contra del comerciante y del actor contratado. En cambio, si se protegiese a los Personajes Ficticios, la figura estudiada en el presente acápite podría ser utilizada y no necesariamente tendría que ser el actor el que interprete el papel de su personaje para ofertar el bien o servicio.

3.2.3.1 Elementos del contrato de comercialización de personaje

El contrato de comercialización de personaje debe tener las siguientes cláusulas elementales:

- Comparecientes.
- La indicación de si la licencia otorgada es exclusiva o no-exclusiva.

- La definición específica del personaje o personajes objetos del contrato. Se tiene que describir los rasgos únicos de personalidad (voz, nombre, vestimenta, apariencia, etc.)
- La delimitación territorial del contrato.
- Se debe indicar cuáles son los productos que el contratista puede comercializar en función del contrato. Además de especificarse si está contemplado la elaboración y distribución del objeto a comerciar,
- El plazo del contrato y la posibilidad de renovación del mismo de ser el caso.
- El valor del contrato y mecanismo de pago. En esta clase de contratos cabe establecer regalías sobre un porcentaje de productos vendidos.
- Las condiciones de cómo se va utilizar al personaje.
- La prohibición o autorización de transferencia de derechos hacia una tercera parte.
- Formas de terminación del contrato.
- Solución de controversias.
- Legislación aplicable.

Como se desprende de lo anterior, la comercialización de personajes, en nuestro País tiene muchos vacíos que dejan en la indefensión al creador intelectual de esos personajes, causando primeramente un gran perjuicio económico para el mismo y segundo, una “venta” que impide al creador ver y analizar todas las posibilidades que ofrece la producción intelectual, haciendo que este se decante por profesiones más “tradicionales”.

3.3 Fundamentos sociales

La Doctrina ¹⁴² ha mencionado que son 4 las razones sociales principales para proteger una creación intelectual:

- 1) Por razón de orden moral: Al ser la creación intelectual la expresión moral del pensamiento del autor, debe tener derechos a que se le respete.

¹⁴²Cfr. GUERRA ZAMARRO, Manuel, *El INDA y el procedimiento de avenencia*, IURIS TANTUM, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Anáhuac, México, año XIII, N° 9, 1998, p.p. 91-95.

- 2) Por razón de prestigio nacional: El conjunto de las creaciones de los autores de un país refleja el alma de la nación.
- 3) Por razón de justicia social: El autor debe obtener provecho de su trabajo. Utilizando una analogía, el beneficio económico de los autores serían el salario de los mismos.
- 4) Por razón de desarrollo cultural: Si el autor está protegido, encontrará el estímulo para seguir creando, enriqueciendo de esta manera la ciencia, la literatura, el cine, la música, y en general, el arte de su país.

Las anteriores cuatro razones son totalmente válidas para los personajes ficticios. Además, muchas veces, un personaje ficticio cala en la identidad colectiva de una nación, ciudad o pueblo. Así por ejemplo, el personaje ficticio llamado “Don Evaristo” ha estado asociado con el desarrollo moral de los quiteños desde 1990, y cualquier utilización o cambio del personaje causaría un debate de orden social.¹⁴³ Esto se debe a que los Municipios o Prefecturas desarrollan un personaje ficticio para transmitir a la población mensajes tendientes a mejorar las costumbres urbanísticas. Generaciones enteras crecen con dichos personajes, llegándoles a coger “cariño”. Luego, ese personaje produce añoranza porque recuerdan la infancia y juventud de la persona.

Igualmente, organizaciones han utilizado personajes ficticios para llegar al colectivo social. Así tenemos el ejemplo del colorido tucán “Máximo”, de la UNICEF que apareció en 1994 en el Ecuador y cuyo objetivo era el de transmitir consejos de prevención de enfermedades infantiles en el mundo.

¹⁴³ EL COMERCIO, *El nuevo Evaristo abre un debate*, Sección 2, p. 13, 1 de julio del 2011.

CAPÍTULO IV

LEGISLACIÓN COMPARADA Y POSIBLES SOLUCIONES ANTE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

En los capítulos precedentes ya se ha analizado la realidad nacional con respecto a la protección de los personajes de ficción a la luz de la legislación positiva ecuatoriana y determinado que los mismos no son protegidos por el Derecho de Autor. En el presente, pasaremos a analizar otras legislaciones sobre la materia para descubrir que soluciones se han propuesto y así trataremos de encontrar una solución análoga que podría ser aplicable en nuestra legislación.

4.1 Legislación comparada

4.1.1 Ley de Propiedad Intelectual argentina

La ley de Propiedad Intelectual de la Nación de Argentina (Ley 11.723) fue promulgada el 28 de septiembre de 1933 y reformada varias veces con el pasar de los años. Su artículo 1 establece:

“Art. 1.- A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas, comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas y pantomímicas; las obras de dibujos, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y discos fonográficos, en fin: toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción”

Como se observa, en el artículo citado, la ley enmarcara el objeto de Derecho de Autor, cuya redacción llega a ser ambigua. Utiliza el término “obra” aleatoria e indiscriminadamente como si no existiese una consecuencia jurídica en la aplicación del mismo. También, menciona que el objeto de protección es toda “producción... sea cual fuere el procedimiento de reproducción”. Es interesante que no se haya especificado “producción intelectual”, lo cual deja abierta la posibilidad a producciones no provenientes del intelecto, como las mecánicas. Por último, y como se desprende claramente del texto, los personajes de ficción no son incluidos en la lista.

Por otro lado, la Ley de Propiedad Intelectual de Argentina mantiene la obligación de Registrar las obras en un ente administrativo especializado. Así, el artículo 57 manifiesta:

“Art. 57.- En el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual deberá depositar el editor de las obras comprendidas en el art. 1º, tres ejemplares completos de toda obra publicada, dentro de los tres meses siguientes a su aparición. Si la edición fuera de lujo o no excediera de 100 ejemplares, bastará con depositar un ejemplar.

El mismo término y condiciones regirán para las obras impresas en el país extranjero, que tuvieren editor en la República y se contará desde el primer día de ponerse en venta en territorio argentino.

Para las pinturas, arquitecturas, esculturas, etcétera, consistirá el depósito en un croquis o fotografía del original, con las indicaciones suplementarias que permitan identificarlas.

Para las películas cinematográficas, el depósito consistirá en una relación del argumento, diálogos, fotografías y escenarios de sus principales escenas”.

Por otro lado, resulta de lo más interesante que la Propiedad Intelectual no sea adquirida plenamente con la mera creación de la obra, sino, que es necesaria una formalidad previa. Así, el artículo 59 manifiesta:

“Art. 59.- El Registro Nacional de Propiedad Intelectual hará publicaciones por 10 días en el Boletín Oficial, indicando las obras entradas, título, autor, especie, y demás datos especiales que las individualicen. Pasado un mes de la última publicación y no habiendo reclamo alguno, el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual otorgará el título de propiedad definitivo con un número de orden”.

Al parecer, la Ley de Propiedad Intelectual de la república Argentina utiliza la figura de “suspensión” del Derecho de Autor. Es decir, un impedimento que prohíbe al autor ejercer sus derechos patrimoniales y morales hasta cumplir la formalidad del registro. Observemos lo dispuesto en el artículo 63 de la nombrada ley:

“Art. 63.- La falta de inscripción trae como consecuencia la suspensión del derecho del autor hasta el momento en que la efectúe, recuperándose dichos derechos en el acto mismo de la inscripción, por el término y condiciones que corresponda, sin perjuicio de la validez de las reproducciones, ediciones, ejecuciones y toda otra publicación hechas durante el tiempo en que la obra no estuvo inscrita”

De lo anterior, se desprende que la Ley de Propiedad Intelectual argentina no está actualizada como la Ley análoga ecuatoriana, sobre todo en la ambigüedad existente en el objeto de protección. Sin embargo, resalto la última figura observada, ya que puede convertirse en una solución para proteger los personajes de ficción en nuestro país.

Ahora bien, como es lógico, la jurisprudencia argentina ha ido desarrollando excelentemente el contenido de su ley de Propiedad Intelectual y ha suplido sus evidentes vacíos. Así, la jurisprudencia se ha expresado en el sentido que el art. 1° de la ley 11.723 "*no introduce diferencias de ningún tipo al respecto y, por el contrario, alude a las obras de toda naturaleza y extensión. Basta, pues, que se trate de una "creación personal" cualquiera sea el valor artístico*"¹⁴⁴, por lo que se abre radicalmente la posibilidad de que los personajes sean protegidos.

Más aclarativa es la sentencia de la sala "H" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de 10 de septiembre del 2009, en el cual uno de los vocales integrantes del tribunal manifiesta:

*"Los derechos de dichos intérpretes [refiriéndose a los personajes ficticios que son interpretados] tienen valor intelectual o artístico, independiente de la obra interpretada o ejecutada (...) Considero que la actuación de los actores como intérpretes de las reproducciones que efectúa la demandada, configura jurídicamente una entidad propia y autónoma que requiere ser reconocida como tal, al configurar una creación distinta de la que realiza el autor."*¹⁴⁵

4.1.2 Ley de Propiedad Intelectual chilena

La ley que regula el Derecho de Autor en el Estado chileno, es la ley 17.336 promulgada el 28 de agosto de 1970 y modificada por última vez con la Ley 20.435 de 23 de abril del 2010.

La estructura de dicha ley, es muy parecida a su similar ecuatoriana. El artículo 1 establece lo siguiente:

"Artículo 1°- La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina.

El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra".

Como se observa, utiliza a la figura de "obra" como objeto principal de protección del Derecho de Autor. La redacción de dicho artículo es peculiar, ya que en un primer vistazo nos da a entender que la protección es inmediata, desde el mismo momento de la creación de la

¹⁴⁴ C.N. Civ., Sala B, mayo 16-977, "Cresceri, Artidorio, suc. c/SADAIC", 16-5-1977.

¹⁴⁵ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DE ARGENTINA, Sala H, Expediente N° 116.379/2005.

obra; si embargo, si se analiza detenidamente, y sobre todo, conglobando con los siguientes artículos, se desprende que la ley chilena hace una gran diferenciación entre “adquirir los derechos de autor” y “registrar los derechos adquiridos”.

El artículo 3 de la mencionada ley, es casi una réplica del artículo 8 de la nuestra, es decir, una lista ejemplificativa de lo que está incluido en la protección del Derecho de Autor. Cabe recalcar que en dicha lista, no se menciona a los Personajes de Ficción.

Una interesante diferencia, es el contenido del artículo 4 que reza lo siguiente:

“Artículo 4º- El título de la obra forma parte de ellas y deberá ser siempre mencionado junto con el nombre del autor, cuando aquélla sea utilizada públicamente.

No podrá utilizarse el título de una obra u otro que pueda manifiestamente inducir a engaño o confusión, para individualizar otra del mismo género”.

El título, es considerado como un elemento de la obra, pero se reconoce que i) no es una obra en sí y ii) puede ser utilizado independientemente de la obra primigenia en que aparecen ya que poseen un valor económico intrínseco. Por tales motivos el legislador chileno ha redactado un artículo específico para proteger el nombre de una obra, siempre que la utilización del mismo nombre pueda inducir a engaño o confusión con otra obra del mismo género (como sucede con las marcas en el Derecho de Propiedad Industrial).

Así, por ejemplo en la literatura, el autor de un *Best Seller* está protegido de que otro escritor publique una novela con el mismo nombre y así aprovechar el éxito de la primera o llegar a un mercado mayor al causar confusión con el producto vendido. Como se mencionó, estas prácticas, en otros países, están regladas en general, sino con las leyes de Propiedad Intelectual, con las leyes de Competencias. El Ecuador no lo regula en absoluto.

Ahora bien, la ley chilena no exige que la **obra** sea registrada en un ente administrativo especializado para que al autor “reciba” los derechos concedidos en la ley, sin embargo, y de forma peculiar, exige que sean

los **derechos** los que sean registrados. En tal sentido, el artículo 72 y 73 establecen lo siguiente:

“Artículo 72.- En el Registro de la Propiedad Intelectual deberán inscribirse los derechos de autor y los derechos conexos que esta ley establece.

Artículo 73.- La transferencia total o parcial de los derechos de autor o de derechos conexos, a cualquier título, deberá inscribirse en el Registro dentro del plazo de 60 días, contado desde la fecha de celebración del respectivo acto o contrato. La transferencia deberá efectuarse por instrumento público o por instrumento privado autorizado ante notario”.

Nótese que la redacción del artículo 72 arriba citada utiliza el mandatorio “**deberán**” y no un verbo facultativo como “**podrán**”. Así, la ley 17.336 obliga a todos los autores a registrar sus derechos en el ente administrativo especializado de ese país, utilizando, en mi opinión, una argucia para no contravenir el principio de protección inmediata. Es así que la protección es otorgada de forma automática con el simple hecho de la creación, pero es obligatorio registrar aquel derecho que “nació” para que, tanto el Estado como la sociedad, lo sepan.

Una figura interesante que podría ser utilizada localmente para proteger a los Personajes de Ficción.

4.1.3 Ley de Propiedad Intelectual española

Mediante Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española; la misma que ha sido modificada en varias ocasiones en el transcurso de los últimos años. Su última modificación se la realizó el 5 de marzo del 2011.

Antes de proceder a analizar la citada ley, creo importante definir el vocablo “*texto refundido*”, ya que dicha expresión jurídica casi no se la utiliza en el Ecuador. Así tenemos que un Texto Refundido es una modalidad de norma jurídica en la que se refunden otras de igual rango

que han sido dictadas de forma aislada y sucesiva y regulan una misma materia¹⁴⁶.

El artículo 1 de la ley de Propiedad Intelectual Española estipula lo siguiente: "**Hecho generador.**- *La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación*".

Así, se establece el principio de ausencia de formalidades y se designa expresamente al autor como el propietario de las obras intelectuales. Al igual que la ley ecuatoriana, el autor solo puede ser una persona natural, de conformidad con el numeral 1 del artículo 6 de la ley analizada, que establece: "*Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica.*"

El artículo 10, el cual establece el objeto de protección de la ley, tiene la siguiente redacción:

*"Art. 10.- **Obras y títulos originales.**-*

1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: (...)"

Como se observa, el objeto de protección es toda creación original. Es importante recalcar que, a pesar de que la ley española de propiedad intelectual sí utiliza el término de obra para referirse al objeto que protege, en el artículo específico en el cual se define con precisión dicho objeto, prefiere utilizar la expresión "creación original".

Esto ha dado cabida a que la jurisprudencia española, efectivamente reconozca a los personajes de ficción como objeto de protección del Derecho de Autor. Así, tenemos como ejemplo el famoso caso **Lara Croft**, el cual detallo a continuación:

El 28 de mayo del 2003, la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a la empresa Ediciones Zeta,S.A., por haber modificado la figura e imagen del personaje virtual "**Lara Croft**" (se la mostró desnuda en una revista para adultos). En la sentencia se pone énfasis en que la Ley de Propiedad Intelectual protege los derechos de las creaciones

¹⁴⁶ Cfr. Enciclopedia jurídica en línea. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/texto-refundido/texto-refundido.htm>. Acceso: 15 de junio 12h33.

humanas del género literario, artístico o científico que sean originales. En este sentido, el tribunal afirma que las cuatro versiones del juego para ordenador y videoconsolas Tomb Raider han sido creadas por un equipo técnico de la empresa Core Design Limited. Dichos juegos, destinados "*fundamentalmente a un público adolescente y juvenil*", tienen un personaje femenino, protagonista primordial, llamado Lara Croft. La sentencia señala que "*este personaje de ficción consiste en un dibujo con aspecto distintivo de una mujer joven que se caracteriza por su agilidad, audacia y valentía*". Su implantación en el mercado es además notoria".

El tribunal considera que se vulneró el derecho moral del autor de la obra al ser divulgada "*sin autorización*" y "*sobre todo sin respeto*" hacia la "*integridad*" de los creadores del personaje, del que "*deformaron y alteraron sus rasgos conformadores*".

Para la Audiencia, "*esa alteración supone un perjuicio a los legítimos intereses*" de los creadores "*y un menoscabo por la percepción errónea que del contenido del juego pueden inferir el público adolescente y juvenil al que la obra se dirige especialmente*".

El fallo señala que los dibujos que aparecen en la revista y las fotografías de la modelo conllevan "*la creación de una asociación entre Lara Croft y una imagen sexualizada que no se corresponde con la personalidad de aquélla*".

La interesante sentencia española utiliza ciertos conceptos que se han analizado en el presente estudio. Primeramente, se reconoce la importancia de la originalidad del personaje, su personalidad (identidad) y finalmente, su notoriedad. Al ser una creación protegida por el Derecho de Autor, en ella recae tanto los derechos patrimoniales como los derechos morales. En el caso de la sentencia española, al haber sido desnudado el personaje femenino ficticio, se atentó contra un derecho moral (el de integridad¹⁴⁷) de los autores del mismo.

¹⁴⁷ En nuestra Ley de Propiedad Intelectual, el derecho moral a la integridad de la obra, se encuentra consagrado en el artículo 18 literal c).

4.1.4

Ley de Propiedad Intelectual mexicana

La Ley de Propiedad Intelectual mexicana se promulgó en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996. En su artículo 3 se establece el objeto de protección del Derecho de Autor en dicho país:

“Art. 3.- Las obras protegidas por esta Ley son aquellas de creación original susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio.

La redacción es muy semejante a la que aparece en nuestra propia Ley de Propiedad Intelectual. La gran diferencia radica en que en México, las obras no se protegen desde el momento de su creación, sino, desde el momento de su fijación en un soporte material. Así lo establece su artículo quinto:

“Art. 5.- La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión.

El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no requiere registro ni documento de ninguna especie ni quedará subordinado al cumplimiento de formalidad alguna”.

No existe obligatoriedad de registro, pero es necesario que la obra sea fijada en un soporte material, situación que dejaría en la indefensión a muchas creaciones intelectuales relevantes, como por ejemplo, los personajes ficticios. Sin embargo, la Ley mexicana prevé la figura de la Reserva de Derechos, con la cual se estaría solventando dicha situación. Si bien, como ya se mencionó, la reserva de derechos no permite ejercer al autor de la creación intelectual, los derechos patrimoniales y morales consagrados en la Ley y en los tratados internacionales, permite, por lo menos, que el autor sea el único facultado para explotarlo económicamente. El numeral tercero del artículo 173 de la ley de Propiedad Intelectual mexicana reconoce expresamente a los personajes ficticios como objeto de reserva de derechos:

“Art. 173.- La reserva de derechos es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicados, de acuerdo con su naturaleza, a alguno de los siguientes géneros:

(...) *III. Personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos*".

La figura de Reserva de Derechos ha sido desarrollada en artículos posteriores. Especialmente, se pone especial énfasis a: (i) limitación al registro y (ii) un período de tiempo de duración de la reserva, la cual, vencido el mismo, puede ser renovado. Los artículos a continuación citados son los más relevantes con respecto a la Reserva de Derechos en la ley mexicana:

"Art. 176.- Para el otorgamiento de las reservas de derechos, el Instituto tendrá la facultad de verificar la forma en que el solicitante pretenda usar el título, nombre, denominación o características objeto de reserva de derechos a fin de evitar la posibilidad de confusión con otra previamente otorgada."

Art. 179.- Los títulos, nombres, denominaciones o características objeto de reservas de derechos, deberán ser utilizados tal y como fueron otorgados; cualquier variación en sus elementos será motivo de una nueva reserva.

Art. 188.- No son materia de reserva de derechos:

f) Sean iguales o semejantes en grado de confusión con otro que el Instituto estime notoriamente conocido en México, salvo que el solicitante sea el titular del derecho notoriamente conocido;

El artículo 188 de la Ley de Propiedad Intelectual mexicana establece una prohibición de reserva en los casos una posible confusión con "otro" (personaje, nombre simbólico, título, etc.) que sea **notoriamente conocido**, aunque este no esté registrado.

Así tenemos que la notoriedad en Derechos de Autor no es totalmente desconocida ni inaplicable, sino que es un elemento necesario en ciertas situaciones, como ya se analizó en el presente estudio. Si el Instituto Nacional de Derechos de Autor de México considera que una creación intelectual de la cual solicitan el registro puede causar confusión por que ya existe una creación similar, tienen la potestad de negar el registro. Ahora bien, siempre existirá una gran crítica por el grado de discrecionalidad que tiene dicho Instituto para negar o aceptar los registros. Solo hace falta recordar la aceptación del registro al actor Carlos Villagrán del personaje "KIKO", siendo éste idéntico en todos sus aspectos al personaje "QUICO" del afamado actor Roberto Gómez Bolaños.

El artículo 190 de la Ley analizada establece un período de cinco años en el cual se mantiene “registrado” la creación intelectual, luego del cual, debe ser renovado:

“Art. 190.- La vigencia del certificado de la reserva de derechos será de cinco años contados a partir de la fecha de su expedición cuando se otorgue a:

I. Nombres y características físicas y psicológicas distintivas de personajes, tanto humanos de caracterización como ficticios o simbólicos”.

En el quehacer jurídico mexicano, el establecimiento de un período para el Registro, como la figura en sí misma, ha generado muchas críticas y litigios, como sucedió en el famosísimo litigio de Roberto Gómez Bolaños contra María Antonieta de las Nieves, el cual se resume a continuación:

En el año de 1985, el actor mexicano Roberto Gómez Bolaños registró, a su nombre, en el Instituto Nacional de Derechos de Autor de México, todos los personajes que él había creado a lo largo de su carrera y los cuales han aparecido en varios programas de televisión, como “El chavo del ocho” o “El Chapulín Colorado”.

En 1990, el Registro caducó y dichos personajes televisivos quedaron, en realidad, sin protección. Roberto Gómez Bolaños no los volvió a registrar, y en el año de 1992, María Antonieta de las Nieves, registró el personaje “Chilindrina” a su favor, sin que nadie se entere de este hecho.

En 1995, Roberto Gómez Bolaños registra nuevamente a su nombre los personajes que había creado, pero se le niega el Registro del personaje Chilindrina por estar registrado a favor de otra persona.

A partir de allí, se genera una gran discusión en torno a la figura de Reserva de Derechos de personajes de ficción. ¿Quién realmente tiene el Derecho de registrarlos? ¿El que lo crea, o el que lo ha utilizado por más de veinte años y le ha dado vida?

Roberto Gómez Bolaños solicitó la cancelación de Registro del personaje “Chilindrina”, pero el fallo definitivo fue a favor de la actriz

mexicana. Básicamente, se argumenta que las aportaciones realizadas por María Antonieta de las Nieves al personaje son tantas, que tiene el derecho de explotar económicamente al mismo.

En todo caso, se observa como la figura de Registro de Derechos, es adecuada es casos de nombres simbólicos, títulos o denominaciones, ya que su único fin es que el titular pueda explotar económicamente a los mismos, pero **no** es útil para proteger a los personajes ficticios, ya que éstos, por su complejidad y naturaleza, deben obtener la totalidad de protección del Derecho de Autor, es decir, que el titular pueda ejercer tanto los derechos morales como los patrimoniales de su creación, y no solo en el ámbito local, sino también internacional.

4.2 Posible solución a la problemática planteada

En virtud de todos los antecedentes expuestos en el presente trabajo se propone el siguiente articulado a la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana y a su respectivo Reglamento para proteger a los Personajes Ficticios:

4.2.1 Reformas a la Ley de Propiedad Intelectual

a) Reforma al primer inciso del artículo 8:

La protección del derecho de autor recae sobre todas las creaciones intelectuales originales, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad, susceptible de ser divulgada, reproducida o conocida colectivamente a través de cualquier medio, tangible o intangible.

b) Se crea un segundo inciso al artículo 8:

Los derechos reconocidos en el presente título son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la creación intelectual y su goce y ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de alguna formalidad, con excepción de las aquellas que esta Ley establezca expresamente.

Las creaciones protegidas, comprende entre otras, las siguientes: (...)

c) Se agrega los literales m) y n) en la lista ejemplificativa del artículo 8:

m) Personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos;

n) Lenguas construidas.

d) Se agrega un último inciso al artículo 8:

Igualmente, sin perjuicio de los derechos de propiedad industrial, el título o nombre de la creación intelectual queda protegido por el derecho de autor, si reviste rasgos de originalidad. No podrá utilizarse el título o nombre de una creación que pueda manifiestamente inducir a engaño o confusión, para individualizar otra del mismo género.

e) Se agrega el PARAGRAFO QUINTO dentro de la SECCIÓN QUINTA, del Título Primero del Libro I de la LPI, con los siguientes artículos:

PARAGRAFO QUINTO
DE LOS PERSONAJES HUMANOS DE CARACTERIZACIÓN O
FICTICIOS O SIMBÓLICOS.

Art...: La protección a los personajes humanos de caracterización o ficticios o simbólicos se otorga independientemente de la obra o creación en que aparecen.

Art...: Para que un personaje humano de caracterización, o ficticio o simbólico sea protegido por el derecho de autor, el mismo deberá ser notoriamente conocido, original y tener cualidades definidas que lo diferencien de otros. No será necesario que sea reproducido en un medio tangible o intangible.

Art...: Es titular de un personaje humano de caracterización, o ficticio o simbólico, su creador. Es decir, la persona natural o jurídica que estableció los rasgos físicos, psicológicos y espirituales del personaje y le dotó de cualidades únicas que lo diferencian de los demás. Si dicho rasgos son desarrollados por un tercero, el titular seguirá siendo el creador original del personaje.

Dicho titular está legitimado para ejercer en nombre propio los derechos patrimoniales y morales sobre el personaje.

Art...: Se requerirá autorización expresa del titular de los derechos para la utilización, modificación, adaptación, reproducción o cualquier otra clase de aprovechamiento del personaje humano de caracterización, o ficticio o simbólico.

Art...: Los derechos establecidos en el presente párrafo son independientes de los derechos de propiedad industrial que pudieren estar relacionados a los personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos.

4.2.2 Reformas al Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual

a) Se agrega el literal e) del artículo 8:

En el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos se inscribirán obligatoriamente: (...)

e) Los personajes humanos de caracterización o ficticios o simbólicos que merezcan la protección del Derecho de Autor por ser notoriamente conocidos, originales y tener cualidades definidas que lo diferencien de otros similares.

b) Se agrega el artículo 13-A: Requisitos para inscripción de personajes humanos de caracterización o ficticios o simbólicos

Art. 13-A: La solicitud para inscribir personajes humanos de caracterización o ficticios o simbólicos, contendrá:

- a) Nombre del personaje;
- b) Descripción física de personaje;
- c) Cualidades físicas y psíquicas notables;
- d) De ser posible, se adjuntará a la solicitud, un dibujo o imagen del personaje;
- e) Identificación y domicilio del autor o autores;

- f) Lista de las obras u otras creaciones intelectuales en donde aparece el personaje; y,
- g) Comprobante del pago de la tasa respectiva.

c) Se agrega un artículo 13-B

Art. 13-B: Una vez solicitado el registro del personaje humano de caracterización o ficticio o simbólico, el Director Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos, en un plazo máximo de 30 días, de ser pertinente, declarará como notoriamente conocido al personaje humano de caracterización o ficticio o simbólico y procederá a registrar el mismo, caso contrario, procederá a rechazar el registro.

CONCLUSIONES

El estudio que se ha propuesto en las anteriores páginas, pretendía resolver, en especial, a la pregunta de si la legislación vigente del Ecuador protege a los personajes de ficción como creaciones intelectuales independientemente de la obra artística en que aparecen.

En primer lugar, se analizó cuidadosamente el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, pues en dicho texto se encuentra especificado el objeto de protección del Derecho de Autor. Como resultado, se encontró que debido a la redacción del artículo mencionado, el Derecho de Autor, **no protege**, a los personajes ficticios. Esto se debe a que la noción jurídica del término **obra** no abarca ni engloba a una creación intelectual con las características específicas que tiene un personaje ficticio. Así tenemos que una creación intelectual, para que adquiera la calidad de obra, debe tener ciertos requisitos, y uno de ellos es la **perceptibilidad**; característica que no siempre poseen los personajes de ficción.

En segundo lugar, tenemos que la Propiedad Industrial y Tratados Internacionales sobre la materia suscritos y ratificados por el Ecuador, protegen a los personajes ficticios siempre que esté relacionado a una marca. Protección que es insuficiente, deficiente y paupérrima en relación a la importancia de dicha creación intelectual, pues la misma no posee todas las virtudes del Derecho de Autor (como por ejemplo los derechos morales y patrimoniales). Igualmente, la Constitución permite una cierta protección al personaje ficticio, en especial cuando se trata de personajes interpretados por actores y/o actrices, debido al alcance que tiene el **derecho a la imagen**, si olvidar también, que expresamente se reconoce el derecho a la propiedad intelectual (aunque existe un reenvío a la Ley de la materia).

En realidad, y según lo analizado en el Capítulo II del presente estudio, el personaje de ficción es una creación intelectual sui géneris, que debido a su importancia jurídica, social y económica (para el autor, las empresas y el Estado), debe ser protegida por el Derecho de Autor, inclusive si dicha protección no entra dentro de los paradigmas contemporáneos de la materia. Esto es, que se necesite ciertos requisitos previos para que la creación intelectual obtenga la protección.

Es así, que el personaje de ficción no puede ser protegido **inmediatamente** con el simple hecho de la creación, pues no todos los personajes *merecen* dicha

protección, sino solo aquellos que tienen cierta relevancia social y económica y que hayan destacado de tal manera, que se encuentren presentes en el inconsciente colectivo.

Por tal motivo, los personajes ficticios deben cumplir con tres requisitos para ser protegidos por el Derecho de Autor: Originalidad, Identidad y Notoriedad. Y si bien es cierto que la característica de **notoriedad** es un elemento que a primera vista para absurdo, tratándose de una creación a ser protegida por el Derecho de Autor, si se revisa jurisprudencia extranjera e inclusive fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, encontramos que la noción de notoriedad, relacionada a un personaje ficticio, es totalmente válida en el Derecho de Autor.

Finalmente, tenemos que no existe ninguna legislación en América que proteja expresamente a los personajes ficticios, a pesar que existan fallos jurisprudenciales en donde se pronuncien a favor de lo planteado en el presente estudio, como lo es el caso de Argentina. Igualmente, tenemos que el país de México, utiliza una figura llamada **reserva de derechos** para, de alguna manera, garantizar una retribución económica al autor de un personaje de ficción. Sin embargo, y como se estudió en el Capítulo IV, esta figura acarrearía más problemas que soluciones respecto a la temática planteada, y por lo tanto, no creo que sea beneficioso incorporarla en nuestra legislación (inclusive, fue eliminada de la legislación colombiana).

Una reforma a la Ley de Propiedad Intelectual de nuestro país, es la conclusión inevitable que se desprende del presente trabajo investigativo. Es necesario que una creación intelectual tan relevante para su autor, que podría permitirle retribuciones económicas **enormes**, sea protegida por la legislación y en especial por el Derecho de Autor. Casos internacionales, como el de *Chespirito*, *Harry Potter* o *Tomb Raider*, o nacionales, como la denuncia de *David Reinoso*, demuestran la gran necesidad de que las legislaciones locales aborden, reglamenten y protejan expresamente a los personajes ficticios.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Carta del Derecho de autor, adoptada por la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), Hamburgo, 1956.

Constitución de la República del Ecuador

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas

Decisión 344 Comisión del Acuerdo de Cartagena

La ley de Propiedad Intelectual de la Nación de Argentina (Ley 11. 723)

Ley 17.336 (Ley de Derecho de Autor de Chile)

Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.

Ley de Propiedad Intelectual mexicana

Reglamento General de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador

Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española (Decreto Legislativo 1/1996)

Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor

Jurisprudencia

C.N. Civ., Sala B, mayo 16-977, "Cresceri, Artidorio, suc. c/SADAIC", 16-5-1977.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DE ARGENTINA, Sala H, Expediente Nº 116.379/2005.

Casos VICOM (1987) e IBM (1997) citados en Widdison R, 'Software Patents Pending?', 2000 (3) The Journal of Information, Law and Technology (JILT). Disponible en <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/widdison.html>.

Parlamento Europeo, directiva 11979/1/04 del 7 de marzo de 2005

Proceso 41-IP-98. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 5 de marzo de 1999.

Sentencia de la audiencia provincial de Barcelona, sección 15ª de 25 de abril de 1996. España.

Sentencia de la Corte Civil argentina, Sala C, septiembre 19-1978 – ED 81-173.

Sentencia de la Corte Civil argentina, Sala D, junio 23-1976 – ED 71-255.

Sentencia de la Corte Nacional argentina. C. Administración. Federal sala 3º, Cuinat Alberto y otros V. Ministerio de Bienestar Social, 1984.

Doctrina

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, editorial desconocida, Disponible electrónicamente en <http://es.scribd.com/doc/22575390/Tratado-de-derecho-civil-Alessandri-Somarriva-Vodanovic>

ALLFELD, Philipp, *Del Derecho de Autor y Del Derecho de Inventor*, Editorial Temis, Bogotá, 1999.

ANTEQUERA PARRILLI, Ricardo, *El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela*, Capatarida, 1994.

ARGUDO, Esteban, *Derechos de autor y protección*. Apuntes de clase, 2009.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tcnos, Madrid, 1996.

BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho civil, Derechos Reales*, Tomo II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008.

CULLER, Jonathan, *Breve introducción a la teoría literaria*, Ed. Crítica, Barcelona, 2000.

ESTÉBANEZ, Demetrio, *Diccionario de términos literarios*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

FERRERO, Raúl, *Curso de Derecho de las Obligaciones*, Lima, Perú, 1987.

GARRIDO DOMINGUEZ, *El Texto Narrativo*, Ed. Síntesis, Madrid, 1996.

GARTNER, María Luz, *El artista de la música en Colombia: Un problema de derecho frente a la cultura*, 1989.

HAUSER, Arnold, *Historia social de la literatura y el arte*, Barcelona, Editorial Labor, Barcelona, 1993, tomo I.

HUGHES, *The Philosophy of Intellectual Property*, 1988.

JESSEN, Henry, *Derechos Intelectuales de los autores, artistas y productores de fonogramas*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1970.

JOYCE, C, *Copyright law*, Editorial Bander Irwin, Nueva York, 1994.

LEVINE, David; BOLDRIN Michele, *Against intellectual monopoly*, Cambridge University Press, 2008.

LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Buenos Aires, 1993.

- LIPSZYC, Delia, *La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el Acuerdo sobre los ADPIC, en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2004.
- LOPEZ QUESADA, Laura, *Los derechos de autor y los derechos conexos en la reproducción de obras textuales*, editorial desconocida, 2000.
- LOREDO HILL, Adolfo, *Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor*, Ed. UNAM, México, 1998.
- MAC CORMICK, Neil, *En contra de la ausencia de fundamento moral*, Editorial Gedisa, España.
- MORÁN, Martín, *Los derechos sobre las cosas (I). El derecho de propiedad y derecho de posesión*, Editorial Universitas, Buenos Aires.
- PACHÓN MUÑOZ, Manuel, *Manual de Derecho de Autor*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1990.
- PEREZ DE CASTRO, Nazareth, *Obra audiovisual, la Panorámica Jurídica*, Editorial Reus, Madrid, 2001.
- PIOLA CASELLI, Eduardo, *Codice del Diritto di Autore*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1943.
- PLAN, Arnold, *The economic aspects of Copyright book*, editorial desconocida, 1974.
- RENGIFO, Ernesto, *Propiedad Intelectual. El moderno derecho de autor*, Universidad externado de Colombia, 1997.
- ROGEL VIDE, Carlos, *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.
- ROGEL VIDE, Carlos, *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*, José María Bosh Editor, Barcelona, 1998.
- ROGEL VIDE, Carlos, *Comentarios al Código Civil y Leyes Civiles Especiales*, Ed. Edersa, Madrid, 1991.
- ROVIRA SUERIO, M. E., *El Derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- SAINZ DE ROBLES, Federico, *Diccionario de la literatura, términos, conceptos, ismos literarios*, España, 1982, Aguilar SA Ediciones, Tomo II.
- SANCHEZ, Rafael, *La Propiedad Intelectual sobre las obras musicales*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- SHERWOOD, Robert, *Intellectual Property in Global Markets*, Kluwer Law International, Boston, 1997.
- SUMOY, Ramón, *Las memorias de Sherlock Holmes*, RBA editores, Barcelona, 1994.

VALERO MARTIN, *Eva, Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

YU, Peter, *Intellectual Property and Information Wealth: Copyright and related rights*, Greenwood Publishing Group, 2007.

Publicaciones

ARAYA YOCKCHEN, Ariana, *Protección legal a derechos de autor*, Revista Tecnia, No II, Volumen 4, mayo- agosto, 2003.

BENITEZ, Karina, *La libertad en la utilización de obras protegidas por el Derecho de Autor. Caso puntual*, Centro Nacional de Derechos de Autor, La Habana, p. 1. Publicación en línea:
http://www.cenda.cult.cu/doc/Conferencias/creative_commons.pdf

EL COMERCIO, El nuevo Evaristo abre un debate, Sección 2, p. 13, 1 de julio del 2011.

GONÇALVES GOMES, Luiz, *El personaje de marca como elemento en la identidad visual*, Publicación de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, http://fido.palermo.edu/servicios_dyc/encuentro2007/02_auspicios_publicaciones/actas_diseno/articulos_pdf/CC-024.pdf

LABARIEGA, VILLANUEVA, Pedro Alfonso, *Algunas consideraciones sobre el Derecho de Propiedad Intelectual en México*, Revista de Derecho Privado #6 Sep-Dic 2003, Ed. Institutos de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.

LOREDO, Alejandro, *Derecho comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se encuentran*, Revista de Derecho informático N° 91, febrero del 2006.

MARTINEZ, Blanca María, *El papel de la propiedad intelectual en la tutela de las marcas registradas y los derechos de autor*, publicación de la Universidad de las Américas Puebla, 2003. Disponible en:
http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/martinez_s_bm/capitulo4.pdf

OMPI, *DL-202-study handbook Derecho de autor*.

OMPI, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de obras literarias y artísticas*, Ginebra, 1978.

OMPI, *La propiedad intelectual y las pequeñas y medianas empresas*, publicación N° 488 (S)

OMPI, *Principios básicos de la propiedad industrial*.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN DE LA CIENCIA Y LA CULTURA, *El ABC del Derecho de Autor*, Imprimerie de la Manutention, Mayenne Francia, 1981.

Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Informe de la OMPI sobre comercialización de personajes, WO/INF/108, 1994 , p. 4

PABÓN, Johnny, *Aproximación a la Historia del Derecho de Autor: Antecedentes normativos*, Revista a la propiedad inmaterial, N° 13, 2009.

PEIRETTI Graciela, *Concepto de obra protegida, enumeración y análisis*, Dirección Argentina de Derechos de Autor.

REVISTA LÍDERES, Andrés Ycaza Mantilla: *‘Es muy radical decir que el país no cederá en propiedad intelectual’*, Quito, 10 de septiembre del 2009.

RÍOS RUIZ, Wilson, *Propiedad Intelectual sobre los Personajes Ficticios o Simbólicos*, Publicación en línea del Centro colombiano de Derechos de Autor http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=37&Itemid=40

RODRIGUEZ Leandro, *Contenido del Derecho de Autor, Derecho Moral y Derechos Patrimoniales*, Publicación electrónica del Centro de Administración de Derechos Reprográficos de Argentina, 2004.

RODRIGUEZ, Soraya, *El contenido de los derechos de imagen y su posible catalogación como Canon*, Revista Jurídica Online, Disponible en <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/24/24-el-contenido-de-los-derechos-de-imagen.pdf>

ROJAS, Carlos, *Consultas acerca de la reserva de nombre, personajes y nombre artístico*, Bogotá, 18 mayo 2005.

SABIDO RODRIGUEZ, Mercedes, *La creación intelectual como objeto de intercambio comerciales internacionales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 2000.

SÁENZ, Beatriz, *Cine y Derechos de Propiedad intelectual*, Congreso internacional celebrado en la Universidad de Rioja los días 9, 10 y 11 de noviembre del 2004.

SCHMIDT, Luis C, *Las Reservas de Derechos al uso exclusivo dentro del sistema mexicano de la Propiedad Intelectual*, Publicación del Colegio de abogados mexicanos, Décima tercera Época, Tomo XVI, Número 1, Primer Semestre 2003.

SERRANO, Ana María, *Lineamientos de diseño gráfico para la elaboración de publicaciones electrónicas*, Publicación del Instituto politécnico nacional de México, año desconocido.

THE JOURNAL OF LAW AND TECHNOLOGY, *The roots of angloamerican intellectual property in Roman Law*, Franklin Pierce Law Center, volume 32, número 2-1992.

VARELA, Adsuara, *La Pre-historia del reconocimiento de los derechos de Propiedad Intelectual*, en III Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ministerio de Cultura de Uruguay, Montevideo, 1997

Web

365CINE, ¿Cuánto dinero ha ganado George Lucas con “Star Wars”?
<http://365cine.wordpress.com/2010/09/23/%C2%BFcuanto-dinero-ha-ganado-george-lucas-con-star-wars/>

ABC AGENCIAS, *Piratería y Falsificaciones provocan un billón de dólares de pérdidas al año*, <http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=675916>

BURGUEÑO, Pablo, *Obra fotográfica y mera fotografía*, Blog de Derecho
<http://www.pabloburgueno.com/2008/05/obra-fotografica-y-mera-fotografia/>

DEPARTAMENTO DE DERECHOS INTELECTUALES DE CHILE, Reglas para la inscripción de dibujos y personajes,
http://www.dibam.cl/derechos_intelectuales/contenido.asp?id_contenido=418.

DIARIO EL HOY, Auge en la venta de libros piratas genera pérdidas,
<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/auge-en-la-venta-de-libros-piratas-genera-perdidas-344460.html>.

DIARIO EL HOY, *Ecuador fortalece cimiento de producción editorial*,
<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/ecuador-fortalece-cimiento-de-produccion-editorial-299004-299004.html>

DIARIO EL HOY, La ley contra la piratería, <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/le-ley-contra-la-pirateria-90043-90043.html>

DIARIO EL HOY, La Ley contra la piratería, <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/le-ley-contra-la-pirateria-90043-90043.html>.

DIARIO EL HOY, Patterson, el dueño de un imperio literario,
<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/patterson-el-dueno-de-un-imperio-literario-426405.html>.

DIARIO EL HOY, Piratería deja pérdidas por \$65 millones,
<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/pirateria-cuesta-65-millones-a-los-sectores-informaticos-431536.html>.

DIARIO EL ZOCALO, J. K. Rowling se hizo millonaria gracias a la magia de “Harry Potter”, <http://www.zocalo.com.mx/seccion/articulo/j.-k.-rowling-se-hizo-millonaria-gracias-a-la-magia-de-harry-potter>.

DICCIONARIO EN LÍNEA DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA
<http://www.rae.es>

DICCIONARIO EN LÍNEA DEFINICIÓNABC, <http://www.definicionabc.com/>

ENCICLOPEDIA JURÍDICA EN LÍNEA. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>

ESTALELLA, Adolfo, *Copyleft, la alternativa radical al copyright*,
<http://www.derecho-internet.org/node/231>

GLOSARIO DE LA OMPI, <http://www.wipo.int/pct/en/texts/glossary.html>

GNU OPERATING SYSTEM, *What is Copyleft?*, <http://www.gnu.org/copyleft/>

INTELLECTUAL PROPERTY. *A History of Copyright*. www.intellectual-property.gov.uk.

JOHNSON, Carroll, *La construcción del personaje en Cervantes*, Universidad de California. <http://www.h-net.org/~cervantes/csa/artics95/johnson.htm>

MARÍN, María Teresa, *Derechos de Autor, concepto, sujetos y objeto*, 2009, http://www.csi-csif.es/andalucia/modules/mod_ense/revista/pdf/Numero_14/MARIA%20TERESA_MARIN_1.pdf

ROMERO, Ricardo, *Apuntes para una ontología del personaje*, <http://tallerdealgo.blogspot.com/2009/02/apuntes-para-una-ontologia-del.html>

SCHMIDT, Luis, *La Protección de Obras Plásticas y de Arte Aplicado en México y en los Países Latinoamericanos*, <http://www.olivares.com.mx/Knowledge/Articles/CopyrightArticles/LaProtecciondeObrasPlasticasydeArteAplicadoenMxicoyenlosPaisesLatinoamericanos>

TEBEOS DE BRUGUERA, Miguel Ambrosio Zaragoza <http://usuarios.multimania.es/tebeosdebruguera/autores/ambros.htm>

TENDENCIAS SOCIALES, *La recompensa económica nos motiva para trabajar más* http://www.tendencias21.net/La-recompensa-economica-nos-motiva-para-trabajar-mas_a1571.html

Tesis

GORDON, Diego, *Las marcas del cómic: elementos únicos en el campo jurídico*, Tesis por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2009.

NARVAEZ LUENGO, Fernando, *Efectividad de los personajes de marca, Caso: Sector cervecero venezolano*, Tesis por la Universidad de Zulia, Maracaibo-Venezuela, Publicación en línea. <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/290/29003402.pdf>