

LA RESURRECCIÓN DE LOS ARTISTAS A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. CUESTIONES JURÍDICO-ECONÓMICAS EN TORNO AL DERECHO DE IMAGEN

*The Resurrection of Artists Through New Technologies. Legal-Economic Issues About the
Right of Image*

Salvador Francisco RUIZ MEDRANO*

Lari Arthur VIIANTO**

Sumario:

*I. La imagen de la persona como el objeto de estudio II. La imagen como marca III.
Los aspectos económicos IV. Apuntes finales V. Fuentes consultadas y citadas*

Resumen: *Las cuestiones relativas a las propiedades especiales en cuestión de los derechos de carácter patrimonial y de los derechos de carácter moral en cuanto a sus alcances, han resultado siempre ambiguos y llenos de lagunas, la razón no es por culpa del legislador sino más bien que en virtud de la materia que se trata, que esta tan ligada a la tecnología, existen y, mucho nos tememos, existirán siempre lagunas, puesto que no somos capaces de llegar a predecir o ver el futuro, el cómo afectarían las conductas de los individuos y ni mucho menos ver los efectos que esto traerán en las nuevas creaciones, esquemas de negocios, contratos y límites del uso de cuestiones tan puntuales, tal y como se tratara a lo largo del presente estudio, la imagen de las personas que hubiesen fallecido. La cuestión de fondo que se pretende abordar es el auténtico derecho que pueden esgrimir, por un lado, parientes, por el otro lado contratos de carácter privado, compañías tanto de cine como de música (y ¿por qué no? otro tipo de empresas que usen la imagen de las personas para promocionarse) que pudieran considerar la comprar la “imagen” y hacer uso de ella, es decir revivir para efectos de publicidad a los artistas ya fallecidos, ¿deben de existir límites para esto? Si es así, ¿de qué tipo? ¿acaso la larga búsqueda de la riqueza, de manera honesta, puede verse limitada por cuestiones de carácter moral o de buen gusto? Para poder llegar a tratar de responder esto, es necesario atacar las preguntas planteadas a través de los dos grandes sistemas de protección de las propiedades especiales, tal y como lo son el sistema Copyright y el sistema de protección de la propiedad intelectual centrado en el Tratado de Berna, tomando en consideración de que, si bien, ambos tienen una esencia similar, sus fines que persiguen como los medios que emplean y su filosofía que subyace*

* Dr. Salvador Francisco Ruiz Medrano: Profesor de tiempo completo de la Universidad de Guanajuato, División de Ciencias Económico Administrativas, Departamento de Gestión y Dirección de Empresas. salvador.rm@ugto.mx

** Dr. Lari Arthur Viianto: Profesor de tiempo completo de la Universidad de Guanajuato, División de Ciencias Económico Administrativas, Departamento de Economía y Finanzas. la.viianto@ugto.mx

dentro de sus esquemas de protección son diametralmente diferentes, lo que hace que, será necesario partir de la cuestión, ¿a través de qué sistema, logro proteger (o explotar, según mi interés) la imagen de una persona ya fallecida?; cómo puedo legitimar esta pretensión?

Palabras clave: *Derecho de la propiedad industrial, signos distintivos, marcas, derecho de imagen, economía de la marca, economía de la imagen pública de la persona.*

Abstract: *The questions regarding the special properties in question of the rights of patrimonial character and of the rights of moral character in terms of their scope, have always been ambiguous and full of gaps, the reason is not because of the legislator but rather than in by virtue of the matter in question, which is so linked to technology, there are and, much we fear, there will always be gaps, since we are not able to get to predict or see the future, how they will affect the behaviors of individuals and let alone see the effects that this will bring on the new creations, business schemes, contracts and limits of the use of such specific issues, as will be discussed throughout the present study, the image of the people who had died. The underlying issue that is intended to be addressed is the true right that relatives, on the other hand, private contracts, both film and music companies (and why not? Other types of companies that can use) use the image of the people to promote themselves) who might consider buying the “image” and making use of it, that is, reviving for the purposes of advertising the already deceased artists, should there be limits to this? If so, what kind? Can the long search for wealth, honestly, be limited by questions of moral character or good taste? In order to try to answer this, it is necessary to attack the questions posed through the two major systems of protection of special properties, such as the Copyright system and the intellectual property protection system centered on the Treaty from Bern, taking into account that, although both have a similar essence, their aims are pursued as the means they use and their underlying philosophy in their protection schemes are diametrically different, which makes it necessary to start of the question, through which system, can I protect (or exploit, according to my interest) the image of an already deceased person? how can I legitimize this claim?*

Keywords: *Industrial Property Law, Distinctive Signs, Trademarks, Image Law, Brand Economics, Economics of the Public Image of the person.*

I. La imagen de la persona como el objeto de estudio

1.1. Cuestiones introductorias

Hay que comenzar esta pequeña plática con el señalamiento de que, hay que distinguir dentro de la Ley los distintos conceptos que pueden tenerse de imagen, puesto que este concepto también se asocia en cuestiones penales y civiles como delitos contra el honor, en referencia a la *buena imagen* que proyecta el individuo hacia los demás y su prestigio dentro de la sociedad y puede verse dañada con conductas como la difamación, calumnia, injuria, invasión de la intimidad, robo de datos personales, etc., por lo que se prevé que existan penas

privativas de libertad, multas y la reparación de daño. La importancia que existe en cuanto a que la ley sancione este tipo de conductas subyace en el sentido de la preservación de un tejido social que pueda coexistir de una forma honesta sin que las personas lleguen a conflictos violentos para dirimir sus diferencias.

La inclusión de cuestiones como lo son la intimidad y datos personales dentro de este rubro de la imagen de una persona se sostiene sobre la idea de que, si bien una persona puede proyectar una imagen de carácter público, dentro de la intimidad de su vivienda, círculo social e incluso actividades de ocio, puede ser, por decir lo menos, diferente a lo preconcebido, no menos cierto es que está en su derecho de que sus actividades, mientras no sean de carácter ilícito, puedan permanecer en el anonimato. Esta idea cobra fuerza cuando uno lee los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹, que si bien pudieran existir dudas en torno en qué momento una persona puede ser considerada como *personaje público* y los límites en cuanto al derecho que puede tener la sociedad de saber *todo* sobre este protagonista, libertad de prensa y anonimato de las fuentes de información, no entran en la esfera de lo que se pretende abordar aquí, puesto que esto es en sí mismo (y por derecho propio) son un gran tema que aún no se ha saldado con una victoria clara entre los personajes públicos, la prensa (sobre todo la llamada *rosa*) y el derecho.

Por otro lado, también hay que distinguir que una persona, desde el momento en que es concebida, adquiere determinados derechos que sin embargo se llegan a perder con su muerte, puesto que esta deja de ser persona (en el sentido jurídico y material), luego, si no es persona, es una cosa-bien que puede ser objeto, en casos muy puntuales de apropiación, como sucede en el caso de Guanajuato, México, donde el Ayuntamiento tiene la potestad de desenterrar los cuerpos del Panteón de Santa Paula de carácter municipal en los casos en que no se siga pagando la llamada perpetuidad y en cuyo caso de que el cuerpo se hubiese momificado pasa a propiedad del Ayuntamiento y puede ser exhibido en el llamado Museo de las Momias, si del cuerpo solo quedasen huesos o polvo, pasan a la fosa común². De estos

¹ Véase Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), 7 de diciembre de 2000, Niza, cuyos artículos 7 y 8, a letra, señalan: “Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. Artículo 8 Protección de datos de carácter personal 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.”

² Véase art. 77, Reglamento del Servicio Público de Panteones en el Municipio de Guanajuato, Gto., 7 de abril de 2009, Guanajuato, México, el cual, a la letra, señala: “CAPÍTULO TERCERO DE LA UTILIZACIÓN DE RESTOS HUMANOS ÁRIDOS PARA FINES CULTURALES ARTÍCULO 77. Para los efectos de este capítulo, si como producto de una exhumación llegara a aparecer un cuerpo momificado, el mismo pasará a formar parte del Patrimonio Cultural del Municipio de Guanajuato, salvo oposición expresa dentro del término de cinco días hábiles contados a partir de la fecha de la exhumación. Tal oposición deberá hacerse valer mediante escrito, por parte de los disponentes secundarios ante el Tesorero Municipal, quien deberá resolver dentro de los tres días siguientes a la recepción del escrito, notificando de inmediato el sentido de la resolución, la cual deberá estar

hechos queda patente que el derecho de imagen de una persona puede ser comercializada bajo el obscuro concepto de fines culturales³, siempre y cuando esta haya fallecido y pueda ser utilizada por alguna persona (física o jurídica) que al final por algún subterfugio legal pueda adquirir derechos reales sobre el cuerpo para ser exhibido, una imagen distorsionada, sí, pero imagen, al fin y al cabo, sin que pueda ser reintegrada a un estado de dignidad mínima como persona que alguna vez fue⁴.

Igualmente hay que distinguir a la imagen a la que pretendemos hacer referencia a lo largo de esta investigación que es la que se plasma en un soporte físico (*corpus mechanicum*), es decir obviamente hacemos referencia a la imagen de las personas en el ámbito de la propiedad intelectual, la cual, una vez plasmada como única en un soporte físico (fotografía) o bien en serie de fotogramas (video), con o sin sonido (películas), puede ser *reciclada*, alterada y/o modificada con las nuevas tecnologías digitales, por lo que pueden dar una nueva apariencia

fundada y motivada. En caso de que proceda la oposición, los disponentes secundarios están obligados a la incineración del cuerpo momificado”.

³ Los ingresos que recibe el Municipio de Guanajuato por el concepto de entradas al Museo de las Momias se calculan de unos 24 millones de pesos mexicanos anuales. Véase IVANOOH, “Museo de las Momias de Guanajuato, tiene nueva directora”, *Living and Travel* (portal web), 15 de diciembre de 2015, <http://livingandtravel.com.mx/museo-de-las-momias-de-guanajuato-tiene-nueva-directora/> (consultado el 9 de febrero de 2016).

⁴ De hecho esta situación choca de manera directa con una jurisprudencia mexicana cuyo rubro es: RETRATOS, PUBLICACIÓN DELICTUOSA DE (LEY SOBRE DERECHOS DE AUTOR), y a la letra expresa: “El artículo 25 de la Ley sobre Derechos de Autor, establece: primero, que se requiere el consentimiento expreso de una persona para que su retrato sea publicado, exhibiendo o puesto en el comercio, y segundo, que después de la muerte de esa persona, se necesita el consentimiento manifiesto de su cónyuge e hijos, y en su defecto, de los parientes que menciona. Un retrato, en sí mismo, no es sino la reproducción de una imagen de persona, objeto o cosa, obtenida en papel, a través de la impresión en un rollo o placa por medio de una cámara fotográfica, y constituye la reproducción fiel de las imágenes captadas, de tal manera que para poder impresionarlas se requiere su existencia. La fotografía tomada a un individuo, según el precepto en cuestión, puede ser en vida de aquél, ya que establece que podrá llevarse a cabo su publicación o exhibición con su expreso consentimiento, o bien esa fotografía puede obtenerse del cadáver de esa persona; concatenando, conforme a las reglas de hermenéutica jurídica, la segunda parte del párrafo, que se interpreta gramatical y legalmente, con la primera del mismo, lógicamente se advierte que los casos que plantea se contraen a la publicación, exhibición o comercio del retrato de una persona tomado en vida de ésta o después de su muerte, de su cadáver, esto es, la reproducción de su imagen por tales medios, pues no se concibe en otra forma la interpretación que debe darse a esa regla; por o que si no se publicó el retrato de una persona en una fotografía que le hubiera sido tomada en las condiciones de referencia, sino que el delito perseguido consistió en la publicación de un retrato de una mascarilla vaciada en yeso de la cara del cadáver de esa persona, misma mascarilla que se exhibe en un museo y que, por tanto, se halla a la vista de todos los individuos que a él asisten, o en otras palabras, bajo el dominio público, y no existe prohibición legal para imprimir placas fotográficas de esa mascarilla o de cualesquiera de los objetos que se exhiben en el mismo, se deduce que esa publicación en modo alguno, es el retrato de la persona y, consecuentemente, que los hechos perseguidos no configuraron el ilícito, previsto por el artículo citado.” Amparo penal directo 1051/53, Primera Sala, 8 de junio de 1953, Relator: Edmundo Elorduy, 8 de enero de 1954.

e incluso poder llegar a ser considerada como una obra nueva, que es en este rubro al que haremos referencia.

1.2. Concepto de la imagen para los Derechos de Autor

Desde el punto de vista del artículo 16 de Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal publicada el 19 de mayo del 2006, esta se define como “la reproducción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material”⁵. Por lo que es incuestionable la necesidad de un soporte para la imagen en sí misma, el cual puede ser de cualquier tipo en donde la misma tecnología es la única que puede marcar las limitaciones.

Si la imagen puede ser reproducida, esta necesita de las autorizaciones de sus *legítimos* poseedores para hacerlo, por tanto, incorpora dos elementos más, un consentimiento que reúne una voluntad por su misma definición, y un elemento de carácter formal como lo es el contrato de cesión, el cual demuestra la voluntad y el consentimiento. De esta forma tenemos que los artículos 86 a 88 de la Ley Federal del Derecho de Autor a la letra señalan:

Artículo 86. Los fotógrafos profesionales sólo pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo como muestra de su trabajo, previa autorización. Lo anterior no será necesario cuando los fines sean culturales, educativos, o de publicaciones sin fines de lucro.

Artículo 87. El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. La autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la otorgó quién, en su caso, responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación. Cuando a cambio de una remuneración, una persona se dejare retratar, se presume que ha otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior y no tendrá derecho a revocarlo, siempre que se utilice en los términos y para los fines pactados. No será necesario el consentimiento a que se refiere este artículo cuando se trate del retrato de una persona que forme parte menor de un conjunto o la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos o periodísticos. Los derechos establecidos para las personas retratadas durarán 50 años después de su muerte.

Artículo 88. Salvo pacto en contrario, el derecho exclusivo a reproducir una obra pictórica, fotográfica, gráfica o escultórica no incluye el derecho a reproducirla en cualquier tipo de artículo así como la promoción comercial de éste.⁶

Los dos primero artículos demuestran las ideas que hasta este momento se tratan de demostrar, es decir el consentimiento como requisito *sine qua non* para exhibir la fotografía y segundo, el pago previo como consentimiento tácito de dicha aceptación. Sin embargo, el

⁵ Véase el artículo 16 de Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, 19 de mayo de 2006, México.

⁶ Véase los artículos 86 a 88 de la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA), 24 de diciembre de 1996, México.

artículo 88 nos pone ya en otra dirección puesto que una imagen no puede ser reproducida en “cualquier artículo”⁷ y, segundo, si se trata o tiene una vocación comercial (lucro), por lo que se deja en claro que las obras que tienen un objetivo artístico, cultural, el ser un vehículo de la cultura propia de cada ser humano, que producen una realidad nueva y promueven sensaciones, emociones y vivencias propias de lo real⁸, caen en la esfera de los derechos de autor *per se*.

Por otro lado, por omisión, si se trata de una imagen con un fin comercial, la cual obviamente puede generar mucho dinero, tal y como lo hacen Michael Jordan, quien percibe anualmente 77.9 millones de dólares, de los cuales, más del 40% corresponde a contratos publicitarios. Tiger Woods ganó 2 millones de dólares en su primer año como profesional en el Torneo de Maestros, además consiguió contratos publicitarios con empresas transnacionales y ganó por este concepto 26.1 millones de dólares⁹, entre otros muchos, deberían de entrar en la esfera de la propiedad industrial.

1.2.1. La imagen en obras audiovisuales desde la perspectiva legal

La Ley Federal del Derecho de Autor mexicana, en su artículo 94 define como obra audiovisual como aquella que “mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que se hacen perceptibles, mediante dispositivos técnicos, produciendo la sensación de movimiento”¹⁰. La cual será protegida como obra primigenia¹¹, y en donde se consideran como autores de estas obras al realizador; los autores del argumento, adaptación, guion o diálogo; los autores de las composiciones musicales; el fotógrafo, y los autores de las caricaturas y de los dibujos animados, siendo el productor el titular de estos derechos patrimoniales, salvo pacto en contrario¹². Finalmente la ley en su artículo 99 hace mención de una cuestión que puede ser crítica para establecer el punto que busca dejar en claro a través de esta investigación y es que: “Una vez que los autores o los titulares de derechos patrimoniales se hayan comprometido a aportar sus contribuciones para la realización de la obra audiovisual, no podrán oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por cable, radiodifusión, comunicación al público, subtítulo y doblaje de los textos de dicha obra. Sin perjuicio de

⁷ Aquí la Ley intenta delimitar el uso de la imagen, independientemente de que se tengan los derechos exclusivos de reproducción, a una cuestión subjetiva (del gusto del dueño de la imagen) en el sentido de que quizás un artículo determinado no sea de su agrado o no se encuentre a la “altura” de la imagen que pretende llevar, cuando menos no, si no existe un consentimiento expreso.

⁸ Véase, BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Civitas, 1978, p. 517.

⁹ Véase FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía, “Derecho a la imagen y responsabilidad civil” *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 381.

¹⁰ Véase el artículo 94 de la Ley Federal del Derecho de Autor, 24 de diciembre de 1996, México.

¹¹ Véase Artículo 95 de la LFDA... cit.

¹² Véase Artículo 97 de la LFDA... cit.

los derechos de los autores, el productor puede llevar a cabo todas las acciones necesarias para la explotación de la obra audiovisual¹³.

De la lectura anterior, estamos ante una transmisión de derechos que incluyen las imágenes de los artistas-ejecutantes al productor, el cual ostenta estos derechos y tal como más adelante se señala en la Ley Federal del Derecho de Autor, en cuanto se enumeran los derechos de estos, donde primeramente los define como “la persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o una expresión del folclor o que realice una actividad similar”¹⁴, donde si bien los derechos de carácter moral del artista quedan reconocidos de manera expresa en el artículo 117 y también su derecho a oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación y un derecho irrenunciable a percibir una remuneración por el uso o explotación de sus interpretaciones o ejecuciones que se hagan con fines de lucro directo o indirecto¹⁵. Sin embargo, estos derechos se consideran agotados una vez que el intérprete haya autorizado la incorporación de su actuación o interpretación en una fijación audiovisual, siempre y cuando los usuarios que utilicen con fines de lucro dichos soportes materiales, efectúen el pago correspondiente¹⁶, para, finalmente, matizar que los contratos de interpretación o ejecución deberán precisar los tiempos, períodos, contraprestaciones y demás términos y modalidades bajo los cuales se podrá fijar, reproducir y comunicar al público dicha interpretación o ejecución¹⁷. La celebración de este contrato conlleva el derecho de fijar, reproducir y comunicar al público las actuaciones del artista, pero no incluye el derecho de utilizar en forma separada el sonido y las imágenes, a menos que se acuerde expresamente¹⁸, dejando entonces una duda que planea de toda esta disertación legal, que es, la imagen como tal del artista que ha hecho una representación y esté en un soporte físico, si ha recibido un pago de ello, el cual deberá de encontrarse en un contrato especificando montos y duración del mismo, podrá ser exhibido por número de veces, por cualquier medio y sin oposición alguna (aun y cuando pueda mediar mutilación¹⁹ de la misma), todo esto, ¿debe quedar en manos del principio de la voluntad de las partes? No queda otra explicación más que prevé la Ley, una protección sesgada y mutilada que choca de manera directa con el artículo 122 de la Ley Federal del Derecho de Autor, puesto que este artículo a la letra señala que: “La Duración de la protección concedida a los artistas intérpretes o ejecutantes será de setenta y cinco años contados a partir de: I. La primera fijación de la interpretación o ejecución en un fonograma; II. La primera interpretación o ejecución de obras no grabadas en fonogramas, o III. La transmisión por

¹³ Véase Artículo 99 de la LFDA... cit.

¹⁴ Véase Artículo 116 de la LFDA... cit.

¹⁵ Véase Artículo 117 bis de la LFDA... cit.

¹⁶ Véase Artículo 118 de la LFDA... cit.

¹⁷ Véase Artículo 120 de la LFDA... cit.

¹⁸ Véase Artículo 121 de la LFDA... cit.

¹⁹ Este concepto desde la perspectiva literal de su significado.

primera vez a través de la radio, televisión o cualquier medio”. Puesto que la protección planteada por este lapso de tiempo se plantea únicamente desde la perspectiva de los derechos morales, dejando el aspecto económico (patrimonial) en manos de un contrato cuyo núcleo de sustento es el principio de autonomía de la voluntad de las partes, ergo, la sospecha de vicios en el mismo puede ser abrumadora, muy especialmente el vicio de lesión aunado a que este vicio en particular plantea el abuso de una de las partes en una obligación cuando esta lo hace valiéndose de una situación de debilidad, miseria e ignorancia, obtiene una ganancia desproporcionada²⁰.

1.3. La perspectiva jurídica y filosófica del Copyright

Para comenzar a comprender el sistema Copyright, primero debe de entenderse su base filosófica, la cual es justamente el concepto de propiedad, puesto que este concepto tal y como lo sostiene John Locke es el que marca las diferencias entre el pensamiento de los derechos de autor y el sistema Copyright de carácter anglosajón y liberal, que ha influido e influye en la concepción básica del pensamiento filosófico de la propiedad, puesto que si se parte de que una persona ha adquirido una obra, esta es de su propiedad, y por tanto puede hacer con esta lo que desee, ya que el señala:

cada hombre es dueño de su propia Persona. Nadie, salvo él mismo, tiene derecho a ella. El trabajo de su cuerpo, las obras de sus manos, podríamos decir, son auténticamente suyas. Entonces, todo aquello que él saque del estado en que la naturaleza lo ha producido y dejado, y lo mezcle con su trabajo, lo une a algo que le pertenece, y por lo tanto lo convierte en su propiedad. Al ser sacado por él del estado común en el cual lo puso la naturaleza, tiene,

²⁰ Véase para mayores referencias la siguiente tesis aislada. “LESIÓN CONTRACTUAL. ELEMENTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO PARA SU ACTUALIZACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Como la legislación civil jalisciense no establece los elementos necesarios para que opere la lesión, indiscutiblemente que, ante tal omisión, debe ocurrirse a la doctrina y a los principios generales del derecho, en acatamiento a lo estipulado en el último párrafo del artículo 14 constitucional. Así las cosas, se advierte que la doctrina enseña que la lesión, como perjuicio que experimenta una de las partes en un contrato conmutativo por recibir una prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona, no invalida el contrato porque, frecuentemente, en todos los contratos hay una parte que se aprovecha, en cierto sentido, de la otra y, además, es casi imposible que las prestaciones sean siempre iguales (lesión de hecho); por el contrario, la lesión que invalida total o parcialmente al contrato es aquella en que la citada desproporción es consecuencia directa e inmediata de la situación de debilidad, miseria e ignorancia, con que contrata una de las partes (lesión jurídica). Esto obedece al hecho de que, ante tal situación, se considera que se afecta, así, a la irrestricta autonomía de la voluntad, es decir, que ésta no se expresó libremente sino impulsada por cualquiera de las circunstancias subjetivas citadas. Por tanto, no obstante que la lesión no está reglamentada en la legislación de Jalisco expresamente como vicio objetivo-subjetivo, debe considerarse así, supuesto que la desproporción entre las prestaciones siempre tendrá repercusión en la voluntad, ya sea que dicha desproporción obedezca a un acuerdo voluntario y libremente aceptado lo cual no puede considerarse lesivo, o bien que obedezca a un hecho que impida la expresión libre de la voluntad, lo cual, lógica y jurídicamente, debe ser sancionado, civilmente, con la anulación del contrato originador de las obligaciones desequivalentes”. Amparo directo 413/78, 30 de noviembre de 1978, Ponente: Felipe López Contreras. “LESIÓN CONTRACTUAL. REQUIERE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS PARA SU ACTUALIZACIÓN”.

mediante su trabajo, algo que se le ha anexo, que excluye el derecho general de los otros hombres.²¹

Así, esta propiedad puede ser adquirida por dinero (producto de su trabajo) y pasará a ser parte de la propiedad del adquirente, ¿existe un límite?, bueno, él mismo señala: “The measure of property nature has well set by the extend of men’s labour and the conveniences of life. No man’s labour could subdue or appropriate all nor could his enjoyment consume more than a small part”²². La medida de la propiedad natural está bien establecida por las necesidades de los hombres y sus comodidades de la vida. Ningún hombre puede someter o apropiarse de todo para su disfrute ni podría llegar consumir más que una pequeña parte del todo²³, es decir, el límite es más bien de carácter moral.

1.3.1. A manera de introducción del copyright

En el tema de alcanzar una definición de *copyright*, existen autores norteamericanos tal y como lo es Warren L. Patton²⁴ que señalan que el *copyright* se puede definir como un sistema de propiedad que versa sobre determinadas creaciones tangibles y originales, en las que la protección se refiere a la forma expresión y no comprende las ideas las cuales pertenecen al dominio público. La protección alcanza plena validez a partir de la inscripción de la obra en el registro, que deviene un prerequisite formal o administrativo al igual que la publicación²⁵.

Así, y en líneas generales, con el término *copyright* se hace referencia al régimen o sistema de protección de las creaciones intelectuales materializadas en un soporte físico, a través del cual se conceda sus titulares determinados derechos subjetivos del contenido fundamentalmente patrimonial. Las legislaciones sobre *copyright* son propias de países anglosajones, las cuales amplían, en relación con el sistema imperante la mayoría los países de Europa continental, el ámbito de protección personal y el objeto de protección de la propiedad intelectual. Del mismo modo, el objeto de protección es más extenso estando constituido no solo por las creaciones intelectuales, artísticas y científicas, sino que, junto a estas obras de creación, se protegen otros bienes como grabaciones sonoras, emisiones de radiodifusión y de cable y la presentación tipográfica de las ediciones publicadas²⁶.

²¹ VAUGHN, Karen, “Teoría de la propiedad de John Locke: Problemas de interpretación”, *Revista Libertas*, núm. 3, Instituto Universitario ESEADE, 1985, p. 3.

²² MORNA MCLURE, Kirstie, *Judging Rights: Lockean Politics and the Limits of Consent*, Ithaca, Cornell University Press, 1996, p. 93.

²³ Traducción libre del autor.

²⁴ PATTON, Warren, *An Author’s guide to the Copyright law*, Massachusetts, Lexington Books, 1980.

²⁵ MISERACHS I SALA, Pau, *Todos los aspectos legales sobre la propiedad intelectual*, Barcelona, Ediciones Fausí, 1987, p. 76.

²⁶ SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes, *La creación intelectual como objeto de intercambios comerciales internacionales*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 2000, p. 42.

1.3.2. Diferencias sustanciales entre el Copyright y Propiedad Intelectual

La diferencia sustancial entre el *copyright* y la propiedad intelectual es, en cuanto a contenido, que el *copyright* es más limitado en comparación a la propiedad intelectual de origen continental, al conceder un número menor de derechos subjetivos. Por tanto, precisamente el derecho moral de autor es la cuestión principal que ha venido separando el sistema de protección de los autores y sus causahabientes en los ordenamientos jurídicos anglosajones, sistema de *copyright*, del sistema de protección en los ordenamientos jurídicos de tradición codificadora y de primacía de la ley²⁷. En el *copyright*, estos derechos nacen sin necesidad de que la creación intelectual sea materializada en un soporte físico, y ello debido a que el fundamento de la protección se encuentra en el acto de la creación. Las discrepancias entre ambos sistemas se refieren, básicamente, al fundamento de la protección de los derechos de autor, así como al contenido y titularidad de este²⁸.

De esta forma, y según se desprende de la jurisprudencia estadounidense, se reconocen las facultades que conforman el denominado *derecho moral de autor* para proteger a su titular contra actos de competencia desleal, contra la difamación o contra el derecho de privacidad²⁹. Igualmente, y por la misma base filosófica del concepto *propiedad*, este sistema favorece la visión patrimonial de los derechos autorales, y en tal sentido, el propietario de la obra artística está facultado para modificar la obra o incluso destruirla cuando así convenga a sus intereses. Resulta un ejemplo clásico de esto el caso de los murales pintados por Diego Rivera para el Rockefeller Center de Nueva York, destruidos después de su creación por expresar ideas contrarias a las de los propietarios de la obra artística³⁰, así, las obras que son realizadas en virtud de una relación contractual laboral, el autor se considera al empleador, que aparece, así como titular de todos los derechos comprendidos en el *copyright*. Del mismo modo, el objeto de protección es más extenso estando constituido no solo por las creaciones intelectuales, artísticas y científicas, sino que, junto a estas obras de creación, se protegen otros bienes como grabaciones sonoras, emisoras de radiodifusión y de cable y la presentación tipográfica de las ediciones publicadas. Así pues, resulta innegable que el *copyright* posee un alcance más amplio que el concepto de derecho de autor, incluyendo el

²⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 29-30.

²⁸ SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes, *op. cit.*, p. 46.

²⁹ *Ibidem*, pp. 43-44.

³⁰ SERRANO MIGALLÓN, Fernando, "La Propiedad Intelectual, su protección en México en el mundo", *El papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 373-374.

contenido de lo que en sistemas continentales europeos se conoce bajo la denominación de derechos vecinos o conexos de los derechos de autor³¹.

1.3.3. La imagen en el sistema Copyright

Para iniciar esta disertación, primeramente, se ha de comprender desde la óptica de los países de impronta anglosajona de que *copyright* es propiedad, por lo que puede ser vendida, regalada, donada a la caridad, dada en sucesión testamentaria o rentada, en cualquiera de los términos que su legítimo dueño desee, y lo mismo ocurre de cualquier derecho *derivado*³² como lo es el de publicación, ejecución, etc. Igualmente, se ha de comprender que la obra debe de reunir determinadas características, tal y como ocurre con la propiedad intelectual de índole continental, tales y como lo son: originalidad, poseer un medio físico a través del cual se exprese la idea y debe de contener una cierta creatividad.

Estos derechos, sin embargo, pueden entrar en conflicto cuando se trate de propiedad de autores individuales ya que entrarían en oposición directa de los corporativos interesados en adquirirlos, lo cuales no podrían hacer uso de los derechos sino hasta que obtengan licencias de los autores individuales quienes se pueden reservar determinados derechos. Otra oposición puede ocurrir cuando una licencia, que en apariencia pudiera ser absoluta, es revocada por el autor o por sus herederos si siguen un determinado procedimiento³³.

1.3.3.1. Los distintos modelos que podrían ser empleados

Al ser este sistema, en origen más amplio en cuanto a las cuestiones de orden de ideas que pueden ser protegidas, quizás se podría uno imaginar los siguientes modelos sobre los que podría usar el sistema *copyright* para la protección de una imagen:

a) Personaje de ficción. Los personajes de ficción pueden ser protegidos bajo este esquema, pero *deben* de ser lo suficientemente distinguibles y únicos, trabajos que no pueden ser diferenciados unos de otros no pueden ser protegidos. Igualmente puede suceder que un personaje de ficción sea el inicio de una enorme franquicia comercial (p.ej. Mickey Mouse), por lo que el personaje puede ser protegido, tanto desde la perspectiva de *copyright* como de la ley de marcas comerciales (trademark law).³⁴

b) Trabajos *derivados*. Se puede definir como trabajos que se basan en material preexistente al que se le añade suficiente creatividad, por ejemplo, una reinterpretación, traducción o

³¹ SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes, *op. cit.*, p. 42.

³² En inglés a los derechos conexos, símil a esta cuestión, se les llama derivados, (*derivative copyrights*). Nota del autor para tener una congruencia literal de los textos investigados.

³³ STRONG S. William, *The Copyright book. A practical guide*, 6a. Ed., Londres, Cambridge Massachusetts, The MIT Press, 2014, pp. 77-78.

³⁴ STIM, Richard, *Patent, Copyright & Trademark. An Intellectual Property Desk Reference*, 13a ed., California, NOLO Law for ALL, p. 193.

una adaptación. Sin embargo, se deben de obtener los permisos de los dueños originarios para poder hacer uso de esto.³⁵

c) *Transformative use* – Uso transformado(r), Se trata de una interpretación de carácter extensiva del llamado *fair use*³⁶ de la Suprema Corte de Estados Unidos en 1994³⁷, donde se estableció que partes, significativamente pequeñas, pero reveladoras de una obra, que han sido transformadas al añadirles nuevas expresiones o significados, o bien se trata de una nueva estética o ideas que generen nuevas interpretaciones, pueden ser empleadas de manera libre³⁸.

1.4. Conclusión general de estos puntos

De los modelos antes planteados, se debe de considerar como un elemento muy importante para su discusión en el sistema de *copyright*, a la llamada doctrina *merger* (fusión o técnicamente en el derecho romanista *confusión*), la cual toma en consideración la poca o nula existencia de creatividad en un trabajo y el hecho de que estas maneras de expresar las ideas son muy limitadas, puede limitar la protección legal o incluso denegararlo por completo con la excepción de la copia literal³⁹. Así pues, y en consideración de lo ya antes mencionado, el uso transformativo y los trabajos derivados no podrían ser los más idóneos para la protección de la imagen en los temas actuales aquí planteados en este trabajo, ya que el uso de la imagen de un artista por sí misma no puede constituir una derivación ni una transformación, puesto que es más bien un *reciclaje* de imágenes que en esencia ya han sido usadas y se les vuelve a emplear para otros trabajos que si bien pueden aportar un cierto grado de originalidad, la forma de expresión es limitada, pudiendo caer en la antes mencionada doctrina *merger*.

Por otro lado, el empleo de personajes de ficción como una extensión de la imagen de un artista pudiera permitir ser el medio más idóneo de los aquí mencionados para una protección, puesto que al ocurrir un desdoblamiento entre lo que es la imagen de una persona y el personaje que interpreta, tenemos que la imagen es carácter atemporal pudiendo ser reutilizada como el personaje dando cabida a nuevas creaciones, un símil pudiera ser el de los personajes de comic, los cuales a pesar de los años transcurridos pueden ser reciclados una y otra vez en diversos formatos, comics, cine, televisión, etc., pasando a convertirse en personajes atemporales cuyos derechos seguirán en manos de las grandes compañías puesto

³⁵ *Ibidem*, p. 222.

³⁶ Un símil de esta figura en nuestro país pudiera ser el llamado *derecho de copia privada*, el cual permite tomar alguna obra protegida para garantizar un acceso a la cultura, realizar una crítica o sátira o bien con fines académicos, respetando los derechos morales de los creadores originarios, más nunca con un fin de lucro, elemento *sine qua non* de la piratería.

³⁷ Véase *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/>

³⁸ Véase STIM, Richard, *op. cit.*, p. 310.

³⁹ *Ibidem*, pp. 264-265.

que los han convertido en marcas registradas las cuales pueden continuar siendo registradas *at infinitum*.

Si bien un personaje de ficción puede convertirse en marca, la imagen que dio vida a ese personaje, bajo este mismo esquema, debiera ser parte de la persona y también poder gozar de protección y de los derechos que esto conlleva.

Lo cual nos conduce a considerar que una imagen de una persona pudiera ser registrada como marca, lo cual también serviría en un sistema europeísta como para un sistema anglosajón. Si bien se pudiera llegar a decir que una cuestión es el *personaje* de ficción y otra muy distinta el personaje real, que convive en este plano de la realidad, no menos cierto es decir que muchas veces las personas, siendo públicas, *interpretan* un personaje, ya sea movidos por la costumbre, la moralidad o buenas costumbre en razón del papel que juegan en la misma sociedad, o bien por un sentido de deber social derivado de la fuerza e impacto que pueden llegar a transmitir sus acciones o decisiones a las personas en la sociedad, en muchas ocasiones es imposible llegar a descubrir cómo son estas personas en realidad, puesto que la única *imagen* que transmiten es la de su fama pública, encapsulándose así en un personaje dentro del cual existe una autentica persona que es su auténtico ser y que esta fuera de la luz pública siendo esta su auténtica personalidad.

Así, este personaje que se puede llegar a interpretar en la vida es el que se pudiera llegar a registrarse como marca en los diversos sistemas jurídicos, y que además pudiera ser registrado de manera que únicamente tuviera una temporalidad, es decir un único periodo de la vida de la persona, para luego ser recordado en ese único periodo de su existencia, obviándose las partes que uno no desease recordar o emplear dentro de su marca.

II. La imagen como marca

2.1 El concepto y función general de marca

La intensificación del comercio internacional en la segunda mitad del siglo XIX impulsó la práctica empresarial de ofrecer los productos y servicios en los mercados transnacionales bajo los mismos símbolos comerciales empleados en los mercados interiores. De este modo se favoreció la unión entre el signo constitutivo de la marca y los correspondientes productos o servicios. Así, paralelamente a esta expansión surgen una serie de tratados de alcance bilateral para remediar las limitaciones impuestas por la territorialidad de la marca cuando estas estaban orientadas hacia espacios geográficos más extensos⁴⁰.

Así, la marca ha llegado a constituir uno de los activos más importantes con los que cuentan las empresas en el mundo, ya que a través de estas concurren en el mercado en libre competencia. En efecto, a través de tales signos distintivos, los comerciantes tienen la

⁴⁰ BOTANA AGRA, Manuel, *Las Marcas Internacionales*, Madrid, Dykinson, 1993, p. 37.

posibilidad de distinguir sus productos y servicios en el mercado, de tal suerte que permiten a los consumidores seleccionar los bienes que adquieren con arreglo a sus necesidades y preferencias⁴¹. De esta manera tenemos que la función principal, aunque no única, a que están destinados los signos distintivos es indicar la procedencia empresarial de los productos o servicios. La exigencia de que el signo reúna los requisitos precisos para cumplir su función responde, además, a la necesidad de no lesionar innecesariamente el sistema competitivo y, en particular, a los competidores del solicitante del registro. Sin estos requisitos, la concesión de la marca resultaría perjudicial para una competencia libre⁴².

Por tanto, y actualmente, se pueden señalar como las principales funciones a las marcas las siguientes: 1) función indicadora la procedencia empresarial; 2) función indicadora de la calidad; 3) función condensadora de la buena fama de la marca; y, 4) función publicitaria.

2.2. Análisis de las funciones de la marca en función de la propuesta

Como ya se mencionaba anteriormente, la marca cumple con cuatro funciones principales, siendo para efectos prácticos de este trabajo se debe de aclarar que la función indicadora (1), la función condensadora de la buena fama de la marca (3) y la función publicitaria (4) son las que la imagen de una persona pueden ser cumplidas, pero, la función indicadora de calidad (2) no cuenta con un soporte lógico - objetivo que se pueda demostrar, puesto que la calidad es en sí mismo un elemento subjetivo que atañe de manera personal a cada consumidor, ergo, habrá quienes tengan una mejor opinión sobre otros en estas cuestiones.

Ahora bien queda la cuestión de que es lo que *realmente* se va a vender con la imagen, puesto que la marca debe de ir acompañada de un producto o un servicio, y es aquí donde también entra mucho de la subjetividad de cada persona, puesto que la imagen de un actor muerto, aprobando un producto determinado, vende el producto en función de su fama pública, es decir, a mayor fama pública tenga la persona que promueve un producto, mayor será la aceptación y probabilidad de vender el producto o servicio. Aquí la cuestión no es únicamente el hecho de que se pueda hacer, sino de marcar las condiciones del uso de la imagen que conlleva la fama pública de la persona, su prestigio y su honor, así, lo que se busca es que exista una forma legal idónea que permita, primeramente, el registro de la imagen y dos que se resguarden los derechos de los legítimos herederos de estos derechos. Es decir, se debe de reconocer que se puede hacer, pero se debe de acotar los términos y condiciones en que se puede hacer para que de esta manera se realice pensando en un bien superior, que es la persona en sí misma y su fama pública que lleva consigo o que sigue siendo recordada de

⁴¹ ALCAIDE DÍAZ-Llanos, Ricardo, *La Protección Jurisdiccional de la Marca*, Madrid, COLEX, 2003, p. 21.

⁴² SOLER PASCUAL, Luis Antonio, *La marca comunitaria, modelos y dibujos comunitarios. Análisis de la implantación del tribunal de marcas de Alicante*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2005, pp. 16-20.

manera invariable aun a través del tiempo, para lo cual se debe de recurrir a una nueva forma de registro de la imagen como marca, señalando requisitos por mandato de Ley, y acotando el uso de la misma a determinados trabajos y resguardando los derechos patrimoniales de las personas que tienen la legitimidad de su uso e incluso transmitirla.

2.3. El uso de la imagen ante los tribunales

Sin duda alguna los derechos de imagen de los famosos son los que más controversias han generado, así por ejemplo, el actor Frank Sivero, uno de los protagonistas de la película *Buenos muchachos (Good Fellas)*, demandó a los creadores de *Los Simpson* alegando que habían robado su apariencia al crear el personaje animado de Louie⁴³; igualmente es destacar el caso de Lindsay Lohan y Manuel Noriega⁴⁴ quienes han presentado demandas por la utilización de sus apariencias en videojuegos⁴⁵. Sin embargo, hay que considerar que estas controversias solo se producen cuando el demandante considera que hay algo de valor por lo que acudir a los tribunales, es decir cuando pueden existir razones para ganar y la parte puede pagar alguna cantidad para resarcir el daño que considera ha sufrido.

Igualmente, hay que considerar que estos casos se resuelven por medio de arreglos fuera de la corte sin que alguno haya llegado a juicio y sentencia, por lo que no generan algún tipo de interpretación o nuevo criterio en cuanto a la aplicación de la norma. Pero, si es de destacarse el hecho de que son las personas conocidas son los que demandan en función de la protección de su imagen personal, su fama pública, y el hecho de que la imagen la consideran un activo de su patrimonio.

Una de las iniciativas que más ha llamado la atención es lo sucedido en 2012, en Guernsey, una de las Islas del Canal, que son una Dependencia de la Corona Británica, puso en marcha el primer registro de derechos de imagen del mundo. El registro acoge varias categorías distintas de solicitantes y permite la inclusión de distintas formas de personalidad, a saber, individual, conjunta, jurídica, ficticia y grupal. No obstante, estas concesiones están limitadas territorialmente al lugar en el que se conceden, siendo entonces el alcance limitado en cuanto a territorio⁴⁶.

2.4. Propuesta de un nuevo tipo de marca

⁴³ BEAUMONT-THOMAS, Ben, "Goodfellas actor files \$250m lawsuit against The Simpsons for using his likeness", *The Guardian* (portal web), 22 de octubre de 2014, <https://www.theguardian.com/tv-and-radio/2014/oct/22/goodfellas-actor-frank-sivero-lawsuit-the-simpsons>

⁴⁴ STUART, Keith, "Are Lindsay Lohan and Manuel Noriega right to sue over video game likenesses?", *The Guardian* (portal web), 13 de octubre de 2014, <https://www.theguardian.com/technology/2014/oct/13/lindsay-lohan-manuel-noriega-suing-video-games-legal-view>

⁴⁵ EVANS, David, "¿Se puede proteger la imagen igual que se protege una marca?", *OMPI Revista*, núm. 2, abril de 2015, p. 31.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 32.

Desde una perspectiva legal, la marca deriva de una sub-especialización de los signos distintivos, que además de incorporar a estas, incluyen los nombres comerciales, denominaciones de origen e indicaciones geográficas. E igualmente, las marcas se clasifican en nominadas, innominadas, mixtas, colectivas y tridimensionales. Ahora bien. Si se pretende usar a la marca como el medio idóneo para el registro de una marca, se debe de empezar por una nuevo tipo de marca que a través de sus características permitan esto, un nombre tentativo sería marca *efigie*⁴⁷, por razones obvias, permitiendo una definición, que sería así:

Marca que protege los rasgos de carácter únicos, irrepetibles e inherentes de una persona que permiten distinguirlo de otro ser humano sin que exista la menor duda, y le confiere un derecho patrimonial de explotación de su imagen, que podrá existir sobre cualquier medio físico que permita la tecnología, siendo este carácter fijo o móvil. El derecho de protección será desde su primera publicación que involucre una explotación comercial y hasta 50 años a partir de la fecha de muerte del modelo original de la imagen. Estos derechos podrán ser transmisibles por cualquier medio legal y los derechos de carácter moral serán irrenunciables. El Estado garantizará el respeto a la imagen pública del modelo cuando ésta pase a dominio público.⁴⁸

2.4.1. Dilema moral que suscita esta definición

Si bien la definición es altamente perfectible, al momento de realizarla asalto al autor un terrible dilema moral, y es el hecho de la protección de la fama pública de las personas una vez que estas hubiesen muerto y hubiesen pasado sus derechos a dominio público, ¿Qué ocurrirá cuando a esta se le descubre un terrible secreto, o no fue la persona que siempre pretendió ser? ¿el Estado *deberá* de proteger su buen nombre?

Se suele decir que “la lealtad es simplemente una cuestión de fechas”⁴⁹, por lo que ante una situación así, si llegase a pasar, el Estado deberá de respetar la verdad y no tratar de aferrarse a una imagen mitificada de la persona, por muy respetable y grandiosa que hubiese sido, puesto que parte del ser humano, son también los errores. Son parte de nosotros y son en parte lo que nos hacen humanos y no seres perfectos.

2.5. Implementación teórica de la propuesta

Se ha de partir de la idea de que, una vez que se ha logrado la reforma legislativa en las leyes de propiedad industrial al incluir el nuevo término de marca *efigie*, la implementación del registro, para el caso concreto de México se ha de llevar a cabo a través del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), el cual será el encargado de realizar el registro, llevar a

⁴⁷ De *effigies* (lat.), retrato, imagen.

⁴⁸ Creación del autor.

⁴⁹ Atribuible a Armand-Jean du Plessis, Cardenal-Duque de Richelieu, aun y cuando quizás el autor sustituiría lealtad por tiranía, para el caso concreto, la tiranía de la imagen de una persona.

cabo un catálogo y publicar en una gaceta específica los mismos para resguardar los derechos de terceros.

Sin embargo, se ha de reconocer que estas modificaciones no tendrán efectos internacionales adecuados si no se hace una modificación real al Arreglo de Madrid de 1891 y su Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas Protocolo de Madrid (1989), modificado en 2006 y en 2007 (Unión de Madrid) y de los cuales cuenta con 95 países suscritos a alguno o ambos acuerdos y modificaciones. El Acuerdo es administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el cual permite que se realice un único y solo procedimiento administrativo para obtener la protección de una marca en todos o en algunos de esos países; procedimiento que tiene como pieza medular de inscripción de la marca en el registro internacional de la OMPI⁵⁰, donde debería de agregarse la propuesta de esta nueva marca denominada *efigie*. Únicamente así se garantizaría la inclusión de esta a los países que actualmente forman parte de este Arreglo y permitiría una extensión territorial de la protección más allá de las fronteras de los países que realizaran modificaciones a su legislación interna o acuerdos bilaterales de protección lo que daría un carácter extremadamente limitado a la protección de este nuevo tipo de marcas.

Pero, y como siempre, el aspecto patrimonial de explotación, el auténtico *quid* del porqué alguien querría registrar su imagen como marca, deberá de ser a través de un contrato de cesión de derechos y explotación que en última instancia se regula a través del principio de autonomía de la voluntad de las partes, el cual deberá de contener los elementos mínimos que garanticen los derechos de las personas que intentan proteger su imagen.

2.6. El uso actual de esta propuesta. Caso concreto de los artistas de cine

Sin duda alguna, el artista de cine vive de su imagen y esta puede trascender en vista de que la obra es atemporal mientras esta se mantenga a salvo y pueda ser usada, salvo en aquellos casos en que el original sea destruido, ya sea de manera dolosa o bien derivado de un accidente, la obra y con esta la imagen se mantendrá.

Así, yéndonos a casos concretos tenemos el caso de la famosa actriz Carrie Fisher, actriz icónica del papel de princesa Leia en la película de *Star Wars* o *La guerra de las Galaxias*, en sus episodios IV, V, VI, VII y VIII. Sin embargo, para el caso que nos ocupa es de lamentarse la muerte de esta actriz acaecido el 23 de diciembre de 2016⁵¹ derivado de un infarto, lo que dejó a sus admiradores tanto de la actriz como de la saga cinematográfica con una duda,

⁵⁰ BOTANA AGRA, Manuel, *op. cit.*, p. 37.

⁵¹ Véase REDACCIÓN EL UNIVERSAL, “Muere la actriz Carrie Fisher, la princesa Leia de ‘Star Wars’”, *El Universal Espectáculos* (portal web), 27 de diciembre de 2016, Ciudad de México, <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/espectaculos/cine/2016/12/27/muere-la-actriz-carrie-fisher#imagen-1> (consultado el 27 de abril de 2017).

¿aparecería en el episodio IX de la saga? Es decir ¿habría una resurrección digital de la actriz para interpretar el papel?

La pregunta suena lógica si consideramos el enorme interés económico que supone la continuidad de estas películas, no en balde la inversión hecha por parte de Walt Disney Company de 4 mil millones de dólares para adquirir la productora Lucas Film⁵² y los derechos sobre esta película y sus personajes, debe de ser reembolsable a través de nuevas aventuras, donde si muere uno de los personajes principales, existe el riesgo de graves pérdidas económicas.

Esta teoría de una resurrección no suena descabellada si tomamos en consideración que ya se hizo un trabajo semejante en el llamado *spin off* de la saga *Star Wars*, *Rogue One*, que cuenta una trama secundaria o accesoria del episodio IV, donde el actor que interpretaba al personaje de Grand Moff Tarkin, en su versión original de 1976, era Peter Cushing el cual murió el 11 de agosto de 1994, sin embargo, el personaje *aparece* gracias a las técnicas digitales, donde un actor físico realizó la actuación (Guy Henry) y después se editó para que la *cara* del actor fuese sustituida por la del actor original, de hecho esta técnica también se empleó para *rejuvenecer* a la princesa Leia quien fue interpretada por Ingvild Deila, pero su rostro fue editado para que pareciera una Leia más joven.

Así pues, las técnicas existen, más no un derecho que sustente y sirva de andamiaje para garantizar unos derechos de *minimis* para los intérpretes, lo que dejó estas situaciones al amparo de un tratamiento similar al que se pudiera dar a un contrato atípico, lo que significaría la aplicación de principios generales, interpretaciones, analogías, técnicas de hermenéutica jurídica, etc., es decir, a una indeterminación jurídica que no haría valer los legítimos derechos de los ejecutantes de las obras antes mencionadas.

III. Los aspectos económicos

Como se ha comentado con anterioridad, las técnicas necesarias para la *resurrección* de artistas fallecidos ya existen y se utilizan, y cabe mencionar, además de los casos ya comentados, el de Paul Walker en la saga de *Rápidos y Furiosos*⁵³, si bien estas técnicas pueden resultar de momento demasiado costosas, al menos para considerar apariciones más largas que las comentadas. Sin embargo, el constante y rápido desarrollo de las técnicas digitales

⁵² Véase NOTICIAS EXPANSIÓN EN ALIANZA CON CNN, “Walt Disney compra la productora Lucas Film y la saga de ‘Star Wars’”, *Expansión* (portal web), martes 30 de octubre de 2012, http://expansion.mx/entretenimiento/2012/10/30/walt-disney-compra-la-productora-lucasfilm-y-la-saga-de-star-wars?internal_source=PLAYLIST (consultado el 27 de abril de 2017).

⁵³ Véase BBC MUNDO, “Como ‘resucitaron’ a Paul Walker en la gran pantalla para ‘Furious 7’”, *BBC Mundo Noticias* (portal web), miércoles 1 de abril de 2015, http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150320_cultura_cine_furious_7_paul_walker_estreno_jg (consultado el 29 de abril de 2017).

invita a pensar que en un futuro no muy lejano, de la misma manera que ha ocurrido con tecnologías similares, los costes asociados a estas técnicas disminuirán considerablemente, facilitando su uso desde un punto de vista económico. La mejora puede incluir en muchos casos también una réplica mejor y más completa del actor, y no solo en su aspecto físico, sino también en cuanto a su saber hacer y su técnica de actuación, como se desprende del *deepfake* en el que se inserta el rostro de Jim Carey sobre el de Jack Nicholson⁵⁴.

Desde un punto de vista de análisis de coste-beneficio, la reducción paulatina de los costes asociados y la mejora en su aplicación incrementará el interés del uso de dichas técnicas en la industria cinematográfica, siempre y cuando la demanda y aceptación de estas por parte del público se mantenga, o incluso incremente. Así que, desde una consideración del lado de la oferta, parece plausible pensar que existirá un interés creciente en estas *resurrecciones* digitales.

El otro lado de esta moneda es el lado de la demanda. ¿Cuál es la posible demanda por parte del público respecto a esta situación? De momento, los pequeños cameos realizados por actores fallecidos han sido ampliamente aplaudidos en las salas de cine, donde personajes icónicos para los fans vuelven a aparecer *interpretados* por, al menos, la imagen de los actores originales, en vez de ser reemplazados por nuevos, y posiblemente desconocidos, actores, que no se asocian al papel en cuestión en la mente colectiva de los fans. Posiblemente veamos, en alguna de las nuevas películas de *Star Wars*, aparecer a un resucitado Sir Alec Guinness interpretando a un, ya viejo, Obi Wan Kenobi, para gran regocijo de los fans. Así que la experiencia hasta ahora sugiere que, al menos en estas pequeñas y simbólicas apariciones, el gran público parece no solo aplaudirlas, sino demandar más.

Diferente puede ser la cuestión en cuanto a una resurrección más *completa*, en la que se rescate para un papel protagónico a alguna estrella fallecida, si bien se parecería intuir que esta no sería al menos completamente rechazada por el público. Es incluso posible que la aceptación de esta resurrección digital sea mayor que la interpretación del mismo personaje por parte de un actor diferente, cuestión que fue notoria en el caso de los diferentes intérpretes de personajes como Batman o el Joker, especialmente en la interpretación de este último por parte del fallecido Heath Ledger y su sustitución por Jared Leto en, al menos, una película posterior. Curiosamente este mismo debate no se extiende al personaje de Batman, interpretado por muchos y variopintos actores, al menos de manera tan notoria.

Existe pues una oferta que ya es real, y que posiblemente se vea incrementada en un futuro, y de momento una aceptación clara por parte de la demanda, al menos en estas pequeñas apariciones. Esto implica un desarrollo de futuros escenarios donde los beneficios

⁵⁴ Véase CTRL SHIFT FACE, “Jim Carrey impersonates Jack Nicholson in this clip from The Shining... Not really, it's a deepfake” (video), YouTube (portal web), https://www.youtube.com/watch?v=HG_NZpkttXE (consultado el 29 de octubre de 2019).

económicos generados por el uso de estas imágenes son notorios, y la repartición adecuada de los dichos beneficios es importante. Dejar sin la debida protección el uso de estas imágenes implicaría muy posiblemente una sobre explotación de estas por parte de la industria.

De igual manera, desde un punto de vista social, es bastante probable que la aceptación por parte del público de estas apariciones esté vinculada con el *buen uso* y la debida consideración sobre los derechos que familiares y allegados puedan tener, en el sentido moral, de estas imágenes o *efigies*, de forma que el desarrollo del uso y aprovechamiento de estas técnicas puede verse vinculada de manera importante con el desarrollo adecuado de la protección legal de estas nuevas figuras.

De la misma manera, el público posiblemente acepte el uso de esas replicas para un número limitado de roles específicos, donde se rescata más un personaje ficticio, que se ha vinculado con un determinado actor de manera importante en el imaginario colectivo (el tipo de sustitución que se ha realizado hasta ahora), y que esta aceptación por parte del público no se extienda a nuevos personajes interpretados por un determinado actor, situación que podría darse en un futuro, pero cuyo resultado nos resulta incierto.

Las implicaciones de estas técnicas sobre el futuro de la profesión de actor quedan para ser discutidas en un futuro, si bien es notorio que, para la realización de alguna de las películas mencionadas, la resurrección de la imagen de alguien implicó el hacer desaparecer la imagen real de un actor vivo, con las consecuencias legales, éticas y económicas que ello conlleva.

IV. Apuntes finales

Como ya se mencionó anteriormente, es innegable el valor de la marca dentro del comercio, la economía y como un activo de tipo virtual para las empresas, sin embargo, también es incuestionable el valor de una imagen con la cual se pueda obtener algún tipo de lucro, pero se ha demostrado la existencia de una laguna jurídica, cuando esa imagen recae en una persona puesto que involucra aspectos mucho más amplios que la simple imagen, sino también el aspecto de la moralidad de dicha imagen, lo que proyecta y el ser mismo de la persona, cuestiones que caen en el espectro de la protección de los datos personales, puesto que pueden llegar a ser parte de la intimidad de una persona.

Como también se expuso, el sistema de *copyright* anglosajón permite de diversas maneras la protección, aún limitada a ciertos supuestos, de la imagen y se comentó de los casos que han llegado a la corte de Estados Unidos, principalmente, en que se ha buscado una compensación por el uso de la imagen de personas públicas o artistas en que consideran un mal uso de su imagen aun y cuando esta sea caricaturizada, pero identificable. También se comentó acerca de que en algunas legislaciones de otros Estados, como lo son Guernsey, una de las Islas del Canal, que son una Dependencia de la Corona Británica, donde se puso en marcha el primer registro de derechos de imagen del mundo, permitiría, a largo plazo,

actualizar e imitar este sistema para beneficio de las personas que quisieran vender su imagen como parte de una marca y poder obtener un lucro de ella.

En la parte medular del tema, y bajo todas las cuestiones antes mencionadas y analizadas, se hace la propuesta de un nuevo tipo de marca que pueda ser compatible con el sistema de derechos de autor de herencia europea y el sistema *copyright* de esencia anglosajona, a través del cual se pueda llenar la laguna y permitir el registro de la imagen de las personas como parte de una marca.

Finalmente, se dio paso a un análisis de carácter económico sobre este tipo de aspectos: queda probada su utilidad y el hecho de que ya se empieza a realizar en una industria con valor de millones de dólares como lo es la industria del cine, el hecho de que la conducta ya se hace y no esté bien reglamentado puede dar pauta a otros fenómenos sociales que pueden inhibir una libre competencia entre actores de esta industria, puesto que si en un determinado sistema se permite y en otros no, el lucro se moverá a aquellos sistemas que permiten este tipo usos de una imagen.

V. Fuentes consultadas y citadas

- ALCAIDE DÍAZ-Llanos, Ricardo, *La Protección Jurisdiccional de la Marca*, Madrid, COLEX, 2003.
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Civitas, 1978.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, 2003.
- BEAUMONT-THOMAS, Ben, “Goodfellas actor files \$250m lawsuit against The Simpsons for using his likeness”, *The Guardian* (portal web), 22 de octubre de 2014, <https://www.theguardian.com/tv-and-radio/2014/oct/22/goodfellas-actor-frank-sivero-lawsuit-the-simpsons>
- BOTANA AGRA, Manuel, *Las Marcas Internacionales*, Madrid, Dykinson, 1993, p. 37.
- EVANS, David, “¿Se puede proteger la imagen igual que se protege una marca?”, *OMPI Revista*, núm. 2, abril de 2015.
- FLORES ÁVALOS, Elvia Lucia, “Derecho a la imagen y responsabilidad civil” *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- MISERACHS I SALA, Pau, *Todos los aspectos legales sobre la propiedad intelectual*, Barcelona, Ediciones Fausí, 1987.
- MORNA MCLURE, Kirstie, *Judging Rights: Lockean Politics and the Limits of Consent*, Ithaca, Cornell University Press, 1996.
- PATTON, Warren, *An Author’s guide to the Copyright law*, Massachusetts, Lexington Books, 1980.
- SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes, *La creación intelectual como objeto de intercambios comerciales internacionales*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 2000.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando, “La Propiedad Intelectual, su protección en México en el mundo”, *El papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 373-374.

SOLER PASCUAL, Luis Antonio, *La marca comunitaria, modelos y dibujos comunitarios. Análisis de la implantación del tribunal de marcas de Alicante*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2005, pp. 16-20.

STIM, Richard, *Patent, Copyright & Trademark. An Intellectual Property Desk Reference*, 13a ed., California, NOLO Law for ALL.

STRONG S. William, *The Copyright book. A practical guide*, 6a. Ed., Londres, Cambridge Massachusetts, The MIT Press, 2014.

STUART, Keith, “Are Lindsay Lohan and Manuel Noriega right to sue over video game likenesses?”, *The Guardian* (portal web), 13 de octubre de 2014, <https://www.theguardian.com/technology/2014/oct/13/lindsay-lohan-manuel-noriega-suing-video-games-legal-view>

VAUGHN, Karen, “Teoría de la propiedad de John Locke: Problemas de interpretación”, *Revista Libertas*, núm. 3, Instituto Universitario ESEADE, 1985.

Citas de internet

BBC MUNDO, “Como ‘resucitaron’ a Paul Walker en la gran pantalla para ‘Furious 7’”, *BBC Mundo Noticias* (portal web), miércoles 1 de abril de 2015, http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150320_cultura_cine_furious_7_paul_walker_estreno_jg (consultado el 29 de abril de 2017).

CTRL SHIFT FACE, “Jim Carrey impersonates Jack Nicholson in this clip from The Shining... Not really, it's a deepfake” (video), YouTube (portal web), https://www.youtube.com/watch?v=HG_NZpkttXE (consultado el 29 de octubre de 2019).

IVANOOH, “Museo de las Momias de Guanajuato, tiene nueva directora”, *Living and Travel* (portal web), 15 de diciembre de 2015, <http://livingandtravel.com.mx/museo-de-las-momias-de-guanajuato-tiene-nueva-directora/> (consultado el 9 de febrero de 2016).

NOTICIAS EXPANSIÓN EN ALIANZA CON CNN, “Walt Disney compra la productora Lucas Film y la saga de ‘Star Wars’”, *Expansión* (portal web), martes 30 de octubre de 2012, http://expansion.mx/entretenimiento/2012/10/30/walt-disney-compra-la-productora-lucasfilm-y-la-saga-de-star-wars?internal_source=PLAYLIST (consultado el 27 de abril de 2017).

REDACCIÓN EL UNIVERSAL, “Muere la actriz Carrie Fisher, la princesa Leia de ‘Star Wars’”, *El Universal Espectáculos* (portal web), 27 de diciembre de 2016, Ciudad de México, <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/espectaculos/cine/2016/12/27/muere-la-actriz-carrie-fisher#imagen-1> (consultado el 27 de abril de 2017).

Documentos legislativos consultados

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), 7 de diciembre de 2000, Niza.

Ley Federal del Derecho de Autor, 24 de diciembre de 1996, México.

Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, 19 de mayo de 2006, México.

Reglamento del Servicio Público de Panteones en el Municipio de Guanajuato, Gto., 7 de abril de 2009, Guanajuato, México.

Jurisprudencia consultada

Amparo directo 413/78, 30 de noviembre de 1978, Ponente: Felipe López Contreras. “LESIÓN CONTRACTUAL. REQUIERE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS PARA SU ACTUALIZACIÓN”.

Amparo penal directo 1051/53, Primera Sala, 8 de junio de 1953, Relator: Edmundo Elorduy, 8 de enero de 1954.

Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569>