



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**LA INNOVACIÓN GASTRONÓMICA COMO OBJETIVO DE PROTECCIÓN
DEL DERECHO DE AUTOR
FRENTE A LA COMPETENCIA DESLEAL EN LIMA METROPOLITANA - 2018**

AUTOR

Mendez Sarmiento, Rudy Giomar

ASESOR METODOLÓGICO

Flores Medina Eleazar Armando

ASESORES TEMÁTICOS

Rodriguez Figueroa Jose Jorge

Israel Ballena Cesar Augusto

LINEA DE INVESTIGACIÓN

Derechos Fundamentales

LIMA – PERU

(2018)

Dr. José Jorge Rodríguez Figueroa

Presidente

Mg. Israel Ballena Cesar Augusto

Secretario

Mg. Eleazar Armando Flores Medina

Vocal

DEDICATORIA

Este trabajo va dedicado a mi familia, ya que sin su apoyo no podría estar aquí en este momento

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a todas aquellas personas que se mantienen junto a mí a lo largo de este sendero que llamamos vida, a mis padres y a todos mi seres queridos por darme su apoyo incondicional.

Agradezco a la vida por permitirme llegar hasta este momento de existencia

Declaratoria de Autenticidad

Yo Rudy Giomar Mendez Sarmiento, identificado con **D.N.I N° 72276682**, a efectos de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Registro de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, ideclaro bajo juramento que:

1. La tesis es de mi autoría.
2. He respetado las normas internacionales de citas y referencias para las fuentes consultadas, por lo tanto, la tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente.
3. La tesis no ha sido autoplagiada es decir, no ha sido publicada ni presentada con anterioridad para obtener grado o título profesional alguno.
4. Los datos presentados en los resultados son reales, no han sido falseados, duplicados ni copiados y por lo tanto los que se presentan en la siguiente tesis contribuirán en aportes a la realidad investigativa.

En tal sentido de identificarse fraude, iplagio, auto plagio, piratería o falsificación asumo la responsabilidad y las consecuencias que de mi accionar devienen, sometiéndome a las disposiciones contenidas en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Lima, 11 de Diciembre de 2018.

Rudy Giomar Menmdez Sarmiento
D.N.I N°: **72276682**

Presentación

Señores miembros del Jurado:

En cumplimiento con lo dispuesto en el reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo para obtener el Título Profesional de Abogado, exhibo ante ustedes la tesis titulada: “La Innovación Gastronómica Como Objetivo De Protección Del Derecho De Autor Frente A La Competencia Desleal En Lima Metropolitana - 2018”.

En el presente estudio se pretende determinar y/o conocer el cómo se encuentran reguladas las creaciones gastronómicas dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Asimismo, se desea realizar un análisis crítico sobre lo que esto representa tanto para las entidades estatales como para la parte creadora de contenido y su impacto y regulación a través de las entidades competentes.

La presente tesis se encuentra dividida en VII capítulos, que a continuación pasaremos a detallar: En el capítulo I se expondrá la introducción que comprende la aproximación temática, antecedentes, marco teórico, formulación del problema, justificación del estudio y finalmente los objetivos y supuestos jurídicos de esta investigación.

En el capítulo II se hará referencia al método que se ha utilizado para el desarrollo de esta tesis, la misma que inicia con el tipo y diseño de investigación, métodos de muestreo, rigor científico, análisis cualitativo de los datos y concluye con los aspectos éticos.

Sin embargo, en el capítulo III se expondrán y describirán los resultados de la investigación; seguidamente en el capítulo IV se da inicio a la discusión de la problemática presentada en este estudio. Estando ya en el capítulo V se imencionaran las conclusiones a las que hemos arribado. En el capítulo VI se plantearan las recomendaciones y, finalmente en el capítulo VII se señalaran las referencias bibliográficas y los anexos.

Por tanto, señores miembros que integran este jurado propongo a vuestra consideración la presente investigación, esperando cumplir con los requisitos exigidos de aprobación para la obtención del título profesional de Abogado.

Índice

PÁGINAS PRELIMINARES

Página del Jurado

Dedicatoria

Agradecimiento

Declaratoria de autenticidad

Presentación

Índice

RESUMEN 8

ABSTRACT 9

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Aproximación temática 12

1.2 Marco Teórico 19

1.3 Formulación del problema 50

1.3.1 Justificación del estudio 50

1.4 Supuestos y Objetivos de trabajo 52

II. MÉTODO

2.1 Diseño de investigación 55

2.2 Métodos de muestreo 56

2.3 Rigor científico 57

2.4 Análisis cualitativo de los datos 59

2.5 Aspectos éticos 59

III. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS 60

IV. DISCUSIÓN 85

V. CONCLUSIONES 97

VI. RECOMENDACIONES 99

VII. REFERENCIAS 101

ANEXOS 110

RESUMEN

El año del 2003, se modificó la ley 822, ley que regula el derecho de autor de un artista, que es lo que puede ser considerado bellos y por ende protegible por estos medios legales, bajo su punto de vista centrado en la originalidad subjetiva de las cosas, toda expresión que se diferencie de la fuente original, teniendo en cuenta claro está la manifestación artística propia del autor es digna de ser protegida. Hoy en día la gastronomía a nivel social goza del reconocimiento lo suficientemente amplio, como para llegar al punto de tener casos de copia dentro del sector, y estas imitaciones no pueden ser materia de penalidades por el simple hecho de que no existe una legislación que regule no solo a la gastronomía como arte, sino que se encargue de determinar taxativamente que se puede considerar una expresión artística como tal.

El derecho de autor en Perú, regido por el decreto legislativo N° 822 (ley de propiedad intelectual), ha señalado que tanto la música, la escultura, la pintura entre otros, son medios de expresión artístico y por ende formas de arte protegible, y nombro estos medios ya que a un nivel sensible que es una teoría que vamos a tratar en el presente trabajo, cumplen exactamente los mismos parámetros que la gastronomía de autor, y es de pensar que no se le concede el reconocimiento jurídico que merece debido al hecho de que cuando se habla de gastronomía, se tiende a englobar todo procedimiento simple, es cierto, la cocina fundamental es un conjunto de procedimientos simples que todos podemos seguir con algo de práctica, pero la gastronomía de autor va mucho más allá, partiendo de la dedicación, creatividad y empeño de los profesionales de su industria que por estos motivos, no gozan de la protección jurídica que se debería dar.

El aprovechamiento tanto del esfuerzo ajeno, es un lastre que se viene dando en nuestra sociedad, sobre todo cuando hablamos de imitaciones y conductas empresariales deshonestas que solo crean confusión, a la larga perjudicando directamente el patrimonio del creador, cosa que no debería pasar, y esto es algo que se ha venido dando de forma más común en el rubro de las patentes industriales y marcas comerciales, siendo correctamente fiscalizadas y sancionadas, pero que aun así; no tienen una legislación lo suficientemente

concisa y clara como para poder realizar una diferencia a la hora de conjugar sus conceptos y extrapolarlos con nuestro tema de investigación.

ABSTRACT

The year of 2003, Law 822 was modified, law that regulates the copyright of an artist, which is what can be considered beautiful and therefore protected by these legal means, from his point of view centered on the subjective originality of Things, any expression that differs from the original source, taking into account clearly is the artist's own artistic expression is worthy of being protected. Nowadays, the gastronomy at the social level enjoys wide enough recognition, as to get to the point of having cases of copying within the sector, and these imitations can not be subject to penalties for the simple fact that there is no legislation that regulates not only to gastronomy as an art, but that it is in charge of determining exhaustively that it can be considered an artistic expression as such.

Copyright in Peru, governed by legislative decree N ° 822 (intellectual property law), has indicated that music, sculpture, painting, among others, are means of artistic expression and therefore forms of protected art, and I name these means since at a sensitive level that is a theory that we are going to deal with in the present work, they fulfill exactly the same parameters as the gastronomy of author, and it is to think that it is not granted the legal recognition it deserves due to the fact that when we talk about gastronomy, we tend to encompass any simple procedure, it is true, the fundamental cuisine is a set of simple procedures that we can all follow with some practice, but author's cuisine goes much further, starting from the dedication, creativity and commitment of the professionals of your industry that for these reasons, do not enjoy the legal protection that should be given.

Harnessing both the effort of others, is a burden that is occurring in our society, especially when we talk about imitations and dishonest business conduct that only create confusion, in the long run directly damaging the creator's heritage, which should not happen, and This is something that has been occurring more commonly in the field of industrial patents and trademarks, being properly audited and sanctioned, but even so; they do not

have a sufficiently concise and clear legislation to be able to make a difference when it comes to combining their concepts and extrapolating them with our research topic.

I. INTRODUCCIÓN

El Perú y su gastronomía, lo consideramos uno de los principales pilares de nuestro orgullo nacional, tan nuestro, tan propio, que hacemos galantería nuestra comida en todas partes, realzando sus bondades y sabores así como laureado a sus principales defensores y difusores.

No cabe duda, la gastronomía es un arte, es algo tan simple y puro, pero a la vez complejo, que parte de la combinación de ingredientes que sumados a la mano del chef y a un buen cálculo de la cocción da lugar a un platillo que ya conquista el mundo. Actualmente con todo este bum gastronómico, el Perú, sobre todo en distritos donde el arte y la cultura se entre mesclan de forma armónica, se viene desarrollando una corriente de creadores y experimentadores de sabores, logrando crear recetas únicas, que parten del talento, del gusto, de la preparación, paladar y sobre todo mucha experiencia para lograr de esta manera algo realmente nuevo.

Pero pasa algo, la gastronomía de diseño no es considerado arte como tal, porque parte del día a día, de la costumbre y del aparente saber que, todo lo hecho ya fue creado y que por ende, las subsecuentes creaciones, no son más que el reordenamiento de elementos que solo reflejan un nuevo contraste de algo ya pre existente. Pongamos de ejemplo a la música, esta parte del uso de partituras, de acordes que no son más que la reorganización notas musicales, pero que aun así tienen carácter artístico y por ende, gozan de protección por parte del estado, he de estas sutiles semejanzas ocultas a la vista que este trabajo, busque identificar el por qué a la gastronomía no se considera un arte materia de protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico, y en base a eso; ir delimitando pautas y recopilando experiencias que van a servir para demarcar si realmente se puede proteger una creación gastronómica por parte del estado y por consiguiente, identificar los casos de copia y competencia desleal que se da actualmente, para plantear una

solución a este aparente pequeño problema, pero que sigue siendo algo que afecta a un sector y por ende, debe ser materia de estudio para su posterior buen desenlace.

1.1. APROXIMACIÓN TEMÁTICA

Es innegable, el Perú actualmente se encuentra en un auge sociocultural, fruto del gran impacto y boom gastronómico que supuso la década pasada, la marca Perú se encuentra mejor posicionada que nunca en los mercados locales e internacionales, siendo Lima, nuestra capital, el principal punto de interés, esto da como resultado; se cree una fusión gastronómica, logrando disparidad de las mismas, y por ende nuevos matices, perfeccionando los sabores de la comida tanto en la preparación como en la presentación por parte de chefs que se hacen día a día con un nombre.

Siendo esto ya enfocado desde un punto más nacionalista y regionalista, términos como pisco peruano, Maíz Blanco Gigante Cusco, Pallar de Ica, Café Villa Rica, Loche de Lambayeque, Maca Junín- Pasco Aceituna de Tacna, Café Machu Picchu - Huadquiña Chulucanas adquieren mayor presencia y distintivo en la palestra internacional logrando catalogarse como productos bandera conforme al artículo 2 del Decreto Supremo 25-2005- MINCETUR, partiendo de esta una fusión gastronómica y las salidas de lo convencional, lo que logra este fenómeno que atrae a tanta gente diariamente, siendo uno de los principales logros del país, que ha permitido mostrarnos al mundo como un punto importante de parada obligatoria en la escala global dando un incremento al producto bruto interno muy significativo.

Sin embargo, se ha evidenciado en los últimos años, una suerte de competencia desleal a la hora de presentar recetas originales, recetas que son el fruto del esfuerzo, la preparación y el talento, sumado a la experiencia de chefs, que ven como sus creaciones, que por lo general son estandartes distintivos de sus restaurantes. Ello se debe a que actualmente el gobierno nacional si bien es cierto ha implementado Decreto Legislativo No. 822 referido a la ley sobre el derecho de autor, señala en su artículo 2 no contempla las creaciones gastronómicas como tales, como objeto de protección por parte de la referida norma. Ello se puede apreciar, al fijarnos que sus obras culinarias son ofertadas en otros mercados tanto a nivel nacional como internacional. Algunas de las probables causas, sea la innovación misma como el motor del crecimiento de toda esta corriente artística que envuelve lo culinario, siendo creaciones de ayer, opciones a elegir

pero siendo ya carentes, de esa experiencia nueva que se trata de brindar día a día en un buen restaurante de alta cocina. Pudiendo esto, ser sancionado por la ley en base al supuesto de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno se encuentra en el artículo 6 del Decreto Legislativo 1044 si es que se diera el caso de que reconozca la gastronomía como medio artístico

¿Por qué es tan importante que la gastronomía sea reconocida como tal?, bueno, que la gastronomía sea un arte es el equivalente a que la gente tenga una afiliación política o una creencia religiosa, esto ayuda a enfocar sus acciones, si la gastronomía es un arte entonces estamos en el derecho de reclamarle a los autores mayor calidad y una concepción más profunda. Por ello, de esta manera, si seguimos con esta mala competencia desleal, lo único que vamos a lograr, va a ser, saturar el mercado y perjudicarnos a nosotros mismos, sobre todo a los creadores de contenido y a su patrimonio que se va a ver perjudicado de forma directa.

En consecuencia, se requiere llegar a delimitar el derecho de autor en las creaciones artísticas gastronómicas, más allá de las normas que involucran el “secreto comercial” como lo señala el artículo 40, numeral 2, del Decreto Legislativo No. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal ya que este tipo de medidas se usan para proteger secretos industriales, en cualquier tipo de rubro, cosa que aquí no encaja de forma eficiente, ya que no se está buscando una medida que hermetice las creaciones culinarias, por el contrario, lo que se busca es delimitar derechos debidamente tipificados en el decreto legislativo 822, que permitan mostrar al mundo las cualidades gastronómicas nacionales, pero que a la vez, brinden la seguridad de que sus creadores, van recibir el reconocimiento y todos sus consecuentes que se merecen por dicho esfuerzo.

Esto como es evidente va a conllevar a un perjuicio a los creadores ya que no se está cumpliendo con respetar la propiedad intelectual como se ha mencionado y a la vez demuestra un claro y evidente aprovechamiento del esfuerzo ajeno. que a su vez va a ser y ya viene siendo sancionado por el decreto legislativo N° 10044 que aprueba la represión de la competencia desleal.

TRABAJOS PREVIOS

TRABAJOS PREVIOS NACIONALES

Maravi (2011) en su tesis: "Las creaciones gastronómicas como objeto de protección por el Derecho: Derecho de Autor: posibilidades y conveniencia del enfoque de la Propiedad Integrativa y la Competencia Desleal", Dicha investigación para juzgar si las creaciones de la gastronomía reflejan rastros de la personalidad del creador, es original y juzga si está sujeto a la protección de derechos de autor. INDECOPI por ende, decide usar la teoría de la personalidad para juzgar si la obra es original, es decir, considerar la creación como el original que refleja el sello de la personalidad, especificidad o personalidad del creador. Se señala sin embargo, a partir de la revisión de casos, que de hecho, INDECOPI utiliza la teoría de la novedad objetiva relativa para descubrir si el trabajo es original. De acuerdo con esta teoría, para que una obra sea original no tiene que ser completamente diferente de la existencia, al igual que sucede en el caso de las obras derivadas, solo hay algunas diferencias con las posiciones a la creación.

Manzur (2016) en su tesis: "propiedad intelectual y moda: un enfoque desde la perspectiva de la regulación peruana". Dicha investigación para juzgar el cómo se desarrolla todo lo relacionado con el mundo de la moda comprendido dentro de los parámetros del derecho de autor, concluye que Aún y cuando a primera vista podría parecer, que la Propiedad Intelectual no es connatural al mundo del diseño de moda, puesto que dicho mundo sería de acuerdo con ciertos criterios doctrinales, más bien uno libre de monopolios y cuya capacidad innovadora depende de la libertad de copia, hemos visto que con cada vez más frecuencia son los propios diseñadores los que hacen saber que hay límites a tal libertad y que de ninguna manera estos límites deben ser transgredidos. Hemos podido apreciar además, que si bien la industria de la moda sigue siendo rentable y contribuye a crear millones de puestos de trabajo, también es cierto que las pérdidas que sufre producto de la piratería son millonarias y su impacto evidente, lleva estudiosos y diseñadores a replantear los parámetros bajo los que operan y a procurar opciones que hagan factible la protección de su trabajo creativo.

demostrando que como un trabajo extrapolable con el nuestro, este también es un medio artístico que amerita un estudio demostrando que no solo las creaciones gastronómicas se ven afectadas, haciéndola evidente que la ley sobre el derecho de autor sí amerita modificaciones

Abanto (2016) en su tesis: "Las marcas país como signos de excepción: naturaleza jurídica y necesidad de un marco legal especial", nos explica que las marcas país se han convertido en signos que, al identificar un origen ya no empresarial sino nacional, con los elementos que esto implica, justifican que se califiquen como signos de excepción, dada la creciente integración económica que tiene lugar a raíz de las relaciones comerciales entre diferentes países, concluyendo que la necesidad del marco normativo específico se ve sustentada además, en el hecho que la marca país se ha convertido en un signo que ha trascendido el ámbito del marketing y promoción del turismo donde vio su origen y uso exclusivo, pues la plusvalía que genera en los productos, servicios, o situaciones en las que se aplica es relevante para el mercado, sobre todo en la medida que tiene un impacto en las decisiones de consumo realizadas en éste. Por tal motivo, resulta clara y fundamental su importancia para la rama de la propiedad intelectual, escenario donde cada vez crece más su consideración, en tanto más países la convierten en más que un instrumento publicitario. Siendo esto contrastado a nuestro entorno, en la parte económica y monetaria del presente trabajo

Gonzalez (2017) en su tesis: "el derecho de autor vs las expectativas de los consumidores: la necesidad de establecer una excepción al derecho de autor referido a los mecanismos de autotutela a fin de cumplir con las expectativas de los consumidores" manifiesta que "A partir de la globalización, los mercados a nivel mundial empezaron a estar interconectados, creando la posibilidad a las personas de poder acceder a distintos bienes y/o servicios, que antes no les eran posibles por distintas barreras, como límites territoriales, económicos, entre otros, llega a la conclusión de que por un lado, lo que realmente busca un autor es proteger la

integridad de su obra y el uso que se puede dar a la misma. Asimismo, dependiendo del tipo de uso, este autor o titular de los derechos patrimoniales, esperaría recibir una contraprestación económica producto del uso de esta obra. Para ello, puede implementar ciertos mecanismos de autotutela; sin embargo, en la mayoría de los casos ha quedado acreditado que los mismos pueden ser vulnerados por otros mecanismos informáticos; o, también castigados por los propios consumidores, quienes al ser clientes pueden dejar de comprar. Por ello, podemos concluir en que la inclusión de estos mecanismos no resulta ser tan eficiente económicamente, en tanto la implementación de estos podría resultar altamente onerosa para los autores, sin contar con la certeza de que los mismos no sean vulnerados. siendo esto adaptable al presente trabajo desde la óptica que busque la correcta subvención al artista, sea cual sea el campo o rama creativa en la cual se especialice

Peláez (2013) en su tesis “la protección efectiva de las imágenes en el internet desde la aplicación de la normatividad relativa al derecho de autor” busca abordar los problemas que afronta la protección de las imágenes en la Era Digital, en virtud a las complejidades y retos que el Internet planteó para el Derecho de Autor, toda vez que el uso de este avance tecnológico hace difícil que el autor o titular de una obra protegida, pueda controlar su explotación. y concluye que La Comunidad Andina de Naciones, si bien en los últimos años se ha visto debilitada por los continuos conflictos entre sus países miembros debería tomando ejemplo de la Comunidad Europea adoptar una decisión o en su defecto señalar a través de sus tribunales criterios, que puedan adoptar sus miembros, y en concordancia con la doctrina y jurisprudencia predominante y más adecuada a su realidad. Y una vez adoptado este mecanismo se comiencen a realizar las negociaciones con otros bloques como Mercosur, AFTA, Comunidad Europea, que permita una aplicación territorial mucho más amplia; más aún si tenemos en cuenta que a la fecha se encuentran en auge las negociaciones de Tratados de Libre Comercio, en los cuales el tema de propiedad intelectual y su protección, es uno de los más importantes y debatidos. Siendo esto parte del material de referencia para el presente trabajo ya que aborda uno de los puntos a tratar en la presente tesis.

TRABAJOS PREVIOS INTERNACIONALES

Guille (2006) en su tesis "la doctrina jurídica de las obras culinarias por el derecho de autor y la competencia desleal", sostiene que la irrupción del jurista en la gastronomía, en el arte de la preparación, presentación, disfrute y aprecio de la comida, puede parecer, prima facie, una incongruencia. Sin embargo, la etimología del vocablo « gastronomía », que compone las palabras griegas «gaster», que equivale a estómago o vientre, y «nómos», que significa ley, indica que debería interesar al jurista, especialista en el estudio, interpretación y aplicación de las leyes. Interés que también evoca la polisemia del idioma, iuris, que significa derecho, pero también salsa, del verbo unger, unir, tanto las partes en litigio, como los distintos ingredientes: ius con el que se arregla un desaguadoi, así como un guiso (p.29)

Rocha (2013) en su tesis "aproximación a los derechos de autor en las obras de arte plástico en la legislación colombiana: entre la inspiración y la copia" manifiesta que al aproximarse a la producción artística en artes pictóricas modernas y contemporáneas, desde la óptica de los derechos de autor se generan diferentes interrogantes, especialmente en el estatus jurídico de las obras y la relación de las mismas con obras anteriores. Usando como ejemplo la obra *whaam!* de Roy Lichtenstein, llegando a la conclusión de que el análisis realizado al interior de este texto pone sobre la mesa una cuestión de gran relevancia en el mundo de la propiedad intelectual y de las "bellas artes" la cual ha sido poco desarrollada desde la óptica jurídica, tanto a nivel legislativo como en el campo judicial y doctrinario, pues si bien existe normatividad nacional e internacional que desarrolle el tema de derechos de autor, en el campo específico del derecho de autor respecto de la obra plástica, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con las obras musicales o las literarias, no existe normatividad especial, y la general deja temas trascendentales por fuera del alcance de la norma, los cuales tampoco han sido cubiertos por la escasa jurisprudencia de los Tribunales y la doctrina especializada, la cual ha empezado a resolver a pequeña escala estas cuestiones faltando aún mucho por avanzar.

Broto (2016) en su tesis “el droit de suite de los autores de obras de artes plásticas, análisis jurídico y efectos en el mercado del arte” explica que su aparición se ha explicado como una sublevación popular ante la situación que los artistas debían soportar en Francia en los albores del siglo pasado, quienes, miserables, se veían obligados a malvender sus obras para luego comprobar que adinerados marchantes obtenían plusvalías obscenas fruto de las reventas de aquéllas. así llegando a la conclusión de que debido a su contenido exclusivamente económico, el droit de suite es un derecho de naturaleza patrimonial y se ha configurado en nuestra Ley de Propiedad Intelectual, como señala la doctrina, dentro de la categoría de los derechos de remuneración. Sin embargo, a diferencia del resto de los derechos de remuneración contenidos en la Ley, el droit de suite no encuentra su generación ni en la presunción de cesión de derechos de explotación de un autor a un tercero ni en el reconocimiento de un límite legal en la aplicación de éstos. En nuestra opinión, no podemos otorgar al derecho de participación una finalidad compensatoria. Se diferencia, sustancialmente. Del Origen del otro derecho de remuneración, la compensación equitativa por copia privada

Del Valle (2002) en su tesis “los derechos de autor y la propiedad intelectual en el periodismo especializado”, Parte de la hipótesis de que en el trabajo de los periodistas puede existir una actividad creadora, susceptible de generar derechos de autor mas allá de lo reconocido hoy en la legislación Española, llegando a la conclusión de que el trabajo de los periodistas se encuentra tácita o formalmente excluido de la protección sobre derechos de autor establecida en la ley de propiedad intelectual de 22/1987 de 11 de noviembre y en los reglamentos que la desarrollan entre otras razones por la extensión del “derecho de cita” y la libertad para la reproducción de materiales informativos establecida en el artículo 34 y otros. el artículo 9 del real decreto 1434/92 que desarrolla la ley de propiedad intelectual agrava la situación de los periodistas al excluir a los autores de publicaciones periódica del derecho a remuneración por copia privada, reconocido al resto de los autores. las sociedades de gestión de derechos de autor existentes actualmente en España no amparan los derechos de autor de los periodistas, con la mínima excepción de los independientes

y también a los contratados cuando sus textos se publican fuera de sus relaciones contractuales.

Barrueto & Barrueto (2010) en su tesis “derechos de autor en general y derechos morales y patrimoniales de los intérpretes y ejecutantes de las obras plasmadas en formato audiovisual en especial” explican que Durante mucho tiempo los derechos de los autores, intérpretes, artistas y ejecutantes de distintos tipos de obras, han sido discutidos, analizados y regulados por las diversas legislaciones. Sin embargo, por ser un tema amplio, que va desarrollándose cada día de acuerdo con el avance de la tecnología y las comunicaciones, estas regulaciones son constantemente complementadas y actualizadas, llegando a la conclusión que Producto de este estudio se ha aprendido que, el arte suele manifestarse de las más diversas formas, de manera tal que a veces se hace difícil la labor de protección que le corresponde al Estado, puesto que cada artista se vincula de una forma distinta con su creación, siendo labor de éste tutelar los derechos de artistas intérpretes y ejecutantes, cuestión que es fundamental para el desarrollo de nuestra cultura. Debiendo enfocarse esta protección a los dos derechos que conforman el de autor, esto es, derechos morales y patrimoniales. Concluyendo que, sólo si existe la debida protección, se puede afirmar que la legislación nacional fomenta la cultura, pilar fundamental del desarrollo de una sociedad. También se concluye que, muchas veces, junto y dentro del mismo derecho de autor en particular, es decir del creador de una obra, existen otras personas quienes colaboran en la producción de las más diversas formas y a quienes debe reconocérseles sus derechos como coautores, según sea su aporte.

1.2. MARCO TEORICO

El Derecho de Autor

El derecho de autor parte de la necesidad que tiene todo hombre de tener acceso y del disfrute de los conocimientos del saber humano, así como a la par de la necesidad correlativa que existe entre el estimular la investigación y recompensar el

esfuerzo he ingenio, por ello; el derecho de autor es reconocido como uno de los derechos básico del ser humano, reconocidos por la declaración universal de los derechos humanos el año de 1048, por la asamblea general de las naciones unidas en su artículo 27 que señala el que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente de la cultura de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en todos los beneficios que de el resulten, así a la par; toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de autoría científica, literaria o artística (Herrera, 1992 p36).

Origen del Derecho de Autor

Si bien existen muchas versiones sobre donde se origina el derecho de autor, es difícil de identificar cual es la verdadera y sobre todo cual es la más antigua, ya que el hecho de llevarse el mérito y por sobre todo, ser admirado y reconocido por hazañas de sabiduría ha estado en el ser humano desde tiempos inmemoriales. sin duda alguna el hecho más documentado y por consiguiente, el que sirve de preámbulo histórico, se remonta hacia el año 1450, con la imprenta de tipos móviles inventada por Johann Gutenberg, haciendo que las obras comenzaran a reproducirse mecánicamente, surgiendo así las primeras imprentas en un sentido de definición actual, siendo estos los primeros editores, quienes fueron los primeros en lucha para lograr la defensa frente a las copias que terceros hacían de sus libros y vendían sin su autorización (Fernández, 2011, p18).

Titulares del Derecho de Autor

La La titularidad de los derechos respecto de una obra protegida , a través del Derecho de Autor, también tendrá diferencias entre las dos concepciones doctrinarias, y será preponderante para poder determinar la legitimidad para obrar, El autor, desde la percepción de la tradición latina, es la persona física que crea la obra, y por lo tanto ostenta, en forma primigenia, la titularidad respecto de los derechos morales y patrimoniales de la obra creada, Para los países con tradición latina, la titularidad originaria, siempre va recaer en el autor, que es la persona de quién nace la creación intelectual, negando la posibilidad de reconocer que las

personas jurídicas puedan crear obras ya que, obviamente al estar conformadas por personas naturales, la creación si debe tener un autor por defecto (Colombet, 1997, pp.31-32).

Los límites a la Explotación del Derecho de Autor

Debido a la trascendencia de las creaciones materia de protección por el Derecho de Autor, se ha reconocido un derecho a favor de la Sociedad, que se contrapone, al derecho exclusivo del autor, con la finalidad de difundir la cultura y el conocimiento; debido al equilibrio que debe existir entre el interés individual y el social o colectivo, surgieron lo que se conoce como los límites y/o excepciones al derecho patrimonial de los creadores, Antequera define ciertas limitaciones al derecho de autor pueden presentarse bajo las siguientes formas: “Las licencias no voluntarias, de acuerdo a la ley aplicable, en concordancia con los casos permitidos por los Convenios Internacionales. Y; Supuestos de excepción previstos en la ley donde el uso de la obra es libre, pero sometido al pago de remuneraciones, así como que sus usos sean libres y gratuitos, bajo el cumplimiento de los usos honrados (Antequera, 2007, p54).

Originalidad vs Novedad

Parte de la doctrina ha pretendido trasladar el concepto puro de la novedad que rige a la propiedad industrial (patentes, diseños industriales) a la originalidad que deben tener las obras, a pesar, que se trata de dos criterios distintos aunque no opuestos entre sí, Espín (1996), señala que el criterio de la novedad en el derecho de autor “sería un obstáculo para la creación sobre el mismo tema, la novedad alude a contenidos y la originalidad a la forma de expresión; siendo precisamente esta última lo que considera el Derecho de Autor como materia de análisis” (p25), (p25), punto de vista que no comparto con el autor ya que mientras, la palabra novedad parte del latín *novitas*, que parte de la idea de la oportunidad a base de algo, la originalidad es esta

cualidad que las hace novedosas, siendo que lo original ya forma parte de la novedad por lo que se va a seguir con este postulado que también es acogido por la norma nacional que se encarga de aplicar la novedad a la hora de valorar una creación por parte de INDECOPI.

La Originalidad Como Novedad

Es delgada línea que se encarga de separar lo que consideramos original de una simple imitación. Muchas veces nos referimos a algo original como un derivado de otra cosa preexistente. Dejando de lado a esta y desmereciendo su obra por desconocimiento. Tapia y Bondia. (1997) señalan que “ la originalidad objetiva de una creación es la que permite diferenciar esa creación de las demás” (p. 55). Es de esta manera que podemos entender a una obra como aquella construcción por parte del autor que se va a diferenciar de todo aquello dentro del mismo género que le pueda servir como predecesor directo.

Novedad Objetiva Absoluta

Ahora bien, la novedad presenta distintas corrientes y cada una de estas tiene una postura particularmente distinta, entre ellas encontramos a la novedad objetiva absoluta, la cual sostiene que la obra original es aquella que no puede ser identificable de ninguna manera con alguna obra que exista de forma previa. Espin. (1999) da en conocimiento que, “de acuerdo a la novedad objetiva, o novedad absoluta, para que la obra sea considerada original y protegible, no debe existir ninguna otra anterior que le sea idéntica” (pp. 128-129). Es de esta postura que debemos entender a las obras como fuentes de sí misma, y que por otra parte no contemple ningún tipo de similitud con otrora creación que presente los mismos matices de perspectiva a la hora de clasificarlo como arte.

Ahora nos encontramos con otro de los defensores de la teoría objetivista absolutista, que si bien desde una óptica de inspiración - creación, es muy sesgada a la hora de otorgar su visto bueno a una obra, siendo que muchas veces resulta complicado por demasía demostrar la originalidad absoluta de una obra. Bercovit (2003) sostiene que “lo creado es completamente distinto de la o las obras preexistentes” (p. 56). De todo esto podemos rescatar un fuerte sentido de convicción a la hora de catalogar la originalidad en una obra, ya que como se ha señalado previamente, la originalidad tiene un criterio demasiado amplio a la hora de ser catalogada como tal, y de aquí parte esta teoría dando el punto de vista más arraigado a lo factible basado en hechos, dejando de lado todo tipo de subjetividad a la hora de catalogar o validar el arte.

Cuando tratamos de entender el arte, siempre lo vamos hacer vinculándolo fuertemente con el sentido de pertenencia de una determinada sociedad, he de ahí que el arte basado en culturas previas a la epata colonial como la cultura moche, paracas, etc., sean fuente de orgullo nacional así como de identidad, esto es relevante así como a la vez interesante, ya que como indica Real (2001) “ la iaportación al patrimonio cultural de algo que con anterioridad a la misma no existía” (p. 3). Es de particular interés señalar la parte de patrimonialidad cultural cumple una función catalizadora a la hora de catalogar algo como arte ya que por lo general, el público, se ve identificado con la corriente de época, siendo que el arte contemporáneo sea una de las mayores influencias ya la vez el orgullo de muchas naciones, sin menospreciar y dejar de lado corrientes pre existentes como el cubismo, el impresionismo y el surrealismo.

Novedad Objetiva Relativa

Cuando buscamos el origen del arte, encontramos semejanzas que empiezan en la naturaleza y terminan en formas inspiradas por estas que pueden ser percibidas de forma distinta dependiendo de en donde se encuentre el creador, existe esta figura de la novedad subjetiva que bebe mucho de estos conceptos, ya que siendo conscientes de la forma en

que se percibe el sentido de creatividad y originalidad, toma una postura más abierta y no tan sesgada.

La novedad objetiva relativa, o novedad relativa, da a sugerir que se debe considerar original a la creación que sea relativamente nueva, ya que, no sería necesario que la obra creada sea mantenga las diferencias con su predecesora, sino que bastaría que el compositor, creador, escultor, artista en general, reorganice ciertos elementos de la obra preconcebida para darle vida a algo completamente distinto, que sí parte de una idea ya tomada, pero que regida por el mismo espíritu creador del artista, era como todo, algo nuevo que surge de una fuente de inspiración. (Valero, 2000, p. 142).

Novedad Subjetiva

Es complicado entender la óptica que pretende brindar la novedad subjetiva, ya que como el mismo nombre lo indica, se busca ver el sentido de originalidad de una forma no convencional a la hora de señalar quien es el encargado de dar vida y no de asimilarla en un sentido de homenaje o fuente directa de inspiración. No se considera una infracción a la ley que regula la autoría una obra que presente características similares a una pre existente, siempre que el segundo autor no utilice consciente o inconscientemente un modelo compuesto de obras existentes, gozando del mismo grado de reconocimiento por el derecho (Bercovitz, et al, 2007, p. 161) al es el caso del artista Gabriel Orozco, quien expuso en la galería de Kurimanzutto de la Ciudad de México, una obra basada el día a día del tan famoso OXXO del mencionado país, en este caso como vemos, la teoría de la originalidad subjetiva, sostiene que si bien, Gabriel Orozco no es el creador artístico de los empaques de los productos presentados o del OXXO, si lo es de la composición misma de los elementos primos que conforman una creación, que goza de todos los beneficios correspondientes. Puede que esto parezca algo sorprendente y que a estas alturas estemos cuestionando si realmente algo de esta índole puede considerarse obra de arte o tomadura de pelo, pero el arte al igual que el derecho mismo, es subjetivo por naturaleza y la definición que le corresponda dependerá no de lo normado, sino de lo que

la sociedad considere.

Teoría Ecléctica o Intermedia

Como consecuencia a todo lo observable, bajo una mira telescópica de imparcialidad, se presenta la teoría ecléctica o intermedia, que plantea considerar la obra como el reflejo de lo que el artista pretende mostrar, pero que además no mantenga un carácter de copia exacta para con otros similares, tal como señala Real (2001), “los criterios objetivos y subjetivos son complementarios, es decir, la impronta de la personalidad no está reñida con la actividad creativa, ambos aspectos confluyen en una misma obra” (p.3). Esta teoría brinda un mayor rango de posibilidades, tanto para el creador, como para el ámbito legal, ya que en una situación que amerite un mayor estudio de la creación artística en post de demostrar el fraude referido a una copia si es que se le amerita, la misma teoría se va a inclinar por una postura más subjetiva, permitiendo un abanico de posibilidades que favorezca a todas las partes.

Podríamos entender de forma errónea todo lo que representa la conceptualización de esta teoría, desde el supuesto de un artista que realmente está copiando, hasta el caso completamente diferente en el que no se busque un aprovechamiento del copyright, ya sea por una similitud netamente subjetiva o por otros factores de carácter cultural basados en el arraigo y la costumbre, he de ahí que Otero (2008) plantee que “esta teoría es objetiva en la medida en que es una característica de la obra protegible y es subjetiva en la medida en que en sí misma es una consecuencia de la capacidad creadora del autor” (p. 414) de aquí podemos distinguir que se está buscando complementar las 2 principales corrientes (objetivismo y subjetivismo) implementando las mejores características de cada una ya que, como se menciona se busca una obra que si bien no es completamente original, si refleja la personalidad impresa del neo creador (subjetivismo), y a la vez busca todo el soporte y protección que le pueden brindar una normativa legal, fundándose desde el punto de vista de la originalidad (objetivismo)

Normativa y Jurisprudencia Peruana en Torno a la Originalidad: Decreto Legislativo 822

El Perú contempla la teoría subjetiva como su principal fuente para determinar la originalidad de una obra, en otras palabras, se entiende que una obra es original en la medida que cumpla con reflejar la personalidad del autor. pero, cabe mencionar que el seguimiento a la mencionada teoría, no se ve contemplada en la ley pertinente, por lo que da un margen muy amplio a la hora de plantear más que una modificación, una integración a la norma que sea la correspondiente. En efecto , el Decreto Legislativo No. 822, Ley sobre el Derecho de Autor , cuando define a las obras solamente señala: en su artículo 2 que a los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado de obra como toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.

Puede apreciarse que el Decreto Legislativo No. 822 no llega a definir el concepto de originalidad y lo mismo sucede con la normativa andina, pues la Decisión No. 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos tampoco posee mayores precisiones, limitándose a señalar: “Artículo 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende por obra toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria , susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma. La jurisprudencia es la fuente que ha determinado qué debe entenderse por originalidad. Así, en el marco del Expediente No. 663-96-ODA-INDECOPI, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI estableció la definición de originalidad que seguimos en nuestro país

En consecuencia, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, vía Resolución No. 286-1998/TPI- INDECOPI, estableció como precedente de observancia obligatoria lo

siguiente: “Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad

No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural - artístico, científico o literario - ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que sólo requieren de la habilidad manual para su ejecución. En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor. Igualmente aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a ésta en obra”. Este precedente, vigente hasta la actualidad, opta claramente por la teoría de la originalidad subjetiva o personalidad como el criterio para determinar la originalidad de una creación.

Cabe también mencionar que se encuentra acorde con lo indicado en la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 10-IP-99, en la que se señala que para que llegue a tener el carácter de creación, es necesaria la originalidad, que no es sinónimo de novedad, sino de individualidad, vale decir, que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad, cuestión de hecho que debe examinarse en cada caso y, en el presente, por el juez nacional. Vale la pena especificar en este punto que, a nuestro modo de ver, aunque la jurisprudencia nacional es constante al manifestar que solo es importante el reflejo de la personalidad del creador en la obra y no la novedad de la misma, en los hechos, se analiza si la creación es nueva en términos relativos.

La Gastronomía y el Derecho de Autor

Condición de Producto Bandera

Denominamos producto bandera a todo aquel que refleje la imagen del Perú, tanto en el interior como en el exterior de nuestra nación, que le confiere a nuestro país una ventaja estratégica en un nivel comparativo muy amplio en lo referido a relaciones comerciales con otras naciones, ya que al ser exclusivos de nuestra nación así como representativos de la cultura y teniendo detrás todo un bagaje repleto de tradición y cultura implícita, permite ser una ventana a los ojos del mundo generando un mayor aporte económico a la nación. Dentro de todo esto se considera a la gastronomía peruana como un producto bandera conforme al artículo 2 del Decreto Supremo 25-2005-MINCETUR, habiendo cumplido con los siguientes requisitos oficiales: ser única en su origen, tener características diferenciales, otorgar ventajas comparativas y transmitir la imagen del Perú como un país generador de productos de calidad con valor agregado

Razones por las Cuales no se ha Protegido a la Gastronomía por la Vía del Derecho de Autor

La Gastronomía Como Arte

El Derecho de Autor protege todas las obras artísticas, por lo tanto, si hasta ahora no se han protegido las creaciones gastronómicas, ¿será porque no puede considerarse un arte? Definir qué es el arte siempre es complicado y polémico, pero apoyándonos en el diccionario, diremos que, en términos generales, el arte es la “manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros; una virtud, disposición y habilidad para hacer algo, esto rompe con la teoría sostenida por García (2001) alegando que“ ni el

olfato, ni el gusto pueden llamarse sentidos estéticos (a pesar de la etimología de la propia palabra estética). Solo el oído y la vista o, mejor aún, solo los sonidos y los colores,” (p. 656).

Debo manifestar mi completo desacuerdo con la postura de este autor, ya que parte de la idea pre concebido de que el arte solo puede ser entendido como la manifestación de lo estético plasmado a través del oído o de la vista, dejando de lado el resto de manifestaciones artísticas que profesan su inspiración del uso diario, que parten de lo cotidiano y que a todas luces no podrían aparentar ese chache de galantería impuesta por las obras de aparente mayor jerarquía, pero, absolutamente todo parte del uso cotidiano, siendo el silbido la primera manifestación de arte auditivo, la pintura rupestre la primera forma de dibujo y las adoraciones a deidades la primera forma de expresión escultórica, por lo que absolutamente todo parte de la costumbre y de los usos diarios dependiendo de la época que van a tener mayor o menor relevancia dependiendo más que nada del concepto histórico y del momento social de una determinada región.

Desde los tiempos de la antigua filosofía griega, se han ordenado los cinco sentidos vista, oído, tacto, olfato y gusto, de acuerdo con su importancia epistemológica. Debido a que la vista y el oído proveen la información más objetiva acerca del mundo exterior y, por lo tanto, contribuyen más a la creación del conocimiento, eran los sentidos más reverenciados por los griegos. Además, los sentidos de vista y oído permiten a un individuo a percibir desde la distancia. Tacto, olfato y gusto, por el contrario, requieren proximidad con el objeto percibido para que sean utilizables, lo cual impide la posibilidad de la investigación filosófica objetiva el sentido del gusto se ha pensado que opera no en un nivel intelectual, sino en un nivel primitivo e instintivo de la existencia humana (broussard, 2008, pp16-17).

Esta es en opinion personal, una interpretación más acertada a la hora de buscar el origen de esta pseudo clasificación, otorgado a las distintas corrientes artísticas, y que no solo pasa en el mundo del arte, también lo encontramos arraigado en la sociedad misma, que aún mantiene costumbres basadas en el sesgo de la información, creencias que ya no

tienen cabida en una época como la nuestra, y que surgen de una mentalidad arcaica que por desgracia se mantiene hasta nuestros días.

Obstáculos Jurídicos: Precedente de Observancia Obligatoria y el Artículo 9 del Decreto Legislativo **822**

En nuestro país no se conocen solicitudes para proteger recetas o platillos como obras artísticas, considero que los siguientes son dos importantes obstáculos jurídicos por los cuales las creaciones gastronómicas tendrían dificultad para ser protegidas vía Derechos de Autor. En primer lugar se encuentra el precedente de observancia obligatoria de la Resolución No. 286-1998/TPI- INDECOPI, el mismo que define la originalidad. En uno de sus párrafos, señala que no será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural, artístico, científico o literario ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones.

Siendo estas instrucciones de carácter simple que sólo requieren de la habilidad manual para su ejecución. Cuando el Derecho de Autor excluye como creación individual aquello que sea parte del patrimonio cultural, científico o artístico, habla de la gastronomía tradicional que todos conocemos, ya que absolutamente todos tenemos platillos que caracterizan a nuestras zonas, ingresa dentro de este rubro, de origen ancestral o colectivo, siendo parte de algo ya arraigado, estando estado ahí desde tiempos inmemoriales, que no puede ser definido como algo individual. Adicionalmente a lo anterior, las recetas de cocina constituyen el ejemplo que usualmente se ha utilizado para ilustrar a las instrucciones simples que no gozan de Derechos de Autor.

¿Existen Características Especiales en la Industria Gastronómica?

En la industria gastronómica, al menos en la alta cocina peruana e internacional, parece haber un código de ética entre los chefs, que abarca el respeto por la autoría de las recetas pero, a la vez, una tradición de compartirlas. El origen de este comportamiento podría ser francés. En 2006, Emmanuelle Fauchart y Eric A. Von Hippel publicaron un estudio sobre normas sociales de los chefs franceses, normas basadas en el sistema de propiedad intelectual. Fauchart y Von Hippel identificaron tres normas sociales que los chefs utilizan para proteger su conocimiento: (1) un cocinero no debe copiar la innovación en la receta de otro chef de manera exacta, (2) si un chef revela a un colega información secreta relacionada con una receta, este colega no debe pasar la información a otras personas sin pedir antes permiso, y (3) los chefs deben dar el crédito como autores a las personas que desarrollen recetas o técnicas significativas. (Fauchart, Hippel, 2006, p.06).

Considerando la influencia de la cocina francesa en el mundo, no sería extraño que este comportamiento se haya extendido en la alta cocina de todos los países, incluido el Perú. Como indicio de lo anterior tenemos que, en setiembre de 2009, para llevar a cabo la cena benéfica “Sabores de elBulli, ingredientes del Perú, sueños de Pachacutec”, previamente los chefs peruanos pidieron autorización a Ferrán Adriá, chef del restaurante el Bulli, para que sus platillos sean incluidos en el menú del evento, siendo que esto demuestra los puntos que sosteníamos y nos invita a pensar en que es lo que hubiera pasado si el maestro Ferrán Adriá no hubiera brindado su consentimiento: ¿los acontecimientos se habrían dado de la misma manera?, yo creo que sí pero que esto habría ocasionado un revuelo en redes, así como el descontento de dicho chef por el uso indebido de sus recetas.

Tal como señalan Kal Raustiala y Christopher Sprigman, existen algunas semejanzas entre la industria de la moda y el sector culinario. En ambos casos,

la protección por parte de la Propiedad Intelectual es baja pues las creaciones del diseñador no encuentran una sólida protección, así como tampoco las recetas y platillos de los chefs. Otra semejanza entre ambas industrias, es que la alta cocina y la moda implican bienes de estatus social; prueba de ello se encuentra en la dificultad de realizar reservaciones en restaurantes famosos y en los precios elevados que pueden tener los platillos. La cocina moderna, al igual que la moda, puede ser percibida como innovadora y rentable, pese a la escasa protección de la Propiedad Intelectual⁰ (Raustiala, Sprigman, 2006 p.1687).

Tomando en cuenta lo anterior, cabe la posibilidad que la copia de platillos y recetas dentro de la alta cocina no genere necesariamente un impacto negativo, sino que, por el contrario, impulse una mayor creatividad por parte del sector de modo que sea necesario innovar con cierta velocidad para que los comensales sigan percibiendo los platillos como un elemento exclusivo, acorde con el estatus. esto, por supuesto, beneficiando enormemente al sector gastronómico, que depende del sector turismo para su promoción, del sector transporte para el abastecimiento de insumos, del factor humano ya que brinda trabajo a muchísimas personas, y por sobre al estado ya que genera mayores ingresos a las arcas estatales.

Música y Gastronomía Como Análogos en Sentido Común

La gastronomía es un arte, ¿podemos dejar ya el debate?; es algo que lleva debatiéndose desde hace mucho tiempo, tanto que incluso algunos se preguntan ¿por qué es tan importante que la gastronomía sea reconocida como tal?, bueno, que la gastronomía sea un arte es el equivalente a que la gente tenga una afiliación política o una creencia religiosa, esto ayuda a enfocar sus acciones, si la gastronomía es un arte entonces estamos en el derecho de reclamarle a los autores mayor calidad y una concepción más profunda. La palabra arte ha sido muy ennoblecida, conocemos el arte como la interpretación de lo virtuoso siendo que solo lo bello o lo que imita la naturaleza es comprendido como arte. La gastronomía tiene el mismo potencial que cualquier otro medio para ser considerado arte y aquí entra mucho a tallar la música, que aunque no parezca, es muy similar.

La guía del derecho de autor para músicos, establece que las composiciones musicales, con letra o sin ella, independientemente de su género musical, son consideradas obras y, por lo tanto, están protegidas por el Derecho de Autor. Por autor de una obra musical, la ley puede referirse tanto a la persona que escribe o crea la letra de una obra musical, así como a la persona que compone la melodía de la misma. También puede ser considerado como autor intérprete, la persona que además de haber creado la obra musical, la interpreta (es decir, quien la canta) que la protección del Derecho de Autor sobre una determinada obra musical es automática desde el momento mismo en que el artista crea la obra en cuestión, Por ejemplo, desde que el autor termina de componer la letra de la canción, ya sea en una partitura o en una hoja de papel, tal creación queda protegida por el Derecho de Autor (Iriarte, Medina, 2013, pp. 4-5).

La ley reconoce a los autores musicales dos tipos de derechos sobre sus obras: los derechos morales y los derechos patrimoniales como es el caso del derecho de paternidad, entendido como el derecho que tiene el autor de decidir si su obra musical deberá llevar las indicaciones correspondientes a su nombre, como autor/compositor de la misma; o, de lo contrario, bajo seudónimo. La ley reconoce a los autores de obras musicales, entre otros, los siguientes derechos patrimoniales: Derecho de reproducción, entendido como el derecho exclusivo que tiene el autor a autorizar la fijación de su obra musical en cualquier soporte así como cualquier reproducción posterior del material fijado. Así como también puede realizarse la explotación económica de este derecho (Iriarte, Medina, 2013, pp. 6-7).

Tenemos la figura del derecho de distribución, entendido como el derecho exclusivo que tiene el autor a autorizar si la obra musical, una vez reproducida, ha de ser distribuida y, de ser así, los medios, formas y alcance territorial de la

distribución a realizarse. Derecho de comunicación pública, entendido como el derecho exclusivo que tiene el autor a decidir si la obra será comunicada públicamente y, de ser así, las formas y canales para hacerlo ¿Existen excepciones a los derechos de los autores musicales? la que más encaja en todo esto es el uso de la obra en un ámbito exclusivamente doméstico, como por ejemplo, la utilización de una obra musical en una reunión familiar, siempre que por tal utilización no exista una ventaja económica para el usuario, como cobrar una entrada a la reunión (Iriarte, Medina, 2013, pp. 9-10).

Análisis de las Creaciones Gastronómicas Bajo el Derecho de Autor

La opinión generalizada en la doctrina es que las recetas o la ejecución de las mismas no merecen protección por el Derecho de Autor. Así, por ejemplo, en palabras de Antequera: El objeto de la tutela del Derecho de Autor está en la forma de expresión, de manera que a partir de un mismo método o técnica pueden crearse obras distintas, todas ellas protegidas, del mismo modo que sería contrario al desarrollo del conocimiento, por ejemplo, el impedir el aprovechamiento práctico de los conceptos o los sistemas explicados en las obras objeto del derecho. Así ocurre, por ejemplo, con los planes financieros, las reglas de un determinado juego, los manuales de uso de un programa de ordenador, las instrucciones para la utilización de un producto químico o los recetarios de cocina (Antequera, Ferreyros, 1996, p. 70).

De la misma manera se pronuncia Delia Lipszyc, cuando indica que el autor de un libro sobre jugadas de ajedrez o de un recetario de cocina puede impedir que la obra se reproduzca sin su autorización pero no puede impedir que los jugadores, aun en certámenes públicos con premios en dinero, o que en los hogares e incluso en establecimientos comerciales, pongan en práctica y cocinen de acuerdo con esas recetas. (Lipszyc 1993, p. 64) Siendo esto muy cierto, ya que el fin de brindar protección a las obras gastronómicas, no parte de un falso sentido de propiedad y exclusividad sobre determinado platillo ya que este pertenece al conjunto

social en general, sino parte de la parte artística del mismo, muchas veces dejado de lado al ser considerado un arte menor, pero que cumple con todas las características de creación artística.

Los Platos de Comida: ¿Obras Protegibles?

Según nuestra legislación, deben protegerse todas las obras que cumplan con el requisito de ser originales. Es decir que reflejen la individualidad o singularidad del creador. Pero no toda la cocina puede ser considerada como una aportación al arte. Tal puede ser el caso de la fusión cultural que se ha dado en el país a lo largo de los años, tal puede ser el caso de una causa de pollo o un lomo saltado. En consecuencia, comparto la apreciación de Soler (2001) cuando indica que “no se considera originales las recetas tradicionales, pero sí podrían protegerse creaciones culinarias indiscutibles, en la medida que resultarían novedosas, representarían un salto relevante respecto de lo exigible y responderían a un esfuerzo creativo superior al del sector” (p.502). Debido a que la singularidad o personalidad del chef podría encontrarse en diferentes aspectos del plato, es necesario determinar en cuál de los ámbitos puede residir la originalidad.

Análisis de la Originalidad Respecto del Procedimiento de Preparación

Aquí debemos ser explícitos a la hora de referirnos al procedimiento por el cual se van a preparar los alimentos. Existen nuevos métodos de cocina, más allá de la tradicional, como es la verificación, el batido, etc. pero esto no puede ser protegido por el derecho de autor, ya que como lo indica el decreto Legislativo 822. Artículo 9, señala que no son objeto de protección por el derecho de autor: Las ideas contenidas en las obras literarias o artísticas, los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí, los sistemas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial. Podría pensarse que todos estos nuevos y singulares procedimientos para cocinar, reflejarían la personalidad del autor, por ejemplo una personalidad científica o analítica. Esta restricción es

consecuente con la prohibición de proteger las ideas. Mas no por ello, si se puede respaldar estas invenciones a través de ideas plasmadas en libros.

Análisis de la Originalidad Respecto de la Combinación de Ingredientes

Una base de datos, en teoría, si se compone de elementos no originales, podría ser protegida por el Derecho de Autor siempre que la selección o la disposición de este contenido revista originalidad, es decir refleje la personalidad del autor. Con la misma lógica, es posible que se combinen o escojan ingredientes que reflejen la singularidad del chef; sin embargo, consideramos que puede llegar a ser muy difícil que el INDECOPI reconozca que un platillo goza de originalidad por este motivo. Nuevamente recurriremos al ejemplo de las bases de datos para explicar nuestros motivos. No existen casos nacionales en los cuales se haya declarado la originalidad de bases de datos e incluso a nivel internacional estas circunstancias son poco frecuentes.

Habiéndose optado en Europa por brindar una protección sui generis a las bases de datos, que no descansa en la originalidad sino en proteger la inversión que representa. Si conceder protección a las bases de datos por Derechos de Autor es una tarea tan compleja, es previsible que el INDECOPI tampoco reconocería fácilmente la originalidad de un platillo por la combinación o selección de sus ingredientes. Este comportamiento de la autoridad sería muy comprensible, pues, dada la naturaleza cambiante de los platillos (especialmente en el caso peruano) va a ser muy difícil que la autoridad detecte en la gastronomía una combinación singular (o hasta novedosa) porque constantemente estamos expuestos a noticias sobre combinaciones o ingredientes inusuales para cocinar.

Análisis de la Originalidad Respecto de la Presentación del Platillo

En los restaurantes, mientras que en la comida de diario la presentación no guarda una gran relevancia para los comensales, a quienes más bien les importa la abundancia de la porción, en la comida gourmet hay, por el contrario, cierta tendencia a que las porciones sean reducidas y que los alimentos tengan una disposición ordenada, por ejemplo, simétricamente. Existen muchas recomendaciones sobre la forma en que los platillos gourmet deben ser presentados. Evidentemente estas presentaciones simples y comunes de los platillos no serían protegibles porque no reflejarían la individualidad del chef, simplemente son empleadas por muchos cocineros en la alta cocina; sin embargo, una presentación muy diferente podría ser considerada como original por el INDECOPI.

Posiblemente, las presentaciones con mayor posibilidad de ser consideradas originales serán aquellas que tengan una forma escultórica. La forma escultórica no necesita ser permanente, por lo tanto, el argumento de que no se podría proteger la forma escultórica de un platillo debido a que es temporal (hasta que se consuma) carece de sentido. Como prueba de lo anterior y, saliendo del caso de las creaciones gastronómicas, una escultura de hielo o de arena son claros objetos de protección, sin que su naturaleza temporal sea un obstáculo para ello. Si bien tener esta forma es algo que tradicionalmente ha existido en los pasteles, también puede existir en los platos de comida.

Posibles Problemas de Proteger las Creaciones Culinarias

En ciertas condiciones, es posible otorgar Derechos de Autor a las creaciones culinarias, ¿qué efectos podría tener esta protección?, en el caso del titular de los derechos, En el caso de las recetas de chefs famosos, actualmente los derechos económicos por las publicaciones de recetarios corresponden a las empresas editoriales y el panorama puede ser aún más complejo. Ya que, si la receta es original,

pero el platillo que se describe no lo es, no hay problema en ejecutar la receta. En cambio, si el platillo en sí mismo es original, no puede ser reproducido sin autorización. ¿Esto significa que el chef creador debe pedir permiso a la editorial que publicó su receta para poder preparar sus propios platos? Es lo que se ha preguntado ya el chef Thomas Keller: y este ha contestado: *I've written two cookbooks. Of course, the books are owned by the publishers who have copywritten [sic] them. . . . So how do I then use the recipe in another way, because the book is copywritten? Do I have to call up my publisher to get permission to use a recipe that I told them to put in the cookbook?* (Buccafusco, 2007, p1151).

Los Secretos Empresariales

Información Confidencial

Como parte de sus facultades, el INDECOPI, en los procedimientos de infracciones de marcas, conductas anticompetitivas, conductas desleales, entre otros, puede exigir a los denunciados el revelar su información comercial. Ante esta situación, la empresa puede solicitar que la información se mantenga en reserva, es decir, que el público y la contraparte no tengan acceso a tales datos. Sin embargo, la autoridad determinará si la información se puede considerar un secreto de acuerdo a las consideraciones legales. Como mencionamos en el punto anterior, la empresa puede guardar reserva de cualquier información que a su criterio sea relevante, pero el INDECOPI solamente considerará como secreto empresarial aquella que cumpla con la definición jurídica.

En tal sentido, la doctrina jurídica, específicamente José Massaguer, nos señala que los secretos empresariales son “el conjunto de conocimientos o informaciones que no son de dominio público (secretos), que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la producción o prestación de un servicio o bien para la organización y financiación de una empresa o de una unidad o dependencia empresarial y que, por ello, procuran a quien los domina una ventaja que se esfuerza en conservar evitando su divulgación”. Conforme a esta definición, el autor señala que son tres los requisitos de la información para ser considerada

secreto empresarial: tal información debe ser secreta, tener un valor competitivo y contar con mecanismos que traten de mantenerla confidencial. (Massaguer, 1999, pp387-388). (Massaguer, 1999, pp387-388).

El Comerciante Y La Obligación Por Parte De La Autoridad A Revelar Información

Como podremos apreciar, la legislación peruana comparte la definición doctrinaria y sus criterios. En tal sentido se pronuncia la Directiva 001- 2008/TRI-INDECOPI, referida a la Confidencialidad de la Información en los Procedimientos Seguidos por los Órganos Funcionales del INDECOPI, la cual señala que la Información confidencial como el secreto comercial, es aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial, obliga a las empresas a mantenerla fuera del alcance de los terceros ajenos a la empresa.

Por su parte, el artículo 40, numeral 2, del Decreto Legislativo No. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, señala los requisitos para conceder reserva sobre un secreto empresarial. De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información: 1.- Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado; 2.- Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y, 3.- Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

Como podemos apreciar, el Decreto Legislativo 1044 se encuentra acorde a lo estipulado por el artículo 260 de la Decisión 486 sobre secretos empresariales, en tanto que la mencionada norma indica en su artículo 260, que se considerará como

secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: 1.- secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; 2.- tenga un valor comercial por ser secreta; y 3.- haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios. Asimismo, el Decreto Legislativo No. 1044, en el artículo 40, numeral 5, detalla que para que proceda la solicitud de declaración de reserva, el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. Para evaluar si la información tiene carácter confidencial, la Comisión evaluará la pertinencia de la información, su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación.

En consecuencia, bajo la óptica legal, no cualquier información puede considerarse un secreto comercial. Como lo señala la Resolución No.101-2007/TDC-INDECOPI (Expediente No. 006-2003/CLC), Entre algunos ejemplos de información que a nivel nacional sí se han considerado como secreto empresarial, tenemos: la estructura de costos de las empresas, sus niveles de ventas y la delimitación geográfica asignada a centros de distribución de productos. Por otro lado, entre la información que no ha sido considerada a nivel nacional secreto empresarial, podemos señalar: declaraciones de testigos, simples precios promedios de productos sin detallar el tipo de venta o de cliente y simples organigramas de una empresa. También es pertinente mencionar que, conforme a lo señalado por el artículo 261 de la decisión 486, en principio, no se considerará como secreto empresarial aquella información que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial.

En mi opinión, si en un procedimiento ante INDECOPI se solicitara la confidencialidad de una receta, tradicional o no, probablemente sería concedida, salvo el caso de que esta ya hubiese sido publicada en un recetario o que se trate de un platillo muy elemental y conocido por todos, como por ejemplo el arroz con huevo. Dado que la información cumple el requisito de ser secreta en tanto no sea generalmente conocida ni tampoco fácilmente accesible para las personas de áreas en las que normalmente se utiliza este tipo de información. En tal sentido, considerando los irápidos cambios que se dan en nuestra gastronomía, es difícil que la preparación exacta de un platillo tradicional forme parte del conocimiento general.

Los Signos Distintivos

De acuerdo a la Decisión 486, artículo 134, una marca puede estar constituida por cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado, asimismo, señala que podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. De esta manera, tenemos por ejemplo la marca de producto Nesquick y la marca de servicio Astrid y Gastón, que cumplen con los requisitos antes mencionados. Además de cumplir los mencionados requisitos, las marcas no deben caer en las prohibiciones establecidas en los artículos 135 y 136 de la Decisión 486. Entre ellas, se destacan los incisos c) y d) del artículo 135 y el inciso f) del artículo 136, los cuales reproducimos a continuación: Artículo 135.- No podrán registrarse como marcas los signos que: consistan exclusivamente en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza o la función de dicho producto o del servicio de que se trate, que consistan exclusivamente en formas u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican.

El artículo 136 señala que no podrá registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando consistan en un signo que infrinja el derecho de propiedad industrial o el

derecho de autor de un tercero, salvo que medie el consentimiento de éste. Como puede apreciarse, si bien la forma de un producto puede registrarse como signo distintivo, estos artículos impiden que se inscriban como marcas aquellos elementos cuya naturaleza corresponde exclusivamente a otros mecanismos de protección, como sucede con la patente de modelo de utilidad. Asimismo, se protege a los titulares de otros derechos de exclusiva frente a inscripciones de marcas que atentes contra sus intereses.

El registro de una marca confiere a su titular un derecho de exclusiva, es decir, la capacidad de impedir a cualquier persona, hacer uso de la marca sin su consentimiento. El plazo de protección es indefinido pero debe renovarse la marca cada 10 años, previo pago de la tasa correspondiente. Definitivamente las marcas se encuentran dentro de los elementos de la propiedad industrial más importantes, pues brindan información valiosa a los consumidores como la calidad, origen empresarial, entre otros datos que van a ser de vital importancia para el consumidor sobre todo, se logre identificar con el producto. Debido a ello, agilizan las transacciones en el mercado, haciendo más fácil que fluya la información sobre los productos.

Marcas Sonoras, Únicamente de Colores, Olfativas, Gustativas Y Táctiles

Como las marcas pueden estar formadas por cualquier signo, esto incluye los que se expresen por el sentido del gusto, del olfato y del oído. Asimismo, las marcas pueden estar integradas solamente por un color o por combinaciones de colores. Sobre este punto, de manera enunciativa, el inciso c) del artículo 134 de la Decisión 486 hace referencia a la posibilidad de registrar sonidos y olores como marcas, mientras que en el inciso e) del mismo artículo se alude al registro de un color delimitado por una forma, o una combinación de colores. Nuevamente, los requisitos de la aptitud distintiva y de la representación gráfica son ineludibles, pero en estos casos son más difíciles de cumplir.

No obstante las dificultades que iremos señalando, posiblemente estos tipos de marcas cobren mucha importancia en el futuro debido a las recientes investigaciones que se vienen realizando. Así lo señala el experto en neuromarketing, Lindstrom (2009), quien afirma: “La verdad es que las imágenes visuales son mucho más eficaces y más memorables cuando van de la mano con estímulos para otros sentidos como el oído y el olfato, esto se llama Sensory Branding (posicionamiento sensorial de la marca)” (p. 159). Y de aquí que, con todo lo señalado por el experto, podemos seguir postulando la teoría de que la mayor posibilidad de encontrar una simbiosis entre el derecho de autor y las obras culinarias, puede encontrarse en la capacidad del chef de demostrar su arte a través de las esculturas.

La Competencia Desleal

Dentro de esta concepción, el Estado deja el rol de protagonista del sistema económico, cediendo dicho papel a los proveedores y consumidores. Ya no les corresponde a los funcionarios públicos determinar qué producir, cómo producir y a qué precios producir, esta función se dejará en manos de una infinidad de decisiones atomizadas en un mercado masivo. Se cambia así la regulación por el contrato, la norma por la autonomía y el intervencionismo por la libertad. De la misma manera como en las elecciones políticas le corresponde a un organismo del Estado -para efectos del presente artículo, al Poder Electoral garantizar, de forma autónoma y técnica, que la voluntad de los ciudadanos se plasme en la elección de las autoridades; en las elecciones del mercado debe existir un organismo técnico y autónomo que garantice que los consumidores puedan elegir los productos y servicios que, en su opinión, satisfagan sus necesidades y preferencias (Menendez, 1988, p 25).

La Protección Vía Represión de la Competencia Desleal

Concebir la represión de la competencia desleal como una herramienta para garantizar el "poder electoral" del consumidor permite una comprensión más completa del fenómeno, dándole una perspectiva funcional. Las normas de represión de la competencia desleal no tienen como fin último proteger al competidor, sino proteger al mercado, al sistema competitivo, y, en última instancia, al consumidor. De esta manera, este cuerpo legal se convierte en un mecanismo para proteger la libertad de elegir de los consumidores. Si el competidor resulta protegido es por accidente, no por desarrollo de la función asignada a la disciplina. Y ello es tan cierto que en aquellos casos en los que la protección de un competidor lleve a la reducción de opciones de los consumidores, dicha protección debe ser dejada de lado. (Bullard. Patron, 1999, 442).

Sancciones a los Actos de Confusión

De acuerdo al artículo 9 del Decreto Legislativo No. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de confusión son aquellos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde. Los actos de confusión pueden materializarse mediante la utilización indebida de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual.

La confusión se refiere a la posibilidad de que el consumidor atribuya un origen empresarial equivocado. Existen las siguientes modalidades de confusión originadas en el derecho marcario pero aplicables a la confusión desleal, tal es el caso de Confusión en sentido estricto (En este caso el consumidor cae en un error en cuanto a la identidad de la empresa que brinda el bien o servicio). A su vez, esta categoría se subdivide en: Inmediata o directa, en este nivel, la confusión se da entre los

propios signos pues guardan mucha semejanza. (Inca Kola vs. Inka Cola), también se encuentra la Mediata o Indirecta donde no ocurre confusión entre los signos, pues el consumidor advierte la diferencia, pero el parecido entre ambos le hace creer que los bienes o servicios provienen de la misma empresa, la confusión en sentido amplio cuando el consumidor identifica que está ante bienes o servicios que provienen de empresas diferentes, pero asume equivocadamente que entre las empresas existe vinculación (Portellano, 1995, pp268-269).

Precisamente, debido a la diferente finalidad de las áreas, la confusión en el terreno marcario y la confusión desleal se centran en aspectos distintos. la confusión en el terreno marcario se enfoca principalmente en analizar la identidad o semejanza de los signos en conflicto así como la similitud o identidad de los productos o servicios, Otros factores, como los canales de comercialización y el grado de atención que prestan los consumidores dentro del sector pertinente, también son tomados en cuenta, porque pueden incrementar el riesgo de confusión, pero no constituyen los elementos de mayor importancia porque el análisis se da más en abstracto, privilegiando cómo figura el signo en el registro (Monteagudo, 1993, p83).

Sanciones por Aprovechamiento Indebido del Esfuerzo Ajeno

A diferencia de los casos de confusión y aprovechamiento indebido de la reputación ajena, no se ha contemplado expresamente en nuestra legislación el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. Por tratarse de un supuesto que no está contenido de manera detallada y específica en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, su existencia y aplicación a los procedimientos no ha estado exenta de críticas. La base legal para el supuesto de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno se encuentra en el artículo 6 del Decreto Legislativo 1044, denominado como la Cláusula General.

El artículo 6° en su cláusula general 6.1., indica que están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten. 6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado. La cláusula general es una herramienta que existe para adecuar la legislación a los rápidos cambios en el mercado. Si solamente existiera un listado taxativo de conductas desleales, los nuevos comportamientos ilícitos no podrían ser sancionados.

Cláusula General Prohibitiva de la Competencia Desleal

La necesidad de esta cláusula general prohibitiva es indudable. Solamente gracias a ella puede evitarse que la protección contra la competencia desleal quede obsoleta debido al continuo desarrollo de nuevas prácticas empresariales. Se considera como constitutivo de competencia desleal cualquier acto que sea contrario a las buenas costumbres, o a los usos honestos, o a las normas de corrección en materia industrial o comercial. No puede ser determinante para definir la competencia desleal exclusivamente lo que piensen los empresarios. Hay que tener en cuenta, para esa delimitación, los otros intereses protegidos. Resulta desleal todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe (Ezcurra, Chavez, 2007, p115).

Marco Histórico

Considero que toda investigación que busca y pretende analizar determinadas situaciones que contengan relevancia social como es el caso de nuestra tesis, uno de los criterios que se debe tener en cuenta es el trasfondo de la narrativa histórica a través de sus datos e historias, ya que esto nos permite conocer el origen, evolución y el porqué de la situación actual del problema que está siendo estudiado. Al respecto Carrasco (2009) sostiene que el marco histórico es la demarcación de los hechos pasados en la que se establece cuáles han sido las diferentes fases por las que han pasado el objeto de estudio en el desarrollo

hasta llegar al estado en que se encuentra al someterlo a investigación (p. 156). Debemos señalar que todo esto va a surgir cuando se implementa El Decreto Legislativo 822 “Ley Sobre el Derecho de Autor” del 23 de abril de 1996, publicado el 24 de abril de 1996, del mismo modo el Perú asumía los compromisos internacionales a través de la adopción del Convenio de Berna y el acuerdo ADPIC a fin de asegurar a los autores y demás titulares una efectiva protección; la cual sería modificada De conformidad con la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28131, publicada el 19-12-2003, en la cual se deroga el la parte que se opone a la Ley N° 28131. Ley del Artista, Intérprete y Ejecutante “WIPO”, para una mayor solides

Marco Filosófico

Respecto a este ítem, es idóneo manifestar que todo estudio formal y válido realizado sobre un tema en específico debe estar respaldado por un marco filosófico de un autor que tenga relación con el Derecho. Es por ello, que sin duda alguna, para el progreso de este punto, analizamos al filósofo Jean-Paul Jouary (2012) quien ha descrito la teoría de la forma sensible característica de la obra culinaria como una melodía de sabores sobre un fondo de arte plástico. Ambas dimensiones de la obra culinaria, externa e interna, visual y gustativa, complementarias y distinguibles, son relevantes al considerar la existencia de una creación de forma protegible por el Derecho de autor, y desde ambas perspectivas, visual y gustativa, debe analizarse su idoneidad como objetos de protección por el Derecho de autor (p. 34).

Siguiendo la línea del autor anteriormente mencionado, he de considerar que cuando se habla de teorías que buscan dar una definición de algo tan subjetivo he individual como es la expresión artística en post de acoplarla de forma idónea a cañones y estándares masivos, es de vital importancia lograr, un punto medio entre los estándares actuales y los cambios de paradigma que puedan surgir de la interpretación de estas posturas. Por ende, a la hora de analizar el cómo se puede entender a la gastronomía dentro del derecho de autor, es de suma importancia darle un enfoque filosófico para tener un mayor grado de debate que nos lleve a una solución más satisfactoria.

Marco Conceptual

Dentro del marco conceptual se deberán incluir los términos propios u originales que serán utilizados durante el desarrollo de esta investigación, debemos señalar que por marco conceptual deberá entenderse al conglomerado de términos que previamente han sido definidos con exactitud y precisión de manera que su significado permita delimitar el contexto de la investigación . como menciona Reidi (2012): El plan inicial del desarrollo de un marco teórico que sustente la investigación a realizar, incluye no sólo los supuestos teóricos de los que parte el investigador, sino también conforma la manera en la que el investigador recoge sus datos, lo que a su vez determina o establece los límites de las clases de análisis que pueden emplearse los supuestos teóricos sobre la naturaleza de la realidad social o de la naturaleza humana de los que parte, comprometiendo al investigador a ciertos tipos particulares de procedimientos cuando reúne y analiza sus datos (p. 24)

Por consiguiente a lo expuesto, presento dos tablas que representaran las dos categorías que son objeto de estudio y que nos permitirá ofrecer una mejor explicación:

Tabla 1:*“Mapa conceptual sobre la categoría del derecho de autor”*

MAPA CONCEPTUAL SOBRE LA CATEGORÍA DE DERECHO DE AUTOR		
<i>Categoría</i>	<i>Definición</i>	<i>Sub Categorías</i>
Derecho de Autor	El derecho de autor es un término jurídico establecido que describe y determina los derechos morales y patrimoniales que tienen los creadores y/o autores, concedidos por la ley sobre obras literarias, artísticas, productos y servicios tanto culturales, tecnológicos así como comerciales.	Titulares del Derecho de Autor límites a la Explotación del Derecho de Autor Originalidad vs Novedad Novedad Objetiva Relativa

Fuente: Elaboración propia (2018).**Tabla 2:***“Mapa conceptual sobre la competencia desleal”*

MAPA CONCEPTUAL SOBRE LA CATEGORÍA DE COMPETENCIA DESLEAL		
<i>Categoría</i>	<i>Definición</i>	<i>Sub Categorías</i>
Competencia Desleal	La competencia desleal es aquella rama del derecho que delimita la conducta empresarial de todo tipo, en orden a mantener un equilibrio en el mercado, conjugando la libertad de empresa, la libre competencia, el interés colectivo de los consumidores y el interés público.	La Protección Vía Represión de la Competencia Desleal Sanciones a los Actos de Confusión Sanciones por Aprovechamiento del Esfuerzo Ajeno Cláusula General Prohibitiva de la Competencia Desleal

Fuente: Elaboración propia (2018).

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Problema General:

¿Se cumple con regular la innovación gastronómica dentro del derecho de Autor, sobre todo, comprendido esto dentro del marco de la competencia desleal en lima metropolitana?

Problema Específico nro. 1

¿De qué forma la legislación nacional protege la innovación gastronómica dentro de los parámetros del derecho de autor?

Problema Específico nro. 2

¿De qué forma el derecho de autor puede actuar frente a la competencia desleal referido a creaciones gastronómicas?

1.3.1 JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO:

Justificación Teórica

El presente trabajo toma en cuenta un tema ínfimo en importancia, pero que con el enfoque correcto desde una perspectiva de integración cultural y nacional, nos demuestra que nuestras obras culturales, en este caso la gastronomía, viene siendo vulnerada, así como que no se le brinda el reconocimiento correspondiente con todos sus consecuentes a los creadores, que muchas veces se ven afectados por una competencia desleal

Justificación Metodológica

La elaboración del presente trabajo permitirá recolectar, conocer, analizar datos y ficha de análisis así como las entrevistas, con la finalidad de llegar a establecer la manera en que se ve afectado el empresario, el productor y el chef creador de obras culinarias. así como a expertos de INDECOPI

Justificación Práctica

En la práctica el presente trabajo, podría llegar a aportar medidas legislativas que tengan como finalidad darle al productor, empresario y chef, las garantías necesarias para disfrutar del fruto de su talento a la hora de crear arte culinario, cumpliendo con tener el carácter de respaldo jurídico que permita otodo esto a poteriori

Contribución

El presente proyecto, pretende establecer que el tema de investigación configure como motivo suficiente para lograr un cambio en el panorama general que beneficie a un sector tan grande como es el del gastronómico, esto presenta una particular relevancia sobre todo por el hecho de que nuestro país se caracteriza por su bagaje gastronómico y por consecuencia su innovación en el sector, por ende lo que se busca es lograr más que un cambio, una medida que se encargue de regular todo lo referido al tema

Relevancia Social.

La innovación gastronómica como objetivo de protección del Derecho de Autor frente a la competencia desleal en lima metropolitana, genera relevancia social ya que se trata de conocer si existe alguna afectación que perjudique a sector gastronómico en lo referido a creaciones artísticas

Relevancia Jurídica.

El derecho a la propiedad intelectual se encuentra presente en creaciones artísticas. Y en el Perú se ha optado jurisprudencialmente por definir la originalidad según la teoría de la originalidad subjetiva, según la cual existe originalidad en la creación si

ésta illeva la impronta de la personalidad del creador, es decir, si la obra expresa lo propio del autor, su singularidad o individualidad, al margen de si la creación es nueva o no.

1.4. SUPUESTOS/OBJETIVOS DEL TRABAJO

Supuesto General.

La vulneración de los derechos de autor en la innovación gastronómica frente a la competencia desleal en Lima metropolitana genera desprotección al artista culinario ya que no se le dan las herramientas necesarias para proteger su creación.

Supuesto Especifico nro. 1

Las consecuencias de la vulneración de los derechos de autor en la innovación gastronómica son la afectación del patrimonio del creador así como su reputación, es necesario por esto plantear lograr medidas de carácter proteccionista

Supuesto Especifico nro. 2

La legislación nacional genera protección a creadores artísticos en general pero esto en algunas ocasiones resulta insuficiente a la hora de demostrar casos de violación de derechos de autor, muchas veces dependiendo de las particularidades del medio artístico

Objetivo General.

Determinar el cómo se ve afectada La innovación gastronómica como objetivo de protección del Derecho de Autor frente a la competencia desleal en Lima metropolitana - 2018.

Objetivo Específico nro. 1

Establecer si realmente existe algún mecanismo por el cual una obra gastronómica puede ser protegida por la ley en lima metropolitana – 2018

Objetivo Específico nro. 2

Explicar de qué forma la legislación nacional protege las creaciones artísticas gastronómicas frente a la competencia desleal en lima metropolitana – 2018.

II. MÉTODO

ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN.

Cualitativo

El siguiente trabajo fue realizado a través del enfoque cualitativo, el cual se caracteriza por permitirnos recolectar datos, implica determinar la investigación a través de interrogantes. Para Sampieri (2014), indica que la investigación cualitativa “Explora los fenómenos en profundidad, se conduce básicamente en ambientes naturales, los significados se extraen de los datos y no se fundamenta en la estadística”. (p.3). El aspecto cualitativo de la investigación, se encarga de realizar este trabajo desde una parte menos matemática, centrándose en el lado natural de las cosas, describiendo una problemática compleja, a través de sus eventos, manifestaciones y dando conclusiones y soluciones partiendo de sus características observadas.

Método Inductivo.

Parte, como el nombre lo indica, de una idea, que va a desarrollar una hipótesis para plantear un problema y su posterior solución. Se fundamenta en la deducción como fuente principal de razonamiento una vez se hayan fundado unas bases sólidas, fundamentadas por la recolección de datos y el análisis de los mismos. Para Descartes (1999), refiere que “la formulación de una teoría científica parte de lo que, sin barnices ni adornos, los sentidos ofrecen” (p.44). Esta metodología de la investigación, se va a ver desarrollada a través de una comprensión, teoría, y conceptos que van a ser considerados como material de análisis, interpretando los datos para de esta manera, llegar a una conclusión óptima que sea beneficiosa para todos los implicados

2.1 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Teoría Fundamentada: todo proyecto de investigación siempre va a estar muy ligado con la recolección de datos, el posterior análisis que se va a plantear, así como las teorías que van a surgir de estas, obviamente; siendo contrastadas con otras teorías derivadas de diversas fuentes de referencia: doctrinaria, jurisprudencial y legislación comparada. Para Corbin (2002), señala que es una “teoría derivada de datos recopilados de manera sistemática y analizados por medio de un proceso de investigación. En este método, la recolección de datos, el análisis y la teoría que surgirá de ellos guardan estrecha relación entre sí” (p.21).el análisis sobre teorías, junto con una correcta ejecución de medios a la

hora de establecer y delimitar el problema van a estar muy relacionados entre sí, ya que, como con todo proyecto de investigación, el investigador no puede iniciar dicho trabajo con preconcepciones que de una u otra manera van a sesgar su visión general de la realidad que se presenta, desencadenando, que en el peor de los casos podría generar una conclusión no imparcial que no contemple la realidad como tal.

2.2 METODOS DE MUESTREO

El siguiente trabajo de investigación recurrió al muestreo no probabilístico, ya que al no ser un proyecto cuantitativo, no es requisito determinar de manera exacta en base a cálculos estadísticos las muestras y conclusiones resueltas, por el contrario lo que se buscó, fue darle al investigador mayor libertad y fluidez, centrándose en la parte inductiva, partiendo del conocimiento de las personas que van a otorgar dicho conocimiento. Para Strauss (2002) nos menciona que “recolección de datos guiada por los conceptos derivados de la teoría que se está construyendo y basada en el concepto de "hacer comparaciones", cuyo propósito es acudir a lugares, personas o acontecimientos que maximicen oportunidades de descubrir variaciones entre conceptos”. (p.219). sobre todo esto va a ser de vital importancia a la hora de determinar si es que realmente la gastronomía como arte de autor contempla parámetros similares a otros medios artísticos en lo referido a su protección

Escenario de Estudio.

El presente proyecto de investigación se realizó en el área de Lima Metropolitana

Caracterización de Sujetos.

La caracterización de sujetos consiste en delimitar y por consiguiente designar quienes van a ser los individuos que van a participar del proceso dogmático, plasmando las características, patrones, caracteres peculiares que caracterizan a aquellos individuos. En la presente línea de investigación se realizaron entrevistas a expertos en el campo del derecho de autor, así como a chefs de renombre y autores de la materia que fueron de mucha ayuda sobre todo a la hora de ampliar la perspectiva, logrando un feedback entre el derecho y la gastronomía, comenzando a recopilar información entidades como el

INDECOPI, abogados especializados en la propiedad intelectual, a la par se fue realizartoda una linea de enfoques sobre la propiedad intelectual desde la optica gastronomica, y todo lo que se refleja en esta materia desde dentro del sector culinario.

Plan de Análisis o Trayectoria Metodológica.

La trayectoria metodológica el derecho de autor en creaciones gastronómicas, cuenta con un enfoque cualitativo, diseñado en base a una teoría fundamentada, ya que este es el método más idóneo para buscar información y sobre todo , para realizar el trabajo mismo, partiendo de la idea de que como este es un trabajo que se centra en plantear teorías, un enfoque que parta desde los porcentajes estadísticos no tiene cabida, por ende, se guió de entrevistas, planteamiento y solución de cuestiones, legislación comparada y opiniones de expertos para presentar un resultado confiable y que además cumpla con su carácter de valides para su posterior implementación. Para Baptista (2014) refiere que “Recolectar los datos implica elaborar un plan detallado de procedimientos que nos conduzcan a reunir datos con un propósito específico” (p. 198). y de aquí, de esta recoleccion de datos que partamos para ampliar la perspectiva y tener un mejor llevar de la presente investigacion

2.3 RIGOR CIENTÍFICO

Credibilidad.

Se refiere a si el investigador ha captado el significado completo y profundo de las experiencias de los participantes, sobre todo de aquellas vinculadas con el planteamiento del problema. La pregunta que toca contestar es: ¿se ha recolectado, comprendido y transmitido en amplitud y profundidad las vivencias, los significados y conceptos de los participantes? La credibilidad también tiene que ver con la capacidad que tenemos para comunicar nuestras emociones, lenguaje y pensamiento, así como puntos de vista de los participantes. Mertens (2005) la define como “la correspondencia entre la forma en que el participante percibe los conceptos vinculados con el planteamiento y la manera como el investigador retrata los puntos de vista del participante” (p. 65). La principal amenaza a esta validez es la reactividad, tendencias y sesgos de los investigadores, que estos ignoren o minimicen datos que no apoyen sus conclusiones y creencias, así como sesgos y tendencias de los participantes.

Transferencia (aplicabilidad de resultados)

Este criterio no se refiere a generalizar los resultados a una población más amplia, ya que ésta no es una finalidad de un estudio cualitativo, sino que parte de éstos o su esencia puedan aplicarse en otros contextos. Se sabe que es muy difícil que los resultados de un estudio cualitativo en particular puedan transferirse a otro contexto, pero en ciertos casos, nos pueden dar pautas para tener una idea en general del problema estudiado y la posibilidad de aplicar ciertas soluciones en otro ambiente. Por ejemplo, los resultados de un estudio cualitativo sobre la depresión posparto realizado con 10 mujeres de California, no pueden generalizarse a otras mujeres de esta ciudad que experimenten tal depresión, mucho menos a las mujeres argentinas o latinoamericanas.

Dependencia.

Se consideró a la dependencia como una especie de confiabilidad cualitativa. Franklin y Ballau (2005) la definen como el “grado en que diferentes investigadores que recolecten datos similares en el campo y efectúen los mismos análisis, generen resultados equivalentes”. Y más que nada, trata sobre la búsqueda de la consistencia en los resultados, ya que implica que los datos deben ser revisados por distintos investigadores y éstos deben llegar a interpretaciones coherentes. De ahí la necesidad de grabar los datos (entrevistas, sesiones, observaciones, etc.). La dependencia va a involucrar el intento de los investigadores para capturar las condiciones cambiantes del diseño de la investigación así como de sus observaciones.

Confirmación.

Este criterio está vinculado a la credibilidad y se refiere a demostrar que se ha minimizado los sesgos y tendencias del investigador. Implica rastrear la fuente de los datos y la simplificación de la lógica utilizada para interpretarlos. Las estancias prolongadas en el campo, el chequeo la auditoría la triangulación con participantes y la reflexión sobre las creencias, concepciones y prejuicios, del investigador, nos ayudan a proveer información sobre la confirmación.

2.4 ANALISIS CUALITATIVO DE LOS DATOS

La presente investigación, se consideró de carácter cualitativo, ya que en el transcurso de la investigación se llegó a implementar técnicas. El análisis de datos cualitativos es realmente interesante, ya que se descubren temas y conceptos que muchas veces pasan desapercibidos, por lo general, por encontrarse escondidos dentro de los datos recolectados de diferentes temas. A medida que se va avanzando en el análisis de los datos, esos conceptos y temas, desencadenan en una explicación más amplia de importancia teórica o práctica, que luego guía el reporte final, Dicho análisis debe ser sistemático, seguir una secuencia y un orden (Rubin y Rubin, 1995). En las investigaciones de carácter cualitativo, se emplea la recolección de datos, sin que estos tengan una base teórica fundada en la estadística, dejando de lado la parte probabilística como tal.

2.5 ASPECTO ÉTICO

Lo que se busca a la hora de realizar un trabajo de investigación, es La Idoneidad del trabajo, ya que lo que se busca es garantizar que los resultados y los datos utilizados, partan del autor investigador y de quienes sean sus fuentes referidas, Mejía (2010) señala que “Todo investigador científico debe ser humanista, se considera como aspectos que garantizan la ética a los siguientes: La honestidad intelectual y La independencia de juicio”. (p.82) así como sumado a todo esto, también se tendrá en cuenta que los datos recolectados durante el proceso de investigación han sido recolectados de una muestra de estudio y se han de procesar de manera fidedigna sin cabida para la adulteración o tergiversación, siendo que su registro tiene como base la entrevista que se ha desarrollado con un grupo de expertos sobre la problemática y las variables de esta investigación.

La información utilizada en la investigación cumplió con los requisitos establecidos por la Universidad Cesar Vallejo, nosotros los investigadores nos encontramos en la obligación de respetar las normas como la APA, referencias bibliográficas, citas de referencia. A fin de evitar algún plagio, en base a un actuar profesional, ético y moral.

III.

DESCRIPCION DE RESULTADOS

3.1. Descripción de resultados de la técnica de la entrevista.

3.1.1 Entrevista a abogados.

En la presente investigación, se han recolectado datos a través de la entrevista a seis (6) abogados que tienen conocimientos generales relacionados con el derecho de autor y la propiedad intelectual, los cuales han sido seleccionados cumpliendo con los siguientes parámetros y criterios lógicos, ubicación geográfica, sector socio económico y experiencia general en el mundo del derecho.

En primer lugar, respecto del Objetivo General Determinar cómo se ve afectada La innovación gastronómica como objetivo de protección del Derecho de Autor frente a la competencia desleal en Lima metropolitana - 2018

Biterbo & Toledo (2018), Manifiestan que dentro de la legislación nacional no se encuentran tácitamente especificadas la protección de las creaciones gastronómicas per se, siendo esto mayormente entendido como la protección del registro de productos bandera y de los recetarios gastronómicos que gozan de protección siendo un tema netamente regido por las reglas de la propiedad intelectual y que deja de lado todo lo ligado con el derecho de autor.

Por otra parte Bustillos (2018), Sostiene que la legislación como toda norma vigente, es susceptible a las modificaciones y que el decreto legislativo N° 822 que fue establecido el año 2003 no contemplaba a las creaciones gastronómicas bajo el concepto de arte plástico pero, ahora con este bum que ha surgido durante la última década, no sería raro que si se implemente dentro del concepto social en el que vivimos.

Benites, Cruzado & Morales (2018), Manifiestan que la innovación gastronómica como tal no se ve afectado de forma directa ya que de por si no se ha llegado a establecer un mecanismo general para dichas creaciones y que cualquier intento de registrar una creación gastronómica actualmente tendría que pasar por un filtro legal y por una metamorfosis total a nivel de registro de marcas para que el autor de la creación pueda gozar de sus beneficios.

En lo relacionado al enfoque planteado por las preguntas:

1. Para usted, ¿Cómo se ve afectada la innovación gastronómica como objetivo de protección del Derecho de Autor frente a la competencia desleal en Lima metropolitana?

Biterbo (2018), Sostiene que se ve afectada principalmente a la hora de crear un ambiente competitivo equilibrado, ya que la competencia desleal genera un perjuicio al creador de la obra, perjudicando directamente su patrimonio en base a los ingresos que deja de percibir por el mal accionar de un tercero infractor.

Toledo , Bustillos & Benites (2018), Son de la idea clara de que el perjuicio es a nivel patrimonial ya que el aprovechamiento del esfuerzo ajeno genera evidentemente un perjuicio pero que, esto no se encuentra taxativamente detallado dentro del marco legal, para ser específicos el decreto legislativo 1044.

Cruzado & Morales, También alegan que se ve afectada así como la parte económica del creador, también la reputación de este, lo que ya parte del aspecto, siendo que estas similitudes pueden llevar al consumidor a optar por el producto de imitación afectando directamente el mercado en el que este se desarrolla.

2. ¿Cree usted que actualmente la legislación peruana contempla la protección de obras gastronómicas desde la perspectiva del derecho de autor?

Biterbo, Toledo & Bustillos (2018), Consideran que actualmente las creaciones gastronómicas como tal, no se encuentran protegidas dentro del derecho de autor, ya que la normativa pertinente (decreto legislativo 822, ley sobre el derecho de autor) no contempla tácitamente a las creaciones gastronómicas como expresiones artísticas que ameriten ser catalogadas como arte dentro del ámbito legal.

Benites,Cruzado & Morales (2018), Consideran que no se encuentra taxativamente regulado pero, que si se contempla a la gastronomía dentro de los matices legales de la referida norma para tratar de interpretarla y lograr una decisión sólida, pero que por esto mismo; se debería establecer parámetros más definidos que la regulen, después de todo si

genera controversia, merece la pena que se le haga una observación crítica que busque resultados satisfactorios.

3. ¿Considera usted necesaria la implementación de mecanismos proteccionistas para las obras gastronómicas por el estado a través de INDECOPI?

Biterbo, Toledo, Bustillos & Benites (2018), Consideran que se debería considerar la idea de implementar mecanismos proteccionistas pero que para esto primero se tiene que regular y entender el que se puede considerar dentro de los parámetros de obra gastronómica.

Cruzado & Morales (2018), Manifiestan que se debe revisar y contemplar la posibilidad de catalogar a las creaciones gastronómicas como una forma de arte propia y que a través de esto, se puedan implementar medidas que le permitan a los creadores salvaguardar sus derechos patrimoniales.

4. ¿Tiene conocimiento de casos en el que se haya protegido la titularidad de una creación gastronómica mediante registros?

Biterbo, Toledo, Bustillos, Benites, Cruzado & Morales, Manifiestan que no poseen conocimientos sobre algún registro de titularidad de una creación gastronómica teniendo en cuenta claro está su carácter de obra como tal, dejando de lado todo lo relacionado con marcas registradas, secretos industriales y productos bandera.

Objetivo específico 1

Establecer si realmente existe algún mecanismo por el cual una obra gastronómica puede ser protegida por la ley en Lima Metropolitana - 2018

5. Explique si existe algún mecanismo pertinente por el cual una obra gastronómica puede ser protegida por la ley en Lima Metropolitana

Biterbo Toledo Bustillos, Benites, Cruzado & Morales (2018), Manifiestan que una de la mejor forma de proteger una creación gastronómica es a través de la receta, pero claro está,

esta no cumple con proteger la creación del autor de forma genuina ya que por lo general las regalías por derecho de distribución pasan a ser enteramente de las editoriales dejando de lado la labor creadora del chef.

6. ¿Cree usted que actualmente INDECOPI viene realizando una correcta labor a la hora de determinar que puede y que no puede ser protegido por el derecho de autor?

Biterbo & Toledo (2018), Consideran que si se viene llevando a cabo una buena labor por parte de INDECOPI a la hora de catalogar lo que puede ser materia de protección por parte del derecho de autor, considerando que el estado peruano actualmente viene haciendo una buena labor al implementar la teoría de la originalidad subjetiva para reconocer y dotar de calidad de obra reconocible y protegible a las creaciones que se presenten.

Bustillos & Benites (2018), Por otra parte manifiestan que INDECOPI como todo organismo estatal, ya fundado por hace más de una década y media, es reacia a las modificaciones que se presentan por el cambio generacional y circunstancial social, aseverando que actualmente si es una entidad competente pero que le falta implementar modificaciones que estén más acorde con el registro de algo tan cambiante como es el criterio para determinar que es original y que no lo es.

Cruzado & Morales (2018), Son de la postura de que INDECOPI como toda entidad, cumple con su función de forma pertinente pero que a su vez, necesita mantenerse al día con lo relacionado a las nuevas formas de expresión que surgen con el pasar del tiempo y la evolución de la sociedad y que, actualmente INDECOPI trata de mantener a flote su sistema de registros con una legislación que en ciertos aspectos ya es obsoleta.

7. ¿Cuáles son los mecanismos por los cuales usted considera se puede proteger la gastronomía de autor como arte?

Biterbo (2018), Considera que el registro más óptimo es por el de registro de patentes siempre y cuando estos cumplan con los requisitos pertinentes para esto.

Toledo, Bustillos, Benites & Cruzado (2018), Consideran que actualmente no existen mecanismos específicos para proteger la gastronomía como fuente de expresión artística,

siendo que actualmente al no poder ser posible la inclusión de la gastronomía como arte dentro del decreto legislativo 822, lo inteligente sería plantear una modificación a la mencionada norma para que permita reconocer a las obras gastronómicas como creaciones originales.

Morales (2018), Consideran que una forma óptima y tradicional para la protección de la gastronomía como arte es a través del secreto industrial.

8. ¿Cree usted, que actualmente la sociedad se encuentra preparada para aceptar la gastronomía como arte dentro de la ley?

Biterbo, Toledo, Bustillos, Benites, Cruzado & Morales (2018), Consideran en unísono que la sociedad peruana ya se encuentra preparada desde hace aproximadamente una década para reconocer a las creaciones gastronómicas como parte del sistema legal, asegurando que ese aspecto es lo único que falta dentro del sistema nacional para que de esta manera, se pueda englobar y conglomerar todo un sistema definido por el uso de marcas nacionales y productos banderas logrando de esta manera mayor protección seguridad en este rubro dándole un aspecto más fluido y armónico.

Objetivo específico 2

Explicar de qué forma la legislación nacional protege las creaciones artísticas gastronómicas frente a la competencia desleal en Lima Metropolitana – 2018.

9. Señale usted ¿Cómo debería actuar la legislación frente a la competencia desleal relacionada con proteger creaciones gastronómicas en Lima?

Biterbo, Toledo & Bustillos (2018), Sostienen que se deben implementar medidas administrativas así como una indemnización por daños y perjuicios ocasionados al creador de la obra.

BenitesCruzado & Morales (2018), Por su parte manifiestan que se debe reconocer la vulneración al patrimonio y en base a eso, administrativamente sancionar mediante una multa, la reparación por omisión y la incautación de material falsificado.

10. ¿Considera usted que el aprovechamiento del esfuerzo ajeno ha conllevado al perjuicio tanto económico como moral desvirtuando la creación del autor frente a su obra?

Biterbo, Toledo & Bustillos (2018), Consideran que sí, y es que esto es algo más que evidente, no solo viéndose reflejado en el sector gastronómico, sino en toda producción que haya surgido de la creatividad y esfuerzo personal de alguien que quiere plasmar su impresión artística

Benites & Cruzado (2018), Afirma que el aprovechamiento del esfuerzo ajeno genera una competencia insana dentro del sector, perjudicando tanto a establecimientos como la reputación del creador, afectando directamente su arca patrimonial siendo esto algo que debe ser tomado en cuenta.

Morales (2018), Agrega que sí, y pone como ejemplo más claro el caso de los DVD's piratas, que son reproducidos para la distribución generando ganancias.

3.1.2 Entrevista a especialista legal

Siguiendo con la línea de investigación del presente trabajo, se han recolectado datos a través de la entrevista a tres (3) especialistas en el campo del derecho de autor que tienen conocimientos amplios, los cuales han sido seleccionados en función a su experiencia dentro de la materia

Objetivo general

Determinar cómo se ve afectada La innovación gastronómica como objetivo de protección del Derecho de Autor frente a la competencia desleal en Lima metropolitana - 2018.

Sena (2018), Determina que se ve afectada de forma directa ya que de por sí, no existe una regulación dentro de la ley 822 que haya permitido hasta la fecha incluir a la gastronomía como objeto de protección fruto de la creación original, siendo que la gastronomía es considerada como el resultado de meras aplicaciones mecánicas que según la ley “carecen de complejidad” pero, que esto al ser del año 2003 presenta una visión errónea y arcaica de

que es lo que actualmente se considera gastronomía de autor, siendo que si es factible lograr una modificación en base a que los argumentos de definición son muy vagos, poco explicativos y por ende, pueden ser sujetos a modificación.

Rodriguez (2018), Afirma que esto no es un tema que busque como principal culpable al desfase de la normativa vigente, más bien alega que esto se debe a la pobre definición que es lo que se puede considerar una obra, siendo el caso de la decisión 351 de la comunidad andina que habla sobre el régimen común del derecho de autor, definiendo a la obra como toda creación intelectual de naturaleza artística susceptible de ser divulgada o reproducida, y que precisamente esta fragilidad a la hora de definir qué es lo que se considera una obra deja la puerta abierta a la posible inclusión de las obras culinarias como creaciones originales.

Sánchez (2018), Alega que las trabas planteadas surgen de posible errónea interpretación de la palabra “complejidad” a la hora de definir que puede y que no puede ser una obra, siendo que la Resolución No 286-1998/TPI-INDECOPI, indica que se debe entender como original la expresión creativa e individualizada de la obra por mínimas que estas sean, y que no se considera individual todo lo que parte de la simple técnica o las instrucciones simples y que por esto mismo si se puede lograr una modificación, ya que estas normas entienden a la cocina como un conglomerado de ingredientes básicos que solo requieren de la unión de estos pero que este no es el caso de la realidad actual donde, los procesos de preparación compleja ya son parte del día a día, salidos de la creatividad individualizada del autor y por ende, si puede ser factible una modificación.

1. Para usted, ¿Cómo se ve afectada la innovación gastronómica como objetivo de protección del Derecho de Autor frente a la competencia desleal en Lima metropolitana?

Sena, Rodríguez & Sánchez (2018), Afirman que se ve afectada en la medida que actualmente no se le da el reconocimiento de obra personal a las creaciones gastronómicas, ya que se les entiende como meros procedimientos simples que no pueden ser protegidos, todo esto regido en base al artículo 9 del decreto legislativo 822.

2. ¿Cree usted que actualmente la legislación peruana contempla la protección de obras gastronómicas desde la perspectiva del derecho de autor?

Sena, Rodríguez & Sánchez (2018), Sostienen que actualmente las creaciones gastronómicas enfocadas desde el punto de vista de la creación en sí misma, no gozan de protección ya que la ley entiende y engloba a toda la gastronomía en general como un mero conjunto de procedimientos simples.

3. ¿Considera usted necesaria la implementación de mecanismos proteccionistas para las obras gastronómicas por el estado a través de INDECOPI?

Sena, Rodríguez & Sánchez (2018), Consideran que si es necesario, y que estos mecanismos no serían nada más que desgloses taxativos que permitan comprender de forma clara que es lo que separa a un procedimiento simple de una obra fruto de la creación e impresión particular del autor en el rubro gastronómico.

4. ¿Tiene conocimiento de casos en el que se haya protegido la titularidad de una creación gastronómica mediante registros?

Sena, Rodríguez & Sánchez (2018), Manifiestan que si existen casos dentro de la legislación nacional no existen casos en los que se haya planteado la idea de registrar una creación gastronómica como obra como tal, lo único de lo que se tiene constancia son del registro de marcas y patentes así como el secreto industrial, pero que en el contexto internacional si existe jurisprudencia relacionada al tema.

Objetivo específico 1

Establecer si realmente existe algún mecanismo por el cual una obra gastronómica puede ser protegida por la ley en Lima Metropolitana - 2018

5. Explique si existe algún mecanismo pertinente por el cual una obra gastronómica puede ser protegida por la ley en Lima Metropolitana.

Sena, Rodríguez & Sánchez (2018), Manifiestan que actualmente no se encuentra reglamentado y catalogado los preceptos que pueden considerar a la obras gastronómicas como arte, pero que si sería posible de hacer y que bastaría con un par de modificaciones

que expliquen y definan claramente que ya no es catalogado como procedimiento simple dentro del rubro de la gastronomía para ámbito legal.

6. ¿Cree usted que actualmente INDECOPI viene realizando una correcta labor a la hora de determinar que puede y que no puede ser protegido por el derecho de autor?

Sena, Rodríguez & Sánchez (2018), Aclaran que INDECOPI si viene realizando una correcta labor a la hora de determinar la originalidad de una obra a través de una perspectiva que se base en la originalidad subjetiva de lo que se quiere registrar pero, que el artículo 9 cataloga todo lo relacionado con la cocina como un procedimiento simple y que sumado a esto, no se encuentran las creaciones gastronómicas complejas comprendidas entre las distintas manifestaciones artísticas que pueden ser registradas.

7. ¿Cuáles son los mecanismos por los cuales usted considera se puede proteger la gastronomía de autor como arte?

Sena & Rodríguez (2018), Manifiestan que actualmente una forma idónea sería registrando una marca personal, y que a partir de esto, se cree toda una cadena de producción que contemple platillos con sello de calidad, pero, que vendrían a ser más que nada ligados a la producción de servicio, siendo contemplados dentro de los secretos industriales.

Sánchez (2018), Por otra parte manifiesta que una forma de proteger una creación gastronómica, podría ser mediante la representación visual a través de medios escultóricos que permitiría al autor pleno ejercicio para la distribución y reproducción autorizada como no autorizada.

8. ¿Cree usted, que actualmente la sociedad se encuentra preparada para aceptar la gastronomía como arte dentro de la ley?

Sena, Rodríguez & Sánchez (2018), Afirman que el Perú no solo se encuentra preparado, sino que actualmente el Perú mantiene un fuerte sentimiento de respeto por la gastronomía, enalteciendo lo que se puede considerar bello en cara al público, por lo que la implementación de un registro o entidad competente sería el último gran paso para lograr

convertir al Perú en una sociedad que realmente aprecia, difunde y reconoce la gastronomía como arte y cultura en todos los niveles.

Objetivo específico 2

Explicar de qué forma la legislación nacional protege las creaciones artísticas gastronómicas frente a la competencia desleal en Lima Metropolitana – 2018.

9. Señale usted ¿Cómo debería actuar la legislación frente a la competencia desleal relacionada con proteger creaciones gastronómicas en Lima?

Sena, Rodríguez & Sánchez (2018), Manifiestan que la forma del proceder en base al CAPITULO VI de la ley 822 y en base al TITULO VI, CAPITULO I (sanciones y eliminación de conducta anti competitiva) del decreto legislativo N° 1034 “Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas” y la Decisión 608 de la Comunidad Andina, no cambiaría si se incluyera a las obras culinarias como creaciones originales dignas de ser protegidas por el derecho de autor siendo más que nada la solicitud del cese de la conducta, imponer obligaciones y la posibilidad de sancionar mediante multas.

10. ¿Considera usted que el aprovechamiento del esfuerzo ajeno ha conllevado al perjuicio tanto económico como moral desvirtuando la creación del autor frente a su obra?

Sena, Rodríguez & Sánchez (2018), Consideran al unísono que sí, ya que el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, sobre todo mediante la figura de la copia no autorizada genera pérdidas económicas al verdadero autor o creador de una obra en general, así como también desvirtúa su trabajo y malogra la reputación general de la persona afectada.

3.1.3 Entrevista a especialista gastronómico.

ha continuación se hace presente la entrevista a un chef gourmet (1) con amplio conocimiento del medio, el cual ha sido seleccionado por sus conocimientos gastronómicos así como su acercamiento al derecho de autor

Determinar cómo se ve afectada La innovación gastronómica como objetivo de protección del Derecho de Autor frente a la competencia desleal en Lima metropolitana - 2018.

Arepi (2018), Manifiesta que actualmente las creaciones gastronómicas como expresiones artísticas forman parte del bum gastronómico y es muy llamativo para los comensales, actualmente los distintos creadores si tienen la intención de poder registrar sus platillos más que nada buscando el reconocimiento que es algo muy apreciado en el medio y que abre muchas puertas laborales, el aprovechamiento de una receta desvirtúa el trabajo creador del chef y rebaja a un mero producto algo que de por si es una experiencia.

1. Para usted, ¿Cómo se ve afectada la innovación gastronómica como objetivo de protección del Derecho de Autor frente a la competencia desleal en Lima metropolitana?

Arepi (2018), Nos dice que perjudica, genera malestar entre los colegas del sector que se dedican a la alta cocina, así como funge de limitante a la hora de pensar en experimentar con productos y distintas formas de preparar, procesar o curar los insumos para crear las recetas propias.

2. ¿Cree usted que actualmente la legislación peruana contempla la protección de obras gastronómicas desde la perspectiva del derecho de autor?

Arepi (2018), dice que no, si fuera contrario el caso, ya se tendrían noticias ya la vez se estaría haciendo galardón de la denominación “platillos de autor” entre los distintos establecimientos de alta gama.

3. ¿Considera usted necesaria la implementación de mecanismos proteccionistas para las obras gastronómicas por el estado a través de INDECOPI?

Arepi (2018), Opina que sí, más que nada es de la idea de implementar un sistema de registro que permita al creador colocar la receta dentro para su apreciación, que forme parte de la cultura e identidad del chef y que le permita a este gozar de sus frutos si es que el platillo se populariza, puedo citar como ejemplo, el carpaccio de lomo y foie gras servido con helado de aceite de oliva del chef Rodrigo Conroy que es creación suya y que tiene su impronta y sello personal.

4. ¿Tiene conocimiento de casos en el que se haya protegido la titularidad de una creación gastronómica mediante registros?

Arepi (2018), No ha tenido conocimiento de casos dentro del Perú, pero si tiene conocimiento de que en Europa este es un fenómeno que cuenta incluso con especialistas legales, El caso de plagio más descarado es el de la Ginebra Mediterránea creada por Global Premium que se vende en más de 70 países y que tiene un sinnúmero de imitaciones porque justamente no se puede registrar, y el caso en el que si se llegó a determinar la copia de la receta fue en Ámsterdam en el caso de unos bombones idénticos.

Objetivo específico 1

Establecer si realmente existe algún mecanismo por el cual una obra gastronómica puede ser protegida por la ley en Lima Metropolitana - 2018

5. Explique si existe algún mecanismo pertinente por el cual una obra gastronómica puede ser protegida por la ley en Lima Metropolitana

Arepi (2018), dice que el caso más común de registro es a través de las patentes, pero los creadores de contenido artístico estamos en contra de esto, ya que de por sí, consigue que la creación se vuelva un mero producto de línea de producción, lo que desvirtúa su belleza, haciendo que esta pierda ese cache que es lo que llama la atención a los comensales más exigentes que no son pocos.

6 ¿Cree usted que actualmente INDECOPI viene realizando una correcta labor a la hora de determinar que puede y que no puede ser protegido por el derecho de autor?

Arepi (2018), Cree que INDECOPI realiza una gran labor con todo lo relacionado al derecho de autor en general, pero también siento que deja de lado el sector, catalogando a todos como meros cocineros que siguen al pie de la letra las recetas de la abuela, que esta es una profesión de artesanos que esculpen alimentos para ofrecer no solo comida, sino toda una experiencia que dure como recuerdo para toda la vida.

7. ¿Cuáles son los mecanismos por los cuales usted considera se puede proteger la gastronomía de autor como arte?

Arepi (2018), Actualmente considera que no existen mecanismos claros que permitan proteger obras gastronómicas y que estas sean consideradas a su vez obras artísticas y cree que esta podría ser una buena solución, el entender a la gastronomía fina más como arte que se puede degustar y no como meros platillos.

8. ¿Cree usted, que actualmente la sociedad se encuentra preparada para aceptar la gastronomía como arte dentro de la ley?

Arepi (2018), nos dice que de todas maneras, es más, se atrevería a decir que existe toda una corriente cultural que se dedica a seguir y apreciar la buena gastronomía de autor, prueba de ello son los muchos restaurantes como el Lima 27, el Maido, el Social del Hotel Hilton en Miraflores que tienen precios por platillo de fondo promedio entre S/. 90.00 y S/. 120.00, que paran repletos porque justamente ofrecen la experiencia Maido o Hilton, esto podría parecer caro pero en el mundo de la alta cocina, no se cobra el platillo o la bebida que si es un poco desorbitado, se cobra el cuanto estarías dispuesto a pagar por esa bebida, en ese ambiente y en ese momento para disfrutar de la experiencia completa.

Objetivo específico 2

Explicar de qué forma la legislación nacional protege las creaciones artísticas gastronómicas frente a la competencia desleal en Lima Metropolitana – 2018.

9. Señale usted ¿Cómo debería actuar la legislación frente a la competencia desleal relacionada con proteger creaciones gastronómicas en Lima?

Arepi (2018), Es de la postura de imponer sanciones, multas y amonestaciones, así como el reconocimiento por daños y perjuicios que se generan que no son pocos.

10. ¿Considera usted que el aprovechamiento del esfuerzo ajeno ha conllevado al perjuicio tanto económico como moral desvirtuando la creación del autor frente a su obra?

Arepi (2018), Nos dice que en el sector, es indiscutible el plagio, tanto de recetas propias como de procesos de elaboración, el aprovechamiento del esfuerzo ajeno es uno de los peores lastres en cualquier sector ya que el simple hecho de pensar en lanzar una receta propia, pone mucha presión sobre el creador, el saber si es que va a funcionar, la aceptación de la gente y la crítica especializada en general, y cuando se logra el éxito después del riesgo que si es alto, es frustrante ver a alguien que se suma a la novedad y que espera disfrutar las ganancias que con tanto sacrificio se logra crear.

3.2. Descripción de resultados de la técnica del análisis documental.

los presentes documentos presentados a continuación cumplen con la finalidad de explicar, contrastar, servir de trasfondo y a la vez, una base argumentativa legal para resolver el problema del presente trabajo de investigación, se estará analizando jurisprudencia nacional como internacional que tenga una vinculación directa a la hora de enfocar este problema

3.2.1. Análisis de Resoluciones Emitidas en Cortes Nacionales de Justicia

Sobre el objetivo general, Determinar cómo se ve afectada la innovación gastronómica como objetivo de protección del Derecho de Autor frente a la competencia desleal en Lima metropolitana – 2018

Sobre el objetivo específico 1, Establecer si realmente existe algún mecanismo por el cual una obra gastronómica puede ser protegida por la ley en Lima Metropolitana – 2018

Tenemos en primer lugar al Expediente N° 1361-2008/DDA, el cual nos enseña que, al momento de realizar el análisis para determinar si una creación está cumpliendo con los requisitos de originalidad, se está más cerca de un análisis de la novedad relativa que al análisis de la personalidad. Este pronunciamiento, fue confirmado en apelación mediante la Resolución N° 2418-2009/TPI-INDECOPI.

A su vez, los Expedientes N° 576-2005/ODA & N° 849-2000/ODA, nos demuestran que se encuentra presente la tendencia a realizar dentro del marco de los hechos, un análisis en base a la novedad relativa.

El Expediente N°. 305-2006/OIN, nos demuestra que los procedimientos de cocina pueden ser considerados invenciones y que estos pueden ser protegidos como patentes siempre y cuando se cumpla con los requisitos de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial, reafirmando la postura de no considerar los procedimientos de cocina solo como formas de presentar información.

De igual forma, tenemos al Expediente N°. 663-96-ODA, el cual mediante la Resolución N°. 286-1998/TPI- INDECOPI estableció como precedente de observancia obligatoria lo que: *“Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad. No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural - artístico, científico o literario - ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que sólo requieren de la habilidad manual para su ejecución.*

La Resolución N°. 0184- 2008/TPI-INDECOPI, Nos dice que INDECOPI ha rechazado como originales las miniaturas que replican Machu Picchu, considerando que otorgar protección al objeto materia de registro implicaría que ninguna otra persona pueda realizar miniaturas de la ciudadela, demostrando que no es protegible

ni en su conjunto ni respecto a los elementos que lo integren, careciendo de características individuales especiales que le otorguen rasgos de originalidad, por ende, no siendo susceptible de ser considerado una obra, quedándose fuera del Registro de Derecho de Autor.

Sobre el objetivo específico 2, Explicar de qué forma la legislación nacional protege las creaciones artísticas gastronómicas frente a la competencia desleal en Lima Metropolitana – 2018

El Expediente No. 104- 2004/CCD, referente a la protección de elementos que no constituyen propiedad industrial, seguido entre BEMBOS S.A.C. contra RENZO'S POLLERÍA RESTAURANT SNACK S.R.L. El proceso se resolvió a favor de Bembos, dando origen al precedente de observancia obligatoria el cual establece las pautas sobre la protección de elementos que no constituyen propiedad industrial: *A efectos de evaluar si se produce un acto de confusión respecto de elementos sobre los que no recae derecho de propiedad intelectual alguno, la autoridad administrativa, para determinar si un concurrente ha infringido el “deber de diferenciación” que le es exigible, debe evaluar fundamentalmente que los signos, presentación y/o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos que corresponden al concurrente presuntamente afectado por la imitación, cuando menos:*

i) Sean capaces individualmente o en conjunto de generar un efecto identificador del origen empresarial y diferenciador de la oferta de este concurrente frente a los demás concurrentes en el mercado; ii) no sean una respuesta a necesidades propias de la actividad económica que este concurrente realiza; iii) no sean un estándar en el mercado; y, iv) conformen una apariencia que pueda ser evitada por los demás concurrentes sin incurrir en elevados costos de diferenciación.”

A la par, con la Resolución No. 0972-2006/TPI-INDECOPI, es interesante resaltar que, solamente aquello que reviste originalidad puede ser protegido, aunque la creación implique un esfuerzo considerable, si esta llega a ser copiada, no genera una infracción al Derecho de Autor.

Por su parte, la Resolución No. 455-2004/TDC-INDECOPI, Referida a la denuncia entre el Estudio Caballero Bustamante S.R.L contra el Instituto de Investigación el Pacífico E.I.R.L. Se aplicó la cláusula general para sancionar un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. En este procedimiento, el Instituto copió y difundió el informativo legal elaborado por el mencionado Estudio, ante lo cual este último interpuso una denuncia por actos de competencia desleal, es necesario destacar que, como la publicación copiada versaba sobre normas legales, carecía de Derechos de Autor, Pese a que no se contaba con la protección de este mecanismo, la Sala de Defensa de la Competencia, consideró que la conducta del Instituto era contraria a la buena fe comercial y, por tanto, este comportamiento no estaba amparado por el derecho a la libre imitación de las iniciativas empresariales contemplado en el artículo 4 del Decreto Ley 26122 que dice: *“no se considerará como acto de competencia desleal la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas, salvo en lo que en esta Ley se dispone o en lo que lesione o infrinja un derecho de exclusiva reconocido por la Ley”*.

Por otro lado, el Expediente No. 017-2009/CCD es un caso en el que se ha declarado la competencia desleal por violación de secretos, demostrando que la protección a través de los secretos empresariales, aplicados a las recetas de cocina, ofrece la posibilidad de una protección indefinida, que depende directamente de los esfuerzos del dueño para con la información, pero es bajo el nivel de protección dado por la autoridad.

3.2.2. Análisis de Resoluciones Emitidas en Cortes Internacionales de Justicia

Sobre el objetivo general, Determinar cómo se ve afectada la innovación gastronómica como objetivo de protección del Derecho de Autor frente a la competencia desleal en Lima metropolitana – 2018

Sobre el objetivo específico 1, Establecer si realmente existe algún mecanismo por el cual una obra gastronómica puede ser protegida por la ley en Lima Metropolitana – 2018

En el ámbito internacional, tenemos a la sent. n. 9763 del 10 julio 2013, del Tribunale di Milano perteneciente a la República Italiana, que plantea la originalidad de una receta, y que esta puede residir tanto en la forma literaria como en la «estructura y composición», y considera que en determinados casos, existe una verdadera contribución creativa y personal del autor, resultado de la investigación y selección de los elementos que las integran.

Por otro lado, tenemos la Sentencia en el asunto C-310/17. Levola Hengelo BV/Smilde Foods BV, perteneciente al tribuna de justicia de la unión europea, referente al reclamo del derecho de autor de un sabor, la sala dispone que, en materia, para obtener la protección de los derechos de autor, el sabor de un alimento debería poder ser calificado de “obra”, en el sentido de dicha norma. Esa calificación implica, que el objeto en cuestión sea una creación intelectual original, y asimismo una “expresión” de esta creación intelectual original, el concepto de “obra” implica necesariamente una expresión del objeto de la protección con arreglo al derecho de autor que lo identifique con suficiente precisión y objetividad.

En este contexto, el Tribunal de justicia observa que no es posible identificar de manera precisa y objetiva el sabor de un alimento. precisa que, a diferencia, por ejemplo, de una obra literaria, pictórica, cinematográfica o musical, que es una expresión precisa y objetiva, la identificación del sabor de un alimento se basa esencialmente en sensaciones y experiencias gustativas, que son subjetivas y variables, ya que dependen, en particular, de factores relacionados con la persona que prueba el producto en cuestión, como su edad, sus preferencias alimentarias y sus hábitos de consumo, así como del entorno o del contexto en que tiene lugar la degustación del producto.

Además, en la fase actual del desarrollo científico los recursos técnicos disponibles no permiten identificar el sabor de un alimento de una manera precisa y objetiva que permita distinguirlo del sabor de otros productos de la misma naturaleza. De esta forma, el Tribunal de Justicia declara que el sabor de un alimento no puede ser calificado de “obra” y que, por lo tanto, no goza de la protección del derecho de autor.

Ahora nos encontramos con el instrumento 88 F.3d 473 (7th Cir. 1996), caso: PUBLICATIONS INTERNATIONAL, LIMITED, Plaintiff/Counterdefendant-Appellant, v.s MEREDITH CORPORATION, Defendant/Counterplaintiff-Appellee. United States Court of Appeals, Seventh Circuit. Argued Feb. 21, 1996. Decided July 8, 1996. En el mencionado caso, los jueces decidieron que una receta, desprovista de cualquier otro elemento, es una mera lista de ingredientes y como tal una idea. Y establecieron esto como un principio rector en esta materia, manifestando que las ideas no están protegidas y pueden ser reproducidas libremente.

También hay que tener en cuenta al caso: United States Court of Appeals For the First Circuit No. 14-1698, NORBERTO-COLÓN LORENZANA; GLADYS GOZA-GONZÁLEZ; CONJUGAL PARTNERSHIP COLÓN-GOZA, Plaintiffs-Appellants, v.s. SOUTH AMERICAN RESTAURANTS CORP., Defendant-Appellee, August 21, 2015, en el que los jueces dictaminaron que una receta o cualquier tipo de instrucción, que incluya la combinación de pollo, lechuga, tomate, queso y mayonesa en un bollo para crear un sándwich no es un trabajo con derechos de autor, esto en palabras del juez Jeffrey Howard en la decisión del Tribunal de los EE. UU. de apelaciones para la primera instancia, así como dictaminaron que el nombre del artículo alimenticio tampoco es de propiedad intelectual, ya que la protección de los derechos de autor no puede extenderse a las palabras y frases cortas, como nombres, títulos y lemas.

Tenemos sin duda alguna, uno de los casos que más luces va a brindar a este trabajo de investigación, y ese es el expediente I ZR 143/12 del 1er Senado Civil del Tribunal de Justicia Alemán con fecha 13/11/2013 (Verkündet am: 13. November 2013 Führinger Justizangestellte als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle), en esta sentencia se llegó a dictaminar que Las obras de arte aplicado están protegidas por derechos de autor cuando alcanzan un nivel de diseño, que para la protección de los derechos de autor de dichas obras, es suficiente que alcancen un nivel de diseño que justifique hablar de un logro "artístico" sin la necesidad de ir más allá del diseño promedio, que esto se debe basar en la opinión de quienes son receptivos al arte y están familiarizados con las intuiciones artísticas, por ende ya no existe una relación escalonada entre los derechos de diseño y los derechos de autor en el sentido de que los derechos de diseño forman la base de un derecho de autor esencialmente idéntico cabe señalar que el efecto estético de la protección del diseño de autor sólo puede

justificarse en la medida en que no se deba a la finalidad de uso, siendo basado en una representación artística .

Como agregado, quiero mencionar al REGOLAMENTO (UE) N. 97/2010 DELLA COMMISSIONE del 4 febbraio 2010 recante registrazione di una denominazione nel registro delle specialità tradizionali garantite [Pizza Napoletana (STG)], que le concede a la pizza napolitana la calidad de producto con el sello ETG (especialidad tradicional garantizada) que es la denominación en de una marca de identificación otorgada por la Unión Europea para proteger productos agrícolas o alimenticios tradicionales de sus países miembros, siendo que esta marca solo se le ofrece a los productos que cumplan con estrictas especificaciones de preparación.

Sobre el objetivo específico 2, Explicar de qué forma la legislación nacional protege las creaciones artísticas gastronómicas frente a la competencia desleal en Lima Metropolitana – 2018

A continuación tenemos la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos 505 U.S. 763, 112 S.Ct. 2753, 120 L.Ed.2d 615, TWO PESOS, INC., Petitioner v.s TACO CABANA, INC. No. 91-971. Argued April 21, 1992. Decided June 26, 1992. Que reconoció la protección como «trade dress» de la «total image» de un restaurante. La protección alcanzaba tanto a la forma y aspecto exterior del establecimiento, como a la decoración y distribución del interior, el menú, los uniformes del personal de sala, utensilios de comida y cualquier otro elemento que reflejaba la imagen global y distintiva del restaurante. La Corte declaró el trade dress del demandante «inherentemente distintivo» y, como tal, merecedor de protección contra actos de imitación.

La sentencia de la Cour d'appel de Colmar de la REPUBLIQUE FRANCAISE ct0596 Audience publique du mercredi 27 août 2008, confirmó que la carta de un restaurante puede ser una obra protegible por el derecho de autor cuando su presentación, colorido, caligrafía y, en general, su apariencia, resulte original.

En Estados Unidos, la District Court de Kansas, en la sentencia 150 F. Supp. 2d 1157 Juan VASQUEZ and Lily Patino, Plaintiffs, v.s. Christina YBARRA, Defendant. No. CIV.A. 99-1265-MLB.United States District Court, D. Kansas. July 11, 2001. Reiteró el criterio de la jurisprudencia francesa, al afirmar que la apariencia o Disposición general de

una carta de restaurante («overall layout») puede ser objeto de protección por el copyright. Según el tribunal, el carácter distintivo de la carta puede derivarse de la apariencia, colorido, caligrafía, fotografías y, en general, de su aspecto, pero también de su estructura, en cuanto puede concebirse como una compilación de elementos independientes. En opinión del tribunal, la carta refleja cierta creatividad en la disposición de los elementos, y especialmente en el orden de los platos que integraban el menú.

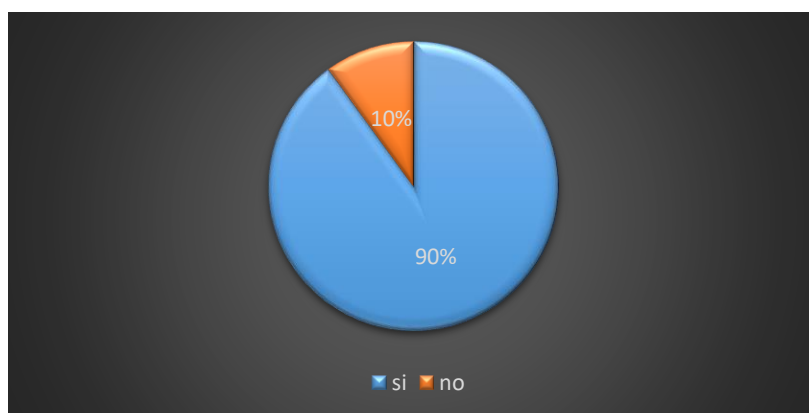
3.3. Descripción de resultados de la técnica de Encuesta

Se realizaron 4 preguntas de respuesta simple (SI & NO) a veinte (20) personas al azar para determinar un panorama general referente a la población transeúnte cotidiana y tener un radio eficiente del muestreo poblacional que va a ser plasmado en el siguiente cuadro:

Objetivo general

Determinar cómo se ve afectada La innovación gastronómica como objetivo de protección del Derecho de Autor frente a la competencia desleal en Lima metropolitana - 2018.

1. ¿Para usted, se ve afectada la innovación gastronómica como objetivo de protección del Derecho de Autor frente a la competencia desleal en Lima metropolitana?



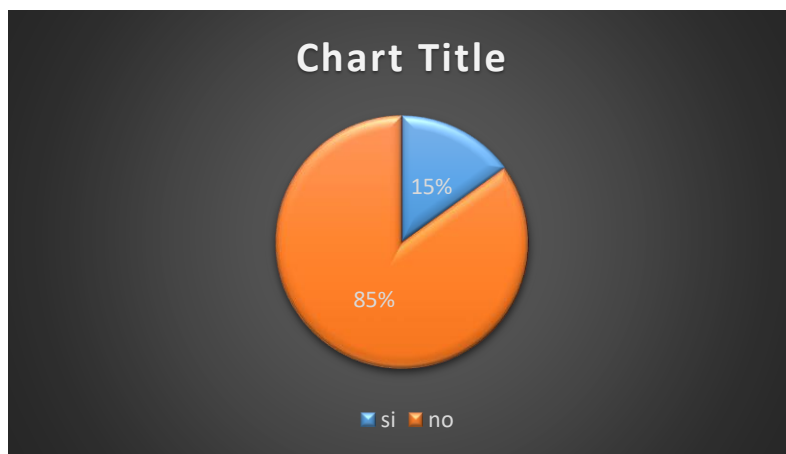
Como se puede apreciar, a la población en su gran mayoría si le parece que se ve afectada la innovación gastronómica frente a la competencia desleal, cosa que no es de sorprender

ya que un amplio sector de la población si se mantiene informada con respecto a estos temas que aunque no parezcan, si son de interés general

Objetivo específico 1

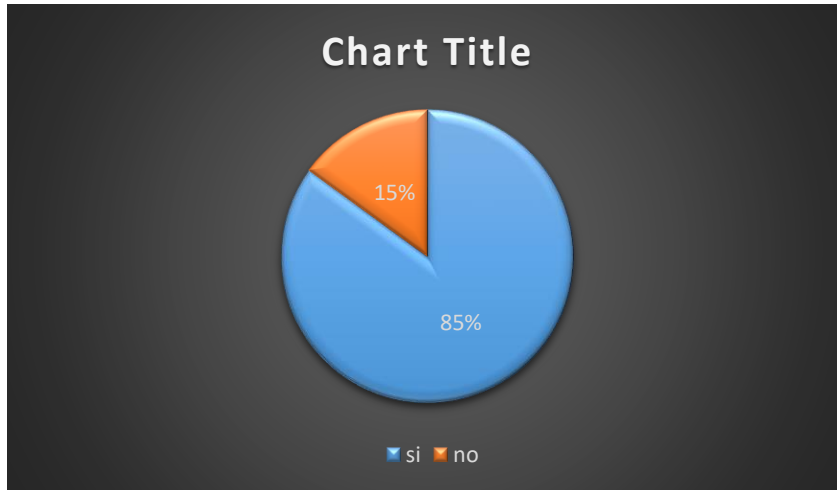
Establecer si realmente existe algún mecanismo por el cual una obra gastronómica puede ser protegida por la ley en Lima Metropolitana – 2018

2. ¿Cree usted que actualmente la legislación peruana contempla la protección de obras gastronómicas desde la perspectiva del derecho de autor?



como observamos, si existe un amplio margen de diferencia más que nada fundado en el concepto erróneo a la hora de referirnos a experiencias gastronómicas de diseño, siendo esto más que nada relacionado con los productos alimenticios del día a día.

3. ¿Cree usted, que actualmente la sociedad se encuentra preparada para aceptar la gastronomía como arte dentro de la ley?

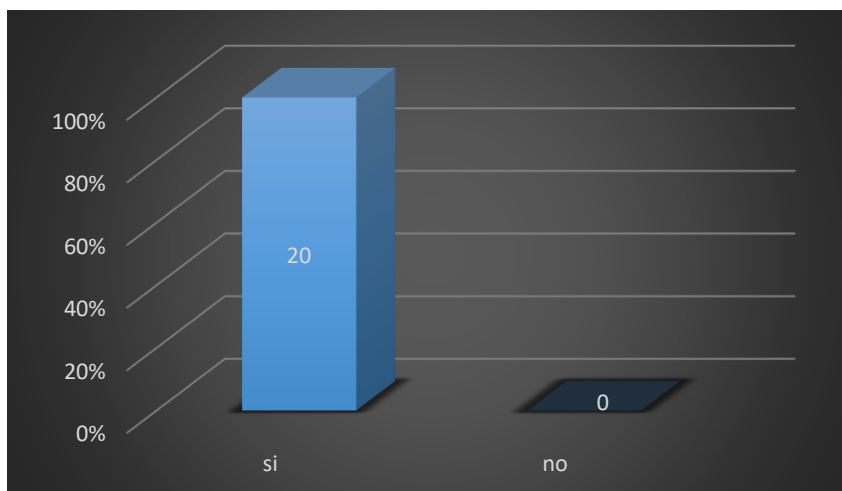


con una amplia ventaja, esta encuesta nos demuestra una vez más, que en el Perú, si existe una cultura gastronómica, que la gente si se encuentra de una u otra manera vinculada con el arte en general y sobre todo a través de algo tan cotidiano como es la gastronomía

Objetivo específico 2

Explicar de qué forma la legislación nacional protege las creaciones artísticas gastronómicas frente a la competencia desleal en Lima Metropolitana – 2018.

4. ¿Considera usted que el aprovechamiento del esfuerzo ajeno ha conllevado al perjuicio tanto económico como moral desvirtuando la creación del autor frente a su obra?



Este cuadro que presenta una mayoría absoluta, ya no solo ligado al ámbito gastronómico, sino más que nada enfocado en el arte en general, nos demuestra que el Perú, y sobre todo la muestra poblacional que es lima metropolitana, si entiende y defiende el concepto de “propiedad intelectual” o “derecho de autor”. Que más que nada, es una cultura que nos dice que va a sancionar todo tipo de acto desleal que se aproveche del creador cuando este no recibe los beneficios que conllevaría la correcta implementación de su obra en el mercado

IV.
DISCUSSION

Las próximas páginas del presente trabajo se van a centrar en la epata de la discusión, para lo cual vamos a tomar como referencia al libro “Alta Cocina y Derecho de Autor” de Santiago Robert Guillen, publicado el año 2017, esto a su vez, va a ser contrastado con las opiniones de los expertos nacionales entrevistados y las referencias jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales para terminar sacando un concepto general del panorama actual, para así poder formular una teoría y un concepto acorde al panorama que nos interesa tratar.

Objetivo general y parámetros de investigación generales

Planteémonos lo siguiente: ¿se ve afectada la creatividad y la capacidad para plasmar arte a través de la gastronomía en nuestra capital?, y si es así, jurídicamente hablando ¿cómo se ve afectada la innovación gastronómica como objetivo de protección del Derecho de Autor frente a la competencia desleal aquí en Lima?, nuestros expertos, plantean que si se ve afectada de forma directa ya que actualmente no existe una regulación dentro de la ley 822 (ley de derecho de autor) que haya permitido incluir a la gastronomía como objeto de protección fruto de la creación original y la impronta personal del autor, siendo que la gastronomía es considerada como el resultado de meras aplicaciones mecánicas, aplicaciones carentes de un esfuerzo real, ya que como menciona la ley “carecen de complejidad”, entonces ¿es factible lograr una modificación?. Pasa que los argumentos de definición son muy vagos y poco explicativos respecto a lo que puede considerarse arte, por costumbre entendemos como artístico todo lo que por concepción es bello pero esto, es demasiado subjetivo a la hora de realizar un juicio que determine que puede ser considerado como pieza de arte, con respecto a esto.

El autor español Robert Guillen plantea utilizar el sentido de la “forma sensible convencional”, nos dice que por ejemplo, una obra musical es protegible en su forma sensible (característica audible), que una obra arquitectónica, una obra musical o una obra coreográfica son creadas con la vocación de ser realizadas, una o múltiples veces, en su forma sensible característica, ya sea, respectivamente, de edificio o construcción, de sonido audible o de expresión corporal, y por ende, en su expresión formal definitiva característica, y que naturalmente varía en función del tipo de obra, lo que interesa al

autor de este tipo de obras es la protección frente a lo que pudiéramos calificar como aplicación o ejecución del contenido de su obra, frente a la explotación, a la integración de dicho contenido en la actividad económica de un tercero, en el proceso de producción y oferta de bienes o servicios sin su consentimiento que se da más que nada en su forma sensible. Por esto, nos dice que la representación de una obra del ingenio en una forma sensible convencional cumple con la función de objetivación exigida por el art. 10.1 TRLPI (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), que dice que dicha concreción de la forma sensible en una forma representativa posibilita considerar que existe una creación intelectual determinada y reconocible, y ello sin perjuicio de la eventual realización de la forma definitiva y característica de la obra. La fijación de la obra en una forma convencional (una partitura, un guion, un proyecto) puede considerarse que es una forma de expresión de la obra toda vez que, desde la perspectiva del proceso creativo, consume su realización. Por ende, una obra culinaria, en cuanto a su realidad física, está determinada por unas coordenadas espaciales y temporales, y por unas técnicas y materiales. Y la limitada durabilidad de su soporte material característico nos recuerda que su permanencia solamente puede estar en su repetición.

Como sucede con otras manifestaciones creativas, las obras culinarias requieren de un soporte de conservación y que sirva a su reproducción, cuantas veces se desee, en su forma sensible característica y definitiva. Y lo que en aquellos dominios creativos se denominan «partitura», «notación», «guion», «formato» o «proyecto», en lo culinario se suele conocer como «receta». Ésta contribuye a «la perdurabilidad de lo efímero», y puede ser considerada, de cumplir con determinados requisitos, una forma convencional representativa de una obra culinaria, con funciones epistémicas e informativas de las características esenciales de la obra culinaria. Que la creatividad de la obra también está en su forma visual, que puede quedar fijada por cualquier medio que permita plasmar la imagen en un soporte duradero. La protección de la dicha forma sensible característica de la obra, de ser original, y a pesar de su carácter efímero, resulta que puede ser protegible. (Guillen 2017 pp. 53-57)

Esta teoría de la “forma sensible” es relevante dentro del contexto nacional ya que busca dar solución a uno de los problemas que tenemos actualmente con respecto al tema

planteado, y ese es el ¿Por qué la gastronomía de autor no puede ser considerada una expresión artística como tal si cumple con todos los requisitos sensibles que fundamentalmente son los cimientos de los aspectos materiales de los registros de todo tipo de autoría? Como mencionábamos, la definición de lo que se puede considerar una obra es extremadamente pobre, Por ejemplo la decisión 351 de la comunidad andina que habla sobre el régimen común del derecho de autor, define a la obra como toda creación intelectual de naturaleza artística susceptible de ser divulgada o reproducida, y precisamente; como mencionábamos en los párrafos anteriores, la gastronomía de autor no goza de una simpleza tacita ya que cumple con todos los requisitos para ser considerado como parte de un proceso lo suficientemente complejo como para determinar su alto grado de creatividad, sobre todo en platillos de impronta propia como es el carpaccio de lomo y foie gras servido con helado de aceite de oliva del chef Rodrigo Conroy. Esta fragilidad a la hora de definir qué es lo que se considera una obra deja la puerta abierta a la posible inclusión de las obras culinarias como creaciones originales y como hemos visto, si hay un alto grado de complejidad fruto del esfuerzo y la impronta del artista.

Las trabas planteadas surgen de una posible errónea interpretación de la palabra “complejidad” a la hora de definir que puede y que no puede ser una obra, siendo que la Resolución No 286-1998/TPI-INDECOPI, indica que se debe entender como original la expresión creativa e individualizada de la obra por mínimas que estas sean, y que no se considera individual todo lo que parte de la simple técnica o las instrucciones simples, para esto podríamos hablar del Expediente N°. 305-2006/OIN en el cual NESTEC S.A. obtuvo una patente de invención denominada “Proceso para fabricar productos de confitería congelados aireados” que consiste en dispersar, calentar y homogenizar los ingredientes a temperaturas exactas, siendo este registro de patente, el que me permite reafirmar la postura de los procedimientos de cocinas son van mucho más allá de simples formas y procedimientos). Que por esto mismo si se puede lograr una modificación, ya que las normas nacionales, entienden a la cocina como un conglomerado de ingredientes básicos que solo requieren de la unión de estos pero que este no es el caso de la realidad actual donde, los procesos de preparación compleja ya son parte del día a día, salidos de la creatividad individualizada del autor y por ende, si puede ser factible una modificación.

Podemos decir que la legislación peruana no contempla la protección de obras gastronómicas desde la perspectiva del derecho de autor, siendo esto algo normal que se da en todas partes del mundo, los casos jurisprudenciales más concretos que hablan sobre esto son el caso PUBLICATIONS INTERNATIONAL, LIMITED, v.s MEREDITH CORPORATION y NORBERTO-COLÓN LORENZANA; v.s. SOUTH AMERICAN RESTAURANTS CORP que también consideran más que nada a las recetas gastronómicas como meros procedimientos mecánicos sin complejidad, pero como hemos venido viendo, años tras año la complejidad va aumentando y en base a los parámetros fundamentales de que es lo que puede considerarse lo suficientemente complejo como para ser considerado una expresión artística real, la gastronomía a opinión personal, ya ha alcanzado el grado de complejidad necesario para ser considerado como un medio de expresión artístico bajo determinadas circunstancias, siendo mi postura respaldada por Guillen (2017) quien dice que “la alta complejidad de la obra en los términos indicados, es una prueba de la alta probabilidad de su carácter novedoso y original, y de la improbabilidad de que alguien más pueda crearla de una forma independiente, lo que sin duda viene a reforzar la consideración de creación única, y propia de su autor” (p.191).

¿Es necesaria la implementación de mecanismos proteccionistas para las obras gastronómicas por el estado a través de INDECOPI? Existe un caso concerniente a la corte del tribunal de justicia Alemana. Para ser precisos, el 1er Senado Civil del Tribunal de Justicia Alemán del año 2013, el caso consistía en que el diseñador de un "tren de cumpleaños" había sido reconocido por su trabajo con una miseria. El juguete fue un gran éxito comercial, por ende era cuestionable si el diseñador podía exigir una compensación justa en virtud de la ley de derechos de autor y, por lo tanto, un aumento de sus honorarios. El requisito previo para la intervención de la protección de los derechos de autor era que el juguete sea una obra con derechos de autor comprendido dentro del arte aplicado.

Después de años de litigio, se ha dictaminado que las obras de arte aplicado sobre derechos de autor serán protegidos solo si, "superaron significativamente los diseños promedio". En tal sentido, ahora en Alemania Las obras de arte aplicado están protegidas por derechos de autor cuando alcanzan un nivel de diseño que justifique hablar de un

logro "artístico", siendo esto juzgado por expertos en la materia en base a criterios de estilo, y ya que se define al arte aplicado como toda expresión que incorpora los ideales de la composición y la creatividad a objetos de uso diario, sería posible y muy factible implementar esta denominación a la legislación nacional para brindar una solución óptima que a la vez, no cree contradicciones ni mayores conflictos dentro de la propia doctrina nacional.

De esta forma, considero que estos mecanismos no serían más que desgloses taxativos que permitan comprender de forma clara que es lo que separa a un procedimiento simple de una obra fruto de la creación e impresión particular del autor en el rubro gastronómico.

Actualmente no existen casos en los que se haya planteado la idea de registrar una creación gastronómica como obra como tal, lo único de lo que se tiene constancia son el registro de marcas y patentes así como el secreto industrial, pero que en el contexto internacional si existe jurisprudencia relacionada al tema. En Europa este es un fenómeno que cuenta incluso con especialistas legales, El caso de plagio más descarado es el de la Ginebra Mediterránea creada por Global Premium que se vende en más de 70 países y que tiene un sinnúmero de imitaciones porque justamente no se puede registrar, así también tenemos a la sent. n. 9763 del 10 julio 2013, del Tribunale di Milano perteneciente a la República Italiana, La historia se originó a partir de la publicación de un libro de cocina, que contiene, entre otras, algunas recetas (para la producción de carnes curadas) tomadas de un sitio web creado por un entusiasta de las carnes curadas artesanales. Este último, después de haberse enterado de la publicación de sus recetas, acudió a la Corte de Milán solicitando la eliminación del libro de las partes relacionadas con la realización de los cortes antes mencionados y la compensación por daños. Las contrapartes apelaron, alegando la imposibilidad de otorgar protección de derechos de autor a una receta gastronómica, ya que tenía como objeto meros procedimientos de producción bien conocidos por la comunidad. Entonces se tenía que determinar si la "receta" podría o no concretar una obra creativa; Tribunal de Milán respondió positivamente, señalando que el objeto de la protección no debería extenderse al "contenido" como tal.

Según los jueces milaneses, lo que determina la originalidad de las recetas es, precisamente, el resultado concreto de la selección e investigación de los elementos considerados relevantes e importantes. Por lo tanto, hay un trabajo que puede protegerse cuando el autor no se ha limitado a una exposición esquemática de los elementos conocidos, sino que ha procedido a una reelaboración he incluso crítica, de los elementos mencionados, tal como sucedió en el caso en cuestión. El Tribunal encontró que los textos tomados del sitio web habían sido, casi en su totalidad, copiados en el libro, concretando los elementos constitutivos de la falsificación. A la luz de las razones anteriores, por lo tanto, el Tribunal otorgó la orden judicial requerida por el demandante y solicitó a los demandados, pagar los daños.

Esto viene siendo muy interesante ya que Como menciona Guillen (2017) en su capítulo “Materialización de la obra culinaria en su forma sensible característica a partir de una forma representativa”, lo relevante es la existencia de un acto de explotación de la obra, La modificación de un ingrediente naturalmente alterará la forma gustativa de la obra, pero no surge sin más una nueva obra culinaria. La modificación de un ingrediente naturalmente alterará la forma gustativa de la obra, pero no surge sin más una nueva obra culinaria y aunque su forma gustativa pueda distar relativamente del original, no hay duda de que se trata de una reproducción de la obra original. Tal es el animus también de quien que la reproduce, y que además presenta dicha reproducción al público con el mismo título que la obra original. En tal sentido, puede compararse con la ejecución de una misma obra musical por distintos músicos. Para contrastar esto, tenemos la obra del chef Gualtiero Marchesi, «Riso, Oro e Zafferano», en lugar de presentarse con su característica tonalidad azafrán, el arroz simplemente es de color blanco, pero sin embargo se mantiene la misma presentación de la obra con su papel de oro en una forma geométrica y se utiliza el mismo título, habrá una reproducción, o en su caso, si el resultado merece la calificación de original, una transformación de la obra. La reproducción de la forma visual y la utilización del título de la obra original, evidencian una voluntad de reproducción de ésta, con independencia de que la forma gustativa pueda más o menos divergir de la obra originaria. En términos similares se pronunció el 13 de noviembre de 2015, en el marco del evento «Mock Trial» que tuvo lugar en la Triennale di Milano, el Tribunal de Milán presidido por la Presidenta de la Corte d’Appello de Milán, calificó la obra del chef de

obra protegible por el Derecho de autor por su «creatività e di valore artistico». (pp. 209-212).

Demostrándonos que en aspectos técnicos y netamente centrados en lo que podemos hacer como estudiosos que interpretan la ley, si se viene dando materialmente los supuestos específicos en toda medida para que la alta cocina forme parte del derecho de autor dándonos los supuestos pertinentes y por sobre todo, demostrando que si existe esta suerte de vacío legal que mantiene fuera del marco legal las creaciones gastronómicas per se.

Hemos estado enfocándonos en la gastronomía como tal y en determinar si sus características propias la pueden considerar un medio de expresión artístico, pero; actualmente técnicamente si existen mecanismos por los cuales los procedimientos culinarios, las recetas, las formas y las marcas personales pueden ser protegidas por la ley de derecho de autor Lima Metropolitana. Tal es el caso del registro de patentes, en los que los procedimientos industriales si pueden ser patentados, pero; algunos requisitos para otorgar el nivel de patente obligatorios, son cumplir estándares altos relacionados con la novedad, nivel inventivo y aplicación industrial del sistema que se pretende patentar y por lo general esto demora años.

el artículo 15 de la Decisión 486 nos dice que los planos, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales; así como las formas de presentar información no pueden ser patentables ya que no se consideran invenciones, todo esto en el marco legal de su artículo 15, a su vez el Manual Andino de Patentes explica que no es patentable cualquier presentación de información caracterizada sólo por el contenido de la información, esto se aplica si la reivindicación está dirigida a la presentación per se de la información, esto nos da solamente la opción de poder patentar medios por los cuales se pueda procesar la comida, que de cierta manera viene siendo un apoyo pero no una solución al problema general planteado.

Por otro lado, nos encontramos con el registro de marcas, la Decisión 486 en su artículo 134, una marca puede estar constituida por cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado, bajo este principio, podríamos registrar nuestra impronta personal, un sello de calidad del artista pero, las recetas no podrían ser protegidas ya que siguen considerándose meros procedimientos.

Una forma muy curiosa en la que sí se puede proteger una creación gastronómica, es si esta se presenta como una obra escultórica de carácter artístico, dejando de lado la forma sensible de la obra y enfocándose en la parte meramente visual, y es cierto, bajo este principio una escultura hecha con productos alimenticios si puede gozar de derecho de autor, la naturaleza perecedera de esta no la excluiría de los derechos que goza pero, finalizaría cuando esta sea consumida, y aunque se logre preservar por más tiempo y el chef autorice la reproducción, esto solo existirá hasta que la escultura original alcance un grado de descomposición avanzado.

Como mencionaba en párrafos anteriores, la legislación alemana ha logrado muchos avances, sobre todo a la hora de definir el grado de complejidad artístico en una creación gastronómica. Esto sería posible de hacer en nuestra legislación y bastaría con un par de modificaciones que expliquen y definan claramente que ya no es catalogado como procedimiento simple dentro del rubro de la gastronomía para ámbito legal. Entonces con todo esto dicho, ¿Podemos decir que INDECOPI viene realizando una correcta labor a la hora de determinar que puede y que no puede ser protegido por el derecho de autor?, en opinión de nuestros expertos INDECOPI si viene realizando una correcta labor a la hora de determinar la originalidad de una obra a través de la originalidad subjetiva de lo que se quiere registrar, esta postura se sostiene en que se puede considerar original todo aquello que refleja la impronta del autor a la hora de expresarse artísticamente. El gran problema surge en el artículo 9 de dicha ley que cataloga todo lo relacionado con la cocina como un procedimiento simple y que sumado a esto, no se encuentran las creaciones gastronómicas complejas comprendidas entre las distintas manifestaciones artísticas que pueden ser registradas. Personalmente considero que el artículo 9 de la ley de derecho de autor actualmente se encuentra desfasada, y que sería necesario se plantee una sutil modificación fundada en el grado de complejidad que

presenta actualmente la gastronomía dando una clara diferencia de hasta qué punto se considera el grado de complejidad que existe en un procedimiento y si esta complejidad sumada a su forma sensible posee cualidades artísticas, y esto a la par se va a ver reflejado en la sociedad, ya que actualmente el Perú no solo se encuentra preparado, sino que además, mantiene un fuerte sentimiento de respeto por la gastronomía, enaltecendo lo que se puede considerar bello en cara al público, y eso se ve reflejado en toda la corriente cultural que se dedica a seguir y apreciar la buena gastronomía de autor que por desgracia hasta hoy, no se ve protegida legalmente.

Centrándonos en esto ¿De qué forma la legislación nacional podría proteger las creaciones artísticas gastronómicas frente a la competencia desleal?, actualmente existe el caso N°. 104- 2004/CCD: BEMBOS S.A.C. contra RENZO'S POLLERÍA RESTAURANT SNACK S.R.L, en el cual se dio un claro caso de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena, en este caso se determinó y se estableció como precedente de observancia obligatoria que a efectos de evaluar si se produce un acto de confusión respecto de elementos sobre los que no recae derecho de propiedad intelectual alguno, la autoridad administrativa, para determinar si un concurrente ha infringido el “deber de diferenciación” que le es exigible, debe evaluar fundamentalmente que los signos, presentación y/o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos que corresponden al concurrente presuntamente afectado por la imitación, cuando menos, sean capaces individualmente o en conjunto de generar un efecto identificador del origen empresarial y diferenciador de la oferta de este concurrente frente a los demás concurrentes en el mercado, no sean una respuesta a necesidades propias de la actividad económica que este concurrente realiza, que no sean un estándar en el mercado y conformen una apariencia que pueda ser evitada por los demás concurrentes sin incurrir en elevados costos de diferenciación.

Con respecto a esto, Guillen nos presenta la figura del TRADE DRESS, Es en la normativa legal estadounidense donde tiene su origen la figura jurídica del trade dress. El Tribunal Supremo ha destacado que el trade dress, en cuanto imagen global con la que se presentan los productos a los consumidores para influir en su decisión, cumple una importante función en el mercado. Estas formas de presentación no se comprenden en el

signo concreto de individualización del producto y también sirven para distinguir Un producto o servicio de otros en el mercado, y esto no solo se ve reflejado en la apariencia del restaurante, sino en todo lo que pueda brindar una experiencia distintiva, tal es el caso de La sentencia de la Cour d'appel de Colmar de la REPUBLIQUE FRANCAISE del año 2008, que confirmó que la carta de un restaurante puede ser una obra protegible por el derecho de autor cuando su presentación, colorido, caligrafía y, en general, su apariencia, resulte original. Y esto a su vez fue ratificado En Estados Unidos, para ser precisos en the District Court de Kansas, en la sentencia 150 F. Supp. 2d 1157 Juan VASQUEZ and Lily Patino, Plaintiffs, v.s. Christina YBARRA, del año 2001. Afirmando que la apariencia o Disposición general de una carta de restaurante en su diseño general puede ser objeto de protección por el copyright. Ya que según el tribunal, el carácter distintivo de la carta puede derivarse de su estructura, en cuanto puede concebirse como una compilación de elementos independientes, que la carta refleja cierta creatividad en la disposición de los elementos, y especialmente en el orden de los platos que la integraban.

Guillen (2017) por ende señala que Las obras culinarias pueden ser evaluadas previamente a su degustación por el consumidor a través de las imágenes contenidas en una página web o publicadas en revistas o, por ejemplo, en la carta de un restaurante. Por ello sin duda son una forma de presentación comercial de gran trascendencia, pues el destinatario, por lo general, no tiene la oportunidad de degustarlas antes de acudir al restaurante. La finalidad de la presentación comercial de una obra culinaria es que seduzca al público, cree un interés, y vincule la creación con una determinada fuente u origen. La utilización por terceros de imágenes de las conocidas obras culinarias de un renombrado chef, sin el consentimiento de éste, para su inclusión en la publicidad comercial de otra empresa, pueden llegar a crear en el destinatario de dicha publicidad una idea equivocada de asociación entre las partes, y pese a saber que ambas prestaciones tienen un origen empresarial distinto, puede suponer equivocadamente que existen entre ellas vínculos económicos o jurídicos. A su vez, podría enjuiciarse la existencia de un aprovechamiento de la reputación ajena derivada del carácter distintivo de las obras utilizadas y de la fama del chef (p. 314).

Entonces, ¿cómo debería actuar la legislación frente a la competencia desleal relacionada con proteger creaciones gastronómicas en Lima?. se puede decir que la forma de proceder en base al CAPITULO VI de la ley 822 y en base al TITULO VI, CAPITULO I (sanciones y eliminación de conducta anti competitiva) del decreto legislativo N° 1034 “Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas” la Decisión 608 de la Comunidad Andina, y la ley N° 1044, que es la ley de represión de la competencia desleal abarcan muy bien todo este aspecto, y sin duda alguna, la forma de proceder no cambiaría si se incluyera a las obras culinarias como creaciones originales dignas de ser protegidas por el derecho de autor ya que se puede considerar que el aprovechamiento del esfuerzo ajeno ha conllevado al perjuicio tanto económico como moral desvirtuando la creación del autor frente a su obra, generando pérdidas económicas al verdadero autor o creador de una obra en general, así como también desvirtúa su trabajo y daña la reputación de nuestro talento nacional

V
CONCLUSIONES

Primero: Se concluye en el presente trabajo, que no existe ningún impedimento formal en el derecho de autor: decreto legislativo N° 822 que suponga un obstáculo real a la hora de plantear la inclusión de las obras culinarias entre las demás expresiones artísticas que si pueden ser protegida, y por consiguiente para garantizar la protección efectiva de los intereses de su autor. Precisamente la valoración de la originalidad de las obras culinarias es una constante en el entorno gastronómico. Y esta puede y debe evaluarse tanto en su concepción como en su realización, visual y gustativa, fundado en parámetros y criterios propios del rubro creativo en el que se encuentran y por los expertos legitimados en aquel dominio, que no es distinto en otros campos creativos

Segundo: No existen diferencias sustanciales entre la originalidad presentada por las obras gastronómicas y la mínima originalidad exigible en el marco del Derecho de autor. Se ha encontrado que existen pronunciamientos judiciales recientes de países que ya ihan acogido las obras culinarias dentro del Derecho de autor. Y si bien dicha jurisprudencia es aún extensa, es muy reveladora a la hora de darnos la visión del panorama general y como se han ido dando las cosas en otros lugares por la necesidad de proteger estas obras en términos comparables a cualquier otra obra del ingenio.

Tercero: el marco de la normativa general de la ley de represión de la competencia desleal así como sus demás similares, puede reprimir, sin notorias dificultades, algunas conductas desleales en relación con obras culinarias en lagunas situaciones particulares, relacionadas más que nada con el aprovechamiento indebido del esfuerzo y la reputación ajena y esto, de por si cumple como un buen principio y fundamento para lograr una modificación plausible en nuestra norma general. se viene dando un trabajo decente pero, la falta de una mejor regulación limita de cierta manera la eficiencia a la hora de establecer si sería posible proteger una obra culinaria per se ya que esta, tiende a la forma artística, visual y gustativa, no a la mera consideración de envase, presentación comercial o de diseño industrial; no es una mercancía, sino una obra de su autor.

VI

RECOMENDACIONES

Primera: partiendo de la idea de que actualmente la gastronomía como concepto general para los parámetros de la ley se encuentra definido como un mero procedimiento, la primera recomendación sería, más que cambiar, ahondar en lo que se puede definir taxativamente como un mero procedimiento, y en base a esa mayor información, determinar desde que punto la gastronomía puede ser considerada como una expresión artística original, definida por la visión que le quiere dar el autor y que por ende, esa complejidad le pueda conferir sus derechos correspondientes.

Segundo: crear un registro similar a través de una institución similar a las muchas otras instituciones de registro como por ejemplo la APDAIC, en el cual se incluiría un catálogo y una lista de todos los platos insignia de los distintos restaurantes, así como también aprovechar y crear un registro nacional gastronómico que permita salvaguardar las diferentes manifestaciones culturales del medio. Fundamentar estos cambios teniendo muy en claro que estamos hablando de arte gastronómico, que estamos desarrollando nuestra teoría y nuestra postura de defensa desde la perspectiva del creador e innovador culinario, dejando de lado los platos tradicionales y los que ya forman parte del patrimonio general así como los que se reproducen de forma industrial.

Tercero: Que este nuevo nivel de complejidad sea protegido de las distintas formas de competencia desleas que como hemos evidenciado no son pocas dentro del sector, para que al igual que pasa con las demás denominaciones artísticas, al encontrarse debidamente plasmado en el artículo 2 de la ley N° 822, pueda gozar de todos sus beneficios sancionadores y que las posteriores resoluciones de conflictos constituyan precedentes que nos permitan tener una mayor comprensión del tema para que así, este proceso sea más llevadero y presente una mayor celeridad.

REFERENCIAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abanto, P. (2016) Las marcas país como signos de excepción: naturaleza jurídica y necesidad de un marco legal especial. (Tesis de Maestría) Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/7908/ABANTO_OBLITAS_PIERE_MARCAS_PAIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Antequera, Ricardo. (2007) *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Madrid: Reus S.A.

Antequera, R. y Ferreyros, M. (1996) *El nuevo Derecho de autor en el Perú*. Lima: Editorial Monterrico.

Actualidad. (26 de agosto de 2009). Los mejores chef en cena benéfica por biblioteca de Escuela Pachacútec. RPP noticias. Recuperado de <http://rpp.pe/lima/actualidad/los-mejores-chef-en-cena-benefica-por-biblioteca-de-escuela-pachacutec-noticia-204275>

Barrueto & Barrueto (2010) Derechos de autor en general y derechos morales y patrimoniales de los intérpretes y ejecutantes de las obras plasmadas en formato audiovisual en especial. (Tesis de Maestría) Recuperado de http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-barrueto_c/html/index-frames.html

Bercovitz, R., et al. (2007). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (3^a ed.). Madrid: Editorial Tecnos.

Bercovitz R., R. (2003) *Manual de Propiedad Intelectual*. (2^{da} ed) Valencia: Tirant Lo Blanch.

Broto, D. (2016) El droit de suite de los autores de obras de artes plásticas, análisis jurídico y efectos en el mercado del arte. (Tesis de Maestría) Recuperado de <https://www.tdx.cat/handle/10803/398004>

Buccafusco, C. (2007) “*on the legal consequences of sauces: should thomas keller's recipes be per se copyrightable?*” *Yeshiva: Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*.

Bullard, G., Patrón, A. (1999) “*El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal*”. Lima: Themis.

Broussard, J., A. (2008) *An Intellectual Property Food Fight: Why Copyright Law Should Embrace Culinary Innovation*. U.S.A.: Vanderbilt Journal of Entertainment.

Carrasco, S. (2009). *Metodología de la Investigación Científica*. Lima: editorial San Marcos, 2009

Colombet, C. (1997) *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*. París: UNESCO/CINDOC.

Decisión N° 351 (1993) Que: *establece el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos* Comunidad Andina

DECISIÓN 486: Régimen Común sobre Propiedad Industrial: Comisión de la Comunidad Andina

Decreto Legislativo N° 822 (2003) *ley sobre el derecho de autor*, Republica Constitucional Democrática del Perú

Decreto Legislativo No. 1044 (2007), *Ley que Aprueba la ley de Represión de la Competencia Desleal*

Del Valle, S. (2002) en su tesis “Los derechos de autor y la propiedad intelectual en el periodismo especializado. (Tesis de Maestría) Recuperado de <https://eprints.ucm.es/4428/>

Directiva 001- 2008/TRI-INDECOPI: Directiva sobre la confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los órganos funcionales de INDECOPI

D.S.N° 20025-2005-MINCETUR, Estrategia Nacional de Identificación de los Productos Bandera Elaborada por COPROBA

Ezcurra, H., y Chávez, C. (2007). *La cláusula general prohibitiva en el derecho de la competencia desleal*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Espin A., I. (1999) “*La originalidad en la protección de las obras fotográficas*”. Galicia. fondo editorial de la Universidad de Santiago de Compostela.

Espín, D. (1996) *Los Derechos del Autor de obras de arte*. Madrid: Civitas.

Fauchart., E. y Hippel., E., (2006) *Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs*. recuperado de <http://web.mit.edu/evhippel/www/papers/vonhippelfauchart2006.pdf>

Fernández., H. (2011) *Manual de derechos de autor*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

García S., P. (2001) *Diccionario filosófico: Manual de materialismo filosófico. Una introducción analítica*. Oviedo: Pentalfa Ediciones.

Guille, S. (2016) *La doctrina jurídica de las obras culinarias por el derecho de autor y la competencia desleal*. (Tesis de Maestría) Recuperado de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/402236/srg1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Guille, S. (2017) *Alta Cocina y Derecho de Autor*. Madrid: Editorial Reus

Gonzalez, A. (2017) El derecho de autor vs las expectativas de los consumidores: la necesidad de establecer una excepción al derecho de autor referido a los mecanismos de autotutela a fin de cumplir con las expectativas de los consumidores. (Tesis de Maestría) Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/9815>

Herrera. M., (1992) *Iniciación al derecho de autor*. Ciudad de México: Editorial Limusa.

Interpretación Prejudicial 10-IP-99 Tribunal De Justicia De La Comunidad Andina

Iriarte. E., y Median. R. (2013) *Guía del derecho de autor para músicos*, Lima: Mirza editores e impresores.

Jouary, J-P. (2012), *Ferran Adrià, ¿Cocinero o artista? Un filósofo en el Bulli*, Madrid: Alianza Editorial

Lindstrom, M (2009). “*Compradicción (buy-ology). Verdades y mentiras de por qué las personas compran*”. Bogotá: Editorial Norma.

Lipszyc, D. (1993) *Derechos de autor y derechos conexos*, buenos aires: Unesco-Cerlalc-Zavalía.

Manzur, K. (2016) Propiedad intelectual y moda: un enfoque desde la perspectiva de la regulación peruana. (Tesis de Maestría) Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/7817>

Maravi, A. (2011) Las creaciones gastronómicas como objeto de protección por el Derecho: Derecho de Autor: posibilidades y conveniencia del enfoque de la Propiedad Integrativa y la Competencia Desleal (Tesis de Maestría). Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/4681>

Massaguer, J. (1999). *Comentario a la ley de competencia desleal*". Madrid: Civitas.

Menéndez, A. (1988) *La Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.

Monteagudo, M. (1993) “*El riesgo de confusión en derecho de marcas y en derecho contra la competencia desleal, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XV*. Barcelona: universidad Pompeu Fabra.

Otero, JM. (2008) *La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías*. Lima: Revista Jurídica del Perú.

Peláez, M. (2013) La protección efectiva de las imágenes en el internet desde la aplicación de la normatividad relativa al derecho de autor. (Tesis de Maestría) Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4944/PELAEZ_CHAVEZ_MARIA_PROTECCION_IMAGENES.pdf?sequence=1

Precedente de observancia obligatoria en cuanto al requisito de originalidad contenido

en el artículo 3 de la Decisión 351 concordado con el artículo 2 del Decreto Legislativo 822 (Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI de fecha 23 de marzo de 1998)

Portellano, P. (1995) *La imitación en el derecho de la competencia desleal*. Madrid: Civitas, 1995.

Raustiala, K y Sprigman C. (2006) *The Piracy Paradox: innovation and intellectual property in fashion design*, *Law Review*. No. 8. Vol. 92. Virginia: University of Virginia Law School.

Real M., M. (2001) *El requisito de la originalidad en los derechos de autor*. Alicante: fondo editorial de la universidad de alicante.

Reidi, L. (2012) *The Conceptual Framework Underlying Research*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México

Resolución No. 286-1998/TPI- INDECOPI Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

Resolución No.101-2007/ TDC-INDECOPI: Comision de Reprecion de la Competencia Desleal

Rodríguez, A y Bondía, R. (1997) “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”.

Madrid: Cívitas.

Rocha, L. (2013) Aproximación a los derechos de autor en las obras de arte plástico en la legislación colombiana: entre la inspiración y la copia. (Tesis de Maestría)
Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/47246236.pdf>

Soler, P. (2001) “*La protección de las ideas por Derecho de Autor, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*”. Galicia: Universidad Santiago De La Compostela.

Valero, M. (2000) *Obras fotográficas y meras fotografías*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Zumaya, N. (febrero, 2017). Conectica. Arte//Cultura. Recuperado de <https://conectica.com/2017/02/10/oxxo-obra-arte-gabriel-orozco/>

ANEXOS