

El derecho de autor en el diseño de moda

Rodrigo Javier Gozalbez ⁽¹⁾

⁽¹⁾ Abogado (UCSF), especializado en Derechos de Autor y Derechos Conexos. Candidato a Magister en Propiedad Intelectual por la U. Austral. C.O.O Argentina de la ELAPI. Agente de Propiedad Industrial (INPI). Posgrado en Derechos de Autor y Derechos Conexos (UBA) (2014). Actividad docente de grado y posgrado en las Universidades UNL, y UBA. Titular del despacho GZLZ Abogado. Disertante y autor de diversos artículos de doctrina especializados en Propiedad Intelectual.

Resumen

El presente artículo propone analizar cuál es el rol que el derecho de autor tiene en el campo de la moda, indagando las características, desenvolvimiento y alcance del mismo, con el fin de comprender no solo el motivo en virtud del cual su aplicación suele ser resistida por algunos sectores que prefieren recurrir a otro tipo de derechos intelectuales para proteger el fruto del intelecto asociado a esta industria sino también para intentar demostrar las bondades de su ejercicio principalmente en favor de autores y titulares. En primer lugar se analizarán brevemente los elementos esenciales que integran el sistema de derecho de autor señalando aspectos conceptuales y prácticos. En segundo término se abordará la vinculación entre los diseños de moda y los elementos autorales. Finalmente, mediante un planteo de los puntos fuertes y débiles de la disciplina, se encarará la viabilidad del Derecho de Autor en este tipo de industria.

Palabras clave: derecho de autor, propiedad intelectual, diseño de moda, industria de la moda, derechos intelectuales, negocio de la moda.

Abstract

This article proposes to analyze what is the role that copyright has in the field of fashion, investigating its characteristics, development and scope, in order to understand not only the reason by virtue of which its application is usually resisted by some sectors that prefer to resort to other types of intellectual rights to protect the fruit of the intellect associated with this industry but also to try to demonstrate the benefits of its exercise mainly in favor of authors and owners. First of all, the essential elements that make up the copyright system will be briefly analyzed, pointing out conceptual and practical aspects. Second, the link between fashion designs and author

elements will be addressed. Finally, by raising the strengths and weaknesses of the discipline, the viability of Copyright in this type of industry will be addressed.

Keywords: Copyright, Intellectual Property, Fashion Design, Fashion Industry, Intellectual Rights, Fashion Business.

Resumo

Este artigo se propõe a analisar qual é o papel que o direito autoral tem no campo da moda, investigando suas características, desenvolvimento e abrangência, a fim de compreender não apenas o motivo pelo qual costuma se resistir à sua aplicação. por alguns sectores que preferem recorrer a outros tipos de direitos intelectuais para proteger o fruto do intelecto associado a esta indústria mas também para tentar demonstrar os benefícios do seu exercício principalmente a favor dos autores e proprietários. Em primeiro lugar, serão analisados brevemente os elementos essenciais que compõem o sistema de direitos autorais, apontando aspectos conceituais e práticos. Em segundo lugar, será abordada a ligação entre os designs de moda e os elementos do autor. Por fim, ao aumentar os pontos fortes e fracos da disciplina, será abordada a viabilidade dos direitos autorais nesse tipo de indústria.

Palavras chave: Direitos autorais, Propriedade intelectual, Design de moda, Indústria da moda, Direitos intelectuais, Negócios de moda.

[Las traducciones de los abstracts fueron supervisadas por el autor de cada artículo]

Fecha de recepción: enero 2021

Fecha de aprobación: febrero 2021

Fecha publicación: marzo 2021

I. Introducción

En la actualidad el mundo de la moda ofrece innumerables elementos de disfrute que no solo se desenvuelven en el campo estético, sino que llegan acompañados de importantes consecuencias económicas, sociales y culturales. El desarrollo tecnológico experimentado en los últimos años llevó a la necesidad de revisar las formas de producción y el modelo de negocios de muchas empresas, poniendo el foco no solo en el impacto ambiental de la

industria sino también en la contribución social de su funcionamiento. Esta evolución trajo consigo nuevas necesidades entorno a la respuesta brindada por la ciencia jurídica, siendo el derecho de la propiedad intelectual una de las ramas de mayor desarrollo en el ámbito aquí analizado debido a su característica vinculación con la capacidad creativa de la persona humana y a las posibilidades de adaptación a las vicisitudes que constantemente se presentan.

El negocio de la moda engloba la interacción de diversos derechos de naturaleza intelectual siendo el campo de la propiedad industrial el más afamado debido a la fuerte necesidad de las principales empresas por proteger sus signos distintivos y evitar actos de competencia desleal que no solo puedan atacar la clientela sino que incluso dañen la preciada reputación de la compañía. Asimismo los modelos y diseños industriales tienen especial importancia ya que se manifiestan como una situación fronteriza al tipo de derechos que se encargará de analizar este trabajo. No solo las compañías de mayor envergadura comercial se ven interesadas en el derecho de la propiedad intelectual: un gran número de diseñadores, entre los que se encuentran titulares de emprendimientos emergentes como también experimentados responsables de pequeñas y medianas empresas nacionales, vienen reclamando (Hartmann, 2019) mayor robustez en la protección y gestión de su trabajo intelectual. En este orden de ideas el presente artículo se propone analizar cuál es el rol que el derecho de autor tiene en el campo de la moda, indagando las características, desenvolvimiento y alcance del mismo, con el fin de comprender no solo el motivo en virtud del cual su aplicación suele ser resistida por algunos sectores que prefieren recurrir a otro tipo de derechos intelectuales para proteger el fruto del intelecto asociado a esta industria sino también para intentar demostrar las bondades de su ejercicio principalmente en favor de autores y titulares, primordiales sujetos destinatarios de la dispensa normativa.

Con el propósito preliminarmente referenciado este trabajo en primer lugar analizará brevemente los elementos esenciales que integran el sistema de derecho de autor, señalando aspectos conceptuales y prácticos. En segundo término se abordará la vinculación entre los diseños de moda y los elementos autorales mediante un cotejo de los mismos con las características del campo de la moda. Finalmente, mediante un planteo de los puntos fuertes y débiles de la disciplina, se encararán aspectos concernientes a la viabilidad del Derecho de Autor en este tipo de industria

II. Elementos esenciales en los estatutos de derecho de

autor

Considerado el tipo de propiedad más pura y legítima que existe sobre la tierra por su directa emanación de la personalidad humana (Antequera Parrilli, 2007), el derecho de autor puede definirse teniendo en cuenta las facultades reconocidas en cabeza de la persona humana que crea la obra, que se traducen en potestades de tipo moral y patrimonial, por el hecho jurídico del acto de creación. Si bien los actos registrales son necesarios para el ejercicio del derecho, sumado a motivos netamente probatorios, los mismos son relativos cuando hablamos de la condición de autor, por lo que el acto creativo es el momento sustancial que configura el nacimiento de la dispensa normativa.

Lo que hace el derecho no solo es reconocer la legitimidad del título sobre la creación sino también revestir al autor de un cúmulo de poderes legales que le permiten por un lado defender su creación y por el otro estimular su creatividad, asegurando el constante cultivo de los dotes natos y la inversión temporal que estos requieren para profundizarse y elevarse. A diferencia de lo que algunos consideran, al derecho de autor no le interesan los monopolios sino la siembra y cosecha de la capacidad creativa del ser humano expresada en aportes al desarrollo cultural y la observancia de ese acervo en forma sostenida.

El contexto preliminar requiere examinar una serie de elementos que son constitutivos de los distintos ordenamientos jurídicos autorales ya que su entendimiento no solo permitirá ordenar y allanar el camino del lector de este trabajo sino también comprender el aporte de la disciplina en el campo del arte que requiera su análisis, en nuestro caso, los diseños de moda. Si bien existen numerosas aristas que podríamos abordar respecto al tema, concurren tres aspectos básicos a considerar en materia de elementos constitutivos de la disciplina: el elemento subjetivo, el elemento objetivo y el contenido del derecho.

Conforme al elemento subjetivo el amparo legal reside en la persona humana creadora de la obra al que los estatutos denominan “*autor*”. Éste es sujeto de derechos desde el momento en que manifiesta la actividad intelectual que se configura en un hecho jurídico que es la creación. Para los sistemas jurídicos basados en la concepción continental europea, autor es estrictamente una persona de carne y hueso, descartando una autoría empresarial en cabeza las personas jurídicas, estas *no pueden crear obras, solo pueden hacerlo las personas físicas que las integran* (Lipszyc, 2007, p. 124), por esta razón se suele recurrir al uso de ficciones legales para atribuirles la titularidad

originaria sobre las creaciones, cuestión que desde el punto de vista de la dicotomía conceptual entre los términos autoría y titularidad se presenta como anómala: el autor siempre nace titular, el titular puede no ser el autor. En el sistema del *copyright* suele producirse una distorsión de estas vinculaciones conceptuales, prevaleciendo un concepto de titularidad de raíz mayoritariamente material o utilitaria.

Respecto al elemento objetivo el derecho de autor centra su análisis en el concepto de “obra”, entendida como manifestación de la personalidad del autor que se desenvuelve mediante una creación formal, algo concreto que supera la mera idea y que tiene una característica exorbitante para la disciplina: la originalidad. Cuando esta creación es original y puede ser reproducida y comunicada podemos considerarla como destinataria de la tutela normativa del derecho de autor. Las obras se conciben en sentido amplio, por lo que las enumeraciones que las legislaciones normalmente proponen son consideradas en sentido meramente enunciativo¹.

La impronta creativa que caracteriza a la expresión formal y se constituye como el presupuesto máximo de protección del derecho de autor se denomina “originalidad”, condición de protección esencial sin la cual no hablaríamos de derecho de autor. Una obra es protegida cuando es original, es decir, cuando puede traducir la individualidad de su creador, su personalidad en la misma obra. Esta se presentará en diversa extensión teniendo en cuenta el tipo de obra que se analice, surgiendo diferencias de tipo cuantitativas y cualitativas pero siempre debiendo existir un punto mínimo que dé por cumplimentado el requisito original. Como veremos oportunamente, la exigencia de la originalidad es la que mayores desafíos le plantea a la viabilidad del derecho de autor en el campo de la moda.

Por último, debemos analizar el elemento vinculado al contenido del derecho. Como expresamos al inicio de este trabajo, el concepto de derecho de autor en sentido subjetivo alude a las facultades que tiene todo autor de una obra científica, literaria y artística, siendo estas materiales e inmateriales. El derecho moral surge de una manifestación directa de la impronta personal del creador que se irradia en su obra, teniendo como consecuencia la presencia de los caracteres de esencialidad, extrapatrimonialidad, inenajenabilidad, innegociabilidad, yaciendo asimismo absolutos e inherentes. Los derechos morales que reconocen la mayoría de las legislaciones del sistema continental europeo son las facultades de divulgación, individualización, integridad y retracto.

Conforme al derecho moral de divulgación el autor da a conocer la obra

¹ Como es el caso de la Ley Española en su art. 10 y la Ley Argentina en su art. 1.

inédita a un número indeterminado de personas, es decir, que exceda el ámbito de custodia privado o familiar del creador, siendo el punto de partida del contenido de las demás facultades que la ley otorga. El derecho de individualización significa la facultad de ser identificado, ya sea con su nombre o seudónimo, como autor de la obra e incluso a mantenerse anónimo. Mediante el derecho moral de integridad se protege cualquier ataque tanto del título asignado a la creación, como de su forma y contenido. Por último, algunas legislaciones² contienen el derecho moral de retracto que constituye la posibilidad de retirar del comercio su obra, por motivos de un cambio ideológico, de concepción o arrepentimiento respecto a la misma, con la correspondiente compensación en la medida del perjuicio económico generado. El contenido económico del derecho por lo general se estructura mediante las siguientes facultades materiales que son consideradas en sentido amplio: reproducción, distribución, transformación, comunicación pública y el derecho de participación. El derecho de reproducción consiste en la explotación de la obra mediante su fijación en un soporte idóneo para su replicación, lo que conlleva la obtención de copias de la producción creativa, independientemente del material o soporte. El derecho de distribución alude a la facultad de la puesta a disposición con el fin de transferir en forma total o parcial la propiedad sobre el original o los ejemplares de la obra, en favor de un tercero. Por el derecho de comunicación pública el creador puede permitir que un número indeterminado de personas accedan a la obra por medios distintos a la entrega de copias.

El derecho de transformación radica en el permiso otorgado por el autor para la generación de obras derivadas de la obra originaria que este detenta, siendo fundamental su consentimiento para producir la “transformación” de la obra originaria y posibilitar el nacimiento de un nuevo derecho de autor en cabeza del creador de la obra derivada, sin perjuicio de los derechos sobre la obra primigenia. Por último, el derecho de participación³ consiste en el acceso a un porcentaje de las reventas de la obra original, en favor del autor. El fundamento radica en la importancia que tiene “el original” de la obra en algunos campos del arte como son las obras plásticas.

III. Vinculaciones entre los diseños de moda y los elementos autorales

² Ejemplo: Colombia, art 30, inc. e) Ley 23;

³ Consagrado primeramente en Francia y presente en numerosos países. En Argentina aún no se encuentra legislado.

Siguiendo el análisis desarrollado en el punto anterior, aquí nos ocuparemos de esbozar un cotejo entre el campo de los diseños de moda y los elementos autorales con el propósito de visualizar la relación que los vincula. Tomando como punto de partida el elemento subjetivo, el negocio de la moda plantea un contexto en el que confluyen por un lado el diseñador, que en nuestra disciplina se le asigna la calidad de autor como persona humana que crea la obra y por el otro las empresas que comercializan dichos diseños que normalmente son las titulares de los distintos derechos de propiedad intelectual que se desarrollan en este ámbito.

Desde el punto de vista del derecho de autor el creador del diseño deviene en la persona humana que consagra la figura del diseñador. Como expresamos más arriba, el acto de creación demarca temporalmente la asignación del título mediante el cual comienza la dispensa normativa, independientemente de los factores registrales que si bien adquieren importancia a los efectos del ejercicio de las facultades materiales analizadas, su importancia a los efectos de la asignación de la calidad de autor es relativa.

Lo afirmado en el párrafo anterior resulta relevante si analizamos que las empresas que contratan diseñadores normalmente detentan los distintos derechos de propiedad intelectual vinculados a la temática como son las marcas y los diseños industriales, lo que significa que el autor deberá enfrentarse a una diferencia en términos jurídicos que puede agrietar la gestión integral de propiedad intelectual del negocio puesto que para el sistema continental europeo de derecho de autor, en el que se basa nuestro trabajo, solo la persona humana puede ser titular originario del diseño creado, lo que necesariamente requerirá un desplazamiento jurídico posterior que tenga por objeto generar titularidad derivada en cabeza de una persona de existencia ideal, con la previa aplicación de los principios y presunciones que gobiernan la disciplina autoral⁴.

Esto puede plantear diversos escenarios como son la presencia de contratos de obra por encargo o acuerdos mediante los cuales el diseñador negocie una serie de sus facultades patrimoniales mediante cesiones o licencias. Esto último dependerá de cuál es el modelo de negocios en juego, es decir, si nos encontramos ante una gran industria, una mediana empresa o un pequeño emprendimiento basado en la autogestión.

La importancia de una administración amena en materia de propiedad intelectual tiene consecuencias en este punto de contacto propio del esquema

⁴ Como por ejemplo los principios de interpretación restrictiva e independencia de los derechos o la presunción de onerosidad.

subjetivo: el vínculo entre el diseñador y la empresa o corporación con la que puede desarrollar una relación laboral no lo deja exento de reclamos ya que normalmente las empresas presentan los diseños de sus creativos y a medida que estos ostentan un incremento en la popularidad las posibilidades de reclamos o demandas solidarias aumentan su presencia. En *Tierney vs. Moschino*⁵ un autor de grafitis demandó a Moschino y a su director creativo Jeremy Scott aseverando la reproducción ilícita de un mural realizado en Detroit en 2012. Dicha reproducción se realizó sobre los diseños de la colección para Otoño-Invierno de 2015 de Moschino, incluso apareciendo en la prenda que Katy Perry vistió en la gala del MET de ese año. Las partes resolvieron el conflicto con un acuerdo.

Con relación al elemento objetivo se impone la necesidad de analizar de qué tipo de obras estamos hablando cuando nos referimos al diseño de moda. Si bien un razonamiento lógico implicaría una respuesta sencilla, a la luz del carácter enunciativo de las enumeraciones legales, los problemas se presentan al analizar el requisito indispensable por el cual se justifica la protección normativa del derecho de autor: la originalidad. Este elemento es en Argentina el único requerido, aunque en la legislación comparada se imponen diversas condiciones⁶ para el caso puntual de las obras de arte aplicado, donde podríamos ubicar a gran parte de los diseños de moda, aunque no es el único tipo de obra desarrollado en este campo del arte. Ante la pregunta de si un diseñador puede registrar un bosquejo, un modelo o una prenda de vestir en su etapa final de confección entendemos que la respuesta debe ser afirmativa en todos los supuestos. Llegamos a esta conclusión por el simple hecho de enfatizar que la obra es una creación formal cuya expresión material puede adquirir un sinnúmero de modalidades pero, como expresamos precedentemente, no es un requisito de protección. Lo que al derecho de autor le interesa es que la creación formal sea original y tenga la capacidad de reproducción y difusión. Entonces, el problema no se presenta en la consideración de si existe dispensa normativa desde el punto de vista del elemento objetivo en términos generales sino que el inconveniente se plantea en específico: la vasta actividad en el mundo del diseño genera creaciones que muchas veces no cumplen con el requisito de originalidad, entonces aquí tenemos el principal inconveniente en este

⁵ Joseph Tierney v. Moschino S.p.A. (2:15-cv-05900) - District Court, C.D. California (2015).

⁶ Por ejemplo: Colombia dispone que las obras de arte aplicadas a la industria solo son protegidas en la medida en que su valor artístico pueda ser separado del carácter industrial del objeto u objetos en las que ellas puedan ser aplicadas.(art. 6 *in fine* - Ley 23)

ámbito.

Para ahondar en mayor medida en el tema de la originalidad, el caso hipotético que podríamos presentar sería la existencia de dos diseños en los cuales se disputa la originalidad al existir pequeñas diferencias en uno que hacen pensar que nos encontramos ante un caso de plagio. En este supuesto lo recomendable es estar a las coincidencias respecto del primer diseño y analizar fundamentalmente lo que se alega como diferencia para intentar llegar a la mejor solución posible, recordando que el derecho de autor no puede de ningún modo amparar la usurpación de aspectos de impronta creativa característicos de una expresión formal concreta de un autor para lucirlos como si fueran de otro.

El tema de la originalidad en el campo de la moda se debatió, en el marco del derecho comunitario europeo, en la famosa causa conocida como *Cofemel*⁷ a la que le dedicaremos especial atención. El caso planteó la demanda que interpuso G-Star contra Cofemel ante un juzgado portugués de primera instancia solicitando el cese de la infracción a sus derechos de autor y actos de competencia desleal, y reclamando daños y perjuicios y la imposición de multa para el caso de nueva infracción. El conflicto versaba sobre la supuesta copia por parte de Cofemel de prendas de vestir (jeans, remeras y buzos) producidos por Cofemel que eran similares a los modelos *arc* y *rowdy* de G-Star. La actora sostuvo que dichos modelos eran obras susceptibles de ser protegidas por el sistema de derecho de autor. Cofemel se defendió alegando que esas prendas no eran obras. En primera instancia se sostuvo en parte la tesis de G-Star. Ante la apelación de Cofemel, la Cámara de Lisboa también sostuvo la existencia de obras protegidas por derecho de autor y la infracción de Cofemel sobre las mismas. La empresa demandada elevó a casación el asunto generando que el Supremo Tribunal de Portugal, ante el análisis del pleito y su convicción en relación a la carencia de elementos en la legislación local para determinar el grado de originalidad necesario para aplicar en el caso concreto, deba someter al análisis por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una serie de cuestiones prejudiciales⁸ que requerían su interpretación.

⁷ *Cofemel - Sociedade de Vestuário, S.A. vs. G-Star Raw CV* (TJUE C-683/17)

⁸ La primera cuestión prejudicial se preguntaba ¿Se opone la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 a una normativa nacional –en el presente asunto, la disposición del artículo 2, apartado 1, letra i), del Código de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor– que confiere protección de derechos de autor a las obras de artes aplicadas, dibujos y modelos industriales u obras

Para resolver la interpretación solicitada el TJUE comienza analizando el requisito de la originalidad a la luz de las Directivas Europeas y de su propia jurisprudencia, entendiendo que existen dos requisitos para configurar la originalidad: una creación intelectual propia de su autor, es decir que manifieste decisiones libres y creativas del mismo, reflejando su personalidad y la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad. Para el primer caso, cuando la decisión sea condicionada por motivos técnicos y no sea una decisión libre que refleje la personalidad del autor no hay originalidad. Para el segundo caso, el órgano sentenciante refirió que una identificación asentada en sensaciones subjetivas de la persona que percibe el objeto en cuestión no cumple la exigencia requerida de precisión y objetividad. El tribunal llegó a la conclusión de que los efectos de naturaleza estética no eran suficientes para considerar originales a los modelos de prendas de vestir involucrados en el pleito y como consecuencia de ello, al no cumplirse el requisito primordial de protección no se podían configurar como obras.

Retomando nuestro análisis y respecto al elemento relacionado con el contenido del derecho, el ámbito de la moda nos presenta la utilización de las dos más importantes facultades patrimoniales del autor: el derecho de reproducción y el derecho de comunicación pública. El primero se desarrolla mediante la replicación de la obra en la indumentaria concreta por ejemplo: mediante los ejemplares de un mismo diseño replicado en diez prendas de vestir idénticas, cuya falsificación o reproducción no autorizada puede dar lugar al delito de piratería. En esta facultad se basan normalmente los reclamos por utilizations no autorizadas de obras de otros autores en prendas de vestir.

A los casos que analizamos podemos sumar, por ejemplo, el pleito entre

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

*Hermès vs. PlayNoMore*⁹ que si bien el tema fue resuelto por el máximo tribunal coreano mediante la legislación de competencia desleal en favor de Hermès, distintos argumentos relacionados con el derecho de autor fueron planteados en segunda instancia al revocar la victoria de Hermès que propició el *a quo*. Al resolver la apelación el Tribunal Superior de Seúl entendió que el diseño único de “ojos” de *Playnomore* era un elemento que dotaba de originalidad a esas carteras con creatividad, singularidad y estética al incorporar varias imágenes raras juntas.

Como dijimos, la Corte Suprema de Corea resolvió con basamento en la legislación de competencia desleal, aunque el expediente volverá a primera instancia, pero resulta oportuno tener en cuenta el caso a los efectos de un análisis del derecho de reproducción ya que la posibilidad de demostrar el cumplimiento del requisito de originalidad y la presencia de una obra protegida por el derecho de autor significa la necesidad de contar con el permiso de su titular para la explotación mediante la fijación en un soporte y la generación de copias de la obra.

Por otro lado, el acceso de un número indeterminado de personas por medios distintos a la realización de copias o ejemplares, como puede ser su exhibición por medios audiovisuales puede dar lugar a su comunicación pública. En el ámbito digital esta facultad se transforma hacia la modalidad de puesta a disposición, que es más extensa y modifica el don de la ubicuidad de la obra, mejorando su difusión y acceso a un mayor número de destinatarios a lo largo del mundo pero por otro lado incrementando los esfuerzos y las dificultades para la observancia del derecho por parte de su titular. En este punto la materialización práctica de esa obra o no puede resultar irrelevante teniendo en cuenta que esta modalidad enfatiza la creación formal por sobre su soporte palpable. En este punto debe tenerse en cuenta la necesidad de comercialización de las prendas de vestir y el otorgamiento de las correspondientes autorizaciones que permitan gestionar los derechos exclusivos de sus titulares.

Otra de las facultades patrimoniales involucradas es el derecho de transformación. El mismo tiene relevancia en los supuestos de apropiación de partes de la obra de otro pretendiendo lograr un uso lícito de la misma para crear un diseño nuevo. Uno de los argumentos que se presentaron en el reclamo de *Joseph Tierney* contra *Moschino*, al que hicimos referencia previamente, versó en la transformación ilícita de la obra del demandante ya que los reclamados intervinieron la obra primigenia realizando sus propias pinturas sobre la misma, con la superposición de los nombres de marca *Moschino* y *Jeremy Scott* mediante el modo de spray de pintura, dando a

⁹ *Hermès International v. Play No More Co. Ltd.*

entender que formaba parte de la obra originaria. Asimismo el problema del uso de fragmentos de obras ajenas para integrar obras propias se relaciona con la existencia o no de distintas limitaciones que pueden justificar dicho accionar o no. En el caso argentino, al no estar legislada la parodia nuestra norma es clara: tanto en el art. 4 inc. c, como en el art. 25 de la Ley 11.723 se hace mención a la necesidad del permiso del autor para la generación de una obra derivada. En las legislaciones que consagran la parodia como una limitación podría plantearse una solución diferente. Igual situación puede darse en el sistema anglosajón con las excepciones de *fair use*¹⁰ y *fair dealing*¹¹.

IV. Viabilidad del Derecho de Autor en el campo de la moda

Una vez realizado el necesario análisis de los elementos esenciales del derecho de autor podemos plantear si resulta viable el desarrollo de esta ciencia jurídica en el campo de la moda, teniendo en cuenta las presiones que se generan en el ámbito de la propiedad intelectual ante la popularidad de algunos derechos de propiedad industrial como las marcas y los diseños industriales o artesanales, cuya impronta comercial parece resultar más amena para su desenvolvimiento dentro de la industria, lo que claramente no alcanza para desplazar a la disciplina autoral de la posibilidad de aplicación. Como puede inferir el lector, creemos que la respuesta a este interrogante es positiva. El mundo del diseño de moda resulta un campo fértil para el cumplimiento y desarrollo de los elementos estructurales del derecho de autor: subjetivo, objetivo y su contenido. Esta afirmación no implica que no devenga complejo su análisis a partir de los ejemplos que fueron presentados en este trabajo respecto a las disputas de originalidad que, tal y como lo planteamos, no deben entenderse como un cuestionamiento general al desarrollo de la concepción de obra en el diseño de prendas de vestir sino como un aspecto particular relacionado con el requisito que la caracteriza, la individualidad de su creador.

Que algunos diseños puedan tacharse de “no originales” o que por cuestiones funcionales este tipo de industria contenga producción en serie o modelos mecánicos carentes de individualidad no significa que el derecho de autor

¹⁰ Copyright Act estadounidense art. 107.

¹¹ Copyright, Designs and Patents Act inglesa. Secciones 29 y 30.

deba perecer en este ámbito. Lo contrario implicaría desconocer el resguardo autoral a innumerables creaciones originales que fueron el resultado de un arduo proceso creativo que implicó un sinnúmero de dificultades para su autor, las que merecen sin dudas el amparo de la ley autoral cuyo fomento tiene la oportunidad de garantizar la actividad creativa y el desarrollo económico y cultural.

La legislación autoral consagra una serie de ventajas en su cotejo con los derechos de propiedad industrial relacionados con el diseño. La protección reconocida desde el momento de la configuración de un hecho jurídico –y no un acto jurídico administrativo– constituye el primer elemento superador, por ejemplo, respecto al régimen de diseños y modelos industriales y al derecho marcario. Si bien es cierto que las marcas ofrecen una importante ventaja que, si se cumplen una serie de requisitos, logra superar la restricción temporal existente en todo derecho de propiedad intelectual gracias al mecanismo de la renovación, no es menos verdadero que dicho régimen se aplica con la principal finalidad de distinguir productos o servicios de los de la competencia.

A diferencia de lo que acontece en los modelos y diseños industriales o artesanales, cuya novedad y/u originalidad son específicas para la forma o aspecto incorporado al producto que le confiere ornamentalidad, la disciplina autoral tiene otros objetivos que van más allá de la aplicación o no a un producto industrial o artesanal, es decir, se centra en la impronta personal de su creador transmitida o reflejada en la creación, independientemente de los aspectos estéticos o funcionales, propios de otros derechos intelectuales.

El sistema de derecho de autor se encargará de proteger la originalidad presente en la creación artística, independiente de su novedad o distintividad. En el derecho de autor el registro tiene un carácter relativo y su necesidad se justifica principalmente para enriquecer el aspecto probatorio: se otorga fecha cierta y presunción de autoría, pero en caso de que este no exista, los ordenamientos jurídicos delegan en la ley ritual la aplicación de los principios probatorios, dando la posibilidad de utilizar diversos medios de prueba que permitan esclarecer quién es el verdadero creador. La existencia de prueba documental, testigos, pericias técnicas, son algunos de los sistemas que permiten resolver conflictos judiciales en esta materia.

Asimismo el sistema autoral contiene un término de protección mayor que, en la generalidad de las obras, está relacionado con la vida del autor más un plazo que suele ser de 70 años en numerosos países y comienza a contarse desde el primero de Enero del año posterior al fallecimiento del creador. En materia de derechos morales existe en numerosas legislaciones una suerte de

ultractividad normativa¹² que permite que este aspecto personal trascienda al autor. En materia de derecho de autor el principio de territorialidad, común en los derechos industriales, se desplaza hacia el llamado principio de protección automática propio del estatuto unionista¹³, lo que asegura la posibilidad de reclamar protección casi en todos los países del mundo, aspecto de vital importancia para una adecuada observancia del derecho. El criterio central para demostrar la viabilidad del sistema podemos asociarlo al elemento objetivo. Cabe analizar con profundidad el objeto a proteger con el fin de determinar la existencia de un nivel de originalidad que justifique el andamiaje normativo y evite conflictos respecto a la aplicación del régimen de derecho de autor. Creemos que las bondades del sistema verifican su ubicación en el ámbito del diseño de moda principalmente por el reconocimiento de la capacidad creativa aplicadas a las prendas de vestir y el fomento de esta actividad que las normas autorales consagran, no solo para defender el tiempo de trabajo llevado a cabo por el diseñador sino también por la inversión que debe aplicarse para incrementar las posibilidades de éxito del proyecto.

Como consecuencia de lo precitado, la viabilidad de la aplicación del régimen autoral al mundo de la moda debe analizarse teniendo en cuenta el desarrollo de los elementos de la disciplina en el caso concreto y la necesidad de integrar las posibilidades de este estatuto jurídico en el marco de una gestión integral de la propiedad intelectual, esto es, que tenga en cuenta un análisis completo de los demás derechos intelectuales existentes en un proyecto particular: marcas, diseños y modelos industriales, patentes de invención, secretos comerciales, etc. Lo contrario no solo implicaría desconocer la importancia de la impronta artística en el mundo de la moda y la prevalencia del aspecto meramente comercial sino que también significaría excluir numerosos incentivos de desarrollo que pueden ser valorizados económicamente como aportes al proceso productivo que se trate.

V. Conclusión

A lo largo de este trabajo intentamos introducir al lector en los aspectos más

¹² Ver art. 83 ley 11723.

¹³ “El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad (...)”. Art. 5 pto. 2. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. (1886).

relevantes del derecho de autor y su relación con el diseño de moda.

Partiendo de un análisis de los tres elementos esenciales que constituyen la estructura de esta rama de la propiedad intelectual, se individualizaron los conceptos que permiten comprender de qué estamos hablando cuando nos referimos al campo autoral. En una vinculación entre dichos elementos y una serie de casos que fueron tratados se visualizó la importancia de una gestión de propiedad intelectual para asegurar el éxito del negocio y evitar conflictos judiciales que generen inconvenientes imprevisibles.

La jurisprudencia en la materia aporta distintas soluciones que se emplean a los casos concretos pero que pueden ordenar la aplicación del sistema de derecho de autor y eliminar escepticismos al respecto. Basta analizar el ejemplo de *Cofemel* en virtud del cual se trató el concepto de originalidad y su alcance, que si bien su solución puede variar en el ámbito de otros ordenamientos jurídicos, resulta efectivo para entender la importancia de los elementos exigidos por la norma para la dispensa legal y el rol de los juzgados a la hora de interpretar el derecho.

Consideramos que la viabilidad del sistema va a depender fundamentalmente de un análisis detallado del elemento autoral objetivo y del cumplimiento del requisito de originalidad, criterio indispensable para la existencia de una obra protegida por el sistema de derecho de autor. Si bien el análisis de originalidad depende en última instancia de la interpretación judicial, los operadores del sistema deben aunar esfuerzos para reducir el nivel de incertidumbre anclado a este tema con el objeto de despejar dudas en torno a la aplicación del derecho de autor a las prendas de vestir, todo lo anterior en el marco de una gestión integral de la propiedad intelectual que vincule los distintos derechos que la disciplina involucra para ampliar la captación de valor del trabajo realizado.

Sin una estrategia completa en el tema cabe la posibilidad de desperdiciar recursos humanos y económicos que siempre resultan escasos, comprometiendo la viabilidad del negocio que se pretende proyectar. Dicha gestión debe considerarse como un aspecto prioritario de la empresa o emprendimiento teniendo en cuenta la existencia de un trabajo creativo que puede ser fácilmente captado por terceros, como intentamos demostrar con los distintos casos que se presentaron al análisis en este trabajo y que, independientemente de cómo fueron resueltos, muestran las distintas aristas que pueden manifestarse respecto a la temática estudiada.

Es dable destacar que el derecho de autor ofrece una serie de facultades normativas en cabeza de los diseñadores que permiten ampliar las fronteras negócias, favoreciendo principalmente el trabajo de nuevos emprendimientos con ideas innovadoras en la temática. El fomento del arte asociado al derecho de autor resulta indispensable para asegurar el trabajo

llevado a cabo por los creativos de la disciplina y la inversión soportada en el modelo de negocios que comercializa el resultado plasmado por esa impronta creativa, a la que el derecho de autor le debe su existencia y con la que constantemente se complementa: la creatividad y derecho autoral son las dos caras de una misma moneda.

Finalmente, cabe resaltar que la temática que aquí se planteó resulta desafiante teniendo en cuenta la rapidez con la que se desenvuelven los intercambios comerciales y culturales de nuestro tiempo, lo que demanda un constante mejoramiento en los recursos humanos y tecnológicos que permitan satisfacer los intereses de las distintas partes involucradas. Como hicimos referencia al inicio, es creciente el número de diseñadores y titulares de empresas y emprendimientos creativos que demandan el amparo de la ley autoral para evitar quedar librados a la suerte de un mercado cada vez más complejo, siendo el deseo de este autor que el presente trabajo sirva como un aporte para ese anhelo.

Referencias Bibliográficas

Antequera Parilli, R. (2007). El derecho de autor no es una propiedad [Nota en un blog]. Recuperado de <https://www.aporrea.org/tecno/a42121.html>

Anónimo (6 de agosto de 2015) Un artista del grafiti demanda a Moschino por robarle sus diseños *Abc.es*. Recuperado de: <https://www.abc.es/estilo/moda/20150806/abci-graffiti-demanda-moschino-201508061059.html>

Directiva (UE) 2019/790. El derecho de autor y derechos afines en el mercado único digital. Boletín de la Unión Europea (17 de abril de 2019).

Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Parlamento Europeo (22 de mayo de 2001).

Gozalbez, R. J. (2020). Elementos de la Directiva (UE) 2019/790 sobre el derecho de autor y derechos afines en el mercado único digital respecto a la brecha de valor en internet. En Ordoñez, C. (dir.). *Derecho y Tecnología Tomo N° 2. Procedimientos electrónicos. Prueba electrónica. Forensia digital. Litigación y nuevas tecnologías. Jurisprudencia. «legaltech» e innovación legal*". Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

_____ (abril, 2014). Los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información: Nuevos paradigmas del objeto de protección. *Revista del Foro de Práctica Profesional del Colegio de Abogados de Santa Fe*. Volumen 23.

Hartmann, I. (12 de septiembre de 2019) ¿La ropa tiene derechos de autor? En Europa fallan contra una marca que denunció plagio y en Argentina piden más control. *Clarín.com* Recuperado de: <https://www.clarin.com/sociedad/>-

ropa-derechos-autor-europa-fallan-marca-denuncio-plagio-argentina-piden-control_0_jzNqHoE.html

Lipszyc, D. (1993). *Derechos de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Editorial Zavalia.

_____ (2004). *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Editorial Zavalia.

Saiz García, C. y Evangelio Llorca, R. (dir.). (2019). *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.

Suthersanen, U. (2018). El derecho de autor como motor de la libertad de expresión: una perspectiva inglesa. *Jornadas de estudio ALAI Derecho de autor y libertad de expresión*. Barcelona, España.

The Fashion Law (13 de julio de 2020). Hermès Prevails in Years-Long Fight Over Lookalike Bags in Korea *TheFashionLaw.com*. Recuperado de: <https://www.thefashionlaw.com/hermes-prevails-in-years-long-fight-over-lookalike-bags-in-korea/>

Villalba, C. y Lipszyc, D. (2001). *El derecho de autor en la Argentina*. Buenos Aires: Editorial La Ley.