

Influencia del arte en el desarrollo jurídico de la Propiedad Intelectual. Dos casos puntuales

The Artistic Influence on the Legal Development of Intellectual Property. Two Specific Cases

CARLOS ALBERTO ARROYO DEL RIO VERDELLI
Universidad San Francisco de Quito

Resumen

La relación simbiótica entre arte y derecho se pone de manifiesto en la figura del *droit de suite* y Las Reservas en el Derecho mexicano, que nacen como respuesta a dos problemáticas distintas relacionadas con el arte y sus autores. El *droit de suite* es una iniciativa de finales del siglo XIX, y reconocida en la conferencia de Roma de 1928, que permite que los autores o sus causahabientes reciban una participación en las reventas de las obras de su autoría, esto frente al hecho de que muchos autores y causahabientes desde la pobreza observaban como con el transcurso del tiempo sus obras eran vendidas en sumas exorbitantes. Con las Reservas, por otro lado, la legislación mexicana buscó abarcar una expresión artística desatendida y merecedora de protección: la personalidad de los personajes ficticios y no sólo su aspecto exterior que es lo que protegen la generalidad de legislaciones.

Palabras Clave

Droit de Suite / Reservas / Propiedad Intelectual / Derecho de autor / Personajes ficticios / Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos / Creatividad e Innovación.

Summary

The symbiotic relationship between art and law is evident in the figure of the *droit de suite* and the *Reservas* in the Mexican legislation, which are born in response to two different issues related to art and its authors. The *droit de suite* is an initiative of the late nineteenth century, and recognized at the Rome conference of 1928, which allows authors or their successors to receive a share in the re-sales of the works of his authorship, in the face of the fact that many authors and beneficiaries, from poverty observed how over time their works were sold in exorbitant amounts. With the *Reservas*, on the other hand, Mexican legislation sought to encompass an unassisted and deserving artistic expression of protection: the personality of the fictitious characters and not only their external aspect, which is what the generality of legislations protect.

Keywords

Droit de Suite / Reservas / Intellectual Property / Copyright / Fictitious Characters / Organic Code of the Social Economy of Knowledge / Creativity and Innovation.

1. Introducción

Indiscutiblemente una de las ramas del derecho que guarda gran relación con el arte es la Propiedad Intelectual, la cual consagra una serie de sistemas para la protección justamente de las creaciones humanas, y, en especial, el derecho de autor, que protege el derecho sobre las obras artísticas, literarias y científicas (desde los libros, la música, la pintura, la escultura, las películas, los programas informáticos, las bases de datos, los anuncios publicitarios, los mapas, obras arquitectónicas, entre muchas otras).



El derecho de autor ha sido materia de reflexión desde el año 25 a.C., Tal como Marco Vitruvio Polión lo recogía en su Libro Séptimo, *De Architectura*, diciendo:

Ahora bien, así como hay que tributar merecidas alabanzas a éstos, incurren en nuestra severa condenación aquellos que, robando los escritos a los demás, los hacen pasar como propios. Y de la misma manera, los que no sólo utilizan los verdaderos pensamientos de los escritores, sino que se vanaglorian de violarlos, merecen reprensión, incluso un severo castigo como personas que han vivido de una manera impía (Polión, 1787, s.n.).

Sin embargo, el derecho de autor nace en el mundo jurídico en el siglo XV con la aparición de la imprenta, inventada por Gutenberg, y, posteriormente, del grabado, como manifestación artística y forma de reproducción. En 1710, el *Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra reconoce la primera protección formal al derecho de impresión (copyright)*; luego España en 1762 y Francia en 1791, hasta realizarse en 1886 la *Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de la que resulta el documento internacional primigenio y piedra angular de la materia* (Góngora, 2012).

Siendo el derecho el resultado de la realidad social y su evolución, podemos observar varios supuestos de ello. El presente trabajo se centra en dos claros ejemplos que ponen de manifiesto la relación simbiótica entre arte y derecho.

2. El *droit de suite*

Dentro del derecho de autor, una de las instituciones que más directamente se derivan de la realidad social de los artistas es el *droit de suite o derecho de participación*, por el cual el autor de una obra o sus causahabientes pueden percibir una remuneración por la reventa de sus obras. Esta figura fue expresamente recogida en la *Conferencia de Roma* de 1928, para su revisión en la *Convención de Berna* de 1886 (Ortega, 2010), y se considera que su origen germinó en Francia, como propuesta del abogado Albert Vanois en un artículo publicado en la *Cronique* de París, el 25 de febrero de 1893 (Ortega, 2001, p. 254).

Históricamente se conocen varios relatos de obras adquiridas por ínfimas sumas de dinero, que luego de algún tiempo, inclusive después del fallecimiento del artista, han sido subastadas por montos muy por encima de su precio original, proporcionándoles a los vendedores una nueva fortuna. Por ejemplo, Vicent Van Goght únicamente logró vender una obra en el transcurso de su vida, obteniendo por ella una pequeña cantidad que le permitió adquirir materiales básicos para continuar su oficio. Con el transcurso del tiempo, muchos años después de su muerte, el valor de sus obras ha experimentado un aumento significativo, siendo uno de los artistas más reconocidos a nivel mundial, cuyas obras obtienen los mayores precios de reventa en la historia. Su obra “Retrato del Dr. Gachet” fue adquirida en 1990 por un inversionista japonés por el precio de 82.5 millones de dólares. A pesar de esto, ni el artista ni sus herederos obtuvieron alguna participación en la fortuna que han generado estas obras (Aizenstatd, 2005, p.13).

Encontramos principalmente tres líneas distintas que surgen en torno a la creación del *droit de suite* y que son expuestas por Paul Lewis en su artículo “The Resale Royalty and Australian Visual Artist: Painting the Full Picture” (2010). La primera tesis relata que el *droit de suite* surge en Francia, donde la viuda del famoso pintor Jean-Francois Millet vivía en la pobreza mientras las obras del difunto pintor se vendían a altos precios. Esta tesis fue expuesta asimismo ante la Asamblea Nacional de Francia por Renaud Donnedieu de Vabres, el 16 de marzo de 2006, a propósito de la discusión de un proyecto de ley acerca de los derechos de autor en la sociedad de la información. Donnedieu de Vabres afirmaba que el *droit de suite* fue creado como

consecuencia de reventa del “L’Angélus” de Millet tras la Primer Guerra Mundial, cuando luego de varias ventas sucesivas, el propietario del cuadro ganó una gran suma de dinero (un millón de francos) por su venta, mientras los familiares de Millet, quien había fallecido pocos años después de crear y vender la obra a bajo precio (mil doscientos francos), vivían en la pobreza, siendo el *droit de suite* el remedio para paliar esta clase de situaciones (Rangel, 1988).

La segunda tesis relacionada con el *droit de suite* explica su origen como una ayuda para las viudas de los artistas franceses fallecidos en la Primera Guerra Mundial.

La tercera de las teorías centra el nacimiento del *droit de suite* en 1904, con la creación de “*La Peau de l’Ours*” (La piel de oso) por André Level, a partir de la agrupación de un conjunto de coleccionistas e inversores de arte que acordaron comprar obras de artistas emergentes (entre estas las obras de Matisse, Van Gogh y Picasso) para ser vendidas posteriormente. En los citados acuerdos se estipulaba que se distribuiría un 20% de los beneficios obtenidos tras la venta en subasta a los autores de las obras vendidas.

También se encuentra como teoría germen del *droit de suite* la producción de una obra pictórica en Francia realizado por el artista Forain, titulada “*Une seace de l’Hotel des ventes*”, representando lo que había ocurrido con Millet y cuyo motivo era el de dos niños vestidos con harapos que miran a través de la ventada de una galería de arte y dicen “Mira, uno de los cuadros de papá”. Dicha obra se convirtió en una campaña a favor del *droit de suite* (Bleda, 2010, p. 112).

En relación con los artistas que vivían en el siglo XIX en París, Gutierrez Vicén sostiene que:

A finales del siglo XIX se generó un estado de conciencia social en Francia ante los numerosos casos de artistas que vivían en París en condiciones misérrimas y cuyas obras alcanzaban cotizaciones excelentes una vez revendidas. Se citan como ejemplos el caso de Constantin Guys (1805-1892) que se deshizo de gran parte de su obra por una pequeña cantidad para poder ingresar en una casa de salud; la viuda de Stanislas Lepine (1836 1892) que hubo de subsistir al fallecimiento de su marido como vendedora ambulante; o la miseria de la viuda de Alfred Sisley (1834-1899) (Marchione, 2013, p. 23).

Luego de un largo proceso¹ para la implementación de esta figura, es finalmente la *Convención de Berna* el primer instrumento internacional que lo consagra en su Artículo 14, párrafo 1²; siendo esta convención aquella de la cual se desprenden prácticamente todas las legislaciones modernas al respecto, inclusive las comunitarias (Europea³, Andina⁴, entre otras). En el caso de mi país natal Ecuador, el *droit de suite* está contemplado actualmente en el Artículo 158 del

¹ Una breve reseña del proceso de aprobación se puede encontrar en Ortega Doménech (2002, pp. 254-256).

² En dicho artículo se señala: “En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor —o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos— gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor”.

³ Directiva de 27 de septiembre de 2001. Art. 1, 1. “Los Estados miembros establecerán en beneficio del autor de una obra de arte original un derecho de participación definido como un derecho inalienable e irrenunciable, incluso por adelantado, a percibir un porcentaje sobre el precio de venta obtenido en cualquier reventa de que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor”.

⁴ Decisión N°351 de la Comunidad Andina. Artículo 16.- “Los autores de obras de arte y, a su muerte, sus derechohabientes, tienen el derecho inalienable de obtener una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte. Los Países Miembros reglamentarán este derecho”.

*Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Código Ingenios)*⁵, y en el caso argentino, si bien no se encuentra contemplado, existe un proyecto de reforma del año 2014 que propone incluirlo como Artículo 54 bis de la *Ley 11.723*, fundamentándose en varios de los convenios internacionales suscritos por Argentina, entre ellos la Convención de Berna a la cual Argentina se adhirió el 10 de junio de 1967⁶.

Ahora bien, resulta de relevante importancia comprender que la aplicación de esta figura está delimitada por la naturaleza de las obras a las cuales se refiere, esto es, manuscritos o “de bellas artes o de arte plástico”⁷ como las obras pictóricas, dibujos, grabados, litografías, esculturas, entre otras; y además limitado a la reventa póstuma de las mismas; todo en concordancia con la época en la que fue concebida.

Pretender ampliar el concepto del *droit de suite* ignorando lo anterior podría resultar no sólo en un absurdo jurídico sino hasta perjudicial. Digo lo anterior, ya que si bien el proyecto aprobado en segundo debate por la Asamblea Nacional del Ecuador, el 11 de octubre de 2016, para el *Código Ingenios*⁸, en su Artículo 143⁹ contempló claramente esta figura con las limitaciones expuestas, por otro lado, el último párrafo del Artículo 151¹⁰ se ha prestado para incorrectas interpretaciones que pudieron generar serios inconvenientes en el ámbito nacional del derecho de autor y de la creatividad con fines comerciales. En este sentido, se planteó la ampliación del concepto del *droit de suite* (como es la de participar de los beneficios generados por la obra) a favor de los autores, respecto de cualquier transferencia, autorización de uso o explotación de la obra, sometiendo la compensación a un valor que dependerá de los “beneficios económicos derivados del ejercicio de los derechos patrimoniales”, lo cual generó

⁵ Artículo 158.- “Derecho a obtener una participación en las reventas.- Si el original de una obra de arte plástico o el manuscrito original del escritor o compositor fuere revendido: **1.** En pública subasta; o, **2.** Con la intervención directa o indirecta de un comerciante de tales obras en calidad de comprador, vendedor, agente de comercio o intermediario. Salvo pacto en contrario, el vendedor deberá pagar al autor una participación de al menos el cinco por ciento del precio de reventa, siempre que dicho precio sea superior al de la primera venta. Este derecho es irrenunciable, inalienable y transmisible por causa de muerte a favor de los herederos del autor. Se lo podrá ejercer por el plazo de duración de los derechos patrimoniales sobre la obra. La acción para exigir el pago de este derecho por cada reventa prescribirá a los dos años contados a partir de la fecha de la respectiva reventa”.

⁶ Para mayor información acerca del Proyecto de Ley “*Droit de Suite*”: <<http://www.normamorandini.com.ar/?p=8991>>.

⁷ Tal como las define el Régimen común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, *Decisión N°351* de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

⁸ Versión al 11 de octubre de 2016 presentado a la Asamblea Nacional mediante Oficio No. 325-AN-PRES-CECCYT-2015

⁹ El Artículo 143 que regula el “Derecho a obtener una participación en las reventas”, dispone que “Si el original de una obra de arte plástico o el manuscrito original del escritor o compositor fuere revendido:

a) En pública subasta; o,

b) Con la intervención directa o indirecta de un comerciante de tales obras en calidad de comprador, vendedor o agente.

El vendedor deberá pagar al autor una participación de hasta el cinco por ciento del precio de reventa, según determine la Autoridad competente en materia de derechos intelectuales, siempre que dicho precio sea superior a la cantidad que la misma autoridad determine.

Este derecho es irrenunciable, inalienable y transmisible por causa de muerte a favor de los herederos del autor. Se lo podrá ejercer por el plazo de duración de los derechos patrimoniales sobre la obra.

La acción para exigir el pago de este derecho por cada reventa prescribirá a los dos años contados a partir de la fecha de la respectiva reventa”. (En la versión final aprobada y vigente constituye el Art. 158)

¹⁰ Que dispone “Contratos de transferencia de derechos de autor.- Los contratos sobre transferencia de derechos, autorización de uso o explotación de obras por terceros deberán otorgarse por escrito y se presumirán onerosos. Además, cuando corresponda, durarán el tiempo determinado en los mismos contratos. Los autores tendrán el derecho irrenunciable de percibir al menos el diez por ciento de los beneficios económicos derivados del ejercicio de los derechos patrimoniales” (el énfasis es mío).

una serie de inquietudes e inconvenientes. Sólo a manera de ejemplo, presento algunos de ellos a continuación:

- ¿Cómo se compagina lo anterior con el contrato de obra por encargo¹¹, mediante el cual se da una transferencia de derechos y no se exige, además, que deba otorgarse por escrito?
- ¿Quiere decir esto que en los contratos de obra por encargo el precio ya no será aquel valor fijo acordado por las partes, sino que habrá que esperar a verificar si hay “beneficios económicos derivados del ejercicio de los derechos patrimoniales”, y además acordar cómo se calculan?
- ¿Qué pasa si no hay “beneficios económicos derivados del ejercicio de los derechos patrimoniales”? o ¿qué pasa si el beneficio no es económico? Ej. Mayor difusión y presencia de mercado, fin informativo, etc.
- ¿Cómo se calcula el beneficio económico de cualquier obra publicitaria (foto, afiche, audiovisual, jingle, etc.)? Tomando en consideración que no necesariamente la publicidad está dirigida a una venta directa o puede no haber un incremento de ventas por la publicidad, beneficios que además obedecen a una multiplicidad de factores y no sólo a una pieza publicitaria creada por un autor, quien además no estaría legitimado a participar de tales beneficios económicos.
- Aun cuando hubiere un beneficio económico, ¿se deben restar los gastos incurridos para obtener tal beneficio? ¿Qué gastos, directos, indirectos?

Tratemos de aplicar el citado artículo a los siguientes simples casos, partiendo de la evidente premisa de que las obras utilizadas en los ejemplos están protegidas por el derecho de autor:

- Contrato un creativo/autor para crear el diseño de marca, de imagen institucional y comercial de un banco (por ejemplo, Peter Mussfeldt creador del logo del Banco del Pacífico), en la que la operación del negocio prospera, local e internacionalmente. ¿Cómo calculo o cuáles son los beneficios económicos derivados del ejercicio de los derechos patrimoniales que me transfirió el autor? Aun cuando se pudiese calcular (atribuir un valor específico), ¿se debe pagar a perpetuidad mientras exista el banco y se utilice el logo? ¿Cómo se calculan y distribuyen los beneficios respecto de obras relacionadas, como, por ejemplo, un personaje animado para promocionar los servicios, que fue desarrollado por un autor distinto?
- Un diseñador de modas, crea un vestido que será utilizado por una celebridad en un evento público. ¿Cómo calculo o cuál es el beneficio económico por la explotación/ uso del vestido?
- El autor de una canción autoriza el uso de un fragmento de la misma para sincronizar tal fragmento como música de fondo en un comercial de televisión. ¿Cómo calculo o cuál es el beneficio económico por la explotación del comercial de televisión que incluye tal fragmento de música?
- Compro un cuadro que luego de varios años decido vender a un amigo. ¿Debo pagar al autor un porcentaje del total de la venta o sólo de la diferencia que me haya

¹¹ Figura recogida por el mismo *Proyecto de Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación* en su artículo 111: “Asimismo, salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente Título, en las obras creadas por encargo, la titularidad corresponderá al comitente de manera no exclusiva, por lo que el autor conservará el derecho de explotarlas en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que lo haga de buena fe y no se perjudique injustificadamente a la explotación normal que realice el comitente”.

representado un beneficio en el caso de venderlo en una cantidad superior a la de la compra? ¿Y si lo vendo en menos y por lo tanto pierdo dinero?

Demás está recalcar la serie de inconvenientes y vacíos que serían generados por el proyecto de norma que he citado, específicamente por la frase “Los autores tendrán el derecho irrenunciable de percibir al menos el diez por ciento de los beneficios económicos derivados del ejercicio de los derechos patrimoniales”¹² que de manera equivocada pretende ser aplicada indistintamente a todo tipo de obras y respecto de todo tipo de contratos de transferencia o de autorización de explotación. A mayor cantidad de ejemplos, mayor es el número de inconsistencias y vacíos de esta noble iniciativa que lamentablemente carece de técnica ajustada a la materia y a la realidad de los distintos negocios jurídico a los que aplica.

No nos olvidemos que hoy en día la mayor transaccionalidad y desarrollo en materia de derecho de autor se presenta en las creaciones con fines comerciales, entre ellas la industria del entretenimiento, la publicidad y el desarrollo de software, de ahí que en la materia específica las normas deban ser especialmente adecuadas a estas realidades económico-jurídicas.

Es precisamente por lo anterior que se produjo una importante gestión por parte de la Asociación Ecuatoriana de Software (AESOFT), a fin de explicar a los proyectistas y el legislador que esta figura resultaba poco competitiva y atentaba contra dicha industria local, ya que nadie querría contratar a un programador ecuatoriano sabiendo que debería pagar primero por la creación de la obra (programación del software) y, posteriormente, tendría que pagar de manera adicional un porcentaje de los beneficios económicos por la explotación de dicho software (pagar por el uso del programa), con las dificultades de cuantificación antes referidas. Lo anterior generó en primera instancia una iniciativa de cambio por la cual se excluía expresamente la industria del software de tal norma, pero las razones para la exclusión del software eran evidentemente las mismas por las cuales debía excluirse cualquier otra industria, cuya competitividad no se querría perder.

Con la entrada en vigencia del *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación* se observó que, afortunadamente, lo anterior fue comprendido por el legislador y durante la última etapa del proceso de aprobación se desiste, en buena medida, de esta iniciativa eliminándose el porcentaje del 10% y la referencia a que este aplica respecto de los beneficios económicos derivados de la explotación de la obra, pero se mantiene la figura bajo el nombre de “remuneración equitativa”, quedando la norma de la siguiente manera en el Artículo 121: “Se reconoce a favor del autor de forma irrenunciable, derechos de remuneración equitativa como compensación de ciertos usos o formas de explotación de su obra que se encuentran provistas específicamente en este código”; y a renglón seguido, y a pesar de que la figura del *droit de suite*, en su concepción clásica y natural ya está contemplada en el Artículo 158 de este mismo código, el Artículo 121 aclara: “Constituyen derechos de remuneración equitativa el derecho de recibir una compensación por reventa de obras plásticas” lo que no es otra cosa que el *droit de suite*.

La problemática de una “remuneración equitativa”, más allá de la subjetividad de cómo y respecto de qué aplicar la equidad (por ejemplo, el esfuerzo del autor, los beneficios obtenidos por el uso posterior de la obra), se acentúa cuando observamos que el Artículo 115 elimina la regla general del encargo para determinar la titularidad de los derechos patrimoniales, estableciendo una nueva regla por la cual las obras —derechos patrimoniales— siempre pertenecerán a sus autores salvo pacto en contrario; es decir que aun existiendo en la práctica/

¹² Art. 111 del *Proyecto del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, contenido en Oficio no. T.7137-SGJ-15-418 del 3 de junio de 2015.

realidad un encargo, si éste no se pacta expresamente y además por escrito conforme lo manda el Artículo 166¹³ los derechos patrimoniales pertenecerán al autor.

En mi opinión, si la creación de la obra es producto de un encargo, es evidente que la obra —derechos patrimoniales— debe pertenecer siempre al comitente, aun cuando ello no conste en un contrato escrito concebido expresamente para ello ya que se deduce naturalmente del negocio jurídico, de la relación entre las partes, de la naturaleza de la obra, la causa fin de la contratación y del destino de la obra; por lo que es ilógico que en ausencia de contrato escrito de cesión se considere de propiedad del autor un comercial de televisión para promocionar un producto, el cual obviamente pertenece al anunciante y no a los creativos de la agencia o productora; e igualmente absurdo el que exista una obligación de retribuir separadamente o la explotación de tal comercial.

Adicionalmente, el Artículo 115 no sólo elimina la figura del encargo como regla general (salvo pacto en contrario), sino que establece que, aun existiendo pacto en contrario y a pesar de que el autor haya cedido sus derechos, “el autor gozará del derecho irrenunciable de remuneración equitativa por la explotación de su obra” y añade “de conformidad con lo dispuesto en el presente código”¹⁴. Lo anterior resulta ilógico y contradictorio, ya que si el autor cede sus derechos patrimoniales con posterioridad a la creación o se pacta expresamente que por el encargo éstos corresponden al comitente y por tanto el autor no es titular de los derechos patrimoniales (que se resumen en el de explotación), ¿cómo puede tener luego derecho a una retribución respecto de la explotación de una obra cuyos derechos patrimoniales no le corresponden? Excepto el caso particular del *droit de suite* contenido en el Artículo 158, pero que en dicho artículo no es titulado como “Derecho de remuneración equitativa”, sino como “Derecho a obtener una participación en las reventas”.

3. Las “Reservas” en el Derecho mexicano

La totalidad de los regímenes de derecho de autor a nivel mundial cubren las obras artísticas, entre ellas las obras pictóricas, plásticas y audiovisuales, lo cual incluye a personajes ficticios (animados o inanimados como por ejemplo Mickey Mouse, o aquellos interpretados por personas de carne y hueso como el Chavo del ocho), pero sólo en lo que respecta a su representación gráfica, es decir sus características externas visuales o tridimensionales, representadas en los distintos tipos de obras, ya sea en un juguete, una película o juego de video o estampado en una camiseta.

Ahora bien, lo que de alguna manera escapa a la protección del derecho de autor es la personalidad del personaje y su manera especial de hacer ciertas cosas; y estas características son las que con más frecuencia de lo que uno pensaría son objeto de copia y aprovechamiento por parte de terceros, cuando, más allá de copiar ciertas particularidades específicas (la forma de expresión verbal de Cantinflas y de Tres Patines, o la manera de caminar de Charles Chaplin), se copian rasgos determinantes de su personalidad (características psicológicas), las cuales son *per se* parte de una expresión artística y ciertamente merecedoras de protección.

Así, en México, cuna de notorios personajes ficticios como Cantinflas, y aquellos de Chespíritu (Chavo del ocho, Chapulín Colorado, Don Ramón, Chilindrina, etc.) se desarrolla una protección especial a los personajes ficticios, que contempla algunos derechos sui generis que no coinciden con precisión en el ámbito de los derechos de autor y que tampoco pueden catalogarse dentro de la propiedad industrial, estos son denominados como: “otros derechos de

¹³ Art. 166.- “Los contratos sobre transferencia de derechos, autorización de uso o explotación de obras por terceros deberán otorgarse por escrito y se presumirán onerosos”.

¹⁴ No he encontrado al momento que el *Código Ingenios* establezca en materia de derecho de autor, otros casos distintos al *droit de suite* contenido en el Art. 158, lo cual nos hace concluir que, si bien la redacción del código infiere la posibilidad de varios casos de remuneración equitativa, el *droit de suite* sería el único específicamente previsto en el código al momento.

la propiedad intelectual” en los cuales se encuentra la “reserva de derechos al uso exclusivo”, que va más allá de los rasgos físicos externos y protege las “características psicológicas distintivas” de los personajes.

De acuerdo al Artículo 173 de la *Ley Federal de Derechos de Autor*:

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.

Tal como puede observarse del encabezado de la norma, la reserva de derechos para personajes protege no sólo los elementos físicos, sino que además incluye los elementos psicológicos distintivos del personaje. En efecto, lo que se protege es el comportamiento o la forma de ser del personaje, y aquellos detalles conductuales que lo hacen único y distinto al resto de personajes. La función principal de la reserva de derechos es la manifestación creativa en el campo artístico, siendo así, una figura multifacética que busca la protección de absolutamente todos los rasgos artísticos del personaje, incluyéndose específicamente los psicológicos, independientemente de los medios por los cuales pueda materializarse su expresión y sin necesidad de que se haya realizado su inscripción ante la autoridad nacional competente¹⁵.

Las cortes mexicanas, respecto del ámbito de protección conferido por las reservas, se han pronunciado de la siguiente manera:

Un personaje ficticio es una creación del intelecto consistente en una persona o ser animado (animal u objeto) que no existe en la realidad y que se individualiza mediante el nombre, rasgos físicos y psicológicos que, en particular, le otorga su autor, quien lo materializa, entre otros medios, a través de novelas, tiras cómicas, caricaturas, obras de teatro, películas y series de televisión, es decir, cualquier forma de emisión o reproducción. En esa clase de expresiones artísticas, las cuales se encuentran protegidas por la *Ley Federal del Derecho de Autor* desde el momento en que se materializan (principio de no formalidad), el ser humano suele desarrollar diversos personajes ficticios con el fin de exponer, a través de ellos, la historia que concibió en su mente, delineando las características que los identificarán a través de su trama, guión o dibujos, según corresponda. Por tanto, al ser tales personajes elementos fundamentales del andamiaje que emplea el autor para construir su obra, es evidente que no pueden desvincularse de ella y, como consecuencia, son parte integrante del bien intangible cuya titularidad exclusiva pertenece a su autor por su sola creación y materialización, sin necesidad de registro, razón por la cual su protección, en esos casos, no puede estar condicionada, además, al hecho de que se encuentren inscritos individualmente ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor mediante una reserva de derechos (Gaceta, Registro: 2005085, p. 1205).

¹⁵“El artículo 173, fracción III, de la *Ley Federal del Derecho de Autor* prescribe que el certificado de reserva de derechos otorga a su titular la prerrogativa de usar y explotar en forma exclusiva el nombre y las características físicas y psicológicas distintivas de un personaje ficticio. Por otro lado, dicho personaje puede ser materializado por su creador a través de medios muy diversos, entre los cuales se encuentran expresiones artísticas y literarias (novelas, tiras cómicas, caricaturas, obras de teatro, programas radiofónicos, películas, series de televisión, etcétera) que el ordenamiento referido protege desde el momento en que son fijadas en un soporte material (principio de no formalidad). Por tanto, la inclusión de la institución jurídica del certificado de reserva de derechos al uso exclusivo en la *Ley Federal del Derecho de Autor* no debe interpretarse en el sentido de que la protección de un personaje ficticio esté condicionada a que se obtenga el certificado respectivo, con independencia de que forme parte de una obra, ya que dicha interpretación atentaría contra la unidad que conforman los elementos de una obra que, considerada como un todo o en sus partes, está protegida sin necesidad de inscripción alguna” (Congreso de los Estados Unidos mexicanos, 2001, p. 1105).

Si bien es cierto que la reserva de derechos pretende la protección de los nombres y las características físicas y psicológicas, debe considerarse que el intérprete del personaje es quien lo trae a la realidad de acuerdo al guion o a la obra que interpreta, pero, a su vez, aporta ciertos elementos psicológicos. A pesar de ello, cabe la posibilidad de que se otorgue la reserva a un tercero distinto a quien interpreta al personaje. Por otra parte, en los personajes ficticios o simbólicos, dado que no necesitan de un intérprete, se comprende que sus características son aportadas mediante historietas o caricaturas. Estos últimos, generalmente, están protegidos por el derecho de autor de forma independiente.

La vigencia del certificado de la reserva de derechos, para los casos de nombres y características físicas y psicológicas distintivas de personajes, tanto humanos de caracterización como ficticios o simbólicos, es de cinco años renovables de manera indefinida, previa comprobación fehaciente del uso de la reserva, contados a partir de la fecha de su expedición.

Además, la *Ley Federal del Derecho de Autor* de México reprime los actos en contra de la explotación¹⁶, sin autorización del legítimo titular, sobre una reserva de derechos al uso exclusivo, siendo para ello competente el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial

Considerando la importancia que tiene la actuación y el comportamiento de los personajes en una interpretación para que ésta sea distintiva y forme parte de un todo, como ha de ser una obra artística, es necesario una protección integral de todos los elementos que forman parte de la obra. En definitiva, resultaría conveniente que el resto de países sigan el ejemplo mexicano y amplíen el ámbito de protección, reconociendo expresamente aquella que recae sobre los personajes, y se extienda tal protección a las características psicológicas distintivas de su personalidad.

Referencias bibliográficas

- Aizenstatd Leistenschneider, N. (2005). Consideraciones sobre el *droit de suite*: Análisis crítico del derecho de los artistas a obtener una participación en el precio de reventa de sus obras. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín*, 24, 21-30. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1729406>
- Bleda Navarro, G. (2010). Análisis del Derecho de Participación y su Evolución Normativa. En Carlos Rogel Vide (dir.). *Cuestiones actuales de la Propiedad Intelectual. Colección de Propiedad Intelectual*, pp. 111-115. Madrid: Editorial Reus.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito*. Registro: 2005085. Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II. Materia Administrativa. Personajes ficticios. Se encuentran protegidos en México sin necesidad de registro ante el instituto nacional del derecho de autor, si forman parte de una obra.
- Góngora, G. (2002). *La influencia del Derecho Internacional en el Derecho Mexicano. La apertura del modelo de desarrollo de México*. México: Limusa S.A.
- Lewis, P. (2003). The Resale Royalty and Australian Visual Artist: Painting the Full Picture. *Media & Arts Law Review*, 306-307

¹⁶ Las conductas que constituyen infracciones en materia de comercio por explotación de reservas de derechos al uso exclusivo son:

- Usar, reproducir o explotar una reserva de derechos protegida sin el consentimiento del titular, con fines de lucro directo o indirecto.
- Usar o explotar un nombre, título, denominación, características físicas o psicológicas, o características de operación de tal forma que induzcan a error o confusión con una reserva de derechos protegida, con fines de lucro directo o indirecto.

- Marchione, L. (2013). Fundamentos para implementar el Droit de Suite para las artes visuales. *Observatorio Iberoamericano del Derecho de Autor AR/DOC/3404/2013*. Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- Ortega, J. (coord.) (2010). *Cuestiones Actuales de la Propiedad Intelectual*. Madrid: Editorial Reus.
- Ortega Doménech, J. (2002). El resurgimiento europeo del “Droit de Suite” o derecho de participación en la reventa de obra plástica. *Anuario de Propiedad Intelectual* (2001), 253-334.
- Polión, Vitruvio, (1787). *Los Diez Libros De Arquitectura, Trad. Don Joseph Ortiz y Sanz*, Libro 7, Cap. IX De Orden Superior, Madrid: Imprenta Real.
- Rangel, D. (1988) El Droit de Suite de los autores en el derecho contemporáneo. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 19, 429-450.
- . Registro: 2005067. Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II. Materia Administrativa. Certificado de reserva de derechos al uso exclusivo. La previsión de esta institución jurídica en la *Ley federal del derecho de autor* respecto de un personaje ficticio, no implica que su protección se encuentre condicionada a su inscripción ante el instituto nacional del derecho de autor, cuando el personaje tenga su origen en una obra. México.

Convenios, tratados y conferencias

- Comisión del Acuerdo de Cartagena (1993). *Decisión N°351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Adoptada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, 17 de diciembre de 1993, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina, N° 145, 21 de diciembre de 1993.
- Parlamento europeo (2001). Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. 27 de septiembre de 2001.

Legislación

- Asamblea Nacional de la República de Ecuador (2016). *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*. Registro Oficial 899, 9 de diciembre de 2016.
- Comunidad Andina (1993). *Decisión N°345 sobre el Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales*. Aprobado por la Comisión del Acuerdo de Cartagena el 21 de octubre de 1993.
- Congreso de los Estados Unidos Mexicanos (2011). *Ley federal del derecho de autor*. Gaceta 2005067. 27 de enero de 2012.
- Congreso Nacional de la República de Ecuador (1998). *Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador*. Registro Oficial 320, 19 de mayo de 1998.
- Parlamento de Inglaterra. (1710). *Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra*. 5 de abril de 1710.
- Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas (1886) Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. 9 de septiembre de 1886.

Proyectos normativos

Proyecto de Ley “Droit de Suite”. (2014) Proyecto de reforma a la ley de la Ley 11.723. <<http://www.normamorandini.com.ar/?p=899>>.

Proyecto de Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Versión al 3 de junio de 2015 presentado a la Asamblea Nacional mediante Oficio No. T, 7137-SGJ-15-418.