

Apropiación cultural en la industria de la moda: ¿inspiración o plagio?

Cultural Appropriation in the Fashion Industry:
Inspiration or Plagiarism?

Melissa MARRERO SEVERINO

Asociada en la firma Headrick, Rizik, Álvarez y Fernández, habilitada para ejercer derecho en la República Dominicana y en el estado de Nueva York. Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana (UNIBE); maestría en Derecho de la Información, Innovación y Competencia especializada en Propiedad Intelectual por la Universidad de Nueva York (NYU). Durante el año 2017-2018 participó en un programa de pasantía legal en la Organización Mundial de Propiedad Intelectual en los temas de innovación y propiedad intelectual promovidos por esta organización ante las Naciones Unidas, sede de Nueva York.

Resumen

Ante las recientes polémicas en las que famosos diseñadores de moda son acusados de apropiación cultural, este artículo presenta un estudio detallado de las formas en que la propiedad intelectual podría proteger diseños y artículos de la moda, así como expresiones culturales. Se analiza el concepto de «apropiación cultural» y las formas

en que se podría tomar legalmente elementos de otras culturas como fuente de inspiración.

PALABRAS CLAVES: APROPIACIÓN CULTURAL – MODA – DISEÑO – EXPRESIONES CULTURALES

Abstract

The article presents a detailed study of how intellectual property law may apply to the protection of fashion products and designs, as well as cultural expressions. The author analyzes the concept of «cultural appropriation» and identifies how cultural elements may be used as inspiration in fashion.

KEYWORDS: CULTURAL APPROPRIATION – FASHION – DESIGN – CULTURAL EXPRESSIONS

Sumario: I. Introducción. II. La propiedad intelectual y su aplicación a la moda y a las expresiones culturales: A. Derecho de autor. B. Derecho de marcas. C. Diseños industriales. D. Indicaciones geográficas. III. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

A inicios de junio de 2019, la casa de moda Carolina Herrera lanzó su nueva colección titulada «Resort 2020», la cual, según su diseñador Wes Gordon, evoca «tonos coloridos y juguetones de la cultura latina» y se define con «patrones eclécticos y siluetas inesperadas».¹ Poco después de su lanzamiento, la Secretaría de Cultura del Gobierno de México, Alejandra Frausto, acusó a esta prestigiosa casa de alta costura de apropiación cultural por reproducir bordados característicos de ciertas comunidades mexicanas² en tres de sus diseños.

¹ Colección Resort 2020, Carolina Herrera [en línea], <<https://www.carolinaherrera.com/es/fashion/carolina-herrera-new-york/resort-2020/>> [Consulta: 23/06/2019].

² Comunicado, Secretaría de Cultura, Gobierno de México [en línea], <<https://www.gob.mx/cultura/prensa/secretaria-de-cultura-encabeza-la-defensa-del-patrimonio-cultural-de-las-comunidades?idiom=es>> [Consulta: 23/06/2019].

FIGURA 1.



Fuente: Milenio Digital [en línea], <<https://www.milenio.com/estilo/carolina-herrera-inspira-coleccion-mexico-acusan-plagio>>

A lo largo del tiempo, varios magnates de la moda han sido criticados por apropiarse de elementos culturales extranjeros. En el año 2012, la compañía Urban Outfitters fue demandada por la Nación Navajo por ofrecer en venta artículos con la marca «Navajo», los cuales evocaban una falsa presunción de procedencia por contener patrones tribales.³ Tanto la firma Valentino como Marc Jacobs fueron, por igual, acusadas de uso indebido e irrespetuoso de elementos culturales de las comunidades afroamericanas, tras estilizar a sus modelos (en su mayoría caucásicas) con rastas y trenzas de espiga para desfilarse en sus pasarelas.⁴ Otro escándalo aconteció en el 2013 cuando el diseñador Jeremy Scott osó modernizar el niqab musulmán para su colección primavera-verano, generando también un mar de críticas y desaires.⁵

³ READ, Natasha, *Cultural and Intellectual Property Appropriation: Disputes over Culturally-Inspired Fashions* [en línea], <<https://www.trademarkandcopyrightlawblog.com/2019/02/cultural-and-intellectual-property-appropriation-disputes-over-culturally-inspired-fashions/>> [Consulta: 23/06/2019].

⁴ PALMA, Orlando, *¿Apropiación cultural o inspiración en la moda?* [en línea], <<https://www.orlandopalma.com/apropiacion-cultural/>> [Consulta: 23/06/2019].

⁵ *Idem.*

Lo cierto es que, desde sus inicios, la moda y la cultura han ido creciendo mano a mano, inclusive entendiéndose la primera como un elemento importante de la segunda, y al revés. Sin embargo, cuando una pieza de indumentaria en cualquiera de sus formas se convierte en representación de una comunidad, su significado cultural no está sujeto a ninguna forma de propiedad intelectual, y si bien esto implica que forme parte del dominio público, puede ser que su uso no sea libre para todos sin ningún tipo de limitación.⁶

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el «patrimonio cultural» es la herencia cultural propia del pasado de una comunidad, mantenida hasta la actualidad y transmitida a las generaciones presentes. Este patrimonio se extiende no solo a monumentos, construcciones y ubicaciones geográficas de trascendencia, sino que también comprende los elementos intangibles de la cultura. El patrimonio intangible o inmaterial incluye usos, representaciones, conocimientos y técnicas, que incluyen tradiciones, idiomas, artes, rituales y actos festivos, y también técnicas artesanales.⁷ Dentro de este renglón se encuentran las vestimentas típicas, los estilos, las telas, bordados y aplicaciones que distinguen una comunidad cultural del resto.

Desde hace años, la industria de la moda es bastante exigente pidiendo a sus creadores productos innovadores y diferentes al menos dos veces al año en la presentación de sus colecciones. En un sentido, la discusión actual es la eterna batalla entre la industria de la moda y la vestimenta y los estilos considerados tradicionales de una cultura.

Hoy en día más que nunca gracias a los avances tecnológicos y la globalización, los artistas pueden ampliar fácilmente sus fuentes de inspiración hacia otros horizontes, buscando elementos únicos y origina-

⁶ VÉZINA, Briggite, «Curbing Cultural Appropriation in the Fashion Industry» *Center for International Innovation* [en línea], <<https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/paper%20no.213.pdf>> [Consulta: 23/06/2019].

⁷ Numerales 1 y 2, artículo 2, Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, UNESCO, 17 de octubre de 2003.

les de otras comunidades. Sin embargo, existe, y es preciso distinguir, la delgada línea entre inspiración y apropiación.

La apropiación cultural resulta de la adopción no autorizada y sin acreditación o compensación de la propiedad intelectual, de las expresiones culturales, los conocimientos tradicionales o artefactos de una cultura.⁸

En ciertas culturas, la vestimenta, la forma de peinarse, los tatuajes y decoraciones en la piel conllevan un significado mayor que un simple estilo. Los aspectos culturales de una comunidad no son creados usualmente por intereses pecuniarios, sino por ser símbolos importantes o tener algún significado especial. Cuando otra cultura se apropia de ellos, este significado se diluye y se convierte puramente en comercial, perdiendo su cualidad identitaria y reforzando estereotipos creados por terceros.

A raíz de la nueva colección de Carolina Herrera, la pregunta principal presentada ha sido: ¿Cuál es la línea que divide la inspiración y la apropiación cultural en la moda? O incluso, ¿existe esta línea, o debería existir?

En el presente ensayo buscamos responder a estos interrogantes tomando en cuenta los derechos amparados en la propiedad intelectual, analizando si los bienes culturales funcionan como límites o fuentes de creatividad. Para determinar si estos derechos pueden ser incoados, analizaremos en detalle las formas en que la propiedad intelectual podría proteger la moda y las expresiones culturales.

II. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU APLICACIÓN A LA MODA Y A LAS EXPRESIONES CULTURALES

En la presente sección estudiaremos la aplicación de la propiedad intelectual como herramienta de protección de las creaciones del intelecto humano, con relación a la moda y a las expresiones culturales.

⁸ READ, Natasha, *vide supra* nota 3.

Como se analizará a continuación, la aplicación de esta rama del derecho tiene ciertas limitaciones por las características esenciales de la moda y las expresiones culturales. En primer lugar, los productos de la industria de la moda buscan ser tendencias de alcance masivo, pero de aplicación corta. Esto quiere decir que los diseñadores procuran llegar a la mayor cantidad de su público objetivo en el menor tiempo posible, antes del cambio de temporada. Por otro lado, las expresiones culturales son elementos que conllevan un significado histórico, social o cultural.

Si bien un vestido es un producto de la moda, es posible que una comunidad en particular lo considere parte de su patrimonio cultural intangible por su diseño o elementos distintivos. En esta encrucijada radica la gran diferencia, por ejemplo, para un indio entre un vestido y un sari. Uno es de naturaleza enteramente comercial, mientras que el otro es símbolo de su cultura.

Habiendo identificado las diferencias clave entre estas prendas, procedemos a analizar las vías en que la propiedad intelectual podría protegerlas.

a) Derecho de autor

En derecho de autor, los diseños y aplicaciones que incorporan los productos de la moda serían registrables como «obras de arte aplicadas». Este tipo de obra refiere a las piezas artísticas que pueden tener aplicación industrial. Como la vestimenta y las joyas son útiles, se las denomina obras de arte aplicadas. Este concepto incluiría los diseños de moda en todos sus aspectos, así como también los bordados y las aplicaciones que el diseñador decida incorporar al artículo.

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (de ahora en adelante, Convenio de Berna) es el instrumento legal internacional sobre derecho de autor; establece la protección mínima que los Estados contratantes deben conferir en la materia dentro de sus legislaciones nacionales, y reconoce derechos morales y patrimoniales. Uno de los principios básicos de este convenio es la protección automática conferida a las obras, sin que para beneficiarse

del derecho de autor sea requerido ningún tipo de formalidad, como, por ejemplo, el registro de la obra.

El artículo 6bis del convenio establece los derechos morales de forma independiente de los patrimoniales, precisando que:

[...] Incluso después de la cesión de estos derechos [los patrimoniales], el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

Como bien indicamos arriba, este es uno de los pilares del Convenio, al cual se encuentran adscritos 177 países. En la República Dominicana, los derechos morales son eternos, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables; sin embargo, los derechos patrimoniales se extinguen a los 50 años de la muerte del autor.⁹ Por otro lado, en Estados Unidos, los derechos morales solo se aplican a ciertas obras de artes visuales, excluyendo, por ejemplo, las obras de arte aplicado. Además, los derechos morales expiran con el fallecimiento del autor.¹⁰ El cumplimiento dudoso por parte de Estados Unidos de la Convención de Berna no será tratado en este artículo, sin embargo, es vital tomar en consideración esta incoherencia.

Las protecciones establecidas en el Convenio de Berna abarcan «todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión».¹¹ De manera explicativa, el Convenio menciona la protección como obra artística de las «obras de artes aplicadas»; sin embargo, hace la reserva de que los Estados contratantes pueden regular de forma particular lo concerniente a este tipo de obras.

⁹ Artículos 19 y 21, Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor.

¹⁰ Sección 106A (d), Ley de Derechos de Artistas Visuales de Estados Unidos de América.

¹¹ Numeral 1, artículo 2, Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

En el plano local, el derecho de autor, como es concebido bajo la Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor (en adelante, Ley 65-00), protege «las obras literarias y artísticas, así como la forma literaria o artística de las obras científicas, incluyendo todas las creaciones del espíritu [...] incluyendo, pero no limitadas a: [...] 9) obras de arte aplicado; [...]».¹² Si bien a modo general podemos suponer que en el país los diseños de moda serían registrables de acuerdo con esta disposición, la práctica legal en la materia es limitada, por lo que sería interesante analizar cómo se ha aplicado en otros países.

En otras legislaciones, como es el caso de la de Estados Unidos, la ley es más restrictiva en cuanto a la posibilidad de conferir derechos a los diseños de moda.¹³ Si bien el derecho de autor contemplado en la ley estadounidense de derecho de autor sí confiere derechos a «obras pictóricas, gráficas, y esculturales» que incluyen trabajos dimensionales y tridimensionales de bellas artes, artes gráficas y *aplicadas*, entre otros, el legislador incluye la reserva de que, en caso de que el diseño forme parte de un artículo útil, solo será considerado como «obra pictórica, gráfica o escultural» si puede existir independientemente de sus aspectos utilitarios.¹⁴

La jurisprudencia estadounidense —al tratar el problema de separabilidad impuesto por la ley— ha determinado que, si bien la ropa en sí no puede ser protegida, los diseños de las telas —como patrones, estampados y encajes— sí pueden serlo.¹⁵ Asimismo, las cortes han establecido que la forma de las joyas podría ser protegida por derecho de autor.¹⁶ Sin embargo, esta protección será evaluada caso por caso y decidida por un tribunal, lo que dificulta bastante su tramitación.

Esa noción de separabilidad también se ha aplicado en Colombia, donde la regla era que «Las obras de arte aplicadas a la industria solo son protegidas en la medida en que su valor artístico pueda ser separado

¹² Artículo 2, Ley No. 65-00.

¹³ Sección 101, Ley de Derecho de Autor de Estados Unidos de América, 17 U. S. C.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ JIMÉNEZ, Guillermo, KOLSUN, Barbara, *Fashion Law: Cases and Materials*, Estados Unidos de América: Carolina Academic Press, LLC., 2016, pp. 64 y 65.

¹⁶ *Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc.*, 2nd Cir., 632 F.2d 989 (1980).

del carácter industrial del objeto u objetos en las que ellas puedan ser aplicadas». ¹⁷ Sin embargo, en 1993 la Comisión del Acuerdo de Cartagena emitió la Decisión Andina 351 en la que se estableció que las obras de arte aplicadas están protegidas por derecho de autor, comprendiendo «creaciones artísticas con funciones utilitarias o incorporadas en un artículo útil». ¹⁸

La moda, si bien es cambiante e incorpora distintos estilos y conceptos, en esencia trata de aportar belleza, autenticidad, creatividad y arte a artículos meramente útiles. El derecho de autor protege la expresión del creador. Por esta razón, la doctrina en Colombia ha determinado que la aplicación del derecho de autor a obras de artes aplicadas redundaría en una zona gris de la propiedad intelectual. ¹⁹

A la limitación de la utilidad del producto de la moda y la doctrina de separabilidad que se ha aplicado en ciertos países, se le suma la originalidad que debe tener una obra artística para ser protegida por derecho de autor. En la industria de la moda, esto es una gran restricción ya que la originalidad y la creatividad tienden a relucir en los cortes, estampados, estilos y bordados, entre otros.

Por otro lado, adentrándonos de manera particular en el tema de las expresiones culturales, en la República Dominicana el artículo 146 de la Ley 65-00 establece que las expresiones de folklore y cultura tradicional de autor desconocido pertenecen al dominio público. Bajo este régimen, estas obras no se benefician de derecho patrimonial privado. El uso de obras en el dominio público es libre; sin embargo, la Ley exige el respeto de la «paternidad del autor o del intérprete o ejecutante, y la integridad de la obra o de la interpretación o ejecución». ²⁰

¹⁷ Artículo 6, Ley N° 23 de 1982 (28 de enero de 1982) sobre Derechos de Autor (Colombia), [en línea], <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co012es>>.

¹⁸ Artículo 3, Decisión Andina 351 que establece el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

¹⁹ ÁLVAREZ AMÉZQUITA, D. F., «Derecho de autor y diseño industrial, ¿cómo dibujar una línea? La protección en Colombia de las obras de arte aplicado a la industria» *Estudios Socio-Jurídicos*, 17(2), 199-232 [en línea], <<http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v17n2/v17n2a07.pdf>> [Consulta: 28/06/2019].

²⁰ Artículo 148, párrafo, de la Ley No. 65-00.

Uno de los casos más interesantes de apropiación cultural que estableció un precedente importante en la industria de la moda fue el litigio entre Antik Batik v. Isabel Marant en Francia.

En el año 2015, para su colección primavera-verano, la diseñadora francesa Isabel Marant lanzó al mercado una blusa con un parecido asombroso al traje típico del pueblo mixe de Oaxaca (México), llamado *huipl*. El diseño comercializado por Marant poseía un bordado bastante similar. A pesar de que los representantes de esta comunidad se pusieron en contacto con Marant, ella nunca pidió permiso para el uso ni reconoció que la procedencia o la inspiración se basaba en la vestimenta mixe.²¹

Curiosamente, poco tiempo después, el diseño del vestido de Marant fue objeto de un interesante litigio en el que la firma de modas Antik Batik la acusó por ante los tribunales de París de copiar con este vestido uno de sus diseños. Ante esto, la diseñadora alegó que su vestido se inspiró en el *huipl* mixe y, por tanto, no podía ser una copia de Antik Batik. En diciembre de 2015 la corte francesa dictaminó que ni Isabel Marant ni Antik Batik gozaban de la autoría del diseño, que era un producto cultural de la comunidad mixe.²²

FIGURA 2.



Fuente: Fashion Network [en línea], <<https://es.fashionnetwork.com/news/Isabel-Marant-libre-de-acusaciones-por-demanda-de-plagio,604936.html#.XS1CkpNKhE4>>

²¹ VÉZINA, *vide supra* nota 6.

²² *Ibid.*

La legislación dominicana impone una restricción expresa a la aplicación por derecho de autor de expresiones culturales. Otras jurisdicciones no incluyen esta restricción (por ejemplo, en Estados Unidos, Colombia y España), pero existe la complicación de tener que identificar autoría y originalidad.

En primer lugar, es muy probable que obtener autorización de un miembro de una comunidad cultural para el uso de uno de sus elementos distintivos no sería suficiente. Las expresiones culturales son usualmente de propiedad colectiva. Asimismo, el derecho de autor prescribe en un punto en el tiempo luego de la muerte del titular, por lo que no conviene para elementos culturales que trascienden en el tiempo generación tras generación.

Sin embargo, el concepto de derechos morales se aplica perfectamente para proteger a las comunidades frente a las apropiaciones, en los casos en que no sean reconocidas como las fuentes creadoras de estos elementos, así como para evitar el uso desconsiderado e irrespetuoso de los mismos.

b) Derecho de marcas

Ante lo complejo de la protección de productos de la moda por medio de derecho de autor, considerando la volatilidad de las tendencias y lo difícil que resulta crear diseños completamente originales y que puedan separarse de la utilidad del artículo para limitar su uso a terceros, la industria ha utilizado los derechos de marcas para crear esta exclusividad. El mismo diseño de vestido puede ser ofrecido en venta por las marcas Zara y Oscar de la Renta, pero el precio del segundo será considerablemente más alto que el primero por la exclusividad y el prestigio que la marca Oscar de la Renta representa.

La marca es el signo que distingue un producto o un servicio de otro. Dentro de las funciones principales de este signo están la indicación de origen y la distinción de unos productos o servicios de otros. Las marcas pueden asumir varias formas: denominativas, figurativas, mixtas, tridimensionales, dependiendo de la legislación nacional de cada país.

Una marca denominativa se compone únicamente de las palabras que identifican el producto o servicio, mientras que una marca figurativa protege una imagen, que muchas veces puede ser un logo o incluso el diseño de una etiqueta. La marca mixta incorpora una denominación y una figura, y la tridimensional protege la forma de los productos.

En Estados Unidos existe el «*trade dress*» que se puede asemejar a las marcas mixtas en la legislación dominicana. Sin embargo, el *trade dress* es mucho más amplio y abarca el empaque del producto, su configuración o diseño, incluso se puede aplicar a la estética de un sitio en particular (por ejemplo, la forma de diseñar el interior de una tienda o algún elemento distintivo de su arquitectura).

En cuanto al *trade dress*, la jurisprudencia estadounidense ha sido clara en determinar que si bien el empaque de un producto puede ser inherentemente distintivo para proteger el diseño de un producto —por ejemplo, el diseño de un vestido—, es necesario probar que su forma es tan distintiva y especial que los consumidores la asocian únicamente con su fuente creadora, esto es, el diseñador o la compañía que vende el producto.²³ Este requisito hace casi imposible registrar el diseño de una vestimenta como marca. Ante esto, la industria de la moda se ha concentrado más en crear marcas denominativas, figurativas o mixtas que sean fuertemente distintivas para poder distinguir sus productos en el mercado.²⁴

Esta dificultad —de identificar claramente la proveniencia— también se les presenta a las comunidades culturales que se encuentran en localidades remotas y que muchas veces solo utilizan los diseños en la vestimenta cotidiana de sus integrantes.

A esto también se le suma el hecho de que en muchas legislaciones para registrar una marca se requiere su uso previo en el comercio dentro del territorio. En un contexto más general, la territorialidad de la propie-

²³ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc.*, 529 U. S. 205 (2000).

²⁴ Recientemente, grandes casas de alta costura han relanzado sus marcas quitando la tipografía distintiva que las caracterizaba. Hay que esperar para ver cómo reacciona el mercado y la jurisprudencia frente a esta nueva tendencia.

dad intelectual es un límite enorme para que las comunidades culturales puedan proteger sus elementos distintivos de la apropiación extranjera.

A pesar de la dificultad de registrar diseños, algunas comunidades culturales han procedido de la misma manera que las grandes compañías de la industria de la moda registrando marcas denominativas, figurativas o mixtas para limitar el uso no autorizado de su identidad por terceros. Por ejemplo, en el año 2011 Urban Outfitters lanzó al mercado una nueva línea de productos «Navajo». La reserva india estadounidense Nación Navajo había registrado la denominación «Navajo» como marca denominativa para proteger productos textiles y demás. Esta comunidad demandó a Urban Outfitters por violar sus derechos marcarios al utilizar la palabra «Navajo» con relación a prendas de vestir, con el agravante de que los diseños tribales de estos artículos evocaban falsamente una asociación con esta comunidad. Las partes arribaron a un acuerdo antes de que fallara el juez, y a la fecha Urban Outfitters obtuvo una licencia de uso de la marca «Navajo».

FIGURA 3.



Fuente: Knau Arizona Public Radio, Northern Arizona University [en línea], <<https://www.knau.org/post/navajo-nation-and-urban-outfitters-reach-settlement>>

Para obtener los mismos beneficios que la Nación Navajo, la comunidad indígena masái —que vive en Kenia y Tanzania—, luego de que distintas empresas de la moda —como Louis Vuitton y Calvin Klein— se apropiaran en varias ocasiones de sus populares estampados, solicitaron los registros de sus elementos distintivos como marcas.²⁵

Por otro lado, el derecho marcario también ha protegido a las comunidades culturales de que se registren marcas que puedan ser ofensivas, despectivas o que ridiculicen personas, ideas, religiones o símbolos.²⁶ En Estados Unidos, la Comisión de Audiencias y Recursos en materia de Marcas (Trademark Trial and Appeal Board, TTAB) de la Oficina de Patentes y Marcas decidió cancelar los registros de marcas del equipo de fútbol americano Washington Redskins por considerarlos ofensivos y denigrantes.²⁷

Sin embargo, si bien se canceló el registro de la marca Redskins, esto no impidió al equipo continuar explotando en el mercado su logo, mascota y nombre. La única forma de restringir a terceros el uso y explotación económica de una marca es siendo el titular registrado de la misma.

c) Diseños industriales

Los aspectos ornamentales novedosos pueden ser protegidos como diseños industriales. En la República Dominicana, el artículo 54 de la Ley No. 20-00 define como diseño industrial «cualquier reunión de líneas o combinaciones de colores o cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, que se incorpore a un producto industrial o de artesanía».

Para poder proteger estos diseños es necesario que el artículo sea novedoso y que tenga un carácter singular. El requisito de novedad

²⁵ PILLING, David, «Warrior Tribe Enlists Lawyers in Battle for Maasai 'Brand'» *Financial Times* [en línea], <<https://www.ft.com/content/999ad344-fcff-11e7-9b32-d7d59aace167>> [Consulta: 30/06/2019].

²⁶ Sección 1052 (a), Ley de Marcas de Estados Unidos; Artículo 73 (g) y (h), Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial.

²⁷ *Blackhorse v. Pro-Football, Inc.*, 50 U.S.P.Q.2d 1705, 1999 WL 375907 (T.T.A.B.1999). Estados Unidos de América.

se refiere a que el diseño no haya sido divulgado por nadie antes de la fecha de solicitud de registro. Por otro lado, el requisito de singularidad está cubierto cuando la impresión general que un consumidor informado tiene del producto sea de algo meramente singular. Los diseños industriales son una forma de protección por lo que el estudio de la novedad y el carácter único de un artículo se hace a nivel internacional, pese a que su protección es jurisdiccional.

Otro elemento esencial del diseño a registrar es que si bien debe poder ser manufacturado, no debe ser enteramente funcional. Siempre deben resaltar sus aspectos estéticos, ya que ahí es que recae la protección.

En otros países, como Estados Unidos, los diseños industriales se denominan «patentes de diseño». En esta jurisdicción, para obtener la protección legal, además de probar la novedad del artículo, se requiere demostrar que el artículo es meramente estético y que no es obvio para alguien capacitado en la industria correspondiente.

A la fecha existen registros de diseños industriales para la protección del diseño de zapatos, y de aspectos ornamentales en lentes, bolsos y artículos de perfumería. Sin embargo, pese a que esta protección pueda ser ideal para la industria de la moda, a veces no es la más conveniente. En primer lugar, el proceso de registro de un diseño industrial es extenso y exhaustivo. El proceso de aplicación puede tomar años y, como se mencionó antes, en su revisión se debe probar que nunca antes había sido divulgado. Esta divulgación se examina a nivel mundial. Como comentábamos, la industria de la moda tiende a ser cambiante y la protección como diseño industrial no sería conveniente, a menos que el diseñador entienda que es importante esperar por el registro para la comercialización y que esta espera no le signifique una desventaja comercial.

Además, al igual que en las demás formas de propiedad intelectual estudiadas, la protección como diseño industrial es generalmente territorial.

En cuanto a esto, la OMPI administra el Arreglo de La Haya que crea el sistema internacional de diseños industriales y modelos de utilidad. Este sistema permite el registro de diseños industriales en 70 países

contratantes mediante la presentación de una solicitud internacional única. Sin embargo, a la fecha la República Dominicana no se ha adherido a este arreglo.

En cuanto a las limitaciones que esta forma de protección tiene para los diseños que son expresiones culturales de ciertas comunidades, la principal sería la imposibilidad de cumplir con los requisitos legales para su aplicación, principalmente la novedad. Evidentemente, lo que hace que una expresión cultural sea un elemento identitario de la comunidad es su uso en el tiempo, y esto implica necesariamente su divulgación. Además, otras limitaciones serían la territorialidad de estos registros y el tiempo de concesión. Generalmente, el derecho sobre los diseños industriales es concedido por una duración de hasta 5 años, con posibilidad de renovación por el mismo período en dos ocasiones.²⁸

d) Indicaciones geográficas

De acuerdo con el Artículo 70 de la Ley 20-00, una indicación geográfica es una denominación que identifica el origen de un producto, cuando este es de determinada calidad, reputación o tenga cualquier otra característica que le sea atribuida a la región geográfica. En resumen, las indicaciones geográficas protegen las expresiones únicas de la agricultura, ecología y cultura de una localidad que con el tiempo han tomado valor.

A la fecha, la mayoría de indicaciones se refieren a productos agrícolas como el pisco peruano, el arroz basmati o el queso roquefort. Sin embargo, la concepción de la figura no se restringe a este tipo de productos, sino que también puede proteger productos industrializados y artesanías.²⁹ Por ejemplo, las famosas calaveras mexicanas se

²⁸ Artículo 67, Ley 20-00; artículo 17, Acta de Ginebra del 2 de julio de 1999.

²⁹ GIOVANNUCCI, Daniele, JOSLING, Tim, KERR, William, O'CONNOR, Bernard, YEUNG, May T., «Guide to Geographical Indications: Linking Products and their Origins» *International Trade Center* [en línea], <https://www.origin-gi.com/images/stories/PDFs/English/E-Library/geographical_indications.pdf> [Consulta: 13/07/2019].

encuentran registradas como denominación de origen,³⁰ una forma de indicación geográfica, y así también la seda tailandesa producida en distintas variaciones.³¹

La indicación geográfica, más que un instrumento legal o comercial, es una forma de proteger el desarrollo rural y los intereses económicos de comunidades cuyos productos son reconocidos por su valor en el mercado. Esta forma de protección radica en la tradición cultural, el medio ambiente y amplios niveles de participación comunitaria.

Es importante recalcar que la indicación geográfica indica la procedencia de un bien, y sirve para respaldar una serie de cualidades características que solo se pueden dar en una localidad específica.

Al igual que las marcas, esta forma de propiedad intelectual protege los estándares y la procedencia de un producto. Por esta razón, en Estados Unidos, por ejemplo, la forma de protección de estas indicaciones se hace por los registros de marcas colectivas. Sin embargo, hay sistemas *sui generis* de protección de las indicaciones geográficas por sí mismas,³² este es el caso de la República Dominicana.

La protección de una indicación geográfica permite a quienes gozan del derecho de usarla prohibir que terceros utilicen esta indicación sin permiso y se beneficien de la reputación creada. Por igual, pueden impedir que terceros registren la indicación como marca y evitar que la denominación se vuelva genérica.

En esta misma línea, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se ha enfocado en promover su protección y se encuentra en negociaciones de un instrumento jurídico internacional que las ampare en el marco de la propiedad intelectual, que serviría para evitar las apropiaciones indebidas de estas expresiones. Sin embargo,

³⁰ SECRETARÍA DE ECONOMÍA DE MÉXICO, *¿Sabías que la talavera tiene denominación de origen?* [en línea], <<https://www.gob.mx/se/articulos/sabias-que-la-talavera-tiene-denominacion-de-origen?idiom=es>> [Consulta: 13/07/2019].

³¹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, «Las Indicaciones Geográficas» OMPI [en línea], <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/geographical/952/wipo_pub_952.pdf> [Consulta: 13/07/2019].

³² GIOVANNUCCI, *supra* nota 30.

es preciso hacer la salvedad que la indicación geográfica no faculta a su titular a impedir que terceros elaboren el mismo producto utilizando las mismas técnicas amparadas por las normas de la referida indicación.

El marco regulatorio internacional de las indicaciones geográficas está establecido en el Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional. Este arreglo provee un sistema internacional para el registro de estas denominaciones a través de un sistema de declaración. Esta normativa resguarda la denominación por el tiempo de protección establecido en el país de origen de la misma. En el caso de la República Dominicana, estas indicaciones están protegidas por tiempo indefinido, lo que representa una gran ventaja para la protección de los aspectos culturales referidos en este artículo.³³

Además, los Estados miembros del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) están obligados a protegerse del uso engañoso de una indicación geográfica y en contra de cualquier uso que sea un acto de competencia desleal.

Si delimitamos la aplicación de las indicaciones geográficas a vestimentas y elementos de la moda tradicional de comunidades culturales, podemos analizar que en la India han registrado varios tejidos, bordados y diseños. Por ejemplo, la localidad de Chanderi es titular de una indicación geográfica para un tipo de sari tradicional de esta ubicación.

De las formas de propiedad intelectual estudiadas, la que más se podría aplicar es la denominación de origen, sin embargo, hay ciertas expresiones culturales que no se circunscriben a una región en particular.

III. CONCLUSIÓN

Resulta curioso analizar que la forma de aplicación de la propiedad intelectual para los diseños de vestimentas y accesorios difiere entre los que demarcan un origen cultural en particular y los que siguen ten-

³³ Artículo 132, Ley No. 20-00.

dencias populares. Lo cierto es que del estudio general de la propiedad intelectual podemos concluir que la misma busca la protección de las creaciones del intelecto humano, pero solo en la medida en que sean novedosas, únicas y aporten algo distinto a la humanidad. En este sentido, el derecho de poder excluir a terceros de fabricar, usar o comercializar un producto en particular solo puede ser concedido cuando el artículo en cuestión es realmente una creación original, única y novedosa de su originador.

Como hemos analizado en el presente artículo, este requisito de novedad es una de las grandes limitaciones que la propiedad intelectual plantea en cuanto a la protección de los diseños y ajuares reconocidos como expresiones culturales y, hasta cierto punto, también para los artículos de la moda en general. Muchos se cuestionan, a raíz de las acusaciones de apropiación cultural contra grandes casas de alta costura, si todo no está inventado ya. Y la pregunta que nos reiteramos: ¿cuál es la línea entre la inspiración y el plagio?

El plagio se reduce al uso no autorizado de la creación de un tercero y al hecho de ostentarlo como propio. Es la apropiación sin identificar su procedencia. De esta idea de plagio surge lo que denominamos «apropiación cultural». Esta figura se caracteriza por: a) el cambio de contexto cultural; b) el desequilibrio de poder entre el que se apodera y el titular; y c) la pasividad del titular. Este tipo de apropiación consiste en la distorsión y dilución del significado de un elemento cultural y la pérdida del control sobre este para su comunidad.

Podemos decir que la mayor distinción entre apropiación e inspiración recae en la tercera característica citada: el no dar crédito a aquella comunidad cuyas ideas creativas son expuestas como propias, sin referencia alguna a su origen real. Es en esta acción que recae el real perjuicio para las comunidades culturales, que lleva a la dilución de su identidad.

Para resguardar estos derechos, la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO plantea la creación de inventarios de los patrimonios culturales intangibles de cada

Estado miembro, para su identificación y protección.³⁴ Sin embargo, como estudiamos, a la fecha no existen mecanismos legales que resguarden efectivamente estos aspectos culturales de apropiaciones por terceros. La OMPI ha creado un Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, que procura la negociación de un acuerdo internacional que delimite de una mejor forma los derechos adquiridos por estas comunidades.

«Las culturas fluyen y frenar su flujo negaría su propia esencia.»³⁵ El objeto de esta discusión no es el de bloquear la creatividad o la inspiración por parte de los artistas y diseñadores, ya que lo natural es que de lo existente resurja la creatividad para cosas nuevas; sin embargo, es preciso respetar las creaciones, tanto las ancestrales como las del dominio público.

TEXTOS LEGALES

República Dominicana

Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial del 8 de mayo de 2000, G.O. 10044 del 10 de mayo de 2000.

Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor del 21 de agosto de 2000, G.O. 10056 del 24 de agosto de 2000.

Estados Unidos de América

Ley de Marcas de Estados Unidos de América, 15 U.S.C., 1946.

Ley de Derecho de Autor de Estados Unidos de América, 17 U.S.C., del 1909.

Ley de Derechos de Artistas Visuales de Estados Unidos de América, 17 U.S.C., Sección 106A, 1990.

³⁴ Artículo 12, Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, del 17 de octubre de 2003.

³⁵ VÉZINA, *vide supra* nota 6, p. 8.

República de Colombia

Ley No. 23 sobre Derecho de Autor de la República de Colombia, de fecha 28 de enero de 1982.

Acuerdos Internacionales

Arreglo de La Haya relativo al Registro Internacional de Dibujos y Modelos Industriales, del 5 de noviembre de 1925.

Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, adoptado el 27 de septiembre de 1979.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del 27 de septiembre de 1979.

Decisión Andina 351 que establece el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, del 17 de diciembre de 1993.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, del 15 de abril de 1994.

Acta de Ginebra, del 2 de julio de 1999.

Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, del 17 de octubre de 2003.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ AMÉZQUITA, David Felipe (2015): «Derecho de autor y diseño industrial, ¿cómo dibujar una línea? La protección en Colombia de las obras de arte aplicado a la industria» *Estudios Socio-Jurídicos*, 17(2), 199-232 [en línea], <<http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v17n2/v17n2a07.pdf>> [Consulta: 28/06/2019].

GAINER, Kim (2016): *Cultural Property versus Intellectual Property: The Cultural Appropriation Debate* [en línea], <<https://prod-ncte-cdn.azureedge.net/nctefiles/groups/cccc/committees/ip/2016/gainer.pdf>> [Consulta: 28/06/2019].

GIOVANNUCCI, Daniele, JOSLING, Tim, KERR, William, O'CONNOR, Bernard, YEUNG, May T. (2009): «Guide to Geographical Indications: Linking Products and their Origins» *International Trade Center* [en línea], <https://www.origin-gi.com/images/stories/PDFs/English/E-Library/geographical_indications.pdf> [Consulta: 13/07/2019].

- JIMÉNEZ, Guillermo, KOLSUN, Barbara (2016): *Fashion Law: Cases and Materials*. Estados Unidos de América: Carolina Academic Press, LLC.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: «Las Indicaciones Geográficas» *OMPI* [en línea], <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/geographical/952/wipo_pub_952.pdf> [Consulta: 13/07/2019].
- PALMA, Orlando: *¿Apropiación cultural o inspiración en la moda?* [en línea], <<https://www.orlandopalma.com/apropiacion-cultural/>> [Consulta: 23/06/2019].
- PILLING, David (2018): «Warrior Tribe Enlists Lawyers in Battle for Maasai 'Brand'» *Financial Times* [en línea], <<https://www.ft.com/content/999ad344-fcff-11e7-9b32-d7d59aace167>> [Consulta: 30/06/2019].
- READ, Natasha (2019): *Cultural and Intellectual Property Appropriation: Disputes over Culturally-Inspired Fashions* [en línea], <<https://www.trademarkandcopyrightlawblog.com/2019/02/cultural-and-intellectual-property-appropriation-disputes-over-culturally-inspired-fashions/>> [Consulta: 23/06/2019].
- SECRETARÍA DE ECONOMÍA DE MÉXICO (2016): *¿Sabías que la talavera tiene Denominación de Origen?* [en línea], <<https://www.gob.mx/se/articulos/sabias-que-la-talavera-tiene-denominacion-de-origen?idiom=es>> [Consulta: 13/07/2019].
- SHAND, Peter (2002): «Scenes from the Colonial Catwalk: Cultural Appropriation, Intellectual Property Rights, and Fashion» *Semantic Scholar* [en línea], <<https://pdfs.semanticscholar.org/98bd/29a62f61323f29e8d4e1dfa2808bb8e30b73.pdf>> [Consulta: 23/06/2019].
- VÉZINA, Brigitte (2019): «Curbing Cultural Appropriation in the Fashion Industry» *Center for International Innovation* [en línea], <<https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/paper%20no.213.pdf>> [Consulta: 23/06/2019].
- VILASECA, Estel (2017): «Apropiación cultural, ¿plagio u homenaje?» *El País* [en línea], <https://elpais.com/elpais/2017/07/07/estilo/1499440837_847010.html> [Consulta: 23/06/2019].

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- Kieselstein-Cord v. Accesories by Pearl, Inc.*, 2nd Cir., 632 F.2d 989 (1980) (Estados Unidos de América).
- Blackhorse v. Pro-Football, Inc.*, 50 U.S.P.Q.2d 1705, 1999 WL 375907 (T.T.A.B.1999) (Estados Unidos de América).
- Wal-Mart Stores, Inc., v. Samara Brothers, Inc.*, 529 U.S. 205 (2000) (Estados Unidos de América).