

Facultad Libre de Derecho de Monterrey

Licenciatura en Derecho

**EL PLAGIO Y LOS DISEÑOS DE MODA:
LA INTERSECCIÓN ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA
COMPETENCIA ECONÓMICA**

Paloma Gómez Roel

Matrícula 1415

Santa Catarina, Nuevo León, a 03 de febrero del 2021.

INDICE

	Página
GLOSARIO	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I. ANTECEDENTES	10
A. La Asociación de Creadores de la Moda Americana vs. la Comisión Federal del Comercio de Estados Unidos	10
CAPÍTULO II. MARCO JURÍDICO	16
A. Legislación	16
B. La doctrina de la funcionalidad en la jurisprudencia	25
CAPÍTULO III. DERECHO COMPARADO	33
A. La Unión Europea	33
B. México y la apropiación cultural	35
CAPÍTULO III. CUESTIONES PRÁCTICAS DE LA INDUSTRIA	38
A. La paradoja de la piratería	38
B. Análisis	41
CONCLUSIONES	52
BIBLIOGRAFÍA	55

GLOSARIO

ACMA: Asociación de los Creadores de Moda de América

COFECE: Comisión Federal de la Competencia Económica

CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

DA: Derechos de autor o derecho de autor

FTC: Comisión Federal del Comercio de Estados Unidos

DPPA: *Design Piracy Prohibition Act*- Ley de la Prohibición a la Piratería del Diseño (H.R. 5055, 2006)

ID3PA: *Innovative Design Protection and Piracy Prevention Act*- Ley de la Protección al Diseño Innovador y Prevención de la Piratería. (H.R. 2511, 2012)

IMPI: Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial

INDAUTOR: Instituto Nacional del Derecho de Autor

LFDA: Ley Federal del Derecho de Autor

LFPI: Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial

LPI: Ley de la Propiedad Industrial (abrogada el 5 de noviembre de 2020)

LSCI: Ley de Salvaguardia de los Conocimientos, Cultura e Identidad de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos

INTRODUCCIÓN

*“La industria de la moda es única en razón de que epitomiza la última paradoja de la propiedad intelectual”.*¹

A finales del año 2019, previo a la pandemia de COVID-19, la industria global de la moda alcanzó ingresos de 2.5 trillones de dólares² y emplea más de 300 millones de personas alrededor del mundo.³ Desde el agricultor que cultiva el algodón, hasta el proceso de la fabricación textil, el proceso creativo para llevar a cabo el diseño, la maquila de las prendas, su distribución hacia distintos territorios y finalmente hacia las tiendas, la industria de la moda constituye aproximadamente 2% del PIB global.⁴

Absolutamente todos los seres humanos en el planeta tierra participamos de alguna manera en la industria de la moda, ya sea como ávido comprador o como consumidor indirecto. Por menos relevante que sea la moda para algunos, todos los seres humanos tienen la necesidad de vestirse, y por ende, contribuyen a la industria.

Si bien es cierto que existen prendas de vestir que simplemente consisten en una camisa de botones a rayas, o un par de pantalones de mezclilla sin particularidad alguna, también lo es que existen prendas que conllevan un proceso creativo, resultado de un largo proceso de confección, que de acuerdo a algunos, es equiparable al arte.⁵

Para los diseñadores de moda, el diseño es una salida creativa, un método para implantar sus ideas y contar sus historias; y un número de veces, sus creaciones son dignas de ser exhibidas en un museo. En efecto, la exhibición más visitada en la historia del Museo Metropolitano de Arte en Nueva York fue precisamente una exhibición de moda “Cuerpos Celestiales: La moda y la imaginación católica”, en la cual se mostraron prendas que aludían a la religión.

¹ Testimonio del representante del Estado de Massachusetts, William Delahunt en la Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 5055 “**A Bill To Provide Protection For Fashion Design**”, 27 de julio de 2006.

² **McKinsey & Co., Bussiness of Fashion.** The State of Fashion 2021, 1º de diciembre de 2020. Disponible en línea: <https://www.mckinsey.com/industries/retail/our-insights/state-of-fashion#>

³ **McKinsey & Co., Bussiness of Fashion.** The State of Fashion 2019, 28 de noviembre de 2018. Disponible en línea: <https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Industries/Retail/Our%20Insights/The%20State%20of%20Fashion%202019%20A%20year%20of%20awakening/The-State-of-Fashion-2019-final.ashx>

⁴ Forbes. **The Fashion Industry Is Getting More Intelligent with AI**, 16 de Julio de 2019. Disponible en línea: <https://www.forbes.com/sites/cognitiveworld/2019/07/16/the-fashion-industry-is-getting-more-intelligent-with-ai/?sh=3c116c483c74>

⁵ Por décadas, el diseño de moda de alta costura ha sido llamado “wearable art” o “arte utilizable”.



6



8



9

Además de que se encuentran en museos expuestos como obras de arte, lo que los anteriores diseños tienen en común es que no se encuentran protegidos por parte de los derechos de autor (DA), cuya función es proteger las obras literarias y artísticas. Si un tercero quisiese replicar los anteriores diseños para venderlos, se encuentra en completa libertad de hacerlo.

⁶ Exhibición “Manus x Machina”, Museo Metropolitano de Arte de Nueva York, 2016.

⁷ Exhibición “Cuerpos Celestiales: La Moda y la Imaginación Católica”, Museo Metropolitano de Arte de Nueva York, 2018.

⁸ Exhibición “Camp: Notes on Fashion”, Museo Metropolitano de Arte de Nueva York, 2019.

⁹ Exhibición “Manus x Machina”, Museo Metropolitano de Arte de Nueva York, 2016.

En razón de que las leyes mexicanas no mencionan a los diseños de moda en la legislación en materia de propiedad intelectual y no existe doctrina ni precedentes judiciales sobre el tema en territorio nacional, el análisis se llevará a cabo desde la perspectiva del sistema *common law* estadounidense, ya que precisamente es donde se ha llevado a cabo el debate sobre cómo proteger los diseños de moda por más de 90 años.

Mientras que otras industrias creativas gozan de una estricta protección por parte de los DA, los diseños de moda están expresamente excluidos de la esfera de protección otorgada ellos en Estados Unidos. Por décadas, diseñadores y manufactureros han intentado cabildar ante los legisladores exponiendo los argumentos del daño que causan los plagios de sus diseños a sus negocios, patrimonios y reputación.

La exclusión de los diseños de moda de la esfera de protección por parte del DA se debe a la llamada doctrina de la funcionalidad, establecida en el sistema legal de Estados Unidos en el *Copyright Act* de 1976. En esencia, la doctrina de la funcionalidad establece, con base en principios de competitividad, que cualquier elemento funcional incorporado en un producto utilitario es esencial para su uso por parte de los competidores, por lo que otorgarle un derecho exclusivo sobre tal elemento funcional inhibiría la libre competencia.

La aplicación de la doctrina de la funcionalidad a los artículos de vestir ha sido objeto de controversia por décadas, ya que muchos argumentan que ha desenfrenado el plagio y causado daño a numerosos diseñadores emergentes e independientes, ultimadamente desplazándolos del mercado por su incapacidad de competir contra cadenas multinacionales.

“El diseño de moda es un medio creativo que no está impulsado por la utilidad o la funcionalidad. Si lo estuviera, todos simplemente usaríamos nuestra ropa hasta que se deshiciera o no nos quedara.”¹⁰

De acuerdo a los partidarios de la protección a los diseños de moda, la ausencia de ésta ha permitido y propiciado la existencia de compañías como *Zara*, *H&M* y *Forever 21*, llamadas cadenas de “moda rápida” o *fast fashion*. El modelo de negocios de dichas compañías es ofrecer diseños de moda de terceros, con mínimas modificaciones, a una fracción de su precio.

¹⁰ Testimonio de Susan Scafidi. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “*A Bill To Provide Protection For Fashion Design*”, 27 de julio de 2006.

De acuerdo a los autores Bhardwaj y Fairhurst¹¹, los modelos de negocios de la moda rápida se basan en dos aspectos: un gran volumen de ventas a diseño realzado, es decir, prendas con un alto contenido de diseño que se producen y venden rápidamente a precios bajos, lo cual resulta enormemente atractivo al consumidor, ya que el ahorro en el diseño y la manufactura de bajo costo permite que los diseños se vendan a precios sumamente bajos.

“El plagio es rampante en la industria de la moda, puesto que los imitadores se saltan el caro y tardado proceso de desarrollar y comercializar nuevos productos y simplemente apuntan hacia los diseños más exitosos de los diseñadores. La carrera hacia el fondo en términos de precio y calidad es una que los diseñadores experimentados no pueden ganar. Cada diseñador o estudiante de diseño parece tener una historia sobre la prevalencia del plagio, una situación que dificulta las ya complicadas probabilidades de éxito en la industria de la moda.”¹²

“Se cataloga de violación a la Ley Federal al robar el diseño de un creador, reproducirlo, ponerle una etiqueta falsa y venderlo. Sin embargo, es perfectamente legal que ese mismo ladrón robe el diseño, lo reproduzca y lo venda, mientras no le ponga una etiqueta falsa al producto terminado. Esta laguna legal permite que los piratas se aprovechen del esfuerzo y capital invertidos por otros y previene que los diseñadores cosechen su justa recompensa sobre sus inversiones creativas.”¹³

Diseñadores y diversos académicos argumentan que la falta de protección y la existencia de estas cadenas es enormemente perjudicial para sus negocios, en tanto la mayoría de las veces, los diseños plagiados llegan al mercado antes que el diseño original y no les permiten a los diseñadores ni siquiera el recuperar su inversión.

Sin embargo, a pesar de que la gran mayoría de los diseñadores afirman que la falta de protección lastima a la industria, otros argumentan que la imitación es precisamente lo que le permite a la industria de la moda sobrevivir.

Los argumentos de estos últimos han pesado más que los de sus opositores ante el Congreso estadounidense, a pesar de los múltiples proyectos de Ley presentados ante él. El último proyecto legislativo para proteger a los diseños de moda se presentó en el año

¹¹ Bhardwaj, V., Fairhurst, A. **Fast Fashion: Response to Changes in the Fashion Industry**. The International Review of Retail, Distribution and Consumer Research, 2010. Disponible en línea: https://www.researchgate.net/publication/232964904_Fast_fashion_Response_to_changes_in_the_fashion_industry

¹² Testimonio de Susan Scafidi. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “**A Bill To Provide Protection For Fashion Design**”, 15 de Julio de 2011.

¹³ Presentación de Robert Goodlatte, Representante del Estado de Virginia. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “**Innovative Design Protection And Piracy Prevention Act**”, 15 de Julio de 2011.

2012 por el senador demócrata Chuck Schumer y fue llamado “*Innovative Design Protection and Piracy Prevention Act*”¹⁴. Bajo esta ley, se otorgaría protección *sui generis*, emanada de los derechos de autor, a los diseños de moda por tres años – en lugar de los 70 otorgados por el DA.

La protección se otorgaría a una prenda por tres años si cumplía con lo siguiente:

- i) Si era el resultado del trabajo creativo del diseñador y,
- ii) Si podría proveer una variación única, distintiva, no trivial y no funcional a cualquier diseño previo.

El proyecto de ley, como sus antecesores, fue rechazado por el Congreso, debido a que prevalecieron los argumentos en su contra, los cuales consistieron principalmente en que la protección de los diseños de moda resultaría perjudicial a la economía global y a la competencia, ya que a que la industria se alimenta de tendencias, y a su vez, las tendencias se alimentan de la imitación, por lo que evitar la creación de tendencias disminuiría la productividad de la industria.

Sin embargo, el debate y la exigencia por parte de los diseñadores y sus representantes continúa, bajo el argumento de que a quienes son en realidad afectados por la ausencia de protección son los diseñadores emergentes, quienes por su falta de capital y posicionamiento en la industria, son más vulnerables al plagio.

Opositores de la protección afirman que el resto de los medios de protección que ofrece la propiedad intelectual, los cuales se analizarán más adelante, son suficientes para proteger a los diseñadores y a su vez mantener la armonía en la industria, al no permitir que se frenen las tendencias.

En ese sentido, el objetivo de este trabajo será determinar la necesidad de protección a los diseños de moda, analizando cuál es la raíz del motivo por el cual la legislación estadounidense le niega la protección por parte de los derechos de autor.

Para llegar a la conclusión, en primer lugar se expondrán los antecedentes de la discusión en Estados Unidos para llegar a los precedentes judiciales que niegan la protección a los diseños de moda. Posteriormente, se analizaran los marcos jurídicos de los preceptos y principios utilizados en los precedentes judiciales en la materia.

¹⁴ Innovative Design Protection and Piracy Prevention Act, (H.R. 2511, 2012)

Finalmente, se estudiarán los argumentos postrados por aquellos a favor y en contra de la protección, ya que éstos se centran en los aspectos prácticos del funcionamiento de la industria de la moda.

El análisis partirá de la suposición de que si bien existen prendas, tales como una camisa blanca de botones, que tienen un objeto puramente funcional, existen también prendas que son resultado de un arduo proceso creativo y que por ello son materia lógica de protección por parte del derecho de autor.

Por lo anterior, el estudio se realizará bajo la óptica de que la industria de la moda tiene una naturaleza “dual”: por un lado, tiene una función inherente de vestir al ser humano, y por otra, puede tener una naturaleza artística como un medio de expresión.

Por el hecho de que la función utilitaria de la ropa es inherente a la misma, y la convierte en un bien esencial para el humano, su fabricación y comercialización se regulan bajo la legislación de competencia económica. Por otro lado, la parte “artística” de la ropa, puede caer dentro del espectro artístico, sujeto a la protección por parte de los derechos de autor.

Cada uno de los aspectos de la naturaleza del diseño de modas es regulado por dos ramas del derecho algunas veces contrarias entre sí y otras complementarias, la competencia económica y la propiedad intelectual.

En virtud de lo anterior, el análisis a realizar en el presente trabajo se fundamentará en la competencia económica y la propiedad intelectual, para llevar a cabo un estudio integral de la compleja y abstracta realidad de la industria de la moda y los efectos que la falta de regulación sobre su plagio causa en el patrimonio económico de los creativos emergentes.

CAPÍTULO I.

ANTECEDENTES.

Antes de llevar a cabo el presente examen, considero importante precisar el significado de los conceptos que se utilizarán, con base en el artículo “*Una Armadura Costosa, Confusa, e Inefectiva*”¹⁵.

Al usar el término “diseños de moda”, me referiré a “la apariencia de todo o parte de una prenda, resultando de las características de, en particular, las líneas, contornos, colores, formas, texturas, o materiales de la prenda en sí, o su ornamentación, expresadas en dibujos, muestras, o un producto final”.¹⁶ El término “diseño” se utilizará a su vez como verbo para llegar al “diseño de moda”.

El término “piratería” se utilizará como el equivalente a “*counterfeit*”, es decir, el delito consistente en el uso de una marca registrada sin autorización.

El término más importante y el eje del presente trabajo, será el “plagio”, el cual consiste en la imitación sustancial o total de un diseño de moda original, sin contener un signo distintivo [entiéndase por ello logos o nombres visibles].

En ese sentido, el término plagio se referirá a la imitación de un **diseño** (“*knockoff*”) sin la implementación de una marca registrada.

a) La Asociación de Creadores de Moda de América (ACMA) vs. La Comisión Federal de Comercio (FTC)

“El programa administrativo de la asociación en contra del plagio del diseño es una importante pieza histórica, que resalta el controversial debate en torno a la habilidad de regular las “antiguas” prácticas de la moda. Los argumentos históricos proporcionan una perspectiva crítica sobre cómo y cuándo se convirtió el plagio en una práctica estandarizada

¹⁵ Janssens, A., Lavanga, M. An Expensive, Confusing, and Ineffective Suit of Armor: Investigating Risks of Design Piracy and Perceptions of the Design Rights Available to Emerging Fashion Designers in the Digital Age. Fashion Theory the Journal of Dress, Body and Culture, 2020. Disponible en línea: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1362704X.2018.1515159?needAccess=true#aHR0cHM6Ly93d3cudGFuZGZvbmxpbmUuY29tL2RvaS9wZGYvMTAuMTA4MC8xMzYyNzA0WC4yMDE4LjE1MTUxNTk/bmVlZEFjY2VzZz10cnVlQEBAMA==>

¹⁶ Janssens, A., Lavanga, M. An Expensive, Confusing, and Ineffective Suit of Armor: Investigating Risks of Design Piracy and Perceptions of the Design Rights Available to Emerging Fashion Designers in the Digital Age. Fashion Theory the Journal of Dress, Body and Culture, 2020. Disponible en línea: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1362704X.2018.1515159?needAccess=true#aHR0cHM6Ly93d3cudGFuZGZvbmxpbmUuY29tL2RvaS9wZGYvMTAuMTA4MC8xMzYyNzA0WC4yMDE4LjE1MTUxNTk/bmVlZEFjY2VzZz10cnVlQEBAMA==>

*en la industria, y conforman una pieza esencial en las discusiones contemporáneas de responsabilidad social en relación al plagio de artículos de vestir. Continuamente se observan beneficios para algunos, pero más frecuente pérdidas considerables para otros en esta rutinaria práctica de la industria de la moda. El ACMA (Fashion Originators' Guild of America) proporciona un importante caso de estudio que resalta las consecuencias de un programa de ejecución privada que afectó a toda la industria".*¹⁷

A principios del siglo XX, la Gran Depresión, la cual afectó la economía mundial, causó un entorno sombrío y melancólico, y aunado a la Primera Guerra Mundial, lo último en la mente de los ciudadanos era vestir a la moda o bien, su expresión personal.

Sin embargo, en los años 30, finalizada la Primera Guerra Mundial y los efectos de la Gran Depresión, resurgió el anhelo por el diseño, la expresión estética y el arte. Tanto en París como en Nueva York, costureros que en tiempos de guerra y depresión tenían como único objeto coser para ganar unos cuantos centavos, comenzaron a utilizar sus habilidades de confección para diseñar prendas de vestir con un fin ornamental y expresivo.

No obstante, el auge de las maquiladoras textiles surgido a finales del siglo XIX tuvo como resultado una increíble facilidad para replicar los diseños de los altos diseñadores y venderlos a precios considerablemente más bajos.

Rápidamente, el mercado del vestir se llenó de imitaciones baratas de los diseños de lujo. *Aquello condujo a la observación de que los estilos eran copiados tan rápidamente que cualquier diseño innovador estaba disponible al consumidor promedio virtualmente de inmediato, a un costo bastante bajo y exitoso.*¹⁸

En el año 1931, los diseñadores americanos rápidamente cayeron en cuenta de la epidemia en la que dicha práctica se había convertido, y enfadados por la situación y por la falta de protección legal, se unieron y constituyeron el **ACMA**: la Asociación de los Creadores de Moda de América (*Fashion Originators' Guild of America*).

El principal objetivo del ACMA era precisamente la agrupación para implementar medios para detener el plagio a los diseños de moda, además de “*promover la cooperación y amables relaciones en la industria del vestir, establecer uniformidad en*

¹⁷ Marcketti, S. y Parsons, J. *La Piratería en el Diseño y la Autorregulación: a) América, 1932-1941*. Iowa State University Digital Repository, http://lib.dr.iastate.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=aeshm_pubs

¹⁸ Id.

La Asociación de Creadores de Moda de América, Julio de 2006. Disponible en línea:

las etapas del comercio, diseminar información y literatura, aumentar las ventas, y avanzar el comercio e intereses comerciales de los miembros de la asociación.”¹⁹

Participantes de todos los sectores de la industria, desde manufactureros hasta vendedores al por menor (quienes en lo sucesivo serán referidos como tiendas departamentales a efecto de su distinción de vendedores *per se*), se integraron al ACMA y acordaron sujetarse a sus términos y condiciones. En esencia, se comprometían a no manufacturar y no vender imitaciones, con base en los sellos de originalidad implementados en las prendas como certificados.

Para el año 1940, el ACMA estaba conformado por múltiples sectores y divisiones, con estrictos procesos para verificar la originalidad de los diseños, a través de certificados y declaraciones a protesta de decir verdad.

El desafío comenzó cuando se acordaron las “Declaraciones de Cooperación”, un conjunto de acuerdos firmados entre manufactureros y las tiendas departamentales, los cuales contenían cláusulas por medio de las cuales las tiendas departamentales se comprometían a no adquirir²⁰ imitaciones y remover aquellas imitaciones adquiridas por error bajo presunción de buena fe.

La asociación empleaba investigadores privados que buscaban prendas siendo comercializadas en las tiendas departamentales y sometía a consideración del comité aquellos artículos que les resultaban sospechosos. Bajo las “Declaraciones de Cooperación”, las tiendas departamentales se encontraban sujetas a remover del mercado aquellas imitaciones, por lo cual su falta de observancia implicaba el incumplimiento de las declaraciones.

La pena por incumplimiento consistía en la aplicación de una “tarjeta roja” a la tienda departamental responsable, incluyendo una multa y la suspensión del ACMA. La imposición de la tarjeta roja implicaba que todos los miembros de la asociación tenían prohibido venderle sus diseños a las tiendas departamentales que la sostuvieran, por lo que solamente tenían permitido vender sus diseños a las tiendas que cooperaban con los fines del ACMA.

²⁰ Las tiendas departamentales, como último eslabón de la cadena de distribución, adquieren las prendas y productos, generalmente por colección para a su vez venderlas al último consumidor.

Por el hecho de que la mayoría, si no todos los diseñadores y manufactureros afiliados a la asociación producían diseños de gama alta, no se acaparaba gran parte del mercado, dado que solo eran comprador por la minoría. Sin embargo, al finalizar los años 30, la asociación comenzó a afiliar manufactureros de prendas a mayoreo, lo que causó objeciones por partes de las tiendas departamentales de gama baja, puesto que “el objetivo de estas firmas era copiar y adaptar los diseños de alta costura para las masas, comúnmente llamadas el grupo de ‘precio popular’.”²¹

La situación atrajo la atención de las autoridades, y, en 1939, la Comisión Federal de Comercio (en lo sucesivo, *FTC*), autoridad en materia de competencia económica, envió una Carta de Advertencia al ACMA, exhortándolo a dejar dichas prácticas monopólicas, situación que se convirtió en un largo litigio que llegó a la Suprema Corte de Estados Unidos en 1941:

[Hablando de la Asociación] “*Su propósito y objetivo de la combinación, su potencial poder, su tendencia a monopolizar, la coerción que pudo y ejerció sobre un método de competencia rival lo llevaron a encuadrar en los supuestos de prohibición declarados por el Sherman y Clayton Acts.*”²²

La decisión de la Suprema Corte contra el ACMA continúa siendo objeto de debate hasta el día de hoy, y sus efectos son el objeto de discusión del presente trabajo. En esencia, el fallo puede plantearse bajo la siguiente hipótesis: mientras el objeto del comercio no se catalogue como protegible por la propiedad intelectual, es un arma de competitividad, la cual ultimadamente resulta en precios bajos.

Si bien es cierto que las prácticas de la asociación cayeron dentro de la prohibición de las leyes de competencia económica al haber “boicoteado” a las tiendas departamentales, la práctica de las tarjetas rojas no hubiera sido calificada como tal si los diseños de moda se encontraran protegidos por el derecho de autor. En tal caso, el “boicot” se hubiese convertido en la ejecución de sus derechos.

En esencia, las prácticas de la asociación no se hubiesen calificado como monopólicas si los diseños de moda no se catalogaran como puramente funcionales y se reconociera la naturaleza artística del diseño de moda.

²¹ Id.

²² Justice Blackmun. *Fashion Originators' Guild, Inc. v. FTC* - 312 U.S. 457, 61 S. Ct. 703 (1941)

En ese sentido, resultan interesantes las palabras del Ministro Blackmun al referirse al hecho de vender diseños plagiados como un “método de competencia”. Esto implica que el diseño de modas – por su carácter “puramente funcional”, es interpretado por la Ley como un arma de competencia de interés público.

Comprender esto es necesario en el sentido de que la relevancia de la decisión de la Suprema Corte al catalogar las prácticas de la asociación como monopolios reside no solamente en las prácticas en sí mismas, si no en el hecho de que el plagio de los diseños de moda es considerado un derecho, tanto para los competidores como para el consumidor al acceder a los diseños a un precio más bajo.

Como más adelante se expondrá, el argumento de los jueces al aplicar la doctrina de la funcionalidad se puede reducir a la siguiente frase del Juez Giles Rich en un caso²³ sobre la funcionalidad aplicada a las marcas: “**[la funcionalidad] se actualiza cuando el derecho a copiar supera al derecho a su protección**”.

*Los argumentos a favor y en contra de los esfuerzos del ACMA pueden caer dentro de dos amplias áreas: problemas técnicos y problemas de costo/beneficio. La primera se refiere a la dificultad de definir lo que en realidad constituye un diseño original. La segunda es compleja y multifacética, puesto que plantea cuestiones que implican empleo justo, las relaciones entre vendedores y manufactureros, y los derechos y privilegios del consumidor. Los argumentos al respecto frecuentemente se traslaparon y fueron contradictorios.*²⁴

Al día de hoy, esa corriente de pensamiento regula a la industria de la moda, sin tomar en cuenta factores como la digitalización y el *outsourcing* de manufactura a países en desarrollo, lo que convierte a la práctica de plagio en i) más fácil, y ii) no solamente más perjudicial para el diseñador, si no para el mundo, en el tema de la sustentabilidad ambiental y ética laboral.

Para efectos del presente análisis, la hipótesis central se reduce a los siguientes cuestionamientos: ¿Cuáles derechos deben perdurar? ¿Los derechos del diseñador a no ser plagiado? – excluidos expresamente de los derechos de propiedad intelectual por la doctrina de la funcionalidad, que a su vez encuentra su fundamento en la competencia económica; ¿o los derechos del competidor a plagiar, así como los derechos del consumidor a acceder al diseño a precios bajos?

²³ *re Deister Concentrator Co.*, 289 F.2d 496 (C.C.P.A. 1961); *re Shakespeare Co.*, 289 F.2d 506 (C.C.P.A. 1961).

²⁴ *Id.*

La premisa menor en la legislación actual se puede resumir a la afirmación del profesor Springman en la audiencia ante el Congreso para la aprobación de la Ley de la Prohibición a la Piratería del Diseño (H.R. 5055, 2006): *es la responsabilidad del Congreso balancear entre **crear incentivos para los autores e inventores, y permitir el acceso a las ideas y la expresión.***²⁵

*“La cuestión con el plagio no es si se daña a alguien. Alguien siempre es dañado. La cuestión es si la industria tiene beneficios agregados. La paradoja [de la Paradoja de la Piratería] es que lo mismo que causa daños anecdóticos individualizados causa **beneficios sistemáticos a través de toda la industria.** Es la forma en la funciona el ecosistema, y claramente preferimos la competencia en este país.*

*Vemos a la competencia como el motor de la economía. Introducimos derechos de propiedad intelectual cuando pensamos que hay un problema en la innovación y se debe incentivar. Pero aquí no hay un problema de innovación.”*²⁶

²⁵ Testimonio de Christopher Springman,

²⁶ Testimonio de Christopher Springman, Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 5055 “*A Bill To Provide Protection For Fashion Design*”, 27 de julio de 2006.

CAPÍTULO II

MARCO JURIDICO.

*“La lógica y fundamento de la propiedad intelectual es el fomento de la creatividad e innovación, al otorgar a los creadores e innovadores los derechos de propiedad sobre sus creaciones. Al otorgar dichos derechos, se **otorga** un valor tangible a las ideas. Por el contrario, el no otorgar estos derechos, o el no proveer una forma de ejecución adecuada, no solamente evoca la idea de que lo creado no tiene valor, si no que causa un detrimento a los incentivos de los creadores para producir nuevas ideas.*

Este es la situación para los diseñadores de moda. La falta de protección hacia sus productos y diseños los coloca en desventaja dentro del sistema de la propiedad intelectual, al no gozar de los mismos derechos otorgados a los músicos, artistas, cineastas, y otros creadores”²⁷

a) Legislación

La Propiedad Intelectual encuentra su fundamento – en la mayoría de los sistemas legales occidentales – en las diversas normas supremas de las naciones. En México se prevé en el artículo 28 constitucional como una excepción a la prohibición de los monopolios:

Art. 28: *Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.²⁸*

De dicho precepto constitucional emanan las dos vertientes de la propiedad intelectual en México, el Derecho de Autor y la Propiedad Industrial, cada una regulada por sus respectivos órganos normativos e instituciones administrativas reguladoras.

En el sistema de *common law* de Estados Unidos, la propiedad intelectual encuentra su fundamento en la llamada “*Copyright Clause*” establecida en la cláusula octava de la octava sección del primer Artículo de su Constitución, que establece, como facultad del Congreso:

²⁷ Testimonio de Susan Scafidi. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “**A Bill To Provide Protection For Fashion Design**”, 27 de julio de 2006.

²⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (P.O. 1917)

... “promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo a sus respectivas autorías y descubrimientos”.²⁹

El fundamento de la propiedad intelectual se encuentra homologado en los distintos sistemas legales, por lo cual tanto en México como en Estados Unidos, su objeto es el mismo: **incentivar las invenciones y obras artísticas otorgándole a los autores e inventores el derecho exclusivo sobre la explotación de sus obras por un determinado tiempo.**

Los derechos de propiedad intelectual ofrecen a los gobernados un incentivo económico, para gozar de la exclusividad de sus obras e invenciones con base en la suposición de que el inventor o creador debe poder gozar económicamente de sus propias creaciones para mantener el estímulo para crear o inventar más, lo que se conoce como ‘teoría del incentivo’: para el progreso de la ciencia y las artes es necesario ofrecer estímulos a inventores y creadores.

A su vez, persigue la finalidad de prevenir un cierto tipo de “enriquecimiento ilegítimo”, al evitar que una persona física o moral lucre sobre una creación o invención que no le pertenece, y por lo tanto, evita la competencia desleal.

La propiedad intelectual se divide en dos grandes vertientes: el derecho de autor y la propiedad industrial. Por un lado, el derecho de autor protege las creaciones artísticas, y la propiedad industrial protege invenciones y signos distintivos.

Opositores de la protección a los diseños de moda por parte del derecho de autor argumentan que los derechos de propiedad industrial son más que suficientes para proteger a los diseños de moda y que además, son precisamente las figuras que mantienen el balance entre los ‘derechos’ del consumidor y los competidores, y los derechos de los diseñadores o artistas.

No obstante, las autoras Alice Janssens y Mariangela Lavanga describen perfectamente a los medios de protección alternativos al derecho de autor para los diseños de moda en su artículo *Una Armadura Costosa, Confusa e Ineficaz: Los Riesgos de la*

²⁹ US Constitution. Article I Section 8 | Clause 8

Piratería del Diseño y las Percepciones de los Derechos Disponibles para los Diseñadores de Moda Emergentes en la Era Digital.

En efecto, los derechos disponibles alternativos al derecho de autor, aplicables para el diseño de moda se pueden describir en costosos, confusos, y principalmente ineficaces. Excluyendo a las patentes de utilidad, las cuales aplican únicamente a invenciones, a continuación describo brevemente los derechos “alternos” a los derechos de autor y su relación con la moda:

I. Propiedad Industrial

i) Signos distintivos:

a. Las marcas: El principal objetivo de una marca es indicar la fuente de un producto para evitar la confusión en el consumidor y la competencia desleal. Resulta inmensamente conveniente para proteger el nombre y los logos de una marca, así como un patrón que sea sujeto a reconocimiento por parte de un consumidor, como el tartán de *Burberry*.

b. La imagen comercial: La imagen comercial o *trade dress*, consiste en el conjunto de las características de la apariencia visual de un producto que demuestran su fuente a los consumidores. La imagen comercial podría ser aplicable para los diseños de moda, sin embargo la jurisprudencia ha establecido que para que un artículo funcional sea protegible por medio del *trade dress*, este debe adquirir distintividad o *secondary meaning*³⁰, el que el su apariencia haya adquirido tanto reconocimiento por el público consumidor que algo que no sea protegible lo sea –tal como la suela roja de los zapatos Christian Louboutin.



³⁰ Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc., 529 U.S. 205, 209-10 (2000).

³¹ Todos los zapatos de la marca Christian Louboutin tienen suelas rojas. Dichas suelas se hicieron tan populares y reconocibles por el público consumidor, que, después de un largo litigio contra la marca Yves Saint Laurent, la suela roja de Louboutin adquirió un registro de imagen comercial por haber probado la “distintividad adquirida”. Por ello, Louboutin puede impedir la venta no autorizada de cualquier suela roja en territorio americano, siempre y cuando el zapato en sí no sea rojo.

³² Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent Am. Holding, Inc., No. 11-3303 (2d Cir. 2013).

El requisito de la distintividad adquirida tiene sentido para el objetivo del derecho marcario, siendo que el *trade dress* es meramente la extensión de una marca con el mismo propósito: evitar la confusión del consumidor. Por lo tanto, mientras resulta un medio de protección conveniente para casas de moda que ya tengan algún símbolo o patrón establecido, como Louis Vuitton o Chanel, no le aplicaría a un diseñador desconocido.

ii) Invenciones:

a) Patentes de diseño: Las patentes de diseño, o diseños industriales, protegen “la configuración o la forma de un artículo, a la ornamentación superficial aplicada a un artículo, o a la combinación de configuración y ornamentación superficial”, lo cual se resume en la protección de **los aspectos ornamentales de un producto funcional**, que a primera vista resultaría idóneo para los diseños de moda.

Sin embargo, los diseños industriales requieren que el diseño sea **novedoso y no obvio**, requisitos que los diseños de moda raramente cumplen.

“Mientras que las patentes de diseño parecen ser el medio de protección ideal, puesto que reúnen todos los elementos, el criterio para que los diseños de moda califiquen para protección es que estos deben presentar una mejora no obvia sobre el arte previo. Muchas cortes se han pronunciado en el sentido de que los diseños de moda no pueden ser considerados nuevos, puesto que en su mayoría, no son lo suficientemente distintos como para que se califiquen como invenciones.

Por ejemplo, la diseñadora americana Diane Von Furstenberg es reconocida como la inventora del ‘wrap dress’ en 1974. Sin embargo, el ‘wrap dress’ tiene influencias del kimono Japonés que a su vez es similar al sari Hindú. Sería difícil afirmar que Diane Von Furstenberg es la creadora original del ‘wrap dress’ cuando este pudo haber estado influenciado por el Kimono y el Sari. Para muchos diseñadores, cumplir estos criterios es demasiado difícil, y prefieren ahorrarse los gastos de solicitud de una patente.”³³

³³ Elavia, S. **How the Lack of Copyright Protection for Fashion Designs Affects The Fashion Industry**. Trinity College Digital Repository, Senior Thesis and Projects, 2014. Disponible en línea: <https://digitalrepository.trincoll.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1370&context=theses>

II. Derechos de Autor

Ya sea por exclusión debido a que ningún otro medio de protección resulta ajustable, o bien porque los diseños de moda sí cumplen el criterio de obras artísticas (de acuerdo a algunos), el único derecho aplicable a los diseños de moda es el derecho de autor, el cual se define por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual como:

*“Los derechos de los creadores sobre sus obras literarias y artísticas. Las obras que se prestan a la protección por derecho de autor van desde los libros, la música, la pintura, la escultura y las películas hasta los programas informáticos, las bases de datos, los anuncios publicitarios, los mapas y los dibujos técnicos.”*³⁴

Los derechos de autor protegen a las obras artísticas y literarias, previstas en el artículo 13 de la LFDA. Para obtener el derecho de autor, no es necesario un registro como en la propiedad industrial, sino que el derecho se adquiere al divulgar la creación u obra en un medio tangible, válido en todos los estados parte del Convenio de Berna.

En un primer plano, el derecho de autor parecería ser el medio de protección ideal para el diseño de moda por el simple hecho de que conlleva un proceso creativo. Sin embargo, se encuentra expresamente excluido de la esfera de protección otorgada por el derecho de autor a causa de la doctrina de la funcionalidad.

La doctrina de la funcionalidad funge como una excepción a los derechos de propiedad intelectual. Se estipula en relación al derecho de autor en el *Copyright Act* de 1976:

*“Obras pictóricas, gráficas y esculturales incluyen obras bidimensionales y tridimensionales, de arte fino, gráfico y aplicado, fotografías, impresiones y reproducciones de arte, mapas, globos, tablas, diagramas, modelos y dibujos técnicos, incluyendo planos arquitectónicos. Dichas obras incluirán artesanías solamente hasta su forma, pero no sus aspectos mecánicos o funcionales; el diseño de un artículo funcional, definido en esta sección, será considerado una obra pictórica, gráfica o escultural si ese diseño incorpora elementos pictóricos, gráficos o esculturales que puedan ser identificados por separado y puedan ser capaces de existir independientemente de los elementos funcionales del artículo.”*³⁵

³⁴ Derecho de Autor. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Disponible en línea: <https://www.wipo.int/copyright/es/>

³⁵ Copyright Act of 1976 (17 U.S.C. § 102))

La funcionalidad encuentra su fundamento en la competencia económica, bajo el principio que establece que si un artículo o producto tiene como objeto una funcionalidad para el ser humano, por consiguiente no se catalogará como una obra artística, bajo la suposición de que “**nadie podrá hacerse dueño de un bien esencial para la subsistencia del humano, como lo es la ropa**”.

(Discutiendo sobre la legislación para proteger el diseño)

... “Al mismo tiempo, debemos de asegurar que la legislación en materia de propiedad intelectual no tenga un efecto adverso en el crecimiento económico. Cuando se permite el retiro de bienes del mercado y la asignación de titularidad a ciertos creadores, deberíamos de observar su justicia y el impacto que tendrá en el mercado. El impacto económico de expandir la protección por parte del derecho de autor a los diseños de moda y la potencial carga a imponer a la Oficina de Derechos de Autor por un aumento de registros de diseño necesita ser explorada.”³⁶

III. Competencia Económica

“La funcionalidad es una doctrina interesante en el contexto de la propiedad intelectual y la competencia económica en virtud de la concentración de la funcionalidad encaminada a proteger la competencia”.³⁷

La competencia económica tiene su fundamento constitucional en el sistema de *common law* estadounidense en la llamada “Cláusula de Comercio”:

“[El Congreso tendrá la facultad] Para regular el comercio con las Naciones extranjeras y entre los múltiples Estados, y con las Tribus Indígenas.”³⁸

De tal enmienda emana el *Sherman Act*, el estatuto federal promulgado en 1890 para regular la competencia económica, el cual se divide en dos secciones.

La primera sección prohíbe: *cualquier contrato, conspiración o combinación en forma de fideicomiso o cualquier otra que restrinja el intercambio o comercio*³⁹; mientras que la segunda sección considera culpable de un delito a *toda persona que*

³⁶ Lamar Smith, Representante del Estado de Texas. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “*Innovative Design Protection And Piracy Prevention Act*”, 15 de Julio de 2011.

³⁷ Hovenkamp, H., Janis, M., Lemley, M., Leslie, C. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. Austin: Aspen Publishers, 2010.

³⁸ *US Constitution*. Article 1 Section 8.

³⁹ *Sherman Act*, Section 1.

*monopolice, intente monopolizar, combinar o conspirar con cualquier otra persona o personas, o monopolizar cualquier parte del intercambio o comercio.*⁴⁰

En México, la LFCE, emana del artículo 28 de la CPEUM. El artículo 52 de la LFCE establece lo siguiente:

*“Artículo 52. Están prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y las barreras que, en términos de esta Ley, disminuyan, dañen, impidan o condicionen de cualquier forma la libre concurrencia o la competencia económica en la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios.”*⁴¹

Como se podrá apreciar, pareciera que los derechos de autor y la competencia económica tienen fines completamente opuestos:

“En términos generales, la problemática del análisis a la interacción entre la competencia y el derecho de autor yace en el hecho de que los dos marcos jurídicos contienen elementos tanto convergentes como opuestos, hecho que resulta en un equilibrio final incierto. La convergencia yace en el establecido ‘objetivo común de promover la innovación y el desarrollo del bienestar del consumidor’. Ambos marcos jurídicos se basan en principios de eficiencia microeconómica y están diseñados para evitar fallas específicas en el mercado. En ese sentido, el derecho de autor y la competencia están encaminados a maximizar el bienestar social.

*Sin embargo, mientras las leyes de competencia buscan alcanzar dicha meta eliminando comportamientos y prácticas que restringen la competencia, el derecho de autor busca la misma meta tomando el camino opuesto, creando monopolios y alterando el paradigma competitivo. De esta fricción entre las normativas opuestas puede emanar el conflicto.”*⁴²

La mayoría de los medios de protección otorgados por medio de la propiedad intelectual no solamente tienen el objeto de proteger al inventor o creador, sino que también tienen un objeto de proteger a la competencia.

Los derechos de propiedad industrial, los cuales consisten en derechos marcarios para signos distintivos, y en patentes y diseños industriales para las invenciones (los cuales todos, de acuerdo a los opositores de la protección por parte de los derechos de autor, son protección suficiente para los diseños de moda), tienen un doble papel: otorgar

⁴⁰ **Sherman Act**, Section 3.

⁴¹ **Ley Federal de Competencia Económica**. (P.O. Mayo 23, 2014/ Enero 27, 2017)

⁴² Ramello, G. **Copyright and Antitrust Issues**. Liuc Papers n. 114, Serie Economía e Impresa, 31, 2002. Disponible en línea: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=352760

derechos de exclusividad a los competidores sobre sus signos distintivos e invenciones, y proteger al consumidor evitando su confusión.

En efecto, las marcas, aplicadas a signos distintivos como nombres y logotipos, tienen también la función de otorgarle una certeza al consumidor sobre la fuente de sus productos. De hecho, los exámenes marcarios efectuados por las diversas oficinas de propiedad industrial alrededor del mundo, más allá de proteger a los competidores otorgándoles exclusividad sobre sus signos, buscan proteger al consumidor.

Así, por ejemplo, se deberá negar una solicitud de marca si ésta corre el riesgo, ya sea por ser similar a otra registrada con anterioridad (lo suficiente como para causar confusión en el consumidor promedio) o bien si la marca es descriptiva de los productos o servicios que se buscan proteger con la marca, igualmente con el objetivo de no engañar o confundir al consumidor.

De tal manera, se puede apreciar la doble función de los derechos de propiedad industrial, los cuales también funcionan bajo principios competitivos.

No obstante, los derechos de autor tienen un objetivo distinto: proteger al creador, dejando a un lado los beneficios para el consumidor. En efecto, aquellas obras protegidas por el derecho de autor como lo son las obras artísticas, la pintura, escultura, la música, la fotografía, entre muchas otras, tienen un propósito puramente artístico.

Por consiguiente, un artista es capaz de alzar los precios de sus obras a su propio arbitrio, ya que el fin primordial de los derechos de autor es permitir que los artistas lucren con sus obras, mediante la penalización a un tercero que busque apropiarse de su creatividad.

En ese sentido, es que la primordial diferencia entre las obras protegidas por el derecho de autor, y los signos distintivos e invenciones es la falta de funcionalidad de las obras artísticas y literarias: no son necesarias para la subsistencia del ser humano.

“Valerse de la definición de arte es suficiente para considerar a la industria de la moda como parte del concepto: una actividad o producto “realizado con una finalidad estética y también comunicativa”, en la cual se expresan “ideas, emociones, o en general, una visión del mundo”.

...

La moda es un reflejo de la cultura, la sociedad y la condición humana, al igual que lo son el arte clásico y el moderno. La moda ha evolucionado en sintonía con la sociedad. En muchas

oportunidades ha sido el impulso de las revoluciones, y en algunos casos, el canal comunicativo de las crisis económicas, políticas y sociales.

En un tono más romántico e idealizado, asumimos que la moda expresa nuestra individualidad e historia; es un instrumento visual para hablar libremente sin pronunciar palabra.”

Los diseños de moda se encuentran en la intersección entre la funcionalidad y el arte, puesto que, si bien resulta evidente que el objetivo inherente de una prenda de vestir es precisamente cubrir el cuerpo humano, el diseño de moda tiene una segunda naturaleza: el arte y la expresión humana.

¿Por qué no se protege al diseño? El problema yace en el reduccionista punto de vista de que la moda es solamente funcional. Las leyes actuales regulan a la moda solamente en los términos de su utilidad como un medio para cubrir el cuerpo, sin importar su originalidad.

⁴³

El hecho de que hasta el diseño más conceptual se catalogue como meramente funcional es una ficción legal. La moda no se trata solamente sobre cubrir el cuerpo humano, sino que consiste en una expresión creativa – exactamente lo que debe proteger el derecho de autor:



⁴⁴

⁴³ Testimonio de Susan Scafidi. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “**A Bill To Provide Protection For Fashion Design**”, 27 de julio de 2006.

⁴⁴ Iris Van Herpen, “**Sensory Seas**”, Alta Costura, Primavera Verano 2020.

Historiadores y diversos académicos hacen una importante distinción entre la ropa y la moda. La ropa cubre el cuerpo mientras que la moda es una forma de expresión creativa. En otras palabras, una prenda de vestir puede ser un simple artículo de vestir, como una camiseta blanca, o bien puede ser **la expresión tangible de una idea** – el núcleo del objeto de protección del derecho de autor.

b. La doctrina de la funcionalidad en la Jurisprudencia

La autora del artículo “*The Role of the Non-functionality Requirement in Design Law*”, Orit Fitchsman, menciona que uno de los mayores problemas con la doctrina de la funcionalidad en el diseño es la ambigüedad de la definición de un artículo funcional.

No obstante, específicamente en torno a los diseños de moda y a su industria como tal, el problema no es la definición de funcionalidad, sino su mera aplicación en el diseño de moda.

*“Parece ser nada más que una repetición de las metas regulatorias detrás de la doctrina de la funcionalidad: está falto de cualquier análisis cualitativo de eficiencia cuando considera la disponibilidad de diseños alternativos. Paradójicamente, el amplio alcance del test podría resultar en un punto de vista de la funcionalidad innecesariamente estrecho; un diseño no se convierte en no-funcional (y por tanto protegible) por el simple hecho de que existan otras formas y diseños que se puedan usar mientras se pueda producir un producto funcional”.*⁴⁵

El razonamiento detrás de la negativa de protección a los elementos funcionales de un artículo es en esencia el proporcionar un derecho público a copiar elementos funcionales – es decir, es un derecho público acceder al mercado competitivo y ello implica la habilidad de plagiar los diseños de moda.

La doctrina de la funcionalidad, en principio, se aplicaba exclusivamente al derecho marcario, bajo el entendido de que el propósito del derecho marcario es evitar la competencia desleal al evitar la confusión del consumidor al encontrarse frente a productos similares, y que los derechos marcarios pueden consistir no solamente en palabras, sino en figuras tridimensionales, y para que éstos pudiesen subsistir, debían probar que los objetos o símbolos no fuesen funcionales.

⁴⁵ Id.

El ejemplo por excelencia de la doctrina de la funcionalidad es el tratar de solicitar la protección de la forma de una rueda aplicada a una llanta. Si dicha protección fuese concedida, los competidores en la industria de llantas se encontrarían inhabilitados para usar su forma inherente y necesaria.

Por ello, la Suprema Corte decidió en el caso *Qualitex Co. Vs. Jacobson Products Co.*, que la funcionalidad se actualizaba en un producto si un elemento “era esencial para el uso o propósito del artículo o si afectaba el costo o calidad del mismo”.

El autor Thomas Cotter, en el artículo “*The Procompetitive Interest in IP Law*”, establece que la existencia de funcionalidad se puede descifrar simplemente al observar si el uso exclusivo del elemento que se encuentra en el artículo podría poner a competidores en una desventaja significativa y no relacionada con su reputación.⁴⁶

El autor establece cuatro razonamientos bajo la teoría de la funcionalidad⁴⁷:

1. El negar protección a elementos de un artículo que pudiesen ser funcionales bajo la teoría de que la exclusividad sobre ellos contravendría un “derecho a copiar” de orden público.⁴⁸
2. Para evitar el traslape con las leyes sobre patentes.⁴⁹
3. El que el hecho de otorgar derechos exclusivos sobre el diseño de un producto que en su momento tuvo una patente previene a esos elementos caer en el dominio público.⁵⁰
4. Se interpreta a la funcionalidad como una excepción aplicable solamente cuando los competidores deben tener acceso a un diseño particular para competir efectivamente.

Este último se refiere a la ‘funcionalidad estética’. No es una funcionalidad que le otorgaría un beneficio a la sociedad o una nueva tecnología. La funcionalidad estética (en las imágenes comerciales) aplica a elementos de diseño que no se

⁴⁶ Cotter, T. **The Procompetitive Interest in Intellectual Property Law**. William and Mary Law Review, Volume 48, Page 483, 2006. Disponible en línea: https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/157/.

⁴⁷ A pesar de que el autor habla del derecho marcario, sus razonamientos aplican al derecho de autor – para diferentes efectos.

⁴⁸ Id. 516

⁴⁹ Id.

⁵⁰ Números 2 y 3 se referirían a elementos novedosos que fueron invenciones en su momento.

relacionan con el desempeño del producto, pero le confieren al mismo ‘un beneficio significativo’ que prácticamente no pueden ser sustituidos por diseños alternativos.⁵¹

En el caso *Wallace Intl. Silversmiths, Inc. vs. Godinger Silver Art Co.*, un Juez Federal afirmó que un diseño barroco en una vajilla era estéticamente funcional, por lo que los derechos exclusivos sobre el mismo hubieran permitido al actor excluir a los competidores en el mercado de la plata al no permitirles utilizar los elementos del diseño barroco “necesarios para competir”⁵²

Por otro lado, la decisión de la Suprema Corte en *TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.*, estableció que el criterio base para determinar la funcionalidad estética era la necesidad competitiva. “Al mismo tiempo, determinando que los elementos del producto que fueran “esenciales para su uso o propósito, o que afectaran su costo o calidad, **son funcionales sin importar la necesidad competitiva**”.⁵³

“Los criterios judiciales que interpretan la doctrina de la funcionalidad ofrecen pocas guías respecto a la definición de términos clave. Como resaltó Robert Bone, cuando los jueces determinan si un elemento de diseño es esencial para ‘el uso o propósito del artículo’ son inmensamente libres para definir el ‘artículo’ tan amplia o estrechamente como deseen.

Si un artículo es definido de manera amplia – tal como ‘silla’ o ‘vajilla’, puede haber relativamente pocos elementos que son literalmente esenciales, y paralelamente un gran número de alternativas disponibles para los competidores, hasta el punto que la **necesidad competitiva** se mantiene una preocupación válida, al menos en los casos de funcionalidad estética.

Una definición estrecha, limitada al producto o artículo específico que el demandante manufactura – sillas ‘Eames’, o ‘vajilla barroca’, por ejemplo, darían el resultado opuesto”.⁵⁴

Ahora bien, las anteriores teorías y criterios judiciales aplican para la imagen comercial, (derechos marcarios), cuyo propósito es sustancialmente diferente a aquellos perseguidos por el derecho de autor.

La funcionalidad estética (y por consiguiente, la utilitaria) tiene el propósito de proteger la competencia para que esta a su vez proteja al consumidor de confusión y alza

⁵¹ Id.

⁵² Id.

⁵³ Cotter, T. **Is this conflict really necessary? Resolving an Ostensible Conflict between Patent Law and Federal Trademark Law.** Marquette Intellectual Property Law Review, Vol. 3, 1999. Disponible en línea: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=146412

⁵⁴ Id. Pg. 519

en los precios. Sin embargo, el derecho de autor tiene, si no es que un efecto opuesto, uno completamente fuera de la esfera del derecho marcario: el proteger al creador, por lo que la aplicación de doctrinas aplicadas al derecho marcario es inaplicable y contraproducente.

Las Cortes estadounidenses han buscado otorgar cierta solución al problema al proveer excepciones a la doctrina de la funcionalidad, sin embargo, citando al Juez Richard Posner, *“los jueces generalmente hacen el ridículo al pronunciarse sobre cuestiones estéticas”*.⁵⁵ Lamentablemente, como veremos a continuación, los intentos para eximir a los diseños de la doctrina de la funcionalidad se han quedado cortos.

La primera excepción a la funcionalidad fue aplicada en 1954 en el caso *Mazer vs. Stein*. El veredicto de este asunto llevó a la inclusión de los elementos estéticos de artículos funcionales a la esfera de protección de los derechos de autor – siempre y cuando los elementos estéticos sean separables del artículo, y puedan subsistir por sí mismos. A esta excepción se le llamó la “separabilidad física”.

Como su nombre lo dice, un elemento estético de en un artículo funcional será objeto de protección si, simulando una separación física, el elemento se puede identificar por sí mismo. Por ejemplo, un dibujo implementado en una camiseta blanca. El dibujo puede identificarse por sí mismo, independientemente de la prenda en la que se haya implantado.

*“El diseño de un artículo funcional, definido en ésta sección (se incluyen los diseños de moda como ‘arte aplicado’) serán considerados una obra pictórica., gráfica o escultural solo sí, y solamente en aquellos elementos que puedan ser identificados por separado del artículo funcional, y puedan existir independientemente de los elementos funcionales del artículo.”*⁵⁶

Ésta excepción no cambió mucho para el diseño de moda. En efecto, no cambió nada, ya que generalmente, los elementos que podrían ser físicamente separables de una prenda, ya eran protegidos por sí mismos. Los jueces fallaron en tomar en cuenta que el hecho de que un elemento pueda ser físicamente separable de una prenda o cualquier otro objeto funcional, implica en sí mismo que ya era protegido por el derecho de autor.

Una gran parte de los diseños de moda son funcionales y artísticos al mismo tiempo en todos sus elementos. Es decir, mientras existen casos como una camiseta blanca

⁵⁵ Gracen v. Bradford Exch., 698 F.2d 300, 304 (7th Cir. 1983)

⁵⁶ 17 U.S.C. § 101.

que contenga un dibujo sobre el cual se puede proteger el dibujo por separado y en lo individual, también existen aquellos diseños que no son separables de su aspecto funcional. Algunos ejemplos son los siguientes:



Como se podrá apreciar por los anteriores diseños, es imposible separar al diseño de sus aspectos funcionales, ya que sus aspectos estéticos no pueden subsistir, ni identificarse independientemente de la prenda en sí.

Separabilidad Conceptual

En el año 1980, los jueces finalmente comprendieron la ineficacia de la separabilidad física como excepción a la doctrina de la funcionalidad en términos del debate para la protección del diseño. En el caso *Kieselstein-Cord vs. Accessories by Pearl, Inc.*, se creó la “separabilidad conceptual”.

La separabilidad conceptual se determina mediante un test que ‘cuestiona si existe un propósito potencialmente estético del diseño en su totalidad, que es diferente a su propósito funcional’.⁵⁹

Un ejemplo de la separabilidad conceptual es la hebilla de un cinturón, que alguien elige utilizar como ornamentación en un lugar distinto a la cintura. En el caso en cuestión, la Corte estableció que el principal aspecto ornamental de la hebilla de un cinturón es “conceptualmente separable” de su propósito subsidiario funcional.

57 Alexander McQueen, “The Horn of Plenty”, Otoño 2008.

58 Alexander McQueen, “La Dame Bleue”, Primavera 2008

59 Fischman Afori, O. **The Role of the Non-functionality Requirement in Design Law**. Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 20, No. 1, p. 847, 2010. Disponible en línea: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ipj/vol20/iss3/5/>

Es decir, para que un artículo pueda ser protegible, debe de tener la ‘habilidad’ de poder ser utilizada de otra manera que su propósito inherente. La hebilla de un cinturón se podría considerar como joyería, por lo que se podría utilizar de otra manera que en un cinturón, y por lo tanto sería protegible. O lo que sea que signifique.

Aunque en un principio pareciese ser la solución para la protección del diseño de moda, “*las prendas de vestir rara vez cumplen con los requisitos para que apliquen las doctrinas de la separabilidad física o conceptual, puesto que la mayoría de las veces, el diseño en sí mismo, como el corte de una manga, ‘simultáneamente sirve su función de vestimenta, al cubrir el cuerpo humano y protegerlo de los elementos.*”⁶⁰”

*“Como resultado de ello, se ha criticado considerablemente al criterio de separabilidad como ambiguo, imposible de actualizarse, arbitrario y sujeto a manipulación.”*⁶¹

Las anteriores doctrinas, si bien fueron aplicadas al derecho marcario y el diseño de la moda se encontraba dentro de una laguna legal, en el 2017 la Suprema Corte resolvió el asunto, y no fue favorable para la industria de la moda. El polémico y controversial caso fue *Star Athletica, LLC. vs. Varsity Brands, Inc.*⁶²



La actora, una gigante manufacturera de uniformes de porrismo, tenía registrados ante la Oficina de Derechos de Autor de Estados Unidos, cinco dibujos que consistían en diseños bidimensionales como los que se aprecian anteriormente.⁶³ La demandada Star Athletica es una comercializadora de todo tipo de artículos para deportes, y en el año 2010, incluyó en su catálogo un diseño de porrista muy parecido a los que se observan. Varsity Brands demandó y el caso llegó a la Suprema Corte.⁶⁴

⁶⁰ Celebration Int'l, Inc. v. Chosun Int'l, Inc., 234 F. Supp. 2d 905 (S.D. Ind. 2002)

⁶¹ Id.

⁶² <https://www.thefashionlaw.com/home/supreme-court-says-cheerleader-uniform-is-protectable-by-copyright-law>

⁶³ Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc., 580 U.S. (2017)

⁶⁴ The Fashion Law, 2006.

Star Athletica contrademandó, y un Juez de Distrito decidió que debido a que los diseños registrados como derecho de autor por Varsity Brands no eran ni física ni conceptualmente separables del uniforme, los derechos de autor eran nulos y no había infracción alguna al copiar el diseño. Una Corte de Apelaciones revertió el sentido de la pasada sentencia al afirmar que los diseños sí eran sujetos al derecho de autor:

“Hasta el punto en que Star Athletica argumenta que los elementos pictográficos, gráficos o esculturales están inextricablemente entrelazados con los aspectos funcionales de un uniforme de porrista por que sirven una función decorativa [...] rechazamos el argumento. Una resolución que convierte a todas las obras de arte en impropetegibles. Bajo esta teoría de funcionalidad, una pintura de Modrian no sería sujeta a protección por que decora el cuarto en el que se encuentra colgada. Pero las pinturas si gozan de derecho de autor.”⁶⁵

El Sexto Circuito resolvió que el mejor test para determinar la separabilidad era el siguiente:

- 1) ¿El diseño es una obra pictórica, gráfica o escultural?
- 2) Si lo es, ¿es el diseño de un artículo funcional?
- 3) ¿Cuáles son los aspectos utilitarios del artículo funcional?
- 4) ¿Puede el observador del diseño identificar la obra pictórica, gráfica o escultural y separarlos de los aspectos funcionales del artículo?
- 5) ¿Puede la obra pictórica, gráfica o escultural existir independientemente de los aspectos funcionales del artículo?

En su decisión, la Suprema Corte determinó que los uniformes de Varsity Brands satisfacían un test de elegibilidad de dos pasos: las decoraciones superficiales del uniforme se pueden identificar como elementos que tienen cualidades pictóricas, gráficas o esculturales, y las mismas, aplicadas a otro medio, hubieran calificado como una obra de arte bidimensional que no replica el uniforme.

El fallo calificó a la funcionalidad conceptual como obsoleta, y sin embargo, en lugar de crear un examen ajustable a la situación, reiteró a la separabilidad física como parámetro para la protección de los diseños, lo cual, lamentablemente, implicó regresar a la partida uno.

⁶⁵ *Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc* August 19, 2015, the U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit

“Y así, en el amanecer de Star Athletica, el análisis sobre la elegibilidad de los diseños para ser protegidos por el derecho de autor bien podría retroceder al lugar donde empezó y conocerse como siempre se conoció.”⁶⁶

La conclusión esperada por académicos y expertos en la materia era aquella que hubiese decidido que el examen a efectuar iniciara buscando, en un producto funcional, algún elemento protegible, y, de existir, aplicar la protección. En su lugar, la decisión fue opuesta: si en algún producto que contenga elementos de diseño existe una función, no se le protegerá.

Y así, cualquier esperanza para extender la protección del derecho de autor a los diseños de moda se esfumó.

⁶⁶ Beebe, B. **Star Athletica and the Problem of Panaestheticism**. UC Irvine Law Review, Abril de 2019. Disponible en línea: <https://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol9/iss2/1/>

CAPITULO III.

DERECHO COMPARADO

a) La Unión Europea

A pesar de que algunos países pertenecientes a la Unión Europea, como Francia, otorgan protección a los diseños de moda por medio del derecho de autor, al haberse observado múltiples casos de plagio, la Unión Europea (UE) decidió adoptar una legislación *sui generis* a efecto de proteger a los diseñadores.

El Parlamento de la UE decidió que una legislación *sui generis* para proteger a los diseños de moda era ideal para proteger a los diseños de moda, siendo que de esa forma, se esquivaría el obstáculo de la doctrina de la funcionalidad, incluido en el marco jurídico de múltiples países.

En Octubre de 1998, la Unión Europea, habiendo observado la necesidad de protección para los diseños de moda, promulgó la Directiva 98/71/EC del Parlamento Europeo. Éste cuerpo legislativo le otorga una protección a los diseños de moda, bajo un registro, de 5 años renovables hasta 25 años, a los diseños de moda, o bien diseños aplicados en productos **complejos** cuya **impresión general** resulte novedosa y con un carácter individual.

Los diseños de moda aplicados o incorporados en un producto complejo se consideran novedosos y con un carácter individual bajo la Directiva si:

- a) La parte componente, una vez incorporada en el producto complejo, **permanece visible** durante el uso normal de dicho producto complejo...
- b) Hasta el punto en que esos elementos visibles del producto complejo cumplan en sí con los requisitos de novedad y carácter individual.

El carácter individual de un diseño se determina por la impresión general que este produce respecto a otro diseño ya divulgado, previo a la fecha de registro. Como se podrá apreciar, la Directiva contiene una interpretación general de lo que puede constituir un diseño protegible, concentrándose más en las limitaciones y excepciones para la protección de un diseño.

Establece que el derecho de protección no subsistirá en elementos de un producto que estén **únicamente dictados por su función técnica**. Es decir, contrario a la

interpretación americana de la funcionalidad en las prendas de vestir, la Unión Europea establece que, mientras el producto en cuestión tenga algún elemento de diseño, será protegible.

Asimismo, los derechos no aplicarán a elementos de la apariencia de un producto que deban de ser reproducidos **exactamente, en forma y dimensiones**, a fin de que se le permita al producto al que el elemento se incorporó funcionar.

Esta Directiva se ejecuta mediante un registro del diseño ante la Oficina de Armonización del Mercado Interno (OHIM).

Por otro lado, la Unión Europea implementó en el año 2002, la regulación de Consejo No 6/2002, la cual otorga una protección a los diseños de moda, sin necesidad de registro. Esta regulación le otorga una protección automática, sin necesidad de registro, a los diseños de moda por tres años a partir de la fecha de su divulgación.

Dicha regulación se basa en una amplia definición de diseño, cuya protección no está limitada por su funcionalidad, que consiste en “*la apariencia del total o parte de un producto resultando de los elementos, en particular, de líneas, contornos, forma, textura, y/o materiales del producto en sí, y/o su ornamentación.*”.

En virtud de éste sistema dual de protección, todos los diseños de moda originales reciben una protección automática por un periodo mínimo de tres años.

Expertos argumentan que la industria de la moda en Europa, cuna de la Alta Costura y hogar de los conglomerados de moda más exitosos en el mundo – cuyos dueños, Bernard Arnault (Louis Vuitton- Moët Hennessy) y François Pinault (Grupo Kering) ocupan el primer y tercer lugar, respectivamente, de los hombres más ricos de Francia – es tan exitosa precisamente por la protección otorgada a los diseños de moda.

Es importante destacar el pequeño esfuerzo que requirió para el Parlamento de la UE el ‘esquivar’ los obstáculos impuestos por el impedimento que en cuyo caso causaría la doctrina de la funcionalidad a la protección a los diseños de moda.

En lugar de otorgarle una visión restrictiva y limitada a un artículo inherentemente funcional, con aspectos o un fin artístico o creativo como lo es el diseño de modas, la UE simplemente niega la protección a artículos que resulten pura y únicamente funcionales.

Cabe destacar que el léxico utilizado para la Directiva de la UE ya tenía un remedio a la decisión de la Suprema Corte estadounidense *Star Athletica vs. Varsity*

Brands – aún antes de existir: la comprensión de que la existencia de un elemento de diseño en un artículo funcional no significaría la apropiación sobre la funcionalidad de dicho artículo.

b) México y la apropiación cultural

En noviembre del 2015, la diseñadora francesa Isabel Marant mostró su colección *Etöile*, dentro de la cual se podía apreciar un blusón que a primera vista, tenía cierto parentesco con patrones de prendas de origen indígena.

La ahora senadora por MORENA, Susana Harp, publicó en su cuenta de *Twitter* que la blusa de Marant era una imitación casi exacta de una blusa típica de la comunidad indígena de Tlahuitoltepec, Oaxaca. La blusa de Marant se vendía en plataformas de lujo online como *Net-a-Porter* por \$295 dólares.



Medios internacionales como *The Guardian* publicaron el plagio, y entrevistas con las mujeres integrantes de la comunidad indígena oaxaqueña [quienes vendían la misma blusa por aproximadamente \$500.00 pesos⁶⁷] aseguraron que estaban buscando todas las herramientas que pudieran encontrar para iniciar un proceso legal en contra de la francesa.

El caso atrajo atención internacional acusando a Marant de apropiación cultural. Sin embargo, no se tomó acción legal alguna. Marant removió la blusa del mercado y comentó que la blusa era un “homenaje” inspirado en la rica cultura mexicana.

⁶⁷ Testimonio de Tajëw Díaz, mixe de Santa María de Tlahuitoltepec, 16 de enero de 2021.

El gobierno mexicano no tomó acción legal alguna, a pesar de que ocurrieron múltiples casos similares en años siguientes.⁶⁸ Sin embargo, el primero de julio de 2020, entró en vigor una reforma integral a la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) con el objetivo de proteger los diseños artesanales de las culturas indígenas ante el plagio.

El objetivo fue modificar, en particular, al artículo 159, el cual antes de la reforma establecía que el uso de las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal provenientes de pueblos indígenas pertenecía al dominio público – de uso libre – siempre y cuando se hiciera mención de la comunidad de la que es propia. El precepto se modificó para establecer que se permitirá el uso de dichas obras en los términos del Título VI de la LFDA, en esencia, con aprobación expresa de la comunidad propietaria.⁶⁹

Asimismo, se presentó ante el Senado de la República el proyecto de ley llamado Ley De Salvaguardia De Los Conocimientos, Cultura e Identidad De Los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos (**LSCI**), el cual fue aprobado por unanimidad por el Senado.

Dicha ley regularía el plagio y la ‘apropiación cultural’ por medio de licencias contractuales, ya que de acuerdo al artículo 2° de la CPEUM, los pueblos indígenas gozan de autonomía y libre determinación. Por ello, sería inconstitucional y arbitrario condenar el plagio sin permitir a los pueblos indígenas elegir el permitir el uso de sus diseños a cualquier tercero.

En ese sentido la LSCI obligaría a cualquier tercero, nacional o extranjero que plasme en cualquier artículo un diseño artesanal proveniente de un pueblo indígena mexicano, a contar con una licencia de uso firmada por el líder o representante del respectivo pueblo.

A pesar de que el proyecto de la LSCI se encuentra detenido, las reformas a la LFDA se encuentran en pleno vigor, y mientras no son tan específicas como la LSCI, establecen claramente que solamente se permitirá el plagio de diseños indígenas con la autorización de la comunidad originaria.

68 En el año 2019, Carolina Herrera basó su colección completa en diseños indígenas. Carolina Herrera, Colección Resort 2020. Disponible en línea: <https://www.vogue.com/fashion-shows/resort-2020/carolina-herrera>

69 Ley Federal del Derecho de Autor. (P.O. 24 de diciembre de 1996/1 de julio de 2020)

En ese sentido, la apropiación cultural – o al menos la mayor parte de la misma – es accesoria al plagio de diseños de moda, ya que sin que se permitieran éstos, no fuera posible llevar a cabo la apropiación cultural en la moda.⁷⁰

*Muchas instancias de la apropiación cultural se pueden explicar, por lo menos en parte, por el hecho de que la copia es tan penetrante en la industria global de la moda. Mientras que el diseño de moda está marcado por un nivel de creatividad sorprendente, la imitación continúa siendo el motor del proceso de conceptualización.*⁷¹

De un breve análisis a las distintas soluciones implementadas tanto por la UE como por México para atender a sus problemas específicos con respecto al plagio, se desprende que, si bien la doctrina de la funcionalidad impide el que los diseños de moda gocen de protección por medio del derecho de autor, las distintas Constituciones de las naciones permiten la creación de legislaciones *sui generis* para proteger a los diseños, como una ramificación o variación del derecho de autor.

No obstante, ambos proyectos de Ley propuestos ante el Congreso estadounidense en el 2006 y 2012 para proteger a los diseños de moda también tenían el carácter de *sui generis*, ya que, por su intención de otorgar protección únicamente por tres años, no podrían calificarse como derecho de autor *per se*.

Habiendo concluido tras analizar el marco jurídico estadounidense y los precedentes judiciales en la materia que la jurisprudencia no ha sido capaz de resolver el dilema de la funcionalidad aplicada a las prendas, y que, no obstante, la legislación *sui generis* ha sido exitosa en el derecho comparado, en el siguiente capítulo se analizarán los argumentos prácticos planteados por los opositores a la protección de los diseños a los proyectos de ley propuestos ante el Congreso estadounidense.

⁷⁰ Vezina, Briggite. **Curbing cultural appropriation in the fashion industry with intellectual property**. Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Agosto de 2019. Disponible en línea: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/04/article_0002.html

⁷¹ Id.

CAPÍTULO IV.

CUESTIONES PRÁCTICAS DE LA INDUSTRIA

En las audiencias ante el Subcomité de Tecnología y Propiedad Intelectual de la Casa de Representantes estadounidense, para los proyectos de Ley DPPA en el 2006 y ID3PA en el 2012, expertos en la industria de la moda expusieron sus argumentos ante el tanto a favor como en contra de la protección de los diseños.

Ambos proyectos de Ley tenían el carácter de *sui generis*, en virtud de que otorgarían protección a los diseños por un plazo máximo de tres años. La mayor diferencia entre ambos es que el DPPA utilizaba un lenguaje más general para establecer en qué consistiría una prenda infractora – aquellas que fueran “sustancialmente similares” a otras prendas divulgadas con anterioridad – mientras que el ID3PA estrechó la definición a prendas “sustancialmente idénticas”.

Interesantemente y en virtud de que los proyectos esquivaron a la prohibición impuesta por la doctrina de la funcionalidad, los argumentos en contra de la aprobación de la Ley, los cuales ultimadamente prevalecieron en ambos casos, tuvieron poco que ver con la funcionalidad y más que ver con las cuestiones prácticas de la industria de la moda, que, como se apreciará a continuación, son bastante subjetivas.

a) La Paradoja de la Piratería

Los ‘padres’ opositores de la protección a los diseños de moda por medio del derecho de autor (o por cualquier otro medio) son los profesores Kal Raustiala (*UCLA*) y Christopher Springman (*Virginia Law School*), autores del polémico libro publicado en el 2006, “*The Knockoff Economy: When Imitation Sparks Innovation*”, por medio del cual argumentan que el motor de ciertas industrias, como la comedia y la cocina, es el plagio, ya que viven en un “*espacio negativo de la propiedad intelectual*”⁷².

Plantean que, en dicho espacio negativo, es la imitación la que estimula la innovación en ciertas industrias, y por consiguiente, su crecimiento. *A contrario sensu*,

⁷² Raustiala, K., Springman, C., *The Piracy Paradox Revisited*. Stanford Law Review, Volume 61, Issue 5, Page 1201, 2010. Disponible en línea: <https://www.stanfordlawreview.org/print/article/response-the-piracy-paradox-revisited/>

argumentan que un régimen estricto de propiedad intelectual causaría un serio menoscabo en industrias como la comedia, la cocina, y la moda.

El libro atiende superficialmente al tema del diseño de moda sin entrar en detalles. Sin embargo, en el año 2009 publicaron el hasta hoy debatido artículo en el *Virginia Law Review*, titulado “*La Paradoja de la Piratería: Innovación y Propiedad Intelectual en el Diseño de Moda*”, en el cual plantean que la protección a los diseños de moda es no solamente innecesaria, si no perjudicial para la industria.

“¿Por qué razón la industria prospera cuando la copia de nuevos diseños es perfectamente legal? Hicimos dos principales reivindicaciones. Primero, argumentamos que la copia de un diseño contribuye a un proceso de obsolescencia inducida – esto significa que la copia ayuda a difundir los diseños a las masas, donde pierden su atractivo para los conocedores de la moda. El deseo para nuevos diseños es “inducido” por este proceso. Segundo, argumentamos que la copia ayuda a anclar las tendencias. Los consumidores con consciencia de la moda buscan seguir tendencias; la copia ayuda a que la industria cree tendencias y las comunique al consumidor, permitiéndoles seguirlas. Estos dos argumentos explican lo que caracterizamos como la “paradoja de la piratería”: la piratería es paradójicamente beneficiosa para la industria de la moda.”⁷³

La hipótesis central del artículo reside en un concepto que los profesores llaman un “equilibrio de baja propiedad intelectual”- refiriéndose a un entorno de baja o total falta de protección por medio de la propiedad intelectual a los diseños de moda, dentro del cual la industria prospera, por la singularidad y particularidad de la industria.

Las teorías de los profesores se basan en una presunción opuesta a la doctrina del incentivo, la base de la legislación de la propiedad intelectual, puesto que la industria de la moda y las otras mencionadas en su libro constituyen una “anomalía empírica”.

Plantean dicha anomalía como un ciclo de la moda: un diseñador crea una prenda, que subsecuentemente es plagiada por cadenas de moda rápida, y se disemina rápidamente hacia las masas, volviéndose inmensamente popular. Tras un tiempo, y debido a que perdió su exclusividad, el diseño pierde su atractivo para el consumidor con alto poder adquisitivo que tiene posibilidades de comprar el original.

Afirman que ésta falta de atractivo para el consumidor con alto poder adquisitivo obliga al diseñador a esforzarse en traer al mercado nuevos modelos, lo cual resulta en un

⁷³ Id.

aumento de productividad y por tanto, de ventas. El siglo se vuelve a repetir temporada tras temporada, y el diseñador aumenta su utilidad.

Los profesores le llaman a este ambiente “el epítome de la innovación y la competitividad”, puesto que la industria ha demostrado que es exactamente como se debería ver una industria competitiva, próspera y saludable.

En ese sentido, la teoría de la paradoja de la piratería se puede resumir en lo siguiente: La teoría del incentivo de la cual emanan los derechos de la propiedad intelectual no funciona en la moda, que prospera no bajo incentivos, sino bajo la amenaza de desplazamiento que implica el plagio (sus diseños a menos costo).

Otro de los argumentos planteados por los profesores Raustiala y Springman y no debatidos en el punto pasado, es aquel que menciona que la industria de la moda es próspera, saludable y competitiva, esto no a pesar de la falta de protección, si no debido a.

*“La moda presenta un fascinante rompecabezas para las teorías ortodoxas de la propiedad intelectual. ¿Cómo mantiene la industria niveles tan altos de inversión en nuevos diseños sin protección en contra de las imitaciones? Cada temporada miles de nuevos diseños son producidos por el gran número de casas de moda compitiendo en un mercado que vale cerca de \$200 billones de dólares en ventas anuales. Y una porción significativa de esto significa la copia”.*⁷⁴

Por otra parte, los profesores Raustiala y Springman no solamente argumentan que la falta de protección resulta en un escenario en el cual todos ganan: el diseñador, por la presión creada por el plagio, se encuentra obligado a producir más y por tanto obtiene más ventas, y el consumidor, a través de los diseños plagiados, si no que la protección tendría efectos anticompetitivos.

Raustiala y Springman continúan sobre esa línea de argumentación:

*“El éxito del ACMA al reducir la copia no significa que la asociación tuviera un efecto positivo en la innovación. Asimismo, si el sistema de la asociación llevó a algunas firmas de la copia al diseño, como lo argumentan Hemphill y Suk, eso no significa que haya habido más innovación. Como todos los carteles anticompetitivos, el ACMA se formó para **restringir – y ser exitosos – la oferta**. Por lo tanto, la cuestión clave en temas de regulación debe ser si la innovación fue más alta, no si los involucrados cambiaron su estrategia de mercado. Lo que no se puede contestar es que, en las décadas desde la caída del ACMA, la*

⁷⁴ Id.

industria de la moda no solamente ha sobrevivido sin derechos de autor, si no que ha prosperado.”

*“Los proponentes de la implementación de los derechos de autor a la moda frecuentemente cuentan historias de diseñadores que fueron dañados por la copia; pero nunca cuentan las historias de los diseñadores que se beneficiaron de una nueva tendencia, o por haber originado un diseño que se tornó popular y altamente consumido por la imitación en base a tendencias. **La cuestión más amplia es, ¿si la innovación y la competencia serían mejor servidas bajo una regulación más estricta?**”*

Previo a ahondar en las afirmaciones de los profesores, es importante clarificar lo que se considera por ellos como innovación y creación en la moda: si la innovación y la creatividad no se encuentra en el diseño, si no en la copia, se encuentra en un modelo de negocios.

“La forma más notable del plagio en el diseño de moda toma parte dentro de las compañías de fast-fashion, quienes otorgan acceso a los diseños de alta costura a las masas a bajos precios. Estas compañías copian las tendencias más atractivas y comprometedoras vistas en los shows de moda, y las transforman en productos que pueden ser postrados en el mercado inmediatamente, aclarando que el plagio de diseño es el núcleo de su modelo de negocios.”⁷⁵

El autor Philip Liu ⁷⁶ plantea (utilizando la teoría de Raustiala y Springman como base para sus presunciones) que los proponentes de los proyectos de Ley para proteger a los diseños de moda no han tomado en cuenta las posibles implicaciones para la competencia económica: el hecho de que la protección crearía monopolios por medio de los cuales los diseñadores podrían limitar quien tiene acceso a sus productos y así controlar los precios, y que en el mercado de lujo, solo aquellos con poder adquisitivo podrían consumir los artículos de moda por sus altos precios.

b) Análisis

Partiendo de los planteamientos propuestos por los opositores a la protección de los diseños de moda, a continuación me permito puntualizar cada uno a efecto de un estudio completo:

⁷⁵Janssens, A., Lavanga, M. **An Expensive, Confusing, and Ineffective Suit of Armor: Investigating Risks of Design Piracy and Perceptions of the Design Rights Available to Emerging Fashion Designers in the Digital Age.** Fashion Theory the Journal of Dress, Body and Culture, 2020. Disponible en línea: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1362704X.2018.1515159?needAccess=true#aHR0cHM6Ly93d3cudGFuZGZvbmxpbmUuY29tL2RvaS9wZGYvMTAuMTA4MC8xMzYyNzA0WC4yMDE4LjE1MTUxNTk/bmVIZEFjY2Vzcz10cnVlQEBAMA==>

⁷⁶ Liu, P. **An open shield: antitrust arguments against extending copyright protection to fashion designs.** Information & Communications Technology Law, 23:2, 159-171, DOI: 10.1080/13600834.2014.916934

a) La obsolescencia inducida

El planteamiento propuesto en la paradoja de la piratería que sostiene que el plagio obliga al diseñador original a crear más prendas para satisfacer el deseo de originalidad del consumidor que tiene las posibilidades de comprar los diseños originales, podría ser, y en ciertos casos, es válido, únicamente hasta el punto en que el diseño en cuestión consista en un bien posicional, es decir, que además de ser reconocido por el público en general, sea capaz de conferir un estatus.

Solamente un bien posicional pudiera adaptarse al ciclo de moda propuesto por la paradoja de la piratería, ya que un artículo que confiera estatus es el único capaz de ser suficientemente popular diseminarse hacia las masas.

Así bien, para que un artículo pueda conferir estatus y constituir un bien posicional, este debe de tener la capacidad de ser reconocible, y para ser reconocible, este tendría que a) contener en él una marca, o bien b) ser, por sí mismo, tan reconocible que no necesite exhibir un logo o nombre para que el público consumidor la conozca.

En diciembre del 2018, el artículo “*On the Monetary Impact of Fashion Design Piracy*”, realizó un estudio económico comparando las afirmaciones planteadas en la paradoja de la piratería, tomando en cuenta la psicología y el comportamiento del consumidor.

Los resultados de su estudio arrojaron que, para que el beneficio al diseñador causado por el plagio propuesto por la paradoja de la piratería sea posible, las prendas deben tener el carácter de bienes posicionales, y adquirir dicho carácter se puede lograr solamente mediante el reconocimiento del público.

Por lo anterior, considero ilógico afirmar que el plagio afectará positivamente a un diseñador emergente y no reconocido, ya que sus diseños no tendrían el carácter de un bien posicional y el reconocimiento de un bien posicional toma, en la mayoría de los casos, décadas para construirse.

*“Detrás de cada premisa, ya sea explícita o implícitamente, se encuentra la idea de que todos los diseños de moda son bienes de carácter posicional, cuya marca es comúnmente reconocida. Sin embargo, esta categoría de bienes reconocibles y que se auto-publican están limitadas mayormente a casas de moda de lujo. ... **Combinados, estos argumentos prueban***

las fallas del argumento económico utilizado por opositores para bloquear la legislación propuesta protegiendo a los diseñadores de moda del robo de sus creaciones.”⁷⁷

En efecto, un diseñador emergente, como cualquier otro emprendedor o joven artista, generalmente no cuenta con el capital para producir una colección adicional⁷⁸ tras no haber podido recuperar su inversión perdida a causa de un diseño plagiado vendido a una fracción de su precio.

Frecuentemente, el diseñador no vende siquiera una cuarta parte de lo que vende un diseño plagiado menos costoso. Narciso Rodríguez, el diseñador del vestido de bodas utilizado por Carolyn Besette en su boda con John F. Kennedy Jr., vendió 45 ejemplares, mientras que 8 millones de vestidos plagiados se vendieron en Estados Unidos.⁷⁹

Es importante destacar que, en su mayoría, el consumidor promedio no tiene el conocimiento de que está adquiriendo un plagio. En virtud de que los diseños de moda objeto de este trabajo son aquellos que precisamente no contienen en él logotipos, únicamente un ávido conocedor de la moda tendrá conocimiento que se le está vendiendo un diseño plagiado, mismo que fue producto de meses de trabajo y capital invertido por un diseñador.

El famoso diseñador establecido con un negocio exitoso puede ser capaz de tolerar las pérdidas que causa el plagio, pero puede absolutamente destruir la carrera de un nuevo diseñador.”⁸⁰

b) El carácter innovador y próspero de la industria

La paradoja de la piratería plantea además que la industria de la moda es exactamente como se debe ver una industria saludable, próspera y competitiva, y que impedir el plagio a los diseños de moda irrumpiría el delicado balance entre la creatividad y las tendencias en la industria.

⁷⁷ Day, E. **Double-Edged Scissor': Legal Protection for Fashion Design**. North Carolina Law Review, Volume 86, Number 1, 2007. Disponible en línea: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4294&context=nclr>

⁷⁸ Testimonio de Lázaro Hernández, diseñador de Proenza Schouler. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “**Innovative Design Protection And Piracy Prevention Act**”, 15 de Julio de 2011.

⁷⁹ Day, E. **Double-Edged Scissor': Legal Protection for Fashion Design**. North Carolina Law Review, Volume 86, Number 1, 2007. Disponible en línea: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4294&context=nclr>

⁸⁰ Testimonio de Jeffrey Banks. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “**A Bill To Provide Protection For Fashion Design**”, 27 de julio de 2006.

Sobre esto, es importante destacar que los diseñadores que han sido capaces de no ser desplazados del mercado, únicamente las casas de moda establecidas, se han adaptado a ésta atmósfera de falta de protección, muchas veces a costa de la creatividad.

“Solamente en el reino legal, los diseñadores creativos han cargado el peso y el costo de un esfuerzo de décadas para artificar protección equivalente al derecho de autor de otras áreas de la propiedad intelectual, particularmente presionando los límites de los derechos marcarios, las patentes de diseño y la imagen comercial.” ⁸¹

En efecto, los diseñadores se han “adaptado” a la realidad legal en la que se encuentran sus diseños y han resurtido a adecuar a sus prendas para que califiquen para protección por parte de las marcas o patentes de diseño.

La autora Casey Callahan, menciona que el detrimento a los incentivos de los diseñadores no es el único efecto negativo de la falta de protección a los diseños de moda, sino que también ha frenado la creatividad:

“Si una marca puede prohibir copias de diseños que emplean su logotipo, pero no un diseño similar que no contenga el logotipo, se crea un incentivo para emplear el logotipo. Aunque este comportamiento esté destinado a proteger los intereses económicos de la marca, lo hace a costa de la creatividad

*Al limitarse a sí mismos a artículos cargados de logos, los diseñadores se auto-imponen una carga a su creatividad, resultando en que la moda se trate menos de autoexpresión y más sobre anunciar la marca.”*⁸²

En efecto, la falta de protección por parte de los derechos de autor, y la ineficaz ‘protección’ que brindan las patentes de diseño y las imágenes comerciales, han impulsado a los diseñadores – por recomendación de sus abogados, a utilizar las marcas como una herramienta para proteger sus diseños, los cuales originalmente no hubiesen entrado a la esfera de protección otorgada por ellas.

El artículo publicado en Harvard Law Review, “*The Devil Wears Trademark: How the Fashion Industry Has Expanded Trademark Doctrine to Its Detriment*”⁸³ ,

⁸¹ Testimonio de Susan Scafidi. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “*A Bill To Provide Protection For Fashion Design*”, 27 de julio de 2006.

⁸² Callahan, C. **Fashion Frustrated: Why the Innovative Design Protection Act is a Necessary Step in the Right Direction, But Not Quite Enough.** Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, 2012. Disponible en línea: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjcfcl/vol7/iss1/9>

⁸³ Desconocido. **The Devil Wears Trademark: How The Fashion Industry Has Expanded Trademark Doctrine To Its Detriment.** Harvard Law Review, Volume 127, No. 3, 2014. Disponible en línea: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_trademark_doctrine.pdf

explora este fenómeno, y le llama a este tipo de diseños ‘cuasi-diseños’ – patrones o formas que se encuentran en la línea entre logos y diseños.

El autor argumenta que esta práctica está creando una laguna en el sistema, en donde los diseñadores, desesperados por proteger sus diseños, están dispuestos a abandonar el diseño, al apostar por derechos de propiedad intelectual *permanentes*.

En otras palabras, los diseñadores, bajo el conocimiento de que al implementar una marca en sus prendas las convertirá en prendas protegidas, han resurtido a cambiar el diseño de sus prendas para imprimir sus logos en camisas o vestidos, con tal de protegerse contra el plagio. Éste fenómeno es conocido como *logomanía*:



Es importante destacar que quienes se benefician de éste nuevo fenómeno son las casas de moda establecidas, ya que convierten a sus prendas en bienes posicionales – no obstante, aun así no son susceptibles de caer dentro del ciclo de la paradoja de la piratería, ya que su plagio es penalizado, lo que convierte a dicho ciclo en aún más obsoleto.

Por ello, si la teoría de la paradoja de la piratería fuera cierta, los diseñadores reconocidos estuviesen creando diseños atractivos para los plagiadores con el objetivo de obtener más ventas. Como se puede apreciar, están haciendo lo opuesto, lo que implica que los efectos del plagio son negativos aún en el patrimonio del diseñador reconocido, quien presuntamente se beneficiaría de él.

Los analistas de éste fenómeno han enumerado sus efectos y consecuencias⁸⁴:

- El detrimento a la innovación y creatividad.
- La creación de un desequilibrio de protección que privilegia a las marcas establecidas y con alto capital.

⁸⁴ Desconocido. **The Devil Wears Trademark: How The Fashion Industry Has Expanded Trademark Doctrine To Its Detriment.** Harvard Law Review, Volume 127, No. 3, 2014. Disponible en línea: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_trademark_doctrine.pdf

- La contribución a una decisiva falta de claridad en la doctrina de las marcas aplicada a la moda.

Del fenómeno de la *logomanía* se desprende que la continua exclusión de los diseños de moda de la esfera de protección del DA socava la normativa federal respecto a las marcas al perpetuar una laguna en el sistema legal de propiedad intelectual, tomando en cuenta el hecho de que la infracción marcaría [piratería] es penalizada, mientras que el plagio es permitido.

*A los diseñadores les importa profundamente que sus diseños sean protegidos y están dispuestos a recorrer grandes distancias para detener el plagio de sus diseños.*⁸⁵ Aunado al reciente fenómeno de la *logomanía*, se puede concluir que la voluntad de los diseñadores para proteger sus diseños a toda costa implica que el plagio no les otorga beneficio alguno.

c) Falta de originalidad en la industria de la moda

El pronosticador de tendencias, David Wolfe, centró su argumento en la audiencia ante el Congreso estadounidense para uno de los proyectos para proteger a los diseños en el año 2006, que nada es original en la moda, por lo que el protegerla causaría la apropiación de elementos de uso común en las prendas:

“Proteger a los diseños de moda y la creación de monopolios sobre el diseño interrumpiría el delicado balance y devastaría a la floreciente industria de la moda. El derecho de autor tiene su objetivo en proteger la originalidad, pero definir la originalidad en la moda es prácticamente imposible.

*La moda es una artesanía, no una ciencia o arte. La moda es una tradición de sastres trabajando sobre los mismos materiales, herramientas y conceptos, lo cual convierte en difícil el que alguien diseñe algo que no existe o esté fabricado de una forma similar. La moda es el producto de generaciones de diseñadores redefiniendo y redesarrollando los mismo elementos una y otra vez.”*⁸⁶

Sobre esto resulta importante preguntarse, ¿qué rama artística tiene elementos que puedan ser completamente originales? Si fuese cierto que nada es original en la moda, tampoco lo es en cualquier otra industria.

⁸⁵ Id.

⁸⁶ Testimonio del pronosticador de tendencias, David Wolfe. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 5055 “*A Bill To Provide Protection For Fashion Design*”, 27 de julio de 2006.

Sobre la originalidad, Wolfe comentó también que, si es difícil determinar la originalidad, sería imposible determinar cuando existe una infracción.

No obstante, es importante destacar el específico lenguaje de la última propuesta de Ley en el 2012, los artículos infractores deberán de ser “sustancialmente idénticos”, no “sustancialmente similares”, lo cual es un estándar mucho más riguroso para determinar la existencia de infracción.

En efecto, este estándar es equiparable a aquel utilizado en el derecho marcario, dentro del cual, para determinar la infracción o no registrabilidad, el diseño o nombre debe ser “similar en grado de confusión” a una marca ya existente. No es tan complicado aplicar ese estudio a un examen de similitud o identidad entre dos prendas.

En ese sentido, en las audiencias ante el Congreso estadounidense fue posible apreciar una constante preocupación por parte de los legisladores sobre si la protección de los diseños de moda permitirá la apropiación de elementos del vestir que deberían de pertenecer al dominio público, como un par de *jeans*.

El asumir esto demuestra una falta de credibilidad hacia todo el sistema de propiedad intelectual, ya que asume que la legislación no es capaz de distinguir entre elementos nuevos y elementos de uso común. Si dicha afirmación fuera cierta, una nueva vacuna que contenga paracetamol, únicamente por ese hecho, no podrá protegerse con una patente.

La protección a los diseños de moda funcionaría exactamente igual con cualquier obra artística ya protegida por los derechos de autor. A manera de ejemplificar, la escultura está protegida por los DA, y sin embargo, esto no ha permitido que un escultor se apropie de una forma tridimensional redonda. Como lo estableció la Suprema Corte en el caso *Mazer v. Stein* en 1954, “*la percepción individual de la belleza es un poder que se encuentra demasiado arraigado como para permitir un concepto rígido del arte.*”⁸⁷

Wolfe manifestó en la audiencia ante el Congreso estadounidense en el año 2012 que además de que la protección impulsaría litigios frívolos, que los jueces no saben lo suficiente de moda como para distinguir qué prenda incurriría en una infracción.

⁸⁷ *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1954)

La profesora Jeannie Suk replicó argumentando que ningún juez es experto en música, y menos en música hip hop. Sin embargo, esos mismos jueces inexpertos han resuelto un sinnúmero de litigios sobre música hip hop.

En ese sentido, el mismo criterio que aplican los opositores y que han adoptado los legisladores en el sentido de que nada es original en la moda es exactamente aplicable a todas las disciplinas artísticas.

Para una persona inexperta, toda la música clásica suena similar, sin mencionar cada instrumento. Lo mismo se podría decir para las novelas policiacas, o para los cuadros abstractos. Sin embargo, todas las anteriores obras son objeto de protección por el derecho de autor. ¿Por qué se excluye solamente a la moda con base en su falta de originalidad, si la originalidad no es determinante para su protección – y por ende, para determinar la existencia de una infracción?

d) La protección a los diseños aumentaría el costo de las prendas sustancialmente.

En la Audiencia ante el Congreso estadounidense, el profesor Springman mencionó que *“es la labor del Congreso el mantener un balance entre crear incentivos para los autores y creadores y **permitirle acceso al público a las ideas y expresiones.**”*⁸⁸

La declaración del profesor Springman remite a su argumento de que el proteger a los diseños de moda por medio del derecho de autor restringiría la oferta y además aumentaría los costos del diseño de modas, lo que causa un desequilibrio en el sistema de propiedad intelectual/competencia al ‘negarle acceso al público a las ideas y expresiones’.

En ese sentido, es importante aclarar la distinción implícita que el profesor Springman hace sobre el acceso a *apreciar* la expresión de una idea y *adquirirla*. Mientras uno de los objetivos del derecho de autor es incentivar a los creadores para que el mundo pueda apreciarlas y por tanto se fomente la cultura y creatividad, **esto de ninguna manera implica que el público tenga acceso a apropiarse (en el sentido de lucrar con) o adquirir un diseño a bajo costo.**

⁸⁸ Testimonio de Christopher Springman. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “*Innovative Design Protection And Piracy Prevention Act*”, 15 de Julio de 2011.

Sin embargo, la doctrina de la funcionalidad permite que argumentos como los de la paradoja de la piratería actúen como el contrapeso que previene la protección de los diseños de moda ante los legisladores. Reformulo la tesis de los profesores Raustiala y Springman:

Aún y cuando la imitación y el plagio sean perjudiciales para el diseñador, resultan en un beneficio para el consumidor, puesto que puede adquirir más diseño por menor costo. Aun así, el diseñador sigue diseñando, ¿entonces cuál es el problema? Aquí entra otra vez el tema de la competencia: a detrimento del diseñador, es más importante que el consumidor tenga ropa con diseño a menor costo, lo cual se traduce en una industria saludable por su cantidad de ventas.

Asumiendo que una razón válida para no proteger a los diseños de moda fuese por el presunto derecho del consumidor a adquirir ropa de bajo costo, todo el sistema de propiedad intelectual resultaría obsoleto.

Ésta simple afirmación debiese entonces replantear todo el sistema internacional de propiedad intelectual, puesto que, si el derecho a proteger a un creador es sobrepasado por el derecho al consumidor a tener acceso a determinado producto y además, a bajo costo, entonces no se le debería permitir a las galerías de arte vender piezas de Pablo Picasso en millones de dólares e impedir que otros reproduzcan sus obras, ya que el consumidor tendría derecho a acceder a esas obras por un bajo costo.

En ese sentido, validar la anterior aseveración implicaría replantear y dejar de lado la tesis del incentivo de la cual emanan **todos** los derechos de propiedad intelectual.

[Sobre el hecho de que la protección a los diseños de moda aumentaría sus precios] Lo mismo se puede decir sobre la protección de la música, películas, software y libros. Si estas obras no estuviesen protegidas por el derecho de autor, si nuevas tecnologías no estuviesen protegidas por patentes, ¿no bajarían los precios para el consumidor? ⁸⁹

Para poder analizar la declaración del profesor Springman, considero importante el definir entonces ¿cuál aspecto del sistema actual de falta de protección es el que le permite acceso al público a los diseños?: el bajo costo de las prendas.

En efecto, el único secreto de las compañías de moda rápida que le permiten acceder al público a las prendas por un bajo costo es precisamente su modelo de negocios – y lo que

⁸⁹ Testimonio del diseñador Jeffrey Banks. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “*A Bill To Provide Protection For Fashion Design*”, 27 de julio de 2006.

Raustiala y Springman consideran innovación y capacidad competitiva – y sus cadenas de suministro, que por un bajo costo, otorgado por el *outsourcing* de la manufactura a países en desarrollo, son capaces de distribuir en cantidades considerablemente altas. (Zara, por ejemplo, lanza colecciones mundiales dos veces por semana).

“La manufactura en la industria de la ropa es intensiva en cuanto al aspecto laboral, por lo tanto el éxito competitivo de los manufactureros se ha alcanzado mediante estrategias de minimización de costos que generalmente giran alrededor de la búsqueda de salarios mínimos.

En economías con altos salarios, esto usualmente implicaba reducir los costos de empleo a través del mejoramiento en productividad así como el outsourcing de actividades con menor valor agregado subcontratantes domésticos y eventualmente al extranjero.”⁹⁰

Por lo anterior, es posible inferir que la ventaja competitiva de la industria de la moda rápida se basa en dos aspectos: i) mano de obra de bajo costo, y ii) materia prima de bajo costo [lo que resulta en la baja calidad de las prendas].

“Por el hecho de que el imitador no asume los costos de innovación y publicidad, se puede dar el lujo de cobrar menos, robándole ventas al diseñador original sin consecuencia de status al consumidor. (Hay que acordarse del fenómeno de las marcas – estoy hablando solo de prendas sin logos).”⁹¹

Al poner en la balanza la realidad de los efectos de la falta de protección junto con los posibles efectos de su protección, estos parecieran mínimos y poco perjudiciales. A quien en realidad se perjudicaría con la protección a los diseños sería a los gigantes de la moda como Zara y H&M, quienes presuntamente son los responsables de la prosperidad de la industria, ya que son quienes permiten al consumidor el acceso a los diseños de moda a bajo costo.

Lo que convenientemente han omitido los partidarios de la ‘no-protección’ es el hecho de que estas cadenas compiten en base a precio simplemente por el hecho del *outsourcing* a países en desarrollo.

“Mi pregunta es, ¿Cómo construyo un negocio cuando el precio competitivo está basado en salarios mínimos y jornadas ilegales, y lo único de mi lado sería la protección contra el plagio?”⁹²

⁹⁰ Raustiala, K., Springman, C., *The Piracy Paradox Revisited*. Stanford Law Review, Volume 61, Issue 5, Page 1201, 2010. Disponible en línea: <https://www.stanfordlawreview.org/print/article/response-the-piracy-paradox-revisited/>

⁹¹ Day, E. *Double-Edged Scissor': Legal Protection for Fashion Design*. North Carolina Law Review, Volume 86, Number 1, 2007. Disponible en línea: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4294&context=nclr>

⁹² Testimonio de Jeffrey Banks. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “*A Bill To Provide Protection For Fashion Design*”, 27 de julio de 2006.

Al analizar los planteamientos en contra de la protección a los diseños, pareciese que no hay una razón válida alguna para no protegerlos del plagio, mientras que los argumentos para sí protegerlos son más que legítimos y necesarios para salvaguardar los derechos que busca la propiedad intelectual: proteger al diseñador e incentivar la creatividad.

CONCLUSION

En virtud de lo expuesto en el presente trabajo, considero necesario, tomando en cuenta la doctrina de la funcionalidad, los precedentes judiciales sobre el tema, y la *paradoja de la piratería* el intentar replantear nuevamente la cuestión presentada al inicio de este trabajo: ¿Son realmente válidos los motivos para no proteger a los diseños de moda del plagio, sobre los derechos de los diseñadores?

Lamentablemente, los precedentes judiciales no han logrado resolver el dilema creado por la doctrina de la funcionalidad en relación a los diseños de moda, y, después del fallo en el caso *Star Athletica vs. Varsity Brands*, difícilmente lo harán, por lo que es posible concluir que la protección por parte del derecho de autor no se extenderá a los diseños de moda en Estados Unidos.

Sin embargo, concluyo que no existe una razón válida para el rechazo de una legislación *sui generis* que únicamente aplique al diseño de moda, ya que por el simple hecho de conllevar un proceso creativo, merece protección y considerarse equiparable al arte.

La industria de la moda es única en su especie por encontrarse constituida por una naturaleza dual, siendo arte plasmado en un objeto que obedece a una funcionalidad. Esto la coloca en un estilo de laguna legal, cuya falta de regulación ha permitido el plagio y menoscabado los derechos que los diseñadores merecerían si el diseño se encontrase plasmado en otro objeto.

Por ello, siendo que el diseño de moda constituye una anomalía legal, es indispensable el tratar de balancear los contrapesos que su protección pudiera causar, y la forma idónea de hacerlo es a través de una legislación única.

Considero que el haber negado el último proyecto de ley presentado en el 2012, ID3PA, es inmensamente perjudicial para la creatividad en la industria de la moda, ya que los efectos negativos del plagio son sumamente dañinos.

“Lejos de ayudar al diseñador, el plagio puede desplazar a diseñadores emergentes en una sola temporada. Sin embargo, son los jóvenes diseñadores quienes están creando los nuevos diseños.

...

El famoso diseñador establecido con un negocio exitoso puede ser capaz de tolerar las pérdidas que causa el plagio, pero puede absolutamente destruir la carrera de un nuevo diseñador.”⁹³

Quienes en realidad sufren los efectos de la falta de protección no son los diseñadores establecidos (quienes no merecen menos derechos, sin embargo cuentan con los medios para adaptarse a un ambiente de baja protección) son los creativos y diseñadores emergentes, quienes no cuentan con el capital o el reconocimiento para poder subsistir sin protección al plagio de sus diseños. **¿No es precisamente para su protección que la propiedad intelectual [y el derecho de autor] está encaminada, para proteger la creatividad?**

Los jóvenes diseñadores intentando establecerse en un mercado altamente competitivo son particularmente vulnerables ante la falta de protección por medio del derecho de autor, ya que no gozan de reconocimiento. En ese sentido, para adquirir ese conocimiento, sus diseños deben darse a conocer, lo que no sucederá mientras las cadenas de moda rápida replican sus diseños y los vendan a una fracción de su precio, ya que la mayoría de las veces, el consumidor no tiene idea de que está adquiriendo una copia.

Este desplazamiento del mercado o las barreras a su entrada a los diseñadores emergentes resultan en una paradoja – la falta de protección por medio del derecho de autor a los diseños de moda por razones de proteger la competencia económica tienen el efecto adverso. La falta de protección por medio de la propiedad intelectual obliga al pequeño diseñador a no poder utilizar su creatividad como un arma competitiva, dejándolo indefenso ante gigantes con capital y recursos ilimitados.

En efecto, el efecto que tiene la falta de protección a los diseños de moda es precisamente un efecto anticompetitivo, mientras que las razones para no proteger a los diseños de moda tienen su raíz en evitar conductas anticompetitivas.

Cada uno de los argumentos de los opositores a la protección de los diseños de moda por medio de la propiedad intelectual fallan en tomar en cuenta que la “prosperidad” de la industria de la moda actual lo es a costa de los diseñadores

⁹³ Testimonio de Jeffrey Banks. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “*A Bill To Provide Protection For Fashion Design*”, 27 de julio de 2006.

emergentes, quienes son precisamente aquellos quienes las leyes de propiedad intelectual buscan incentivar para promover la creación y la innovación.

Resulta indispensable reiterar también que el consumidor no tiene derecho alguno sobre la moda. Su necesidad básica es vestir – razonamiento del cual emana doctrina de la funcionalidad – **no el vestir a la moda.**

“Si la industria de la moda va a crecer y proporcionar más opciones para el consumidor, debemos entender que la innovación en el diseño es la verdadera palanca en favor de las compañías Americanas – pequeñas y grandes.

El crecimiento y la competencia no ocurrirá simplemente por distribuir el mismo producto alrededor del mundo por que copiar no es ilegal. El crecimiento no ocurrirá porque alguien se pueda robar la creación de un diseñador y venderla por una fracción de su precio.

A largo plazo, la falta de protección destruirá los pequeños negocios e implicará la pérdida de empleos.”⁹⁴

Es fundamental que los legisladores coloquen en una balanza los derechos de propiedad intelectual y la competencia que con el sistema actual buscan proteger. La legislación trata al diseño de modas como si este no fuera un proceso creativo que implica inversión y tiempo como cualquier otro arte, comparándolo como un derecho de los competidores el lucrar a costa de la inversión creativa y económica de otros. ¿No es esto precisamente lo que la propiedad intelectual busca evitar?

La propiedad intelectual funge como una herramienta para aprovechar y encaminar a la creatividad. **Este es precisamente el motivo del precepto constitucional que establece que el Congreso tiene la facultad de “promover el progreso de la ciencia y las artes útiles”.** Y sin embargo, es precisamente este proceso el que se ve mermado por la falta de protección a los diseños de moda. ¿Debe prevalecer el derecho del competidor a plagiar diseños, y del consumidor a adquirirlos por bajo costo?

⁹⁴ Testimonio del diseñador Jeffrey Banks. Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “**A Bill To Provide Protection For Fashion Design**”, 27 de julio de 2006.

BIBLIOGRAFÍA

A. DOCTRINA

Marcketti, S. y Parsons, J. **Design Piracy and Self- Regulation: Fashion Originators' Guild of America 1932-1941**. Iowa State University Digital Repository, Julio de 2006. Disponible en línea: http://lib.dr.iastate.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=aeshm_pubs.

Ramello, G. **Copyright and Antitrust Issues**. Liuc Papers n. 114, Serie Economía e Impresa, 31, 2002. Disponible en línea: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=352760

Wade, M. **The Sartorial Dilemma of Knockoffs: Protecting Moral Rights without Disturbing the Fashion Dynamic**. Minnesota Law Review, 2012. https://www.minnesotalawreview.org/wpcontent/uploads/2012/01/Wade_MLR.pdf

Buccafusco, M., Lemley, M. **Functionality Screens**. Virginia Law Review, 2017. Disponible en línea: https://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/BuccafuscoLemley_Book.pdf

Fischman Afori, O. **The Role of the Non-functionality Requirement in Design Law**. Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 20, No. 1, p. 847, 2010. Disponible en línea: <https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol20/iss3/5/>

Day, E. **Double-Edged Scissor': Legal Protection for Fashion Design**. North Carolina Law Review, Volume 86, Number 1, Article 5, 2007. Disponible en línea: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=4294&context=nclr>

Cotter, T. **The Procompetitive Interest in Intellectual Property Law**. William and Mary Law Review, Volume 48, Page 483, 2006. Disponible en línea: https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/157/.

Cotter, T. **Is this conflict really necessary? Resolving an Ostensible Conflict between Patent Law and Federal Trademark Law.** Marquette Intellectual Property Law Review, Vol. 3, 1999. Disponible en línea: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=146412

Hovenkamp, H., Janis, M., Lemley, M., Leslie, C. **IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law.** Austin: Aspen Publishers, 2010.

Liu, P. **An open shield: antitrust arguments against extending copyright protection to fashion designs.** Information & Communications Technology Law, 23:2, 159-171. Disponible en línea: 10.1080/13600834.2014.916934

Dorfman, J. **What Antitrust Should Look Like In A World of Low Entry Barriers.** Forbes Magazine, 2016. Disponible en línea: <https://www.forbes.com/sites/jeffreydorfman/2016/10/24/what-should-antitrust-look-like-in-a-world-of-low-entry-barriers/#532edc521b46>

Raustiala, K., Springman, C., **The Piracy Paradox Revisited.** Stanford Law Review, Volume 61, Issue 5, Page 1201, 2010. Disponible en línea: <https://www.stanfordlawreview.org/print/article/response-the-piracy-paradox-revisited/>

Howard, L. **An Uningenious Paradox: Intellectual Property Protections for Fashion Designs.** Columbia Journal of Law and The Arts, Volume 32, Number 3, 2009. Disponible en línea: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1424723

Appel, G.; Libai, B., Muller, E. **On the Monetary Impact of Fashion Design Piracy.** International Journal of Research in Marketing Volume 35, Issue 4, 2018. Disponible en línea: <https://www.sciencedirect.com/journal/international-journal-of-research-in-marketing/vol/35/issue/4>

Paul, J. **Piracy Paradox is so last year. Why the Design Piracy Prohibition Act is the New Black.** Chicago-Kent College of Law, 2014. Disponible en línea: <https://www.kentlaw.iit.edu/sites/ck/files/public/academics/jd/honors-scholars/2009/J Joanna-Paul-paper.pdf>

Callahan, C. **Fashion Frustrated: Why the Innovative Design Protection Act is a Necessary Step in the Right Direction, But Not Quite Enough.** Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, 2012. Disponible en línea: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjcfcl/vol7/iss1/9>

Taplin, I. ***Who is to blame? A re-examination of fast fashion after the 2013 factory disaster in Bangladesh.*** Critical Perspectives on International Business, 2014. Disponible en línea: https://www.researchgate.net/profile/Ian_Taplin/publication/263406306_Who_is_to_blame_A_re-examination_of_fast_fashion_after_the_2013_factory_disaster_in_Bangladesh/links/56ed8f0708ae4b8b5e742a42/Who-is-to-blame-A-re-examination-of-fast-fashion-after-the-2013-factory-disaster-in-Bangladesh.pdf

Desconocido. **The Devil Wears Trademark: How The Fashion Industry Has Expanded Trademark Doctrine To Its Detriment.** Harvard Law Review, Volume 127, No. 3, 2014. Disponible en línea: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_trademark_doctrine.pdf

Ramsey, H. **Misusing Antitrust, the Search for Copyright Misuse Standards.** Stanford Law Review, Vol. 46, No. 2, pp. 401-448, 1994. Disponible en línea: <https://www.jstor.org/stable/1229188>

Rocket, E. **Trashion: An Analysis for IP protection for the Fashion Industry.** Plymouth Law and Criminal Justice Review, 2019. Disponible en línea: <http://www.plymouthlawreview.org/vol11/Elle%20Rockett.pdf>

Charnelle, I. **The Justification and Scope of the Copyright Misuse Doctrine and Its Independence from Antitrust Laws.** UCLA Entertainment Law Review, Vol. 167, 2002. Disponible en línea: <https://escholarship.org/uc/item/5jr482q1>

Ramello, G.; Nicita, A. **Property, Liability and Market Power: the Antitrust Side of Copyright.** Review of Law and Economics, Vol. 3, pp. 767-791, 2007. Disponible en línea: <https://ssrn.com/abstract=977898>

Wu, T. **The Copyright Paradox.** Columbia Law Review, 2005. Disponible en línea: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1385

Shyamkrishna Balganes, S., Parchomovsky, G. **The Role of Unfair Competition in the Common Law**. Cambridge University Press, 2013. Disponible en línea: <https://www.cambridge.org/core/books/intellectual-property-and-the-common-law/role-of-unfair-competition-in-the-common-law/76EB9D96179065B98F11F1491D0C8D48>

Dumas, B. **Functionality Doctrine in Trade Dress and Copyright Infringement Actions: A Call for Clarification**. Hastings Communications and Entertainment Law Journal, Volume 12, N. 3, Artículo 11. Disponible en línea: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1280&context=hastings_comm_ent_law_journal

Weinstock, N. **Copyright and 'Market Power' in the Marketplace of Ideas**. University of California, Los Angeles School of Law, Law & Economics Research Paper Series, 2005. Disponible en línea: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=464006097120021005125088022021004027006005065027026063126021102065031103081000084092012004102040006056121125075004112122012058069038041052120127015020101098095040044004106099004104125071097019127106002090113007073103122096122105025070024103031123&EXT=pdf>

Hedrick, L. **Tearing Fashion Protection Apart at the Seams**. Washington and Lee Law Review, Vol. 65, No. 1, pp. 215-273, 2008. Disponible en línea: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1127190

Elavia, S. **How the Lack of Copyright Protection for Fashion Designs Affects The Fashion Industry**. Trinity College Digital Repository, Senior Thesis and Projects, 2014. Disponible en línea: <https://digitalrepository.trincoll.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1370&context=theses>

Brewer, M. **Fashion Law, More than Wigs, Gowns and IP**. San Diego Law Review, 2017. Disponible en línea: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sanlr54&div=36&id=&page>

Gamble, K. **Counterfeit Fashion: A Comprehensive Study Determining The Influence Factors Of Fashion Counterfeit Purchase Decisions**. University of North Carolina Wilmington, 2011. Disponible en línea: <http://dl.uncw.edu/Etd/2011-3/gamblek/kellygamble.pdf>

Tu, K. **Counterfeit Fashion: The Interplay between Copyright and Trademark Law in Original Fashion Designs and Designer Knockoffs.** Texas Intellectual Property Law Journal, 18(3), 419- 449. Disponible en línea: <http://0-ehis.ebscohost.com.unccllc.coast.uncwil.edu>

Spevacek, A. **Couture Copyright: Copyright Protection Fitting for Fashion Design.** J. Marshall Review, Intellectual Property Law, 2009. Disponible en línea: <https://repository.jmls.edu/ripl/vol9/iss2/10/>

Din Fagel Tse, t. **Coco Way before Chanel: Protecting Independent Fashion Designers' Intellectual Property against Fast-Fashion Retailers,** Catholic University of America Journal of Law, 2016. Disponible en línea: <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=jlt>

Janssens, A., Lavanga, M. **An Expensive, Confusing, and Ineffective Suit of Armor: Investigating Risks of Design Piracy and Perceptions of the Design Rights Available to Emerging Fashion Designers in the Digital Age.** Fashion Theory the Journal of Dress, Body and Culture, 2020. Disponible en línea: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1362704X.2018.1515159?needAccess=true#aHR0cHM6Ly93d3cudGFuZGZvbmxpbmUuY29tL2RvaS9wZGYvMTAuMTA4MC8xMzYyNzA0WC4yMDE4LjE1MTUxNTk/bmVlZEFjY2Vzcz10cnVlQEBAMA==>

Blackmon, L. **The Devil Wears Prado: A Look at the Design Piracy Prohibition Act and the Extension of Copyright Protection to the World of Fashion.** Pepperdine Law Review 35 (2):107–159, 2007. Disponible en línea: <https://paperity.org/p/84616431/the-devil-wears-prado-a-look-at-the-design-piracy-prohibition-act-and-the-extension-of>

Robinson, D. **The Economics of Fashion Demand.** The Quarterly Journal of Economics, Oxford University Press, vol. 75(3), pages 376-398, 1961. Disponible en línea: <https://academic.oup.com/qje/article-abstract/75/3/376/1891590?redirectedFrom=PDF>

Posner, R. **Do We Have Too Many IP Rights?** Marquette Intellectual Property Law Review 173, 2006. Disponible en línea: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/195/

Beltrametti, S. **Evaluation of the Design Piracy Prohibition Act: Is the Cure Worse than the Disease? An Analogy with Counterfeiting and a Comparison with the Protection Available in the European Community.** Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, 2010. Disponible en línea: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njtip/vol8/iss2/1>

Briggs, A. **Hung out to Dry: Clothing Design Protection Pitfalls in United States Law.** Hastings Communications & Entertainment Law Journal, 169, 2001. Disponible en línea: https://repository.uchastings.edu/hastings_comm_ent_law_journal/vol24/iss2/1

Suk, J., Hemphill, S. **The Fashion Originators' Guild of America: Self-Help at the Edge of IP and Antitrust.** Columbia Public Law Research Paper No. 13-344, 2013. Disponible en línea: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2237799

Suk, J., Hemphill, S. **The Law, Culture, and Economics of Fashion.** Stanford Law Review, Vol. 61, No. 5, 2009. Disponible en línea: <https://www.stanfordlawreview.org/print/article/the-law-culture-and-economics-of-fashion/>

Day, E. **Double-Edged Scissor': Legal Protection for Fashion Design.** North Carolina Law Review, Volume 86, Number 1, 2007. Disponible en línea: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4294&context=nclr>

Raustiala, K., Springman, C. **The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design.** Virginia Law Review, Vol. 92, No. 8, 2006. Disponible en línea: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=074071112000082000018108005126086025056018064054034063029005082123095069075118080077004031019026053056124092114082119116020121118039014012004001004101093082120120053043031008007117101026074105093026001067007122080022020102084070087092028113124097126&EXT=pdf>.

Raustiala, K., Springman, C. **The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation.** Oxford University Press, 2012.

Bhardwaj, V., Fairhurst, A. **Fast Fashion: Response to Changes in the Fashion Industry.** The International Review of Retail, Distribution and Consumer Research,

2010. Disponible en línea: https://www.researchgate.net/publication/232964904_Fast_fashion_Response_to_changes_in_the_fashion_industry

Beebe, B. **Star Athletica and the Problem of Panaestheticism**. UC Irvine Law Review, Abril de 2019. Disponible en línea: <https://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol9/iss2/1/>

Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 2511 “**Innovative Design Protection And Piracy Prevention Act**”, 15 de Julio de 2011.

Audiencia ante el Subcomité de Propiedad Intelectual, Competencia e Internet del Comité Legislativo de la Cámara de Representantes para la aprobación del proyecto H.R. 5055 “**A Bill To Provide Protection For Fashion Design**”, 27 de julio de 2006.

B. LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (P.O. Febrero 5, 1917/ Diciembre 20, 2019)

Constitución Estados Unidos.

Ley Federal del Derecho de Autor. (P.O. Diciembre 24, 1996/ Enero 24, 2020)

Ley de la Propiedad Industrial. (P.O. Junio 27, 1991/ Mayo 18, 2018)

Ley Federal de Competencia Económica. (P.O. Mayo 23, 2014/ Enero 27, 2017)

Sherman Act (Sherman Antitrust Act of 1890) (26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7)

Clayton Act (Clayton Antitrust Act of 1914) (Pub.L. 63–212, 38 Stat. 730, enacted October 15, 1914, codified at 15 U.S.C. §§ 12–27, 29 U.S.C. §§ 52–53)

Lanham Act (Lanham (Trademark) Act) (Pub.L. 79–489, 60 Stat. 427, enacted July 5, 1946, codified at 15 U.S.C. § 1051 et seq. (15 U.S.C. ch. 22))

Copyright Act of 1976 (17 U.S.C. § 102))

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (P.O. 1886).

C. JURISPRUDENCIA

Fashion Originators' Guild, Inc. v. FTC. 312 U.S. 457, 61 S. Ct. 703 (1941)

Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc., 489 F. Supp. 732 (S.D.N.Y. 1980) US District Court for the Southern District of New York - 489 F. Supp. 732 (S.D.N.Y. 1980) May 7, 1980.

Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954)

Qualitex Co. v. Jacobson Products Co., Inc. 514 U.S. 159 (1995)

Wal-Mart Stores v. Samara Bros. 529 U.S. 205, 120 S. Ct. 1339 (2000)

Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc. 580 U.S. __ (sic) (2017)

Celebration Int'l, Inc. v. Chosun Int'l, Inc. 234 F. Supp. 2d 905 (S.D. Ind. 2002)

Wallace Intl. Silversmiths, Inc. vs. Godinger Silver Art Co. 916 F.2d 76 (2d Cir. 1990)

TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc. 532 U.S. 23, (2001)