

¿Bogart permanece en boga?

Rights of publicity en la era digital^(*)(i)

Douglas G. Baird^(**)(iii)

Abogado.

An unhurried view of copyright⁽ⁱⁱⁱ⁾ de Benjamin Kaplan continua siendo el clásico en el ámbito académico sobre propiedad intelectual y es útil que retomemos el tema central de dicho libro. Kaplan focalizó su interés en la necesidad de encausar la doctrina de manera tal que se preserve el dominio público:

“Si el hombre tiene derechos naturales, no el de menor importancia es el de imitar a sus iguales y así cosechar donde no ha sembrado. La educación, después de todo, resulta de un tipo de mímica, y por su parte el progreso si es que no es totalmente una ilusión, depende de una generosa indulgencia que permite copiar”.

Kaplan creyó que siempre había una frontera que marque el límite entre la estrictamente privada propiedad intelectual y lo caóticamente abierto que es

el dominio público. Si deseamos proteger a los creadores, necesitamos también al mismo tiempo un vasto dominio público.

Muchos siguen a Kaplan y creen que preservar el dominio público es uno de los objetivos principales del derecho de la propiedad intelectual. Sin embargo, en el presente trabajo, me planteo si esto sigue teniendo sentido. Quizás el principal problema no es mas preservar el dominio público sino comprender cómo el derecho de la propiedad intelectual debería funcionar en un mundo en el que cada vez más nuestros iconos culturales y símbolos pasan a ser propiedad privada. En gran parte, la frontera de Kaplan probablemente ya no exista más.

Una vez en un juego de preguntas y respuestas fallé la siguiente: ¿sobre qué productor cinematográfico

(*) Originalmente publicado bajo el título de *Does Bogart Still Get Scale? Rights of publicity in the digital age*. En: *The Green Bag*. Summer 2001.

La traducción del presente trabajo, con autorización expresa del autor y de Greenbag Editors, ha estado a cargo de Ernesto Salazar Campos, bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas. Se han introducido notas de traducción, simbolizadas con números romanos, a fin de facilitar y enriquecer la lectura del texto, así como mantener el orden original de las referencias a pie de página.

Agradecemos al Doctor Ricardo Guevara Bringas, abogado de la Barra de París, y a Sophie Gaillard por la revisión de la traducción de este artículo.

(i) “El *Right of Publicity* es el derecho inherente de todo ser humano de controlar el uso comercial de su identidad. Este derecho es infringido por el uso no autorizado que probablemente dañará el valor comercial de este derecho inherente de la identidad humana, el cual no está inmunizado por los principios de libertad de expresión y libertad de prensa. La infracción al *Right of Publicity* es un tipo de perjuicio comercial y una forma de competencia desleal. El *Right of Publicity* es propiedad y está adecuadamente categorizado como una forma de propiedad intelectual”. MCCARTHY, *Mccarthy on Trademarks and Unfair Competition*. 28-3. Citado por la Resolución 0245-1999/TDC-INDECOPI de la Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, de fecha 16 de julio de 1999, denunciado por Panini S.P.A. y otros contra Corporación Gráfica Navarrete S.A. y otros.

Asimismo, la Sala plantea en dicha resolución que “la doctrina consultada coincide en definir el *right of publicity* como el derecho de toda persona para controlar el uso comercial de los elementos de su identidad (CELEDONIA H., *Baila. Recent Development in the right of publicity in the United States*; MCKENIEZ, *Jane Ann. Choice of law issues in right of publicity cases*; BROWN H., Elliot. *Limitation of ‘Right of Publicity’*)”.

(**) Catedrático Distinguido Harry A. Bigelow en la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago. Este ensayo está basado en una discusión sostenida con ocasión de la celebración del Max Mendel Shaye Professorship en Propiedad Intelectual llevado a cabo en la Escuela de Leyes de Columbia el 29 de noviembre de 1999. Agradezco a David Leebron, Jane Ginsburg y Maureen O’Rourke por su ayuda y a Sarah Scaife y la Lynde and Harry Bradley Foundation por su apoyo para la investigación.

(ii) Douglas G. Baird es uno de los más destacados especialistas en Contratos, Derecho Corporativo, Derecho Concursal y Reorganizaciones Corporativas. Ha sido decano de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago entre 1994 y 1999, casa de estudios donde actualmente se desempeña como catedrático de los cursos mencionados.

(iii) KAPLAN, Benjamin. *An unhurried view of copyright*. Nueva York: Columbia University Press, 1967.

de la Era Dorada de Hollywood se decía que cuando no le gustaba uno de sus actores los podía cortar en pequeños trozos? De inmediato respondí con el nombre del productor de Hollywood más abusivo que me vino a la cabeza (en el chirriante y sorprendentemente concurrido funeral de este productor uno de los asistentes le susurró a otro: “que esto te sirva de lección. Dale a la gente lo que quiere y ellos vendrán”). Esa no era la respuesta que estaban buscando. Se trataba de una pregunta capciosa.

La respuesta que buscaban era Walt Disney. La respuesta era correcta solo en su sentido más literal. El celuloide es fácil de cortar. Sin embargo, Disney adoraba a todas sus estrellas y jamás lo abandonaron. En verdad, a pesar de que Mickey Mouse no ha estado en ninguna película desde hace años, él sigue entusiasmado por hacer otra. Y lo mejor de todo, para Disney, es que Mickey sigue contratado por él.

Comparemos a Mickey con otra figura de la Era Dorada de Hollywood, Humphrey Bogart. Como Mickey, Humphrey Bogart no ha estelarizado una película desde hace años. No obstante, la Ley Moore se aplica en Hollywood como en cualquier otro lado. Recordemos la Ley Moore. Los *chips* de las computadoras duplican su velocidad y reducen su costo a la mitad, al menos, cada dieciocho meses. La Revolución Digital ya ha convertido a la industria cinematográfica en un lugar radicalmente distinto. *Jurassic Park* nos ha dado dinosaurios hechos digitalmente. En la última película de *La Guerra de las Galaxias* la mayoría de los escenarios fueron generados por computadora. Tom Hanks estrechó la mano de John F. Kennedy en *Forrest Gump*. La última aparición de Nancy Marchand en *Los Soprano* se realizó, gracias a computadoras, unos meses después de su fallecimiento.

El propio Bogart hizo un comercial con Elton John a inicios de los noventa y tenía un papel secundario al lado de Steve Martin en *Dead Men Don't Wear Plaid*. En medio de estos esfuerzos, antiguas cintas de Bogart han sido reinsertadas en metraje nuevo, a pesar de que ya no estamos tan lejos de ser capaces de empezar

todo de nuevo. Probablemente pronto seremos capaces de producir películas en las que las gotas de lluvia de la gabardina de Bogart, su voz, sus ojos pardos, sus movimientos y cualquiera de los gestos distintivos de su rostro puedan ser generados por computadora y queden listos para interpretar cualquier escena que un guionista pueda imaginar. En realidad, Bogart ya ha aparecido con Marilyn Monroe en *Rendez-vous in Montreal*, un corto de 7 minutos.

En otras palabras, en poco tiempo Bogart al igual que Mickey, podría hacer otra película. Ello levanta una pregunta obvia. Mickey sigue trabajando para Disney pero ¿qué hay de Bogart? ¿Quién es titular de sus derechos? Bogart ha muerto pero ¿permanece en boga? Incluso ya existe literatura acerca de la cuestión de los derechos de propiedad intelectual y la proclamada “reanimación”⁽¹⁾.

Las personas se acercan al problema desde diferentes direcciones. Yo me acerco a él porque es emblemático de lo que creo que va a ser el problema central en nuestro derecho de la propiedad intelectual. Empezaré por enfocar el problema a partir de una pequeña hipótesis. Luego procederé a analizarlo siguiendo las referencias conocidas que tenemos en el terreno legal. Finalmente, sugeriré cómo encontrar nuestro camino en este territorio desconocido.

Asumamos que somos Warner Brothers y que tenemos los derechos de autor^(iv) sobre todas las películas en las cuales apareció Bogart y sobre todas las novelas en las que dichas películas se basaron. Digamos que decidimos hacer una secuela de *El Halcón Maltés*. Nos gustaría que Bogart tome el papel protagónico de Sam Spade. Queremos revivir una vez más al personaje Bogart, el hombre de la pantalla plateada que viste una gabardina mejor que nadie. El icono que fue redescubierto en el cine de la calle Brattle en los cincuenta y que adornó las paredes de cada uno de los dormitorios de todas las universidades. ¿Podemos hacer la secuela sin el permiso de los herederos de Bogart?

Hay por lo menos tres posibles respuestas a la pregunta de quién es el que controla la titularidad de los

(1) Al respecto el trabajo líder es el de BEARD, Joseph. *Casting call at Forest Law: The Digital Resurrection of Deceased Entertainers. A 21st Century Challenge for Intellectual Property Law*. En: *High Technology Law Journal*. 1993.

(iv) Para el presente trabajo hemos optado por traducir copyright como derechos de autor, siguiendo una práctica que ya se ha vuelto habitual en la materia. No obstante, hay que anotar que algunos autores consideran conveniente diferenciarlos, como BENEGAS LYNCH (h), Alberto. *Apuntes sobre el concepto de copyright*. En: *Themis*. 37. p. 153-155, quien por *copyright* entiende “derecho de copia”, distinto de derecho de autor pues en este contexto el mismo se limita a que lo escrito por éste le pertenece, en el sentido de que si el texto apareciera sin su firma o con otra sin la expresa autorización del autor se estaría incurriendo en plagio, fraude, trampa o piratería (HOSPERS, John. *Libertarianism: A Political Philosophy for Tomorrow*. Los Angeles: Nash Pub, 1971. p. 71).

derechos del personaje Bogart. Primero, los herederos de Bogart pueden ser quienes los controlen. Alguien podría argüir que nosotros no podemos hacer actuar a Bogart en una película sin obtener permiso de sus herederos al igual que no podemos hacer actuar a Clint Eastwood sin obtener su propio permiso. Segundo, se podría argüir que Warner Brothers es quien tiene los derechos. El personaje Bogart queda totalmente capturado en las películas. El personaje Bogart es simplemente el Sam Spade de *El Halcón Maltés*, el Philip Marlowe de *El Sueño Eterno* y el Richard Blaine de *Casablanca*. No se puede separar al bailarín del propio baile. Finalmente, se podría argüir que este icono ya es parte de nuestra cultura y del dominio público, libre para que cualquiera de nosotros lo use.

Ahora procedamos a examinar los paisajes legales relevantes. Empecemos por volver a los principios básicos. El fundamento del derecho de la propiedad intelectual descansa en la idea que, en primera instancia, necesitamos generar en las personas los incentivos para crear. Es mas, esta idea es parte de la Constitución. La Constitución le da al Congreso el poder: “para fomentar el Progreso de la Ciencia y las artes útiles, asegurando a los Autores (...), por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos (...)”^(v).

La Cláusula de los Derechos de Autor es una de las pocas estipulaciones de la Constitución que explica por qué existe. El Congreso tiene el poder para darle a los autores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos “para fomentar el Progreso de la Ciencia y las artes útiles”. Como Benjamin Kaplan nos recordó hace más de tres décadas, se nos otorgan derechos exclusivos por una razón específica y tenemos que cuidarlos de derechos concedidos que interfieran con la habilidad de otros para crear nuevos trabajos. Por lo tanto, los derechos de autor solo brindan una protección limitada.

Le damos a los artistas derechos sólo sobre sus “expresiones” originales. Las ideas y hechos permanecen en el dominio público, donde están libres para que cualquiera los utilice. El trabajo principal que encaramos en cualquier caso de traslado es distinguir cuál es una “idea” que cualquiera libremente puede copiar y cuál es una “expresión” que el creador controla. La distinción idea-expresión nos ha servido tolerablemente bien. Algunas veces es vaga y carente de certeza en su aplicación, pero puede darnos algunas respuestas claras.

A manera de ilustración, déjenme recordarles otro clásico del *film noir*. Estrenada en 1988, es también una historia de detectives ambientada en la California de los años cuarenta. Tal como los afiches de la película nos lo referían, se trataba de un intrincado triángulo amoroso entre “una mujer, un hombre y un conejo”. Las personas que hicieron *¿Quién engañó a Roger Rabbit?* no tuvieron que obtener permisos de aquellos que mantenían los derechos de *El Halcón Maltés*, *El Sueño Eterno* o *Chinatown*. Hacer una historia de detectives en la California de los años cuarenta es algo que cualquiera de nosotros podría hacer. Es un género. No sólo había sido probado antes, sino que el género mismo proveía simplemente la arquitectura general de la historia. Por lo tanto, es una “idea” que no puede ser protegible, no una “expresión” protegible por los derechos de autor.

Por la misma razón, usar personajes de dibujos animados en tres dimensiones, que interactúan en una película junto a actores humanos, es también una idea, mas que una expresión. Warner Brothers no necesitó el permiso de Disney para que hagan pareja Bugs Bunny y Michael Jordan en *Space Jam*, a pesar que ellos pudieron haber tomado la idea de Roger Rabbit. Pero Disney consiguió protección proveniente de derechos de autor por su “expresión” original. Combinar el género de las historias de detectives de los años cuarenta con el concepto de que los personajes de dibujos animados en las películas de Hollywood realmente existieron y vivieron en sus propios vecindarios separados puede de por sí ser protegido por derechos de autor. Más relevante todavía para nosotros, el personaje de Roger Rabbit es una “expresión” protegible por la rama jurídica de los derechos de autor. Si quieres que Roger Rabbit estelarice una película, necesitas obtener el permiso de Disney.

La distinción idea-expresión es una de las principales referencias en nuestro campo jurídico y nos brinda ayuda en nuestro problema. Tome el personaje de Sam Spade (como oponible al personaje Bogart). Es igual que preguntar acerca de hacer una secuela de *El Halcón Maltés*, pero escogiendo para el papel dramático a alguien que no sea Bogart en el rol de Sam Spade. El personaje de Sam Spade se presenta como una expresión que merece protección al igual que Roger Rabbit. Por ejemplo, existe un caso judicial referencial donde se ha determinado que el personaje de Freddy Krueger de *Pesadilla en la Calle Elm* es protegible

(v) Extracto de la Octava Sección del artículo 1 de la Constitución de los Estados Unidos de América (1787).

por los derechos de autor, muy aparte del actor que lo interpretó⁽²⁾.

De seguro, existen diferencias si es que tenemos a Sam Spade en una mano y a Roger Rabbit y Freddy Krueger en la otra. Un conejo de dibujos animados es en lo visual claramente distinto de un personaje de una novela o una película. El guante de Freddy es único, no como la gabardina de Sam Spade. Para proteger a Sam Spade, tienes que distinguirlo de los genéricos detectives privados de los años cuarenta. Pero resulta posible establecer diferencias entre un estereotipo general y una encarnación particular de dicho estereotipo. Tenemos así un estereotipo del espía de los sesenta, soltero, que forma parte del *jet set*, el mismo que está en el dominio público, pero los personajes de James Bond, Napoleon Solo, Maxwell Smart y Austin Powers están protegidos por derechos de autor. Es mas, no podremos estar 100 por ciento seguros acerca de esta o cualquier otra pregunta de propiedad intelectual. En realidad, en el Noveno Circuito hay un caso relativo a *El Halcón Maltés* que asegura que el personaje de Sam Spade no es protegible por los derechos de autor⁽³⁾.

Sin embargo, ese es un viejo caso y la persona que está en el lado opuesto es Dashiell Hammett, el autor de la novela sobre la que está basada la película. Warner Brothers arguye que porque adquirieron los derechos de autor de Hammett por sí solos controlan los derechos para una secuela. La pregunta es finalmente una de contratos y la discusión acerca de los derechos de autor sobre el personaje de Sam Spade puede entenderse mejor como un dictum. A pesar de este caso, creo que podemos decir que Sam Spade está protegido por derechos de autor y que nosotros, Warner Brothers, los tenemos. Pero no estamos de ninguna manera libres de problemas. Solo hemos concluido que tenemos los derechos exclusivos para hacer una secuela de *El Halcón Maltés*. Eso no significa que no necesitemos del permiso de nadie para incluir a Bogart en el reparto.

Identifiquemos una referencia más. Los actores y las celebridades tienen lo que se conoce como el “*right of publicity*”. Ellos tienen el derecho a controlar su nombre e imagen y prevenir que estos se tomen para

Y lo mejor de todo,
para Disney, es que
Mickey sigue
contratado por él.

usarlos en la venta de productos. El *right of publicity* en este contexto funciona como una marca comercial. No se puede usar a Bette Midler para vender automóviles sin obtener su permiso⁽⁴⁾. La doctrina del *right of publicity* indica que hay algunos usos del nombre y la imagen de Bogart que son objeto de protección de la propiedad intelectual. No puedo hacer gabardinas y usar a Bogart como mi modelo.

En todo caso, tengo que hacer una especificación aquí. Hay una gran diferencia entre Bette Midler y Humphrey Bogart. Bogart está muerto. ¿La capacidad para controlar cómo otros usan su nombre e imagen es un derecho de propiedad que puede trasladar a sus herederos⁵? Para ponerlo en términos legales, ¿es el *right of publicity* trasladable a los herederos? Esta pregunta técnica legal es una de derecho de los estados federales y la respuesta varía de acuerdo a la jurisdicción en la que uno se encuentre. Pero asumamos que estamos en una jurisdicción donde el *right of publicity* sea trasladable a los herederos y que ellos lo puedan hacer valer. Ellos entonces podrían y nos impedirían efectivamente el uso de la imagen de Bogart para promover la venta de las gabardinas.

Pero ello igual no responde nuestra pregunta. No nos proponemos usar a Bogart para vender gabardinas. Estamos hablando del uso del personaje de Bogart en una película. ¿Se puede aplicar el *right of publicity* en este contexto? El caso paradigmático aquí es *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting*⁽⁶⁾. Zacchini es un hombre-bala. Él viaja de una feria estatal a otra, disparándose a través de un cañón. Un programa local de noticias de Ohio filmó su acto y lo televisó. Zacchini lo demandó bajo la premisa de que su acto contaba

(2) Véase *New Line Cinema Corp. v. Bertelsmann Music Group, Inc.*, 693 F. Supp. 1517 (S.D.N.Y. 1988).

(3) Véase *Warner Bros. Pictures Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 216 F.2d 945 (9th Cir. 1954).

(4) Véase *Midler v. Ford Motor Co.* 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988)

(5) Véase *Factors, Etc., Inc. v. Pro Arts, Inc.*, 579 F.2d 215 (2d Cir. 1978). El traslado del derecho a los descendientes se reconoce en alrededor de la mitad de los estados de los Estados Unidos de América, véase MC CARTHY, Thomas. *The Rights of Publicity and Privacy*. 61 (B) (1992).

(6) *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).

con la protección de la propiedad intelectual. No puedes apropiarte de su acto y mostrarlo en televisión sin pagar regalías o sin contactarte con él para el auspicio o la venta de algún producto. Parece sólo haber un pequeño paso entre proteger a Hugo Zacchini, el hombre que viste la capa satinada y desafía a la muerte, y proteger al personaje Bogart, el hombre que viste la gabardina y echa una mirada fría. Pero este es un paso en el que queremos ser cuidadosos sobre la expropiación.

Hablamos acerca de expropiar un personaje cinematográfico, la parte del estilo de Bogart que es diferente del personaje de Rick en *Casablanca*, Philip Marlowe en *El Sueño Eterno* y Sam Spade en *El Halcón Maltés*. Pero ¿qué es aquello exactamente? O aún más al punto, ¿qué es lo que es independiente de lo que Warner Brothers posee en virtud de sus derechos de autor sobre las películas de Bogart? Permítanme mostrarles un reciente caso que ilustra este problema. Una cadena de restaurantes obtuvo una licencia de los productores de la comedia de situaciones Cheers para construir bares que se veían como el escenario de dicho show. Los bares incluían maniqués que reproducían dos de los personajes regulares, Norm y Cliff. Los actores que interpretaban estos personajes demandaron, bajo la premisa de que sus “*rights of publicity*” se infringían⁽⁷⁾.

Ellos no podían decir que se les reconocza derechos de autor por los personajes de Norm y Cliff. El productor de la serie mantenía los derechos de autor de los personajes. Pero los actores señalaron que los maniqués tenían semejanza física con ellos. Esta semejanza física, arguyeron, es distinta a que los maniqués encarnen los personajes ficticios de Norm y Cliff. En otras palabras, los maniqués no eran de Norm y Cliff, pero ellos, como actores, interpretaban los personajes de Norm y Cliff. La normativa de los derechos de autor les da a los productores el derecho sobre los personajes de Norm y Cliff, pero no les da a los productores el derecho a continuar usando a los actores de carne y hueso en dichos papeles. Tampoco les da el derecho a controlar copias de dichos actores en esos papeles. Así, del razonamiento se desprende que si este restaurante quiere maniqués de Norm y Cliff que se vean como los actores que los interpretaron, tiene que celebrar un acuerdo con los actores al igual que con los productores. Esta línea de razonamiento identifica para nosotros el primer peligro en nuestro campo. Debemos ser cuidadosos al reconocer derechos

(los derechos de los actores a controlar a sus personajes) que se superponen sobre derechos (los derechos de autor de los productores sobre los personajes) que ya existen.

Permítanme ahora virar hacia un segundo peligro. Así como no queremos pisotear derechos que ya existen, tampoco queremos entrometernos sobre lo que debe estar en el dominio público. Volvamos por un momento a Zacchini. La estación de noticias siguió siendo competente para reportar sobre el acto de Zacchini. ¿Cómo se puede hacer esto efectivamente en las noticias de las diez de la noche y no “apropiarse” su acto al menos de cierta manera?

Tenemos el mismo problema con el personaje Bogart. No puedes establecer derechos de autor sobre hechos más que sobre ideas. Digamos que queremos escribir un libro sobre Bogart y la realización de *El Halcón Maltés*. ¿Necesitamos el permiso de alguien para hacerlo? Absolutamente no. En el mundo de hoy, la realización de *El Halcón Maltés* es un tema de disertación. Recuerden lo que dicen en las universidades. La basura es la basura. Pero la historia de la basura ¡eso es materia de altos estudios! Un libro cuyo tema sea estudios sobre cine, eso es historia. La normativa de derechos de autor no le impide escribir de historia.

No sólo eso, sino que para explicar la importancia de Bogart el hombre, debemos capturar algo de su personaje. El hombre es interesante, en gran parte, por el icono cultural que ha creado. ¿Qué habría acerca de un docudrama sobre Bogart y la realización de *El Halcón Maltés*? Algunos podrán argüir que una especulación comercial es diferente que la historia seria, pero dudo que podamos dibujar una línea entre lo que resulta materia de altos estudios y los docudramas para propósitos de propiedad intelectual, así como no podemos decir que hay una diferencia entre el New York Times y el New York Post para los propósitos de la Primera Enmienda. En suma, no podemos cautelar el *right of publicity* de manera que los herederos de Al Capone tengan la posibilidad de impedir que alguien realice Los Intocables, como efectivamente trataron de hacerlo⁽⁸⁾.

Veamos dónde nos encontramos. Hemos identificado dos peligros acerca de la protección del personaje Bogart. Primero, el caso Cheers sugiere que hay un riesgo de superponer regímenes de propiedad. Una norma legal que brinde a dos personas diferentes derechos exclusivos sobre una misma cosa no tiene

(7) Véase *Wendt v. Host International, Inc.*, 125 F.3d 806 (9th Cir. 1997).

(8) Véase *Maritote v. Desilu Productions, Inc.*, 345 F.2d 418 (7th Cir. 1965).

mucho sentido. Segundo, nuestra preocupación sobre asegurar libre acceso a hechos también nos vuelve cuidadosos acerca de extender protección a este tipo de expresión.

¿Qué conclusión podemos sacar? ¿Podríamos decir que la protección de la propiedad intelectual está limitada a lo que los derechos de autor protegen (y así pertenece a Warner Brothers) y al tradicional *right of publicity* que funciona como una marca comercial (y pertenece a los herederos) y que entonces todo lo demás está en el dominio público?

Permítanme mostrarles un caso que muestra por qué semejante mundo viene con sus propios problemas. Son los inicios de los años cincuenta. En su tiempo libre, un mecánico de Rhode Island apasionado por el Salvaje Oeste llamado Victor DeCosta va a los rodeos, espectáculos de jinetes y desfiles. Es un artista pistolero. Victor DeCosta puede hacer toda clase de trucos con su revólver. Puede darle vueltas, dispararlo y otros trucos que impresionan a la gente. Tiene bigote, viste de negro y usa un sombrero negro de cubierta plana con una medalla de plata en él. Personifica la nobleza de los pistoleros del Salvaje Oeste. Un sujeto italo-americano lo reconoció llamándolo por la palabra en italiano que significa “caballero”: *Paladino*. Victor lo acortó a “Paladin” y lo usó como su sobrenombre. Para promocionarse, pasaba tarjetas con el símbolo de un caballero impreso que decían a las personas cómo llegar a él: “*Have gun, will travel*”^(vi). *Wire Paladin, North Court St., Cranston, Rhode Island*^(vii).

CBS emitió varios años después un *western* por televisión estelarizado por Richard Boone. CBS sostuvo que no sabía nada sobre Victor DeCosta. Pero el nombre del show era *Have gun, will travel*. Además, el personaje de Boone se hacía llamar Paladin, tenía bigote, vestía de negro y usaba un sombrero negro de cubierta plana con una medalla de plata en él. Igualmente, su tarjeta tenía un caballero impreso que decía “*Have gun, will travel*”. Aquí, en todo caso, existían algunas diferencias. La tarjeta, por ejemplo, decía “*Wire Paladin, San Francisco*”, en vez de “*Wire Paladin, North Court St., Cranston, Rhode Island*”.

DeCosta perdió en gran parte porque la corte compró el argumento de defensa de CBS de la coincidencia⁽⁹⁾. La corte, no obstante, se resistió a brindar protección de manera genérica. Proteger a un personaje fuera de libro, película o el arco del proscenio tiene por riesgo

una intromisión por encima del dominio público. La corte de DeCosta, al igual que otras, fue muy temerosa de lo que pasaría si es que se expande la protección de la propiedad intelectual demasiado lejos.

Pero también tenemos que considerar las consecuencias si es que no reconocemos los derechos de aquellos como Victor DeCosta. El personaje que DeCosta desarrolló no es diferente de la esencia de lo que el derecho de la propiedad intelectual ha venido protegiendo. Tampoco es diferente del personaje Bogart. El derecho de la propiedad intelectual debería dar a las personas los incentivos para crear estos y otros iconos. No deberíamos asustarnos que algunos de ellos lleguen a ser demasiado exitosos.

Toda sociedad tiene sus propias historias y sus propios iconos. En la antigua Grecia, todo giraba alrededor de las historias y los personajes de la *Iliada* y la *Odisea*. En otros tiempos y otros lugares, han habido diferentes historias. Puede parecer extraño que los mitos y las historias que definen una cultura puedan ser apropiados por privados. La idea de que Esquilo hubiese tenido que negociar con los nietos de Homero parecería absurda. Pero tenemos que mirar hacia nuestro mundo y aceptar sus rasgos distintivos básicos. Cuando lo hacemos, descubrimos que hay un límite sobre cuánto podemos confiar en cualquier norma legal cuya premisa sea la existencia de un vasto dominio público.

Alguien podría venir con un ratón que fuera casi tan bueno como Mickey, pero no sería lo mismo. No es sólo cualquier perro gigante el que encabeza el desfile del Día de Acción de Gracias de Macy’s. Es Snoopy. En nuestra cultura, tenemos a John Wayne, Humphrey Bogart y Marilyn Monroe. Hoop Dreams, Misión Imposible y Right Stuff. Te haré una oferta que no podrás rechazar. Vamos, alégame el día. Te está viendo a ti, chico.

Una sociedad se define a sí misma por un número limitado de historias. La *Iliada* y la *Odisea*, *Génesis* y *Éxodo*, *Jack* y las *Habichuelas Mágicas* y *La Cenicienta*. Y en nuestra sociedad nuestros iconos culturales son a menudo producidos por privados y apropiados privadamente por grandes empresas. Existe instinto como para luchar contra esta realidad. La libertad de expresión, su razonamiento detrás, requiere una cuidadosa vigilancia del dominio público. No queremos empresas gigantes como Disney demandando a gente que use a Mickey para ocuparlo

(vi) “Tengo revólver, dispuesto a viajar”

(9) Véase *DeCosta v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 520 F.2d 499 (1st Cir. 1975).

en sátira social ni ahora ni después. Segundo, queremos proteger los derechos morales de los artistas, derechos irrenunciables que aseguran su integridad artística contra la rapacidad empresarial.

No obstante, esos impulsos son unos que deberíamos resistir. No es necesariamente algo malo que Disney siga teniendo derechos sobre Mickey Mouse. Ello le da a Disney un incentivo para preservar este ícono. Sin la protección de la propiedad intelectual, no habría nada que detenga a las reproducciones baratas, así como a la dilución y al empañamiento que vienen con ellas. No habría nada que detenga el uso de Mickey para cualquier o todo propósito. Nuestro mundo no es necesariamente un mejor lugar si cualquiera puede mostrar a Mickey Mouse pinchándose heroína, como realmente alguno ha tratado⁽¹⁰⁾.

Tal vez tengamos poco que temer que el personaje Bogart sea sujeto de protección de la propiedad intelectual. Quizás en vez de buscarlo en el dominio público, nosotros debemos buscar a “alguien” para que tome al personaje, lo promueva y lo cuide de modo que esté bien conservado. Los derechos de Bogart, por último, no son diferentes que los de Lauren Bacall o cualquier otro actor vivo. Para asegurarnos, no podríamos evitar de que se vean películas que ya han sido hechas, pero si no reconocemos esta clase de derechos, todo productor cinematográfico podría hacer una película con Vanessa Redgrave o Meryl Streep sin el respectivo permiso de ellas.

En cuanto a la provisión de la propiedad del personaje de un actor, debemos recordar “por qué” lo hacemos. Un productor podría no ser competente para componer un reparto con un joven Sean Connery en una nueva película de James Bond sin contratar acerca de sus derechos, ya sea en el pasado o en el presente con el Sean Connery de hoy. Pero nuestra interpretación de dichos contratos podría no tener nada que ver con los derechos morales, la integridad artística o la sensibilidad de Sean Connery. Más bien, podría

tener algo que ver con lo que conocemos acerca de los mercados.

Haríamos un trabajo mejor asegurándonos que los derechos de la propiedad intelectual sean transferibles, así como que los contratos que se han escrito sobre ellos se hagan cumplir según sus términos. Los problemas con el caso *Cheers* no son con los *rights of publicity per se*, sino por la falla de las partes para redactar un contrato claro y por la falla de las cortes para darle una lectura adecuada.

Nuestro mundo de expresión artística es, para bien o para mal, un mercado en el que los recursos son escasos. La pregunta correcta, que cabe plantearnos sobre los *rights of publicity* es cómo tomando y dirigiendo el derecho en una manera en vez de otra se va a hacer del mundo un lugar mejor. Nuestra pregunta inicial -¿Bogart permanece en boga?- debería entenderse en primera instancia como una pregunta de derecho de contratos. No nos referimos a cuál es la mejor regla respecto al espíritu de artista de Bogart, sino más bien a cuál es la mejor regla de interpretación contractual que promueva mejor la ciencia y las artes útiles, tanto para los contratos ya celebrados como para aquellos que serán celebrados. El mundo de Benjamín Kaplan ha cambiado. Nuestro problema no es más uno referido a la preservación del dominio público.

Hablar de los *rights of publicity* en estos términos no es algo que probablemente me haga ganar la gratitud de los literatos. Ellos piensan que la mercantilización^(vii) y los mercados no pertenecen a su mundo. Pero lo que he debido decir viene simplemente de las condiciones de escasez y la necesidad de tomar los mayores beneficios posibles de un limitado número de íconos que nuestra cultura posee. Aquellos en artes y letras seguramente saben que vivimos en un mundo en el que nuestros íconos son finitos. Desde Mark Twain en el comienzo del siglo veinte a Tom Wolf al final del mismo, se entiende claramente que sólo un hombre puede vestir el traje blanco. ㄨ

(10) Véase: *WaltDisney Productions v. Air Pirates*, 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978).

(vii) Traducción propuesta para *commodification*, que carece de significado unívoco en español. Es una voz proveniente de la teoría económica política que hace referencia a atribuirle en el mercado a diversos bienes un carácter patrimonial de mercancía, objetos de tráfico económico.

FILMACIÓN ESTUDIO ECHECOPAR

FILMACIÓN ESTUDIO ROGER YON