



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL A LAS
FIGURAS SUI GENERIS QUE SURGEN POR EL USO
DE LAS REDES SOCIALES

Autora

Claudia Daniela Córdova Nevárez

Año
2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL A
LAS FIGURAS *SUI GENERIS* QUE SURGEN POR EL USO DE LAS REDES
SOCIALES

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados
de la República.

Profesor Guía

Dr. Leonidas Eduardo Rojas Salazar

Autora

Claudia Daniela Córdova Nevárez

Año

2018

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido el trabajo, ‘Extensión de la protección de la Propiedad Intelectual a las figuras *sui generis* que surgen por el uso de las redes sociales’, a través de reuniones periódicas con la estudiante Claudia Daniela Córdova Nevárez, en el semestre 2018-2, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Leonidas Eduardo Rojas Salazar
Doctor en jurisprudencia
CC. 170961798-7

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, “Extensión de la protección de la Propiedad Intelectual a las figuras *sui generis* que surgen por el uso de las redes sociales”, de la estudiante Claudia Daniela Córdova Nevárez, en el semestre 2018-2, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Lorena Naranjo Godoy
Master en Derecho de las Nuevas Tecnologías
CC. 170829378-0

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Claudia Daniela Córdova Nevárez
CC. 230035190-1

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por su constante apoyo.

A mi tutor, Dr. Leonidas Rojas, por ser una guía para la realización del presente trabajo.

A Bermeo & Bermeo Law Firm y, en especial, a Belén Rivera, por sus enseñanzas en Propiedad Intelectual.

A mis docentes, quienes compartieron su valioso conocimiento en Derecho a lo largo de este camino.

A mis amigas, por sus palabras de aliento cuando más lo necesité.

DEDICATORIA

A mi mamá: tu amor, entrega y tenacidad han hecho de mi la mujer que siempre quise ser.

A mi papá: tu amor, apoyo y conocimientos son mi guía en la vida y en mi carrera profesional.

A mis hermanas: ustedes me inspiran a ser mejor cada día.

A mis abuelos: Huguito, Lolita, Abi y Pepe. Este logro es por y para ustedes. ¡Gracias, millón gracias, por su amor!

RESUMEN

El presente trabajo de titulación pretende abordar la necesidad de protección intelectual de las nuevas figuras que tienen lugar por el uso de las redes sociales. La Sociedad de la Información, como resultado del avance tecnológico de las últimas décadas, plantea una serie de desafíos jurídicos en diferentes ámbitos. Y desde esta perspectiva se debe dar una nueva concepción a la Propiedad Intelectual, al ser esta una de las ramas del Derecho mayormente afectadas por la era virtual.

Tomando como fundamento el principio de libertad de información y expresión que se profesa en la red, se han generado un sinnúmero de escenarios jurídicos novedosos, propios del Internet y sus herramientas. Estos versan desde la afectación a la intimidad de las personas y los datos, hasta la viralización de nuevas figuras que sirven para publicitar productos. En este sentido, el Derecho se enfrenta a nuevos contextos en el que debe aplicar mecanismos reguladores, garantizando el ejercicio de derechos.

Es así que, la creación y generación de nuevas figuras virtuales que, por su naturaleza y funciones, presentan cierta relación con la Propiedad Intelectual, suponen un gran reto para esta rama del Derecho. Esto en virtud de que la misma se ve en la obligación de adaptarse y actualizar sus formas de protección.

Bajo esta línea, a través de este trabajo, se pretende evidenciar la necesidad de evolución de los preceptos intelectuales, que deben hacer frente a las nuevas demandas de protección que surgen en la sociedad; no bajo sus conceptos tradicionales, sino con propuestas novedosas, eficaces y suficientes, acorde a las exigencias de estas figuras *sui generis* del Internet. Lo anterior con la finalidad de abordar su principal problemática en este contexto: el desconocimiento de estas como figuras intelectuales y, consecuentemente, su falta de protección, que se traduce en una vulneración de derechos de terceros o, peor aún, en el no reconocimiento de un derecho intelectual.

ABSTRACT

The present degree project aims to address the need for intellectual protection of the new figures that take place through the use of social networks. The information society, as a result of the technological advance of the last decades, poses a series of legal challenges in different areas. And from this perspective, Intellectual Property must be given a new conception, since this is one of the branches of Law that is most affected by the virtual age.

Based on the principle of freedom of information and expression that is professed in the network, countless novel legal scenarios of the Internet and its tools have been generated. These range from the affectation to the privacy of people and data, to the virilization of new figures that serve to advertise products. In this sense, the Law faces new contexts in which it must apply regulatory mechanisms, guaranteeing the exercise of rights.

Thus, the creation and appearance of new virtual figures, which, due to their nature and functions, have a certain relationship with Intellectual Property, represent a great challenge for this branch of Law. This is due to the fact that it is obliged to adapt and update its forms of protection.

In this sense, through the present work, it is intended to demonstrate the need for evolution of the intellectual precepts, which must face the new demands of protection of society. Not under its traditional concepts, but with innovative, effective and sufficient proposals, according to the demands of these sui generis figures of the Internet. The foregoing in order to address its main problem in this context: the ignorance of these as intellectual figures and, consequently, their lack of protection, which translates into a violation of rights of third parties or, worse, in the non-recognition of an intellectual right

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. UNA VISIÓN GENERAL AL IMPACTO DEL INTERNET EN EL DESARROLLO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	3
1.1. El Internet y la Sociedad de la Información frente al Derecho	3
1.2. El desarrollo de la Propiedad Intelectual a la luz del advenimiento del Internet	5
1.3. Nuevas herramientas en Internet: desafío para el Derecho de Propiedad Intelectual	8
2. CAPÍTULO II LOS SIGNOS DISTINTIVOS EN GENERAL Y SU DESARROLLO A LA LUZ DEL COMERCIO Y EL INTERNET	15
2.1. Introducción	15
2.2. Definición y funciones de los signos distintivos.....	15
2.3. Desarrollo y clasificación de los signos distintivos	19
3. CAPÍTULO III. FIGURAS <i>SUI GENERIS</i> QUE SURGEN POR EL USO DE LAS REDES SOCIALES	21
3.1. Las redes sociales y su impacto comercial	21
3.2. Las figuras <i>sui generis</i> en el espacio cibernauta: los <i>hashtags</i> como una de las herramientas del mercado digital	26

4. CAPÍTULO IV. PROTECCIÓN INTELECTUAL A LAS NUEVAS FIGURAS QUE SURGEN POR EL USO DE LAS REDES SOCIALES	30
4.1. Introducción	30
4.2. El <i>hashtag</i> como signo distintivo: función distintiva e identificadora de productos y servicios	33
4.3. Protección especial a estas figuras <i>sui generis</i>	36
5. CONCLUSIONES	42
REFERENCIAS	45

INTRODUCCIÓN

La Propiedad Intelectual se encuentra en constante evolución, en virtud de los cambios que se presentan en la sociedad. Esto se demuestra mediante la adopción y creación de modalidades intelectuales, así como las reformas legislativas nacionales e internacionales, que surgen como respuesta a las nuevas interrogantes que se plantean en torno al desarrollo social, cultural y comercial.

En este sentido, tal y como lo menciona el tratadista Wilson Ríos, en su obra “La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías”, las Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante, TIC) *“han cambiado el escenario donde los titulares ejercen y ejercerán sus prerrogativas e indefectiblemente nos llevan y trasladan al denominado entorno digital”* (Ríos, 2011, p. 1).

Y, sin lugar a dudas, el desarrollo de la tecnología y las nuevas prácticas comerciales que se dan a la luz del comercio, han traído consigo la necesidad de cambios y modificaciones en los preceptos y principios legales ya establecidos. Lo anterior con el fin de salvaguardar los derechos de las personas, el reconocimiento de estos y evitar su vulneración.

Dentro del presente trabajo, como primer punto, se pretende dar una visión general al Internet y el Derecho de Propiedad Intelectual. Entender al fenómeno del Internet y el surgimiento de la Sociedad de la Información y Conocimiento, permite comprender -en un segundo plano- como este da paso a nuevos contextos en el que el Derecho cumple un papel determinante.

De esta manera, dentro de este capítulo, también se trata de forma breve a la rama del Derecho que se ha visto directamente afectada por el advenimiento del Internet: La Propiedad Intelectual. Finalmente, se aborda la relación que existe entre estos, como ramas complementarias que se desarrollan a la par, y la forma en la que la Propiedad Intelectual, a través de sus organismos y normativa, ha reaccionado a las situaciones que son el resultado del nuevo apogeo virtual.

Ahora bien, de manera subsiguiente, se desarrolla el tema de los signos distintivos, figuras en las que mayor incidencia tienen las TIC a la luz del comercio y el Internet. Estas figuras intelectuales han sido el principal foco de desarrollo frente a las nuevas exigencias de la sociedad que se ha visto en un constante crecimiento por la Revolución Industrial y, ahora, la Revolución Virtual.

Con el entendimiento de su naturaleza, funciones y clasificación, se podrá interpretar -de mejor manera- los capítulos siguientes, en los que se plantea la posibilidad de que las nuevas figuras virtuales se vean encuadradas dentro de esta categoría, al cumplir un papel distintivo en el mercado.

Por lo expuesto, en el tercer capítulo del presente trabajo, se trata el tema de las nuevas figuras, que tienen la calidad de *sui generis*, y que surgen por el uso de las redes sociales. Para ello, resulta necesario hacer referencia a estas plataformas virtuales que persiguen diferentes objetivos en el Internet, y la forma en la que su apogeo ha dado lugar a una transformación de las relaciones comerciales.

En relación a lo anterior, estos espacios han sido la causa de la aparición de nuevas figuras, como los *hashtags*, que no son más que creaciones producto del ingenio de los usuarios cibernautas, como herramientas que permiten un mejor manejo de la red. En este sentido, dentro de este capítulo, se desarrolla lo concerniente al origen, desarrollo, funciones y apogeo de esta nueva figura, el *hashtag*, con el fin de entender porque la misma cumple un papel similar a la de un signo distintivo en el mercado virtual, demandando una protección especial.

Por ello, finalmente, se evidencia, a través del respectivo análisis, la razón por la que estas figuras ameritan protección intelectual. Los *hashtags* se han convertido en creaciones publicitarias que cumplen una función identificadora y distintiva en el mercado, que ha dado paso a la posibilidad de pensar en una protección de las mismas. Sin embargo, las figuras tradicionales del Derecho

de Propiedad Intelectual no atienden, de forma eficaz y suficiente, a su naturaleza. Por ello, es necesario plantearse la necesidad de una protección especial a estas nuevas figuras, que tome en cuenta sus particularidades, y otorgue derechos a sus creadores en base a las exigencias, obligaciones y principios que se plantean en un escenario como el Internet.

El Internet no solo se convierte en una plataforma que puede dar lugar a la vulneración de ciertos derechos, sino que también se presenta como la causa para el nacimiento de nuevos derechos que, en la rama de la Propiedad Intelectual, se traducen en formas de protección.

Por esta razón, la falta de análisis y desarrollo de los fenómenos tecnológicos sobre la necesidad de generar un nuevo derecho o mecanismo de protección se torna en un verdadero problema en el plano del Derecho, que se traduce en el poco desarrollo sobre la necesidad de generar un nuevo derecho o mecanismo de protección. Lo anterior resulta en una suerte de indefensión de titulares, quienes, a falta de normativa pertinente, se encuentran en un limbo jurídico frente a la protección de sus nuevas creaciones.

1. CAPÍTULO I. UNA VISIÓN GENERAL AL IMPACTO DEL INTERNET EN EL DESARROLLO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

1.1. El Internet y la Sociedad de la Información frente al Derecho

No es contrario a la realidad el afirmar que el impacto de las TIC"s ha conllevado una serie de cambios en la estructura social. Es por ello que diversos autores coinciden en que, gracias a la aplicación de las TIC, estamos frente a una nueva idea de sociedad, "la sociedad de la información", que, en palabras de Horacio Fernandez Delpech, es la sucesora de la sociedad industrial.

Este nuevo concepto surge como una consecuencia del desarrollo del Internet, que se consolida como la vía idónea para la propagación de la información. A través de esta red se comparten conocimientos, convirtiéndose en el medio de

comunicación más eficaz. Por ello, se podría afirmar que el Internet es el escenario ideal para el enriquecimiento cultural, social y comercial.

Lo anterior encuentra su sustento en lo mencionado por el tratadista Jorge Ledesma, quien oportunamente señala que: *“(...) las tecnologías de la información y de la comunicación tendrían mucha menor relevancia si, a través de ellas, no circularan contenidos basados en el conocimiento y la creación que sirvieran a la sociedad para enriquecerse culturalmente.”* (Ledesma, 2011, p. 11).

Ahora bien, el desarrollo del Internet ha dado paso a un sinnúmero de cambios en la sociedad. Por lo tanto, el Derecho, como rama reguladora, se ha visto en la obligación de reaccionar frente a los cambios y nuevas demandas que se plantean con este nuevo modelo de sociedad, con el fin de cumplir con su fin máximo: salvaguardar los derechos de las personas.

“La revolución de las telecomunicaciones hace que el mundo empresarial y, consecuentemente, su repercusión social -incluso en el ámbito del hogar, con los límites de acceso a la intimidad- se plantee la orientación que se debe dar a la utilización de las TIC. Las nuevas tecnologías ya no son, solamente, una herramienta útil en las funciones rutinarias de gestión y control económico de la empresa en faceta interior; las nuevas tecnologías (...) plantea serias dudas en cuanto al respeto de los derechos básicos de los individuos (...)” (Davara, 2008, p. 27)

Al ser el Internet una herramienta que ha adquirido la cualidad de “necesaria” en el manejo de la sociedad, no se puede negar que su uso conlleva una serie de efectos jurídicos en las relaciones interpersonales, de carácter social, cultural o comercial, que demandan regulación.

“Las autopistas de la información han abierto nuevas posibilidades de conocimiento y relación entre los ciudadanos de muy diversos contextos

geográficos, culturales y sociales. Pero también esta tecnología de la comunicación abre nuevas vías al fraude y delito, por lo que van parejas a una necesidad de regulación (...)” (Belloso, 2011, p. 63).

En este sentido, el impacto del Internet da lugar a escenarios en los que se reflejan aspectos positivos, como el crecimiento y desarrollo, y, por otro lado, los aspectos negativos, como la vulneración de derechos frente a tal libertad de la Red. Y, al hablar del Derecho, una de las ramas que se ve directamente afectada, y ha sido materia de discusión por la Academia, el sector privado, las entidades Estatales, y la sociedad en general, es el Derecho de Propiedad Intelectual.

Más aún si se considera que, hoy por hoy, el Internet se ha convertido en una herramienta poderosa dentro del ámbito comercial, toda vez que esta permite acercar al consumidor con un producto.

Es por ello que sus diferentes plataformas son consideradas como activo primordial de cualquier empresa a la que le interesa acercar su producto al consumidor, ya que mediante el Internet se puede promocionar y difundir información acerca de este, creando un vínculo directo con los usuarios. La mayoría de productos y servicios se adquieren y promocionan a través de la diferentes plataformas de la Red, siendo esta la vía más rápida para posicionar una marca, patente, obra, en el mercado. De ahí se tiene que este fenómeno social se encuentre directamente relacionado a la Propiedad Intelectual, tal y como se demostrará en los acápites siguientes.

1.2. El desarrollo de la Propiedad Intelectual a la luz del advenimiento del Internet

Ahora bien, con el fin de poder entender la relación entre el Internet y la Propiedad Intelectual, es oportuno abordar a breves rasgos el desarrollo de este último. Los inicios de la Propiedad Intelectual se remontan a los primeros

años del hombre, quien desde sus inicios contó con el ingenio para crear nuevas figuras, obras, entre otros inventos.

Sin embargo, fue con el amplio crecimiento de la industria y el comercio que la Propiedad Intelectual tuvo su apogeo. Y durante la segunda mitad del siglo XX, tienen lugar un sin número de innovaciones que se dan en diferentes áreas, principalmente en el campo de la tecnología y la ciencia. (Barzallo, 2011).

Frente a esto, la Propiedad Intelectual se vio en la obligación de traer a consideración y, finalmente, implementar preceptos legales que permitan regular y controlar las diferentes figuras que se daban en el ejercicio comercial y así brindar seguridad y protección a los titulares de estas. El desarrollo de esta rama del Derecho se dio tanto en relación a todas sus modalidades, tanto el Derecho de Autor como la Propiedad Industrial.

Es oportuno acotar que diversos autores clasifican al Derecho de Propiedad Intelectual en estas dos ramas, las cuales presentan ciertas diferencias, como por ejemplo, el fin que persiguen y el tipo de creación que protegen:

“Cuando el genio creativo se orienta hacia la estética y la belleza, se encuentran los autores; cuando se orienta a la industria, se está frente a los inventores de nuevos productos o procesos” (Emery, 2014, p. 2).

Sin embargo, para efectos del desarrollo del presente trabajo, se abordará el mismo mediante el análisis de esta última. Las figuras que se vieron en la necesidad de evolucionar por el rápido desarrollo de la Industria y el comercio, forman parte de la subclasificación conocida como “Propiedad Industrial”, cuya consolidación se da en la época de la Revolución Industrial.

“Se entiende por propiedad industrial el conjunto de títulos jurídicos que garantizan un monopolio al creador de una idea industrial. (...) La propiedad industrial trata de proteger básicamente las ideas empresariales, industriales y comerciales. Estas ideas son muchas

veces la aplicación de descubrimientos científicos a la fabricación de bienes de consumo.” (Arrabal, 2000, p. 14).

Es así que toda creación que se de en relación en esta área, se encuentra dentro de la “Propiedad Industrial”. Dentro de esta, encontramos a los signos distintivos, que *“nos sirven para identificar productos y servicios en el mercado libre. Si no existiesen los signos distintivos sería imposible valorar los objetos industriales y las organizaciones que los producen.” (Arrabal, 2000, p. 17).*

En este sentido, si bien en su momento el avance y progreso de las relaciones comerciales dio paso a la creación de figuras como la marca, el nombre comercial y otras, la evolución y auge de la tecnología ha dado paso a la invención de nuevas figuras que se encuadran dentro de lo “intelectual”, de lo novedoso, y que surgen en el marco de la red llamada Internet.

En general, y a modo de conclusión del presente apartado, se tiene que el Derecho no puede permanecer estático frente a los pasos agigantados que se dan en relación a la tecnología. Y es aquí donde se da la conexión entre Internet y Propiedad Intelectual. Es decir, el Internet no se enriquecería ni desarrollaría si no se crearán nuevas figuras, nuevos programas, nuevas obras, etc, y lo mismo sucede al revés.

Es por ello que de cierta manera el impacto que ha tenido el Internet en la Propiedad Intelectual –y viceversa- ha sido tal que se podría afirmar que esta red no sería lo que es sin las nuevas creaciones que se dan dentro de este ámbito, ni tampoco se potenciaría el ingenio humano si es que no existiera una red que permita su desarrollo.

Como bien lo menciona José Luis Barzallo, “Actualmente los autores y empresarios se han volcado al uso de la tecnología permitiéndoles un mejoramiento en la calidad de difusión de sus creaciones.” (Barzallo, 2010, p. 23).

En otras palabras, el Internet se ha convertido en el medio que permite el desarrollo de la Propiedad Intelectual. El posicionamiento de una marca, por ejemplo, es gracias a su amplia difusión a través de las TIC, en especial en las redes sociales.

Ahora bien, una vez entendida, de manera general, a la Propiedad Intelectual y, consecuentemente, la figura de la Propiedad Industrial, resulta necesario tratar los efectos que ha tenido el desarrollo de la tecnología como motor para la creación de nuevos escenarios que se plantean como un desafío de las preceptos tradicionalistas de esta rama del Derecho.

1.3. Nuevas herramientas en Internet: desafío para el Derecho de Propiedad Intelectual

Como primera impresión, se podría considerar que entre la Propiedad Intelectual y Internet existe una relación que permite el enriquecimiento de ambas. Sin embargo, la creación de nuevas figuras intelectuales en el ambiente virtual, así como el desarrollo de la red, ha dado paso a ciertos conflictos.

Uno de los principios básicos del Internet corresponde a la libertad de expresión. Esto se traduce en la posibilidad que tienen los usuarios para intercambiar, compartir, acceder, libremente, a información presente en la web. Pero, si bien uno de los principios primordiales del Internet es la libertad de expresión, esta debe ser manejada con responsabilidad.

“Los principios de la libertad de los contenidos en Internet y de la libertad de expresión y prohibición de censura, deben mantenerse. Pero esas libertades deben ejercerse con responsabilidad, por lo que debe afirmarse la doctrina de las responsabilidades ulteriores.” (Fernandez Delpech, 2014, p. 27).

Lo anterior con el fin de evitar que el uso de los contenidos de la Red no afecte derechos de terceros, siendo este un problema real en la sociedad. *“Internet implica un riesgo de efecto multiplicador de los atentados contra derechos, bienes e intereses jurídicos.”* (Belloso, 2011, p. 63).

De forma especial, la necesidad de regulación ha sido demandada desde el ámbito de la Propiedad Intelectual, al ser estas dos ramas del Derecho que se desarrollan a la par. *“Desde su nacimiento, propiedad intelectual y tecnología han avanzado de la mano: cada novedad tecnológica ha comportado modificaciones legislativas para redefinir los derechos y redibujar los límites a los mismos.”* (Xalabarder, 2010, p. 336).

Por ello, el reto más grande de la Propiedad Intelectual es ser un ente regulador de las nuevas propuestas virtuales que se dan por el uso de las diferentes herramientas que surgen en el Internet. Frente a los avances que se producen por su uso, las legislaciones correspondientes a la Propiedad Intelectual se enfrentan a nuevas figuras que demandan diferentes tipos de regulaciones, por su naturaleza virtual, y su uso libre y de amplia difusión.

Sin embargo, la visión tradicionalista de la Propiedad Intelectual ha impedido que se implementen soluciones a temas de alta importancia como son las afectaciones de ciertos derechos intelectuales por el uso de las redes sociales, o la falta de protección a los mismos. Tal y como lo menciona el autor José Luis Barzallo:

“Mucho se ha dicho sobre la protección de la propiedad intelectual, sin embargo vale la pena resaltar que no se ha precisado mucho sobre los aspectos directos del entorno digital que afectan en mayor o menor medida a los derechos de propiedad intelectual.” (Barzallo, 2010, p. 24).

La no evolución del Derecho de Propiedad Intelectual frente a las infracciones que se dan en el Internet configura un verdadero problema jurídico, toda vez

que se tiene una suerte de desprotección e inseguridad de los usuarios y titulares de derechos intelectuales.

Esto en virtud de que, o bien alguien se aprovecha ilícitamente de creación ajena, o bien existen nuevas figuras que quedan “en el aire” sin saber que tipo de protección intelectual darle a las mismas. *“Hoy, con el rápido avance de la ciencia, las formas tradicionales de protección están sometidas a la presión de adaptarse a nuevos tipos de tecnología.”* (Sherwood, 1990, p.51).

No se puede negar que los cimientos sobre los cuales se ha desarrollado esta rama del Derecho son suficientes para abordar los temas respecto de figuras intelectuales clásicas que se dan en el comercio. Sin embargo, estas resultan insuficientes para solventar y proteger las creaciones que tienen lugar por Internet.

“El advenimiento de Internet como una red de contenido eminentemente comercial, que pasa de ser una red de redes con propósitos académicos y luego militares, ha generado toda suerte de proyectos liderados en la mayoría de casos por emprendedores que con modelos de negocios audaces y no imaginados años atrás han conquistado los mercados (...)” (Ríos, 2011, p. 238).

Por ello, es necesario que la creación de nuevas medidas que permitan controlar eficazmente las diferentes herramientas que se dan en esta red. Esto en virtud de su utilización desmedida podría significar una afectación a terceros.

Frente a una red tan amplia, cuya principal característica es la libertad, los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales presentan ciertos vacíos. Lo anterior se da por el desarrollo sin frenos que tienen lugar en las diferentes plataformas que existen en la web, en relación a sus elementos frente a la demanda activa de la sociedad cibernaútica.

“El actual estado de la legislación y de la práctica ciertamente no permite abordar el tratamiento de estos supuestos con grandes seguridades y certezas, y ello no sólo por lo imprevisible de las prácticas que con el tiempo acaben por introducirse, sino también, y en particular, por la radical disparidad de principios y reglas existentes entre Internet y el sistema de marcas.” (Massaguer, 1999).

Y, precisamente, contra esto la Propiedad Intelectual presenta su mayor desafío. La libertad en el Internet da lugar a que tanto imágenes, como obras, patentes y las propias marcas, sean compartidas en diferentes espacios virtuales, sin que en ellas se reconozca o respete el derecho de su titular.

Por ello, frente a esta falta grave a los derechos de Propiedad Intelectual, se debe otorgar una protección y regulación con enfoque global, tomando en cuenta el escenario en el que se desarrollan estas nuevas figuras, y así frenar los abusos que se pueden dar en el ámbito de esta rama del Derecho.

De ahí que los autores de la obra “La Propiedad Intelectual en la Era Digital” concluyan que: *“La propia organización del tráfico de la red requiere una gestión mundializada.”* (Belloso, 2011, p. 63). Su regulación no puede limitarse al uso de preceptos legales ya existentes que son insuficientes para la regulación de figuras del Internet, las cuales, además, por su naturaleza, presentan características particulares, como su rápida y gran difusión.

“Sin embargo, este nuevo marco de comunicación no puede desarrollarse al margen de los derechos y obligaciones que regulan tanto el mercado como la propia convivencia entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y los distintos usuarios de internet.” (Ledesma, 2011, p. 16).

Existen diversos países en los que la Propiedad Intelectual no se desarrolla de manera acorde con las demandas de la sociedad. No solo en cuanto a la falta de protección, sino también a la poca iniciativa legislativa respecto de nuevas

figuras. Además, como si ya no fuera suficiente, existen Estados en los que se imponen barreras al desarrollo de la Propiedad Intelectual.

En relación a esto, la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos emite informes basados en un análisis de la protección de la Propiedad Intelectual en los países del mundo, enlistando y distinguiendo aquellos en los que existen mejoras y retrocesos. En el informe correspondiente al año 2017, este organismo resalta su preocupación frente a la poca respuesta por parte de los órganos legislativos de cada Gobierno en relación al Internet y sus efectos.

Por ejemplo, uno de los principales problemas que se presentan en el mencionado informe es la piratería digital, respecto de los derechos de autor y la copia ilícita de ciertos contenidos en el internet protegidos por la propiedad industrial.

“Un área clave de crecimiento económico para los Estados Unidos ha sido el desarrollo de plataformas digitales legítimas para la distribución de contenido protegido por derechos de autor (...) Sin embargo, los avances tecnológicos han hecho del Internet un vehículo extremadamente eficiente para la difusión de contenido infractor (...)” (Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos, 2017).

La piratería digital se refiere a *“cualquier acto que se realiza en el ámbito de la Red, por el cual se lleva a cabo una explotación de derechos de propiedad intelectual sin contar con la pertinente autorización del titular de los mismos, con el fin de eludir el cumplimiento de la ley en beneficio propio.”* (Ledezma, 2011, p. 25). Ahora bien, la piratería en relación a la Propiedad Intelectual resulta en una afectación directa al Derecho de Autor, en virtud de que este conlleva el aprovechamiento ilícito de obras creadas por terceros, plagiando su contenido.

En este sentido, se tiene un claro ejemplo de como el Derecho de Autor -en definitiva, la Propiedad Intelectual- se ve afectado por la era digital. Toda vez

que, por la libertad que existen en la difusión de contenidos en el Internet en sus diferentes plataformas virtuales, los usuarios tienen la facilidad de incurrir en violaciones a los derechos de sus autores, al compartir obras sin autorización o aprovecharse ilícitamente de estas.

“Aparece un nuevo contenido de la Propiedad Intelectual, diverso del de la concepción tradicional. Precisamente, una constante tradicional en la legislación de los distintos Estados ha sido la de intentar conseguir un equilibrio entre los derechos exclusivos de los autores sobre sus obras y los intereses de la sociedad en general en el acceso a las mismas (...) El desarrollo de la tecnología digital ha hecho necesarias ciertas modificaciones tendentes a la consecución del equilibrio de intereses (...)”
(Belloso, 2011, p. 89).

Es decir, frente al derecho de libertad de acceso que tiene toda persona, el Derecho -en este caso, el de Propiedad Intelectual- debe incurrir en ciertas modificaciones, que conlleven límites y excepciones al manejo tradicional de sus conceptos jurídicos.

Otro de los problemas en torno a la Propiedad Intelectual que ha surgido con el apareamiento del Internet, es el de la protección de los nombres de dominio. Como muy bien lo señala Delia Lipszyc, en su obra “Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos”, los nombres de dominio se han convertido en signos distintivos atípicos. Sin embargo, estos presentan ciertas asimetrías respecto de las marcas, lo que ha dado paso a un amplio debate respecto de su naturaleza y protección en el plano de lo intelectual.

El conflicto se da por el uso de nombres de dominio que presentan similitud confusionista respecto de una marca previamente registrada por un tercero. *“El problema que se presenta con estos identificadores es que su tutela no está tan desarrollada como la protección de las marcas (...)”* (Lipszyc, 2004, p. 269).

Frente a esto, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (en adelante, OMPI) realizó varios informes con el fin de brindar soluciones a la controversia que ambas figuras presentaban. Sin embargo, se ha tratado de suplir el problema con las figuras ya existentes, como la protección mediante la figura de la marca, cuando estas no se ajustan ni van acorde a la naturaleza de las herramientas del Internet, por lo que su protección y regulación resulta insuficiente en muchas ocasiones.

“Los conflictos entre marcas y sistema de marcas, de un lado, y domain names y DNS, de otro, tienen su origen en el desajuste existente entre la evidente coincidencia de sus funciones y la divergencia de sus respectivos principios y reglas básicas.” (Massaguer, 1999).

En virtud de lo expuesto, se puede concluir en que es necesario crear una suerte de armonía entre el Derecho de Propiedad Intelectual y el Internet, en el que se consideren sus particularidades y naturaleza, puesto que los principios tradicionales resultan ineficaces frente al desarrollo de las nuevas herramientas de la web.

Sin lugar a dudas, es complicado controlar el contenido que se maneja en la red, por la facilidad y libertad de acceso y manejo que los usuarios tienen en las diferentes plataformas virtuales. Frente a esto, el Derecho en general presenta ciertos fallos y vacíos que no generan ningún tipo de garantía a los titulares de derechos.

Y, tal y como se ha demostrado, la Propiedad Intelectual es una de las ramas invitadas a actuar, ya que la misma juega un papel determinante como defensor de los derechos de los titulares y futuros titulares de obras, patentes y diversos signos distintivos que se dan en el Internet.

2. CAPÍTULO II LOS SIGNOS DISTINTIVOS EN GENERAL Y SU DESARROLLO A LA LUZ DEL COMERCIO Y EL INTERNET

2.1. Introducción

Resulta claro que, frente a las demandas de la sociedad, el Derecho de Propiedad Intelectual está llamado a ser dinámico, ya que todas sus figuras se encuentran en una constante evolución. El ingenio humano ha dado paso a la creación de novedosas figuras en el ámbito comercial, por lo que esta rama del Derecho se ve en la obligación de activar los mecanismos de protección a estas nuevas creaciones.

Una de las figuras de la Propiedad Intelectual que se ha presentado un gran desarrollo es la de los signos distintivos. Se han creado nuevas modalidades conforme a las demandas de la sociedad. Y el Internet, sin lugar a dudas, ha abierto la posibilidad de que nuevas herramientas se encuadren dentro de esta categoría. Por lo tanto, resulta necesario abordar la figura de los signos distintivos, para así encuadrar, posteriormente, a las nuevas figuras dentro de esta clasificación.

2.2. Definición y funciones de los signos distintivos

Los signos distintivos forman parte de la Propiedad Industrial. Como se mencionó en líneas anteriores, esta versa sobre las creaciones intelectuales que se dan en el comercio. En relación a lo mencionado, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, establece lo siguiente:

“Lo importante es comprender que los objetos de propiedad industrial consisten en signos que transmiten información, en particular a los consumidores, en relación con los productos y servicios disponibles en el mercado. La protección tiene por finalidad impedir toda utilización no autorizada de dichos signos, que pueda inducir a error a los

consumidores, así como toda práctica que induzca a error en general.”
(Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, p. 4).

Esta Organización de las Naciones Unidas hace referencia de forma general a la idea de la Propiedad Industrial y la función que cumplen los signos que la conforman. Es decir, tal y como lo señala el tratadista Carlos Viñamata, *“los derechos de propiedad industrial pertenecen al ámbito de los derechos de creación intelectual, pero a diferencia de los derechos de autor, se encuentran específicamente referidos al campo de la industria y del comercio”* (Viñamata, 2012, p. 211).

Por consiguiente, dentro de la Propiedad Industrial, se sitúan las nuevas creaciones intelectuales, entiéndase a estas como signos distintivos, patentes o invenciones, que tienen lugar en el ejercicio comercial.

Ahora bien, en relación al tema que nos ocupa, esto es, los signos distintivos, es preciso mencionar que estas figuras se encuentran reguladas por el Derecho Marcario. A través de este se genera la protección a las diversos signos presentes en el mercado que permitan identificar productos y servicios. Es por ello que diversos autores utilizan el término “signo distintivo” o “marca” como sinónimos para hacer referencia a los signos que cumplen una función distintiva en la actividad comercial.

Entonces, con el fin de entender de mejor manera la función de un signo distintivo, resulta necesario abordar su definición, separando cada uno de sus elementos:

a) signo: el significado de la palabra “signo”, para así comprender que figura puede ser considerada como tal. Con respecto a lo antes mencionado, la Real Academia de la Lengua Española lo define como el “objeto, fenómeno o acción **material** que, por naturaleza o convención, **representa** o **sustituye a otro**” (Real Academia de la Lengua Española, 2018). (El resaltado me pertenece).

Es decir, de la definición citada se colige que un signo debe cumplir con dos supuestos: materialidad y representación. La colisión de ambas condiciones dan como resultado a uno de los requisitos esenciales del signo distintivo: la representación gráfica. La misma es entendida como “*la aptitud que tiene un signo de ser descrito o reproducido en palabras, imágenes, fórmulas u otros soportes, es decir, en algo perceptible para ser captado por el público consumidor.*” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2010).

b) distintivo: en cuanto a la distintividad -elemento necesario de la figura en mención- se la entiende como “*la capacidad que tiene un signo para individualizar, identificar y diferenciar en el mercado los productos o servicios, haciendo posible que el consumidor o usuario los seleccione.*” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2014).

Es decir, la función distintiva del signo es lo que le permite al consumidor identificar el producto que desea adquirir, pudiendo distinguir a este de los demás productos presentes en el mercado. A través de un signo distintivo, el consumidor es capaz de reconocer que dicho signo identifica una bebida específica (por ejemplo, Coca-Cola y su tipografía especial), un determinado fármaco o, a su vez, reconocer su origen empresarial.

Bajo esta línea, un signo distintivo debe cumplir con dos supuestos: representación gráfica y distintividad, y su aplicación en el ámbito comercial. Ahora bien, antes de abordar lo relacionado a las funciones que cumplen los signos distintivos, es preciso mencionar, a modo de explicación, que diversos autores se refieren a estas funciones como las que cumple la figura de la marca, por cuanto el Derecho de Marcas es parte de la categoría de “signos distintivos”. Es por ello que las funciones descritas a continuación corresponden a extractos de obras correspondientes al Derecho Marcarío.

De la simple lectura de los párrafos anteriores, se puede concluir que la principal función de los signos distintivos es la de “distinguir”. En relación a esto, el tratadista Jorge Otamendi, menciona que:

“La verdadera y única función esencial de la marca es distinguir un producto o un servicios de otros. (...) Puesto el producto en el mercado, en su lugar de venta, la marca servirá para que el comprador pueda elegir entre varios o volver a adquirir el mismo productos o servicio que otra vez antes adquirió. La marca permite la distinción entre productos o servicios de una misma especie.” (Otamendi, 2012, p. 3-4).

Sin embargo, si bien la función distintiva es la esencial, los signos distintivos cumplen diferentes funciones en el tráfico comercial. En virtud de su función identificadora, esta figura también actúa como un indicador del origen empresarial de un determinado producto o servicio.

“Frente a ese alto grado de competitividad que rige el mundo empresarial, las compañías han tenido que aprender a diferenciarse a sí mismas, pero en especial a sus bienes y servicios de los de la competencia. (...) En ese sentido, son precisamente las marcas las que constituyen una herramienta fundamental para distinguirse y orientar al consumidor o cliente a identificar lo que él necesita y busca.” (Schmitz, 2012).

De igual forma, la figura del signo distintivo es utilizada como un medio de publicidad, que permite generar un vínculo entre el comerciante, el usuario y su producto. En su libro “Derecho de Marcas”, Jorge Otamendi señala que:

“La marca es el único nexo que existe entre el consumidor del producto o el servicio y su titular. Es a través de la misma que su titular recogerá los beneficios, o no, de su aceptación por parte del público consumidor. (...) En vano serán los esfuerzos para lograr la mejor calidad si el producto o servicio es desconocido.” (Otamendi, 2012, p. 5).

Como se puede observar, en virtud de las funciones que cumple, el signo distintivo puede lograr el posicionamiento y reconocimiento de un determinado

producto o servicio en el mercado, por lo que su uso es un factor económico determinante para cualquier compañía.

2.3. Desarrollo y clasificación de los signos distintivos

Ahora bien, una vez dada una aproximación a la definición y funciones que cumplen los signos distintivos, es preciso mencionar que dentro de esta categoría existen diferentes tipos de signos. El principal signo distintivo es la marca, siendo esta la figura más utilizada en el ejercicio comercial, a través de la cual se identifica y relaciona un determinado producto con la empresa titular de este.

Sin embargo, en virtud del desarrollo del comercio, la industria y el internet, se han creado varias modalidades de signos distintivos que, de igual forma, permiten identificar y distinguir productos y servicios en el mercado.

Dentro de esta clasificación se encuentran los nombres comerciales, lemas comerciales, marcas de certificación, marcas colectivas, denominaciones de origen, entre otros. Cada una de ellas cumple una función específica dentro del comercio, y, además, demanda de una protección especial y diferente. Esto en virtud de que su propio uso y naturaleza así lo demanda. Por ejemplo, el lema comercial, si bien cumple la misma función identificadora y distintiva de la marca, tiene una naturaleza diferente: accesoria, al ser el complemento de una marca.

La Decisión 486 de la Comunidad Andina, señala lo siguiente en su artículo 175: *“Se entiende por lema comercial la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca.”* (Comisión de la Comunidad Andina, 2000). Por lo tanto, en base a su naturaleza, la regulación y protección de este signo difiere de los demás. Lo anterior se ejemplifica con los preceptos legales subsiguientes: *“Artículo 176.- La solicitud de registro de un lema comercial deberá especificar la marca solicitada o registrada con la cual se usará.”* (Comisión de la Comunidad Andina, 2000).

O, a su vez, lo señalado en el artículo 178 de este mismo cuerpo legal: “un lema comercial deberá ser transferido conjuntamente con el signo marcario al cual se asocia y su vigencia estará sujeta a la del signo.” (Comisión de la Comunidad Andina, 2000).

El nombre comercial, por su parte, nace como la figura que identifica un establecimiento comercial. La inclusión de esta figura se da por la intención de otorgarle protección al agente de comercio que ejerce su actividad a través de un determinado nombre. En virtud de que esta actividad no se encuadra propiamente dentro de los supuestos de marca ni dentro de otra figura intelectual, fue necesario otorgar una protección diferenciada que tenga en cuenta su uso y naturaleza.

Lo anterior se ve reflejado en las normas recogidas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante COESC) que manda lo siguiente en su artículo 146:

“El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquirirá por su primer uso en el comercio, público, continuo, de buena fe y siempre que no vulnere derechos prioritarios debidamente constituidos en el país (...) En cualquier caso en que se alegue o se pretendiere reconocer el derecho exclusivo sobre un nombre comercial, se deberá probar su uso público, continuo y de buena fe, al menos dentro de los seis meses anteriores a dicha alegación o pretensión.” (COESC, 2016).

Como se puede observar, la protección del nombre comercial nace desde el primer uso en el comercio. Es decir, a esta figura no se exige *per se* su registro, el cual es un requisito indispensable para la protección de una marca.

En este sentido, tal y como se puede observar, se han creado diferentes figuras intelectuales que cumplen la función de un signo distintivo en el mercado. Sin embargo, cada una de estas variantes tiene su propia regulación, en virtud de que estas demandan una protección especial, ya sea por su uso en el ejercicio

comercial o la naturaleza de las mismas, que difiere respecto de un signo y el otro.

A modo de conclusión, resulta evidente que el Derecho de Propiedad Intelectual se ha visto en la necesidad de evolucionar frente a las nuevas demandas de protección que exige el comercio. Esta rama del Derecho se ve en la obligación de actualizarse y dinamizar su regulación con el fin de no dejar sin protección a las nuevas creaciones intelectuales que tienen lugar por el desarrollo del comercio en todos sus ámbitos.

3. CAPÍTULO III. FIGURAS *SUI GENERIS* QUE SURGEN POR EL USO DE LAS REDES SOCIALES

3.1. Las redes sociales y su impacto comercial

El Internet es la red a través de la cual se ha dado paso a la creación de nuevos conceptos, figuras y modelos de comunicación, al ser este el principal transporte de la información en la actualidad. *“La evolución de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) ha favorecido la presencia de nuevas herramientas en Internet, representadas principalmente por la existencia de espacios abiertos de comunicación e interacción.”* (Rico, 2012, p. 331).

Una de las grandes novedades que surgen por el desarrollo del Internet son las redes sociales, cuyo uso persigue un fin: la comunicación.

“Las redes sociales son un nuevo medio de comunicación (...) busca encontrar personas que mantienen intereses comunes, de amistad, trabajo o de otro tipo, y mantener entre ellas un contacto en un espacio creado generalmente por un tercero a tal fin y vinculado a través del Internet.” (Fernández, 2014, p. 42).

De lo citado se desprende que la interacción de los usuarios es el fin primordial que persiguen las redes sociales. Es decir, el intercambio de información creando medios de comunicación rápidos y eficaces.

En este sentido, y como primera impresión, se tiene que el uso de las redes sociales corresponde a un aspecto positivo en el desarrollo de los diferentes ámbitos en la sociedad, más aun dentro de la tan conocida “sociedad de la información”. Es por ello que diversos autores coinciden en llamarlas “Redes Sociales Informativas” (RSI).

Sin embargo, en virtud de la magnitud y aceptación de estas nuevas redes de interacción, las mismas se han convertido en el medio idóneo para generar tendencia respecto de cualquier tema, producto, etc.

“El éxito de las RRSS se basa en el intercambio de informaciones y la interacción entre personas, empresas e instituciones a quienes pueden unir amistad, problemas, relaciones comerciales, realización de actividades o eventos, tanto dentro como fuera de la Red, y se ha caracterizado desde un principio por su gran viralidad, su constante crecimiento y la generalización.” (Sanjurjo, 2015, p.75).

Es por ello que las redes sociales corresponden a una herramienta que no solo facilitan las relaciones personales, sino también las comerciales.

“Sin embargo, en la actualidad se ha convertido en un medio de especial interés para que las empresas puedan comunicar determinadas ofertas, resolver las dudas de sus clientes y potenciales clientes, prestar atención a las quejas y sugerencias, e incluso llevar a cabo originales campañas de marketing para tratar de movilizar a sus clientes y usuarios registrados.” (Gomez y Otero, 2013, p. 163).

En este sentido, las plataformas virtuales se han convertido en el escenario donde actualmente se desarrollan las relaciones comerciales. De ahí tiene lugar a lo que hoy se conoce como comercio electrónico.

La autora Mariliana Rico, lo define como: “(...) se entiende por comercio electrónico al realizado a través de redes (abiertas o cerradas) mediante la relación entre oferta y demanda, empleando herramientas electrónicas y de telecomunicaciones.” (Rico, 2007, p. 402).

De lo anterior se colige que el Internet y sus herramientas se han convertido en elementos esenciales del comercio en este nuevo modelo de sociedad. Y en cuanto a las actividades comerciales, las redes sociales se han convertido en el escenario ideal para la comercialización y oferta de productos y servicios. A través de las mismas, los usuarios ya no solo tienen acceso a una “comunicación informativa”, sino que también se entablan relaciones o comunicaciones comerciales.

La legislación española, mediante su Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, ha definido a esta forma de comunicación de la siguiente manera: “*La comunicación comercial es toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.*” (Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, 2002).

Es así que “*El consumidor tradicional ha sido remplazado por el nuevo consumidor de la Web 2.0., o “prosumidor”, que consume y genera contenidos propios, esto es, opiniones, comentarios o críticas que puedan afectar intereses personales o corporativos*” (Tomeo, 2014, p.44).

Ahora bien, las redes sociales se han convertido en el escenario perfecto para el intercambio de información y en el medio comercial idóneo. Sin embargo, su uso conlleva un cierto desafío en relación a ciertos derechos.

“El ejercicio de algunos de estos derechos en las redes sociales en Internet plantea toda una serie de incertidumbres y desafíos, en particular en lo que se refiere a la protección del honor, la intimidad y la imagen de las personas, la libertad de expresión, el derecho a la información y la protección de la propiedad intelectual.” (Rico, 2012, p. 332).

De la lectura de lo citado, se tiene que en las redes sociales se puede dar la vulneración de varios derechos en virtud de la “libertad de expresión” que se profesa en la red.

En relación a la Propiedad Intelectual, este principio reconocido que ampara a los usuarios cibernautas convierte a las redes sociales en una herramienta que conllevaría la vulneración de los derechos intelectuales, cuando no es bien manejada. Lo anterior en virtud de que en base a este principio, se puede llegar a justificar la difusión de ideas, pensamientos y opiniones que corresponden a un tercero.

El uso desmesurado y no controlado de las redes sociales puede resultar en graves vulneraciones de los derechos de terceros. Este tema ha sido ampliamente discutido por los órganos de control competentes en la materia, quienes han emitido la regulación e informes necesarios para contrarrestar, de cierta manera, la difusión no autorizada de obras audiovisuales, el uso de textos sin citar a su autor, la violación de la intimidad de las personas a través de etiquetas en fotos, entre otros.

Lo anterior se ve reflejado, por ejemplo, en la “Recomendación conjunta relativa a las disposiciones sobre la protección de las marcas, y otros derechos de propiedad industrial sobre signos, en Internet” adoptada por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

En esta recomendación se establecen ciertas medidas respecto del uso de marcas en Internet, con el fin de evitar que el mismo suponga una vulneración a los derechos intelectuales. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2001)

Por otro lado, el desarrollo de las redes sociales en relación a la propiedad intelectual presenta otro desafío: la falta de protección a figuras que lo demandan. La mente del ser humano es una fuente inagotable de conocimiento, que da lugar a la creación infinita de nuevas figuras, pensamientos, ideas, etc. Ahora bien, la creatividad del ser humano encuentra su máximo desarrollo a la luz del comercio. Y, sin lugar a dudas, el Internet ha sido una herramienta que ha potenciado este ingenio, a través de la creación de nuevas figuras.

Y estas son, precisamente, las figuras *sui generis* que tienen lugar por el uso de las redes sociales, las cuales figuras son ampliamente utilizadas para expresar ideas, crear tendencias, como elementos publicitarios, entre otros. En el plano comercial, las figuras de las redes sociales se han convertido en las principales herramientas de las empresas para comercializar y posicionar sus productos ya no a nivel local, sino de manera internacional.

Sin embargo, las Entidades competentes y las redes sociales del Internet se han centrado solo en manejar la situación desde el punto de vista de que la actividad en Internet no se traduzca en una afectación de los derechos de terceros. Un claro ejemplo de esto es lo que la red social Twitter adoptó como medio de protección a los derechos de los titulares de marcas, quien es sus políticas establece lo siguiente: *“Si usa una marca comercial ajena de modo tal que pueda engañar o confundir a otros en cuanto a la afiliación de su marca con dicha marca comercial, podría incurrir en un incumplimiento de nuestra política de marcas comerciales.”* (Twitter, s.f.).

A través de la adopción de estas políticas, lo que se pretende es evitar el uso indebido de signos exclusivos de un tercero. Pero, lo que se debe tener en

cuenta es que en la actualidad hay nuevas figuras que demandan protección, en virtud de las funciones que estas cumplen en las redes sociales y su naturaleza. *“Las tecnologías de los medios sociales y su desarrollo a veces parecen ser siempre cambiantes, y las directrices sobre el uso adecuado de la propiedad intelectual en las redes sociales necesitan una constante actualización y adaptación.”* (Penner y Holbeche, 2015).

Es decir, es necesaria la actuación por parte de la Propiedad Intelectual, ya no solo como el ente defensor de los derechos de los titulares de marca, sino como la rama del Derecho que garantiza la protección de las creaciones. Esto se da a través de la adopción de mecanismos de protección frente a nuevas modalidades que cumplen una función distintiva en el mercado cibernauta.

3.2. Las figuras *sui generis* en el espacio cibernauta: los *hashtags* como una de las herramientas del mercado digital

Dando continuidad a lo mencionado en el acápite anterior, el uso de las redes sociales ha dado paso a la creación de diferentes figuras que generan mayor facilidad en la comunicación de sus usuarios. Uno de estos nuevos elementos corresponde al conocido *“hashtag”*. Es importante, en primer lugar, abordar la figura del *hashtag*, su definición, origen, desarrollo y particularidades, con el fin de entender porque estas figuras ameritan protección intelectual, al ser considerados en el mercado como una figura que cumple una función distintiva.

El anglicismo *hashtag* carece de definición en el idioma español. Sin embargo, para efectos de entender de mejor manera a esta figura del Internet, es necesario considerar el significado que el Diccionario Virtual “Merrien Webster”, correspondiente a la reconocida editorial estadounidense que publica libros de referencia, que define al *hashtag* como: *“una palabra o frase precedida por el símbolo # que clasifica o categoriza el texto que lo acompaña (como un tweet)”*. (Diccionario Virtual “Merrien Webster”, 2018). A esta palabra también se la conoce como “etiqueta” o “almohadilla”.

El *hashtag* es una de las herramientas más utilizadas en las redes sociales. “Un *hashtag* es una palabra que hace referencia a un tema de interés y que se precede de una almohadilla (#) con la intención de destacar, diferenciar o agrupar comentarios en Twitter sobre dicho tema.” (Sanjurjo, 2015, p. 95).

Ahora bien, tal y como se colige de las líneas anteriores, el origen de esta figura virtual se da –precisamente- en una red social:

“El # apareció en Twitter un año después del lanzamiento de la plataforma. Propuesto por un tecnólogo con sede en San Francisco, Chris Messina (también conocido como "Factory Joe") hizo la idea conocida a través de su página de blog y, por supuesto, como un Tweet. #barcamp se convirtió en el primer hashtag en aparecer en Twitter.” (Salazar, 2017).

Twitter es la plataforma que más utiliza esta figura, en virtud del contenido que en esta red social se comparte, esto es, información social, cultural, política, referente a varios temas de gran importancia. Sin embargo, otras redes sociales populares, como Facebook o Instagram, han adoptado el *hashtag* ya no solo como un mecanismo de “clasificación de la información”, tal y como en un principio lo hacía Twitter, sino como un acceso rápido para viralizar y posicionar cierto contenido.

“A partir de septiembre de 2015, el hashtag se ha infiltrado en la mayoría de las avenidas tecnológicas de comunicación. Apareciendo por primera vez en Twitter en 2007, los hashtags se muestran de manera prominente en casi todos los lados. Se han mudado de su lugar de nacimiento: Twitter (#barcamp) a Instagram (#OOTD), Facebook (#blacklivesmatter) y prácticamente a todas las redes sociales.” (Falconer, 2016).

Esta figura novedosa del Internet presenta ciertas particularidades que forman parte de su naturaleza y han permitido posicionarla como uno de los elementos

más utilizados en redes sociales. Entre las diferentes singularidades del *hashtag*, está el uso del símbolo “#”, el cual antecede a la palabra que se pretende utilizar.

Mediante este formato, es decir: (símbolo “#” + palabra), se realiza una categorización que permite clasificar toda la información en relación a la palabra o frase utilizada, y, a su vez, permite al usuario encontrar el contenido que se busca en la red.

A modo de ejemplo, al utilizar el *hashtag* #VictoriaSecret, automáticamente se crea una especie de vínculo a la información presente en la una determinada red social respecto de ese tópico. Lo anterior da lugar a que se cree toda una red de comunicación entre diferentes usuarios que pueden intercambiar información, respecto de un tema específico o, a su vez, que se encuentre contenido respecto de la marca y productos de “Victoria Secret”.

Esta herramienta ha sido ampliamente usada por los usuarios de la Red para compartir información social, cultural, posicionar temas de alto interés, entre otros, convirtiéndose de esta manera en una pieza fundamental en la comunicación. Lo anterior en virtud de que, a través de un *hashtag*, se logra encontrar información de manera más rápida en la red.

Y en relación a esto, otra de las ventajas principales del “etiquetado” a través del *hashtag* es que la información obtenida es clasificada y así el usuario al tipear una palabra determinada, solo encontrará lo referente a dicho tema. Una “etiqueta” permite crear una red de comunicación, mediante la cual los usuarios, a nivel mundial, pueden opinar, intercambiar ideas, respecto de un tópico.

Y es precisamente por la función comunicativa que el *hashtag* se ha convertido en un elemento principal del marketing de una empresa. Además, al ser la web la plaza en la que tienen lugar un sinnúmero de actividades comerciales, hoy por hoy, los *hashtags* cumplen una función comercial.

“Los hashtags también promueven la publicidad de marcas o contenidos como una maniobra publicitaria de empresas o eventos creando un grupo de seguidores. E incluso se utilizan ya fuera de Twitter para remarcar ideas modificando la forma de escribir en otras redes sociales con la misma finalidad de destacar un concepto o un tema colocando la almohadilla delante de la palabra clave.” (Sanjurjo, 2015, p. 96).

Estos han sido utilizados para identificar campañas publicitarias, distinguir ciertos productos en una red social, publicitar determinados servicios, entre otros. A pesar, de que esta figura nace con el fin de cumplir una función informativa, en la actualidad, sus funciones se han ampliado y ahora el *hashtag* se emplea en el ámbito comercial. Diferentes empresas y usuarios utilizan esta figura como el mecanismo por el cual los usuarios puedan acceder a la información respecto de sus productos o servicios, publicitar a los mismos o, aún mejor, adquirirlos directamente desde el link que está identificado con un *hashtag* en su perfil de una red social determinada.

Por lo tanto, en este punto, es importante considerar otra de las particularidades del *hashtag*. Estas figuras se producen diariamente en gran medida, al no ser necesario el cumplimiento de ninguna formalidad ni autorización para su uso. Los cibernautas pueden crear, en base a su ingenio, cualquier frase o palabra para identificar la información o contenido que desean compartir.

Además, en las redes sociales se puede medir la cantidad de personas que están hablando de un determinado tema a través del uso del *hashtag*. Esto es lo que se conoce como “Tendencia” en las redes sociales.

“Las etiquetas (hashtag) y palabras clave que más se citan en los tweets publicados en un momento dado definen los “temas de moda” (trending topic), que lógicamente van variando a lo largo del día, y que además también dependen de la zona geográfica seleccionada.” (Gómez y Otero, 2013, p. 32).

Es decir, mientras más personas comparten contenido utilizando un determinado *hashtag*, este se posicionará como un tema de gran relevancia en la red social que se está utilizando, dando lugar a que dicho contenido o información se propague rápidamente alrededor del mundo. Es por ello que el mismo resulta tan útil en la actividad comercial, al ser un medidor del impacto que un producto -por ejemplo- causa en el mercado.

De esta manera, el uso de *hashtags* en las publicaciones de las páginas sociales de las empresas da lugar a una mejor interacción de esta con su público consumidor, quien a través del mismo, asocia dicha información con el producto que se pretende comercializar. Por lo expuesto, los *hashtags* han cambiado el escenario en el consumo y publicidad de los productos y servicios, en virtud de que existe un mayor acercamiento con el consumidor, puesto que el uso de frases y palabras creativas, relacionadas a la marca, permiten que este asocie e identifique un producto o servicios mediante ese *hashtag*.

4. CAPÍTULO IV. PROTECCIÓN INTELECTUAL A LAS NUEVAS FIGURAS QUE SURGEN POR EL USO DE LAS REDES SOCIALES

4.1. Introducción

Como figura de una red en donde la libertad es un principio fundamental, resultaría poco posible la apropiación exclusiva de una figura como el *hashtag*. Además, como primera impresión se tiene que esto supondría una especie de monopolio, atentando al libre comercio. Sin embargo, la protección intelectual del *hashtag* se traduce en dos supuestos: 1. El reconocimiento del derecho que tiene su creador respecto de su creación, y 2. La posibilidad de impedir que un tercero saque provecho injustamente de una creación ajena.

Si bien estas figuras cumplen -generalmente- una función informativa creando redes de conversación a nivel mundial, con el apogeo de la Red como medio comercial, en la actualidad estas son comúnmente utilizadas para la promoción de productos. Y es aquí donde surge el problema: supone un claro

aprovechamiento de una creación ajena en el caso de que un tercero utilice - con un fin comercial- un *hashtag* creado por una empresa/persona como identificador de sus productos en el mercado cibernauta.

“La creación es consustancial a la persona (habría autores con o sin ley de propiedad intelectual), pero para asegurar que quienes han invertido (creación, esfuerzo, tiempo, dinero, etc.) en tal creación van a poder obtener algún beneficio en el mercado, a cambio de tal inversión, es necesario una ley que asegure unas mínimas condiciones de explotación en un mercado en “justa” competencia.” (Xalabarder, 2010, p. 335-336).

Sin embargo, en la actualidad, la situación planteada no supone una violación a un derecho, ni la falta de este, puesto que dicho *hashtag* no tiene protección alguna, salvo que el mismo esté registrado como marca. Lo anterior da lugar a una suerte de indefensión a los creadores de estas figuras, quienes se valen de frases y palabras plasmados en *hashtags*, que a la final cumplen la misma función que sus registros marcarios, esto es, identificar y distinguir un determinado producto o servicio en el mercado.

Por otro lado, los *hashtags* son creaciones que nacen del intelecto humano, se utilizan en el plano comercial, tienen representación gráfica y, finalmente, distinguen e identifican productos y servicios en el mercado. Es decir, se cumplen todas y cada una de los supuestos necesarios para identificarlo como signo distintivo. Por lo tanto, el negar su protección supondría un desconocimiento a la titularidad que ejerce su creador sobre estas nuevas figuras, y los posibles derechos que este tendría para defender sus creaciones frente a terceros.

En este punto, resulta necesario enfatizar en una premisa real: la Propiedad Intelectual está llamada a ser una rama dinámica del Derecho. Esta se encuentra en la obligación de responder frente a las nuevas demandas que se dan en la sociedad, así como lo ha venido haciendo con temas novedosos,

como los nombres de dominio, entre otros, cumpliendo así uno de sus objetivos: proteger las creaciones.

“El término de propiedad intelectual combina el concepto de creatividad privada y el concepto de protección pública de los resultados de esa creatividad. Dicho de otra manera, invención y expresión creativa mas protección es igual a propiedad intelectual.” (Sherwood, 1990, p.24).

La rigidez del Derecho de Propiedad Intelectual resultaría en una afectación al reconocimiento de un derecho y, consecuentemente, una vulneración de estos, frente a nuevas figuras que surgen por el desarrollo del comercio y el Internet, como, en este caso, los *hashtags*. *“El desarrollo de la protección adecuada requiere, en consecuencia, la adaptación de los instrumentos existentes de propiedad intelectual y/o el desarrollo de nuevos tipos de derechos de propiedad intelectual.”* (UNESCO, 2001).

Es decir, la inactividad de esta parte de Derecho, que se traduce en la falta de protección, puede conllevar distintos escenarios que suponen una vulneración o desconocimiento de derechos.

Lo anterior se ve reflejado en el caso EKSOUZIAN vs. ALBANESE. Este caso versa sobre el uso de un *hashtag* por parte de una de las empresas, quien mediante la suscripción de un acuerdo, había convenido no utilizar la marca “CLOUD” en conjunto con las palabras “pen” o “penz”. Sin embargo, la parte demandada, en sus redes sociales, utilizó la etiqueta #cloudpen para promocionar sus productos. (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Central de California, 2015)

En este caso, una Corte de los Estados Unidos de America tuvo que resolver esta dispuesta, considerando que tipo de protección y calidad se le podía dar a los *hashtag* en relación a un conflicto de Propiedad Intelectual. Es así que la Corte decidió considerar que estas herramientas del Internet son “figuras meramente descriptivas, y no signos distintivos”. En este sentido, la parte demandada pudo seguir utilizando el *hashtag* #cloudpen, aun cuando este uso

afecta al consumidor y vulnera los derechos de la otra parte, quien es la legítima propietaria de la marca “CLOUD PENZ”.

A través de este fallo, se evidencia la necesidad de regulación, o al menos, aclaración, respecto de que tipo de figura es un *hashtag*, y que tipo de protección se le puede dar a esta. Sin embargo, es importante considerar que los principios y formalidades tradicionales que se han aplicado a las figuras intelectuales ya existentes resultan insuficientes para la protección de las nuevas figuras.

4.2. El *hashtag* como signo distintivo: función distintiva e identificadora de productos y servicios

Los signos distintivos se utilizan dentro de un escenario en específico: el comercial. Estos cumplen la función de identificar y distinguir productos y servicios en el mercado. “(...) *el signo distintivo identifica la fuente, distingue, diferencia el producto, indica una calidad determinada y estos son sus verdaderos valores.*” (Corral, 2016, p.37).

Ahora bien, en relación a estos signos distintivos, es importante considerar la forma en la que el consumidor aprecia a los mismos en el mercado. Esto determina si dicho signo está cumpliendo con el fin que persigue: distinguir e identificar. Por otro lado, hay que considerar la materialidad del signo, esto es, su representación gráfica.

En este sentido, en virtud de la función que cumple en redes sociales, el *hashtag* se puede considerar un signo distintivo, al ser una herramienta que permite identificar determinado contenido en la red y está dotado de materialidad en las diferentes plataformas virtuales.

Las figuras en el Internet, como los *hashtags*, nacen como herramientas de búsquedas o como elementos para expresar ideas o comentarios. Pero, en la actualidad, las empresas crean un vínculo con el consumidor, a través de esta

figura, al ser este un medio de interacción entre ambos. Y esta es precisamente la parte determinante al momento de considerar si un *hashtag* corresponde a un signo distintivo o no, en cuanto el mismo puede ser visto como tal respecto de la forma en la que es percibido por el consumidor.

Los titulares de marcas realizan campañas publicitarias en las redes sociales. Estos utilizan frases llamativas que impacten en la mente del consumidor, creando nuevos elementos publicitarios, que nacen como producto de su ingenio y creatividad para clasificar información en base a su marca, acercarla al consumidor, y así posicionar sus productos y servicios en el mercado. Esto lo hacen a través del uso de los *hashtags*.

A modo de citar un ejemplo, los equipos de fútbol identificados con marcas registradas, utilizan ciertas frases, como *hashtags*, para identificar los partidos que se jugarán en una temporada específica, vender los productos relacionadas a esta temporada, o crear una red de aficionados. En este caso, el usuario reconoce y asocia que dicho *hashtag* identifica a ese equipo de fútbol.

En otras palabras, los *hashtags* identifican y distinguen a determinadas marcas en el mercado, dando paso a que se forme toda una red de contenido relacionado a dicha marca. Por lo que, de la forma en la que el consumidor percibe el *hashtag*, es decir, como un elemento relacionado a una marca y que permite identificarla, entonces se podría afirmar que este cumple una función distintiva.

De esta manera, se logra encuadrar las funciones de los *hashtags* en los dos supuestos relacionados a los signos distintivos: representación gráfica y aptitud distintiva.

Ahora, si bien en un principio se podría dar como respuesta “eficaz” que estas frases pueden protegerse mediante la figura de derecho de autor, hay que considerar que las mismas ciertas particularidades que la sitúan dentro de la

Propiedad Industrial. En este sentido, es importante recordar que: “*Los derechos de autor son una serie de títulos de propiedad inmaterial que otorgan monopolios sobre creaciones artísticas.*” (Arrabal, 2000, p. 79) (El subrayado me pertenece)

Estas nuevas creaciones se dan en el ámbito comercial, al estar ligadas a la comercialización y publicidad de un determinado producto o servicio. Y esto es lo que permite encuadrar a la figura del *hashtag* dentro de los signos distintivos. El *hashtag* corresponde a una nueva técnica de *marketing*, que nace como una respuesta al apogeo de la era tecnológica.

Esta herramienta resulta clave en el desarrollo comercial de una empresa, ya que, gracias a la rápida propagación del contenido identificado con un *hashtag*, este permite crear tendencia respecto de un producto o servicio y, consecuentemente, posicionar una marca en el mercado.

En relación a lo dicho, se podría afirmar que los *hashtags* tienen una naturaleza accesoria, como los lemas comerciales, al ser elementos que identifican y acompañan a figuras marcarias en el Internet. Es decir, a través de un *hashtag* se crea una cultura alrededor de una marca, permitiendo que el consumidor identifique y distinga cierto contenido, y lo relacione con determinada marca, cumpliendo así la función de un signo distintivo.

“Los propietarios de marcas registradas a menudo usan sus marcas en conjunción con hashtags en contextos de redes sociales con fines publicitarios. Al hacerlo, convierte la marca comercial en un tema categórico que invita al mercado de las redes sociales a comentar y compartir.” (Butwin, 2016).

Respecto de lo anterior, la Organización Internacional de Marcas (INTA, por sus siglas en inglés), ha señalado que: “*Los hashtags de redes sociales se han convertido rápidamente en herramientas de conversación y marketing ubicuas*

que han transformado para siempre la forma en que las empresas y los consumidores interactúan.” (Organización Internacional de Marcas, 2018).

Por lo expuesto, estas figuras en el Internet deben ser protegidas a través del Derecho de Propiedad Intelectual, al ser estas creaciones que nacen como producto del ingenio de su creador. Además, es oportuno acotar que en la mayoría de países existe al menos un *hashtag* registrado. De esta manera, los organismos competente de Propiedad Intelectual en los diferentes Estados han reconocido, de forma tácita, que el *hashtag* cumple con los requisitos necesarios para ser considerado como un signo distintivo y, consecuentemente, ser protegido como tal. Sin embargo, por su naturaleza y particularidades, estas figuras *sui generis* demandan una protección especial.

Ahora, si bien existe una disyuntiva respecto de la protección de estas nuevas figuras en el Internet, lo que si resulta claro es que, en cuanto a lo planteado, las mismas pueden encuadrarse dentro del grupo de signos distintivos. Por lo tanto, su protección atiende a la naturaleza de esta clasificación de la Propiedad Intelectual.

4.3. Protección especial a estas figuras *sui generis*

Ahora bien, resultaría poco viable exigir que estas figuras *sui generis* se limiten a los principios tradicionales de la Propiedad Intelectual y, peor aún, que cumplan con las formalidades ya existentes para una posible protección.

Sin embargo, frente a la falta de legislación, la mayoría de titulares, con el fin de proteger sus creaciones, han optado por registrar los *hashtags* que crean a través de la figura de la “marca”. Pero este procedimiento resulta poco viable, tal y como se demostrará en líneas posteriores. La Autora Alexandra J. Roberts (2016) hace referencia a lo dicho en su obra “Tagmarks”, siendo este el nombre con el que identifica a los *hashtags* como un tipo de signo distintivo.

En dicha obra, la Autora señala que la Oficina de Marcas y Patentes de los Estados Unidos, mediante su informe emitido en relación a los estas figuras, *“ignora las formas en que el uso de tagmarks (hashtags) a menudo difiere del uso de marcas que no son hashtags, haciendo que los principios tradicionales sean menos útiles.”* (Roberts, 2016) (Paréntesis fuera de texto)

Esto en virtud de que las mismas tienen ciertas particularidades, y se presentan en diferentes escenarios y bajo nuevos conceptos. Haciendo referencia al tema del presente trabajo, en cuando a los *hashtags*, estos, sin lugar a duda, demandan una protección especial.

En su obra “Internet y Derechos de Autor”, el autor Agustín Grijalva se pronuncia respecto de la ineficacia que supone la aplicación de la normativa tradicional a la solución de las nuevas demandas que surgen en relación a la Propiedad Intelectual en el Internet. Si bien dicho autor se pronuncia en base a los Derechos de Autor, este comentario es completamente aplicable en cuanto a los desafíos relacionados a la Propiedad Industrial:

“Estas respuestas, empero, no atienden al centro del problema (...) Se pretende forzar a instituciones jurídicas diseñadas para la información analógica y aplicarlas a la información digital. El resultado es, con frecuencia, la inaplicabilidad o distorsión de tales instituciones. Es necesario entonces rediseñar o crear instituciones jurídicas (...)” (Grijalva, 2001, p. 474).

Los *hashtags*, como ya se lo dijo, son figuras que se producen en gran cantidad. Y esta es una de sus principales características: producción masiva. Es decir, las empresas que publicitan en la red no se valen del uso de un solo *hashtag*. Por el contrario, en virtud de que los mismos se utilizan para posicionar y viralizar contenido en la red, las empresas y usuarios utilizan un sinnúmero de frases y palabras interpuestas con el símbolo “#” para así lograr impactar en la mente del consumidor.

Adicionalmente, como otra de sus características, los *hashtags* tienen cierta temporalidad. Estos están presentes por un período corto de tiempo en las redes sociales, ya que por la facilidad en su creación y el dinamismo del Internet, las empresas cambian constantemente de frases publicitarias según el contenido que desean compartir.

Y, por último, en relación a los *hashtags*, es necesario considerar el espacio en el que estos se desarrollan, esto es, las redes sociales y, consecuentemente, el Internet. Por lo tanto, en este punto, el principio de territorialidad dentro de la Propiedad Intelectual se ve afectado, puesto que el uso de un *hashtag* rompe fronteras, al tratarse de una figura que, en una red abierta como el Internet, se propaga a gran velocidad, a diferentes partes del mundo.

“Muchas de las comunicaciones que se transmiten a través de la red carecen de vínculos que permitan ubicarlas en algún lugar físico, razón por la cual la única ubicación reconocible para las mismas es en la red y, por lo tanto, son fenómenos no localizables. Pueden ser utilizables por más de un consumidor al mismo tiempo y en diferentes lugares.”
(Silberleib, 2001).

La respuesta que se ha dado a la posibilidad de protección del *hashtag* es mediante la figura de la marca. Sin embargo, esto implica el cumplimiento de varias formalidades que van en contra de la naturaleza de esta figura del Internet. Por ejemplo, el requisito de registrabilidad es indispensable para ejercer titularidad sobre una marca.

“Para obtener la debida protección jurídica sobre los derechos de propiedad industrial citados, es imprescindible un registro previo a través de un procedimiento de concesión ante un órgano administrativo. Es en este procedimiento en el que se produce un examen de oficio de cumplimiento de los requisitos que se establece en cada una de las normas específicas que los regulan. Igualmente, es imprescindible el

abono de una tasa, tanto para su registro como para su renovación.”
(Alvarez y San Jose, 2012, p. 169).

Por lo que, para proteger un *hashtag* como marca, es necesario el registro del mismo. Sin embargo, esta formalidad no solo supone un costo económico, sino que, además, el registro de una marca toma demasiado tiempo, en virtud del proceso que se debe cumplir. Adicionalmente, dicho registro está directamente relacionado al principio de territorialidad, por lo que la registrabilidad del mismo se daría en una circunscripción geográfica determinada.

Todo lo anterior afecta la naturaleza del *hashtag*. La producción masiva de estas figuras implicaría que –a modo de citar un ejemplo- una empresa que utiliza varias frases publicitarias identificadas con un *hashtag*, deberá registrar todas estas, y en diferentes países, lo cual se traduce en una alta inversión económica. Además, hasta que se cumpla el proceso necesario para el registro del mismo, tal vez esa frase o palabra identificada mediante un *hashtag* ya dejó de ser utilizado por su titular.

Ahora bien, se podría afirmar, por otro lado, que una forma viable de extender la protección de esta figura es por medio de la notoriedad. Es decir, el *hashtag* utilizado por una marca notoria está automáticamente protegido, en virtud de la protección especial que tienen los signos notorios en el mercado.

Sin embargo, muchos de los *hashtags* utilizados por marcas reconocidas no utilizan su marca en la conformación de la frase publicitaria identificada con el *hashtag*. Por el contrario, las empresas se valen de frases o palabras diferentes y creativas, buscando que el consumidor se identifique con estas, las asocie con sus productos y servicios, y así crear tendencia en las redes sociales, viralizar este contenido alrededor del mundo y, consecuentemente, posicionar sus productos en el mercado.

Además, considerar la notoriedad de una marca como mecanismo para la protección de sus *hashtags* se traduce en una especie de discriminación a las

empresas y personas titulares de marcas no notorias, quienes no tendrían mecanismo alguno para alegar un derecho frente a las creaciones identificadas en la Red a través de los *hashtags*.

En virtud de lo expuesto, se concluye que si bien es necesaria la protección de estas figuras, esta debe atender a sus particularidades, de lo contrario, su protección es ineficaz.

Ahora bien, como se mencionó al iniciar el presente acápite, una protección de estas figuras, se traduce en la apropiación exclusiva de la misma. Esto, a primera vista, resulta inadmisibles en una red como el Internet, y sus redes sociales, ya que se plantea una limitación de las herramientas que están a disponibilidad de los usuarios.

Sin embargo, frente a esta preocupación, es oportuno traer a colación la figura del “*fair use*” (uso justo, por su traducción al español). En relación al uso de signos distintivos, varias legislaciones y tratadistas han adoptado la figura del “*fair use*” como el medio que permite que terceros puedan utilizar un signo ajeno. El INTA ha identificado dos formas de “*fair use*”. Una de ellas es el “*Nominative fair use*”, que hace referencia al uso de una marca ajena por parte de un tercero, cuando dicho uso se hace para identificar los bienes y servicios comercializados por el titular de dicha marca. (International Trademark Association, 2018).

Lo anterior corresponde a un uso NO comercial de dicho signo, ya que su uso se da en el plano informativo del propio signo, y en ningún momento supone el aprovechamiento injusto de este, ni se pretende engañar al consumidor. Lo mismo sucede en el caso de los *hashtags*. A través de la protección de estos, no se está coartando la libertad de los cibernautas de emitir un comentarios, opiniones bajo el uso de estas herramientas, siempre y cuando los mismos persigan un fin informativo.

“Usar un hashtag con una marca registrada en una red social puede o no constituir una infracción. Como se mencionó, cuando un un tercero no autorizado usa una marca registrada como un hashtag, y el hashtag tiene el efecto de identificar erróneamente la fuente de los bienes o servicios, dicho hashtag probablemente infringe la marca registrada exclusiva del registrante derechos.” (Butwin, 2016).

Lo que se busca con la protección del *hashtag* es el reconocimiento de un derecho a su creador y, consecuentemente, evitar que un tercero saque provecho injusto de una creación ajena en el plano comercial. Tal y como se mencionó al inicio del presente trabajo, no se puede alegar el ejercicio de ciertos derechos, como el de la libertad de expresión en el Internet, como justificativo para vulnerar derechos de terceros. En palabras del autor Tomeo:

“Estos hechos conllevan un importante avance en el entendimiento para la búsqueda de soluciones concretas a una problemática que requiere, tal como manifestamos al inicio, de un punto de equilibrio entre los intereses en juego y dos derechos esenciales del hombre: el derecho a la libertad de expresión (intercambio de contenidos y cultura libre) y el derecho de propiedad.” (Tomeo, 2014, p. 203).

En este sentido, atenta contra el fin que persigue la Propiedad el desconocer la calidad de creación a este tipo de figuras presentes en el Internet, y, consecuentemente, impedir que su creador ejerza un tipo de titularidad sobre estas.

Es importante insistir en que la protección de un *hashtag*, en atención a su naturaleza, no conlleva la prohibición de uso por parte de los demás usuarios. Lo que se pretende es el reconocimiento de un derecho a sus titulares, y que se de paso a un sistema de protección especial en el que se tomen en cuenta las particularidades que estas figuras presentan. Lo anterior como una respuesta eficaz por parte de una rama del Derecho, la cual se encuentra en la obligación de evolucionar.

5. CONCLUSIONES

Los avances tecnológicos, así como el advenimiento del Internet, se han convertido en el motor principal del desarrollo de la sociedad actual. No solo ha modificado la convivencia social, sino que además ha dado paso a nuevos contextos en el que el Derecho juega un papel determinante como ente rector, sobre todo en el plano comercial.

El Derecho de Propiedad Intelectual, al ser una rama moderna del Derecho Comercial, se ha visto directamente afectada por la tan conocida revolución tecnológica. Sus figuras tradicionales, así como sus principios y forma de operar, se enfrentan a ciertos desafíos y escenarios que les plantea la nueva sociedad de la información. En virtud de lo anterior, esta rama se ha visto en la necesidad de evolucionar, con el fin de cumplir con sus objetivos en el intento de defender y proteger las creaciones e innovaciones que se dan tanto en el plano artístico, industrial, comercial, entre otros.

De lo contrario, la estaticidad por parte de esta rama del Derecho se traduce en la vulneración y desprotección de ciertos derechos. El Internet, y sus herramientas, han revolucionado a la Propiedad Intelectual, dando paso a plataformas en los que se desarrollan nuevas figuras que, por su naturaleza, se adecuan a los supuestos de figuras intelectuales y demandan cierto tipo de protección.

Entre estas se encuentra el *hashtag*, que corresponde a una creación publicitaria por parte de una empresa para la promoción de su marca, sus productos o servicios. Estos elementos van adquiriendo distintividad en el mercado virtual, por lo que su uso y función invitan a pensar en la posibilidad de que estas figuras formen parte del grupo de signos distintivos dentro de la Propiedad Intelectual y, consecuentemente, demanden protección con el fin de contrarrestar afectaciones en el plano comercial.

Dado que los *hashtags* se producen de manera masiva, se utilizan por un período corto de tiempo, el cual puede variar de una semana, un mes, una temporada, entre otros, y se dan en un escenario que rompe barreras de territorialidad, no sería viable comercial ni jurídicamente exigir el cumplimiento de formalidades que son exigidas a los tipos actuales de signos distintivos. Por lo tanto, la protección que se de a estas figuras *sui generis* que surgen por el uso de las redes sociales deben atender a su naturaleza y funcionamiento, es decir, debe ser especial.

En relación a estas posibles nuevas modalidades de signos distintivos, se debe dar una regulación especial, tal y como se lo ha hecho con los otros tipos. Por ejemplo, en cuanto al nombre comercial, las Autoridades competentes de Propiedad Intelectual consideraron necesario que estas figuras requerían una protección especial, sin necesidad de cumplir *-a priori-* ciertas formalidades, siempre y cuando estén presentes en el mercado por cierto período de tiempo. Por otro lado, en relación al lema comercial, las legislaciones establecieron que estas figuras eran complementarias a la figura de la marca, por lo que su naturaleza es accesoria a la misma.

De esta manera, es claro que la Propiedad Intelectual ha tomado en cuenta las particularidades de cada figura que se han ido dando en virtud del desarrollo del comercio. No solo fue necesaria su protección, sino que además esta protección debía ser acorde a su naturaleza y la forma en la que estas se producen y perciben en el mercado.

Sin embargo, respecto de estas figuras *sui generis*, que surgen por el fenómeno del Internet, no existe un mecanismo de protección, aún cuando estas, tal y como se demostró, cumplen con los requisitos para reclamar protección intelectual.

El problema radica en la falta de desarrollo y tratamiento a estas figuras, para comprender así las funciones que las mismas ejercen en la Red y su naturaleza como herramientas identificadoras y distintivas. Este

desconocimiento tiene como consecuencia la falta de legislación, siendo este el problema jurídico existente en torno al tema aquí planteado. Por la falta de normativa, se pueden dar dos problemas concretos: 1. Se deja en indefensión al creador de un *hashtag* frente a la posibilidad de ejercer un derecho efectivo sobre su creación, y 2. El titular de un derecho marcario se podría ver afectado por el uso indebido de su marca identificado mediante el uso de un *hashtag*.

Es innegable que la protección del *hashtag* supone un gran desafío -por sus particularidades- para las Instituciones competentes del sector público, así como para las empresas, y la sociedad en general, por ello, aún no existe tal solución respecto del tratamiento que se le va a dar a estas figuras. Sin embargo, a través del presente trabajo se ha demostrado que dichas figuras cumplen con los requisitos para ser consideradas como signos distintivos y, por lo tanto, las mismas demandan protección intelectual.

REFERENCIAS

- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (2002). Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Recuperado el 30 de mayo de 2018 de: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-13758-consolidado.pdf>
- Alvarez, J. y San Jose, R. (2012). *Comunicación Digital Eficaz y Legal – Claves Jurídicas y de Marketing para la empresa del siglo XXI*. España: Thomson Reuters.
- Arrabal, P. (2000). *Manual Práctico de Propiedad Intelectual e Industrial*. Barcelona, España: Ediciones Gestión 2000, S.A.
- Asamblea Nacional (2016). Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Recuperado el 14 de mayo de 2018 de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec075es.pdf>
- Barzallo, J. (2010). *La Propiedad Intelectual en el Internet*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales S.A.
- Belloso, N. (2011). *Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: Contenido, tutela y límites en “La Propiedad Intelectual en la Era Digital”*. Madrid, España: La Ley, grupo Wolters Kluwer.
- Butwin, B. (2016). *#TrademarkLaw: Protecting and Maximizing the Value of Trademarks in an Evolving Social Media Marketplace*. 7 (1), 110-129. Recuperado el 15 de mayo de 2018 de: <https://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1056&context=cybaris>
- Comisión de la Comunidad Andina. (2000). Decisión 486. Recuperado el 30 de mayo de 2018 de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>
- Corral, A. (2016). *Temas Actuales de Propiedad Intelectual. Una perspectiva Latinoamericana*. Quito, Ecuador: Romero Corral Abogados.
- Davara, M. (2008). *Manual de Derecho Informático*. España: Editorial Aranzadi S.A.

- Diccionario virtual de Merriam Webster. (2018). *Definition of hashtag*. Recuperado el 30 de mayo de 2018 de: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/hashtag>
- Ediciones UNESCO. (julio-septiembre 2001). La Propiedad Intelectual como derecho humano. Boletín de derecho de autor. XXXV (3). Recuperado el 23 de abril de 2018 de: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf>
- Emery, M. (2014). *Propiedad Intelectual*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Falconer, E. (2016). *#CanHashtagsBeTrademarked: Trademark Law and the Development of Hashtags*. *North Carolina Journal of Law & Technology*, 17 (5), artículo 1. Recuperado el 24 de abril de 2018 de: <http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1308&context=ncjolt>
- Fernández, H. (2014). *Manual de Derecho Informático*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gómez, A. y Otero, C. (2013). *Redes Sociales en la empresa*. Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.
- International Trademark Association. (2018). *Are hashtags capable of trademark protection under U.S. Law?*. Recuperado el 1 de junio de 2018 de: <https://www.inta.org/INTABulletin/Pages/AreHashtagsCapableofTMProtectionunderUSLaw-.aspx>
- Justia – US Law. (2015). Vahan Eksouzian et al v. Brett Albanese et al, No. 2:2013cv00728 - Document 188 (C.D. Cal. 2015). Recuperado el 30 de mayo de 2018 de: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/cacdce/2:2013cv00728/553410/188/>
- Ledesma, J. (2011). *Piratería Digital en la Propiedad Intelectual*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Lipszyc, D. (2004). *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Argentina: Unesco.

- Massaguer, J. (1999). Conflicto de marcas en Internet. THEMIS, No. 39, 409-432. Recuperado el 24 de abril de 2018 de: [file:///C:/Users/legalbbassit/Downloads/Dialnet-ConflictoDeMarcasEnInternet-5110184%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/legalbbassit/Downloads/Dialnet-ConflictoDeMarcasEnInternet-5110184%20(1).pdf)
- Penner, M y Holbeche, K. (julio, 2015). *Use of trade-marks as metadata and #hashtags in Canada. Internet and E-Commerce Law University of Ottawa, Faculty of Law*, 16 (3), 17-24. Recuperado el 24 de abril de 2018 de: http://www.smart-biggar.ca/files/Beware_of_Increasing_Use_of_Confusing_Domain_Names_for_Brand_Impersonation_and_fraud.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). Principios Básicos de la Propiedad Industrial. Recuperado el 15 de mayo de 2018 de: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_895_2016.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2001). Recomendación conjunta relativa a las disposiciones sobre la protección de las marcas, y otros derechos de propiedad industrial sobre signos, en Internet. Recuperado el 24 de abril de 2018 de: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/marks/845/pub845.pdf>
- Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos. (2017). *2017 Special 301 Report*. Recuperado de: <https://ustr.gov/sites/default/files/301/2017%20Special%20301%20Report%20FINAL.PDF>
- Otamendi, J. (2012). *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Real Academia de la Lengua Española. (2018). *Definición de signo*. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de: <http://dle.rae.es/?id=XrXR2VS>
- Rico, M. (2007). *Derecho de las nuevas tecnologías*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones La Rocca.
- Ríos, W. (2011). *La propiedad Intelectual en la era de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TIC)*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

- Roberts, A. (2015). *Tagmarks*. *California Law Review*. 105(s,n), 1-60. Recuperado el 20 de mayo de 2018 de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2630195
- Salazar, E. (2017). *Hashtags 2.0. – An Annotated History of the Hashtag and a Window to its Future*. 15 (2), pp. 16-54. Recuperado el 15 de mayo de 2018 de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6054356.pdf>
- Sanjurjo, B. (2015). *Manual de Internet y Redes Sociales*. Madrid, España: Editorial Dykinson S.L.
- Schmitz, C. (2012). Distintividad y uso de las marcas comerciales. *Revista Chilena de Derecho*. 39 (1), pp. 9-31. Recuperado el 15 de mayo de 2018 de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v39n1/art02.pdf>
- Sherwood, R. (1990). *Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico*. Estados Unidos: Editorial Heliasta S.R.L. (Westview Press, Inc)
- Silberleib, L. (2001). El Derecho, la Propiedad Intelectual y el Entorno Digital. *Información, Cultura y Sociedad*, No. 5, 40-69. Recuperado el 23 de abril de 2018 de: <file:///C:/Users/legalbbassit/Downloads/Dialnet-EIDerechoLaPropiedadIntelectualYEIEntornoDigital-4291138.pdf>
- Tomeo, F. (2014). *Redes Sociales y Tecnologías 2.0*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2010). Proceso 080-IP-2010. Recuperado el 12 de mayo de 2018 de: <intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/80-IP-2010.doc>
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2014). Proceso 88-IP-2014. Recuperado el 12 de mayo de 2018 de: <intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/88-IP-2014.docx>
- Twitter. (s.f.). Política de Marcas Comerciales. Recuperado el 30 de mayo de 2018 de: <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/twitter-trademark-policy>
- Viñamata, C. (2012). *La Propiedad Intelectual*. Ciudad de México, México: Editorial Trillas.
- Xalabarder, R. (2010). *Derecho y Redes Sociales*. España: Editorial Aranzadi, SA.

