

La industria de la moda en la formación legal contemporánea: Reflexiones sobre Derecho de la Moda y la Propiedad Intelectual



GUSTAVO RODRÍGUEZ GARCÍA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho de la Propiedad Intelectual por la Universidad Austral de Buenos Aires.
Profesor de Introducción a la Economía y Derecho de la Universidad de Lima.
Profesor en la Maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho de la Propiedad Intelectual en la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas –UPC.
Profesor del Centro de Educación Ejecutiva de la Universidad del Pacífico.
Profesor de Derecho de la Competencia y Derecho de la Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho de la Universidad ESAN.
Presidente de la Comisión Permanente de Ética N° 2 del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONAR).

AUTORES NACIONALES

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La paradoja detrás de la paradoja de la piratería.
- III. Niveles de protección diferenciados para la industria de la moda.
- IV. La ambigüedad autoral, el remedio marcario y el camino cuesta arriba para los diseñadores no consagrados.
- V. Las nuevas tecnologías, la piratería y la democratización en la industria de la moda.
- VI. Comentario final.

PROPIEDAD INTELECTUAL

ADVOCATUS 134



RESUMEN:

En el presente trabajo, el autor expone por qué el derecho de la propiedad intelectual tiene un punto de contacto evidente y poderoso con el derecho de la moda. En base a ello, desarrolla un estudio detallado en relación a este punto de contacto.

Palabras clave: Derecho de la moda — Tecnología comunicativa — Obsolescencia inducida — Piratería.

ABSTRACT:

In the following article, the author explains why Intellectual Property Law shows clear signs of linkage with Fashion Law. Based on this theory, the author develops a detailed study regarding said linkage.

Keywords: Fashion law — Communicative technology — Induced obsolescence — Piracy.

I. INTRODUCCIÓN

Se le atribuye a Rachel Zoe haber dicho: "*Style is a way to say who you are without having to speak*". La frase resulta especialmente interesante porque destaca el hecho de que la moda es esencialmente un instrumento comunicativo. En ese sentido, con acierto, se ha señalado que la moda opera como una tecnología informativa¹. Se debe rescatar, asimismo, que es una tecnología que permite la comunicación tanto del creador como del usuario. El poder comunicativo de la moda no se limita a lo que el diseñador quiere transmitirnos sino que se extiende a lo que los usuarios de manera intencional o no comunican al tomar una prenda de vestir y cubrir su cuerpo con ella. Puesto de manera sencilla, la moda es una tecnología informativa de doble vía que permite la transmisión de mensajes en la sociedad.

Siendo una tecnología comunicativa poderosa y en la medida que el sistema legal se ocupa de diversas maneras de la preservación de la transparencia (persiguiendo la revelación de información engañosa en múltiples áreas del derecho) en la sociedad, resulta curioso que por tanto tiempo la moda no haya merecido un tratamiento más profundo por parte de los estudiosos del derecho. Ignorar que la moda es uno

de los vehículos comunicativos primigenios del individuo quizás explique el porqué las reglas legales han dejado de lado el abordaje de los problemas específicos que enfrenta la industria de la moda hasta nuestros días.

Afortunadamente, en las escuelas de derecho más renombradas del mundo, el tema de la moda ha sido puesto en el tapete dando lugar a la merecida formación de una disciplina denominada "derecho de la moda" (*fashion law*). El derecho de la moda es, en términos sencillos, el análisis de la problemática legal asociada a las prendas de vestir desde su concepción hasta que llega a las manos del usuario². Esa travesía, por cierto, comprende una gran cantidad de asuntos relacionados (desde las cuestiones ligadas al modelaje hasta debates sobre discriminación y derechos laborales pasando por regulaciones locales e internacionales de cara al comercio) de modo que una primera idea que debe estar clara es que el derecho de la moda no significa derecho de la propiedad intelectual ni es una rama del derecho de la propiedad intelectual.

Dicho ello, es indiscutible que el derecho de la propiedad intelectual tiene un punto de contacto evidente y poderoso con el derecho de la moda y es precisamente ese punto de contacto

1. Traducción: El estilo es una manera de decir quién eres sin tener que hablar.

2. SCAFIDI, Susan, F.I.T.: *Fashion as information technology*, En: Syracuse Law Review, Vol. LIX, Nueva York, 2008.

3. SCAFIDI, Susan. "Fashion Law: diseñando una nueva disciplina", En: BELLO, Susy y Echevarría, Pamela (Coordinadores). *Derecho y Moda*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2015.

el que es materia de discusión en el presente trabajo. Los individuos nos vemos atraídos por estilos y prácticas que nos resultan novedosas pero ante el surgimiento de nuevos estilos novedosos, abandonamos los anteriores. La innovación gatilla ese proceso de acercamiento a lo reconocido como novedoso y de abandono subsecuente a lo desfasado. En otras palabras, la dinámica social se caracteriza por dos movimientos –uno hacia la continuidad y otro hacia la innovación⁴– que, en buena medida, se ve lubricada por la estructura del derecho de la propiedad intelectual. La forma en la que la propiedad intelectual contribuye a esta dinámica ha sido materia de debate académico y vale la pena que exponamos un poco la sustancia de dicho debate.

II. LA PARADOJA DETRÁS DE LA PARADOJA DE LA PIRATERÍA

En el año 2006, los profesores Kal Raustiala y Christopher Sprigman publicaron un artículo extensamente difundido y comentado (*"The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design"*) en el *Virginia Law Review*. En dicho artículo, los autores de manera provocadora planteaban que la inexistencia de protección para los diseños de moda no solo no dañaba la innovación –la cual seguía verificándose en la realidad– sino que era más beneficiosa para la industria de la moda que un sistema de alta protección. De esa manera, la idea frecuentemente explorada de que la piratería representa una amenaza a los incentivos para el desarrollo de actividad creativa, era evidentemente contradicha por la realidad en la industria de la moda.

La explicación detrás de este planteamiento tiene que ver con el hecho de que las prendas de vestir suelen ser productos posicionales que señalizan cierto estatus. La inexistencia de una protección fuerte en términos de propiedad

intelectual acelera una dinámica de libre apropiación haciendo que una determinada prenda de vestir que señalizaba estatus se convierta prontamente en una prenda de vestir con la posibilidad de llegar a los armarios de todos los individuos. Este proceso –denominado por los autores *"obsolescencia inducida"*– incentiva a los diseñadores a desarrollar nuevas prendas de vestir que señalicen el estatus que prendas pasadas dejaron de simbolizar. Los individuos que quieren señalar estatus, comprarán esas prendas de vestir de modo que la piratería, paradójicamente, podría inducir la innovación e implicar nuevas ventas.

Nótese que el planteamiento esbozado reconoce que la moda opera como una tecnología para la difusión de información (en este caso, como una tecnología para la señalización de estatus). El planteamiento, sin embargo, parecería asumir que este proceso de *"obsolescencia inducida"* asegura que la moda llegue a todos los públicos de manera ordenada y democrática (primero a los que buscan señalar estatus y, luego, a la colectividad que, con su acceso al producto, difumina ese estatus buscado por otros y que, ahora, demandarán nuevas innovaciones señalizadoras de estatus).

La pregunta, no obstante, es la siguiente: ¿Cómo podrían los diseñadores asegurar a sus compradores que una determinada prenda de vestir señala estatus cuando la copia es libremente permitida? En otras palabras, el esquema de libre copia viabiliza una competencia prácticamente inmediata con quienes ofrecen los diseños originales / innovadores. El profesor Picker de la Universidad de Chicago refiere de manera elocuente que el valor del bien depende completamente de la tecnología de copiado⁵. Si la copia es posible de manera inmediata porque no existen derechos de propiedad intelectual adecuados, quienes ofrecen prendas de vestir

4. HEMPHILL, C. Scott y SUIK, Jeannie. *"The law, culture and economics of fashion"*. En: *Stanford Law Review*, Vol. LXI, California: 2009.

5. PICKER, Randal C. *"Of Pirates and Puffy Shirts: A Comment on 'The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design'"*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper N°. 328. Chicago 2007.

señalizadoras de estatus no podrían asegurar a sus clientes una duración razonable de tal estatus (de hecho, no podrían asegurar que en ese preciso momento no se está comercializando una copia de ese diseño).

Pongámoslo en términos de teoría de juegos siguiendo la aplicación desarrollada por la profesora Gordon del dilema del prisionero para el caso de la propiedad intelectual⁶. Imagine dos jugadores –un diseñador de alta moda potencial y un copiadador de diseños potencial– que se enfrentan a los siguientes presupuestos: (i) la creación de nuevos diseños implica un costo pero copiar es barato. Si bien copiar no implica cero costos, el costo de copiado es inferior al costo de diseño original; (ii) invertir en la creación de nuevos diseños permite cubrir tal inversión en tanto no haya copia; y, (iii) si se produce una copia, la inversión del diseñador se pierde porque puede vender a menos precio y se anula la señalización de estatus.

Imagine que los jugadores A y B deciden invertir en crear sus propios diseños. En ese caso, ambos pueden recuperar sus inversiones y llegar a una audiencia (asumiendo que el diseño reciba el favor del público lo cual tiene que ver con una cuestión de gustos). Si tanto A como B deciden copiar diseños, la recompensa será cero para ambos porque no tendrán de donde copiar. Alguien tiene que desarrollar algo susceptible de ser copiado. Si A desarrolla un diseño original y B se lo copia, el creador pierde su inversión y el copiadador obtiene ganancias más elevadas que las que habría obtenido si hubiera asumido el costo que representa ser innovador. En una dinámica de este tipo, ser un copista de diseños se vuelve una estrategia dominante. La sociedad, sin embargo, estaría mejor si es que tanto A y B crearan y no se conformaran con dejar de perder por lo que el sistema legal trata de fomentar la

innovación y desincentivar la copia. Si el derecho acoge un esquema de libre copiado para la industria de la moda, el copiado no involucrará un costo adicional (por ejemplo, sanciones) y la recompensa asociada a la copia será percibida como superior.

Ahora bien, los propios Raustiala y Sprigman tienen una respuesta a la crítica. Elman reseña la posición de éstos diciendo que: “*Los autores sostienen que si los copistas no esperan a ver qué se vende en el mercado, se ven forzados a adivinar qué prenda de vestir deberían copiar*”⁷. Si bien los copistas podrían tener un incentivo a esperar y obtener información respecto de aquello que vale la pena copiar, también es dudoso que la espera sea particularmente importante o, incluso, que se produzca en todos los casos. El riesgo de copiado es, a nuestro juicio, suficiente como para desestabilizar el proyecto innovativo de un diseñador.

El nivel de protección legal reconocido en los Estados Unidos es distinto al nivel de protección disponible en Perú. En efecto, en los Estados Unidos existe un permanente debate en torno a la necesidad de dotar de protección a los diseños de moda frente a la regla general que niega tutela por *copyright* a la moda. La piratería es una realidad innegable y la posibilidad de que un diseñador asegure a sus clientes el estatus deseado suele ser reducida conforme al marco teórico previamente expuesto.

III. NIVELES DE PROTECCIÓN DIFERENCIADOS PARA LA INDUSTRIA DE LA MODA

Si bien en la jurisprudencia de los Estados Unidos no se encuentra plenamente descartada la posibilidad de protección, se exige la *posibilidad de separación* entre los aspectos pictóricos o gráficos de aquellos aspectos utilitarios de un

6. Esta dinámica, adaptada en este trabajo al caso de los diseños de moda, se encuentra desarrollada en: GORDON, Wendy. “*Fallas asimétricas del mercado y el dilema del prisionero en propiedad intelectual*”, En: Revista Latinoamericana de Propiedad Intelectual – RLAPI, Vol. II. Buenos Aires, 2011.

7. ELMAN, Victoria. “*From the runway to the courtroom: how substantial similarity is unfit for fashion*”, En: Cardozo Law Review, Vol. XXX. New York, 2008.

determinado artículo. En efecto, las prendas de vestir desempeñan un papel esencialmente utilitario –sirven para vestirnos, esto es, para cubrir nuestros cuerpos– que no puede encontrarse protegido por el derecho de exclusiva que el *copyright* confiere. Para que la protección sea posible, deben existir atributos pictóricos, gráficos o escultóricos que puedan ser identificados de manera separada y que puedan existir de manera independiente de los aspectos utilitarios.

Es posible apelar a dos procedimientos para determinar la separabilidad antes mencionada: (i) la regla de la separabilidad física; y, (ii) la regla de la separabilidad conceptual. La primera implica que se puedan remover los atributos pictóricos, gráficos o escultóricos por medios ordinarios sin que los aspectos utilitarios se vean afectados. Cuando un artículo es bidimensional, sin embargo, la posibilidad de aplicar la primera regla se torna imposible debiendo apelarse a la regla de la separabilidad conceptual. Esta segunda regla implica reconocer que los aspectos no utilitarios funcionan como obras en sí mismas. Sin embargo, como refieren Merges, Menell y Lemley, existe controversia respecto de la manera apropiada de formular y aplicar la regla de separabilidad conceptual⁸.

En el fallo de la Corte de Apelaciones para el Sexto Circuito de los Estados Unidos en la controversia *Varsity Brands, Inc. contra Star Athletica, LLC*, se identifican hasta nueve aproximaciones distintas al asunto de la separabilidad conceptual. Finalmente, la Corte se inclina por diseñar un test consistente en cinco preguntas: (i) ¿el diseño importa un trabajo pictórico, gráfico o escultórico?; (ii) Si el diseño califica como uno de los anteriores, ¿se trata del diseño de un artículo útil?; (iii) Si el diseño se refiere a un artículo útil, ¿cuáles son los aspectos utilitarios del artículo?; (iv) ¿Puede el observador del diseño identificar característi-

cas pictóricas, gráficas o escultóricas de manera separada a las características utilitarias?; y, (v) ¿pueden esas características identificadas de manera separada, de ser ese el caso, existir de manera independiente a los aspectos utilitarios?.

De manera más reciente, la Corte Suprema de los Estados Unidos en su fallo del 23 de marzo del 2017 ha establecido que una característica artística de un diseño de un artículo útil puede ser protegida via *copyright* si: (i) puede ser percibida como una obra artística bidimensional o tridimensional separada del artículo útil; y, (ii) si esa característica calificaria como una obra en sí misma o en fijada en otro medio tangible, en caso fuera imaginada de manera separada al artículo útil¹⁰. El fallo, con la importancia que tiene, precisa, sin embargo, que no se considera protegible a la forma, corte o dimensiones físicas de un uniforme de porrista.

Las referencias a diversas opiniones en el fallo de la Corte Suprema refleja la problemática. Así, por ejemplo, se sostuvo que el test adecuado era preguntarse si el artículo útil sin la característica artística sería “*similarmente útil*”. En la opinión del Gobierno de los Estados Unidos, un uniforme de porrista enteramente blanco es similarmente útil a uno con diseños. La cuestión, sin embargo, fue catalogada como “*innecesaria*” por la Corte Suprema.

En el Perú, parece aceptarse de manera pacífica que los diseños de moda son protegibles por el derecho de autor. La Guía de Derecho de Autor en la Industria de la Moda desarrollada por Indecopi con el apoyo del proyecto “Facilitando Comercio” de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) señala que las creaciones de moda podrían calificar como obras de arte aplicado aunque precisando que “*no todas las creaciones de moda estarán*

8. MERGES, Robert P., MENELL, Peter S., y LEMLEY, Mark A. *Intellectual property in the new technological age*. Sexta edición, Wolters Kluwer Law and Business. 2012, p. 490.

9. *Varsity Brands, Inc. contra Star Athletica, LLC*. 799 F.3d 468. Sexto Circuito, 2015.

10. Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos del 23 de marzo de 2017. *Star Athletica, LLC contra Varsity Brands, Inc.*

protegidas por el Derecho de Autor como obras de arte aplicado, sino solo aquellas que constituyan o incorporen una creación artística original como, por ejemplo, un diseño, dibujo o patrón original¹¹. Dado que la propia Guía reconoce que la creación de moda tiene normalmente una función utilitaria, se concluye que estará protegido, por ejemplo, un vestido cuya forma, particularidades del corte, estampado, bordado, doblez y combinación de colores hagan a la pieza resultante original.

Como puede apreciarse, entonces, existen creaciones de moda protegibles y no protegibles por el derecho de autor dependiendo de si se considera que el producto resultante es original. Este juicio es problemático porque, siguiendo el concepto de originalidad reconocido en el precedente de observancia obligatoria emitido por el propio Indecopi, debe apreciarse una expresión creativa e individualizada de modo que *"la obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad"*¹².

La apreciación cuándo una creación de moda lleva la impronta de la personalidad del diseñador nos puede conducir a una situación arbitraria. Con acierto Villalba y Carranza opinan que *"la importancia creciente del derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica introduce relevantes factores de derecho público en la comprensión del nexo jurídico entre el autor y la obra producida como fruto de su actividad creadora; factores cuya presencia en el orden constitucional obligan a superar tradicionales enfoques de dicho nexo"*¹³. No es el momento ni el lugar para expresar las razones por las que el Precedente Agrottrade alude a un concepto de originalidad desfasado; simplemente vale la pena destacar que la aplicación estricta del concepto de originalidad allí contenido puede generar problemas de cara al acceso a la protección respecto de creaciones de moda.

IV. LA AMBIGÜEDAD AUTORAL, EL REMEDIO MARCARIO Y EL CAMINO CUESTA ARRIBA PARA LOS DISEÑADORES NO CONSAGRADOS

No existe impedimento alguno para que diversas formas de protección coexistan. Así, por ejemplo, la representación gráfica de una prenda de vestir podría ser registrada como marca. Evidentemente, como es requisito aplicable al campo marcario, esa representación deberá gozar de aptitud distintiva, esto es, de la capacidad para identificar y diferenciar productos o servicios en el mercado. Atribuir capacidad distintiva podría resultar, también, complejo. En uno de los casos más importantes sobre moda -*Samara Brothers Inc. contra Wal-Mart*- se discutía si la conocida cadena de tiendas Wal-Mart había afectado el derecho de un diseñador de ropa para niños al vender copias con tales diseños y, de esta forma, había infringido el derecho respecto del *trade dress* de tales productos. El caso llegó hasta la Corte Suprema la cual sostuvo: *"Sostenemos, en una acción por infracción de trade dress no registrado bajo la sección 43(a) de la Lanham Act, que el diseño de un producto es distintivo, y por tanto protegible, solo luego de una demostración de secondary meaning"*.

La adquisición de significado secundario -*secondary meaning*- se produce cuando un signo o medio inicialmente incapaz de funcionar distintivamente en el mercado (dado su significado primario), adquiere la capacidad de funcionar como marca dado el uso de la marca y la asociación que se ha despertado en el consumidor: el signo en su significado secundario con el producto o servicio que distingue. Palladino precisa que: *"Secondary meaning, sin embargo, no es el proceso por el cual un término carente de significado marcario adquiere dicho significado en el tiempo. En cambio, es el resultado de ese proceso, esto es, la asociación de un término con*

11. IRIARTE, Erick y MEDINA, Ruddy. *Guía de Derecho de Autor en la Industria de la Moda*. INDECOPI, Lima, 2013.

12. Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI.

13. VILLALBA, Federico y CARRANZA, Luis. *Alcance y fundamento del requisito de originalidad en el derecho de autor*. En: *El Derecho*, N°. 11.112, Año XLII, Buenos Aires, 2004, p. 4.

productos de un origen empresarial que permite que ese término sirva como marca identificando productos de una compañía y distinguiéndolos de los productos de otros¹⁴.

No debemos olvidarnos que las prendas de vestir desempeñan una función primaria utilitaria: vestirnos. Es ciertamente polémico que el público consumidor asocie mentalmente el diseño de una prenda de vestir al origen del producto salvo, precisamente, que ese diseño haya sido empleado en el mercado al punto de adquirir esa capacidad marcaria (*secondary meaning*). Sin embargo, la Decisión 486 no prohíbe que se registre como marca una forma que tenga una función utilitaria sino únicamente a las que consistan exclusivamente en formas que den una ventaja funcional o técnica al producto al cual se aplican. En caso una determinada forma incurriera en esa prohibición en nuestro país, debe precisarse, no podrá superar el impedimento mediante adquisición de significado secundario al estar excluido de los supuestos de *secondary meaning* del último párrafo del artículo 135º de la Decisión 486.

En los Estados Unidos, la esquivada protección mediante copyright y la más asequible protección marcaria permiten conferir una tutela más efectiva a las marcas más consolidadas. En efecto, cuando uno logra tener una marca ya implantada en la mente del consumidor –piense en Armani o Gucci– realmente esa marca se vende sola. Un diseñador emergente no puede vender su marca porque recién está tratando de hacerse conocido en el mercado; sin embargo, si pretende proteger sus diseños, se encontrará con las cuestiones problemáticas comentadas previamente. La decisión de incorporar marcas protegidas en el propio diseño de manera repetida o llamativa (ejemplo: las afamadas siglas de Louis Vuitton) no es casual, es una estrategia para conferir protección legal al diseño mismo.

Marshall refiere que “En la misma forma que Louis Vuitton, muchos diseñadores han intentado hacer que sus productos y diseños sean protegidos marcando completamente la pieza con una marca. Algunos han tenido éxito y otros no. Incluso si un diseñador logra vencer en una acción por infracción marcaria, solo la marca en sí misma es protegible –no el diseño entero. La cuestión clave es que si bien el derecho marcario es útil para proteger marcas y logos, no suele proteger el diseño en sí mismo”¹⁵.

Desde luego, esta afirmación –que proviene de una realidad normativa distinta– debe ser matizada en Perú en donde no existe impedimento legal alguno para que la forma de una prenda de vestir sea registrada como marca (ya sea la representación bidimensional o la forma tridimensional) en tanto se considere que la forma no atribuye una ventaja exclusivamente funcional o técnica. En cualquier caso, debe quedar claro que las ambigüedades que puedan existir en el derecho de autor respecto de la protección de la moda, pueden desnivelar el piso de protección entre diseñadores emergentes y diseñadores consagrados. Esta no es una discusión menor si es que se pretende fomentar la industria de la moda en un país en donde el tema no se encuentra desarrollado.

V. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, LA PIRATERÍA Y LA DEMOCRATIZACIÓN EN LA INDUSTRIA DE LA MODA

Previamente dijimos el problema del aseguramiento del estatus era crucial para comprender la razón por la que la moda merece protección legal. El desarrollo de nuevas tecnologías permite que ese aseguramiento de estatus se torne más endeble y, de esta manera, refuerza la idea de que la industria de la moda requiere un nivel de protección adecuado. Se ha señalado que: “(...) con el advenimiento de las tecnologías digitales, Internet y la economía globalizada, sin

14. PALLADINO, Vincent N. “Assessing trademark significance: genericness, secondary meaning and surveys”, En: The Trademark Reporter, Vol. XCII, N°. 4, International Trademark Association (INTA), 2002.

15. MARSHALL, Ashley M. “Free Fashion”, En: Marquette Intellectual Property Law Review, Vol. XVII, N°. 1, 2013.

embargo, este equilibrio ha cambiado haciendo que el debate sobre protección de los diseños sea más pertinente que antes. Los copistas de moda pueden ahora tomar fotografías digitales de nuevos productos de moda, transmitirlos a fábricas del exterior para su reproducción y poner esos diseños en el mercado antes que la compañía que originó el estilo pueda hacerlo (...) Como anota la experta de la industria Gioia Dilberto 'el éxito de un diseñador depende del poder de sus prendas de vestir para atraer atención. Si copias –incluso imitaciones pobres– aparecen primero, ese poder se pierde.'¹⁶

Dicho esto, la cuestión sigue siendo una que se atiende delineando una medida adecuada de protección. Pareciera, siguiendo la tesis que sostiene que la piratería "democratiza" la moda, que algún efecto positivo genera el hecho de que se permita copiar libremente las creaciones de moda. En el polo opuesto, si las tecnologías permiten que el copista ofrezca una creación antes que su propio creador, las probabilidades de que exista la innovación deseada en el campo de la moda tenderán a ser reducidas.

En la búsqueda de esa medida adecuada, se debe diferenciar entre dos tipos de copia: (i) el copiado interpretativo; y, (ii) el copiado literal o próximo. Arielle Cohen, en esa línea, ha distinguido entre "interpretational copying" y "close-copying", señalando que: "el dilema de la moda rápida no reside en el copiado interpretativo de las tendencias o estilos sino en la copia exacta o próxima de los diseños originales. La diferencia está en que el copiado próximo representa una copia línea por línea de un diseño que luce casi si es que no es exactamente igual que el diseño original, mientras que en la copia interpretativa

se trata de un diseño original en sí mismo que sigue una tendencia actual"¹⁷.

Permitir el copiado interpretativo puede, efectivamente, tener un efecto democratizador de las tendencias existentes y puede gatillar el proceso de innovación que ha sido entendido como "obsolescencia inducida". Aceptar el copiado literal o muy cercano al diseño original es traer abajo cualquier incentivo existente para la creación en la industria de la moda lo cual, sostenemos, conspira contra el propio proceso democratizador pues no es posible copiar de la nada. En esa línea, se ha referido que "un sistema de derechos de autor que pueda efectivamente reconciliar los intereses en pugna de los diseñadores de moda, los consumidores y los vendedores es uno que no define sus fronteras en función al tiempo o su contenido sustantivo sino que se encuentra limitado, en cambio, por el contexto"¹⁸.

No compartimos la tesis que niega protección a los diseños de moda pero reconocemos que una protección rígida podría generar un ambiente de numerosos litigios en los que se discuta si un diseño es similar al otro. Los ambientes altamente litigiosos perjudican especialmente a los diseñadores que recién están empezando por lo que delinear el balance adecuado en el campo de la moda resulta una tarea importante¹⁹.

Para nuestro país, la discusión no es si debe protegerse o no el diseño de moda frente a la copia literal o muy próxima sino los necesarios cambios de criterio jurisprudencial para que la industria tenga claridad respecto de aquello que está dentro de su ámbito de protección y lo que no lo está. Dicho eso, en términos de derecho de exclusiva, setenta años posteriores a la muerte

16. EGUCHI, Aya. "Curtailing Copycat Couture: The Merits of the Innovative Design Protection and Piracy Prevention Act and a Licensing Scheme for the Fashion Industry". En: Cornell Law Review, Vol. XCVII, N°. 1, 2011.
17. COHEN, Arielle K. "Designer collaborations as a solution to the fast-fashion copyright dilemma". En: Chicago Kent Journal of Intellectual Property, Vol. XII, N°. 2, 2012.
18. MCGURRIN EHRHARD, Meaghan. "Protecting the seasonal arts: fashion design, copyright law and the viability of the innovative design protection & piracy prevention act". En: Connecticut Law Review, Vol. XLV, N°. 1, 2012.
19. JIMENEZ, Arianne Vanessa Josephine. "A sui generis system of protection for exceptionally original fashion designs". En: Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review, Vol. XXXVI, 2016.

del autor de una creación de moda representa una duración inútil si uno toma en cuenta la vida práctica de un diseño de moda. La forma en la que en Perú se introduce balance entre la tendencia democratizadora y los necesarios incentivos debe ser puesta en el tapete para una discusión profunda.

VI. COMENTARIO FINAL

El lector habrá apreciado palabras o frases como "obsolescencia inducida", "democratización", "tecnología comunicativa" y, todas éstas, referidas a la moda. El diseño de un esquema de protección no representa una problemática menor o superficial. Aunque nuestra discusión, en este trabajo, se centre en las creaciones de moda, muchas de las cuestiones aquí planteadas pueden ser extrapoladas a cualquier debate respecto de la medida temporal y estructural óptima de un derecho de exclusiva. El contexto es importante. Es posible que cierta copia, induzca a los diseñadores a innovar para diferenciarse. Es posible que otra copia, elimine todo incentivo para innovar. Es posible que la existencia de copias sea importante para democratizar el acceso a la moda. Es posible que demasiado acceso a copias destruya todo incentivo para que existan fuentes inspiradoras de copias accesibles. Es posible que el derecho de exclusiva

pueda ser entendido como una barrera o que pueda ser entendido como un esquema de fomento. Es más, es perfectamente posible que el derecho de exclusiva sea entendido como una necesidad para que los diseñadores se copien a sí mismos y, de esa forma, auto-democraticen sus creaciones.

Lo que debe estar claro es que la discusión planteada aquí no tiene nada de superficial. Ni la moda ni la creciente atención del derecho sobre esta industria en particular tienen algo de superficial o banal. Si bien la problemática en torno a la desprotección relativamente tajante de las creaciones de moda no es una propia de nuestro país, sí debe serlo delinear criterios interpretativos o jurisprudenciales claros o introducir instrumentos normativos que respondan a la protección contextualizada que requiere cada industria. Debe saludarse que en el Perú, la cuestión de la moda esté abriéndose algo de camino y que las universidades más reputadas estén generando algún espacio para esta discusión. Quizás algún día el derecho de la moda tenga la relevancia adecuada en la formación legal contemporánea y las casas de estudio que resistan esta relevancia se conviertan en aquella prenda de vestir que yace en el ropero del lector como un recordatorio aislado de una moda ya superada.