

Biopics: ¿Un thriller legal?

Cuestiones en torno a la gestión de derechos en películas y series biográficas.

Por **Emilia Fronti**¹

El martes 19 de septiembre de 2023, se llevó a cabo la conferencia titulada «**Biopics: ¿Un thriller legal? Cuestiones en torno a la gestión de derechos en películas y series biográficas**» organizada por el Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE) de la Facultad de Derecho de la UBA, a cargo de la **Dra. Sandra C. Negro**, como directora, y el **Mg. Guillermo E. Vidaurreta**, como subdirector.

La presentación del evento estuvo a cargo de **Pablo Wegbrait**, abogado (UBA), egresado del Programa de Actualización en Propiedad Intelectual de la UBA, ex becario del Instituto Max Planck y socio del Estudio Kors Noviks.

Durante el primer panel, moderado por la **Dra. Alejandra Aoun**, expusieron Alejo Barrenechea, investigador del CEIDIE, profesor de Derecho de Autor en la Maestría en Propiedad Intelectual de FLACSO-Argentina y director del posgrado de Derecho de Autor de la Asociación de Abogados de Buenos Aires; **José M. Onaindia**, profesor de Derecho Constitucional de grado y posgrado en UBA, creador y director del programa de posgrado «Derecho y Cultura» de la Facultad de Derecho de la UBA y **Martín Cortese**, Magíster en Derecho Comercial y de los Negocios, doctorando en la Facultad de Derecho de la UBA, investigador del CEIDIE y docente de grado y posgrado en la UBA.

El segundo panel, moderado por la **Dra. Mariana Di Lella**, incluyó las ponencias de Christian Pantaleón, doctor en Derecho por la UCA y LL.M. en International Comparative Law por la Universidad de Miami y socio de Hernán Pantaleón y Abogados; **Felix Memelsdorff**, abogado especialista en la materia, asesor legal en más de cien películas y series y docente en carreras de grado y posgrado de la UNTREF, UBA, AABA, entre otras; y **Judith Malamud**, abogada por la UBA, miembro de la Comisión de Derecho de Autor de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires, del Instituto de Derecho de Autor del Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal, Asesora Legal de la Asociación Argentina de Traductores e Intérpretes, asesora legal en el área de producción audiovisual y actualmente docente de la Carrera de Especialización en Traducción Literaria (Departamento de Postgrado, Facultad de Filosofía y Letras de la UBA).

Asimismo, colaboró con la organización de la conferencia **Nicolás Hermida** investigador del CEIDIE y del Instituto Max Planck.

¹Alumna Ayudante de la materia «Derecho de Patentes de Invención» del CPO de la Facultad de Derecho de la UBA.



Pablo Wegbrait

PABLO WEGBRAIT

Introdujo la problemática que presentan las películas biográficas, refiriendo que en este tipo de contenido «Se involucran temas de privacidad, intimidad, derecho de autor y marcas, generando incertidumbre sobre qué se puede hacer y que no».

Asimismo, Wegbrait planteó algunos interrogantes que se presentan en la práctica. Por ejemplo, la cuestión de las autorizaciones para realizar una película biográfica (Biopics) sobre una persona, ya sea que esté viva o fallecida lo que plantea un desafío crucial. En particular, surge la problemática de obtener el permiso de los herederos y entender los plazos establecidos para solicitar estas autorizaciones. Este asunto se convierte en un área compleja que requiere un enfoque cuidadoso y una comprensión profunda de las leyes y regulaciones pertinentes. Por último, Wegbrait hizo referencia a la organización y propósito de la conferencia, señalando «que la idea es abordar desde un punto de vista teórico y práctico este complejo tema».

PRIMER PANEL

ALEJO BARRENECHEA

Fue el encargado de presentar el primer panel y comenzó definiendo las biopics como «un subgénero del mundo audiovisual; es una producción que tiene como trama la vida o aspectos históricos vinculados a determinada persona. En este subgénero el enfoque siempre es histórico, es decir, siempre es sobre sucesos pasados. Si bien como subgénero no es una novedad, lo cierto es que en este momento se encuentra en auge, aumentando las producciones de este tipo».

El enfoque propuesto por Barrenechea buscó abordar la problemática de manera integral, desde su complejidad, analizando el posible punto de vista de los diversos actores involucrados en el proceso de creación de una biopic, tales como: la persona protagonista, el productor, la plataforma y el abogado que asesora a cada uno de ellos.

En forma coincidente con lo expresado por Pablo Wegbrait en su introducción, el profesor Barrenechea señaló que «para plantear el tema, lo primero que hay que decir es que hay conflictos de derechos; por un lado, el derecho a la imagen de las personas en sentido amplio —fundamentalmente— que impide su utilización, lo que incluye cualquier elemento que permita la identificación de la persona, no solamente el rostro fotográfico de la persona involucrada. Derecho que es distinto e independiente del derecho a la intimidad que corresponde a la persona o su familia y tiene una regulación aparte. Es decir, se puede lesio-



Alejo Barrenechea

nar el derecho de imagen sin afectar la intimidad. Por otro lado, la **libertad de expresión**, donde podemos incluir la libertad creativa, la libertad de informar, la libertad de acceder a información sobre temas que resultan de interés para la comunidad, etc.».

A continuación, analizó aspectos específicos relacionados con las biopics que suscitan interrogantes y desafíos durante su elaboración.

Por un lado, hizo referencia a que en determinados casos surge la necesidad de incorporar en la historia real algunos elementos de ficción durante la producción: «...uno no conoce todos los detalles de la historia que quiere contar, entonces, necesariamente hay que recurrir a elementos creativos». De esta manera, planteó interesantes cuestiones a resolver, tales como; «¿Qué pasa si se quieren agregar “condimentos” para sumar fuerza narrativa o elementos que entretengan? ¿Puedo inventar? A su vez, si van a contar mi vida ¿Tengo que tolerar que modifiquen algunos aspectos de lo que van a contar, que agreguen elementos que no existieron, simplemente por el hecho de que contribuye o enriquece la historia?».

También Barrenechea hizo referencia al respaldo del cual se pueden servir quienes intervienen en la creación de las biopics, preguntando «¿Es lo mismo si yo trabajo sobre hechos que ya han sido publicados por la prensa? ¿Si trabajo una historia que está documentada en un expediente judicial? ¿Que una obra literaria que trabaja sobre la misma persona, no haya tenido reclamos, me garantiza como productor audiovisual que voy a correr la misma suerte? ¿Me conviene conseguir los derechos de la obra literaria? ¿Tengo riesgo de incurrir en plagio u otra infracción al utilizar una fuente tomada de esa obra literaria previa?».

El profesor Barrenechea concluyó su exposición reflexionando «todas estas variables forman parte del mundo complejo del asesoramiento o del estudio de este tipo de obras, es difícil dar una respuesta categórica desde el inicio, dependerá del caso concreto si se puede o no se puede, qué es la pregunta que desde el inicio intentamos contestar».



José M. Onaindia

JOSÉ M. ONAINDIA

Planteó la existencia de tensiones entre el ejercicio de la libertad de expresión y una trilogía de derechos personalísimos, como son el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen.

En base en ello, afirmó que «La libertad de expresión que creíamos, hacia final del siglo pasado resuelta y conquistada —después de desaparecer los sistemas de censura que rigieron tanto en Europa como en América por los

sistemas autoritarios de gobierno— presentan en el siglo XXI nuevas tensiones y formas de ataque, nuevas formulaciones para restringir la libertad de creadores».

Onaindia subrayó que su exposición se centra en las biopics de tipo ficcional, es decir, aquellas que «... toma la vida o las características de determinadas personas para realizar una ficción sobre ellas».

Posteriormente, aludió a un caso acontecido en Uruguay vinculado con la explotación sexual de menores, conocido como Operación océano, donde una menor fue hallada ahogada; sobre el particular el profesor

Onaindia relató «a partir de eso se realiza un trabajo dentro de lo que hoy se denomina teatro documento y se produce un espectáculo que se llama Muñeca de Piel. Unos días antes del estreno, se presenta la familia de la víctima a ejercer una acción de amparo para pedir el control previo del contenido de la obra. Es un caso de ejercicio de censura previa porque solicitan asistir al ensayo o que se les permita la lectura del texto. La creadora no accedió a los requerimientos, aludió que no estaba mencionado el nombre de la víctima y esto produjo una acción de amparo que se tramitó en forma sumaria y tenía el objeto de evitar el estreno de la obra».

Luego, analizó la resolución del tribunal y sus fundamentos: «Aparecen algunos aspectos muy interesantes:

1 Se plantea cuál es la extensión de los derechos personalísimos de la menor que los padres decían que tenían intención de proteger, especialmente porque no estaba claro si la identidad de la menor estaba revelada en la obra.

2 El tribunal distingue que el derecho al anonimato de la víctima era un derecho que no estaba protegido porque toda la prensa había dado noticia sobre este caso (...).

3 Los padres de la menor que reclamaban contra la autora habían autorizado la publicación de dos libros en donde la identidad de la menor estaba expuesta».

Basándose en estos argumentos, «...los jueces hicieron una valoración de esto para decir que no había ninguna motivación para impedir o intentar ejercer esa censura sobre la producción de la obra y que esta no iba a producir ningún daño mayor de los ya producidos».

Asimismo, Onaindia destacó un argumento expuesto en las conclusiones del tribunal como «... la capacidad que tiene una obra artística para generar conciencia y proteger determinados derechos de orden público ...» y, asimismo, que «... el arte en cualquiera de sus formas puede servir como forma de concientizar sobre la protección de derechos sociales y colectivos.» Tales como violencia de género, explotación de menores, etc.

Por otro lado, el profesor Onaindia introdujo un interesante punto al defender la capacidad de ficción de los seres humanos, aludiendo que «es una capacidad que nos distingue de los animales, es la capacidad de generar, inventar mundos, crear pasiones, relaciones y a través de eso permitir tener un mundo más abierto y poder pensar en relaciones más tolerantes y de mayor comprensión de lo que nos es ajeno. Por lo tanto, esta capacidad de ficción es importantísima y tiene a las formas artísticas, especialmente a la audiovisual, como propulsora».

Por último, alegó a favor del rol de la ficción narrativa y concluyó «es una forma de acceso al conocimiento que debemos defender. Por lo tanto, la trilogía de derechos individuales (honor, intimidad, imagen) deben ser interpretados en carácter restrictivo para darle la mayor libertad posible a los creadores, para poder expresarse y usar estas nuevas formas narrativas y así generar un mundo mejor».

MARTÍN CORTESE



Comenzó refiriéndose a la definición y alcance del concepto imagen. En este sentido, citó jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Civil que establece que «...no obstante a que la ley 11.723 se refiere al “retrato fotográfico”, existe un acuerdo de que este se aplique analógicamente a cualquier otra forma de reproducción de imagen de las personas en tanto sea posible identificar a aquella».

A su vez, aclaró que el concepto «reproducción» se refiere a «crear una copia y no “poner play”, dado que eso es difusión»

Una vez establecido el alcance del derecho de imagen, el profesor Cortese realizó un análisis del artículo 31 de la Ley 11.723, refiriéndose en particular, a las excepciones que allí se prevén, a saber; «es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público».

En este sentido, refirió que «la norma, al no definir el concepto de interés público, nos deja un margen de discrecionalidad», no obstante, ello, citando a la Dra. Delia Lypsic estableció que «la propia imagen personal forma parte de los derechos de personalidad y la excepción tiene que interpretarse en forma restrictiva, porque estamos hablando de derechos personalísimos». Afirmando que «primero viene el derecho de imagen, luego vienen las excepciones o posibles usos».

Por otro lado, Cortese hizo referencia al daño moral y a la violación del derecho de imagen, según lo establecido por la jurisprudencia. En este sentido, es relevante destacar que, si bien el daño moral es de los más difíciles de acreditar, en el caso particular del derecho de imagen, la jurisprudencia establece que «la sola transgresión de la utilización de la imagen por parte de terceros sin autorización ya tiene por acreditado que existe un daño moral», debiéndose destacar que «no cabe requerir una prueba específica a la existencia, debiendo tenérselo por configurado con la sola acción antijurídica».

A su vez, remarcó lo regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) respecto del derecho de imagen concluyendo que el derecho a la imagen permite «impedir que por cualquier medio se capte, reproduzca, difunda o publique sobre nuestra persona de modo que permita que se nos identifique sin nuestro consentimiento». A su vez, «si hubiera un choque entre el artículo 53 del Código y el artículo 31 de la Ley, hay que buscar la norma más protectora de los derechos en juego».

Otra de las problemáticas que destacó fue aquella referida a la protección del nombre (art. 71 CCCN) y los seudónimos (art. 72 CCCN), señalando que «hay que tener cuidado en toda la ficción, no solamente de cómo se utiliza el nombre, sino también un seudónimo y sobre qué personaje se utiliza y cómo es que se comporta ese personaje en la historia».

Por último, el profesor Cortese destacó las alternativas que ofrece la legislación ante la violación a los derechos mencionados. Por un lado, «las acciones de cese de uso, tanto el fondo como a través de medidas cautelares, hay un abanico de posibilidades para pedir medidas cautelares». Por otro lado, destacó como

novedosa la acción preventiva del daño regulada en el artículo 1.711 del CCCN aclarando que «se está utilizando mucho actualmente en derecho de imagen, sobre todo en las cuestiones del uso indebido de la imagen en internet».

SEGUNDO PANEL



Christian Pantaleón

CHRISTIAN PANTALEÓN

Centró su exposición en la diferencia fundamental entre la imagen y la apariencia o semejanza. De esta perspectiva destacó que el CCCN habla de «captar o reproducir la imagen o la voz, no habla de la semejanza o la apariencia».

Aun así, Pantaleón realizó ciertas salvedades respecto a los términos semejanza o apariencia. En este sentido, recalcó que «esto no quiere decir que se pueda usar la semejanza libremente, lo primero que quiere decir es que no se necesita autorización previa».

En concordancia con ello, advirtió que, aun cuando se utilicen semejanzas o apariencias, existen posibilidades de ser demandado por daños debido a que el derecho al honor y a la intimidad se encuentran protegidos por la legislación. Para prevenir esta situación, sugirió que es importante determinar si lo que se va a publicar pertenece a la esfera íntima o no: «Se hace una revisión de las fuentes para ver si lo que se dice de una persona tiene un soporte. De esta manera, no es nuevo y no se está invadiendo la intimidad».

A su vez, remarcó que cuando se realiza una biopic y se recrea la apariencia de una persona, entran en juego derechos intelectuales como «la creación de quien escribió el libro, de quien lo interpretó y los derechos del productor que también están reconocidos como derechos intelectuales dentro de nuestra ley de propiedad intelectual. Entonces, estamos haciendo jugar dos derechos; hay una creación artística y esa creación está basada en la apariencia y la historia de alguien».

Pantaleón concluyó que «cuando vamos a demandar tiene que ser claro que esta creación artística ha generado un daño y probarlo».

FÉLIX MEMELSDORFF

Inicialmente resaltó el derecho y la libertad de contar historias y su preocupación respecto de las limitaciones que podrían tener los productores para contarlas cuando se basan en hechos reales.

Asimismo, hizo foco en el artículo 14 y 32 de nuestra Constitución Nacional, los cuales establecen el derecho de expresarse libremente y sin censura previa.

Aportó que «la libertad de expresión tiene dos grandes elementos a tener en cuenta, el derecho -individual- de emitir libremente ideas, información y opiniones sin censura previa y el derecho



Félix Memelsdorff

-más bien colectivo- de recibirlas. El primero está tratado firmemente en la Constitución Nacional y el segundo tiene un buen desarrollo en el Pacto de San José de Costa Rica, de naturaleza suprallegal a partir de la última reforma constitucional.

De esta manera, podemos afirmar que en torno a la libertad de expresión hay dos sujetos involucrados. El que emite la información y el que la recibe. Respecto de este último sujeto, alegó que «el segundo sujeto, para mí es el que refuerza la importancia de esta libertad (...) sustenta la libertad de expresión y lleva a solucionar los conflictos entre el derecho de honor, imagen, intimidad y el derecho de libertad de expresión». Asimismo, Memelsdorff hizo referencia a la importancia de la ausencia de censura previa y sus consecuencias, «la prohibición de la censura previa es la que permite que la película pueda ser vista por otras personas, aun cuando hubiere cuestionamientos legales en relación a su contenido». No obstante, recordó que «el único caso de censura previa que se admite en nuestra legislación está en el pacto de San José de Costa Rica y habla de la protección de los menores».

Por otro lado, refirió que no hay una pauta jurisprudencial clara en la Argentina sobre esta temática «tenemos una legislación que no prevé demasiado estas problemáticas, tenemos un mercado chico, por lo tanto, hay pocos conflictos y de los pocos conflictos que tenemos, no todos llegan a la justicia. De los que llegan a la justicia, solo unos pocos llegan al dictado de una sentencia firme, dado que en el camino suele haber acuerdos, por lo general confidenciales. Entonces, tenemos pocos casos donde podamos encontrar una línea jurisprudencial orientadora».

Por último, Memelsdorff analizó en qué casos se debería solicitar permiso para contar una historia basada en hechos reales. «Creo que uno puede contar una historia basada en hechos reales sin tener permiso de la persona retratada (...) si hay interés público». En el otro extremo, alegó que «En mi opinión, no se podría contar la historia íntima de una persona que no es conocida, que no ha abierto su vida al público. No puedo contar su vida, historia, sin su permiso, porque dicha persona optó por guardarla para sí y no hay ningún interés de la sociedad de enterarse de su historia»

Finalmente, luego de estas consideraciones, dedujo «cuando hay interés social, cuando hay interés público, prevalece la libertad de expresión sobre los otros derechos involucrados».



Judith Malamud

JUDITH MALAMUD

Dio principio a su exposición reflexionando sobre las biopics «[...] no puedo sino remitirme al retrato humano de ciertos personajes que de algún modo u otro capturaron y cautivaron a cineastas para luego ser cristalizadas sus historias».

Citó ejemplos como; «Gatica, el Mono» de Leonardo Fabio, «Grete, la mirada oblicua», de Matilde Michanie, «Paloma Herrera, aquí y ahora» de Jorge Fama ,y «Un tal Ragone (deconstruyendo a pa)» de Vanessa Ragone y más recientemente, «El Fotógrafo y el Cartero.

El crimen de Cabezas» de Alejandro Hartmann.

Posteriormente, refirió que para el abordaje de la temática trabajada «[...] en lo particular, trazo como eje derechos humanos básicos; como el derecho sobre la propia imagen —para mí comprensivo de su voz, fisonomía y su apariencia— el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad, todo ello atravesado con el deber de no dañar y prevenir el daño o evitar su agravamiento».

Puntualizando respecto del derecho sobre la propia imagen, resaltó la posibilidad del titular de revocar el permiso otorgado, afirmando «... que es importante tenerlo en cuenta, ya que el derecho de imagen es esencialmente revocable».

Por último, Malamud trajo a colación cuestiones que tienen que ver con la estrategia del productor que resulta necesario tener en cuenta al momento de contemplar la necesidad de pedir autorización al titular del derecho de imagen: «si avanzamos en pedir las, luego ya no podemos desconocer la necesidad de contar con ese permiso, en cuyo caso habrá que tener presente que, como contrapartida por la concesión de la autorización, pueden llegar pedidos adicionales no económicos, como el requerimiento del retratado de intervenir de alguna manera activa durante la etapa de producción, así como el de sujetar el permiso a la previa visualización y conformidad con la factura final del audiovisual»

SEGUINOS A TRAVÉS DE NUESTRAS REDES SOCIALES:

 CEIDIE Derecho-Uba

 @CEIDIEderecho

 CEIDIE Facultad de Derecho – UBA

 CEIDIE3

CEIDIE

Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial Económico
Facultad de Derecho – UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

