

El “right of publicity” y los derechos sobre la imagen y reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento. ¹

Enrique Cavero Safra

Introducción

Existen dos grupos de derechos relacionados con la personalidad y con el derecho del entretenimiento. El primer grupo tiene que ver con ciertos bienes intangibles derivados de la personalidad y de manifestaciones inherentes a ésta, e incluye el derecho a la imagen y voz propias y el derecho contra la explotación indebida de la reputación ajena. No se trata precisamente derechos de propiedad intelectual, en el sentido tradicional del término, pues ésta protege creaciones u obras del intelecto (a través de mecanismos como las patentes, los derechos de autor y las marcas) pero se asemejan a los derechos de propiedad intelectual en que otorgan a su titular la facultad exclusiva de autorizar, o no, el uso o explotación de determinados activos intangibles, como la imagen, la voz, el nombre y las representaciones o personificaciones.

El segundo grupo incluye ciertos derechos, también inherentes a la personalidad, como el derecho al honor y a la buena reputación, el derecho a la intimidad personal y el derecho a las libertades de expresión e información. Estos se diferencian de los anteriores en que no establecen derechos de exclusiva sobre bienes intangibles (y por ende no tienen ese factor común con la propiedad intelectual) sino que más bien protegen determinados objetos de derecho, como el honor, la reputación y la libertad de expresión, contra su afectación o daño.

En la industria del entretenimiento, estos dos grupos de derechos interactúan entre sí e interactúan, al mismo tiempo, con los derechos de propiedad intelectual, de diversas formas que intentaremos abordar en el presente trabajo, advirtiendo que la aproximación será necesariamente preliminar, debido al espacio y tiempo disponibles.

Para tal propósito, proponemos usar como herramienta una revisión panorámica del denominado “*right of publicity*” del derecho norteamericano (ROP), que resulta bastante útil pues ésta institución se ha desarrollado de forma muy importante en las leyes y cortes norteamericanas, originando una interesante y variada jurisprudencia. Así, el ROP comprende la protección de diversos derechos que, en nuestro ordenamiento están regulados por el derecho de imagen y voz propias,

¹ Artículo publicado originalmente en la Revista Ius et Veritas No. 44, Julio de 2012

pero también por los derechos de propiedad intelectual o el derecho de la competencia desleal. Asimismo, su ejercicio a menudo requiere ser balanceado con los derechos al honor y la buena reputación y/o con la libertad de expresión.

El “right of publicity” del derecho anglosajón.

El ROP, en un sentido amplio, protege a las personas contra la utilización, no autorizada, con fines comerciales, de su imagen y voz, así como de su representación (*likeness*), su nombre, su identidad, reputación, e incluso de ciertos elementos distintivos, como la firma, frases célebres, vestuario característico o incluso determinados gestos y maneras.

Se sostiene a menudo² que el ROP busca proteger el interés comercial de los individuos en su nombre e imagen (en el sentido más amplio de la palabra) o reputación, porque sin tal protección, los artistas tendrían menores incentivos para producir trabajos creativos. Ese tipo de razonamiento es válido para las patentes y los derechos de autor (independientemente de que se esté de acuerdo o no con que los incentivos resultantes son siempre los correctos) dado que las patentes y los derechos de autor protegen trabajos creativos e innovadores en las artes y ciencias; pero resulta discutible que ocurra lo mismo con el ROP.

Como apunta Volokhc, tendría que hablarse, en todo caso, de los incentivos que tienen las personas para hacerse o mantenerse famosas, siendo que normalmente el objetivo que persiguen aquellos que buscan fama o notoriedad no está relacionado con los beneficios que brinda el ROP, los cuales tienen para éstas personas un valor más bien marginal³, pues cabe notar que el ROP no tiene que ver con la explotación directa que hacen las celebridades de su fama o notoriedad, sino de la explotación secundaria hecha por terceros.

En realidad, la racionalidad del ROP está fundamentada en buena parte por el derecho de la competencia desleal, en particular por la doctrina de la apropiación indebida de la reputación o el esfuerzo ajenos. La teoría de la competencia desleal contempla varios tipos de conductas consideradas nocivas: Por un lado, los actos de confusión y de engaño, que distorsionan la economía y le restan eficiencia porque inducen a error a los consumidores al momento de tomar decisiones de consumo y desincentivan a los proveedores de bienes y servicios de calidad, que necesitan que los consumidores los distinguan y diferencien unos de otros para poder así generar fidelidad y clientela, haciendo que su inversión en

² Ver p.ej: <http://www.artsandbusinessphila.org/pvla/documents/RightofPublicity.pdf>

³ VOLOKHC, Eugene. “Freedom of Speech and the Right of Publicity”. Houston Law Review. pp. 910-911. En: <http://www2.law.ucla.edu/volokh/publicity.pdf>

calidad y servicio sea rentable. Esta es la misma teoría que, fundamentalmente, se aplica en el derecho de marcas.

De otro lado, tenemos los actos de explotación indebida de la reputación ajena, cuya racionalidad es distinta, pues allí lo que se busca es impedir que determinados predadores o "free riders" se aprovechen del esfuerzo e inversión ajenos. Para algunos, impedir tal "apropiación" no se justificaría en el ROP, pues la racionalidad que hay detrás de este tipo de regulación consiste básicamente en no desincentivar el esfuerzo e inversión originales, siendo que las personas que ostentan fama, notoriedad o reputación no parecen ser desincentivadas por el hecho de que puedan existir *free riders*, de lo que se seguiría que la regulación es innecesaria.⁴

Sin embargo, desde una distinta perspectiva, impedir la "apropiación" o aprovechamiento de aquello que ha sido generado por otros es visto como un tema de equidad y justicia (un argumento más moral que económico) independientemente de que el incumplimiento de la regla desincentive o no a los primeros. El postulado básico es que no debiera cosechar quien no ha sembrado. Al respecto, hay quienes discuten que la fama o la notoriedad sean muchas veces producto en absoluto de siembra o esfuerzo alguno, sino de la casualidad o, incluso, de conductas reprobables que difícilmente la sociedad desea ver estimuladas.

Pero también hay un argumento económico, relacionado con la utilización eficiente de los recursos y los beneficios derivados de la propiedad privada, no tanto en el sentido de los beneficios "dinámicos" de ésta, (la creación e incentivos para producir e invertir), sino más bien de sus beneficios "estáticos", relacionados con la utilización eficiente de los recursos ya existentes a través de la adecuada asignación de derechos sobre los mismos. En esa línea sostiene Posner:

*"Existe una muy buena razón económica para asignar los derechos de propiedad de una fotografía usada con propósitos publicitarios al individuo fotografiado: ésta asignación asegura que el anunciador para quien la fotografía tiene más valor sea quien la compra. Hacer que la fotografía sea de propiedad común de los anunciadores no conseguiría tal objetivo (...) Más aún el uso multiplicado de una fotografía idéntica para publicitar diferentes productos reduciría su valor publicitario, posiblemente a cero."*⁵

⁴ MADOW, Michael; "Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights" 81 *California Law Review*. 125, 178-238 (1993) En: <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/Madow%201993%20Abridged.pdf>

⁵ POSNER, Richard A. *The Right of Privacy*, 12 *Georgia Law Review*. 393, 411 (1978) – Traducción libre del autor.

A este argumento, que va de la mano con el famoso ejemplo de Hardin, del pastizal sobreexplotado hasta su desaparición por causa de la propiedad común⁶, puede añadirse otro, análogo a la doctrina sobre el perjuicio del renombre y la dilución de marcas que se aplica, precisamente, a marcas famosas o renombradas, como explica Fernandez Novoa:

"Dentro de los Actos del perjuicio y envilecimiento del renombre de la marca cabe contraponer dos hipótesis. La primera es aquella en que un tercero utiliza un signo idéntico o semejante a la marca renombrada en relación con productos o servicios que tienen una calidad y precio inferior o una naturaleza radicalmente distinta de la calidad y precio naturaleza de los productos diferenciados por la marca renombrada. Así por ejemplo, si la marca renombrada distingue productos de elevado precio y calidad máxima, el riesgo de envilecimiento surgirá en el supuesto de que un tercero aplique una marca idéntica o semejante a productos de consumo masivo y bajo precio que se vendan indistintamente en cualquier establecimiento del ramo. La segunda hipótesis es aquella en que un signo idéntico o semejante a la marca renombrada aparece en un contexto degradante o escandaloso. Así ocurrirá, singularmente, cuando el signo idéntico o semejante a la marca renombrada es empleado para designar productos o servicios relacionados con la pornografía, el consumo de drogas, etc.

(...)

*Este riesgo puede describirse de siguiente modo: si el público comprueba que la marca renombrada es usada por un tercero en relación con productos diferentes de aquellos a los que venía aplicándose la marca, no tiene lugar ciertamente un riesgo de confusión ; pero es indudable que en tal hipótesis, el público recordará la marca y al percibir que la misma no es usada únicamente por el titular, ante los ojos del público se desvanecerán el carácter distintivo y el potencial publicitario de la marca renombrada. El perjuicio que amenaza a la marca renombrada estriba, por tanto, en la progresiva destrucción de la fuerza distintiva de la marca que inevitablemente se produciría si proliferasen las empresas que utilizan una marca idéntica o semejante a la marca renombrada."*⁷

De acuerdo con esta doctrina, el titular de una marca famosa puede oponerse al uso por terceros de la misma, independientemente de que tal uso produzca confusión o induzca a error a los consumidores sobre la procedencia del producto. Allí, la racionalidad subyacente no es evitar la confusión o el engaño, sino proteger a la marca contra su utilización indebida, el daño a su reputación y la consecuente disminución o pérdida de su valor.

⁶ HARDIN, Garrett. "The Tragedy of the Commons" en *Science*, v. 162 (1968), pp. 1243-1248.

⁷ FERNANDEZ NOVOA, Carlos; *Tratado sobre derecho de marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 330-334

Así, tenemos entonces que la posible pérdida de valor de la reputación de una persona (entendida ésta como bien intangible, pasible de transacción comercial) puede provenir de la sobre-utilización, como explica Posner, o de la utilización perjudicial, como explica Fernandez Novoa, siendo que ambas tendrían el carácter de utilización indebida.

El ROP se ha desarrollado de manera frecuentemente divergente en las leyes y cortes americanas, a través de un proceso donde a veces se le ha utilizado para proteger aquello que, en nuestro sistema, se protegería a través del derecho de imagen (derivado del derecho a la intimidad), el derecho de autor, el derecho de marcas o la competencia desleal. Es aquí donde el desarrollo casuístico, legislativo y jurisprudencial del derecho anglosajón resulta de particular utilidad para una mirada panorámica y cruzada a las instituciones de nuestro ordenamiento y, eventualmente, como referente en el desarrollo y aplicación de nuestras reglas, especialmente las reglas sobre represión de la competencia desleal, que son fundamentalmente cláusulas generales.

El ROP y el derecho sobre la imagen y voz propias

Este derecho, comúnmente denominado "derecho de imagen" protege a los individuos contra la utilización indebida de su imagen y de su voz, otorgándoles la facultad exclusiva de autorizarla o prohibirla. Así, se protege la faceta más externa, y quizá por ello más vulnerable, del individuo, en sintonía con el derecho a la intimidad, del cual se deriva, aunque, como señala Nogueira Alcalá, hoy en día se le considera un derecho autónomo:

"Este derecho es concebido por una parte de la doctrina como integrante de la faceta externa del derecho al respeto de la vida privada de la persona, constituyendo el aspecto más externo que es el de la figura humana, que garantiza también un ámbito de autonomía y control respecto de sus atributos más característicos y definitorios de la propia persona, posesión irreductible e inherente a ella. La protección de la imagen de la persona, señala esta doctrina, salvaguarda la intimidad y el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz (...)

*Desde otra perspectiva, puede sostenerse que el derecho a la propia imagen es un derecho esencial de la persona que se encuentra implícito en nuestro ordenamiento constitucional, teniendo un carácter autónomo, aunque tiene vinculaciones con la privacidad en un sentido amplio, el cual debiera tener una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico."*⁸

⁸NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO: FUNDAMENTACIÓN Y CARACTERIZACIÓN*. *Ius et Praxis*, Talca, v. 13, n. 2, 2007. p.260

Pero, más allá de la disquisición acerca de la autonomía de este derecho frente al derecho a la intimidad, lo que resulta innegable es su enorme importancia en las comunicaciones y en la industria del entretenimiento modernas, caracterizadas por la difusión masiva y multi-direccional de imágenes.

En el Perú, este derecho, está regulado por la Constitución en su artículo 2, numeral 7, de una manera bastante escueta y, cabe notarlo, en cercana relación con el derecho a la intimidad.

Artículo 2° . Toda persona tiene derecho:

(...)

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Su desarrollo conceptual está contenido en el artículo 15 del Código Civil, donde se establece el derecho de exclusiva aunque, igual que en el derecho comparado latinoamericano, con ciertas excepciones:

“Artículo 15.- Protección del derecho a la imagen y voz

La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.

No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden”.

Queda entonces claro que, salvo las circunstancias, excepcionales y concurrentes, señaladas en el Código Civil, en el ordenamiento legal peruano el uso de la imagen de una persona sólo puede darse con su consentimiento o el de sus herederos.

Cabe notar, sin embargo, que este derecho únicamente protege a la utilización directa de la imagen o de la voz de una persona. Es decir, el derecho a la imagen y voz propias no comprende a la facultad de impedir el uso de la voz o imágenes distintas a las propias, como pueden ser las de personas o personajes parecidos o las representaciones (incluso tratándose de personajes reconocidamente inspirados en el titular del derecho) las caricaturas, imitaciones u otras manifestaciones que pueden estar relacionadas con una persona identificada o identificable, pero que no son su propia imagen o su propia voz. En este sentido explica Nogueira Alcalá:

*“El derecho fundamental a la propia imagen garantiza un ámbito de libertad respecto de sus atributos más característicos y propios de la persona, que la identifican en cuanto tal, como es la **imagen física visible**. Asimismo protege el poder de decisión sobre los fines a los que haya de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de la imagen y un ámbito de libre determinación sobre la materia.*

El derecho a la propia imagen protege frente a la captación, reproducción y publicación de la imagen en forma reconocible y visible. Cada persona dispone de la facultad exclusiva de determinar cuándo, como, por quién y en qué forma quiere que se capten, reproduzcan o publiquen sus rasgos fisonómicos, controlando el uso de dicha imagen por terceros, impidiendo así su captación, reproducción y publicación por cualquier procedimiento mecánico o tecnológico, sin su consentimiento expreso.

*El derecho a la propia imagen tutela la proyección exterior y concreta de la persona en su **figura física visible** independientemente de la afectación de su honra, de su vida privada y del eventual derecho de propiedad, dotando a la persona de la facultad de decidir sobre el uso de su imagen sin intromisiones ilegítimas, en la medida que expresan cualidades morales de la persona y emanaciones concretas de su dignidad de ser humano, configurando su ámbito personal e instrumento básico de su identificación, proyección exterior y reconocimiento como ser humano.*

Quedan fuera del ámbito del derecho a la propia imagen las representaciones que requieren mediación intelectual como es el caso de los retratos literarios u otras formas de mediación.⁹ (Énfasis añadido)

Como veremos más adelante, establecer un derecho de exclusiva absoluto sobre aquellas otras representaciones de una persona que no constituyen el uso directo de su imagen o voz (pues requieren mediación intelectual) constituiría una impensable restricción de la libertad de expresión. Así, veremos que el ROP aunque cubre, en principio, las representaciones y otras formas, no escapa a dicho principio.

Sin embargo, ello tampoco significa que el uso de elementos distintos a la imagen y voz propias de las personas sea absolutamente libre. Los titulares de la imagen representada (*likeness*) eventualmente tendrán acción legal contra quienes usen la representación, si ello entra en conflicto con su derecho al honor o a la reputación, con derechos de propiedad intelectual, como las marcas o el derecho de autor, o si constituyen una forma de explotación indebida de la reputación ajena.

Hasta aquí, entonces, encontramos al menos dos diferencias notorias entre el ROP y el derecho de imagen: Por un lado, a diferencia del derecho de imagen, el ROP cubre no sólo el uso directo de la imagen o voz de una persona, sino también el uso de representaciones que

⁹ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO: FUNDAMENTACIÓN Y CARACTERIZACIÓN*. *Ius et Praxis*, Talca, v. 13, n. 2, 2007. p.261

requieren mediación intelectual, como retratos e imitaciones, entre otros. Por otro lado, el ROP no protege cualquier tipo de utilización de la imagen de los individuos, como ocurre con el derecho de imagen y voz propias, sino, específicamente, la explotación de naturaleza comercial¹⁰.

A partir de lo anterior, se ha sostenido, equivocadamente, que el ROP aplica únicamente a celebridades. Pero, si bien es cierto que los casos más notorios involucran artistas, deportistas, políticos y gente particularmente notoria (por la simple razón de que éstos poseen nombres y reputaciones que más fácilmente ayudan a vender productos o llamar la atención) la fama o notoriedad no es un requisito para invocar protección legal y, en estricto, cualquier persona que tenga un legítimo interés en una situación particular podrá hacerlo.

Así, uno de los casos más emblemáticos sobre ROP, por ser el único visto hasta ahora por la Corte Suprema de los Estados Unidos, es *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting*¹¹, que involucra a un actor de feria que no era precisamente una celebridad. Zacchini era un “hombre bala” que servía de proyectil a un cañón en un acto de 15 segundos, quien demandó a la televisora local por filmar y transmitir su acto sin su autorización. Zacchini argumentó que el valor de su acto consistía en que la gente deseara asistir a presenciarlo y que su transmisión televisada y gratuita detraía demanda de espectadores dispuestos a pagar, perjudicando así su negocio. La corte desestimó la defensa de la televisora, fundamentada en la libertad de expresión, y amparó la demanda de Zacchini basándose en la necesidad de proveer al actor del incentivo económico necesario para realizar la inversión que requiere producir una actuación de interés público.

Cabe notar que en nuestro ordenamiento Zacchini hubiera podido invocar directamente el derecho de imagen, pero también probablemente (asumiendo que su acto era suficientemente original) podría haber invocado un derecho de autor análogo al de una obra de teatro. De otro lado, es interesante observar que el razonamiento del incentivo que usa la corte está justificado no por la notoriedad o fama del personaje (que, como hemos visto, no era significativa) sino por la presencia de una creación artística o cultural (la puesta en escena del acto) protegible, deseable o, en palabras de la corte, “de interés público” que requiere de una inversión para ser realizada.

¹⁰ *Ello no significa que en el sistema norteamericano los individuos no estén protegidos contra el uso no autorizado de su voz e imagen fuera del ámbito comercial, sino que tal protección está dada por vías distintas; fundamentalmente, el derecho a la intimidad.*

¹¹ 433 U.S. 562, 576 (1977).

De otro lado, el ROP no está limitado a personas individuales como, en principio, ocurre con el derecho de imagen. Y si bien es cierto que nada impide el ejercicio del derecho de imagen de forma conjunta o simultánea por varios individuos, los casos de ROP frecuentemente han ido más allá y considerado los derechos de agrupaciones y colectivos, como bandas de música o equipos deportivos, no sólo en cuanto a la suma de sus imágenes individualmente consideradas, sino también en cuanto a su identidad, imagen o reputación colectivas.

Otro tema contrastable es el de la supervivencia del derecho luego del fallecimiento del titular. Así, el derecho de imagen es hereditario, tal como establece el artículo 15 del Código Civil antes citado, mientras que respecto al ROP la legislación y jurisprudencia no es uniforme, aunque se reconoce el derecho a los herederos en algunos estados y la tendencia jurisprudencial pareciera ir en esa dirección. En todo caso, una reflexión que cabe al respecto es que los derechos que protegen bienes jurídicos como el honor, la intimidad y la reputación, por su naturaleza inherente a la personalidad, difícilmente trascienden la vida del titular. De otro lado, los derechos de exclusiva sobre intangibles, pasibles de transacciones comerciales, pueden conservar e incluso incrementar su valor comercial por mucho tiempo luego de la muerte del titular original (por ejemplo los casos de Marilyn Monroe o Elvis Presley) lo que hace más probable que las leyes (que suelen seguir la tendencia de las transacciones comerciales) les reconozcan tal supervivencia.

ROP, representaciones que involucran mediación intelectual y libertad de expresión.

Como ya hemos visto, las representaciones que involucran mediación intelectual no entran en conflicto con el derecho sobre la imagen y voz propias y, en consecuencia, no requieren necesariamente de la autorización previa del individuo representado. La principal razón de ello es que frecuentemente tales representaciones están protegidas por el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, la libertad que tienen los terceros para la utilización de ese tipo de representaciones no es ilimitada. En nuestro ordenamiento cabe, a nuestro criterio, la protección de derechos e intereses análogos a los que protege el ROP, a través de las normas que regulan la competencia desleal, bien frente a actos de confusión, bien frente a actos de explotación indebida de la reputación ajena.

A la luz del desarrollo jurisprudencial del ROP en los Estados Unidos, país que se caracteriza por una protección de primer orden a la libertad de expresión, la identificación de los supuestos que requieren autorización previa de la persona cuya imagen se representa o cuya reputación se

aprovecha, pasa por al menos dos cuestiones. En primer lugar, la utilización o aprovechamiento de carácter comercial y, en segundo lugar, el posible conflicto con la libertad de expresión.

La libertad de expresión protege la divulgación de información, así como las opiniones y las expresiones culturales y artísticas, pero no está exenta de límites. La proscripción de la censura previa es un principio consagrado, que la Constitución reconoce de modo expreso¹² y tanto el Tribunal Constitucional Peruano¹³ como la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁴ han establecido con claridad que las opiniones, juicios de valor, pensamientos, ideas y expresiones artísticas están protegidas por una especie de inmunidad contra todo tipo de censura o test de veracidad. Pero tal inmunidad no parece estar extendida a las expresiones puramente comerciales o a aquellas donde el valor o relevancia artística sea meramente incidental y esté subordinada a un propósito comercial, o a las situaciones en que se causa confusión a los consumidores.

Como ilustración de la gran subjetividad, las diferentes situaciones, conflictos y discusiones que pueden presentarse en la aplicación de las reglas mencionadas, revisaremos algunos ejemplos de casos y la forma en que éstos han sido resueltos por las cortes.

Dos de los más famosos casos sobre ROP, muy similares, involucran la personificación o imitación de celebridades. Así, en *Midler v. Ford Motor Co.*¹⁵ y en *Waits v. Frito-Lay, Inc.*¹⁶ Bette Midler y Tom Waits, respectivamente, habían declinado prestar sus voces para jingles publicitarios. Ante ello, los anunciantes optaron por recurrir a imitadores

¹²CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.- Artículo 2.- *Toda persona tiene derecho:*

(...)

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

¹³ *Ver por ejemplo la Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional el 14 de agosto de 2002 en el Expediente 905-2001-AA/TC.*

¹⁴ *Ver por ejemplo: Hustler Magazine, Inc. V. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).*

¹⁵ *849 F.2d 460 (9th Cir. 1989) y re*

¹⁶ *978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992)r*

que pudieran reproducir sus respectivos timbres de voz y estilos. Las cortes en ambos casos consideraron que había una explotación comercial indebida o predatoria de la fama y reputación de las celebridades en cuestión y tanto Bette Midler como Tom Waits cobraron indemnizaciones de US\$400,000 y \$2,500,000, respectivamente.

Otro caso interesante de personificación o representación es *White v. Samsung Electronics America, Inc.*¹⁷ en el cual la famosa presentadora del programa de televisión *Wheel of Fortune*, Vanna White, denunció como ilícita la personificación que de ella hacía nada menos que un robot, patrocinado por Samsung, que lucía y actuaba como ella. La corte consideró que ello constituía una infracción del ROP porque el acto estaba montado deliberadamente de manera que el público “reconociera” e identificara a White con el robot, lo que constituía, a criterio de la corte, un aprovechamiento de su fama y popularidad, por lo que otorgó una indemnización de US\$ 403,000. Nuevamente, un caso de posible competencia desleal bajo nuestras normas.

Un tipo distinto de caso es aquel que no involucra el nombre, imagen o representación de una celebridad, pero donde se considera que el aprovechamiento indebido se produce a través de una asociación con ciertos elementos que el público identifica directamente con la persona. Así por ejemplo, en *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets*¹⁸, se consideró que la frase “Here's Johnny” era identificada por el público y asociada directamente con el presentador Johnny Carson y su programa “The Tonight Show”, por lo que el público podía entender que había una asociación entre el producto anunciado y el Sr. Johnny Carson, induciéndolo a error, en la medida que tal asociación o patrocinio no existía. Tratándose, además, de un tipo particular de producto (inodoros), estaba el asunto de si la asociación con dicho producto podía resultar perjudicial para la imagen del demandante.

En *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*¹⁹ se discutió el uso en publicidad comercial de un auto de carreras característico, identificable como perteneciente al famoso piloto Lothar Motschenbacher y la inferencia que el público podía hacer, viendo el auto, de una asociación entre el producto anunciado y el piloto.

¹⁷ 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992)

¹⁸ 698 F.2d 831 (6th Cir. 1983)

¹⁹ 498 F.2d 921 (9th Cir. 1974).

Cabe notar que en los caso anteriores, la utilización cuestionada se produce en el contexto de avisos publicitarios o de programas de entretenimiento con alto contenido publicitario (Wheel of Fortune es un programa de concurso) más que en el contexto de producciones que pudieran considerarse artísticas o culturales. En los tres últimos casos, cabe notar que el interés protegido está más cerca del derecho marcario que del derecho de imagen. Lo que se discute es el efecto en la percepción del público de determinados signos distintivos o "marcas" (independientemente de que estén registradas o no) como la frase "Here's Johnny" y el diseño característico y distintivo (una especie de trade dress) del automóvil de Motschenbacher. Así, los casos pasan por sustentar o acreditar la existencia de una identificación o asociación, que es típica del derecho de marcas. En nuestro ordenamiento este tipo de casos tendrían que verse a la luz de la competencia desleal, pero a diferencia de los casos como Midler o White, estos no involucrarían únicamente un asunto de explotación indebida de la reputación ajena sino, además y concurrentemente, actos de confusión.

En cuanto a la necesidad de balancear la libertad de expresión y el ROP en los Estados Unidos, el caso Rogers v. Grimaldi²⁰ es el precedente principal de referencia o leading case. Este involucra una película de ficción del director Federico Fellini llamada "*Ginger y Fred*" donde los protagonistas son dos personajes que se habían hecho famosos de jóvenes como pareja de bailarines, han envejecido, y luego de muchos años se reúnen. La pareja de ficción claramente alude a los famosos Ginger Rogers y Fred Astaire. Rogers demandó a la productora por el aprovechamiento indebido de su imagen y de su nombre. Sin embargo, la corte opinó que no existe impedimento de usar el nombre de una celebridad para un trabajo artístico (y en particular el título), indicando que las únicas razones que podrían justificar tal prohibición serían 1) que el uso del nombre no tenga en absoluto relevancia artística para el contenido de la obra en su conjunto o 2) teniendo relevancia artística, que el uso del nombre induzca al público a error acerca del origen de la obra o constituya publicidad comercial disfrazada para la venta de productos o servicios.

Este test ha sido aplicado posteriormente por otras cortes y es la norma que prevalece en cuanto a títulos de películas cinematográficas. Cabe notar que, al establecer la regla, la corte aclaró que el razonamiento no aplica a casos de títulos que resulten confundiblemente similares a otros títulos, pues existe un interés público en evitar a los consumidores tal tipo

²⁰ 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

de confusión, el cual prevalece ante el interés público en la libertad de expresión de los autores.

Un caso interesante sobre la relación entre el título y el contenido de una obra es *Parks v. LaFace Records*²¹. Este caso involucró a una activista de derechos humanos, Rosa Parks, quien se hizo famosa por negarse a ceder el asiento a una persona de raza blanca y moverse a la parte de atrás del autobús en el sur de los Estados Unidos en los tiempos de la segregación racial, acabando en la cárcel por ello. En 2003, Parks demandó al grupo musical OutKast por usar su nombre en el título de una canción. La corte aplicó el test Rogers, considerando que si bien en una parte de la letra de la canción se menciona la frase "*move to the back of the bus*" ("muévete a la parte de atrás del autobús") ello no tenía en absoluto que ver con Rosa Parks, indicando que la licencia poética no es ilimitada y que, en su opinión, la inclusión de la frase no justificaba la apropiación del nombre de Rosa Parks para el título de la canción y que, aunque ésta se repetía diez veces, ello no determinaba la relevancia del título en el conjunto de la letra. Asimismo, la corte consideró que ni el simple hecho de invocar la calidad de "artista", ni el simple hecho de argumentar la calidad de "símbolo" otorgan carta blanca para el aprovechamiento del nombre de una persona.

En nuestro ordenamiento el artículo 28° del Código Civil, establece que "nadie puede usar nombre que no le corresponde". Pero el sentido de la palabra "usar" en dicha norma está más bien referido a la posibilidad de usurpación, es decir, a cuando se usa un nombre ajeno como propio. Así, el "uso" o aprovechamiento relacionado con el tema de este trabajo, distinto al caso de usurpación, no está regulado con un derecho de exclusiva en cabeza del titular, por lo que los casos de aprovechamiento indebido de la reputación a través del nombre están comprendidos, como el de otro tipo de representaciones que requieren mediación intelectual, dentro de la regulación de la competencia desleal.

Un precedente clave, donde se establece una cierta frontera entre lo artístico y lo comercial, es *Comedy III Prods., Inc. v. Gary Saderup, Inc.*²² En este caso, el titular de los derechos de explotación de la comedia "Los Tres Chiflados" demandó a un artista gráfico por vender litografías y camisetas que reproducían un dibujo al carboncillo del mismo artista, representando a los tres famosos personajes de la comedia. La corte suprema de California, utilizando un criterio normalmente usado en casos

²¹ 329 F.3d 437 (6th Cir. 2003).

²² 21 P.3d 797 (Cal 2001).

de copyright²³ consideró fundamental determinar si el trabajo artístico tenía carácter “transformativo”, llegando a la conclusión de que las imágenes eran representaciones “literales”, carentes de mayor contribución creativa, por lo que decidió a favor del demandante, estableciendo que la venta de los referidos productos aprovechaba indebidamente su reputación (o, mejor dicho, la reputación de los personajes, sobre cuya reputación los demandantes ostentaban derechos intangibles). Cabe notar aquí que la corte no usó el argumento típico del riesgo de confusión proveniente del derecho de marcas, que sería previsible en otros casos de productos comerciales (es decir, que el público pudiera pensar que las camisetas estaban asociadas o patrocinadas por los Tres Chiflados), sino un análisis completamente enfocado en determinar la relevancia artística que pudiera conllevar la protección por el lado de la libertad de expresión.

En el caso *Winter v. DC Comics*²⁴ dos músicos y artistas, los hermanos John y Edgar Winter (“invierno” en inglés), demandaron a DC Comics por la inclusión en unas historietas de unos personajes llamados “Autumn brothers,” (los hermanos “Otoño”), unos villanos semi-humanos. La Corte Suprema de California, aplicando el test de la creación transformativa, determinó que las historietas contenían elementos creativos suficientes que hacían que los personajes fuesen más que meras representaciones literales y declarando que estaban protegidos por la primera enmienda.²⁵

En contraste, en el caso *Doe v. TCI Cablevision*²⁶ un ex-jugador de hockey, de nombre Anthony “Tony” Twist demandó a los creadores de unas historietas que incluían el personaje de un villano llamado Tony Twist. La Corte suprema de Missouri utilizó entonces el criterio del “uso predominante”, y desestimó la protección bajo la primera enmienda, pues consideró que el uso de la “identidad” de Twist tenía un carácter predominantemente comercial y no artístico. El caso es polémico porque la corte rechazó el uso del test transformativo y porque en el proceso no se acreditó la intención o efecto de los distribuidores de las historietas de atraer la atención de los consumidores aprovechando la reputación de Twist.

²³ *El equivalente del Derecho de Autor en el derecho anglosajón.*

²⁴ *30 Cal.4th 881 (Cal. 2003)*

²⁵ *La norma constitucional norteamericana de garantía de la libertad de expresión.*

²⁶ *110 S.W.3d 363 (Mo. Banc. 2003)*

En *Hilton v. Hallmark Cards*²⁷ la celebridad Paris Hilton demandó a la empresa Hallmark por comercializar una tarjeta de saludo que incluía una foto suya y la frase "That's Hot", que Hilton alegaba haber popularizado y que el público asociaría con ella. Hallmark planteó que la demanda fuese desestimada de plano, argumentando inmunidad bajo la primera enmienda. La corte desestimó la moción preliminar, considerando que el caso no le parecía obvio, por lo que era necesario un juicio para determinar los méritos de la demanda. El caso fue posteriormente objeto de un acuerdo privado entre Hilton y Hallmark. Como hemos visto, bajo nuestras leyes, el uso de la fotografía determinaría la aplicación de las normas sobre derecho de imagen, sin perjuicio de ver el tema de la frase bajo las normas de marcas o de competencia desleal.

En *Sarver v. The Hurt Locker LLC*²⁸ un soldado del ejército norteamericano, miembro del pelotón de desactivación de explosivos en la Guerra de Irak, demandó a los productores del film *The Hurt Locker*, una película ganadora de seis premios Oscar en 2009, incluyendo mejor película. Sarver alegó que la película se había basado en él su vida e historia, que eran representadas en uno de los principales personajes, Will James. La corte declaró fundada la moción preliminar para desestimar de plano la demanda con base en la primera enmienda, aplicando el test del trabajo transformativo. Así, consideró que luego de "simplemente" comparar la representación del demandante con el trabajo del demandado se podía determinar que éste aportaba elementos artísticos, distintivos y expresivos suficientes.

En el caso *Kirby v. Sega of America, Inc.*²⁹, la cantante, bailarina y artista Keirin Kirby alegó que un personaje del videojuego *Space Channel 5*, llamado "Ulala" representaba su identidad pública e imagen característica y que el nombre del personaje aludía a la expresión lírica "ooh la la" utilizada por ella como rasgo distintivo en sus letras. La corte, más allá de determinar que los videojuegos son expresiones artísticas protegidas por la primera enmienda como un libro o una película, aplicó el test "transformativo" de la C.S. de California y desestimó aplicar el test del "uso predominante" de la C.S. de Missouri. Así, la corte indicó que, aun asumiendo que el personaje Ulala se hubiera basado en Kirby, no se trataba de una "representación literal" en el contexto general del videojuego y que era suficientemente "transformativo".

²⁷ 599 F.3d 894 (9th Cir. 2010)

²⁸ Case No. 2:10-cv-0934-JHM-JCx, (C.D. Cal. 2011).

²⁹ 144 Cal. App. 4th 47 (2006)

En el Perú, cabe mencionar un precedente importante sobre el uso de la representación de una celebridad en una obra audiovisual. Mediante Resolución 3251–2010/SC1-INDECOPI³⁰ el Tribunal del INDECOPI se pronunció sobre la denuncia por competencia desleal planteada por Andina de Radiodifusión S.A.C. (ATV) contra Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. (Frecuencia Latina), por la comisión de presuntos actos de explotación indebida de la reputación ajena y denigración, como consecuencia de la difusión de la miniserie “Magnolia Merino”.

ATV sostuvo que los actos de explotación indebida de la reputación ajena consistían en haber utilizado elementos similares a los distintivos del programa Magaly “TeVe” que se transmite vía ATV, entre los cuales destacan el logotipo y música característicos del programa, el muñeco llamado “cuervo” que aparece junto a la conductora, la historia de una periodista y su productor que realizan un magazine de farándula (en alusión a la periodista Magaly Medina y su productor Ney Guerrero) entre otros.

Sobre los actos de denigración, ATV sostuvo que la miniserie presentaba situaciones y personajes que denigraban directamente a la conductora Magaly Medina y a su productor Ney Guerrero, así como a la empresa denunciante y a sus directivos, pues atribuía a los personajes conductas inmorales y delictivas, presentándolos como personas sin escrúpulos en su profesión y vinculándolos con actos de corrupción y consumo de drogas.

La resolución contiene una serie de elementos interesantes, incluyendo dos votos en discordia, cuyo análisis excedería el objeto del presente trabajo. Limitándonos, entonces, a la intersección con los temas que hemos venido examinando a la luz del desarrollo jurisprudencial del ROP, observamos, en primer lugar, que la demanda no la presenta la celebridad en cuestión frente a los productores de la obra audiovisual, sino una televisora contra la otra, lo cual determina un ámbito diferente de derechos en discusión, aunque existan algunos aspectos que se intersecan y superponen.

Cabe resaltar el análisis que hace la resolución del conflicto subyacente con la libertad de expresión que, como se ha visto, es fundamental en los casos de ROP. Citando al Tribunal constitucional y la doctrina, la Sala de Defensa de la Competencia aplica el “test de razonabilidad”, compuesto por i) el principio de idoneidad o adecuación, ii) el principio de necesidad, y iii) la ponderación o principio de proporcionalidad en sentido estricto. A partir de la aplicación del test, la Sala concluye que *“sancionar como*

³⁰ Expediente 202-2008/CCD

actos desleales de denigración el contenido de una obra de ficción, la cual es producto de la creación de sus autores y ostenta un marcado propósito crítico, así como recortar su difusión pública a través de un medio de expresión, restringiría sustancialmente el contenido del derecho fundamental a la libertad de expresión".

Puede observarse que el Tribunal aplica el test de razonabilidad constitucional enfocándose únicamente en la contraposición del derecho a la libertad de expresión, por un lado, y el derecho la competencia o el proceso competitivo, por el otro, dejando de lado otros derechos constitucionales que podrían entrar en la ecuación, como el derecho al honor y el derecho a la buena reputación, aunque cabe suponer que ello se deba al ámbito de los derechos e intereses involucrados en el caso específico, determinados por las partes intervinientes.

Un aspecto importante de la resolución es que parece identificar o confundir los actos de engaño o asociación con los de explotación indebida de la reputación ajena, pese a que la ley³¹ establece claramente la diferencia entre unos y otros. Así en el punto 34, se indica que "(...) Según la norma, ellos consisten en la realización de actos que, **no configurando actos de confusión**, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, **incluidos** los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero". (énfasis añadido).

No obstante ello, en el análisis posterior (punto 42) la Sala concluye que "(...) para la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de explotación indebida de la reputación ajena se requieren dos condiciones: (i) la preexistencia de una reputación asociada a un bien, servicio, marca o algún aspecto de la actividad empresarial de un agente económico, que resulte identificable para los consumidores; y, (ii) una conducta que explote esta reputación y cuyo efecto sea vincular la prestación de dicho agente con la prestación propia, sin que dicha vinculación exista en la realidad".

A nuestro entender, dicha conclusión es errada, pues la vinculación de la prestación propia con la ajena implica siempre supuestos de asociación o confusión, siendo que la norma alude expresamente a casos que, no siendo actos de confusión, e incluyendo (pero no necesariamente constituyendo) actos de asociación, son actos de explotación indebida de la reputación ajena.

³¹ El Decreto Legislativo 1044 Ley de Represión de la Competencia Desleal

Conclusiones

1. El ROP protege a las celebridades y los individuos en general que cuentan con una reputación o notoriedad de valor en el mercado, contra el uso o aprovechamiento indebido y no autorizado, de índole comercial, por parte de terceros, de dicha notoriedad o reputación.
2. El uso o aprovechamiento puede darse a través de la imagen, voz y nombre propios de la persona, o a través de "representaciones" (en el sentido más amplio de la palabra, incluyendo símbolos y signos) que requieren mediación intelectual y/o procesos de asociación.
3. No todo tipo de aprovechamiento comercial es considerado indebido, pues las leyes protegen de manera bastante amplia las expresiones artísticas y culturales, así como las opiniones e ideas, independientemente de que sean explotadas comercialmente.
4. Sin embargo, la protección que brinda la libertad de expresión no es absoluta o ciega, sino que puede requerir la evaluación de la relevancia o real existencia del factor expresivo protegido y eventualmente, la contraposición con otros derechos.
5. Aunque bajo un ordenamiento distinto, cabe obtener bajo las leyes peruanas el reconocimiento y protección de los mismos derechos, sin perjuicio de matices y diferencias que pueden darse en la aplicación concreta, más por la naturaleza misma de los intereses y derechos involucrados que por diferencias sustanciales en la normativa.