

¿QUIERES SER MILLONARIO O BAILAR CON LAS ESTRELLAS? A PROPÓSITO DEL DEBATE SOBRE LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS FORMATOS TELEVISIVOS

Autor:

Gustavo M. Rodríguez García: Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral (Argentina). Actualmente es Asociado Senior en Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados (Lima, Perú).

Presentación

Los formatos televisivos han probado ser un negocio muy lucrativo. Sin embargo, existe cierta polémica con respecto a la posibilidad de conferir a los formatos una tutela autónoma a través del sistema de propiedad intelectual, en general, y del derecho de autor, en específico. En este trabajo, el autor explora la distinción idea-obra para luego, atendiendo al concepto de formato televisivo, repasar algunos casos y plantear algunas reflexiones que puedan dar luces sobre una posible tutela. En concreto, en el trabajo se rechaza la idea de optar por una solución apriorística sino que, por el contrario, se acepta que la protección de los formatos dependerá de un análisis de cada caso en concreto sin negar la posibilidad que verdaderas obras vengan dadas por una conjunción de creatividad o con experiencias del negocio y la práctica.

¿Quieres ser millonario o bailar con las estrellas? A propósito del debate sobre la protección legal a los formatos televisivos

Un programa televisivo en el que diversas parejas se dedican al baile con el fin de resultar vencedores en la competencia. Uno en el que diversas personas son encerradas en una casa sin mayor contacto con el exterior en el marco de otra competencia televisiva. Ahora piense en una

competencia en el que diversas personas cantan y en la que una resultará vencedora. Piense en un concurso en el que se hacen diversas preguntas y el que logra avanzar en el mismo contestando correctamente gana un importante premio.

El tema que nos ocupa en este trabajo nos ubica en el corazón del derecho de autor. Para que se pueda denunciar la configuración de un supuesto de plagio, debemos determinar si nos encontramos, en primer término, ante una obra susceptible de protección por parte del derecho de autor. Y es que el plagio no es otra cosa que una falsa atribución de autoría. Naturalmente, el plagio podrá ser burdo (*un plagio descarado en el que se advierte claramente que nos encontramos frente a un remedo de una obra original*) o inteligente (*en el que el plagio se encuentra disfrazado o encubierto por "arreglos" o "acomodos" de la obra original*). Pero en todo caso, esas son cuestiones teóricas que en nada interesan a los fines de este trabajo.

El título de este trabajo nos propone una pregunta que pretendemos contestar desde ahora. Este título adelanta la discusión con respecto a la naturaleza de los formatos televisivos. ¿Nos encontramos ante ideas o ante expresiones originales de ideas? Y esa pregunta, como veremos enseguida, es relevante en la medida que de la respuesta dependerá la tutela que el derecho de autor confiera (o no) a ese formato televisivo. Si el formato televisivo es equiparable a una idea, éste no será protegido de forma independiente por las normas de derecho de autor. Si nos encontramos, en cambio, ante una expresión original de una idea nos encontraremos ante una verdadera obra protegida por el derecho de autor con independencia de otros derechos que puedan ser identificados.

En este trabajo pretendemos responder de qué depende la calificación que hagamos de un formato televisivo en un caso en concreto. Para ello, se impone que hagamos reflexiones conceptuales preliminares a fin de establecer los cimientos sobre los que hemos de plantear el edificio argumentativo que nos ocupa.

I. El derecho de autor y las obras protegibles

Del artículo 1° de la Decisión 351 así como del tenor del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 822 –nuestra ley peruana de derecho de autor– queda claro que se encuentran protegidas todas las obras del ingenio sin

importar el género, forma de expresión, mérito o finalidad de éstas. Calificarán como obras *–siguiendo lo establecido en el artículo 3° de la citada Decisión 351 así como lo expresado en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 822–* aquellas creaciones intelectuales originales susceptibles de ser divulgadas o reproducidas por cualquier forma.

En palabras de Carranza y Villalba, "*...para que una obra determinada resulte protegible, su realización debe ser el resultado de la actividad creadora del hombre. Por lo que debe revestir tal obra un carácter de originalidad, en el que se denote la personalidad del autor y muestre su capacidad, juicio y esfuerzo*"¹. La originalidad no debe ser extensa para que la obra sea susceptible de protección. Por el contrario, bastará un mínimo de originalidad para que la obra merezca la tutela que el derecho de autor confiere.

Ahora bien, la originalidad cumple dos funciones relevantes en el derecho de autor: por un lado, permite distinguir qué cosa constituye obra y qué no (*con lo cual se logra la identificación de aquello protegido y aquello excluido de tutela*); por otro lado, permite determinar el alcance del derecho existente en la medida que solo aquellos aspectos que gocen de originalidad serán merecedores de la protección correspondiente. En este último sentido, si X copia numerosos elementos no originales de Y, no será posible sostener una denuncia en contra del responsable de X. La afectación del derecho de autor se configura cuando se afectan expresiones originales.

En los diversos ordenamientos jurídicos se entiende que las ideas no son protegibles por el derecho de autor. Lo que se protege es la expresión original de una idea o ideas más no la idea en sí misma. El propio artículo 9° del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) establece en su segundo párrafo que "*la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí*".

En ese sentido, Lipszyc señala que "*sólo está protegida la forma sensible bajo la cual se manifiesta la idea y no la idea misma, ya sea que se encuentre*

¹ Federico VILLALBA DÍAZ y Luis R. CARRANZA TORRES. *Alcance y Fundamento del Requisito de Originalidad en el Derecho de Autor*, El Derecho, N° 11.112, Año XLII, (02 de noviembre de 2004).

expresada de manera esquemática o bien en una obra"². Y es que el reconocimiento de un derecho de exclusiva sobre una idea restringiría severamente el progreso cultural de un país. El derecho de autor protege las expresiones originales de una idea de lo cual se infiere que pueden existir tantas expresiones originales como personas distintas existen en el mundo. Todas estas expresiones originales pueden desarrollar la misma idea sin incurrir en una violación al derecho de autor. No podrán, sin embargo, desarrollar la misma expresión original.

Palazzi, por ejemplo, refiere que la doctrina argentina considera que la desprotección de ideas se funda en principios de progreso cultural y libertad de expresión. Agrega que la doctrina extranjera comparte tal razonamiento en el entendido que permitir la reutilización libre de ideas permite estimular la expresión de actividades valiosas que integran el conocimiento. Asimismo, alude a que dicha desprotección, desde el desarrollo del *Law & Economics*, pretende encontrar un balance productivo entre la provisión de incentivos para crear y la protección del dominio público como insumos para el desarrollo de nuevas creaciones³.

Una forma de entender apropiadamente la diferencia puede ser la siguiente: en este trabajo desarrollamos la temática de la protección (o no) de los formatos televisivos por el derecho de autor. Nosotros no podemos impedir que otros desarrollen exactamente la misma temática. Sí podemos, en cambio, impedir que terceros se apropien de nuestro desarrollo de la temática (*nuestra expresión original*). Y esto no tiene nada que ver con la posición que se sostenga en el artículo. Muchos autores podrán compartir nuestras apreciaciones y podrán repetirlas *a su modo*. Lo que no podrán es atribuirse la autoría de un desarrollo que no les corresponde.

El tema de la protección (*o mejor dicho, desprotección*) de las ideas no es menor. No es poco frecuente que un cliente nos consulte sobre lo que entiende representa una clara afectación a su derecho. Una suerte de plagio, según lo entiende el cliente. Cuando se le consulta de qué se trata,

² Delia LIPSZYC. *Derecho de autor y derechos conexos*, Unesco-Cerlalc-Zavalía, (1993), 62.

³ Pablo A. PALAZZI. *La Exclusión del Régimen de Derecho de Autor de las ideas, sistemas, métodos, aplicaciones prácticas y planes de comercialización*, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Edit. Marcial Pons, Vol. 29, (2008-2009), 392.

nos responde que “se han plagiado su idea” o “se están valiendo o están empleando su idea”. Pero desgraciadamente –*en realidad, afortunadamente*– no existe protección para las ideas en sí mismas. En nada tiene que ver que la idea sea interesante o simplemente sea innovadora. No existe un derecho sobre la idea por ser el primero en expresarla.

“En el ámbito del derecho de autor, el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada, ni es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena. Aun utilizando ideas “viejas”, la creación no se afecta; sólo es necesario que la obra sea distinta de las que existían con anterioridad, que no sea una copia o imitación de otra”⁴. Esto se refiere a la obra y no a la idea. Y es claro que la idea no será relevante precisamente porque es posible emplear esas ideas “viejas”. La originalidad no reside allí sino en la expresión que se haga de la idea, como ya hemos indicado previamente.

De este modo, cuando nos preguntamos si los programas televisivos califican como ideas o como expresiones originales de las ideas, no estamos haciendo otra cosa que preguntarnos sobre si es posible o no la tutela por parte del derecho de autor en estos casos. Si la respuesta es que nos encontramos ante una idea, cualquiera podrá valerse del mismo formato televisivo que el ya empleado por otro sin incurrir en una infracción a derecho de autor alguno. Si, por el contrario, los formatos televisivos merecen la tutela del derecho de autor, emplear un formato televisivo de forma no autorizada haciéndolo pasar como propio implicará un supuesto de plagio.

II. Formatos televisivos y la originalidad como elemento delimitador de los supuestos merecedores de tutela

Lo primero que debemos decir es que no existe una definición aceptada de lo que es un formato televisivo. Lane sostiene que en la industria del entretenimiento, un formato es entendido como la estructura de un programa que es repetida semana tras semana confiriéndole al programa su carácter, movimiento dramático, identidad e, inciden-

⁴ Roque J. CAIVANO, Carlos O. MITELMAN y Daniel R. ZUCCHERINO. *La Protección Legal del Derecho Moral del Autor en la Creación Intelectual*, Jurisprudencia Argentina Suplemento, N° 5938, Buenos Aires, (21 de junio de 1995), 23.

talmente, su posibilidad de promoción⁵. Sea cual sea la definición, lo cierto es que el negocio de los formatos viene demostrando ser uno sumamente lucrativo.

Podríamos decir que los formatos vienen dados por el conjunto de elementos característicos de los programas televisivos tales como el eje argumentativo del mismo, la ambientación y coreografía, la musicalización y edición del programa y el propio desenvolvimiento en cámara del mismo. Cuando nos referimos al formato no aludimos a un guión determinado (*el cual puede no existir como por ejemplo cuando nos encontramos ante un denominado reality*). El guión alude al diálogo empleado en el programa mientras que el formato abarca la estructura general del mismo (*que podría implicar la existencia de un diálogo en un momento y de una forma determinada en el marco del programa*). Tampoco es, por cierto, el episodio de un programa televisivo.

Según Gaffoglio, *“dentro de la industria televisiva generalmente se distingue entre el: (i) “Paper Format” (formato papel), descripción de la mecánica del programa y sus elementos caracterizantes hecha por escrito, y generalmente antes de que se produzca el programa, lo que determina que existan en el “Paper Format” muchas situaciones no previstas o sin resolver, o que eventualmente se modifiquen; y el (ii) “Program Format” (formato programa), que es la estructura y elementos caracterizantes del programa que puede advertirse y aparece subyacente cuando se ve el programa de televisión. En este caso, si bien la mayoría de los elementos caracterizantes del programa se encuentran resueltos y definidos con mayor detalle, lo que favorecería la categorización de obra del formato, presenta la paradoja de que lo que se termina finalmente protegiendo es el programa de televisión en sí y no el formato”*⁶.

Naturalmente, el *paper format*, en tanto goce de originalidad, es una obra protegible por el derecho de autor como obra literaria. Sin embargo, lo que nos interesa discutir es si es posible reconocer protección al formato en sí mismo o, en términos negativos, si es posible impedir que

⁵ Shelley LANE. *Format Rights in Television Shows: Law and the Legislative Process*, Statute Law Review, N° 13, 1992, 25-26.

⁶ Gisela GAFFOGLIO. *Formatos Televisivos. Su protección legal bajo el sistema de derechos de autor. Tendencias*, Disponible en: http://justiniano.com/revista_doctrina/Gafoglio/televisivos.htm

nuevos programas apliquen el formato ya empleado de forma no autorizada. En otras palabras, es claro que el *paper format* del programa American Idol o Gran Hermano o cualquier otro podría ser susceptible de protección. Lo que nos interesa es determinar si podría producirse un programa televisivo que aplique el mismo formato o uno sustancialmente similar, esto es, si es posible el reconocimiento de un derecho de exclusiva sobre el denominado "formato programa".

En este punto, se debate si el formato en sí (*no el documento en el que está detallado sino el denominado "program format"*) puede calificar como obra protegible o si, por el contrario, es una idea que no merece tutela tal y como lo hemos recordado previamente. En nuestra opinión, la respuesta a la interrogante planteada es "depende". Depende, como no podría ser de otro modo, de si el formato aplicado y analizado en el caso en concreto contiene elementos originales que han sido replicados o copiados (plagiados) sin autorización del titular. A nuestro juicio, no es posible determinar *ex ante* que los formatos televisivos no gozan de tutela merecen esa protección por parte del derecho de autor. Consideramos que no es posible plantear respuestas tajantes y acabadas a la interrogante ya que la protección que se confiera (o no) dependerá de la determinación de la existencia de originalidad que en el caso en concreto haga la autoridad correspondiente.

Siguiendo con el desarrollo conceptual del formato, se ha entendido que se trata de "...una creación que surge de la sumatoria o conjunto de una serie de elementos originales en sí mismos, o simplemente originales en su selección y combinación, entre los cuales podemos encontrar título, musicalización, escenografías, estructura y secuencia del programa, temática, tratamiento narrativo, personajes, reglas, que luego, son articulados en una forma predeterminada, de modo tal que puedan dar lugar a un programa en condiciones de ser producido"⁷.

No compartimos la tesis que sostiene que el formato implica la suma necesaria de elementos originales. Muchos formatos pueden estar dados sustancialmente por "lugares comunes" que no revisten de la nota de

⁷ Alejo BARRENECHEA y Juan F. MEMELSDORFF. *Formato Televisivo: Una aproximación a su concepto. Formas de Protección*, Microjuris, (14 de julio de 2009).

originalidad necesaria como para merecer tutela por el derecho de autor. Es a partir del reconocimiento de que, en algunos casos, podrán existir elementos que gozan de originalidad sin que ello sea una condición necesaria del formato, que se categoriza a los formatos en simples y elaborados.

Siguiendo a Alonso, “los formatos simples consisten en la mera reunión de elementos sin la elaboración -impronta del autor- suficiente como para merecer tutela por el derecho de autor. Un ejemplo de esto podrían ser los programas de entrevistas, en los que lo único que varía entre uno y otro es la escenografía y la posición del entrevistado y el entrevistador (...) Por el contrario, los formatos elaborados son así llamados no sólo por el amplio detalle que brindan sobre el programa al cual refieren sino también por la selección y disposición original y peculiar de los elementos y materiales que trazan la expresión completa y creativa de la futura obra audiovisual que representan. El éxito de estos últimos, a contrario de los primeros, no reside en las opiniones de los panelistas –entrevistados o entrevistadores– sino en la forma original y peculiar de organizar los elementos que componen el programa, lo que refleja la impronta de su autor”⁸.

Nosotros consideramos que, en efecto, es perfectamente posible que el formato sea protegido por el derecho de autor al poseer la nota de originalidad exigida por ley. De la misma forma, es posible que un formato determinado no merezca dicha protección. En cualquier caso, otorgar o denegar la protección *a priori* y en abstracto nos parece desacertado.

La jurisprudencia argentina se pronunció en ese sentido en el fallo *Gvirtz, Diego s/ Recurso de Casación* pronunciado por la Cámara Nacional de Casación Penal en el año 2007⁹. En el caso comentado, se discutía, entre otras cosas, si el programa denominado “*TELEVISIÓN REGISTRADA*” constituía un plagio del programa llamado “*PERDONA NUES-*

⁸ Manuel ALONSO. *Propiedad Intelectual de los Formatos Televisivos*, Boletín Informativo, La Ley, Tomo LXVII-C, N° 11, (2007).

⁹ Causa N° 5637. *Gvirtz, Diego s/ Recurso de Casación*. Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal. Pronunciamiento de fecha 05 de marzo de 2007.

TROS PECADOS". La instancia anterior –la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal*- había dispuesto el sobreseimientos del querellado Diego Gvirtz considerando, entre otras cosas, que no existía originalidad sobre material de archivo. Estos programas empleaban archivos televisivos aunque en contextos diferenciados (*un trabajo humorístico, en un caso, y uno narrativo, en otro*).

La Cámara Nacional de Casación se pronunció señalando que "...no es dable desmerecer de plano a una obra televisiva (...) tal como pareciera desprenderse del fallo en revisión, por la mera circunstancia de que la misma se desarrolle básicamente sobre material de archivo". En esa línea, la solución en cada caso dependerá de la apreciación de la originalidad que se haga. No podrá protegerse o negarse protección a los formatos televisivos por ser tales sino en función a la existencia o no de un mínimo de originalidad. Existirán, en suma, formatos originales y protegibles y habrá otros no originales y por tanto no protegibles. Será la nota de la originalidad la que se determine el merecimiento de la tutela por parte del derecho de autor.

En el caso *CBS Broadcasting Inc. contra ABC, Inc*¹⁰, la primera empresa demandó a la segunda alegando que el programa "*I'm a Celebrity, Get me out of here!*" constituía un plagio del programa "*Survivor*". La Corte del Distrito Sur de Nueva York consideró que los programas analizados no tenían similitudes sustanciales en lo que se refería a los elementos susceptibles de protección. Así, a decir de la Corte, si bien es cierto podía aceptarse la existencia de similitudes adicionales, éstas correspondían a elementos conocidos y usualmente empleados carentes de originalidad.

La Corte consideró, de forma general, que las obras debían ser comparadas con relación al concepto y "feel" integral, la temática, personajes, guión, secuencias, ritmo y escenario. Asimismo, tuvo presente que el programa *Survivor* tenía un tratamiento serio mientras que el programa que suscitaba el reclamo se orientaba a lo humorístico. En todo caso, la Corte opinó que los elementos empleados en el programa que motivó la demanda eran hechos e ideas no protegibles.

¹⁰ *CBS Broadcasting, Inc. v. ABC, Inc.*, No 02 Civ. 8813, 2003 U.S. Dist LEXIS 20258 (S.D.N.Y. Jan. 13, 2003).

Por otra parte, en Brasil, la firma Endemol (*propietaria del formato de la serie Gran Hermano*) ganó un juicio en contra de TV SBT por emplear el formato ya aludido. La empresa brasilera había iniciado negociaciones con Endemol en virtud a las cuales esta última había revelado información sobre el formato de *Big Brother*. Esta empresa brasilera decidió no adquirir la licencia ofrecida con respecto al formato sin perjuicio de lo cual se aventuró a producir la serie *Casa Dos Artistas*. La empresa brasilera fue demandada y en su defensa sostuvo que el formato no era más que una idea y que ésta (*la de observar a personas dentro de lugares*) no era nueva ya que podía remontarse hasta la obra de George Orwell titulada "1984".

La Corte opinó lo contrario. Sostuvo que el formato no se limitaba a la idea de observar a la gente por un periodo de tiempo dentro de un inmueble sino que implicaba, además, atender al lugar en el que se posicionaban las cámaras, el uso de micrófonos por parte de los participantes, la forma mediante la cual se producirá el contacto con el mundo exterior, entre otros factores adicionales. Nótese que la protección conferida implica impedir que coexistan de forma no autorizada programas televisivos que apliquen un formato similar.

Sin embargo, el punto medular de la discusión, a nuestro entender, debería ser la enumeración y evaluación de los aspectos dotados de originalidad dentro de un programa televisivo producido en aplicación de un formato determinado. No es posible argüir que el formato es una simple idea o que es más que una idea. En todo caso, un formato podrá gozar de elementos originales susceptibles de protección o podrá estar dado por "lugares comunes" en la industria del entretenimiento. Dependerá de dicho examen el resultado al que la autoridad finalmente arribe en el caso estudiado.

Sobre este particular, se ha expresado acertadamente que en estos casos "*será de vital importancia dilucidar qué parte de la obra es sólo "idea" y qué parte es "expresión artística". Esto es crucial en los formatos, pues generalmente el creador o propietario de ese formato pretenderá que se le reconozca una amplia protección y, sobre todo, exclusividad, incluyendo también la "idea" de ese formato*"¹¹. De esta forma, insistimos, la clave al momento de

¹¹ Federico P. VIVES (*director*). *Derecho del Entretenimiento*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, (2006), 219.

apreciar estas controversias será determinar qué elementos –*si alguno*– resultan protegibles por estar dotados de originalidad. Una vez realizada esa determinación, deberá evaluarse si los elementos replicados son precisamente los que gozan de originalidad ya que la réplica o copia de elementos no protegibles no podrán ser estimados como infracciones a derecho de autor alguno.

III. Un poco más sobre los formatos televisivos, su protección a través del derecho de autor y formas alternativas de protección

Uno podría preguntarse sobre el sentido de dedicarnos a estudiar la posibilidad de protección de los formatos televisivos como obras en sí mismas. Existen dos razones fundamentales, una anecdótica y una mucho más sustancial. La anecdótica es que existe poco desarrollo sobre la cuestión a pesar del interés que puede suscitar el debate que ahora nos ocupa. La sustancial es que el negocio de los formatos televisivos es uno muy importante. Estamos refiriéndonos a un negocio millonario que ha venido desarrollándose de forma vertiginosa. En ciertos programas televisivos –como lo puede ser un programa de concursos– el formato televisivo se ve apoyado por un guión más o menos previsible (*por ejemplo, pueden existir preguntas preparadas de antemano*).

En otros casos, el formato del programa es la parte inmutable en el tiempo. Esto se aprecia en la denominada “*reality television*” en la que, salvo el esquema reconocible y distintivo del programa, el contenido puede ser variable dada la diversidad de situaciones y personajes participantes (*eventualmente, el diálogo de los participantes es absolutamente improvisado*).

En el caso *Green contra Broadcasting Corporation of New Zealand*, el creador del programa británico llamado “*Opportunity Knocks*” demandó por la realización de un programa televisivo que, además, recibió el mismo nombre. La Corte rechazó la demanda invocando lo que puede ser denominado como “test de la unidad suficiente”. Bajo dicho test, los elementos del formato deben tener unidad suficiente con el material cambiante del programa televisivo de forma que los componentes del formato no sean accesorios desvinculados a dicho material.

Nosotros compartimos las apreciaciones de Davis¹² cuando critica este pronunciamiento bajo el argumento que, bajo la aplicación de este test, se estaría generando un requisito legal adicional al de la originalidad mínima exigida para todo tipo de obras dado que en otros supuestos no se exigiría la presencia de cierta unidad entre los elementos componentes de una obra. Por el contrario, más apropiado era el razonamiento del voto discordante que únicamente reconocía la necesidad que el formato tuviera una “estructura identificable”.

Ahora bien, sin perjuicio del debate sobre la protección de los formatos televisivos a través del sistema de propiedad intelectual, existe una preocupación válida por identificar mecanismos legales de tutela dada la importancia económica de los formatos televisivos. Estos formatos, como ya hemos adelantado, se han convertido en un importante y lucrativo producto sujeto a millonarias transacciones de “licenciamiento de formatos”.

Una primera forma alternativa de obtener tutela es a través de las normas orientadas a la represión de la competencia desleal. Sin embargo, esta vía tiene sus limitaciones dado que no existe reconocimiento alguno a un derecho de exclusiva. La disciplina de la represión de la competencia desleal no juzga la realización de una conducta determinada sino la forma o medios empleados para realizar cierta conducta. Bajo este esquema, la creación independiente de un programa aparentemente basado en un formato televisivo podría resultar exento de reproche en caso existan razones suficientes para pensar que se tratan de desarrollos desvinculados.

Una segunda alternativa es la vía contractual. Eso tiene serias limitaciones evidentes dado que los efectos de los contratos únicamente podrían ser extensibles a las partes celebrantes del acuerdo. Resulta dudoso que terceros se vean obligados por los términos de un contrato que no suscribieron. En cualquier forma, contratos con cláusulas de confidencialidad enérgicas extensibles al personal de las empresas celebrantes pueden permitir asegurar en cierta forma el derecho de los “titulares” de los formatos televisivos.

¹² Allison DAVIS. *A Real Drama: Legal protection of Reality Television Formats*, Media & Arts Law Review, Vol. 7, N° 57, (2002).

IV. Conclusiones

En palabras de los autores Maxwell, Bolger y Zeganne siguiendo a Palluel y Larcher, los formatos televisivos confieren un mecanismo probado y afable que permite un éxito reproducible o incluso garantizado¹³. Se trata una guía que enmarca el desarrollo del programa televisivo en un *set* de reglas relacionadas con la secuencialización del mismo, musicalización, filmación, presentación, entre otras notas caracterizantes.

No se debate sobre si los programas televisivos –en tanto obras audiovisuales– son susceptibles de protección por el derecho de autor. Se discute si los formatos de los programas televisivos (*el formato “personas encerradas en una casa y observadas por los espectadores”*) pueden ser protegidos facultando al titular a impedir el empleo de éstos de forma no autorizada. Ahora bien, en principio, pareciera que el formato se aproxima más a la noción de idea no tutelable que a la de obra original protegible. Después de todo, un derecho de exclusiva –*incluso temporal*– sobre la idea de un concurso de baile con estrellas con fines altruistas pareciera generar una restricción inaceptable y un derecho excesivamente extenso. Sin embargo, también es cierto que el formato no es solamente una idea sino la conjunción eventualmente creativa y original de ciertas ideas o elementos.

El debate con relación a si los formatos resultan susceptibles de protección autoral tiene algunas pocas décadas en el tintero. Podemos remontarnos hacia 1999 en que se falló en la controversia argentina suscitada a partir de un supuesto plagio del formato de un programa llamado “*El Show de Nito Artaza*” o al caso –*algo más antiguo*– que involucró al formato del programa “*Opportunity Knocks*” en Inglaterra y en el que Hughie Green demandó a la empresa New Zeland Broadcasting Corporation.

¹³ Winston MAXWELL, Katherine BOLGER y Thomas ZEGANNE. *A Comparative French and U.S. Law Approach to scènes à faire and other non-protectable elements in Copyright Law*, Propriétés Intellectuelles, N° 30, (Enero 2009). Disponible en inglés en: http://www.hhlaw.com/files/Publication/f167508d-23d5-4c5d-98fc5d4092cfd3c6/Presentation/PublicationAttachment/dfae2d97-4cd5-47aa-a9f25d8410344dae/Copyright_law_Jan2009_Maxwell_Bolger_Zeggane.pdf

En Perú no conocemos controversias con respecto al tema que nos ha ocupado. No obstante ello, el vertiginoso proceso de globalización y de desarrollo de las tecnologías aunado a la necesidad de llevar productos nuevos a las pantallas locales hace que estas controversias sean una posibilidad latente. No es, de esa forma, un simple ejercicio teórico el que nos ha ocupado en este trabajo.

El *program format* incluye, a decir de Rogel Vide, "...el conjunto de conocimientos que han sido reunidos a través del proceso de producción de un programa de televisión, conocimientos que posibilitarían, a una compañía de televisión de un país determinado, reproducir el éxito alcanzado por el programa en cuestión en otros lugares"¹⁴. Esos conocimientos vendrían dados por los elementos y el know-how requerido para la réplica del éxito televisivo. Y en ese orden de ideas, los asuntos ligados a los formatos y la comercialización de los mismos tienen una importancia económica fundamental.

La cuestión que nos ha ocupado es reflexionar sobre si el *program format* es merecedor de tutela en tanto sea concebido como una obra dotada de originalidad. Nuestra respuesta, dada dicha condición de originalidad, es afirmativa. El género formato incluye el *paper format* y el *program format*. Así como el primero podría ser protegido como obra literaria en tanto goce de originalidad, el segundo podría ser protegido como una nueva categoría de obra en tanto goce de originalidad. La originalidad es y será el elemento delimitador de aquello protegible de aquello que no lo sea. El *paper format* podrá ser simple o elaborado dependiendo de la existencia de dichas notas de originalidad requeridas para su eventual tutela por el derecho de autor.

En todo caso en que nos encontremos frente a un formato tutelable –es decir, una verdadera obra en sí misma– deberá compararse el formato original con el supuesto plagio a partir de los elementos caracterizantes del primero, esto es, excluyendo los elementos comunes a todos los programas del género y considerando aquellos componentes que

¹⁴ Carlos ROGEL VIDE. *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, Editorial Reus, (2003), 388.

individualizan a este formato televisivo frente a otros que pudieran ser similares¹⁵.

La determinación que haga la autoridad en cada caso deberá ser cuidadosa. Ya hemos indicado antes que este asunto no es una cuestión menor sin relevancia económica alguna. Por el contrario, en el marco del derecho del entretenimiento se vienen discutiendo cuestiones como las que hemos abordado ahora. Eventualmente, en nuestro país, la inexistencia de una protección autoral en determinados casos podría habilitar el planteamiento de una denuncia por infracción a las normas sobre represión de la competencia desleal. En todo caso, ello queda en el plano de la especulación académica ya que no tenemos casos en concreto que motiven nuestro análisis.

En cualquier caso, pareciera que la adecuada comprensión del problema depende de un entendimiento cabal del proceso formativo de un programa de televisión que aplica o sigue un formato determinado. Desde el momento en que el formato tiene una relevancia económica autónoma (independiente del paper format y de la obra audiovisual) vale la pena reflexionar sobre el tipo de tutela necesaria. Gottlieb incide en esta idea que para entender la importancia del formato debe comprenderse la formación del programa. Dicho autor divide este proceso en cuatro etapas: (i) la generación de una idea; (ii) la creación de un paper-format, esto es, el estudio escrito de esa idea; (iii) la estructuración del program-format en la que se encuentra involucrado el conocimiento del negocio; y, (iv) la emisión de episodios. En el formato programa, entonces, se tutela no solo la mera estructuración original de una idea (que bien podría estar recogida y protegida en el paper format) sino la conjunción de tal estructuración con elementos del negocio y la práctica¹⁶.

La cuestión sobre la protección de los formatos televisivos ya ha ocupado la atención jurisprudencial y doctrinaria en otras latitudes. En Perú, no conocemos desarrollo sobre el particular. En todo caso, es

¹⁵ En sentido similar, Antonio CASTÁN. *El plagio de formatos de programas de televisión*, En: Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual. Cuestiones puntuales, Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus y AISGE Sociedad de Gestión, Madrid, (2001), 191.

¹⁶ Neta-Li E. GOTTLIEB. *Free to Air?: Legal protection for TV Formats*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 513, Chicago Law School, 2010.

evidente que los formatos televisivos se han constituido en un negocio millonario y exitoso no solamente para sus titulares sino para los auspiciadores que han encontrado en los programas difundidos en una forma efectiva de hacer publicidad a través de marketing vivencial que pueda generar una mayor conexión entre una marca dada y el espectador. Estas y otras cuestiones seguirán siendo debatidas por lo que esperamos que este trabajo sirva para despertar la curiosidad del lector sobre un debate inconcluso.